

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO

Danilo José de Castro Ferreira
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Orfileno Bezerra Neto
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Regina Maria da Costa Leite
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
OUVIDORA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

José Ribamar Sanches Prazeres
DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
TITULARES (2023-2025)**

Danilo José de Castro Ferreira
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro
CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rita de Cassia Maia Baptista
CONSELHEIRA

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
CONSELHEIRO

Regina Maria da Costa Leite
CONSELHEIRA

Francisco das Chagas Barros de Sousa
CONSELHEIRO

Mariléa Campos dos Santos Costa
CONSELHEIRA

SUPLENTES

Domingas de Jesus Fróz Gomes
Marco Antonio Ancheta Guerreiro

Lize de Maria Brandão de Sá Costa
Selene Coelho de Lacerda

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Danilo José de Castro Ferreira
Presidente

José Antonio Oliveira Bents
Regina Lúcia de Almeida Rocha
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Iracy Martins Figueiredo Aguiar
Ana Lídia de Mello e Silva Moraes
Lígia Maria da Silva Cavalcanti
Krishnamurti Lopes Mendes França
Raimundo Nonato de Carvalho Filho
Selene Coelho de Lacerda
José Henrique Marques Moreira
Domingas de Jesus Fróz Gomes
Francisco das Chagas Barros de Sousa
Terezinha de Jesus Ancheta Guerreiro
Regina Maria da Costa Leite
Paulo Roberto Saldanha Ribeiro

Rita de Cassia Maia Baptista
Marco Antonio Ancheta Guerreiro
Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro
Sâmara Ascar Sauaia
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Maria Luíza Ribeiro Martins
Mariléa Campos dos Santos Costa
Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
Eduardo Daniel Pereira Filho
Carlos Jorge Avelar Silva
Lize de Maria Brandão de Sá Costa
Orfileno Bezerra Neto
José Ribamar Sanches Prazeres
Paulo Silvestre Avelar Silva

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO

JURIS ITINERA

QUALIS
B2

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 30/31, jan./dez. 2024

CONSELHO EDITORIAL

José Antonio Oliveira Bents
PROCURADOR DE JUSTIÇA

Alessandra Darub Alves
PROMOTORA DE JUSTIÇA

Francisco de Aquino da Silva
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Vicente de Paulo Silva Martins
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Pedro Lino Silva Curvelo
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Ednarg Fernandes Marques
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Laert Pinho de Ribamar
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Lindonjonson Gonçalves de Sousa
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Luis Fernando Cabral Barreto Júnior
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Cláudio Rebêlo Correia Alencar
PROMOTOR DE JUSTIÇA

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - *Coordenadora de Documentação e Biblioteca*
Rômollo de Sá Malta - *Chefe de Seção de Editoração e Publicação*
Conceição de Maria Lima Guedes - *Analista Ministerial*

Colaboração

Natália Moreira Lima Salgado Tupinambá - *Assessora de Procurador de Justiça*
Abimael Freitas Lopes - *Técnico Ministerial*
Cristiane Pereira da Silva - *Estagiária do Curso de Biblioteconomia/UFMA*
Karina Maria Torres do Vale - *Técnico Ministerial*
Larissa Freire Lopes - *Auxiliar de Apoio Administrativo*
Marco Antonio Pinto Amorim - *Auxiliar Ministerial*
Rosicleá Pereira Rodrigues - *Analista Ministerial*

Revisão

José Luís Diniz
Natália Moreira Lima Salgado Tupinambá
Suzana Fernandes Rocha

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Diagramação

Renê da Silva Caldas

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão

Sede
Av. Prof. Carlos Cunha, nº 3261, Calhau
São Luís-MA. CEP: 65076-820
Telefone: (98) 3219-1600 (98) 3219-1624
Homepage: <http://www.mppma.mp.br>

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

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

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2024.
n. 30/31.

Anual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado
do Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

APRESENTAÇÃO

A Revista *Juris Itinera* do Ministério Pùblico do Estado do Maranhão é uma publicação de destaque que reúne uma vasta gama de artigos acadêmicos e jurídicos. Encaminha-se para sua edição 30/31, o que marca sua importância institucional e a sua indiscutível relevância no meio acadêmico e jurídico. Seus artigos transitam pelos mais diversos campos da ciência jurídica, sendo que nesta edição teremos temas variados, na área do Direito Constitucional, Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, além do Direito Ambiental. No seu portfólio, a revista traz, ainda, alguns recentes discursos institucionais, proferidos em momentos marcantes para membros e para o Ministério Pùblico, sendo que nesta edição registra, também, o bicentenário da independência do Brasil, destacando um momento histórico de grande significância para nosso país.

Na sociedade atual, a superficialidade de conhecimentos e a velocidade da informação são fenômenos marcantes. Com a proliferação das redes sociais e a constante avalanche de dados, muitas vezes nos deparamos com informações fragmentadas e superficiais, que não permitem uma compreensão profunda dos temas. Essa rapidez pode levar à disseminação de fake news e à formação de opiniões baseadas em dados incompletos ou incorretos. Além disso, a pressão por estar sempre atualizado e conectado pode gerar ansiedade e dificultar a reflexão crítica e o aprendizado significativo, como se depreende do pensamento de **Byung-Chul Han**. Assim, em contraste, a produção de artigos acadêmicos e jurídicos oferece uma oportunidade de aprofundamento e análise detalhada, um espaço de reflexão profunda e análise crítica, apto a possibilitar o desenvolvimento de um conhecimento sólido e bem fundamentado não apenas de questões jurídicas, mas igualmente de questões sociais.

Como afirma **Greg McKeown**, é importante focar no essencial e neste particular a Revista *Juris Itinera* se destaca por selecionar e publicar artigos e textos que realmente importam, assim contribuindo para o desenvolvimento intelectual e prático, sobretudo dos operadores do direito. A produção de artigos jurídicos e acadêmicos, então, é fundamental na sociedade atual, pois promove o avanço do conhecimento,

fomenta o debate crítico e contribui para a formação de políticas públicas mais justas e eficazes. Esses artigos servem como base para a educação contínua de estudantes e profissionais, ajudam a esclarecer e interpretar a legislação, e incentivam a inovação e a melhoria das práticas jurídicas. Além disso, ao documentar e analisar questões contemporâneas, eles desempenham um papel crucial na construção de uma sociedade mais informada e consciente de seus direitos e deveres. Essa curadoria cuidadosa garante que cada edição seja relevante e impactante, alinhada com as necessidades e desafios contemporâneos do campo jurídico.

A contribuição da **Revista Juris Itinera** ao mundo acadêmico e jurídico é inestimável e essa combinação de artigos ricos e discursos institucionais faz de sua leitura algo essencial para quem deseja se aprofundar nas questões jurídicas contemporâneas e entender melhor o papel do Ministério Público no Maranhão.

Gostaríamos de expressar nosso sincero agradecimento aos autores dos artigos e discursos pela valiosa contribuição ao campo jurídico e acadêmico. Agradecemos igualmente a todos os que contribuíram para a concretização de mais uma edição. Por fim, aproveitamos para convidar todos os leitores a se juntarem a nós nas edições futuras da **Revista Juris Itinera**, contribuindo com suas pesquisas e reflexões para enriquecer ainda mais este espaço de conhecimento e debate.

DANILO JOSÉ DE CASTRO FERREIRA
Procurador-Geral de Justiça

SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

OS LIMITES CONCEITUAIS DA ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Emanuela Guimarães Barbosa

Alexandre de Castro Coura 13

UMA ANÁLISE DA DIGNIDADE HUMANA VERSUS O DISCURSO DO ÓDIO: OS TRATAMENTOS CONSTITUCIONAIS NORTE-AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO

Cesar Veiga Arruda 33

HOMICÍDIOS CONTRA PROFISSIONAIS DA COMUNICAÇÃO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO À INFORMAÇÃO EM RISCO

Cássius Guimarães Chai

Luciano Rocha de Oliveira 61

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA CONCRETIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Igor Adriano Trinta Marques

Joaquim Ribeiro de Souza Júnior 85

POVO INDÍGENA WARAO NO PARÁ, BRASIL INTERVENÇÕES A PARTIR DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (CAO-DH) DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ (MPPA)

José Lucíolo Gorayeb Santos 99

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

A FRATERNIDADE COMO BASE PRINCIPIOLÓGICA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS:

UM CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE

Carla Maria Franco Lameira Vitale

Luciana de Aboim Machado

Ricardo Maurício Freire Soares 119

**TRANSAÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS E NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS:**

CARACTERÍSTICAS E CONTEXTOS DOS INSTITUTOS NO BRASIL

Joaquim Ribeiro de Souza Júnior

Marco Túlio Rodrigues Lopes 145

**IMPORTÂNCIA E NATUREZA JURÍDICA DA NOTÍCIA DE FATO
À LUZ DA NOVA TEORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
BRASILEIRO**

José Ribamar Rodrigues de Moraes Filho

Vanessa Nunes de Barros Sampaio 165

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

**COMBATE AO CRIME DE POLUIÇÃO SONORA PRATICADO NA
UTILIZAÇÃO DE MOTOCICLETAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO NO ORDENAMENTO DO ESPAÇO URBANO**

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

Luís Fernando C. Barreto Júnior

Felipe Laurêncio de Freitas Alves 191

**ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE E ENFRENTAMENTO ÀS
ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DO TIPO VIOLENTO**

Sérgio Alves Pereira

Cássius Guimarães Chai 221

**O LIMITE DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE
INFILTRADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL
PORTUGUÊS**

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães

Bruno Miguel Fena Torres

Hugo Leonardo Galvão de Carvalho 245

DIREITO AMBIENTAL

CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E AMBIENTE:

A PROTEÇÃO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL NO MODELO

DA CARTA DE 1988

Igor Adriano Trinta Marques

Joaquim Ribeiro de Souza Júnior 269

DISCURSOS INSTITUCIONAIS

DISCURSO POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE RECEBIMENTO DO TÍTULO DE CIDADÃ MARANHENSE

Maria Luíza Ribeiro Martins 287

DISCURSO DE TRANSMISSÃO DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau 293

DISCURSO DE POSSE DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Danilo José de Castro Ferreira 295

DISCURSO DE POSSE DO CARGO DE CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro 299

ACONTECIMENTOS HISTÓRICOS

UM TRIBUTO AO BICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL: RELEMBRANDO O POSITIVISMO E O EXEMPLO DE CELSO MAGALHÃES

Ana Luiza Almeida Ferro 307



**DIREITO
CONSTITUCIONAL**



OS LIMITES CONCEITUAIS DA ATUAÇÃO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Emanuela Guimarães Barbosa *
Alexandre de Castro Coura **

Resumo: Considerando o caráter multidimensional referente à prática do ativismo judicial, o presente artigo se propõe a analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto corte constitucional, quando da tomada de decisões e resolução de casos que, na visão dos autores, se apresentou de forma ativista e inconstitucional, por extrapolar a competência atribuída pela Constituição Federal de 1988 ao exercício do Poder Judiciário. O presente trabalho se desenvolveu com base em referenciais teóricos acerca do tema, bem como através da análise de entendimentos jurisprudenciais exarados pelo STF em casos específicos, onde restou caracterizada a tomada de decisões ativistas por parte da referida corte. A categorização realizada pelos autores, no que se refere ao reconhecimento da atuação ativista, por parte da corte constitucional brasileira, tem por objetivo fomentar o debate acerca da necessidade de se reduzir o subjetivismo judicial nos casos submetidos à sua análise, enquanto guardião não de um documento, mas da democracia, liberdade e identidade de seu povo, eis que o ativismo judicial, além de representar uma expressa violação ao instituto da separação dos poderes, pode representar também uma usurpação de função com o consequente enfraquecimento do nosso Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; ativismo judicial; judicialização da política.

Abstract: Considering the multidimensional character concerning the practice of judicial activism, this article aims to analyze the performance of the Supreme Court,

* Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV e Docente do Centro Universitário Inta – UNINTA. E-mail: emanuelaguimaraes@gmail.com.

** Realizou pós-doutorado como *visiting scholar* na *American University Washington College of Law* e *visiting foreign judicial fellow* no Centro Judiciário Federal em Washington D.C. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), líder do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (FDV/CNPq) e Promotor de Justiça (ES).

while constitutional court, when making decisions and resolving cases that, in the view of the authors, presented itself as activist and unconstitutional, by extrapolating the competence attributed by the Federal Constitution of 1988 to the exercise of judicial power. This work was developed based on theoretical references on the subject, as well as through the analysis of jurisprudential understandings issued by the STF in specific cases, where it was characterized the taking of activist decisions by that court. The categorization performed by the authors, regarding the recognition of activist action by the Brazilian constitutional court, aims to foster the debate about the need to reduce the judicial subjectivism in cases submitted to its analysis, while guardian not of a document, but of democracy, freedom and identity of his people, because judicial activism, besides representing an express violation of the separation of powers, may also represent a usurpation of function with the consequent weakening of our democratic rule of law.

Keywords: Democratic state of law; judicial activism; judicialization of politics.

1 INTRODUÇÃO

A forma de governo republicana, o federalismo e o presidencialismo foram adotados no Brasil no ano de 1889 em resposta a um golpe militar que pôs fim à monarquia brasileira e resultou na promulgação da Constituição de 1891. O referido período foi marcado ainda pela adoção e aplicabilidade, no Brasil, do modelo de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis estadunidense, ou seja, nas modalidades difusa, concreta e incidental (Miranda, 2015, p. 522).

De tal forma, a Constituição de 1988, de forma inovadora, aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade através da validação e reconhecimento de novos institutos de controle ao prever que ele poderia ocorrer nas formas omissiva ou comissiva, concreta ou abstrata. Com a inovação, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro acabou por prever diversos meios de controle que antes não existiam e “quase sem paralelo em outros sistemas” (Miranda, 2015, p. 522-523)¹.

O constitucionalismo democrático teve como principal característica a retirada da centralidade do ordenamento jurídico das

¹ Sobre o sistema brasileiro de defesa da constitucionalidade *vide* artigo 5º, inciso LXXI, artigo 97, e artigos 102 e 103 da Constituição Federal de 1988.

codificações direcionando-a à Constituição Federal, considerada aqui como sendo a lei fundamental indispensável à formação de um Estado Democrático.

Por lei fundamental estamos nos referimos aqui à concepção adotada por Bobbio (1995, p. 59), que, ao dispor da estrutura do ordenamento jurídico, a definiu como sendo aquele sobre a qual repousa o fundamento de validade das normas, função adquirida através do reconhecimento de que à Constituição cabe a atribuição de distribuir aos órgãos constitucionais o poder de fixar normas válidas de forma a impor a todos o dever de obedecê-las.

Essa mudança de paradigma ocorrida dentro do ordenamento jurídico brasileiro é decorrência de um movimento globalizado denominado neoconstitucionalismo, de forma que todos os atos praticados pelo poder público devem, previamente e posteriormente, estar de acordo com a Constituição.

A transferência da centralidade do ordenamento jurídico à norma constitucional acabou por desencadear uma perda de poder por parte da esfera legislativa, no que se refere ao estabelecimento dos rumos do país, tendo em vista que a soberania popular, legitimamente exercida através do processo legislativo ordinário, se viu substituída por decisões muitas vezes contramajoritárias que nem sempre representam o desejo da maioria da população. Fator que, aliado ao reconhecimento da autoaplicabilidade da norma constitucional e ao caráter imperativo das regras e princípios constitucionais, colaborou para a efetivação da politização da justiça quando da busca pela concretização dos direitos previstos no bojo do documento constitucional.

Necessário se faz esclarecer que judicialização não tem o mesmo significado de ativismo. O ativismo judicial se apresenta, segundo Coura e Paula (2018, p. 76), como sendo uma questão comportamental decorrente da forma de se ler a Constituição que, de maneira expansiva e proativa, pode ser aplicada a circunstâncias que não foram especificamente abordadas pela lei constitucional ou mesmo pela lei geral.

E nesse contexto, de combate às desigualdades e busca por efetivação dos direitos previstos na Constituição, que a jurisdição constitucional ganha força e espaço desequilibrando a balança dos poderes instituídos ao deslocar a esfera decisória ao Poder Judiciário, ação que a depender da atuação do intérprete pode se apresentar de forma totalmente discricionária e subjetiva gerando danos aqui representados principalmente a insegurança jurídica e a democracia.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto corte constitucional, tem se apresentado em diversas tomadas de decisões e resolução de casos de forma ativista por ultrapassar a competência definida na Constituição Federal de 1988 e a muito atribuímos a sua atuação ativista ao caráter multidimensional do ativismo judicial que pretendemos analisar no decorrer do presente artigo.

2 A IMPORTÂNCIA E A GÊNESE DA CORTE CONSTITUCIONAL

A justiça constitucional, e consequentemente o papel desempenhado pelas cortes constitucionais, ganhou força com o surgimento das constituições democráticas que, por sua vez, têm decorrência associada aos atos bárbaros, praticados principalmente durante a Segunda Guerra Mundial, e atentatórios aos direitos humanos e às garantias fundamentais, sobretudo os voltados à violação da vida e da dignidade da pessoa humana, bastante desprezados durante o segundo conflito mundial (Coura; Paula, 2018, p. 63-112).

Ressalte-se que o movimento constitucional, que proporcionou o surgimento de documentos democráticos e dotados de supremacia, não foi resultado de uma evolução. Tal movimento resultou, sim, de uma revolução, que ensejou a propagação e findou com a instituição de um novo modelo de constituição, esta, dotada de supremacia e forte carga axiológica em resposta aos atos bárbaros praticados e atentatórios à dignidade da pessoa humana (Rubio Llorente, 1988, p. 21).

Nesse contexto surge o Estado Constitucional de Direito que, se propondo a superar a ideia da existência de supremacia parlamentar e estando comprometido principalmente com a instituição, a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais, dá suporte ao surgimento das cortes constitucionais (Campos, 2014, p. 31).

Tal evolução nos levou à implementação do formalismo jurídico, que contrapôs a fonte autônoma de poder da resistência judicial a uma justiça pautada em intervenções dos senhores dominiais e princípios materiais da ordem social, de forma que a justiça pôde garantir sua independência se vinculando à legalidade (Maus, 2000, p. 194). A justiça então conseguiu enfim limitar o autoritarismo patrimonial do princípio, por meio de seu formalismo jurídico, que atualmente consolidou-se tal forma que a justiça tomou para si as mesmas funções patriarcas contra as quais se opusera.

Apesar de controversa², expressão “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez em sentido contrário à autorrestrição judicial pelo historiador Arthur Schlesinger Jr., ao demonstrar que os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria por acreditarem que deveriam atuar de forma ativa na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias.

Schlesinger Jr. reconheceu que o exercício do ativismo judicial era praticado mesmo quando fosse necessário atuar para corrigir judicialmente erros praticados pelo legislador. O autor esclarece ainda que, na Corte Constitucional, atuavam de forma contrária aos juízes ativistas aqueles juízes favoráveis a uma atuação voltada à autorrestrução judicial. Estes, com uma visão diferente a respeito das responsabilidades da Suprema Corte, atuavam de forma desvinculada de aspectos políticos, respeitando a vontade do legislador.

Sem adentrar no contexto da essencialidade e indispensabilidade de uma Corte Constitucional atuando em um Estado Democrático de Direito em defesa dos direitos e garantias constitucionais, que reconhecemos existir, destacamos que as divergências intelectuais e as disputas de poder existentes entre diferentes personalidades judiciais dentro de uma Corte Constitucional, representada aqui pela oposição existente entre os juízes ativistas e os defensores da autorrestrução judicial, têm por reflexo um conflito acerca da função e papel do Poder Judiciário, através da Corte Constitucional, em um Estado Democrático de Direito.

Cabe destacar que o surgimento do instrumento jurídico, fruto do constitucionalismo, conhecido como Constituição fez surgir uma forma de governo limitado, cabendo ao Poder Judiciário a responsabilidade e o dever de executar e tornar efetivas as liberdades constitucionais e as limitações sobre os Poderes Executivo e Legislativo.

Nesse sentido, temos Black (1960, p. 879-880), que confiou às cortes o dever sagrado de proteger os direitos e liberdades individuais ao se comportarem como “fortalezas impenetráveis contra as afirmações de poder pelo Legislativo e pelo Executivo”.

No que se refere especificamente ao exercício da função judicial Campos (2014, p. 46) esclarece que esta “estaria sujeita a constrições próprias de sociedades democráticas,” tendo em vista que “interpretar leis além

² Associa-se o uso público do termo “ativismo judicial” ao historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., pela publicação do artigo The Supreme Court: 1947. Revista Fortune. Vol. XXXV, nº 1 apesar de haver anotações no sentido de que o termo “ativismo judicial” utilizado pela primeira vez publicamente por Schlesinger já havia sido utilizado por Thomas Reed Powell (Campos, *op. cit.*, p. 43).

dos significados das palavras utilizadas pelo legislador” corresponderia a “usurpar poder que nossa democracia depositou nos legisladores eleitos”.

De tal forma resta válido colacionar uma das manifestações mais citadas de Frankfurter acerca do papel e exercício da corte constitucional quando o assunto é a prática do ativismo judicial. Acerca da prática de condutas ativistas Frankfurter, no caso *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 128 (1958), defendeu que:

O impressionante poder desta Corte de invalidar tais leis, por ser limitado na prática apenas por nossa própria prudência em discernir os limites de nossa função constitucional, deve ser exercido com a máxima restrição. (...) o poder de invalidar a legislação não deve ser exercido como se, em teoria constitucional ou na arte de governo, ele se apresentasse como a única fortaleza contra as tolices ou excessos do momento.

Com atuação contrária à posição que entende pela limitação, pela autorrestricção, de ações ativistas pelas cortes constitucionais, representada neste trabalho por Frankfurter, temos Hugo Black como referência na defesa do ativismo judicial³.

Apesar de haver um discurso polarizado entre ativistas e autorrestritivos, é necessário destacar que não eram apenas questões de política substantiva que separavam as ideias de Black e Frankfurter enquanto representantes dos dois grupos citados acima. Campos (2014, p. 47) destaca que “o que realmente dividia os seus membros (...) era o diferente entendimento que tinham sobre o papel constitucional da Suprema Corte”.

Acerca do debate sobre a extensão na qual a Suprema Corte podia intervir no campo da política, a depender do grupo ao qual estava inserido, Schlesinger Jr. (1947, p. 201) esclareceu que:

O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode cumprir um papel afirmativo em promover o bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson advoga uma política de autorrestricção judicial. Um grupo é mais preocupado com o emprego do poder judicial em favor da própria concepção de bem estar social; o outro com expandir o campo de liberdade de

³ Há quem defenda que, sob a óptica metodológica, Hugo Black é defensor do textualismo, ou seja, da prática de discernir o significado das provisões constitucionais por meio de uma interpretação estrita da linguagem específica do documento (Bloom Jr., 2009, p. 1).

conformação dos legisladores, mesmo se isso significar sustentar conclusões que eles particularmente condenam. Um grupo considera a Corte como instrumento para alcançar resultados sociais desejados; o segundo como instrumento para permitir que os outros poderes do governo alcancem os resultados que o povo deseja, sejam bons ou ruins. Em suma, a ala Black-Douglas parece estar mais preocupada em resolver casos particulares de acordo com as próprias preconcepções sociais; a ala Frankfurter-Jackson com preservar o judiciário em seu espaço estabelecido, mas limitado no sistema Americano.

Superado o debate acerca da divisão da Corte Constitucional Americana em juízes ativistas ou autorrestritivos, finalizamos esse tópico esclarecendo que Schlesinger Jr., não negou o ativismo em absoluto, porém não o aceitava como mecanismo de atuação institucional rotineira por parte da Corte Constitucional representativa da democracia norte-americana considerando que só admitia a prática do ativismo pela Corte Constitucional quando estivessem sendo ameadas questões referentes às liberdades garantidoras da própria participação política dos indivíduos, base fundante da democracia. Outras questões, que não envolvessem questões atinentes à democracia, requerem da Corte Constitucional retração, e não expansão do poder, tendo em vista que devem deixar as questões serem resolvidas pelas instituições diretamente vinculadas ao controle popular, que no caso não se vinculam ao exercício do poder por parte do poder judiciário (Campos, 2014, p. 48-49) e (Schlesinger Jr., 1947, p. 208, 212).

De tal forma podemos extrair o entendimento de que, ao decidir de forma ativista, através de decisões de cunho político guiadas por um senso de justiça social subjetivo e sem levar em conta o sentido exato da Constituição ou as ações praticadas anteriormente por parte do legislador a Corte Constitucional acaba por atacar a própria configuração do Estado Democrático de Direito composta, ou representada, pela da separação dos poderes.

3 O CARÁTER MULTIDIMENSIONAL DO ATIVISMO JUDICIAL

Sem adentrar especificamente no debate acerca da (i)legitimidade da atuação ativista das cortes constitucionais, podemos afirmar, segundo

Campos (2014, p. 152), que o ativismo judicial representa o exercício expansivo da autoridade político-normativa, que de forma estratégica ou não, atua em busca de realizar controle dos atos e omissões dos demais poderes instituídos pela Constituição.

Diante de tal atuação, Campos (2014, p. 36-37) reforça a necessidade de se analisar a atuação dos juízes e cortes constitucionais a partir das definições contidas nos documentos constitucionais de cada conjuntura estatal, eis que as previsões constitucionais relativas à configuração do Estado e aos poderes constituídos não se apresentam de forma uníssona em todos os Estados, ao tempo em que são relevantes e essenciais a sua organização sociopolítica por estarem constitucionalmente estabelecidas (Campos, 2014, p. 152).

De forma ainda preliminar partiremos do reconhecimento de que as decisões tidas por ativistas se revelam especificamente com base em dois aspectos centrais e, apesar do reconhecimento da existência de diversos aspectos aplicáveis ao ativismo judicial (Campos, 2014, p. 152-164), a presente pesquisa se direciona ao caráter multifacetado do ativismo judicial, tendo em vista que ele pode se revelar, por diferentes dimensões, com o intuito de inovar o texto constitucional. Tal característica se apresenta no ativismo principalmente pela interpretação da norma constitucional de forma criativa e expansiva que, por sua vez, pode se efetivar, segundo Campos (2014, p. 42), de forma não exaustiva, através do reconhecimento e aplicação de direitos fundamentais implícitos, da falta de respeito às competências dos outros poderes e da superação de precedentes.

Ações pautadas no uso de conceitos jurídicos vagos e de normas constitucionais com uma alta carga valorativa têm sido os principais aliados da atuação das cortes e juízes constitucionais quando o assunto é a prática do ativismo judicial referente à interpretação ampliativa de normas e princípios constitucionais, tendo em vista que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e a definição pela utilização de normas com uma alta carga valorativa, por parte do constituinte originário, desencadeou uma busca por efetividade no plano social através do mecanismo da judicialização da política.

Nesse sentido, a atividade judicial tida por ativista, segundo Campos (2014, p. 166), “preencheria lacunas, omissões legislativas, corrigiria as leis, inovando, dando-lhes novos sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais”, violando e assumindo competências atinentes ao Poder Legislativo.

Agindo de tal forma Campos (2014, p. 166) destaca que a atuação desses juízes e tribunais constitucionais se pauta principalmente na busca pelo reconhecimento de que é necessário “manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação” de forma que a interpretação criativa das normas constitucionais se apresenta, e se justifica, como a forma capaz de alcançar essa necessidade, mesmo que, para isso, o juiz precise se afastar da literalidade do texto, de sua estrutura ou mesmo de seu entendimento histórico para aproximá-la da realidade social subjacente.

Ainda assim o cerne do problema da interpretação ampliativa, restritiva ou criativa do texto constitucional não se funda apenas na (im) possibilidade de realizarmos a interpretação do texto constitucional em busca de lhe dar máxima efetividade. É necessário compreendermos que em um Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição impõe limites e competências aos entes, órgãos e poderes, precisamos resguardar ao máximo o cumprimento do texto constitucional em prol de um bem maior, que é o respeito e a legitimação do próprio Estado Democrático de Direito. Este se vê violado sempre que as cortes constitucionais atuam de forma a interpretar criativamente, restritivamente ou ampliativamente o texto constitucional, usurpando a competência de outro poder, aqui representado principalmente pelo poder legislativo.

Ao abordar a ascensão do Tribunal Federal Constitucional alemão à condição de “censor ilimitado do legislador” Maus (2000, p. 191) defendeu que tal atuação decorreu principalmente de oposições e sobrecarga de queixas constitucionais, razões pelas quais o tribunal federal constitucional procede a sua autorreprodução e gerencia uma “mais-valia” que supera suas vastas competências constitucionais. O Tribunal Federal Constitucional chegou a afirmar que “seus parâmetros de controle de constitucionalidade das leis (ou controle de atos constitucionais relevantes) não deveriam ser pautados pela Constituição vigente, podendo ultrapassar seus horizontes”.

Nesse sentido a competência do Tribunal Federal Constitucional, como qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade, não deriva mais da Constituição podendo esta ser objeto de controle de sua própria constitucionalidade ou pelo menos ser objeto de uma interpretação “devidamente constitucional”. Maus (2000, p. 191) esclarece que a competência dos Tribunais Federais Constitucionais deriva diretamente de “princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional” de tal forma,

o Tribunal Federal Constitucional “submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais”.

É nesse contexto que passamos a análise da atuação da Corte Constitucional Brasileira, através do Supremo Tribunal Federal, e do seu papel em um Estado Democrático de Direito.

4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 885-902), com a implantação do Estado Democrático de Direito brasileiro temos instituída a vinculação do Estado e, consequentemente, a sua atuação através dos poderes instituídos pela Constituição Federal de 1988 na forma de um Estado-Legisladador, de um Estado-Administrador e de um Estado-Juiz ao cumprimento dos preceitos legais constitucionais.

Ademais, considerando a inexistência de um modelo de federalismo único e que cada modelo de federação instituído deve seguir as definições e limites inseridos na Constituição, por ser o seu fundamento jurídico e instrumento regulador, se faz necessário compreender o sistema federativo e as competências elencadas na constituição brasileira para somente após analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal (Mendes; Branco, 2011, p. 857).

Considerando ainda o contexto histórico constitucional do Brasil podemos interpretar, acerca do modelo federativo adotado em 1988, como sendo uma resposta ao desequilíbrio tido como resultado da experiência histórica vivenciada no Brasil no que se refere à limitação do poder e à garantia e implementação de direitos eis que ao analisar a história do federalismo brasileiro Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 863-865) nos remetem à compreensão de que o constituinte de 1988 recebeu como herança a configuração de um Estado praticamente unitário.

Em resposta, segundo Silva (2013, p. 479), a Constituição Federal de 1988 optou por estruturar um sistema que combinou competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes.

Ao abordarem a estrutura do federalismo e a sua importância na composição e estruturação de um Estado Democrático de Direito,

que impõe ao Poder Judiciário o dever de negar validade às leis que contrariem a Constituição, Hamilton, Madison e Jay (2003 *apud* Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2017), na obra o Federalista, argumentaram que “[...] a Constituição é fruto da vontade do Povo e as leis são decisões dos representantes do povo, então quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição à do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer”.

Como exemplo das atuações do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário, em que o mesmo atuou de forma ativista, podemos citar a decisão tomada na ADPF n.º 54/2004, em que autorizou a interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos; a decisão tomada na ADIn n.º 4277/2008, em que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais e recentemente, a decisão tomada da ADO n.º 26/2019, em que enquadrou a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais da Lei n.º 7.716/89.

A atuação desregrada, e principalmente ativista por parte do STF, em efetivar e reconhecer direitos e deveres não previstos na legislação brasileira, denota um desrespeito ao instituto da separação dos poderes e as competências constitucionais previamente definidas.

No que se refere à separação dos poderes, é válido citar a clássica divisão dos poderes prevista por Montesquieu (1996, p. 851) por entender ser o poder do Estado dividido em três, quais sejam: executivo, legislativo e judiciário e que apesar de possuírem competências específicas lhes cabe realizar o controle de efetividade dos demais poderes.

Dentre as funções associadas ao Poder Judiciário, Appio (2009, p. 149) trata da separação dos poderes como uma forma de o Estado exercer suas funções de forma especializada, ao tempo em que reconhece ser próprio da natureza do Poder Judiciário atuar e intervir no exercício das atividades dos demais poderes, legislativo e executivo, “na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade dessas atividades com a Constituição Federal”.

Legitimar, ou teorizar uma legitimação conforme defende o substancialismo, a atuação do Poder Judiciário de forma ativista e contrária à onipotência e onisciência da maioria política, representada pela democracia participativa, é fornecer poder a um órgão que muitas das vezes pode não estar de acordo com o desejo da maioria, requisito essencial à configuração de um Estado Democrático de Direito pautado em uma democracia participativa onde o papel da corte constitucional deve ser o de zelar pelo processo legislativo democrático garantindo a plena efetivação

das condições democráticas necessárias ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito (Coura; Paula, 2018, p. 83-93).

Em contraponto, temos o campo procedural que se apresenta como defensor da separação dos poderes por considerar ser a forma “genuinamente democrática” de se garantir a atuação da corte constitucional pautada na “imparcialidade e independência” pois “argumentos de política são estranhos à atividade judicante” (Coura; Paula, 2018, p. 110-111).

Por fim, sobre a postura do Supremo Tribunal Federal em decidir alguns casos de forma a extrapolar as definições contidas no texto constitucional ou mesmo em interpretá-lo de forma mais abrangente, com o objetivo de realizar acertos na legislação, em nada tem a haver com o mérito das decisões tomadas. A ação ativista do STF está vinculada basicamente a uma análise da autorização que a própria Constituição confere ao juiz ou corte constitucional de fazer ou não a ação pretendida.

Nesse sentido, Campos (2014, p. 158) ressalta que ações vinculadas a “postura institucional e correção de mérito das decisões judiciais são coisas distintas, e o ativismo judicial refere-se apenas a primeira o que, aliás, é a única perspectiva que corresponde fielmente ao sentido original de ‘ativismo judicial’ formulado por Schlesinger Jr. [...]”.

A atuação de um tribunal constitucional como um “verdadeiro parlamento ou última instância da definição de todos os valores de uma sociedade” também foi alvo de sérias críticas apresentadas por Maus (2000, p. 184). Cogita a autora que o pensamento iluminista, “ao pregar uma ordem composta por indivíduos livres e autônomos, codificou o exercício da soberania e da representação na ordem jurídica de forma paternalista” e que a atividade judicial das cortes constitucionais desenvolvida nesse cenário serve à expansão do poder autocrático, tendo em vista terem se desenvolvido sem formas de controle equivalentes.

Os indivíduos e a sociedade são alçados por Maus (2000, p. 185) como meros objetos administrados e como meros objetos podem ser facilmente conduzidos pela reificação e mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna.

É importante ressaltarmos que “não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador”. Estamos diante de uma “representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa” manifestada pelo ganho de confiança do Tribunal

Constitucional, que contou com o percentual de 62% de aprovação da população em pesquisas de opinião pública realizada entre as instituições políticas e sociais da Alemanha (Maus, 2000, p. 185).

Em contraponto, temos as modernas teorias de decisão judicial que pugnam pela aproximação entre a jurisprudência e administração da moral. Nesse sentido, Dworkin (1978, p. 7-81) representa a expressão plena do pensamento dominante de que direito e moral não podem ser separados na atividade jurisprudencial, pois segundo o jurista, “as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial”.

A teoria apresentada por Dworkin é capaz de encobrir moralmente o decisionismo judicial em razão da relação indeterminada existente entre a moral atribuída ao Direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Dworkin (1978, p. 128), com base na compreensão de que “nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação”, se convence de que “se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (*“community morality”*) o fator decisivo da interpretação jurídica”.

De tal modo, a moral que dirige a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação, razão pela qual a inclusão da moral no Direito acaba por imunizar a atividade jurisprudencial diante das críticas do ativismo e da inovação jurisprudencial, tendo em vista que o juiz sempre vai dispor de um conceito de Direito que se vincula à extensão de suas ponderações morais (Maus, 2000, p. 186-187).

Ao pontuar os riscos da imunização da atividade jurisprudencial com base na moral, Maus (2000, p. 187) reforça que “quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social”, ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado dotado de organização política democrática. Segue a autora reforçando que “no domínio de uma justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”.

A ascensão da justiça à qualidade de administradora da moral pública e a inserção de pontos de vista morais e de valores na jurisprudência lhe confere maior grau de legitimidade sendo capaz de imunizar suas decisões contra qualquer crítica. No mesmo sentido, tais fatores são capazes de liberar a justiça de qualquer vinculação legal que possa garantir a sua

sintonização com a vontade popular. De tal forma, a menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva, quando a justiça os invoca, à suspensão das disposições normativas individuais e a possibilidade de se decidir o caso concreto de forma inusitada. O âmbito das proibições legais pode, enriquecido por pontos de vista morais, ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas da liberdade e somente em um momento posterior, através de um processo legal, é que o cidadão se dará conta do que lhe foi proibido e do que lhe pode ser limitado para o futuro que se apresenta extremamente incerto a partir das decisões dos tribunais (Maus, 2000, p. 189-190).

Essa função, atualmente vista como poética, deu lugar à injunção de vontades, desapegadas ao tempo e a forma, mas, sob uma forma de controle próprio, transvestido de “controle social” o Supremo Tribunal Federal tem-se tornado alvo de críticas, e dentro os casos mais recentes, o mais absurdo deles, nominado a época pelo então Ministro Marco Aurélio em seu voto de: “Inquérito do Fim do Mundo, sem limite” (INQ) 4781, referência ao, popularmente intitulado, como “Inquérito das “Fake News”, em que houve a subversão do sistema democrático ao admitir que um magistrado instaure inquérito policial, sem prévia análise dos órgãos de execução penal, menoscabando o sistema acusatório, imposto e defendido constitucionalmente no devido processo legal.

Ademais, a imposição de sigilo aos advogados de defesa, ferindo preceitos como a “ampla defesa” no exercício do contraditório, igualmente constitucional, com afastamento da presunção da inocência, impondo prisões e outras medidas acautelatórias, sem o mínimo de investigação prévia, tampouco dentro de uma situação de flagrância, foi veementemente criticada por vários doutrinadores, a exemplo do Procurador Federal e Prof. Renato Brasileiro, que em sua análise concluiu que tal ato recobrou o processo judicialiforme, com esteio em fundamentação do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, não recepcionado pela Carta Magna de 1988, segundo insigne artigo 129, I.

A atuação de defesa própria, de forma endógena e sem fiscalização ou seu mantenedor do espírito das leis constitucionais, e bem como se afastando do seu dever de proteção a tais preceitos, o referido inquérito se operou contrário ao princípio constitucional da liberdade, ao criminalizar os atos de manifestação de opiniões contrárias à Corte e seus membros, buscando silenciar todos aqueles que se insurgissem contra as decisões da casa, sob um manto ditatorial e de censura, com a prévia criminalização de seu ato, que veio a desencadear uma série de reações jurídico-sociais negativas.

Como resultado temos que os espaços de liberdade anteriores se transformam gradativamente em produtos de decisão judicial definidos caso a caso, com a justificativa de que a justiça surge como uma instituição neutra capaz de auxiliar as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aspectos relacionados à supremacia do Direito e a segurança jurídica compõem a estrutura de um Estado Democrático de Direito e representam o reforço argumentativo de que a legitimidade de um tribunal constitucional é limitada, tanto pelas disposições legais quanto pela ação e competência dos demais agentes políticos instituídos naquele Estado, de forma que, no Brasil, a legitimidade da justiça constitucional não é superior à dos demais agentes políticos, Legislativo e Executivo, pois todas as suas competências advêm da Constituição.

Defender uma atuação limitada dos poderes e, consequentemente, do Poder Judiciário, conforme definido na legislação constitucional, significa lutar pela manutenção de um Estado Democrático de Direito que foi conquistado e instituído a custo de muito sofrimento e abnegações.

Os tribunais constitucionais surgiram com o escopo de garantir e proteger a supremacia da Constituição e das normas constitucionais como limitadoras do poder e garantidora de direitos. De tal forma não nos cabe, considerando ainda o nosso contexto histórico constitucional de exclusão, negação e violação de direitos, permitir que elementos diversos, como a perda da confiabilidade nos poderes representativos, a não efetividade das normas programáticas ou a própria morosidade dos poderes Legislativo e Judiciário, enfraqueçam o documento que temos em nossa defesa de nós mesmos contra os poderes instituídos e a arbitrariedade desse poder.

O ativismo judicial, além de representar uma expressa violação à separação dos poderes pode representar também uma usurpação de função, com o consequente enfraquecimento do nosso Estado Democrático de Direito. Foi exatamente o que aconteceu no dia 13 de junho de 2019, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e, por maioria dos votos, reconheceu que houve omissão constitucional do Congresso Nacional em não editar lei que criminalize atos de homofobia e transfobia.

O enfraquecimento do Estado Democrático de Direito não se efetivou com o reconhecimento, por parte do Supremo, de que o Congresso Nacional se omitiu em legislar sobre o assunto. Nesse diapasão, o STF nada mais fez do que exercer o seu papel constitucional. O enfraquecimento se dá no momento em que o Supremo ultrapassa os limites constitucionais e usurpa as competências do Congresso Nacional, enquadrando as condutas de homofobia e transfobia praticadas como tipo penal, conforme definido na Lei de Racismo (Lei Federal n.º 7.716/1989). Tal ação gera insegurança jurídica por violar diversos dispositivos constitucionais, principalmente o disposto no artigo 5º, XXXIX, que determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Defender, fomentar e justificar a prática de condutas ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça ou mesmo dos juízes singulares é o mesmo que defender, fomentar e justificar a violação, ou mesmo o fim, do Estado Democrático de Direito, pautado na supremacia constitucional, na separação dos poderes, nos direitos e garantias fundamentais e na segurança jurídica, pois “discutir o ativismo ou a autorrestruturação judicial não é discutir se determinada decisão é correta ou não, pois isso é contingente, e sim o quanto de autoridade constitucional e epistêmica a corte tinha para tomar essa decisão” (Campos, 2014, p. 156).

A necessidade de se reduzir as desigualdades e se ver implementado os direitos fundamentais, principalmente os sociais, previstos na Constituição Federal, é inerente à sociedade brasileira, considerando que ainda estamos inseridos em um contexto de exclusão e de altas concentrações de renda. Porém o caminho buscado não deve ser o do reconhecimento da expansão do poder político-normativo das cortes. Nesse contexto, precisamos ter em mente que a melhor solução ainda é o mecanismo democrático participativo, previsto no artigo 14 da Constituição Federal, e que determina que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, movimento que não deve ser substituído ou suprido por movimentos jurídicos, políticos e, principalmente sociais que pretendem validar e justificar a prática do ativismo judicial, tendo em vista que tal prática do ativismo judicial representa sempre uma grave violação à democracia.

O Supremo Tribunal Federal tem pautado a sua atuação principalmente em métodos específicos de interpretação constitucional, o que lhe retirou a essência do papel de guardião da Constituição, para atuar, sobretudo, como garantidor da própria história jurisprudencial e de sua própria existência.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Paraná: Juruá, 2009.

BLACK, Hugo. The Bill of Rights. **New York University Law Review**, v. 35, n. 4, 1960.

BLOOM JR., Lackland H. **Methods of Interpretation**. How the Supreme Court Reads the Constitution. New York: Oxford University Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidencia da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn nº 4277/2008**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO nº 26/2019**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54/2004**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 4781**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 2003.

COURA, Alexandre de Castro; PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e proceduralismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 116, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, 1978.

FRANKFURTER, Félix. **Trop v. Dulles**. 365 U.S. 86, 128 (1958). Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1956/70>. Acesso em: 1 set. 2022.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *Baron de*, 1689-1755. **O espírito das leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco – São Paulo: Martins Fontes, 1996 – (Paidéia).

RUBIO LLORETE, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. **Revista Espanola de Derecho Constitucional**, Madrid, CEPC, v. 22, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**, v. 35, n. 73, jan. 1947.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

WHINNEY, Edward. **Judicial review in the english-speaking world**. Toronto: University of Toronto Press, 1956. p. 170-185.

WILKINSON III, J. Harvie. **Cosmic constitucional theory**. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance. New York: Oxford University, 2012.



UMA ANÁLISE DA DIGNIDADE HUMANA VERSUS O DISCURSO DO ÓDIO

OS TRATAMENTOS CONSTITUCIONAIS
NORTE-AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO

*Cesar Veiga Arruda**

Resumo: O presente artigo analisa a problemática jurídica entre a dignidade da pessoa humana e o discurso de ódio, colocando em evidência o princípio da liberdade de expressão. Examinar-se-á o tratamento constitucional desses institutos jurídicos nas perspectivas de Cartas Políticas em especial em três *cases*, o da jurisprudência norte-americana, da jurisprudência alemã e na jurisprudência brasileira. Tratar-se-á do recrudescimento do discurso de ódio, da colisão da liberdade de expressão ao princípio da dignidade humana, pois há falsa percepção de a liberdade de expressão estar amparada na livre possibilidade de se expressar. Apresentar-se-á o papel das redes sociais que impulsionam a disseminação do discurso de ódio que tem sido enfrentado de maneira muito retraída no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: direitos humanos; dignidade humana; liberdade de expressão; discurso de ódio; redes sociais.

Abstract: This article analyzes the legal issue between the dignity of the human person and hate speech, highlighting the principle of freedom of expression. It will examine the constitutional treatment of these legal institutes in the perspectives of Political Letters in particular in three cases, that of North American jurisprudence, German jurisprudence and Brazilian jurisprudence. It will be a question of the resurgence of hate speech, of the collision of freedom of expression with the principle of human dignity, because there is a false perception that freedom of expression is supported by the free possibility of expressing oneself. It will present the role of social networks that drive the dissemination of hate speech that has been faced in a very retracted way in the Brazilian legal system.

Keywords: human rights; human dignity; freedom of expression; hate speech; social networks.

* Pós-Graduado no Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Gestão Pública pela UEMA (2016). Pós-Graduado no Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Auditoria pela Estácio (2002). Graduado em Direito pela Facam (2023); graduado em Administração pela UEMA (2007); graduado em Ciências Sociais pela UFMA (2006); graduado em Ciências Contábeis pela UFMA (1990). Foi professor substituto no Departamento de Ciências Contábeis da UFMA (1994-1995 e 1998-2001). Foi Auditor de Contas Externo no TCE- MA (1999-2003). Atualmente é Analista Ministerial - Contabilidade no MPMA.

1 INTRODUÇÃO

Buscou-se neste artigo comparar os institutos da dignidade humana em contraposição ao discurso do ódio, visto serem institutos jurídicos antagônicos de *per se*; como examinar três tratamentos dados ao tema em Cortes Supremas; teve-se como mote o recrudescimento e o enfurecimento do tema do discurso de ódio nesta quadra da História, visto ser uma narrativa que causa perplexidade no tecido social; é um discurso com caráter nitidamente ofensivo e discriminatório, calçado numa falsa impressão de ser amparado no direito da liberdade de expressão; essa visão da normatividade do discurso do ódio pela liberdade de expressão, será narrada em sistemas jurídicos, no sistema jurídico alemão, no norte-americano e no prudencial brasileiro.

Frisa-se que este estudo exsurge como uma evolução natural do processo de pesquisa pessoal iniciado no Curso de Bacharelado de Ciências Sociais da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), onde se apresentou a monografia, em 2006, com o tema “POR UMA TAUTOLOGIA DO PODER LOCAL: a construção do discurso político no ‘tempo’ e as imaginárias oposições do grupo Sarney versus ‘Grupo Sarney’”, trabalho monográfico que tinha como temática a “narrativa do discurso na Ciência Política”.

Nessa seara será destacada a construção dos direitos humanos na História do processo civilizatório; no mundo pós-moderno o recrudescimento científico não impediu o surgimento de graves refluxos, p. ex., o surgimento da necropolítica¹, um acinte tanto ao Direito como à razão e à Ciência; a necropolítica e seu direto produto, o necropoder, são a prova de retrocesso civilizatório visto afrontarem em cheio a dignidade humana.

Para se entender a dignidade humana, não se pode esquecer que no limiar entre os séculos XVIII e XIX as relações entre discurso e verdade foram concebidas sob um prisma libertário, pois promoveram a dissolução de ortodoxias e autoridades de passadas tradições; houve dissolução de domínios, de instituições que antes nos guiavam com suas

¹ A necropolítica é tratada, de forma conceitual, como um modelo contemporâneo de sobressair a supremacia do “poder da morte” em nosso atual sistema civilizatório; traz no bojo a destruição do ser humano, enquanto cidadão, como destruição de instituições, em vista disso a necropolítica e o poder da morte serão formas que subjugam a vida ao poder da morte (necropolítica), reconfiguram profundamente as relações entre resistência, sacrifício e terror; têm como objetivo provocar a destruição máxima de pessoas e criar “mundos de morte”, como formas únicas e novas de existência social, formas nas quais vastas populações são submetidas a condições de vida que lhes conferem estatuto de “mortos vivos”; portanto essa necropolítica atinge em cheio o princípio da dignidade humana (Mbembe, 2018).

verdades fundamentais; hoje, discurso e verdade, tornaram-se cada vez mais suscetíveis às dúvidas e às críticas devido à ascensão da necropolítica.

Nesse aspecto de diluição da dignidade humana se deve conjugar a distensão em nossa sociedade provocada na divisão do corpo social em agrupamentos; assim se pretende discutir o impacto do discurso do ódio em pleno século XXI, um debate jurídico das implicações do discurso do ódio ao colidir com o princípio da dignidade humana.

O discurso de ódio e o instituto da liberdade de expressão trazem consigo um volume surpreendente de vozes em redes sociais; a pós-modernidade trouxe o processo de virtualização de nossa sociedade.

Nessa esteira incluem-se como novos elementos formadores do discurso do ódio, tanto a “pós-verdade”² como a difusão de *fake news*³ em que ambas nas redes sociais produzem efeitos perversos tanto aos direitos humanos como à dignidade humana.

Nesse diapasão, vemos recuos políticos em sociedades democráticas, com um grau elevado de intolerâncias sociais, com o aprofundamento de preconceitos de classe, de gênero e orientação sexual; a isso se agrega um conjunto de ideias atreladas a ações reacionárias, a governos populistas que vêm se consolidado como nova força “negativa” de grande alcance no mundo globalizado.

Portanto a força das redes sociais não está sendo controlada em diversas democracias (visto não se poder estudar o tratamento dado a esse

² A pós-verdade é um neologismo que trata de crenças e narrativas de sujeitos que determinam o que ele, o sujeito, toma como verdadeiro; nela se busca descrender o outro, apesar de evidências lógicas existirem que são contrárias àquelas crenças/narrativas apresentadas; esse termo é usado como sinônimo de “pronunciamento político falso” ou “um discurso de tipo emocional carente de razão”; noutras palavras, a pós-verdade é a fala pública de um locutor autorizado, um locutor inscrito num lugar institucional, com um modo de fala emocional e irracional com a expressa vontade de enganar a opinião pública; a pós-verdade possui locutor definido (Curcino, 2021).

³ As *fake news* (notícias falsas) tratam-se de um novo “ecossistema de mídia” (ecossistema da desinformação) em que o “receptor passivo” de informações compartilha, comenta ou (re) coloca em circulação variados tipos de conteúdo ou vários disparos de mensagens falsas; *fake news* são conteúdo enganoso, um conteúdo impostor, enfim, um conteúdo fabricado que causa a desinformação na sociedade; esse fenômeno pós-digital, as *fake news*, se encontra concentrado em grandes corporações que operam as redes sociais (empresas transnacionais) as quais não são responsabilizadas pelos conteúdos falsos divulgados, como também as formas de divulgação são submetidas à “governabilidade algorítmica”, estando pois, à parte da mídia *mainstream*; em suma, *fake news* são um tipo de funcionamento da pós-verdade; não possui locutor definido, essas notícias falsas circulam por compartilhamento em diversas redes sociais, como viralizam globalmente de forma imediata (Curcino, 2021).

tipo de “informação” em regimes fechados); há uma profusão de notícias degradantes à dignidade humana que estão sendo disseminadas sem o devido controle, sem uma arquitetura legislativa e jurídica necessárias.

Por conseguinte, a obtenção de dados e informações necessárias neste artigo, deu-se por meio de pesquisa bibliográfica que serviram para a conclusão do debate do instituto jurídico da dignidade humana e o seu confrontamento ao discurso do ódio.

2 OS DIREITOS HUMANOS, A DIGNIDADE HUMANA E O CONSTITUCIONALISMO: BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No atual cenário do tratamento dado aos direitos humanos se pretende apresentar o entrelaçamento das liberdades alcançadas pela civilização.

Os direitos humanos sintetizarão um patamar social em que o indivíduo não pode ser injustificadamente privado da sua liberdade, dos seus bens, da sua vida; não pode o homem ter a sua dignidade violada (Brito, 2018).

A conquista de direitos é tão relevante para o nosso progresso que sem eles não há plena liberdade para que a sociedade possa expandir suas esferas do conhecimento, gerar crescimentos cultural, social e econômico.

Importa iniciar o tema da História dos direitos humanos como um processo profundamente atrelado ao desenvolvimento do Estado; como vê Brito (2018, p. 17):

O estabelecimento dos direitos humanos como os conhecemos na atualidade foi construído historicamente a partir do desenvolvimento dos Estados, das relações internacionais firmadas e do reconhecimento dos direitos mais essenciais das pessoas.

Os direitos humanos foram uma das maiores conquistas civilizatórias da humanidade, pois possibilitaram o respeito pleno do homem, irão personalizar o homem como diferentes indivíduos, farão o contraponto à desigualdade existente entre os homens (Brito, 2018).

Adrede a isso, na História das sociedades humanas, a evolução humana está intrinsecamente ligada ao desenvolvimento de liberdades e de direitos essenciais; logo os direitos humanos sintetizarão um outro

patamar social onde o indivíduo não pode ser injustificadamente privado da sua liberdade, nem ter sua dignidade violada; a conquista de direitos é tão relevante para o progresso da humanidade que sem eles não há plena liberdade para que a sociedade possa expandir, principalmente no crescimento econômico (Brito, 2018).

As ideias dos direitos humanos fundamentais têm como ponto comum a necessidade de limitar e controlar os abusos de poder do Estado e de suas autoridades constituídas, têm como base a consagração dos princípios básicos de igualdade e de legalidade como regentes do futuro Estado moderno; ademais, a noção de direitos fundamentais é anterior ao surgimento da ideia de constitucionalismo⁴.

Desse contraditório, entre o poder e a liberdade, surge então, a Constituição que, além de organizar a forma de Estado e os poderes que exercerão as funções estatais, consagrará os direitos fundamentais que serão usufruídos contra possíveis ilegalidades do Estado; o constitucionalismo consagra a necessidade de insculpir um rol de direitos humanos num documento escrito, derivado de soberana vontade popular (Moraes, 2011).

Nessa discussão, importa examinar a dialética do Liberalismo, e em suas teses há a atuação restrita do Estado, vê-se o papel do mercado no contexto da exploração de trabalhadores, traz a exclusão social e ambos terão reflexos nos direitos humanos; dessa “nova ordem” emergirá a exploração do trabalho, o aguçamento da pobreza e a exclusão social (Gonçalves, 2010).

O Liberalismo terá como contraponto a encampação da luta por direitos sociais, tendo como ápice a configuração do *welfare state*⁵; houve

⁴ O constitucionalismo foi um movimento ideológico que, a partir da Revolução Francesa, em 1789, promove a implantação dos princípios liberal-democráticos na estruturação jurídico-política do Estado; a “constituição escrita” é o instrumento de efetivação desses princípios, com a qual a sociedade política é concebida, se origina do contrato social; a sociedade passa a reger-se por uma “ordem estabelecida” mediante um voluntarismo racionalista com base no qual o homem pode montar o Estado conforme formulações puramente ideais; nascia o “abstracionismo constitucional” em que o Direito Abstrato tomava o lugar do Direito Histórico (Carvalho; Garcia; Sousa, 1998).

⁵ O Estado de “bem-estar social” ocorre numa sociedade onde todos usufruem os meios capazes de assegurar-lhes a satisfação das necessidades vitais, dos benefícios da civilização e da cultura; são múltiplos esses meios que vão desde os simplesmente materiais até àqueles que possibilitam ao homem crescente dignificação, por disponibilização de bens culturais e espirituais; pretende dar resposta aos reclamos sociais, em geral, desempenhando atividade onipresente; chega-se, assim, ao intervencionismo e ao dirigismo estatal; coube, nesse modelo, a criação de condições para um desenvolvimento social harmônico após a Segunda Grande Guerra mundial (Carvalho; Garcia; Sousa, 1998).

depois um novo retrocesso com a chegada da retórica Neoliberal⁶; ambos, Estado do bem-estar social e Estado neoliberal, passam a conviver lado a lado com novas formas de exclusão social.

O Neoliberalismo faz emergir “um sentimento de violência generalizado”, típico de sociedades sem projetos em pensar e/ou repensar o outro, traz ausência de formas de enfrentamento de discriminações a grupos e/ou indivíduos (Gonçalves, 2010).

Quanto ao Direito constitucional, será a Constituição o regente do Estado, como conjunto de disposições e princípios que vão definir a titularidade do poder, a vontade política, os órgãos do Estado; segundo Miranda (*apud* Moraes, 2011, p. 1) a Constituição será:

A parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado, enquanto comunidade enquanto poder. É o conjunto de normas (disposições e princípios) que recordam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os actos em que se concretiza (grifo nosso).

As Constituições oitocentistas francesa e estadunidense caracterizaram-se como espaços de ordem, foram instrumentos limitadores e legitimadores do poder; mesmo com o Liberalismo econômico suscitando juridicamente a (re) configuração do Estado, não se pode deixar de ter em mente: o ideal liberal foi o interlocutor privilegiado da ordem capitalista, foi o garantidor, na prática, da ordem do sistema produtivo (Gonçalves, 2010).

Nesse quadro dialético, de ideais liberais *versus* direitos fundamentais, a temática dos direitos humanos é concebida como valores de “dado período civilizatório”, ainda diz Silva (1999, p. 23):

⁶ O Estado Neoliberal é a concepção de Friedrich Hayek (1899-1992) e Milton Friedman (1912-2006) cuja proposta é a de um “Estado mínimo”, em que a lei da livre concorrência constitui a expressão do exercício amplo das liberdades individuais; tenta corrigir o cunho marcadamente individualista das concepções liberais, dando-lhes conteúdo social; ganhou terreno após as duas grandes Guerras; Hayek rejeitava a expressão “justiça social”, enquanto Friedman advogava a “garantia de renda mínima para os mais pobres” (Carvalho; Garcia; Sousa, 1998).

Os direitos humanos podem ser concebidos como direitos utópicos, de cunho filosófico ou ideológico uma vez que se constituem em valores, que permeiam dado tecido social em determinado período histórico, **adquirindo conotações oriundas das demandas sociais e políticas afeitas àquele momento** (grifo nosso).

Na normatização dos direitos, há de se considerar a importância da secularização⁷ da política, visto ter se constituído num fator determinante para a aquisição dos direitos fundamentais; sobre a secularização aponta Silva (1999, p. 24) “ [...] possibilitou o rompimento com a ideia de que a lei humana e os poderes políticos estavam subordinados ao direito divino, atribuído ao soberano, por Deus”.

A secularização possibilitou a constituição de uma nova relação “Estado/cidadão ou soberano/súdito”, na Europa do século XVI em diante; foi um combate travado com o Cristianismo (Silva, 1999).

Com a secularização, conjuga-se o Iluminismo⁸ ocorrido na Europa do século XVIII favoreceu a constituição de uma nova mentalidade cultural e espiritual no mundo moderno, como frisa Bussinger (*apud* Silva, 1999, p. 25) “O ideário iluminista expressa uma confiança sem limites na razão, e a partir dela, na libertação do conhecimento humano das amarras, sobretudo, da tradição”.

⁷ A secularização é o processo que horizontaliza integralmente a organização e a atividade do Estado, desligando-as, organização e atividade, da consideração da transcendência do fim do homem; “saeculum” era o termo usado na Idade Média para significar a “vida no mundo”, ou seja, a “vida no século” em contraposição à vida claustral; portanto secularizar é reduzir ao estado leigo; foi termo empregado pela primeira vez no Congresso de Westfália (1648) para expressar o confisco dos bens eclesiásticos; a secularização foi inaugurada com a chamada “humanização do homem” na Renascença (séculos XV-XVI), avançou com o livre exame protestante (século XVI), chegou à religião com o “ópio do povo” de Marx (1818-1883), atingindo seu auge com a teologia da “morte de Deus” de Nietzsche (1844-1900), em que fez eco com o “Deus morreu” (Carvalho; Garcia; Sousa, 1998).

⁸ O Iluminismo ou Ilustração, foi corrente racionalista de pensamento amplamente difundida no século XVIII, mediante revelação ou inspiração, no primeiro caso, chamado de “filosofia das luzes”; há diferença entre racionalismo do século XVII, com grandes sistemas metafísicos, e o racionalismo da Ilustração; para os “ilustrados” não há ideias inatas e a razão é uma faculdade que se desenvolve com a experiência, uma força ou energia para transformar o real; o Iluminismo preparou a Revolução Francesa em 1789; significou a época do “despotismo esclarecido” (Carvalho; Garcia; Sousa, 1998).

No Iluminismo passa-se a respeitar a consciência individual como ponto de partida para o fundamento das leis; no paradigma iluminista, foi necessário o (re) estabelecimento do respeito, por parte da autoridade pública, aos denominados “direitos naturais do homem”, independentemente de sua positivação (Direito Natural).

O Direito Natural teve como base a racionalidade humana, não mais o direito divino; terá o condão preponderante para a efetivar os direitos humanos, haverá a desvinculação entre o Estado e o indivíduo (Silva, 1999).

Nesse contexto, a dignidade humana é intrínseca a cada ser humano, sendo um complexo de direitos e deveres, é merecedora de respeito pelo Estado e pela sociedade, propicia a comunhão de todos coletivamente; Sarlet (*apud* Andrade, 2003, p. 2) conceitua dignidade:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e de comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A partir desse plano, a dignidade humana se ancora nos direitos humanos; o respeito aos direitos humanos será a pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático; serão empregadas diversas expressões para “direitos do homem”, como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos fundamentais”, “direitos fundamentais do homem”, “direitos naturais”, etc.

Pontua a doutrina os direitos do homem são válidos para todos os povos e em todos os tempos (na dimensão jusnaturalista-universalista), e os direitos fundamentais são aqueles jurídico-institucionalmente garantidos (Andrade, 2003).

A dignidade humana, em outros segmentos doutrinários, pressupõe igualdade entre os seres humanos como um dos seus pilares,

por conseguinte o princípio da “igual consideração de interesses”, consiste em atribuir aos interesses alheios peso igual ao que atribuímos ao nosso; não é por generosidade, mas por solidariedade, sendo necessidade imposta pela própria vida em sociedade (Andrade, 2003).

A composição do conceito de dignidade na doutrina é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em caso concreto, sob à luz de determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de nossa sociedade, enfim, do processo civilizatório (Andrade, 2003).

Vale tratar da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, consoante o art. 1º, III, da nossa Constituição Federal, *in verbis* “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (Brasil, 2022).

É significativo a inclusão da dignidade humana como princípio no pórtico da Constituição, ou seja, como fundamento, enfim, a dignidade se torna um símbolo do compromisso assumido pela nossa Constituição Federal.

Nesse diapasão a dignidade humana decorre da própria condição humana, pois não se postula dignidade, como não se reivindica, sendo um direito à proteção e um respeito per si, enfim um direito a existência digna; portanto, a dignidade, decorre da condição humana (Andrade, 2003).

Neste sentido, após esses destaques, assinala-se a dupla função do princípio da dignidade humana, quais sejam, como primeira função a defensiva de não violação da dignidade; como segunda, possui função prestacional de promoção da dignidade (Andrade, 2003).

3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO NAS SUPREMAS CORTES DOS ESTADOS UNIDOS, DA ALEMANHA E DO BRASIL

Para o atingimento da plena liberdade de expressão, evita-se a censura estatal ao discurso; noutra via para se alcançar a igualdade é necessário proibir a discriminação ou exclusão de grupos ou indivíduos.

Desses temas desembocam tanto a influência da liberdade como da dignidade como fatores cruciais na construção do Estado Democrático de Direito; isto posto, é visível o confronto do discurso do ódio à dignidade humana; dessa colisão, aponta Brito (2018, p. 16):

Liberdade e igualdade são dois dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, são direitos e princípios fundamentais com possibilidades diversificadas de fundamentação e aplicabilidade com o escopo de resolução dos mais distintos conflitos jurídicos e, em especial, para os problemas advindos do discurso de ódio.

Nessa discussão ganham destaque os institutos da liberdade e da igualdade que por sua vez terão influência nos direitos fundamentais, trazendo consigo uma subdivisão conceitual importante, tendo aqueles institutos um “núcleo de proteção”, no caso da liberdade, e outro “núcleo de restrições”, o caso da igualdade (Cavalcante Filho, 2018).

Dados esses argumentos iniciais, serão apresentados fatos ocorridos nos Estados Unidos da América, Alemanha e no Brasil; serão situações jurídicas em que se demonstrou limites, ou ausência de limitadores, quando se considera o caráter absoluto do discurso do ódio amparado na liberdade de expressão, e, principalmente, o seu desrespeito ao princípio da dignidade humana.

O primeiro estudo ocorreu na jurisprudência norte-americana, deu-se de um membro da *Ku Klux Klan* (KKK) que proferiu frase em rede de televisão considerada como um regular exercício da liberdade de expressão (caso *Brandenburg*)⁹.

O segundo estudo na jurisprudência alemã, tratou do caso de palestra a ser proferida por um autor revisionista, o inglês David Irving, fato em que levou o Judiciário alemão a justificar a proibição de uma convenção neonazista (caso *Auschwitz Lie*)¹⁰.

⁹ Caso BRANDERBURG VS. OHIO (395 U.S. 444, 1969), ocorrido nos Estados Unidos quando fazendeiro afirma a uma audiência de televisão, com transmissão ao vivo de convenção da KKK de valores racistas dessa sociedade, afirmou a supremacia branca e a inferioridade intrínseca dos negros (Cavalcante Filho, 2018).

¹⁰ Caso NEGAÇÃO DO HOLOCAUSTO: *Auschwitz Lie* ou Irving (BverfGE 90, 241), ocorrido na Alemanha quando ato da administração pública proibiu a realização de palestra do revisionista inglês David Irving de que nada fosse dito no evento que negasse a perseguição a judeus e a negação do holocausto (Cavalcante Filho, 2018).

O terceiro (caso *Ellwanger*)¹¹, ocorrido no Brasil no Estado do Rio Grande do Sul (RS), foi o de um historiador revisionista brasileiro, Siegfried Ellwanger, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou os limites da liberdade de expressão e os desdobramentos na norma jurídica existente, uma decisão da Corte que dividiu a doutrina existente quanto ao efeito jurídico da liberdade de expressão.

A dignidade humana dá o substrato aos direitos fundamentais; com a virada paradigmática ocorrida com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial a dignidade humana será o “ator crucial” no Estado Democrático de Direito.

A virada paradigmática consistiu, essencialmente, na tomada de consciência por parte dos países da comunidade internacional de que para haver tanto a paz, assim como o desenvolvimento econômico, é preciso respeitar todos os seres humanos, independente de nacionalidade, religião, etnia, orientação sexual, gênero, entre outros caracteres que particularizam diferentes indivíduos (Brito, 2018).

3.1 A liberdade de expressão (*free speech*) no sistema constitucional norte-americano

Os Estados Unidos da América, por sua vez, têm tradição individualista, tolera mais a liberdade expressão ainda que de conteúdo racista ou discriminatório. A explicação histórica é importante, porém oferece explicação insuficiente e parcial (Cavalcante Filho, 2018).

A jurisprudência americana em relação ao discurso do ódio, diz em respeito à liberdade expressão deve-se observar a neutralidade do Estado; há a ideia de que direitos individuais são absolutos, afastando-se qualquer atuação estatal.

Nos EUA se argumenta que o cerceamento da liberdade de expressão à sociedade dificultará o conhecimento da verdade, daí surge a

¹¹ Caso ELLWANGER (HC 82.959/RS), ocorrido no Brasil, fato em que editor de livros gaúcho, Siegfried Ellwanger Castan, escreveu, publicou e editou obra da Editora Revisão no ano de 1987, “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, onde buscava demonstrar que o verdadeiro extermínio teria vitimado os alemães, ou seja, há a negação do holocausto; o autor foi indiciado por incitação ao racismo, absolvido em primeira instância, sendo condenado pelo Tribunal de Justiça do RS, depois teve HC denegado no Superior Tribunal de Justiça (STJ); único argumento levantado foi a extinção da punibilidade devido a prescrição, pois para a defesa os judeus não constituíam raça, portanto o delito deveria prescrever (Cavalcante Filho, 2018).

noção do “livre mercado de ideias” (*marketplace of ideas*)¹² noção de que qualquer ideologia pode ser publicamente sustentada, devendo-se permitir a expressão de todos (Cavalcante Filho, 2018).

Nesse raciocínio a liberdade expressão deve ser assegurada sem ressalvas; todas as ideias devem competir entre si, de maneira que as melhores ideias ou as melhores ideologias, deverão prevalecer; o que se busca não é a verdade, mas a neutralidade do Estado, já que este não pode decidir o que é verdade ou não, sob pena de restringir os direitos fundamentais.

A liberdade de expressão nessa Nação é liberal; é considerada utilitarista, uma vez que a liberdade não é defendida pelo seu valor intrínseco, mas pelo exame do custo-benefício; os discursos extremistas devem ser garantidos devido essa neutralidade (Cavalcante Filho, 2018).

A jurisprudência norte-americana vê legítimo o pleno exercício da liberdade de expressão, ainda que venha causar danos a terceiros, em caso de um “perigo claro e iminente” (*clear and present danger*); portanto no Judiciário americano há o pleno exercício da liberdade de expressão de forma ampla, devido ao respeito pleno dessa liberdade, que é rígido; pontua Brito (2018, p. 69):

Os Estados Unidos valorizam de forma bastante ampla e rígida a liberdade de expressão. **Ampla** porque há uma preocupação constante e intensa para que a liberdade de expressão seja respeitada. E **rígida**, porque muitas vezes até mesmo **o discurso de ódio passa despercebido, sem investigações ou punições, tendo como base o exercício irrestrito da liberdade de expressão** (grifo nosso).

Outra teoria utilizada pela jurisprudência pelos EUA, é a “teoria do autogoverno” (*self-governance theory*) segundo a qual o cidadão estadunidense pode debater publicamente todos os assuntos políticos, mesmo que prejudiquem grupos; o que abre a possibilidade para que indivíduos com ideias preconceituosas e violadoras da dignidade humana

¹² A teoria do livre mercado de ideias teve como precursores os ingleses John Stuart Mill (1806-1873; filósofo) e John Milton (1608-1674; autor da obra "O Paraíso Perdido") em que se definia o desenvolvimento e progresso da sociedade serão mais favoráveis se o governo não tiver o papel de definir o que é certo ou errado, aceitável ou inaceitável socialmente; o governo deve ser mantido fora dessas questões (Brito, 2018).

possam argumentar sobre porque determinados grupos, minoritários ou vulneráveis, devem ser segregados ou ter seus direitos mais restritos; a teoria tem por base a supremacia da maioria; nisso, ratifica Brito (2018, p. 69):

[...] o ponto principal da liberdade de expressão é assegurar que as pessoas possam livremente debater sobre todos os assuntos na seara política. Essa teoria abre a possibilidade de defesa, em debates públicos, de pontos de vista e argumentos preconceituosos que podem, em certos aspectos, prejudicar de forma direta os direitos humanos de grupos minoritários (grifo nosso).

Quanto ao caso discutido, *Brandenburg VS. Ohio*, no ano de 1969, as instâncias ordinárias condenaram criminalmente o membro da KKK, visto suas palavras proferidas em programa de televisão poderiam causar “perigo claro e iminente”, discurso que desencadearia uma onda de violência contra os negros norte-americanos, também sua fala estava ao arrepio da proteção do *free speech* (Cavalcante Filho, 2018).

Essa tese não teve concordância a maioria dos *Justices* da Suprema Corte, pois mesmo que palavras proferidas sejam moralmente repulsivas, não configuraram em “palavras de luta” (*fighting words*); somente se poderia limitar a liberdade de expressão quando houver clara e imediata incitação à violência, independe do conteúdo das palavras proferidas; para a Suprema Corte a liberdade expressão não se combate com supressão do discurso, porém “com mais liberdade de expressão”, caberia à sociedade, e não ao Estado, decidir quais ideias irão granjeiar a maioria da coletividade (Cavalcante Filho, 2018).

Sobre o caso comentado, apontou a Corte que não haveria exceção no uso da liberdade expressão, visto que não houve intenção de produzir ou incitar uma ação iminente devido a fala; veja que diz Brito (2018, p. 73):

O réu era um líder da Ku Klux Klan em Ohio, e tinha sido condenado com base no estatuto criminal de Ohio por ter incitado o uso da força, da violência e de meios ilegais contra o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte, com insinuações racistas. Todavia, a Suprema Corte decidiu, por unanimidade, que a Primeira Emenda da Constituição dos EUA não autoriza o Estado federado a proibir uma defesa, por

parte de um cidadão, do uso da força ou da violação do direito, com exceção dos casos em que essa defesa é direcionada para produzir ou incitar uma ação iminente.

Dois pontos são cruciais na análise, primeiramente a neutralidade do Estado, em segundo a sacralidade da liberdade de expressão; ambos pontos darão o suporte para o seu caráter absoluto, além de que teve como norte a ideologia política predominante no substrato da Primeira Emenda¹³.

Houve o predomínio do liberalismo político nos votos de cada *Justice*, pois o Estado não tem poder de invadir o santuário “da crença e da consciência”; está o discurso imune à perseguição criminal, e nem mesmo o conteúdo odioso justificaria a restrição à liberdade de expressão, salvo se houver uma imanente ação ilegal (Cavalcante Filho, 2018).

A decisão da Suprema Corte se baseou em argumentos políticos transmutados em argumentos jurídicos; significou o retorno da predominância do Liberalismo como ideologia dominante; prevaleceram em conjunto a neutralidade do Estado, o antipaternalismo, a dicotomia Estado *versus* sociedade, a defesa do livre mercado de ideias; a Corte afastou a possibilidade de ponderação; houve, no fim, a reafirmação da ideia liberal (Cavalcante Filho, 2018).

A liberdade de expressão não é apenas o mais importante direito constitucional dos EUA, mas um dos maiores símbolos culturais desse país, com sensível valorização do individualismo.

3.2 A liberdade de expressão no sistema constitucional alemão

A Alemanha tolera pouco o discurso de ódio, pelo fato de ter vivenciado o nazismo; essa Nação privilegia a dignidade humana em detrimento da liberdade expressão “de se dizer o que se pensa” (Cavalcante Filho, 2018).

O Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão reconheceu um valor *a priori* à liberdade de expressão; reafirmou a necessidade de se fazer

¹³ A Primeira Emenda da Constituição dos EUA teve sua origem no fim do século XVIII, em 1791, a Emenda garantiu o direito à religião e seu respectivo exercício, a liberdade de expressão e de imprensa, o direito de reunião do povo e de petição às autoridades governamentais (Brito, 2018).

ponderação nessa liberdade, em que pese ter admitido restrições¹⁴, houve nos votos a influência comunitarista.

No ordenamento jurídico da Alemanha a questão do discurso de ódio tem por alicerce a concepção de que na Constituição alemã¹⁵ a liberdade de expressão é pautada por “valores fundamentais”, como, o caso da dignidade humana, o da proteção constitucional da honra e o do direito à personalidade.

No caso discutido, *Auschwitz Lie – Caso David Irving*, nos anos 2000, a Corte superior alemã declarou que ato da administração pública que havia proibido a palestra do revisionista inglês David Irving, ao impor o cumprimento da condição de que nada fosse dito por ele na palestra que negasse o holocausto no regime nazista alemão¹⁶.

O acórdão da Corte inicia com a distinção entre “afirmações sobre opiniões” e “afirmações sobre fatos”; opiniões devem ser livres, quanto aos fatos, estes se submetem a um juízo de veracidade; portanto negar ou minimizar o holocausto, seria uma afirmação sobre fatos. Cabe salientar a visão de Brito (2018, p. 81):

No caso *Auschwitz Lie*, o Tribunal Constitucional Federal declarou a constitucionalidade de uma decisão da administração pública no sentido de proibir uma palestra com conteúdo negador da ocorrência do holocausto pelo inglês David Irving, pois seria um insulto aos judeus a negação desse acontecimento histórico e uma violação da dignidade humana.

¹⁴ Cabe aqui destacar que a República Federal da Alemanha aprovou lei no ano de 2017 no sentido de “coibir conteúdo impróprio”, a lei entrou em vigor em 2018; o caso do discurso de ódio e de notícias falsas, nas redes sociais, ficou a lei denominada *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*, em tradução livre “Lei das Redes Sociais”, é aplicada para provedores de rede social que tenham, no mínimo, 2 (dois) milhões de usuários registrados na Alemanha (Brito, 2018).

¹⁵ A Constituição alemã, datada de 23 de maio de 1949, conhecida como “Lei Fundamental da República Federal da Alemanha”, reflete a disposição do ordenamento jurídico desse país em relação ao discurso de ódio (Brito, 2018).

¹⁶ O holocausto foi fruto do regime nazista, provocou perdas humanas profundas pela “solução final” imposta pelo regime; teve por base uma suposta inferioridade das vítimas (principalmente, os judeus) como justificativa para o cometimento de tal barbárie; o impacto da crueldade propagada pelo nazismo foi tão grande que provocou, após o fim da Segunda Guerra, a sensibilização da comunidade internacional para a preservação da dignidade humana e uma mudança paradigmática no Direito Internacional, teve como fruto a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (Brito, 2018).

O acórdão do Supremo alemão refutou dogmas do Liberalismo, em especial, a questão da neutralidade do Estado; a Suprema Corte identificou que a humanidade e a dignidade humana são bens jurídicos penalmente protegidos a humanidade e a dignidade humana (Cavalcante Filho, 2018).

Houve o acolhimento da tese do comunitarismo; houve a identificação de insulto contra o grupo e insulto contra o indivíduo; negar o holocausto, é contradizer a perseguição aos judeus, o que estimularia o ressurgimento dessa conduta desumana, entendeu que houve o desrespeito à ideia de pertencimento da comunidade judaica, haveria um insulto aos judeus.

Destarte a argumentação pela ilegalidade da negação do holocausto processou-se, em última análise, na argumentação da tese político-moral do comunitarismo (Cavalcante Filho, 2018).

No ordenamento jurídico alemão há tolerância menor aos discursos extremista e negacionista. Houve a necessidade de defender a identidade de determinados grupos minoritários, *in casu* os judeus; houve prevalência da defesa da dignidade de membros desse grupo; respeitou-se o resguardo de valores da comunidade (judaica) como ideias nitidamente comunitarista; ocorreu o respeito da influência da política sobre o discurso do ódio.

Na Constituição alemã, os direitos de liberdade poderão sofrer restrição com base no fundamento em lei; devem, seus titulares, respeitar os direitos das outras pessoas, além de não se violar o ordenamento constitucional ou mesmo a lei moral (Brito, 2018).

Na Alemanha se confiou ao Estado atuar como o indutor de ideias que reforcem a unidade política e o respeito mútuo entre os integrantes da comunidade alemã; houve, por fim, a defesa da tese da “democracia militante”¹⁷.

3.3 A liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro

É crucial abordar sobre a constitucionalização do Direito, no âmbito da Constituição Federal de 1988, em que se irradiou os efeitos das normas constitucionais a outros ramos do ordenamento jurídico; nessa configuração, ergueu-se a liberdade de expressão salvaguardada sob o manto da liberdade da manifestação de pensamento, inserida no

¹⁷ A democracia militante é a que, conceitualmente, sustenta como a solução contra a autodestruição da democracia – *e. g.* a destruição da democracia ocorrida na Alemanha em 1933 com a ascensão do nazismo em que o sistema democrático foi abolido – não por meio de uma revolução, porém através do uso dos próprios meios democráticos existentes; esse conceito de democracia militante é um conceito subjacente à ideia de a democracia ser reagente e se defender de antidemocratas (Cavalcante Filho, 2018).

artigo 5º, IV, com a característica de cláusula geral e pétreia, *in verbis*: “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...].”

Na nossa jurisprudência, ao se examinar o discurso do ódio no caso *Ellwanger* no ano de 2002 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pois foi um dos julgados mais importantes da história da nossa Suprema Corte.

Nesse julgamento tiveram como participantes os Ministros: Moreira Alves (o Relator), Marco Aurélio, Carlos Britto, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Carlos Velloso, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Celso de Melo e Gilmar Mendes.

O caso trata da publicação de um editor gaúcho, Siegfried Ellwanger Castan, que escreveu a obra “*Holocausto judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século*”, ano de 1987; o autor buscou demonstrar que o extermínio ocorrido na Segunda Guerra teria vitimado os alemães, negou o holocausto dos judeus (*holocaust denial*).

O autor Ellwanger foi denunciado por racismo, nos termos do art. 20¹⁸ da Lei nº 7.716/1989, sendo absolvido em 1ª instância; depois fora condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em grau de apelação à pena mínima de 02 (dois) anos; a defesa impetrou HC (*Habeas Corpus*) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) que foi denegado; o réu impetrou um novo HC dirigido ao STF como único argumento a prescrição, ao passo que também alegou que os judeus não constituíam uma raça, daí o delito devia prescrever; realça-se que a argumentação original do autor não se baseou na proteção constitucional da liberdade de expressão, apesar disso, esse tema foi o objeto focado pela nossa Corte Suprema.

O STF denegou por 8 (oito) votos o *writ*, a denegação como a concessão do HC tiveram as mais diversas razões, ocorreram motivos diferenciados nos votos foram apreciados tanto argumentos técnicos como argumentos políticos.

Resumindo-se, dentre os votos vencedores, os mesmos podem ser categorizados, em maior parte, com indicadores de influência política (Cavalcante Filho, 2018).

¹⁸ O artigo da Lei nº 7.716/1989 prega: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97); Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os. Acesso em: 1 ago. 2023.

Percebeu-se que na nossa Suprema Corte, nos votos do julgamento, não houve tendência de órgão colegiado como se viu nas Cortes americana e alemã; agiu com alegações em função de “várias vontades individuais” de Ministros (Cavalcante Filho, 2018).

Eis que somente na Suprema Corte brasileira, em comparação às outras Cortes Supremas examinadas, os Ministros precisam proferir seus votos; há na verdade a uma somatória de decisões individuais; por sua vez, na Corte americana um *Justice* redige a opinião dos outros magistrados da Corte Suprema, de maneira semelhante ocorre no TCF alemão (Cavalcante Filho, 2018).

No Brasil não existiu uma ideologia política predominante, se faz uma leitura jurisprudencial da questão que houve a tendência de ser a mais variada, menos uma decisão “monolítica”; nenhum dos votos dados no STF foi puramente técnico ou exclusivamente político (Cavalcante Filho, 2018).

No caso da obra do autor Ellwanger, é pacificado que o nosso STF não poderia ter se tornado um “tribunal moral”, o que poderia afetar, sobretudo, decisões que teriam fulcro político, e não técnico, pois em assim atuando, ter-se-ia que se considerar variados estudos sociológicos de lavra de cientistas sociais brasileiros cujas obras passariam a ser de “teor racista”; veja a visão de Cavalcante Filho (2018, p. 168) sobre essa questão:

Sob o pretexto de analisar esse caso concreto, o Supremo Tribunal Federal não pode se transformar em um Tribunal Religioso, Literário, Científico ou Moral da Sociedade. [...] Se levarmos a sério a argumentação do Ministro Maurício Corrêa e o que subjaz a ela (...) **teríamos também de considerar racista e, portanto, contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, toda a produção científica de Gilberto Freyre e outros sociólogos brasileiros que defenderam a democracia racial no Brasil** (grifo nosso).

Mesmo se considerando o argumento acima, é possível que houve, sim, uma decisão da Corte com carga política. Ocorreram nos votos elementos do ideal liberal como do comunitarismo, até de utilitarismo; porém, houve uma decisão de forma sobreposta nos votos dos Ministros, portanto não houve ideologia predominante. Completa-se a questão dos votos da Suprema Corte brasileira por Cavalcante Filho (2018, p. 175):

Ao contrário do caso alemão (*Auschwitz Lie*), em que o Código Penal tipifica a negação do Holocausto de forma explícita e específica, no caso brasileiro a tipificação da negação do Holocausto exigiu um esforço interpretativo – bastante questionável, para se dizer o mínimo [...].

Por fim, não se pode afirmar a existência de uma jurisprudência compacta quanto ao discurso do ódio examinado pela Corte brasileira, esta julgou, apenas, um caso isolado.

Nossa Corte não debateu de forma aprofundada a distinção entre “a defesa de ideias e a incitação”; produziu-se efeitos, possivelmente, danosos para o sistema jurídico nacional, pois o sistema político se apropriou da decisão do STF, visto que os votos analisados tiveram maiores indicadores de influência política (Cavalcante Filho, 2018).

4 DA COLISÃO DA DIGNIDADE HUMANA COM O DISCURSO DO ÓDIO

O discurso do ódio (*hate speech*) como tipo de exercício da liberdade de expressão, a priori, é o discurso para agredir, sem amarras, indivíduos ou agrupamentos; propaga-se o ódio baseado por variados motivos, p. ex., motivações por raça, religião, origem, orientação sexual, dentre outros fundamentos de ordem política.

Esse discurso envolve ideologias e afirmações odiosas incompatíveis ao nosso processo civilizatório; sobre isso, acrescenta Cavalcante Filho (2018, p. 17) “Racismo, xenofobia, homofobia, antisemitismo são fenômenos modernos e contemporâneos que constituem, na verdade, variantes do discurso do ódio”.

O discurso do ódio consiste na manifestação de valores discriminatórios que ferem a igualdade, ou o incitamento à discriminação, como a violência, há a violação de direitos (Ramos, 2022).

Outra definição amplificada do discurso do ódio é a expressão de que ofende a honra, a imagem de grupos sociais, especialmente de minorias; prega-se a discriminação contra integrantes de grupos ou propriamente a grupos inteiros.

No Brasil adota-se a visão de “liberdade de expressão responsável”, portanto há limites ao discurso do ódio, são as limitações explícitas e implícitas (Ramos, 2022).

As limitações explícitas à liberdade de expressão se incluem: a vedação ao anonimato; o direito de resposta; as restrições à propaganda comercial; a classificação indicativa; a indenização ao dano material, moral ou à imagem¹⁹ (Ramos, 2022).

As limitações implícitas são aqueles gerados pela ponderação, p. ex., o direito à privacidade (art. 5º, X na Constituição Federal); a divulgação de ideias racistas, no caso o direito à igualdade (art. 5º, *caput* na Constituição Federal) (Brasil, 2022).

Para equacionar essa problemática e apresentar uma solução constitucionalmente adequada, ambas, a liberdade de expressão e a dignidade humana, dependerão da discussão de teses elencadas na doutrina, como a nova interpretação constitucional.

Quanto a essa tese da nova interpretação constitucional, a função do intérprete será de revelação do conteúdo pré-existente na norma jurídica, não desempenhará um papel criativo na concretização de dado ordenamento jurídico (Barroso, 2004).

Já na técnica legislativa se passou a utilizar-se, crescentemente, de “cláusulas abertas” ou de “conceitos indeterminados”; a base da fórmula de cláusulas abertas, se passou a transferir parte da competência decisória do legislador para o intérprete da norma (Barroso, 2004).

Contudo a lei fornece parâmetros, porém somente à luz de caso concreto, ou seja, de “elementos subjetivos e elementos objetivos” a ele relacionados, apreendidos pelo aplicador do Direito será possível a determinação da vontade legal; o juiz passa a exercer uma função claramente integradora da norma, como já se discutiu aqui, complementando-a com sua própria valoração (Barroso, 2004).

No tema da dignidade humana é onde se coloca grande parte dos direitos fundamentais, em cuja proteção alçou-se o centro do sistema jurídico contemporâneo (Barroso, 2004).

¹⁹ Os limites explícitos no mandamento constitucional à liberdade de expressão são os seguintes: a vedação ao anonimato (art. 5º, IV, b); direito de resposta (art. 5º, V, c); restrições à propaganda comercial (art. 220, §4º, d); a classificação indicativa (art. 21, XVI); indenização ao dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V), consoante a Constituição Federal (Ramos, 2022).

No bojo das discussões da interpretação constitucional pelo magistrado, pode-se demarcar como ponto cardeal, neste estudo, que princípios e direitos previstos constitucionalmente entram em rota de colisão, pois abrigam valores contrapostos e igualmente relevantes; nesse tipo de situação jurídica, a priori, há ausência de uma solução jurídica, em tese, para o conflito; a solução passa a ser fornecida abstratamente pelas normas aplicáveis (Barroso, 2004).

A interpretação constitucional lida com o fato de a Constituição ser um documento dialético – o texto constitucional tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e os princípios lá consagrados vão entrar frequentemente em rota de colisão. Caberá ao intérprete desenvolver as valorações adequadas na pacificação de conflitos constitucionalmente postos (Barroso, 2004).

No caso de colisão entre direitos caberá ao intérprete fazer valorações adequadas, preservando-se valores em conflito, e consoante o caso, exercerá o intérprete sua discricionariedade, devendo ele preservar o máximo de cada um dos valores em colisão, assim, realizará suas escolhas (Barroso, 2004).

É relevante discutir que o papel do intérprete deixa de ser de pura aplicação da norma preexistente, passa a incluir uma parcela de criação do Direito no caso concreto; portanto, é fundamental, como técnica de raciocínio e de decisão o uso da ponderação que passa a conviver com o raciocínio lógico da subsunção²⁰ (Barroso, 2004).

A colisão de princípios constitucionais e/ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, por exemplo, os métodos hierárquico, o temporal e a especialização; nessas hipóteses deve o intérprete constitucional se socorrer da técnica da ponderação de normas, recorrer de valores ou interesses, deve fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível o conteúdo de cada uma das normas em conflito (Barroso, 2004).

Essas colisões de normas surgem inexoravelmente no Direito Constitucional contemporâneo, por razões numerosas; a primeira razão se deve à complexidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas que

²⁰ A subsunção é o tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a “premissa maior”, os fatos serão a “premissa menor”, a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma; esse método tradicional de aplicação do Direito, onde se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se “método subjuntivo” (Barroso, 2004).

vão abrigar distintos interesses; em segundo lugar devido principalmente à concorrência entre os direitos fundamentais (Barroso, 2004).

No princípio da unidade da Constituição inexiste hierarquia jurídica entre normas constitucionais; quanto à hierarquização, ou a falta dela, veja-se a visão de Barroso (2004, p. 6):

É que os direitos fundamentais entre si não apenas têm o mesmo *status jurídico* como também ocupam o mesmo patamar axiológico. No caso brasileiro, desfrutam todos da condição de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, IV).

Já na hierarquização de direitos fundamentais, para doutrinadores não há hierarquia entre direitos fundamentais, ou seja, um direito não irá macular outro direito, visto os direitos fundamentais protegerem, *lato sensu*, a dignidade humana; sobre esse, diz Farias (*apud* Barroso, 2004, p. 6):

Sucede que **não há hierarquia entre os direitos fundamentais**. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro. Ambos os direitos protegem a dignidade da pessoa humana e merecem ser preservados o máximo possível na solução da colisão (grifo nosso).

No escopo do equacionamento de colisões de direitos fundamentais, existem duas circunstâncias a serem analisadas, primeiramente não há hierarquização, em segundo existem limites imanentes (Barroso, 2004).

Dados esses elementos iniciais, existindo valores e interesses potencialmente conflitantes, como técnica de ponderação será crucial a “técnica de decisão jurídica” aplicável a discricionariedade em *hard cases*²¹.

Na discussão da correlação da liberdade de expressão e da liberdade de informação, cabe dar relevo que na liberdade de expressão há a livre expressão do pensamento; na liberdade de informação há a divulgação de fatos; no posicionamento doutrinário de Carvalho (*apud* Barroso, 2004, p. 18) destaca-se:

²¹ A expressão *hard cases* identificam situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade (Barroso, 2004).

Por isso é importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, e, de outro, a liberdade de expressão. No primeiro está apenas a divulgação de fatos, dados, qualidades, objetivamente apuradas. No segundo está a **livre expressão do pensamento por qualquer meio**, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou em qualquer outro veículo (grifo nosso).

A liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos; por sua vez, a liberdade de expressão destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, manifestação do pensamento humano; em sentido amplo, a liberdade de informação, insere-se na liberdade de expressão²² (Barroso, 2004).

Para a doutrina é adotado um disciplinamento comum entre a liberdade de expressão e a liberdade de informação, mesmo assim, há distinção dos dois institutos em relação a veracidade e a imparcialidade da informação (Barroso, 2004).

Complementa-se nessa temática que a liberdade de expressão é um elemento condicionador da democracia pluralista; sendo, portanto, liberdade de expressão uma premissa para o exercício de direitos fundamentais²³.

Quanto à discussão de colisão de direitos da liberdade de expressão à dignidade humana, pondera-se a questão de que poderia prevalecer a

²² É fundamental entender a liberdade de imprensa como a expressão que designa a liberdade reconhecida (na verdade, liberdade conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas nos meios impressos) de comunicarem fatos e ideias, envolve a liberdade de imprensa, desse modo, tanto a liberdade de informação como a liberdade de expressão (Barroso, 2004).

²³ Quanto a restrição à liberdade de expressão, diz Carvalho (*apud* Barroso, 2004, p. 20). “Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos, que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema proposto contribui, também, para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras”.

tese de existência de limite imanente, em que havendo a colisão de direitos fundamentais não sujeitos à reserva de lei, a solução deve ficar a cargo de juízes e tribunais; sobre isso, inferiu Steinmetz (*apud* Barroso, 2004, p. 21):

“Em outros termos, a restrição de direitos fundamentais operada pelo legislador ordinário, antecipando-se a futuros conflitos (conflitos em potencial). Pode ser justificado invocando-se a **teoria dos limites imanentes**; o legislador poderá argumentar que, embora não tenham sido prescritos nem direta nem indiretamente pelo legislador constituinte, os **limites que está fixando são legítimos**, porque imanentes ao sistema de direitos fundamentais e à Constituição como um todo.” Por essa teoria, o legislador infraconstitucional poderia restringir direitos fundamentais ainda quando não houvesse reserva de lei – no silêncio do constituinte, portanto – tendo em vista os limites imanentes que a unidade da Constituição impõe. Todavia, de certo não poderia atuar em determinada matéria se houvesse uma proibição explícita do constituinte (grifo nosso).

Ex positis nossa jurisprudência não vê a liberdade expressão como um direito absoluto; portanto a liberdade expressão encontra limite na Carta constitucional ao agredir a dignidade humana.

Cabe assinalar o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, pois se presume, *ipso facto*, como regra geral.

Nossa atual sociedade gravita ao redor da notícia, da informação, do conhecimento, de ideias; notícia verdadeira deve ser a essência do sistema democrático, de uma sociedade aberta, do pluralismo. Deve, sobretudo, respeitar, de forma inalienável, a dignidade humana como ordem suprema dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como base substancial tanto o recrudescimento como o enfurecimento da escalada do discurso de ódio.

O *hate speech* é o exercício da liberdade de expressão, a priori; vem servindo para agredir tanto indivíduos como grupos, propaga-se ódio baseado por variadas motivações como raça, religião, origem, orientação sexual, dentre outros fundamentos de ordem política; além de envolver ideologias e afirmações odiosas incompatíveis com o atual processo civilizatório, inclui no combo o racismo, a xenofobia, a homofobia, o antifeminismo, etc.

Nossa Suprema Corte julgou, apenas, um caso isolado; não debateu de forma aprofundada a distinção entre “a defesa de ideias e a incitação”; para alguns, seus votos produziram efeitos danosos para o sistema jurídico nacional; houve preponderância pelo sistema político na decisão da Corte Máxima.

No fundamento jurídico da liberdade de expressão e as suas violências por meio do discurso do ódio, fica concluso que nesses discursos viola-se a dignidade humana; há evidenciada colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade humana; os valores da igualdade e liberdade formam nosso Estado Democrático de Direito.

Há um ponto cardeal nessa discussão, a existência de princípios e direitos previstos constitucionalmente que entram em rota de colisão, nesse tipo de situação jurídica, a priori, há ausência de uma solução jurídica, em tese, para o conflito.

O intérprete deve preservar os valores em conflito, consoante o caso, exercerá sua discricionariedade, porém deve preservar o máximo de cada um dos valores em colisão, realizar suas escolhas pela discricionariedade, usar de técnicas de raciocínio com o uso da ponderação com o raciocínio lógico da subsunção.

Na seara do tema do discurso do ódio, a necropolítica é sua aliada, sendo a forma contemporânea da supremacia do “poder da morte”; traz, portanto em regimes democráticos, a destruição do ser humano enquanto cidadão.

A necropolítica objetiva destruição máxima de pessoas com sua prática discursiva, cria “mundos de morte”; é a narrativa destrutiva da democracia; se assume na pós-verdade e nas *fake news* em redes sociais.

As *fake news* englobam um delírio, uma mentalidade psicossocial. Esse sujeito delirante trata a fantasia, que é (re)vivida nas *fake news*, como uma realidade; há “negação da realidade” que como parte da organização geral num sistema delirante terá alicerce em redes sociais.

O indivíduo delirante não acredita no que vê, no que ouve; rompe com o simbólico, rompe com o lugar da Lei e da cultura; daí surgirão interlocutores institucionais que vão atingir em cheio grupos minoritários com discurso odioso, agredindo os direitos humanos conquistados, desrespeitando-se ao princípio da dignidade humana.

Os interlocutores da pós-verdade produzem um discurso que oferece aos indivíduos delirantes “verdades prontas” em forma de desinformação, numa narrativa explicitamente absurda, que fere a dignidade humana por meio do discurso do ódio, quebra valores conquistados pela democracia; é o discurso de “design do delírio” com manipulações mentais que servirão como empoderamento do delírio coletivo; trazendo falsa impressão de ter como anteparo o direito à liberdade de expressão.

É crucial apontar que no centro do Direito se encontra o ser humano como o fundamento e o fim; entende-se o homem como indivíduo em permanente busca de melhorias de suas condições de vida – nesse ponto, os direitos humanos sintetizarão o patamar social em que o indivíduo não pode ser injustificadamente privado da sua liberdade, dos seus bens, da sua vida; não pode ter a sua dignidade violada; portanto, não deve haver relativização nesse discurso.

Há evidente existência de limites à liberdade de expressão; por fim, há substancial frontal colisão do discurso de ódio tanto em relação aos direitos fundamentais como à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABREU, Maressa Oliveira de. **Discurso do ódio versus liberdade de expressão e seus reflexos na dignidade da pessoa humana.** 107f. Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas) - Universidade de Marília, Marília: UNIMAR, 2021.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial.** 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf. Acesso em: 1 ago. 2023. Acesso em: 1 ago. 2023.

ARRUDA, Cesar Veiga. **Por uma tautologia do poder local:** a construção do discurso político no ‘tempo’ e as imaginárias oposições do grupo Sarney versus ‘Grupo Sarney’. São Luís: UFMA, 2006.

ARRUDA, Cesar Veiga. **Controle social e cidadania inclusiva:** o Programa Contas na Mão do Ministério Público do Estado do Maranhão. 22 f. Artigo para conclusão do Curso de (Especialização em Gestão Pública) - Universidade Estadual do Maranhão, São Luís, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação, interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:constituicao:1988-10-05;1988>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BRITO, Felipe Peixoto de. **A aplicabilidade da liberdade de expressão em relação ao direito à igualdade e não discriminação: o discurso de ódio sob a perspectiva internacional e no direito brasileiro**. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018.

CARVALHAES, Paulo Sérgio. **Princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito brasileiro**. 2015. Disponível em: https://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2015/08/artigos/principio_da_dignidade.pdf. Acesso em: 1 ago. 2023.

CARVALHO, José Fraga; GARCIA, Clovis Lema; SOUSA, José Pedro Galvão. **Dicionário de política**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1998.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influênciam os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CURCINO, Luzmara (org.). **Discurso e (pós) verdade**. 1. ed. São Paulo: Parábola, 2021.

CRUZ, Maria do Socorro Corrêa da. **Guia para elaboração de monografia FACAM / Maria do Socorro Corrêa da Cruz**. São Luís: FACAM, 2021.

FURTADO, Emmanoel Teófilo. Direitos humanos e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 103-120, dez. 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tabcas/r28551.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2023.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais:** releitura de uma Constituição Dirigente. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica:** biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MELO, Ana Patrícia Vieira Chaves. **Discurso do ódio nas redes sociais no Brasil:** análise da possibilidade e legitimidade de controle legislativo, administrativo e judicial ante o tratamento constitucional e internacional. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SILVA, Valéria Getúlio de Brito e. **O movimento nacional de direitos humanos e a questão da violência institucionalizada (1986-1996).** 136 f. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade de Brasília, Brasília, 1999.

TIBURI, Marcia. **Delírio do poder:** psicopoder e loucura coletiva na era da desinformação. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

HOMICÍDIOS CONTRA PROFISSIONAIS DA COMUNICAÇÃO

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO
À INFORMAÇÃO EM RISCO

Cássius Guimarães Chai *
Luciano Rocha de Oliveira **

Resumo: A análise da pesquisa baseia-se nos crimes de homicídios cometidos contra profissionais da comunicação no recorte objetivo de falhas investigativas e em consequência discute os aspectos de impunidade. A problemática levanta a relação de causalidade entre esses homicídios e o exercício da liberdade de expressão, na tensão entre interesses subjacentes ilícitos e o acesso à informação como corolários de direitos fundamentais. A partir de dados estatísticos envolvendo crimes de morte violenta praticadas contra jornalistas e cooperação entre organizações internacionais, buscou-se encontrar um padrão metodológico de modo a contribuir com o sistema investigativo no caso de crimes complexos envolvendo jornalistas e comunicadores em geral. Por fim, concluiu-se que as falhas investigativas geram impunidade para os autores desses crimes, sendo que a integração envolvendo os órgãos de segurança pública, bem como o efetivo controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, contribuirá na melhoria dos resultados e na garantia desses importantes direitos fundamentais.

Palavras-chave: homicídio contra profissionais da comunicação; liberdade de expressão; acesso à informação; sistema interamericano de direitos humanos.

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais e Cardozo School of Law; Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR) e Professor Permanente PPGD/Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestrado e doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Promotor de Justiça Corregedor, MPMA. E-mail: cassiuschai@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5893-3901>.

** Mestre e doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pós-graduado em direito penal e processo penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pós-graduado em direito público e processual público pela Faculdade Cândido Mendes. Professor em Direito Penal e Processual Penal da Escola de Estudos Superiores do Ministério Público (EESMP). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional (FDV). Promotor de Justiça do MPES. E-mail: lucianompes@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4344-4763>.

Abstract: The analysis of the research is based on the crimes of homicides committed against communication professionals in the objective cut of investigative failures and, consequently, discusses the aspects of impunity. The issue raises the causal relationship between these homicides and the exercise of freedom of expression, in the tension between underlying illicit interests and access to information as corollaries of fundamental rights. Based on statistical data involving crimes of violent death committed against journalists and cooperation between international organizations, an attempt was made to find a methodological standard in order to contribute to the investigative system in the case of complex crimes involving journalists and communicators in general. Finally, it was concluded that investigative failures generate impunity for the perpetrators of these crimes, and the integration involving public security agencies, as well as the effective external control of police activity by the Public Ministry, will contribute to improving results and guaranteeing these important fundamental rights.

Keywords: homicide against communication professionals; freedom of expression; access to information; inter-American human rights system.

1 INTRODUÇÃO

Combater a violência praticada contra profissionais da comunicação significa proteger a liberdade de expressão, eis que são esses comunicadores que dão voz àqueles que dela necessitam. Além disso, a morte desses profissionais é uma tentativa de bloqueio ao direito fundamental do acesso à informação e, como última *ratio*, uma estratégia sub-reptícia de fragilizar os fundamentos republicanos do regime democrático por uma corrupção subjacente ao funcionamento das instituições.

Neste prisma, a morte de um jornalista, nesta pesquisa, será analisada sob dois vieses: a obstrução da liberdade de expressão e a inviabilidade do acesso à informação qualificada.

A segurança dos jornalistas e comunicadores possui importante dimensão, inclusive foi tema publicado no noticiário da IAP – International Association Prosecutors, em dezembro de 2022 (Moraal, 2022, p. 19), decorrente da parceria entre a entidade e a Unesco – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura para implementação e adoção de medidas a garantir a segurança dos jornalistas, ao tempo que os procedimentos de investigação dos crimes contra a vida desses profissionais fossem tratados com máxima prioridade. Esta cooperação se concentra no

papel dos promotores de justiça na promoção da segurança dos jornalistas e no fim da impunidade em crimes contra esses profissionais, e contra sua representação para uma democracia constitucional.

Importante ressaltar que a IAP e a Unesco criaram as Diretrizes para Promotores de Justiça em casos de crimes contra jornalistas em 2020. Tais diretrizes oferecem orientações sobre a condução ou supervisão de investigações, identificando os elementos críticos a serem analisados e considerados. Além disso, fornecem uma compreensão mais profunda das estruturas para o trabalho dos jornalistas.

As diretrizes se enquadram na estratégia global para a implementação do plano de ação das Nações Unidas sobre a Segurança dos Jornalistas (UNESCO; IAP, 2021), que visa criar um ambiente seguro para esses trabalhadores em todo o mundo.

Essa preocupação possui um embasamento numérico relevante, uma vez que, segundo a ONU (2022), entre 2006 e 2020, mais de 1.200 jornalistas foram mortos por reportar notícias e levar informações ao público. Sendo que, nove em cada dez casos, os assassinos ficaram impunes, de acordo com o observatório de jornalistas assassinados da Unesco.

A conclusão é que a impunidade leva a mais assassinatos e, muitas vezes, é um sintoma do agravamento do conflito e do colapso da lei e dos sistemas judiciais.

Os índices de mortes violentas no Brasil caminham no mesmo sentido, e a sensação que se tem é que a atuação dos órgãos envolvidos na segurança pública não está conseguindo solucionar tal problemática.

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (Fórum [...], 2022), o Brasil registrou 47.503 vítimas de homicídio, alcançando uma taxa de 22,3 mortes violentas intencionais por 100 mil habitantes.

Na prática, o questionamento que se faz é: por que tais crimes proliferaram tanto e por qual motivo esse indicador continua crescendo? A resposta está na falha no sistema de investigação e repressão.

Nesse contexto, como objetivo geral, esta pesquisa busca problematizar a morte de profissionais da comunicação e como isso impacta na relação entre a liberdade de expressão e o acesso à informação. Como objetivo específico este trabalho pretende contribuir quanto à metodologia empregada na investigação de crimes de homicídio contra jornalistas e, com isso, sugerir a criação de protocolos, visando abranger todos os possíveis meios de produção de provas e soluções de casos difíceis.

A partir desse substrato de fundo, no primeiro tópico, foram tecidas noções quanto à liberdade de expressão e ao acesso à informação como

direitos fundamentais, concluindo que crimes contra os comunicadores ferem não apenas a pessoa em si, mas também os referidos direitos fundamentais.

No segundo tópico foi analisada a perspectiva do sistema interamericano de direitos humanos no que tange às mortes de jornalistas, incluindo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

No tópico seguinte ressaltaram-se as obrigações positivas do Estado na proteção do direito fundamental à liberdade de expressão e sua importância para o combate a crimes cujo tema de fundo sejam esses. Foram estudadas as estratégias institucionais no enfrentamento aos crimes contra a liberdade de expressão e algumas medidas preventivas. Finalizando este tópico, foram feitas indagações acerca da violência contra jornalistas mulheres e as suas especificidades.

Por fim, foram tecidas considerações relacionadas à perspectiva do Conselho Nacional do Ministério Público na proteção do direito à informação, envolvendo as recomendações na investigação.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O ataque a um jornalista é mais do que apenas um crime contra uma pessoa de forma isolada, toda a sociedade paga o preço por isso, e os princípios fundamentais das sociedades modernas e justas, como a liberdade de expressão e o acesso à informação, deterioram-se.

Expressar-se livremente é uma das conquistas mais valiosas da sociedade moderna e democrática. Conforme pontua Colnago (2019, p. 102), a liberdade de expressão representa uma das maiores vitórias da humanidade, pois o ser humano é assim definido exatamente por sua capacidade de expressão, sua personalidade e capacidade de refletir.

O jornalismo investigativo e informacional permite lançar luz a determinados casos obscuros e escusos, cujo objetivo é dar transparência a fatos ocorridos na sociedade. Trata-se de um direito fundamental ao acesso à informação e à liberdade de expressão, reconhecido mundialmente como tal.

Nesse mesmo sentido, conforme consta nas diretrizes para promotores de justiça em casos de crimes contra jornalistas, “é de suma importância permitir que os jornalistas mantenham os cidadãos informados e responsabilizem as instituições e as autoridades públicas” (UNESCO; IAP, 2021).

Alguns institutos internacionais preveem o direito à liberdade de opinião e expressão, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 19 (ONU, 1948), e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao afirmar que

todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Estes princípios são reafirmados em outros documentos, tais como a Convenção Americana e Europeia de Direitos Humanos.

Importa ressaltar que, conforme Chai e Gonçalves (2022), o fundamento dos direitos humanos repousa em uma base jusnaturalista que tem como essência a dignidade da vida humana, sendo assim um mecanismo de promoção de justiça de caráter universal. Neste sentido, não surpreende a íntima relação entre a própria natureza dos direitos humanos com a correlação entre os homicídios de jornalistas e o obstáculo ao acesso à informação, uma vez que a dignidade da vida humana é duplamente prejudicada, primeiramente, pelo ataque direto à vida dos jornalistas e, por consequência, nos efeitos nefastos que tais assassinatos causam no direito fundamental ao acesso à informação e na construção de uma sociedade livre, nos moldes do Estado de Direito liberal.

Portanto, é inegável que a liberdade de expressão e o acesso à informação são direitos fundamentais de extrema importância para o funcionamento de um estado democrático de direito.

Chai e Sampaio (2015) relembram que a liberdade de expressão é alcançada ao status de direito fundamental, constitucionalmente protegida, nos termos do artigo 5º, inciso IX, bem como é prevista, na seara do direito internacional interamericano, no Pacto de São José da Costa Rica, conforme o previsto em seu artigo 13.

Assim, a liberdade de expressão se torna um fundamento direto e necessário ao acesso à informação. São direitos fundamentais, destarte, simbióticos e interdependentes.

Nesse sentido, Sen (2009, p. 385) afirma que

uma mídia livre e saudável é importante por várias razões, e é útil separar as distintas contribuições que ela pode fazer. A primeira – e talvez a mais elementar – é a contribuição direta da liberdade de expressão em geral e da liberdade de imprensa em particular para a qualidade de nossas vidas. Temos razões suficientes para querer nos comunicar uns com os outros e compreender melhor o mundo em que vivemos. A liberdade de imprensa é extremamente importante para nossa capacidade de alcançar esses objetivos. A falta de liberdade para os meios de comunicação e a supressão de nossa capacidade de comunicação com os outros têm o efeito de reduzir diretamente a qualidade da vida humana, mesmo que o regime autoritário que impõe essa supressão seja muito rico com relação ao produto nacional bruto.

Ainda, de acordo com Sen, a imprensa possui um papel informativo muito importante, espalhando conhecimento e possibilitando a análise crítica. Ressaltando que, a liberdade dos meios comunicativos tem uma importante missão protetora, concedendo voz aos negligenciados e desfavorecidos.

Tais observações apontadas pelo autor indiano reforçam a importância de se ter uma imprensa livre e, com isso, poder gerar as informações necessárias e levá-las ao conhecimento da sociedade.

Uma imprensa livre e sem censura, ao levar informação à sociedade, traz consigo as críticas da opinião pública, feitas pelos meios de comunicação, fazendo com que os governantes tenham de encará-las e, com isso, serve de incentivo para tomadas de decisões e inclusão de políticas públicas.

Importante frisar que, conforme Chai (2022, p. 7), a força que grava os direitos e garantias fundamentais se faz presente na mútua compreensão entre liberdade e igualdade no recorte das opções políticas de uma sociedade, externada na forma jurídica como sendo o singular meio legítimo a instrumentalizar toda domesticação à violência.

Portanto, uma imprensa em funcionamento condizente tem um importante papel no sentido de facilitar a argumentação pública da sociedade. Segundo Sen (2009, p. 386), “a mídia é importante não só para a democracia, mas para a busca da justiça em geral”.

3 MORTES DE JORNALISTAS: UMA PERSPECTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Conforme visto no primeiro capítulo, segundo a ONU (2022), entre 2006 e 2020, mais de 1200 jornalistas foram mortos, sendo que, de nove em cada dez ocorrências, os autores ficam impunes, de acordo com o observatório de jornalistas assassinados da Unesco.

A ONU decretou o dia 2 de novembro como o dia internacional pelo fim da impunidade pelos crimes cometidos contra os jornalistas. Tal homenagem se deu em memória dos repórteres da Rádio França Internacional Ghislaine Dupont e Claude Verlon, assassinados em 2 de novembro de 2013, no Mali, por jihadistas do grupo Al-Qaeda (RFI, 2022).

Os números revelados pela ONU, unidos ao fator de impunidade, levaram alguns países a serem condenados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como foi o caso do Brasil, envolvendo a morte do jornalista Vladimir Herzog.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de abril de 2016, submeteu à Corte Internacional o caso Vladimir Herzog e outros contra a República Federativa do Brasil, que se referia à suposta responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela situação de impunidade em que se encontravam a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante o período da ditadura militar. Essa impunidade seria causada, entre outros motivos, pela Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada durante o regime de exceção (CORTE IDH, 2018).

Importante observar que o Brasil ratificou a CIPST (Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura) e a Convenção Americana em 20 de julho de 1989 e 25 de setembro de 1992, respectivamente.

As obrigações internacionais que decorrem dos citados instrumentos adquiriram plena força legal a partir das referidas datas. Não obstante, o Tribunal observa que somente em 10 de dezembro de 1998 que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana e a ela se submeteu. Em sua declaração, afirmou que o Tribunal teria competência a respeito de “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Com base no exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas a respeito de fatos alegados ou de condutas do Estado que sejam anteriores a esse reconhecimento de competência.

De acordo com a Corte Interamericana, as violações fundamentadas na falta de investigação e punição dos crimes de lesa-humanidade e graves violações de direitos humanos praticadas no caso Herzog persistiram antes e depois de 1998, estendendo-se até a atualidade. Por esse motivo, salientaram que os fatos se caracterizam como uma situação de violação permanente do dever de investigar e punir a tortura (CORTE IDH, 2018, p. 8).

A Corte IDH em 2021 também condenou o Estado da Colômbia como responsável internacionalmente pela violação de direitos humanos à integridade pessoal, honra, dignidade e liberdade de expressão em prejuízo de Jineth Bedoya Lima, jornalista colombiana, como resultado dos fatos ocorridos em 25 de maio de 2000, quando ela foi sequestrada às portas da prisão La Modelo por paramilitares e submetida a um tratamento vexatório e muito violento, durante o qual sofreu graves agressões verbais, físicas e sexuais (CORTE IDH, 2021).

Nesta condenação contra a Colômbia, reconheceu-se a falta de devida diligência no momento de realizar as investigações sobre os fatos, bem como o caráter discriminatório em razão de gênero dessas investigações e a violação de um prazo razoável, incluindo a ausência de investigações sobre as ameaças que recebeu com caráter prévio e de maneira posterior aos referidos acontecimentos de 25 de maio de 2000.

Com isto, conforme tais decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nota-se a preocupação com as investigações e o deslinde necessário para dar uma resposta aos crimes ocorridos com graves violações aos direitos humanos.

Devido à ausência de um protocolo ou método investigativo, com padrões pré-estabelecidos, os órgãos de segurança atuam de forma isolada e de acordo com seus aspectos subjetivos, resultando num enfraquecimento investigativo e, por consequência, na impunidade no que tange a crimes violentos e que, por sua natureza, exigiriam uma atenção e *modus operandi* diferente.

4 OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito fundamental à liberdade de expressão exprime o tipo de sociedade em que se vive, ou seja, o cerceamento do acesso à informação,

bem como qualquer limite à liberdade de expressão, principalmente por meio dos órgãos de comunicação, indica um estado autoritário.

Um Estado tido como democrático não pode coadunar com privação à liberdade de expressão, devendo agir de forma positiva para combater qualquer tipo de ato dessa natureza.

Oliveira (2022, p. 183), ao analisar o caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, julgado pela Corte IDH, afirma que, após este julgamento teve início a construção histórica de um dos mais importantes entendimentos na jurisprudência do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, afirmando que a responsabilidade internacional dos Estados-partes por violações de direitos humanos possui duas vias, primeiro quando os próprios Estados desrespeitam direitos fundamentais, por meio de seus agentes públicos, bem como, quando os Estados deixam de investigar de forma adequada casos de graves violações criminosas de direitos humanos.

Ressalta-se, ainda, quanto à necessidade de dupla compatibilização entre as leis nacionais com os tratados internacionais de direitos humanos e a própria Constituição Federal. Assim,

encontram-se nas cortes supranacionais de garantia dos direitos humanos afirmação constante da necessidade de as autoridades públicas responsáveis pela persecução penal conduzirem procedimento penal adequado, completo e eficaz, que permita a Busca Efetiva do esclarecimento dos fatos, e da identificação e consequente punição dos responsáveis pelo cometimento dos delitos. (Montagna, 2016, p. 318 *apud* Fischer; Pereira, 2022, p. 93).

O que se busca é a aplicação efetiva da lei, com o esclarecimento devido dos fatos, identificando e punindo os responsáveis pelo cometimento de crimes, em especial, quando a vítima for jornalista no exercício de sua função ou em razão dela.

De acordo com Chai e Lima (2022, p. 87), o enfrentamento deve ser articulado e estruturado com a gestão integrada do conhecimento e da informação, que permita uma reação eficiente e eficaz do sistema de segurança¹.

¹ Tradução livre do original: “Coping must be articulated and structured with integrated knowledge and information management, which allows a efficient and effective reaction to the security system”.

Trata-se de inovação estratégica e necessária ao combate de crimes complexos, envolvendo organização criminosa, devendo o Estado atuar de forma positiva no enfrentamento de atos dessa natureza.

4.1 Estratégias institucionais no enfrentamento aos crimes contra a liberdade de expressão e suas medidas preventivas

Conforme o exposto, há a necessidade de atuação positiva do Estado na promoção e resguardo de direitos fundamentais, notadamente no que tange à segurança pública, sendo que se necessita de especial atenção quando as consequências da falha na proteção de seus cidadãos resultam em ataques à liberdade de expressão e ao acesso à informação.

Ademais, os órgãos internacionais podem oferecer uma resposta quanto às medidas preventivas que podem ser tomadas para se diminuir a violência contra jornalistas. A seguir, o presente artigo pretende expor um apanhado de sugestões formuladas por estes órgãos internacionais, de maneira sucinta, identificando pontos-chave que podem, inclusive, ser aplicados no âmbito do ordenamento jurídico e aparato de segurança pública brasileiros.

Oportuno lembrar que a Comissão da União Europeia emitiu uma Recomendação para a Proteção, Segurança e Empoderamento de Jornalistas (2021), que aponta que, muito embora a União Europeia seja considerada um dos lugares mais seguros do mundo para jornalistas, ainda ocorrem ameaças e ataques, e que estes vêm aumentando recentemente, inclusive, com casos trágicos de assassinatos. Conforme o documento, 908 jornalistas e trabalhadores de mídia foram atacados em 23 dos Estados-membros no período de 2020; 175 jornalistas sofreram algum tipo de ataque ou incidente durante protestos que ocorreram em 2020 na União Europeia.

De acordo com o documento, a União Europeia providencia suporte técnico e financeiro na implementação de medidas para combater a violência contra jornalistas em todo o seu território. Conforme o estudo, projetos em andamento sobre a segurança de jornalistas, liberdade de expressão e pluralismo midiático totalizam 21,5 milhões de euros de investimentos. Além disso, planeja-se o investimento de 75 milhões de euros na área de liberdade de mídia e pluralismo.

O Conselho da Europa (2020) emitiu um guia de implementação da recomendação CM/REC (2016), que tratou da proteção do jornalismo e da segurança de jornalistas e outros trabalhadores da mídia. O documento

sugere que uma forma de proteção interina é o remediamento legal rápido para jornalistas vítimas de violência, ao proibir, restringir e tipificar o comportamento dos perpetradores. Neste sentido, é ressaltada a necessidade de uma justiça desburocratizada para o rápido trâmite legal das ações, judiciais ou administrativas, em favor de jornalistas vítimas de violência. Além disso, frisa a necessidade de que as ordens devem ser prolatadas “ex parte” ou seja, de maneira liminar, sem a necessidade de que todas as partes sejam intimadas da decisão, para promover a celeridade e efetividade da justiça (European Commission, 2021).

O documento indica que as *hotlines* (telefones de linha direta 24 horas) estão entre as formas mais comuns de se conseguir uma resposta rápida para casos de emergência. A comissão propõe que a Corte Europeia de Direitos Humanos deve atestar a vulnerabilidade da posição dos jornalistas, e, portanto, seguindo o Artigo 2º da Convenção, atuar positivamente para preservar a vida de jornalistas em caso de risco iminente. Foi usado o caso *Dink v Turquia* para demonstrar que a Corte entendeu que as forças de segurança tinham sido informadas das intensas hostilidades e a ameaça a sua vida que o jornalista Dink estava sofrendo por nacionalistas extremistas, no entanto, não tomaram as devidas medidas para proteger sua vida, violando os artigos 2º e 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Comissão Europeia (2021) também sugeriu o treinamento de juízes e promotor que conduzam os processos de maneira a entender a vulnerabilidade de jornalistas, em especial se considerando riscos de fatores específicos de gênero, que serão trabalhados conforme o próximo subcapítulo deste artigo. Outra medida importante é a necessidade de criação de fundos de segurança proporcionados por doadores privados para que se invistam na realocação de jornalistas que estão sofrendo ameaças a sua integridade física.

A International Bar Association (2020), por meio do Instituto de Direitos Humanos, emitiu um documento chamado de “Conselho para se Promover Investigações mais Efetivas sobre Abusos Contra Jornalistas”, onde consta que os ataques vêm sendo mais frequentes e em mais lugares, e que houve um aumento exponencial de ataques a jornalistas de maneira *online*, além do crescimento exacerbado de ataques de violência de gênero.

Neste estudo, além de medidas que foram mencionadas acima, há a sugestão de se criar forças-tarefa investigativas internacionais, ou seja, reconhecendo a supranacionalidade do problema, necessitando-se de cooperação internacional e, além disso, sugere o fortalecimento dos esforços

de ONGs para a colheita de evidências acerca de violência contra jornalistas, bem como, também, o fortalecimento da resposta da ONU a tal violência, criando representatividade especial para jornalistas e defensores de direitos humanos e iniciando-se o desenvolvimento de uma lista de países onde ocorrem as mais graves violações de direitos humanos contra jornalistas.

A International Federation of Journalists (IFJ) comandou uma ação contra a impunidade de crimes a jornalistas perante a 51^a sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, na Suíça. Essa ação compreende 16 prioridades a serem aceitas pelos Estados-membros, além de 22 artigos (Coletiva.Net, 2022).

O documento solicita que os governos se comprometam com investigações efetivas e a reparação de profissionais que sofreram qualquer tipo de violência, tratando também da proteção aos jornalistas durante o processo eleitoral e em casos de conflitos armados e da garantia do direito de expressão.

A convenção proposta pela Federação Internacional dos Jornalistas, no seu artigo 3º, item 2 (2022), dispõe que os Estados-Partes incorporarão em suas leis e práticas medidas específicas com vistas a combater a violência de gênero contra mulheres jornalistas e profissionais da mídia².

Outras medidas preventivas são indicadas pela IFJ, tais como o comprometimento por parte dos Estados em estabelecer uma forma de alerta e resposta rápida, com a responsabilidade de fornecer aos jornalistas e profissionais da mídia, quando ameaçados, além de acesso imediato às autoridades estatais e medidas de proteção.

Após qualquer determinação de que um profissional de comunicação esteja em risco, devem ser fornecidos materiais de proteção, incluindo telefones celulares e coletes à prova de balas, bem como estabelecer refúgios seguros e evacuação de emergência ou realocação para partes seguras do país ou outros países, por meio de um programa específico de proteção. Cabe ressaltar que esses programas não devem ser usados de forma a restringir indevidamente o trabalho de jornalistas e outros profissionais da mídia (International Federation of Journalists, 2022).

Assim, verifica-se a preocupação de organismos internacionais com a proteção de profissionais que se dedicam no jornalismo investigativo e na transmissão de informações à sociedade.

² Tradução livre do original: “The States Parties shall incorporate in their laws and practices specific measures with a view to combating gender-based violence against women journalists and media professionals”.

Há ainda uma atenção especial no que tange à violência praticada contra jornalistas mulheres, conforme será visto a seguir.

4.2 Indagações acerca da violência contra jornalistas mulheres

No tópico anterior, o presente artigo pretendeu realizar uma exposição sob a perspectiva macro da violência perpetrada contra jornalistas que são, por sua vez, um consequente ataque à própria liberdade de expressão e ao acesso à informação, elementos basilares na construção de uma sociedade livre e solidária.

No entanto, existe um nível de violência que é digna de análise pormenorizada, uma vez que há uma subcategoria de jornalistas que sofrem violência de forma acentuada por razões intrínsecas à sua própria condição de ser humano – seu gênero. Neste sentido, quando realizada uma observação da violência cometida contra a categoria, conclui-se que a jornalista mulher encontra-se em um maior nível de vulnerabilidade em comparação com jornalistas homens, unicamente por sua condição de mulher.

Desta forma, para se entender o nível acentuado de violência que as mulheres jornalistas sofrem, se faz imperioso observá-lo sob um enfoque interseccional, que demonstra como múltiplos fenômenos estruturais de desigualdade afetam determinado grupo social.

A interseccionalidade pode ser entendida como uma análise de poder, que por sua vez tem enfoque nas categorias de identidade (ou seja, gênero, raça etc.) em contraposição às estruturas de desigualdade. Uma análise interseccional tem como principal objetivo destacar as desigualdades políticas e estruturais que, por sua vez, agem como multicamadas sobrepostas que geram acentuado nível de vulnerabilidade a particulares grupos sociais (Cho; Crenshaw; Mccall, 2013).

Assim, pode-se analisar a interseccionalidade como um fenômeno multifacetado e interdisciplinar:

A interseccionalidade é uma proposta para "levar em conta as múltiplas fontes da identidade", embora não tenha a pretensão de "propor uma nova teoria globalizante da identidade". Crenshaw propõe a subdivisão em duas categorias: a "interseccionalidade estrutural" (a posição das mulheres de cor na

intersecção da raça e do gênero e as consequências sobre a experiência da violência conjugal e do estupro, e as formas de resposta a tais violências) e a "interseccionalidade política" (as políticas feministas e as políticas antirracistas que têm como consequência a marginalização da questão da violência em relação às mulheres de cor) (Hirata, 2014, p. 62).

A análise interseccional não é realizada apenas no que diz respeito à prática da violência, mas também na representatividade de notícias sobre determinados grupos sociais, neste caso, mulheres negras: conforme estudo realizado por Sales e Lima (2022), existe uma enorme escassez de conteúdo sobre mulheres negras no Estado do Ceará e, quando tais notícias ocorrem, pode ser verificado conteúdo negativo e dados estatísticos que afirmam a desigualdade de gênero e/ou social que são vividas por mulheres negras no Ceará.

Assim, a análise interseccional abrange vários campos de estudo: o da representatividade nas notícias, na profissão, e da análise das múltiplas camadas de desigualdade sobrepostas que geram violência exacerbada contra a profissional do jornalismo feminina.

De acordo com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (2021), uma das crescentes formas de violência contra jornalistas mulheres se dá pela via *online*. A violência por meio de plataformas da internet e, principalmente, pelas redes sociais se tornou uma nova necessidade de tratativas, sendo que a violência online contra mulheres jornalistas se encontram no epicentro dessa questão, que se manifesta por meio da misoginia, *gaslighting*, racismo, dentre outras formas de preconceito.

Conforme o documento exposto pela UNESCO (2021), percebe-se a convergência da conceituação da violência contra a mulher com o tema proposto pelo presente trabalho, ou seja, um ataque às jornalistas se configura como um ataque à liberdade de expressão, ao acesso à informação e à própria democracia:

A violência online contra mulheres jornalistas tem como objetivo: menosprezar, humilhar e envergonhar; induzir medo, silêncio e recuo; desacreditá-los profissionalmente, minando o jornalismo de responsabilidade e a confiança nos fatos; e resfriar sua participação ativa (juntamente com a de suas fontes, colegas e audiências) no debate público. Isso equivale

a um ataque deliberado democrática e liberdade de mídia, abrangendo o público direito de acesso à informação, e não pode ser normalizado ou tolerado como um aspecto inevitável do discurso online, nem contemporâneo jornalismo engajado com o público (UNESCO, 2021, p. 6).

Concluiu-se que a violência contra mulheres jornalistas aumentou de forma significativa, principalmente durante a pandemia da Covid-19. Uma vez que a pandemia afetou drasticamente as dinâmicas das relações de jornalistas – aumentando significativamente a dependência de meios digitais de comunicação e uso das redes sociais – as profissionais do jornalismo sofreram de forma acentuada as novas formas de violência que são atreladas ao aumento do uso de redes sociais e plataformas digitais (UNESCO, 2021).

Importa ressaltar que, embora o tema principal do presente artigo diga respeito aos homicídios de jornalistas, a violência sofrida pelas mulheres de forma *online*, generalizada e sistemática é tão ameaçadora da liberdade de expressão e do acesso à informação quanto, e merece ser apontada e estudada. De certa maneira, a violência online se mostra como um mecanismo mais abrangente de ataque à democracia, dado o imenso tamanho das plataformas digitais e redes sociais, ampliando a violência a níveis sem precedentes, desestruturando-se os direitos fundamentais mencionados.

Neste sentido, o estudo demonstra que existe uma função tríplice de desinformação na violência de gênero contra mulheres jornalistas, no sentido de que são usadas táticas de desinformação de multiplataformas contra essas profissionais; que ao reportarem tal desinformação, causam ainda mais ataques; e que os agentes de desinformação agem operacionalizando a misoginia, assédio e ameaças contra mulheres jornalistas e que, tais ataques, por sua vez, acabam danificando a confiança no jornalismo crítico e a exposição dos fatos de maneira geral (UNESCO, 2021).

O estudo demonstra situações alarmantes: em uma pesquisa, 73% das pessoas que se identificavam como mulheres reportaram que sofreram violência online. Foram também identificadas ameaças de violência física, de morte, e de violência sexual, não apenas contra as jornalistas, mas também seus familiares. Cerca de 20% das pesquisadas responderam que sofreram violência fora das redes que eram conectadas com a violência *online* que tinham sofrido. O racismo, homofobia, transfobia, intolerância religiosa, entre várias outras formas de preconceito, compõem o cerne destes ataques (UNESCO, 2021).

Importa ressaltar que 49% dos ataques mais graves na internet, conforme o estudo realizado, são relacionados a gênero, seguidos de política e eleições, e sobre ativismo de direitos humanos. As jornalistas sofrem acentuadamente por razão da violência *online*, uma vez que, conforme as pesquisas, responderam que aumentaram medidas para sua segurança física por razão da violência sofrida, e que muitas mulheres sofreram stress pós-traumático conectado à violência sofrida (UNESCO, 2021).

Assim, tal levantamento de violência contra jornalistas femininas se demonstrou imprescindível à inteligência do presente trabalho, para que sejam inseridos, nas medidas de enfrentamento contra a violência a jornalistas, parâmetros preventivos e reativos sob a perspectiva de gênero, levando-se em conta o impacto acentuado da violência que tais profissionais sofrem diariamente.

5 PERSPECTIVA DO CNMP NA PROTEÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO: RECOMENDAÇÃO NA INVESTIGAÇÃO

Como visto na introdução deste artigo, a IAP (International Association Prosecutors), em dezembro de 2022, firmou parceria com a Unesco para garantir a segurança dos jornalistas. Esta cooperação se concentra no papel dos promotores de justiça na promoção da segurança dos jornalistas e no fim da impunidade por crimes contra esses profissionais.

Em 2020, os referidos órgãos internacionais criaram as Diretrizes para Promotores de Justiça em casos de crimes contra jornalistas, com orientações sobre a condução ou supervisão de investigações, identificando os elementos críticos a serem analisados e considerados.

O CNMP, diante deste cenário, em 2017 começou a tratar da matéria, inicialmente após o recebimento de ofício da Sociedade Interamericana de Imprensa (SIP), o qual solicitou providências para assegurar a investigação e a punição de autores de crimes cometidos contra profissionais de imprensa no Brasil em decorrência do exercício da profissão. Este ofício foi inicialmente encaminhado à Presidência da República, analisado na sequência pela Corregedoria-Geral da Polícia Federal e, por fim, remetido ao CNMP, ante a “afirmação de que haveria

omissão/ineficiência das esferas estaduais na investigação de crimes de homicídios de comunicadores”.

A situação brasileira é preocupante e revela um cenário sistemático. O país soma sessenta e quatro episódios de homicídios desses agentes desde 1995, praticados em todas as cinco regiões. Hoje, o Brasil é um dos países mais violentos no que diz respeito ao ambiente de atuação dos comunicadores – nos posicionamos em sexto lugar no ranking de nações mais perigosas para jornalistas, segundo a UNESCO. Estamos atrás apenas de países em manifesta crise institucional, política e até humanitária, como Síria, Iraque, Paquistão, México e Somália (Brasil, 2019, p. 3).

Esses números são alarmantes e refletem na posição do Estado Brasileiro em um ranking de nações mais perigosas para jornalistas, conforme indicado no relatório do CNMP. Além disso, foi pontuado pelo conselho um diagnóstico de impunidade, notadamente por uma série de fatores, em especial pela precariedade das polícias judiciais, o que resulta em não responsabilização dos autores diretos ou intelectuais desses crimes envolvendo jornalistas.

A Unesco, em novembro de 2022 (ONU NEWS, 2022), afirmou que a impunidade para assassinatos de jornalistas gira em torno de 86%. O levantamento ainda revela que 78% dos crimes aconteceram fora do expediente de trabalho, os quais os jornalistas foram vitimados em casa, em seus veículos ou na rua, embora não em missão específica. Inclusive, alguns foram mortos na frente de familiares, incluindo seus filhos.

Em um outro relatório realizado pela organização denominada Artigo 19, intitulado como “O ciclo do silêncio: impunidade de comunicadores no Brasil” (Tresca, 2018), foram feitas recomendações a alguns órgãos envolvidos direta ou indiretamente pela segurança pública e, dentre estes, ao Ministério Público.

Dentre as propostas apresentadas, uma delas refere-se à aprovação e implementação de diretrizes em todos os estados, visando à priorização da persecução penal relativa aos crimes contra a vida, integridade física e de ameaças, tentados ou consumados, praticados contra jornalistas, profissionais de imprensa e comunicadores no Brasil, no exercício da profissão ou em razão dela. Essas diretrizes já foram elaboradas e constam

em Recomendação apresentada para aprovação pelo Conselho Nacional do Ministério Público sob a Proposição nº 1.00513/2018-48.

Uma segunda recomendação feita ao órgão ministerial foi a realização do controle externo da atividade policial, com medidas sistemáticas e estratégicas, articuladas em nível nacional, com o objetivo de diminuir a vulnerabilidade de defensores de direitos humanos e comunicadores.

Sugeriu-se também a criação e o fortalecimento do Gaeco (Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado), instruindo-os sobre as características específicas dos crimes contra comunicadores por meio de intercâmbio entre promotores com experiência em casos desta natureza.

Por fim, foi indicada a participação ativa e cooperada com as polícias estaduais na elucidação desses crimes, devendo considerar a importância da presteza na adoção de medidas investigativas e de proteção às testemunhas e vítimas para melhor conclusão dos casos.

É certo que melhorias devem ser implementadas para a atuação efetiva na investigação e, com isso, gerar menos impunidade e a punição devida para aqueles que tentam calar a imprensa e demais comunicadores.

Vale frisar que o controle externo da atividade policial feito pelo Ministério Público é de suma importância para acompanhar o trabalho investigativo e, além disso, evitar que inquéritos fiquem parados por anos nas delegacias, sem qualquer motivo para isso.

Nesse sentido, com a digitalização de todas as peças do inquérito policial e o uso de sistema informático e o acesso pelo membro do Ministério Público aos bancos de dados, incluindo um painel informativo eletrônico dos inquéritos instaurados, com a especificação do tipo do crime, da vítima, das datas e prazos, tornará o controle externo da atividade policial realizado pelo *parquet* mais eficiente.

Vale ressaltar que o uso da tecnologia, com sistemas de inteligência artificial, e integração nacional dos bancos de dados de todos os órgãos voltados para a segurança pública, possibilitará resultados profícuos na investigação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer ataque aos profissionais de comunicação é um enfrentamento direto e indireto à liberdade de expressão e ao acesso à

informação, pois tentar obstaculizar o trabalho deles é querer calar toda a sociedade.

A subtração da voz, da vida e do direito fundamental de informar de comunicadores nos últimos 20 anos no Brasil, são sintomáticos de casos envolvendo corrupção pontual e sistemática. Como visto, os números são alarmantes, e essas mortes não podem ser esquecidas nos anais da indiferença social. Sessenta e quatro assassinatos entre 1995 e 2018, não são apenas sintomas de uma sociedade que naturaliza a impunidade. Representam uma incontestável ruptura na trama social dos direitos fundamentais de informação, o de informar e ser informado, da liberdade de expressão e de pensamento.

Os números estatísticos mostram o avanço nos crimes de homicídio contra jornalistas e, ao mesmo tempo, indicam, ainda, que apenas um quantitativo ínfimo desses crimes é solucionado, sendo um reflexo das falhas investigativas dos órgãos de segurança pública e ausência de métodos apropriados na persecução criminal, bem como a falta de um setor de inteligência cooperada, que dialogue no mesmo padrão. Inobstante é possível também a interpretação de uma anomia de conjuntura que dificulta e muitas vezes impossibilita a deflagração e o prosseguimento das investigações, ante a ausência das elementares de justa causa para apresentação da ação penal.

Nesse sentido, é de suma importância a criação de parcerias para fomentar diretrizes de atuação que envolvam órgãos responsáveis pela investigação de crimes contra comunicadores, conforme foi realizado entre a IAP e UNESCO.

O efetivo controle externo da atividade policial, feito pelo Ministério Público, faz-se necessário para coibir qualquer inação por parte do Estado-investigador. Tal controle não pode se basear apenas em inspeções nas unidades policiais (delegacias), mas sim no acompanhamento diário do desenvolvimento e avanços na coleta de provas, principalmente nos casos de crimes mais complexos.

Esse acompanhamento deve ser realizado por meio do uso de tecnologia, com acesso a banco de dados e relatórios em tempo real da atividade policial. Além da institucionalização de equipe e atuação em rede de peritos, como investigadores treinados e especialistas jurídicos, que possam ser enviados rapidamente para cenas de crime e/ou apoiar investigadores e promotores conforme necessário. Nesse sentido, o apoio às organizações não governamentais que trabalham para coletar provas relacionadas a crimes contra jornalistas e fortalecer sua capacidade de

transferir essas provas para os atores do Sistema de Justiça são estratégias a serem realizadas.

Portanto, agindo de forma integrada, o Estado terá condições de minimizar o sentimento de anomia e impunidade e garantir mais ampla efetividade ao exercício do direito fundamental à informação e, por consequência, do devido acesso à informação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Violência contra comunicadores no Brasil:** um retrato da apuração nos últimos 20 anos. 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/Violencia-contra-comunicadores-no-Brasil-VERSAO-FINAL-.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães. Celebrar o presente, construindo o futuro: a dignidade humana entre a política e o direito. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 23, n. 2, p. 7-10, 9 dez. 2022. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/2215>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães; GONÇALVES, André Bortolon. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a desconsideração da prescrição da pretensão punitiva estatal no Caso Bulacio vs. Argentina – punitivismo ou adequação do direito interno ao Sistema Regional de Direitos Humanos? **Conjecturas**, v. 22, n. 5, p. 30-49, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/904>. Acesso em: 17 dez. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães; LIMA, Pedro Henrique Roque. The clash of identities in the era of 4.0 industrial revolution: discussing the rule of law and A.I. law enforcement and Human Rights protection measures. In: PIRES, Alex Sander; ROSÁRIO, Pedro Trovão do (org.). **Culture of peace and human rights I**. Coimbra: Almedina, 2022. p. 77-107.

CHAI, Cássius Guimarães; SAMPAIO, Mylla Maria Sousa. **As violações de direitos humanos e meios de comunicação:** colisão de princípios: escorço crítico. 2015.

CHO, Sumi; CRENSHAW, Kimberlé Williams; MCCALL, Leslie. Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis. **Chicago Journals**, v. 38, n. 4, 2013.

COLETIVA. NET. **Na ONU, FIJ promove ação para combate de impunidade a crimes contra jornalistas**. 2022. Disponível em: <https://www.coletiva.net/noticias/na-onu-fij-promove-acao-para-combate-de-impunidade-a-crimes-contra-jornalistas,419518.jhtml>. Acesso em: 19 dez. 2022.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Liberdade de expressão na internet: desafios regulatórios e parâmetros de interpretação**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CORTE IDH. **Caso Herzog e outros Vs. Brasil**. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 11 dez. 2022.

CORTE IDH. **Colômbia é responsável pelo sequestro e tortura da jornalista Jineth Bedoya Lima**. 2021. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_73_2021_port.pdf. Acesso em: 13 dez. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **How to protect journalists and other media actors?** 2020. Disponível em: <https://edoc.coe.int/en/media/8283-how-to-protect-journalists-and-other-media-actors.html>. Acesso em: 19 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Recommendation on the protection, safety and empowerment of journalists - factsheet**. 2021. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/recommendation-protection-safety-and-empowerment-journalists-factsheet>. Acesso em: 19 dez. 2022.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações processuais penais positivas: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**.

HIRATA, Helena. **Gênero, classe e raça:** interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/LhNLNH6YJB5HVJ6vnGpLgHz/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 19 dez. 2022.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Advice on promoting more effective investigations into abuses against journalists.** 2020. Disponível em: <https://www.ibanet.org/Investigations-report-launch-2020>. Acesso em: 19 dez. 2022.

INTERNATIONAL FEDERATION OF JOURNALISTS. **INTERNATIONAL CONVENTION ON THE SAFETY AND INDEPENDENCE OF JOURNALISTS AND OTHER MEDIA PROFESSIONALS.** 2022. Disponível em: https://www.ifj.org/fileadmin/user_upload/Draft_Convention_Journalists_E.pdf. Acesso em: 19 dez. 2022.

MORAAL, Han. What do prosecutors and journalists have in common? **IAP News #87**, Netherlands, dez. 2022.

OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Processo penal convencional e fundamentos das obrigações positivas do estado em matéria penal.** São Paulo: D'Plácido, 2022.

ONU. **Countering threats of violence and crimes against journalists to protect freedom of expression for all.** Disponível em: <https://www.un.org/en/observances/end-impunity-crimes-against-journalists>. Acesso em: 9 dez. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 9 dez. 2022.

ONU NEWS. **Impunidade para assassinatos de jornalistas permanece em 86%, alerta Unesco.** 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/11/1804682>. Acesso em: 19 dez. 2022.

RFI. **Procuradores fazem apelo pelo fim da impunidade de crimes contra jornalistas.** Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/mundo/20221102-procuradores-fazem-apelo-pelo-fim-da-impunidade-de-crimes-contra-jornalistas>. Acesso em: 19 dez. 2022.

SALES, Suewellyn Cassimiro; LIMA, Maria Érica de Oliveira. Representação das mulheres negras no jornalismo cearense: uma análise interseccional dos jornais O Povo e Diário do Nordeste. In: SOUSA, Jorge Pedro (org.). **Jornalismo e estudos midiáticos**: Memória V. Porto: Publicações Fundação Fernando Pessoa, 2022. p. 89-103.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

TRESCA, Laura. **O ciclo do silêncio**: impunidade em homicídios de comunicadores. 2018. Disponível em: https://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2018/11/impunidade_R012_BAIXA.pdf. Acesso em: 15 dez. 2022.

UNESCO. **The Chilling**: global trends in violence Against women journalists; research discussion paper. 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000377223>. Acesso em: 19 dez. 2022.

UNESCO; IAP. **Diretrizes para promotores de justiça em casos de crimes contra jornalistas**. 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000375138>. Acesso em: 9 dez. 2022.



FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA CONCRETIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Igor Adriano Trinta Marques **
*Joaquim Ribeiro de Souza Júnior ***

Resumo: Este trabalho examina o princípio da função social da propriedade, com foco em uma análise jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), notadamente aferindo qual a interpretação e aplicação desse princípio em situações concretas, principalmente quando há conflitos entre a posse e a propriedade, ou questões relativas à desapropriação de terras produtivas, utilizando ainda a decisão esteada na ação direta de inconstitucionalidade nº 3865, bem como o caso da favela Pullman, atinente ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Outrossim, faz-se uso da metodologia qualitativa e descritiva, destacando a evolução do entendimento jurídico e suas implicações para a propriedade urbana e rural no contexto brasileiro.

Palavras-chave: função social da propriedade; jurisprudência; tribunais superiores; direito urbanístico.

Abstract: This work examines the principle of the social function of property, focusing on a jurisprudential analysis of the Federal Supreme Court (STF), notably assessing the interpretation and application of this principle in concrete situations, mainly when there are conflicts between possession and property, or issues relating to the expropriation of productive lands, also using the decision made in the direct unconstitutionality action nº 3865, as well as the case of the Pullman favela, relating to the Superior Court of Justice (STJ). Furthermore, qualitative and descriptive methodology is used, highlighting the evolution of legal understanding and its implications for urban and rural property in the Brazilian context.

Keywords: social function of property; jurisprudence; superior courts; urban law.

* Doutorando em Direito pela PUCRS/UNDB. Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: igor_trinta@hotmail.com.

** Doutorando em Direito pela PUCRS/UNDB. Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: joaquimjunior33@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO E ASPECTOS CONCEITUAIS GERAIS

O princípio da função social da propriedade está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro e representa um dos pilares do regime de propriedades no país, transcendendo a mera titularidade do bem para abraçar um papel mais amplo na sociedade. Este conceito está firmemente arraigado na Constituição Federal de 1988, que redefiniu a compreensão e o exercício da propriedade privada sob a ótica da sua função social.

Cabe obtemperar que o sobredito princípio se tornou um assunto bastante discutido na contemporaneidade, posto que a posse e a propriedade sofreram alterações ou transformações com o passar do tempo, porém muitos indivíduos ainda confundem tais conceitos, apesar destes se distinguirem juridicamente.

Historicamente, o direito romano (Lei das XII Tábuas) é tido como um dos marcos precursores do direito de propriedade, pois a Roma clássica trazia a concepção da propriedade como função social, uma vez que:

Havia uma classe de bens que era de propriedade de todo o povo, e dos quais ninguém podia dispor individualmente, apenas coletivamente; qualquer cidadão podia sair em sua defesa, acionando o magistrado, que inclusive, aceitava o pleito de postulante mais habilitado a fazer prosperar a demanda de interesse coletivo (Pilati, 1994 *apud* Nones, 2009, p. 18).

Destarte, o direito romano foi responsável por estabelecer “um complexo mecanismo de interditos visando tutelar os direitos individuais em relação aos arbítrios estatais. A Lei das doze tábuas pode ser considerada a origem dos textos escritos consagrados da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão” (Tartuce, 2011, p. 37).

Outrossim, a Revolução Francesa, ocorrida na Idade Moderna, apresentou grande transformação no tocante ao direito de propriedade, é o que pode ser demonstrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 2 de outubro de 1789, a qual declara em seu artigo 17: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela

privado, a não ser quando a necessidade pública, legalmente reconhecida, o exige evidentemente e sob a condição de uma justa e anterior indenização” (Altavila, 1989, p. 111).

De igual sorte, a França do final do séc. XIX contempla a noção de abuso do direito, bem comum, participação e solidariedade, consoante o pensamento de Léon Duguit que primeiramente lidou com interesses supraindividuais.

Ressalta-se ainda, que a Constituição Brasileira de 1988 trouxe uma série de inovações no tocante aos direitos fundamentais à ordem econômica e social. No capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, o artigo 170, inciso III, expressamente consagra a função social da propriedade como um dos princípios da atividade econômica. O artigo 182, por sua vez, trata da política urbana e exige que a propriedade urbana cumpra sua função social, enquanto o artigo 186 se encarrega de aplicar o mesmo princípio à propriedade rural.

Nesse contexto, como esposado alhures, a função social da propriedade ultrapassa a ideia de um direito individual e absoluto para encarar a propriedade como um direito que deve atender a determinados fins sociais, tais como o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, a conservação do meio ambiente e a promoção de um desenvolvimento equilibrado e sustentável, tanto no meio urbano quanto no rural.

No que se refere ao desenvolvimento urbano, a função social da propriedade está intimamente relacionada com o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição e fornece diretrizes para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. No âmbito rural, a função social é definida pelo atendimento de normas de exploração que favoreçam o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, a produtividade e a conservação do meio ambiente, conforme estipula a Lei nº 8.629/1993, que regulamenta a função social da propriedade rural.

Nesta senda, o STF e o STJ têm papel fundamental na concretização do princípio da função social da propriedade, por intermédio de suas jurisprudências que interpretam e aplicam esse princípio em casos concretos. As decisões destas cortes têm abordado temas como a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, a usucapião urbana, a aplicação do IPTU progressivo, entre outros instrumentos, como meios de forçar a função social da propriedade.

A jurisprudência do STF, por exemplo, tem reiteradamente enfatizado que o conceito constitucional da função social da propriedade

não é apenas uma limitação administrativa, mas um verdadeiro princípio estruturante da ordem econômica e social, que pode ser invocado como fundamento para a limitação e conformação do conteúdo do direito de propriedade. Da mesma forma, o STJ tem um papel crucial na interpretação do conceito de função social da propriedade, oferecendo diretrizes para a sua aplicação prática nos diversos casos que chegam ao judiciário.

Essa jurisprudência evolui e se adapta de acordo com as necessidades sociais e as mudanças no panorama socioeconômico do Brasil, sempre buscando alcançar o equilíbrio entre os interesses privados e o bem-estar coletivo, essencial para o desenvolvimento sustentável.

Portanto, o princípio da função social da propriedade representa um eixo fundamental no direito brasileiro, estabelecendo um marco para a realização de políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário, em busca de um desenvolvimento que atenda às necessidades do presente sem impossibilitar quais as próximas gerações possam satisfazer suas próprias necessidades.

2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A JURISPRUDÊNCIA

De antemão, faz-se mister revisar a literatura sobre a função social da propriedade, abordando tanto a perspectiva histórica quanto as interpretações contemporâneas. Deve-se discutir a legislação pertinente, como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil e o Estatuto da Cidade.

O entendimento e a abrangência do direito de propriedade evoluíram ao longo das diferentes Constituições do Brasil. Desde os tempos das Constituições de 1824 e 1891, que enfatizavam a totalidade do direito de propriedade, até a promulgação da Constituição de 1988, que incorporou o princípio da função social da propriedade, ocorreram mudanças significativas que limitaram o caráter absoluto desse direito. A partir desse momento, o direito de propriedade passou a estar sujeito ao interesse coletivo, assumindo um papel essencial na realização de objetivos sociais.

Assim, a Constituição Federal de 1988 nos apresentou a este importante postulado da função social da propriedade, uma vez que seu art. 5º, XXIII, prevê que:

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:

[...]

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (Brasil, 1988, p. 13-14).

Convém asseverar que Tepedino (2008, p. 316) reconhece que a propriedade está interligada às relações jurídicas complexas e que seu conceito é construído a partir de múltiplos fatores:

A construção fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê a propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas uma situação jurídica típica e complexa, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere. A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos fins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário tenta espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação da propriedade, ao contrário, dependerá de certos interesses extrapartimoniais, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Neste pormenor, a função social da propriedade não apenas implica ao detentor deveres de não fazer, como, por exemplo, abster-se de promover a degradação ambiental ou utilizar áreas protegidas, mas também obriga ações positivas, como promover o bem-estar dos colaboradores e garantir a preservação dos recursos naturais. Essas práticas estão alinhadas com o disposto no artigo 186 da Constituição Federal, que estabelece os parâmetros da função social da propriedade rural, exigindo o cumprimento simultâneo dos critérios delineados nesse contexto.

Ademais, a consagração expressa da função social da propriedade está no parágrafo primeiro do artigo 1228 do Código Civil que assim dispõe:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Observa-se claramente que o mencionado dispositivo legal busca restringir o abuso do direito de propriedade, ao mesmo tempo em que busca integrá-la ao contexto de uso em prol do bem coletivo. Em outras palavras, não basta apenas que a propriedade seja utilizada de forma a evitar abusos contra terceiros, mas também é imprescindível que sua utilização atenda aos interesses da comunidade como um todo.

Assim, a função social e o conceito de propriedade teriam entre eles “um caráter inafastável de acompanhamento, devendo a propriedade sempre atender aos interesses sociais, ao que busca o bem comum, a uma destinação positiva” (Gomes, 2004, p. 129). Na mesma linha, Farias e Rosenvald (2017, p. 314) afirmam que:

A locução função social traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Vale dizer, a propriedade mantém-se privada e livremente transmissível, porém detendo finalidade que se concilie com as metas do organismo social. A função social da propriedade é reconhecidamente um princípio que direciona o direito de propriedade, sendo estes inseparáveis. Indubitavelmente a função social se relaciona com a própria propriedade privada de forma inherente. Este proprietário não basta ser o titular do imóvel, mas deve também se preocupar com o dever social imposto pela própria Carta Magna.

Percebe-se que a função social da propriedade percorre o texto constitucional e cada vez mais vem sendo consolidado pela jurisprudência pátria dos tribunais superiores, pois recentemente o STF inclusive definiu que imóvel rural produtivo pode ser desapropriado para fins de reforma agrária ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3865. Na ocasião, por unanimidade, foi decidido que tanto a produtividade quanto o cumprimento da função social são requisitos essenciais e cumulativos para evitar a desapropriação de um imóvel rural para fins de reforma agrária.

É relevante salientar os argumentos opostos apresentados pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil em relação às disposições contidas nos artigos 6º e 9º da Lei 8.629/1993, enfatizando que tais trechos supostamente contrariam os preceitos estabelecidos nos artigos 184, 185 e 186 da Constituição Federal. Estes últimos, por sua vez, delineiam os critérios para a desapropriação de propriedades rurais por interesse social, bem como estabelecem que a propriedade produtiva não pode ser alvo de desapropriação para os mesmos fins.

Alegadamente, segundo a argumentação apresentada pela CNA naquela ocasião, ao permitir a desapropriação de propriedades produtivas que não atendam à função social, a norma equipara tais propriedades às improdutivas. Nesse contexto, foi sustentado que os conceitos de propriedade produtiva e função social da terra são distintos e não devem ser considerados simultaneamente para fins de desapropriação voltada à reforma agrária, argumentando que tal exigência é contrária aos preceitos constitucionais.

Porém, em conformidade com a decisão do STF na ADI 3865, é imperativo considerar ambos os institutos em conjunção, de modo que a verificação da propriedade produtiva somente se dará caso cumpra simultaneamente os requisitos elencados para o cumprimento da função social da propriedade. Estes requisitos são: (i) utilização racional e adequada; (ii) manejo apropriado dos recursos naturais disponíveis e preservação ambiental; (iii) respeito às normas que regem as relações de trabalho; e (iv) exploração que promova o bem-estar tanto dos proprietários quanto dos trabalhadores, conforme preconizado pelo artigo 186 da Constituição Federal e pelo artigo 9º da Lei 8.629.

Imprescindível destacar que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu de forma clara a impossibilidade de considerar propriedades produtivas como "inexpropriáveis" quando não cumprem o requisito do "aproveitamento racional adequado". Embora o artigo 184 da Constituição Federal permita a desapropriação para fins de reforma agrária, por interesse

social, de imóveis rurais que não atendam sua função social, o artigo 185 da mesma carta magna veda expressamente a desapropriação de propriedades produtivas. É fundamental destacar que o parágrafo único desse artigo impõe o cumprimento da função social como condição para a não desapropriação de propriedades produtivas, deixando à legislação infraconstitucional a definição do conceito de produtividade e seu alcance. Essa abordagem garante uma visão mais abrangente e clara do papel da propriedade produtiva dentro do contexto da reforma agrária e do interesse coletivo.

Nesse contexto, é essencial destacar os aspectos políticos, econômicos e sociais discutidos na ADI 3865. Estabeleceu-se a premissa de que a reforma agrária visa democratizar o acesso e a posse da terra, redistribuindo-a entre trabalhadores rurais sem propriedades próprias, com o intuito de garantir seus sustentos e reconhecer a importância desse labor para a coletividade.

Essa iniciativa implica uma revisão e reorganização das áreas territoriais de um país, reestruturando a posse de terras para promover a distribuição equitativa das propriedades rurais e assegurar que a terra cumpra sua função social. É fundamental ressaltar que, na ausência simultânea dos requisitos de terras produtivas e função social da propriedade, certas áreas podem ser objeto de desapropriação para fins de reforma agrária. Essa abordagem enfatiza a relevância do equilíbrio entre a produtividade das terras e seu papel social na construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Já a propriedade produtiva, de acordo com o artigo 6º da Lei 8.629, é “[...] aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente”.

A decisão do STF na ADI 3865, apesar de recente, repercutiu em grande escala no Congresso Nacional, gerando reações contrárias, principalmente da bancada do agronegócio. O deputado federal Rodolfo Nogueira (PL-MS) apresentou o Projeto de Lei 4.357/2023 no dia 05/09/2023, cujo objeto é a alteração do art. 2º da Lei 8.629, com a inclusão de parágrafo indicando não ser possível a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, a propriedade produtiva que não cumprir sua função social de terras produtivas, fundamentando seu posicionamento no art. 185, inciso II da CF, alegando violação à legalidade institucional, ausência de segurança jurídica, aumento de conflitos e problemas de segurança alimentar.

De igual passo, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando a aplicabilidade da função social, sendo forçoso citar o caso conhecido como “favela Pullman” (Resp nº. 75.659/SP) em que se aplicou a usucapião

especial urbana após se reconhecer pelo tribunal ‘ad quem’ a função social da propriedade atrelada à dignidade da pessoa humana. O STJ por sua vez, reconheceu o abandono dos lotes mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Portanto, a jurisprudência dos tribunais superiores e os projetos de lei relacionados têm implicações significativas no campo do Direito Agrário e sinalizam uma evolução interpretativa, já sendo objeto de análises e debates nos círculos jurídicos para que sejam materializados no caso concreto.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o decorrer deste trabalho percebeu-se que houve uma quebra de paradigmas: hoje a propriedade não possui caráter absoluto, posto que se relativizou, uma vez que devem ser cumpridas todas as disposições esboçadas pela lei, e uma dessas disposições é a função social da propriedade, princípio elencando em seara constitucional.

Em síntese, trata-se de um direito que não apenas confere prerrogativas ao proprietário, mas também impõe responsabilidades, pois ao garantir uma gama de liberdades ao detentor, simultaneamente requer que este se comprometa com a observância da função social e ambiental da propriedade.

Da atual configuração do nosso Código Civil, bem como da nossa Carta Constitucional e do Estatuto da Cidade depreende-se que o princípio da função social da propriedade concretiza outro princípio, a saber, o da sociabilidade, que é um reflexo da publicização existente em todo o Direito Civil.

Atualmente, entende-se que a função social da propriedade é um elemento indispensável à propriedade, esse entendimento faz com que percebamos que há uma correlação máxima entre a propriedade e sua função social, isto é, uma não existe sem a outra.

Portanto, a propriedade é um direito limitado. Contudo, essas limitações não têm a intenção de tolher o usufruto da terra pelo proprietário; ao contrário, buscam estabelecer um equilíbrio harmônico entre a exploração da terra e o bem-estar coletivo. Ao detentor cabe o encargo de conferir à sua propriedade uma função social, em conformidade com os preceitos constitucionais, evitando qualquer uso que entre em conflito com o interesse público.

Assim, uma vez não cumprida a função social da propriedade por parte do proprietário, e vindo um possuidor que se aproprie de tal bem e dê a esse bem uma destinação social, conclui-se que havendo todos os requisitos pontados tal como o *animus* de ser dono e sendo essa posse prolongada pelo tempo (variável de acordo com as espécies de usucapião), deve ocorrer o fenômeno da usucapião.

A análise detalhada da função social da propriedade, desde suas raízes históricas até sua aplicação e interpretação contemporânea, evidencia a evolução significativa do conceito de propriedade no direito brasileiro. Este conceito, embora antigo, tem se adaptado às mudanças sociais e econômicas, especialmente no que diz respeito à sua função social, um elemento vital na garantia de um equilíbrio entre os direitos individuais e o bem-estar coletivo.

As Constituições brasileiras, evoluindo de uma visão absolutista da propriedade para uma concepção mais matizada, refletem esse processo dinâmico de adaptação. A Constituição Federal de 1988 é particularmente notável nesse aspecto, ao integrar de maneira explícita o princípio da função social da propriedade em seu texto, estabelecendo um paradigma no qual a propriedade não é apenas um direito, mas também uma responsabilidade social. Isso se reflete em diversas legislações, como o Estatuto da Cidade e a Lei nº 8.629/1993, e nas decisões judiciais, particularmente as do STF e STJ, que têm sido fundamentais na interpretação e aplicação deste princípio.

Os debates jurídicos e as recentes decisões do STF, como a ADI 3865, demonstram a relevância contínua e crescente da função social da propriedade no cenário legal brasileiro. A jurisprudência está progressivamente reconhecendo que a propriedade deve atender a critérios de produtividade e responsabilidade social, e que estes são essenciais para evitar desapropriações em contextos de reforma agrária. Essa abordagem representa uma resposta às demandas contemporâneas por justiça social, equidade econômica e sustentabilidade ambiental.

Adicionalmente, a discussão em torno do Projeto de Lei 4.357/2023 reflete as tensões e desafios inerentes à aplicação prática da função social da propriedade. Essas tensões destacam a necessidade de um diálogo contínuo entre diversos setores da sociedade, incluindo legisladores, juristas, agricultores e a sociedade civil, para alcançar uma compreensão e aplicação equilibrada da lei.

Em conclusão, a função social da propriedade no Brasil representa um exemplo dinâmico de como os princípios jurídicos podem e devem

evoluir para refletir as mudanças nas realidades sociais e econômicas. Enquanto a legislação e a jurisprudência continuam a se desenvolver, é fundamental que se mantenha o foco no equilíbrio entre os direitos individuais e as necessidades coletivas, garantindo que a propriedade sirva não apenas aos interesses de seus titulares, mas também ao bem-estar da sociedade como um todo.

Por fim, há premente necessidade de estudar a propriedade de forma sistemática, considerando-a uma relação jurídica complexa que engloba uma variedade de direitos e deveres, influenciada por múltiplos interesses tanto de proprietários quanto de não-proprietários.

Ademais, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever e compreende a imposição de comportamentos negativos e positivos ao proprietário, razão por que não há como entendê-la mera extensão do poder de polícia. Com a função social, visa-se à promoção do exercício do direito de propriedade de modo mais compatível com a utilidade social, ou, em outras palavras, não pode a propriedade ser usada de modo nocivo ou contrário à utilidade social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. A função social na Constituição da República de 1988. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12643. Acesso em: 11 nov. 2023.

ALTIVILA, Jayme. **Origem dos direitos dos povos**. São Paulo: Ícone, 1989. 301 p.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. 9. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. (Série legislação, n. 243). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília: DF: Senado, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: n. 1646215 MG 2015/0262807-5**. Relator: Min. Herman Benjamin, 7 de março de 2017. T2 – Segunda Turma, 27 de abril de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739510/recurso-especial-resp-1646215-mg2015-0262807-5/relatorio-e-voto-465739534>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE 6287/SC, RT 49/352**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4965. Acesso em: nov. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DINIZ, Maria Helena; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Função social e solidária da posse**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. 13. ed. rev., ampl.e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direitos reais. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Saraiva, 2002. v. 5.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

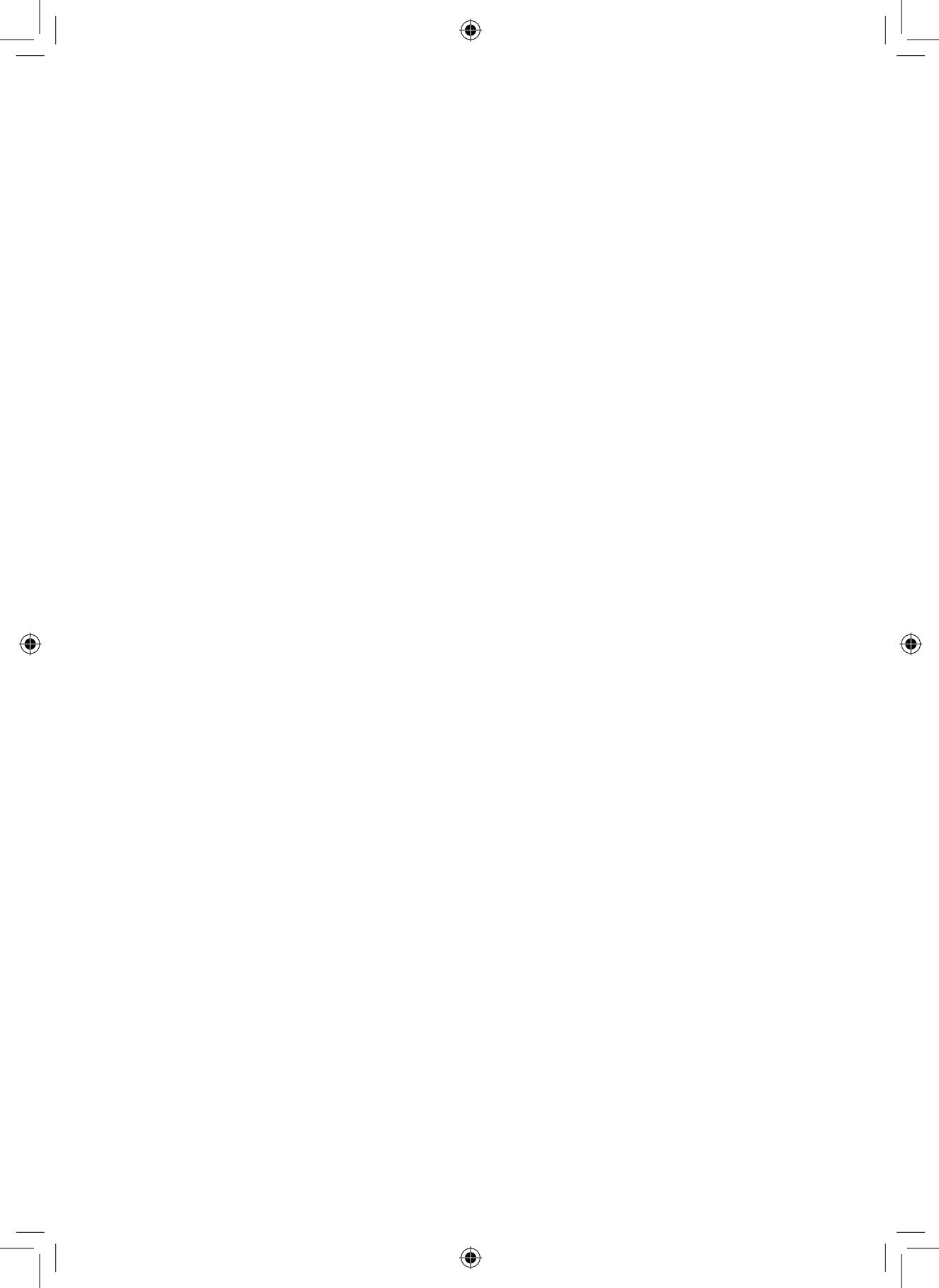
MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C, 1928.

NONES, Nelson. Direito de propriedade e função social: evolução histórica-jurídica. **Revista Jurídica-CCJ/FURB**, Blumenau, v. 13, n. 25, p. 108-126, jan./jul. 2009. Disponível em: <http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070>.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito das coisas. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito das coisas. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 4.

TEPEDINO, Flávio. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Flávio. **Temas de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 321-349.



POVO INDÍGENA WARAO NO PARÁ, BRASIL INTERVENÇÕES A PARTIR DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (CAO-DH) DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ (MPPA)

*José Lucíolo Gorayeb Santos**

Resumo: O agravamento da situação política, social e econômica da Venezuela aprofunda a crise humanitária de refugiados e migrantes naquele país, provocando o êxodo do povo venezuelano, que tem se dirigido a diversos países, inclusive o Brasil. O Brasil tem sólida legislação de acolhimento a migrantes e refugiados, mas é necessário mover as engrenagens para sua aplicação, já que a lei é um comando a ser obedecido, mas apenas um comando. Este artigo pretende apresentar de forma descriptiva o trabalho realizado efetivamente pelo Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos (CAO-DH) do Ministério Público do Pará (MPPA) em defesa dos direitos dos indígenas Warao. A metodologia usada é pesquisa bibliográfica, sendo esta composta de normas atribuidoras de funções ao CAO-DH, publicações do MPMA e a resposta a um questionário que permitia respostas abertas.

Palavras-chave: Ministério Público do Pará; CAO-DH; Warao.

Abstract: The worsening of the political, social, and economic situation in Venezuela deepens the humanitarian crisis and the refugee and migrant crisis in the country, leading to the exodus of the Venezuelan people who have been heading to various countries, including Brazil. Brazil has solid legislation for welcoming migrants and refugees, but it is necessary to set the gears in motion for its implementation, as the law is a command to be obeyed, but just a command. This paper aims to descriptively present the work effectively carried out by the Operational Support Center for Human Rights (CAO-DH) of the Public Ministry of Pará (MPPA) in defense of the rights of the Warao indigenous people. The methodology used is bibliographic research, consisting of norms that assign functions to CAO-DH, publications from MPMA, and responses to a questionnaire that allows open-ended answers.

Keywords: Public Ministry of Pará; CAO-DH; Warao.

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Doutorando, Universidade Fernando Pessoa, Porto - Portugal.

1 INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que a Venezuela vive delicada situação política, social e econômica. A gestão governamental com Hugo Chávez e Nicolás Maduro não favorece a democracia, a economia, as liberdades. Isso gerou uma crise humanitária, com muitas pessoas sem condições de sobreviver, tais como os indígenas Warao, dentre outras etnias, que perderam suas terras para mineradoras de forma brutal.

Os Warao, como no geral ocorre com os indígenas do mundo todo, são muito ligados à terra, árvores, peixes, plantas – à natureza, enfim. Os Warao em especial são ligados à água, de modo que a própria palavra Warao significa “povo da canoa”.

Indígenas e não indígenas se viram forçados a deixar a Venezuela em direção a vários países, dentre os quais o Brasil. Muitos desses migrantes que se dirigiram ao Brasil, estão neste exato momento em Belém, capital do Estado do Pará, na Amazônia brasileira.

Como estrutura do artigo, inicialmente será feita uma contextualização antropológica, enfatizando a importância da canoa como parte fundamental da cultura e sobre o modo como os Warao viviam e vivem em termos econômicos. Em seguida, mostram-se alguns artigos de lei que tratam do acolhimento brasileiro para, por fim, demonstrar no que consiste em parte o trabalho do escritório do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos do Ministério Público do Pará, que, como se percebeu, é feito em grande parte em conjunto com o ACNUR. Não é objeto do presente artigo o (importante) trabalho desenvolvido pelo Ministério Pùblico Federal.

Descrevem-se possibilidades de atuação do CAO-DH em Belém e, para tanto, colhem-se informações das publicações oficiais do MPMA e do ACNUR, sendo a metodologia empregada a pesquisa bibliográfica de livros, artigos e relatórios.

2 SITUAÇÃO DA VENEZUELA

A Venezuela vive delicada situação política, social e econômica, como consequência de gestões governamentais lideradas por Hugo Chávez e Nicolás Maduro. Em 2013 a Venezuela se retirou da Corte Interamericana

de Direitos Humanos (Human Rights Watch, 2016). A partir de 2016, o quadro se agravou com as ações engendradas por Maduro para sufocar movimentos de oposição (inclusive perseguindo-os criminalmente) e vem diminuindo as garantias de direitos fundamentais (como parte da chamada “erosão democrática”); estimula abusos cometidos pelas Forças de Segurança (prisões políticas, inclusive) e deportações arbitrárias. Há drástica diminuição da independência do Poder Judiciário, segundo relatório da Human Rights Watch (International Organization for Migration, 2022).

Hoje a Venezuela, em relação à OEA, tem situação peculiar. O Conselho Permanente da OEA não reconheceu em janeiro de 2019 o novo mandato de Nicolás Maduro, mas tampouco houve maioria para reconhecer Guaidó Marquez como presidente legítimo da Venezuela. Nada obstante, consta do sítio da OEA na internet um instrumento de ratificação assinado por Juan Gerardo Guaidó Marquez (de 01/07/19), em nome da Venezuela, ratificando novamente a CADH “com efeito retroativo”, como se a denúncia de 2012 (efetivada a partir de 2013) jamais tivesse sido feita. A comissão IDH ainda não encaminhou nenhum caso à Corte contra a Venezuela para fatos abarcados no marco temporal da nova ratificação (Ramos, 2022).

O SOS Orinoco, um grupo de investigação que se iniciou em 2018, composto de estudiosos dentro e fora da Venezuela, vem trabalhando de maneira anônima para diminuir riscos, e pretendem documentar profundo diagnóstico da região ao sul do rio Orinoco e criar consciência sobre a tragédia que se está produzindo. O regime de Nicolás Maduro colocou o rótulo de “Arco Minero del Orinoco” a uma faixa de 11.843km² do território venezuelano e é uma marca da política de abertura à mineração em geral, mas que busca ouro e coltan¹ (SOS Orinoco). Ademais, em 20 anos a Venezuela perdeu 1 milhão de hectares (10.000 km²) entre bosques e Savanas, segundo Cristina Burelli, fundadora da Organização SOS Orinoco (Barrios, 2023).

Em 2016, uma zona especial de mineração que abrangeu 14 territórios indígenas foi criada na Venezuela. Desnecessário se perguntar se os moradores foram consultados. A mineração polui a água e causa desmatamento, o que contribui sobremaneira para a propagação da malária.

Sobre a entidade SOS Orinoco, em seu Relatório Mundial de 2023, traz alarmante situação ligada à mineração na Venezuela, onde foi criada.

¹ Coltan é mistura de columbita e tantalita. Da columbita se extrai o nióbio; da tantalita, o tântalo. Ambos são usados na fabricação de telemóveis, laptops e computadores automotivos de bordo.

A tabela abaixo mostra números divulgados pela Organização Internacional para as Migrações, da Organização das Nações Unidas, relatório 2023, referentes a dados de meados de 2020.

Tabela1- Número total de migrantes e principais países de origem por sub-região em meados de 2020

| SUB-REGION | TOTAL NUMBER OF IMMIGRANTS | MAIN COUNTRIES OF ORIGIN | TOP 5 COUNTRIES WITH HIGHEST IMMIGRANT POPULATION | | TOP 5 COUNTRIES OF EMIGRATION | | |
|-----------------|----------------------------|--|--|--|---|--|---|
| South America | 10,887,474 | Venezuela: Colombia: Paraguay: Bolivia : Peru: | 4,103,204 1,329,616 749,084 635,043 534,230 | Argentina: Colombia: Chile: Venezuela: Peru: | 2,281,728 1,900,000 1,645,015 1,300,000 1,200,000 | Venezuela: Colombia: Brasil: Peru: Ecuador: | 5,400,000 3,000,000 1,900,000 1,500,000 1,000,000 |
| Central America | 2,302,001 | United States: Nicaragua: Venezuela: Colombia: Guatemala: | 861,487 395,784 218,960 99,665 93,792 | Costa Rica: Panama: Guatemala: Belize: El Salvador: | 520,729 313,165 84,311 62,043 42,767 | El Salvador: Guatemala: Honduras: Nicaragua: Costa Rica: | 1,599,058 1,368,431 985,077 718,154 150,241 |
| Caribbean | 1,605,148 | Haiti: United States: France: Venezuela: Dominican Republic: | 567,956 230,255 108,253 95,834 77,714 | Dominican Republic: Trinidad and Tobago: Bahamas: Barbados: Antigua and Barbuda: | 603,794 78,849 65,583 34,869 29,386 | Haiti: Cuba: Dominican Republic: Jamaica: Guyana: | 1,769,671 1,757,300 1,608,567 1,118,931 438,413 |
| North America | 58,708,795 | Mexico: India: China: Philippines: Viet Nam: | 10,939,885 3,444,419 2,883,364 2,696,634 1,585,458 | United States: Canada: Mexico: | 50,632,836 8,049,323 1,197,624 | Mexico: United States: Canada: | 11,185,737 2,996,223 1,292,329 |

Source: UN DESA, 2020.

GRAPH 1: COUNTRIES WITH THE LARGEST INTERNATIONAL MIGRANT POPULATION IN THE AMERICAS BY MID-2020 (IN MILLIONS)

Fonte: Organização Internacional de Migrações, relatório 2023.

Como se percebe, na América do Sul, em meados de 2020, havia um total de quase 11 milhões de imigrantes, sendo mais de 4 milhões provenientes da Venezuela. Em contrapartida, a Venezuela, na América do Sul, é o país com o maior número de emigrantes (para diversos países): 5 milhões e 400 mil (International Organization for Migration, 2022).

Muitos venezuelanos têm se visto forçados a abandonar suas casas e seu país, rumo à Colômbia e Brasil, dentre outros países. No caso brasileiro, o Estado de Roraima faz fronteira natural com a Venezuela,

certo que sua cidade de Pacaraima é o ponto de entrada mais utilizado. Dentre os vários venezuelanos, estão os indígenas Warao, objeto deste estudo.

3 WARAO: POVO DA CANOA

Para compreender o contexto acerca deste povo indígena Warao, constata-se que eles constroem canoas com a fruta buriti, sendo essa também a base da sua alimentação, além de ter significado religioso (Lafée; Wilbert, 2001).

Há um antigo conhecimento secreto e esotérico, que data do século XVII, que diz que, na construção moderna das canoas Warao há todo um encantamento. A árvore chamada *Darina* é “A mãe da floresta”, na mitologia Warao. *Darina* deve ser apaziguada, acalmada, por um mestre construtor de canoas (“*Moyomutuma*”) antes de ser cortada. O *Moyomutuma*, um padrexamã, deve se comunicar com o espírito da árvore, que precisa consentir em “liberar” a árvore antes que ela possa ser cortada (Wilbert, 1977 apud Shearn, 2020).

No período anterior à chegada dos espanhóis, os Warao se dividiam em 4 subgrupos: no noroeste do delta do Orinoco, ficavam os extrativistas de buriti; pescadores e construtores de canoas em áreas de mangues e pântanos, no nordeste; coletores e pescadores no sudoeste, os que cultivavam mandioca e milho, além do extrativismo do buriti; no sudeste, moravam aqueles que caçavam e pescavam. A língua é comum, mas são distintos na organização (Garcia-Castro; Heinen, 2000).

No início do século XX os Warao foram gradualmente se transformando de extrativistas em agricultores, abandonando os buritzais. Isso se deu a partir de 1920 com a introdução da cultura do *ocumo chino*, momento coincidente com a Lei das Missões de 1915, pela qual a Venezuela entregou a missionários católicos a tarefa de civilizá-los e evangelizá-los. Os missionários estimulavam o cultivo do *ocumo chino*. A adaptação não foi difícil, mas acabou gerando um contingente de assalariados para os produtores de arroz e milho nas proximidades, ou fábricas de palmito e até serrarias. A organização social se dava em família extensa de até 30 ou 50 pessoas, cujo controle era da mulher. Com o assentamento, a agricultura e o trabalho assalariado, o formato das famílias mudou para famílias nucleares

chefeadas por homens. Isso gerou impacto, pois o papel da mulher na economia era relevante (Wilbert; Lafée-Wilbert, 2001).

Por fim, um projeto desenvolvimentista no delta do Orinoco, impulsionado pelo governo da Venezuela da década de 1960, fez com que o rio Manamo fosse represado com o intuito de aumentar a capacidade agrícola da região. Isso se daria pelo impedimento das enchentes sazonais do Orinoco que, por sua vez, evitaria a inundação de milhares de quilômetros, em tese bons para a agricultura. Esse projeto contribuiu, por suas nefastas consequências ecológicas, como a salinização do solo, para o deslocamento dos Warao para os centros urbanos.

Mais recentemente, a perda das terras Warao se deu em razão do poder da indústria petrolífera (Brito; Barros, 2021). O percurso dos Warao tem sido sair do delta do rio Orinoco, viajar até a capital do Estado de Delta do Amacuro (Tucupita), de lá se direcionam para Santa Helena do Uiarén (fronteira com o Brasil), no qual entram pela cidade de Pacaraima, Roraima. De lá, essa população vai para a capital Boa Vista; em seguida, grande parcela tem ido para cidades do vizinho Estado do Pará - principalmente a capital, Belém, seguida de Santarém -, mas também se dirigiram mais ou menos a todas as partes do Brasil. (ACNUR; Pará, 2022).

4 LEGISLAÇÃO

A seguir repertoriaremos parte da legislação ou tratados que dão acolhimento aos Warao, seja a nível internacional quanto interno.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos baixou a Resolução 2/18 (“Migração forçada de pessoas venezuelanas”) instou – o que equivale a um convite, de modo que a norma não é cogente - os Estados Membros da OEA a promover 15 medidas, “em um marco de responsabilidade compartilhada e em conjunto com a comunidade internacional”, das quais cita-se apenas uma:

- 1 - Garantir o reconhecimento da condição de refugiado às pessoas venezuelanas com medo fundado de perseguição em caso de retorno a Venezuela ou que consideram que sua vida, integridade física ou liberdade pessoal estariam ameaçadas devido à

situação de violência, violações massivas de direitos humanos e perturbações graves da ordem pública, nos termos da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Esse reconhecimento deve ocorrer por meio de procedimentos justos e eficientes que garantam o direito de todos os solicitantes de asilo a receber assistência para satisfazer necessidades básicas ou lhes permitir trabalhar para seu auto sustento durante o estudo de sua solicitação. Além disso, deve contar com diferentes enfoques que respondam às necessidades específicas de crianças e adolescentes, mulheres, idosos, povos indígenas, pessoas com deficiência, pessoas lésbicas, gay, bissexuais, trans e intersex (LGBTI), jornalistas, defensores de direitos humanos e outros grupos com necessidades de proteção (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2018).

No âmbito do continente Americano há vários diplomas, dos quais traz-se à colação a Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas (2010), Declaração Mercosul de Proteção Internacional dos Refugiados (2012), Plano de Ação do Brasil (2014), 100 pontos de Brasília (2018) e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016).

A Declaração de Brasília trata em seu art. 10 da promoção e avaliação das necessidades de proteção das crianças separadas ou desacompanhadas (ACNUR, 2010). Na Declaração Mercosul os países signatários concordam em adotar políticas migratórias não restritivas, dando atenção especial às questões de gênero e idade (ACNUR, 2012). O Plano de Ação Brasil estabelece avançar na criação de mecanismos de resposta diferenciada para as vítimas de violência sexual e de gêneros (ACNUR, 2014). O documento 100 Pontos traz o dever de “implementación por parte de las ciudades y de los gobiernos locales de programas y proyectos para promover la efectiva protección e integración de las personas refugiadas [...]” (Brasil, 2018). A autoidentificação como povo indígena foi fixada como critério fundamental para determinar a quem se aplica a Declaração Americana de 2016 (art. I). Outrossim, foram reconhecidos direitos coletivos, pelo que os Estados reconhecem e respeitam o direito dos povos indígenas à ação coletiva (art. VI) (OEA, 2016).

No plano brasileiro, há a Lei 9.474/97 (define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951) e a Lei 13.445/2017 (Lei de Migração).

A Lei 9.474/97 traz no seu primeiro artigo o reconhecimento do indivíduo como refugiado:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A criação do CONARE (Conselho Nacional para Refugiados) é a maior inovação da Lei 9.474/97. Os representantes e organismos do CONARE já se reuniam informalmente desde 1994, trabalhando não só na integração dos refugiados, mas na confecção da própria lei em questão. A primeira reunião oficial com apreciação de solicitações de refúgio se deu em 27/10/98 (Jubilut, 2007). A participação no CONARE não dá direito a remuneração de qualquer natureza espécie (art. 15, Lei 9.474/97).

A Lei de Migração de 2017 garante os direitos e deveres para o migrante, não focando na pessoa refugiada, estabelecendo em seu art. 2º que “esta Lei não prejudica a aplicação de normas internas e internacionais específicas sobre refugiados, asilados, agentes e pessoal diplomático ou consular, funcionários de organização internacional e seus familiares” (Brasil, 2017).

5 CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARÁ

O Ministério Público (MP) brasileiro, como todos do mundo, age nas questões criminais, mas também - e nisso reside sua particularidade

- cuida de questões de saúde da população, probidade administrativa dos governantes, educação privada e pública, populações indígenas, dentre vários outros. O Ministério Público (seja Federal ou Estadual) é um verdadeiro indutor de políticas públicas, fazendo-o por meio de instrumentos jurídicos denominados Recomendações, Termos de Ajustamento de Conduta e ações judiciais, dentre outros, sem descuidar de seu papel de articulador. Sendo assim, promover o acolhimento do povo Warao também é atribuição do MP. Em Belém e outras cidades, o Ministério Público do Pará tem trabalhado em consonância com o ACNUR. Deve-se observar que o presente estudo não tem como objetivo estudar iniciativas do Ministério Público Federal, que também desenvolve ações em relação aos indígenas e refugiados.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados e o Ministério Público do Pará produziram uma cartilha intitulada “O Ministério Público Estadual e os direitos de pessoas indígenas refugiadas e migrantes”, publicada no sítio da ACNUR em 2022.

Nessa cartilha se lê que, entre as demandas apresentadas ao MPPA ligadas ao tema dos refugiados e migrantes, estão as relativas à condição da população Warao em situação de rua, sendo essas demandas por abrigamento, moradia, educação, saúde e segurança pública. As maiores incidências dessas demandas foram nas cidades de Belém, Santarém, Marabá, Itaituba e Ananindeua.

O atendimento proposto na Cartilha consiste em:

1) recepção da população Warao nas dependências do MP; 2) promoção e acompanhamento do acesso às políticas públicas de base (sendo necessária a identificação de barreiras linguísticas, documentos do país de origem que não puderam ser apresentados, oferta de serviços ou demandas culturalmente não sensíveis); 3) articulação e mobilização do poder público para agenda Warao – fazendo contato com as redes de proteção e as autoridades a fim de promover a implantação de políticas de curto, médio e longo prazo. Isso é feito diretamente pelas Promotorias de Justiça, podendo contar com Centros de Apoio, no caso o Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos. Possíveis ações são o estímulo à criação de comitês municipais e estaduais, com participação social ampla, incluindo os Warao; realizar reuniões e ações conjuntas com o Ministério Público Federal; 4) articulação para a emissão de documentos (de regularização migratória, Contribuinte Pessoa Física, Carteira de Trabalho, certidões de nascimento, casamento e óbito); 5) combate ao racismo e à xenofobia – ações de sensibilização, educação e, se necessário, persecução penal no caso de negativa de atendimento ou prestação de serviço motivadas pelo preconceito.

Foi formulado um Memorando de Entendimento entre Acnur Brasil, Ministério Público do Trabalho no Pará e Ministério Público do Pará, visando ao fortalecimento de ações instrumentais e de combate ao racismo e xenofobia em favor da garantia do direito de pessoas refugiadas, e considera a situação de risco aumentada em que se encontram refugiados e migrantes indígenas Warao e desafios que enfrentam para lograr efetiva inclusão socioeconômica em seus municípios de origem (Pará, 2022).

A política pública de atendimento aos imigrantes na cidade de Belém é promovida também pela Secretaria Municipal de Assistência Social e pela Secretaria de Estado de Assistência Social. Entretanto, o presente texto pretende se concentrar nas ações do CAO-DH, órgão que faz parte do Ministério Público do Estado do Pará, e que tem entre suas atribuições o “atendimento humanitário aos imigrantes e refugiados”.

A Resolução nº 004/2021-CPJ, de 05 de agosto de 2021 reestrutura os Centros de Apoio Operacional e seus Núcleos. Assim está posta a atribuição do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos no Ministério Público do Pará (Pará, 2021):

Art. 17. São matérias de atuação específica do (CAODH), competindo-lhe, para tanto, a promoção da articulação entre o MPPA e os movimentos sociais, a compilação da legislação, a coordenação, monitoramento e controle de programas e projetos no âmbito de sua área de atuação:

- I- população negra e relações étnico-raciais;
- II - pessoas LGBTI;
- III- desigualdade de gênero;
- IV - diversidade cultural e religiosa;
- V - pessoas em situação de rua;
- VI -pessoas em condições análogas à escravidão e tráfico de pessoas;
- VII - pessoas idosas;
- VIII - pessoas com deficiência;
- IX - comunidades tradicionais;
- X - questões agrárias e fundiárias;
- XI - deslocamentos compulsórios decorrentes de grandes projetos na Amazônia;
- XII - atendimento humanitário aos imigrantes e refugiados; e
- XIII - demais direitos humanos que não estejam contemplados nas atribuições de outros CAOs.

O CAO-DH tem vários núcleos (Mulher, étnico-racial, LGBTI+, População em situação de rua, Imigrantes e Refugiados, Diversidade cultural e religiosa, Pessoas idosas e com deficiência, agrária, fundiária e deslocamentos compulsórios, Desigualdade de gênero). Aqui interessa o que se relaciona com os Warao, a ser demonstrado em seguida.

Foram enviadas algumas perguntas à Coordenação do CAO-DH sobre sua atuação na questão Warao. As informações de relevo estão abaixo. Deve-se notar que os Warao tanto se enquadram no núcleo “indígenas”, quanto no núcleo “pessoas em situação de rua”.

- a) Foi expedida a Nota Técnica que estabelece que “a atribuição do Ministério Público Estadual recairá sobre a defesa dos direitos individuais da pessoa indígena, inclusive não importando sua etnia ou origem, podendo até mesmo tratar-se de pessoa indígena estrangeira que esteja em solo brasileiro”. Essa Nota foi dirigida a todos os Promotores de Justiça do Estado, posterior a alguma discussão jurisprudencial sobre a atribuição do Ministério Público Federal e/ou Estadual para tratar de questões envolvendo indígenas não como coletividade, mas em casos individuais;
- b) O Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos do MPPA é responsável por prestar auxílio técnico-jurídico à Procuradoria Geral de Justiça e aos membros em temas relativos aos Direitos Humanos. São realizadas reuniões com os Promotores de Justiça para repassar informações relativas aos indígenas, refugiados e migrantes, principalmente, assuntos relacionados aos indígenas Warao;
- c) Por não ser um órgão de execução, os Centros de Apoio Operacional não têm a função de realizar atendimento. No entanto, em casos de grave violações dos direitos humanos de povos indígenas que necessitavam de um atendimento mais urgente o CAO-DH realizou a escuta das vítimas e redigiu termos de declaração posteriormente encaminhados às Promotorias de Justiça especializadas, que dão prosseguimento aos casos. Isso ocorre devido à proximidade deste Centro de Apoio com a Defensoria Pública do Estado do Pará e outras Instituições, como o ACNUR. Desde 2021, o MPPA, por meio do CAO de Direitos Humanos e o Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) vêm trabalhando em parceria para criar estratégias de

- proteção, sobretudo aos indígenas venezuelanos da etnia Warao, que já residem no Pará há alguns anos;
- d) “No contexto urbano, também verificamos déficits significativos de tutela a direitos fundamentais. Essa falha de garantias vai desde o pífio combate ao racismo estrutural que grassa na sociedade brasileira – como mancha indelével da escravidão – até a prática de xenofobia em relação aos indígenas venezuelanos da etnia Warao que, nos últimos anos, em virtude da saída compulsória de seus territórios, migraram para o Brasil (hoje, no Estado do Pará, existem cerca de 1300 indígenas Warao, dos quais 750 concentrados na região metropolitana de Belém)” (Pará, 2023);
 - e) Promoção do evento “Ministério Público: compromisso com a dignidade da população negra e indígena e acesso à justiça”, em parceria com o CEAf, no município de Santarém;
 - f) Realização de seminário sobre o papel das políticas afirmativas do Estado Democrático de Direito;
 - g) Realização de reuniões de articulação com os movimentos negros e indígenas;
 - h) Na promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão e da Comunidade tramita procedimento administrativo que objetiva acompanhar a política pública municipal de atendimento da população que utiliza a rua como espaço de moradia. Em parceria com a referida promotoria, o CAODH realizou reunião com técnicos da Fundação Papa João XXIII (FUNPAPA) e representantes do Centro Pop, cujos principais encaminhamentos foram: i) Realização de uma pesquisa legislativa acerca da validade da certidão de nascimento digital para a emissão de documentos de identificação; ii) e a realização de uma reunião com a Defensoria Pública e Polícia Civil para que sejam reunidas forças para a eliminação de entraves para a emissão de documentos de identificação;
 - i) Reunião com o coordenador do Movimento Nacional de Luta da Pessoa em Situação de Rua para discutir a Política Nacional para a População em Situação de Rua e o efetivo funcionamento do Comitê Gestor Intersetorial;
 - j) Participação na audiência pública sobre as políticas para atendimento de pessoas em situação de rua, realizada pelo MPPA, por meio da Promotoria de Justiça de Defesa do Cidadão e da Comunidade de Belém;

- k) Participação em ação interinstitucional voltada à população em situação de rua. Na Praça da Bandeira, ocorreu a ação “A Rua Tem Direitos”, uma parceria entre o MPPA, por meio do CAODH, a Defensoria Pública, com o Núcleo de Proteção dos Direitos Humanos e a Prefeitura de Belém, com participação da Casa Rua e SESMA (Secretaria Municipal de Saúde de Belém-Pará);
- l) Reunião para articular evento de empregabilidade para refugiados e imigrantes;
- m) Realização, em parceria com o ACNUR e IEB (Instituto Internacional de Educação do Brasil), do fórum sobre empregabilidade para refugiados e imigrantes;
- n) Reunião com Promotores e Promotoras de Justiça, para debater a situação dos indígenas Warao no Pará;
- o) Realização, em parceria com o ACNUR e com os Shoppings Boulevard e Castanheira, da exposição fotográfica “Atravessando fronteiras e descobrindo imagens: a importância da integração de pessoas refugiadas”, com foco na integração local e empregabilidade de pessoas refugiadas;
- p) Participação de reunião na Assembleia Legislativa do Pará (Parlamento Estadual) para tratar sobre os indígenas venezuelanos da etnia Warao; Participação na articulação pela aprovação do projeto de Lei para a população migrante, refugiada e apátrida na Assembleia Legislativa. O Projeto foi aprovado, por unanimidade dos Deputados, em sessão do dia 21/06/2022 na Assembleia Legislativa do Estado;
- q) Participação em oficina sobre Proteção e Assistência de Pessoas Refugiadas;
- r) Promoção, em parceria com o CEAF e ACNUR, de oficina sobre atendimento humanitário a refugiados, voltada, principalmente, aos membros e servidores do MPPA;
- s) Lançamento de publicação sobre os direitos de pessoas indígenas refugiadas e imigrantes, em parceria com o ACNUR.

6 CONCLUSÃO

Os imigrantes Warao têm se dirigido em número expressivo a Belém e outros locais do Brasil, bem assim a outros países. Especificamente em Belém, um dos grandes problemas a serem resolvidos é a alocação da população Warao em situação de rua (como se já não bastasse a existência de outras várias pessoas não-Warao em situação de rua na cidade).

Existe determinação normativa de atuação do Centro de Apoio Operacional e constata-se que muito já foi feito, como a elaboração de cartilha em conjunto com o ACNUR e a assinatura de memorando de entendimento, promoção de eventos de sensibilização dos promotores de justiça e da comunidade, atendimentos individuais a Promotores de Justiça e articulação junto a atores da rede de atendimento municipal e estadual, além de injunções junto ao Parlamento estadual para a aprovação de nova lei.

REFERÊNCIAS

ACNUR=UNHCR. **Brazil arrival trends:** snapshot. 2022. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2022/10/Brazil-Arrival-Trends-Snapshot-Jun-2021-Sep-2022_final.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

ACNUR=UNHCR. **Declaração de Brasília sobre a proteção de refugiados e apátridas no continente americano.** Brasília, DF: 2010. Disponível em: Declaração de Brasília sobre Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano (acnur.org). Acesso em: 13 maio 2023.

ACNUR=UNHCR. **Declaração de princípios do Mercosul sobre proteção internacional dos refugiados.** 2012. Disponível em: Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional dos Refugiados (acnur.org). Acesso em: 13 maio 2023.

ACNUR=UNHCR. **Declaração e plano de ação do Brasil.** Brasília, DF: 2014. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866.pdf>. Acesso em: 13 maio 2023.

ACNUR=UNHCR; PARÁ. Ministério Público. **O Ministério Público Estadual e os direitos de pessoas indígenas refugiadas e imigrantes.** 2022. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2022/10/Cartilha-ACNUR-MPPPA-WEB.pdf>. Acesso em: 13 maio 2023.

BAENINGER, Rosana; SILVA, João Carlos Jaroshinski (coord.). **Migrações venezuelanas.** Campinas, SP: Nepo, Unicamp, 2018.

BARRIOS, Oswin José. **SOS Orinoco:** em 20 años Venezuela perdió 1 millón de hectáreas entre bosques y sabanas. 2023. Disponível em: SOS Orinoco: en 20 años Venezuela perdió 1 millón de hectáreas entre bosques y sabanas - (radiofeyalegrianoticias.com). Acesso em: 13 maio 2023.

BARROS, Aidil Jesus da Silveira; LEHFELD, Neide Aparecida de Sousa. **Fundamentos de metodologia científica.** 3. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BRASIL. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Os 100 pontos de Brasília:** contribuições da América Latina e do Caribe para o Pacto Mundial sobre Refugiados. Brasília, DF: 2018. Disponível em: Os 100 pontos de Brasília: Contribuições da América Latina e do Caribe para o Pacto Mundial sobre Refugiados — Ministério das Relações Exteriores (www.gov.br). Acesso em: 13 maio 2023.

BRITO, Jaciara Neves; BARROS, Valdira. Fluxo migratório dos indígenas venezuelanos da etnia Warao e as políticas públicas de atendimento e

acompanhamento adotadas no Estado do Maranhão. *In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA*, 23., 2021, São Luis. Disponível em: www.semic2021uem.net.

CAMPOS, Mariana do Amaral; DIAS, Vivian Valério; BROWS, Cristóbal Emilio Abarca. Migração, religião e saúde intercultural: itinerários terapêuticos dos Warao no Brasil e Venezuela. **Espaços-Revista de Teologia e Cultura**, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 241-251, 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 2/18**. Migração forçada de pessoas venezuelanas. 2018. Disponível em: Resolucao-2-18-pt.pdf (oas.org). Acesso em: 13 maio 2023.

GARCIA- CASTRO, Álvaro; HEINEN, H. Dieter. Las cuatro culturas Warao. **Tierra Firme: Revista arbitrada de História y Ciencias Sociales**, Caracas, n. 71, jul./sept. 2000. Disponível em: (99+) Las Cuatro Culturas Warao | Alvaro A . Garcia-Castro - Academia.edu. Acesso em: 14 maio 2023.

HUMAN RIGHTS WATCH. Relatório mundial. **Venezuela**: eventos de 2015. Nova York: HRW, jan. 2. 2016. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/venezuela_0.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. **Recent migration trends in the Americas**. Buenos Aires, San José: IOM, 2022. Disponível em: Venezuela | Country Page | World | Human Rights Watch (hrw.org). Acesso em: 13 maio 2023.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LAFÉE; Cecilia Ayala; WILBERT, Werner. **Hijas de la luna**: enculturación femenina entre los Waraos. Caracas: Fundación La Salle de Ciencias Naturales, 2001.

MILESE, Rosita.; COURY, Paula. Acolhida, proteção e integração de venezuelanos no Brasil: a atuação do Instituto Migrações e Direitos Humanos (IMDH). *In: BAENINGER, R.; SILVA, J. C. J. (coord.). **Migrações Venezuelanas***. Campinas, SP: Nepo /Unicamp, 2018.

OEA. Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas. 2016. Disponível em: DecAmIND_POR.pdf (oas.org). Acesso em: 13 maio 2023.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro: United Nations Information Centre, 2008.

PARÁ. Ministério Público. MPPA, MPT e ACNUR assinam memorando de entendimento. 2022. Disponível em: MPPA, MPT e ACNUR assinam memorando de entendimento | Portal MPPA. Acesso em: 13 maio 2023.

PARÁ. Ministério Público. Realizações CAODH. 2023. Disponível em: 1 ano de CAODH (mppa.mp.br). Acesso em: 15 maio 2023.

PARÁ. Ministério Público. Resolução nº 004/2021-CPJ, de 5 agosto de 2021. Reestrutura os Centros de Apoio Operacional (CAOs) e seus Núcleos, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Belém, n. 34.688, p.103-106, 2 set. 2021. Disponível em: Diario Oficial /Busca (ioepa.com.br). Acesso em: 13 maio 2023.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SHEARN, Issac. Canoe societies in the Caribbean: ethnography, archaeology, and ecology of precolonial canoe manufacturing and voyaging. **Journal of Anthropological Archaeology**, v. 57, 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0278416519300170>. Acesso em: 13 maio 2023.

SOS Orinoco. Disponível em: About Us – SOS Orinoco. Acesso em: 12 maio 2023.

VENEZUELA vai retornar à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Veja**, São Paulo, 1 nov. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/venezuela-vai-retornar-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez. 2022.



**DIREITO CIVIL
E PROCESSUAL CIVIL**



A FRATERNIDADE COMO BASE PRINCIPIOLÓGICA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

UM CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE

*Carla Maria Franco Lameira Vitale **

*Luciana de Aboim Machado ***

*Ricardo Maurício Freire Soares ****

Resumo: A mediação é apontada hoje como o meio mais adequado de tratamento de conflitos, especialmente em situações onde há vínculo anterior e previsão de relacionamento continuado. Destaca-se, ainda, como método promotor da transformação do conflito, através do estímulo à comunicação produtiva, a partir do reconhecimento de que todos fazem parte de uma rede de relacionamentos, onde o comportamento de um interfere no do outro. É sob este enfoque que se pretende evidenciar a fraternidade como base principiológica da mediação, capaz de empoderar os envolvidos para a construção da solução mais satisfatória para todos, numa visão prospectiva do conflito. Permite-se, assim, a humanização das

* Pós-doutoranda pela Università degli Studi “Mediterranea” di Reggio Calabria, Itália. Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Instrutora em mediação, com formação pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Mediadora do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, atualmente exercendo a função de chefe de Divisão Operacional do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC.

** Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia – UFBA e pela Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara – UDA. Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Mestre em Direito do Trabalho, especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Associada e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe – UFS. Líder do Grupo de Pesquisa Eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais. Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Consultora da Ergon Associates (London).

***Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Pesquisador vinculado ao CNPq. Membro da Academia de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto de Direito constitucional da Bahia.

relações como instrumento de efetivação da busca da felicidade, através de uma sociedade mais fraterna.

Palavras-chave: mediação de conflitos; comunicação; fraternidade; busca da felicidade.

Abstract: Nowadays the mediation is identified as the most appropriate means of handling conflicts, especially in situations where there is a previous link and prediction of continued relationship. It is also highlighted as a method that promotes the transformation of conflict, through the stimulus to productive communication, from the recognition that all are part of a network of relationships, where the behavior of one interferes in the other. It is under this approach that the aim is to highlight the fraternity as the basic foundation of mediation, capable of empowering those involved to build the most satisfactory solution for all, in a prospective vision of the conflict. Thus, the humanization of relationships is allowed as an instrument for effecting the search for happiness, through a more fraternal society.

Keywords: conflict mediation; communication; fraternity; pursuit of happiness.

1 INTRODUÇÃO

A mediação diferencia-se dos demais métodos autocompositivos de resolução de conflitos por privilegiar a participação dos envolvidos como responsáveis pela melhor solução a ser construída, ensejando maior satisfação das partes e a pacificação social. Dessa forma, busca atender os interesses, necessidades e sentimentos relacionados às partes envolvidas no conflito e ainda restabelecer a comunicação eventualmente rompida.

A referida metodologia foi objeto de legislação específica no Brasil, através da Lei nº 13.140/2015, em vigor desde dezembro de 2015, e foi recentemente positivada no novo Código de Processo Civil, em vigência desde março de 2016, que evidenciou as formas consensuais, com ênfase para a conciliação e mediação, reservando-lhes capítulo específico e elevando-as à categoria de norma fundamental.

Antes disso, a mediação já vinha sendo difundida como política pública, junto ao Poder Judiciário, por orientação do Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n.º 125/2010, a fim de fomentar a conciliação e, sobretudo, a mediação como método adequado de tratamento de conflitos.

Também mereceu destaque na Resolução nº 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, na qual há o fomento pela mediação comunitária e escolar, como também na Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, onde a mediação vítima-ofensor ganhou relevo pelo seu forte viés restaurativo.

O diferencial trazido pela mediação consiste em possibilitar um ambiente harmônico e confiável, onde o mediador deve ser devidamente capacitado e possuir habilidades cognitivas para, através da utilização de técnicas de mediação, fazer com que os envolvidos no conflito sejam capazes de construir, de forma legítima, um consenso que satisfaça seus interesses.

Nessa perspectiva, a mediação promove o diálogo produtivo entre as pessoas, que serão estimuladas a reconhecer um ao outro como partes responsáveis pela melhor solução. Como função principal, a mediação permite um novo olhar para o conflito, de forma que os envolvidos entendam que não são opositores e que, através da escuta ativa, os interesses podem ser esclarecidos e percebidos como possíveis de serem resolvidos.

Para que essa construção seja possível, necessário se faz evidenciar e contextualizar a fraternidade como base principiológica da mediação de conflitos, capaz de proporcionar a humanização das relações, o que é imprescindível para a obtenção da satisfação pessoal, por refletir e buscar ações que levam em consideração a pessoa humana como instrumento de efetivação da busca da felicidade.

A felicidade, definida pela Organização das Nações das Unidas, como meta fundamental humana, tem importância reconhecida desde a proclamação da Declaração de Direitos Humanos, com raiz histórica na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. E nessa trilha já caminham alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo da Constituição da França, Butão, Coreia do Sul, Japão.

Dessa forma, a felicidade ou a sua busca faz parte do conjunto de aspirações dos seres humanos e, sendo o conflito parte do desenvolvimento da humanidade, resolvê-lo através da mediação é um paradigma que pode ser construído, a partir de valores fraternos, num contexto universal de humanização das relações.

Nesse cenário, salutar se faz pesquisar de que forma os aspectos práticos da comunicação não-violenta servem como instrumento de diálogos construtivos, em especial, através de um novo olhar para o conflito, o qual, se bem trabalhado, terá seus pontos positivos extraídos e potencializados.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizar-se-á o método teórico-bibliográfico, através da análise de livros, artigos, revistas científicas, dissertações, entre outros, em meio impresso ou digital, a fim de demonstrar que a mediação tem como base principiológica a fraternidade, capaz de humanizar as relações e servir de instrumento de efetivação da busca da felicidade.

2 A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO PROMOTOR DA TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS

É importante constatar, em um primeiro momento, que o conceito de conflito está naturalmente associado a algo negativo e à ideia de competição, o que evidencia uma confusão entre esses sentidos, como bem analisa Deutsch (2004, v. 3, p. 35):

Apesar de toda competição produzir um conflito, nem todo conflito reflete uma competição. Esta implica uma oposição entre os objetivos das partes interdependentes, de maneira que a probabilidade de uma parte alcançar sucesso diminui à medida que a da outra parte aumenta. Em um conflito que provém de competição, as ações incompatíveis refletem objetivos também incompatíveis.

De fato, o que ocorre na maioria dos contextos conflituosos é que as partes se posicionam como adversárias e vencer a disputa torna-se o único objetivo dos envolvidos. Por esse motivo, a palavra "conflito" recebe uma conotação pejorativa, na maioria das vezes em que é referida.

Vivencia-se o conflito como algo negativo, associado à angústia e sofrimento aos envolvidos, de forma que a medição de forças que se estabelece traz como resultado ganho para um lado e perda para o outro e, na maioria das vezes, todos saem desgastados do contexto conflituoso e com a sensação de derrota. “Afinal, numa disputa, sempre há falhas na comunicação, as quais, se não forem bem trabalhadas, contribuirão para o acirramento da controvérsia” (VITALE, 2018, p. 10).

Sob essa perspectiva, Deutsch (2004, p. 41) distingue os conflitos destrutivos e construtivos:

Nos extremos, esses termos são fáceis de se definir. Assim, um conflito claramente tem consequências destrutivas se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem consequências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros.

Nesse sentido, esse autor define os processos cooperativos e competitivos, sobretudo quanto aos seus efeitos, ao dizer que:

[...] o ponto central das diferenças entre cooperação e competição residia na natureza da forma pela qual se dá a ligação entre os objetivos dos participantes em cada situação. Em uma situação cooperativa, os objetivos estão tão ligados que todos "afundam ou nadam" juntos, enquanto que, na situação competitiva, se um nada o outro deve afundar (Deutsch, 2004, p. 42).

A partir dessa ideia, pode-se concluir que em situações onde há cooperação na busca da melhor solução para a controvérsia, há uma soma de esforços, de maneira que todos serão responsáveis pelo resultado obtido. Assim, haverá uma maior percepção de que o conflito, se bem trabalhado pelos envolvidos, pode ser visto como algo positivo.

Oportuno salientar a visão de conflito trazida pela mediadora Lisa Parkinson (2016, p. 32), ao afirmar que “O conflito em si não é nem positivo nem negativo: é uma força natural necessária ao crescimento e transformação das relações humanas”. Para a autora, deve-se observar a forma como ele é tratado, uma vez que, se bem resolvido, o conflito não provoca mal algum, já que a energia por ele produzida é canalizada construtivamente e não destrutivamente.

Nessa análise de percepção positiva do conflito, Lederach (2012, p. 21) começou a utilizar a expressão “transformação de conflitos” nos anos 80

e suas ideias baseavam-se na importância de se construir relacionamentos e estruturas sociais com foco no respeito aos direitos humanos e à vida. Buscou examinar o conflito sob uma abordagem transformativa, ao afirmar ser preciso mais do que um conjunto de técnicas específicas, já que a transformação é “um modo de olhar e ao mesmo tempo enxergar, tanto para olhar como para enxergar precisa de lentes. Portanto, a transformação de conflitos sugere um conjunto de lentes pelas quais conseguiremos enxergar o conflito social”.

Assim, o conflito pode ser trabalhado de forma mais restrita, ao tratar questões pontuais apenas, ou de forma ampla, quando interesses subjacentes, sentimentos e todo o aspecto sociológico será estimulado. É o que Lederach (2012, p. 15) denomina de “resolução” e “transformação” do conflito, respectivamente.

Para Lederach (2012, p. 16-17), o termo “resolução” significa uma tentativa de se livrar do conflito, sem a preocupação com os aspectos relevantes que merecem ser trabalhados, a partir de reações construtivas entre os envolvidos, para que haja mudanças também construtivas. Assim, o conflito pode ser visto como um “motor de mudanças”, através do qual se constroem “relacionamentos e comunidades saudáveis, tanto local como globalmente”.

Nesses termos, o conflito, quando bem trabalhado em sua amplitude, pode ser um mecanismo promotor de mudanças construtivas. A obtenção de um acordo ao final de uma demanda, muitas vezes resolve determinada questão pontual, mas deixa em aberto outras questões que, eventualmente, retornarão ao conflito em momento posterior.

Com base nessas premissas, sobressai o relevo da mediação de conflitos que - diferentemente da forma tradicional de dirimir conflitos, numa lógica adversarial, na qual um ganha e o outro perde - funda-se “na lógica da parceria, buscando uma solução em que todos saiam ganhando” (Sposato, 2018, p. 58).

Também no sentido ético, a mediação propõe trabalhar o conflito pela lógica do consenso, propondo resultados satisfatórios para todos os envolvidos, com reflexos para a sociedade. Como aduz Soares (2019, p. 111), “para o campo ético, a escolha do meio não tem por objeto sua maior eficácia, mas, em verdade, a sua maior adequação aos valores sociais”.

É com essa perspectiva que a mediação entra no cenário de tratamento adequado de conflitos e diferencia-se dos demais métodos por trabalhar o contexto conflituoso e todas as possíveis ramificações advindas das questões principais, com ênfase nos interesses e necessidades de todos os

envolvidos. Assim, a comunicação deve ser o foco principal a ser trabalhado pelo mediador, de maneira a atingir um nível de igualdade e reconhecimento recíproco que torne possível a construção da melhor solução.

Vitale e Silva (2017, p. 435) ressaltam que “a mediação trabalha o conflito num contexto mais amplo, com foco na lide sociológica e a partir de uma visão positiva do conflito”. Daí a necessidade do facilitador possuir habilidades necessárias para provocar a mudança de comportamento nas partes, que passarão a não mais se enxergar como oponentes. Para atingir esse intento, a comunicação é o fator preponderante.

Nessa linha de pensamento, Warat (2004, v. 3, p. 58) assevera que: “o mediador estimula a cada membro do conflito para que encontrem, juntos, o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e recomeçar a andar pela vida com outra disposição”. Como ética da alteridade, busca a recuperação do respeito e o reconhecimento do outro.

Dessa forma, Warat (2004, v. 3, p. 57) introduz elementos que encaminham a questão para a proposta de considerar a mediação, em termos de sensibilidade e de humanização, totalizadora das relações humanas, ao constatar que “ao mediador é dado pensar no interior de um território aberto com o descompromisso [...], retirando dos relatos das partes o que lhe convém para facilitar, ajudando-as a introduzir uma novidade e a transformação do conflito”.

Segundo Lederach (2012, p. 32, 46), para que o conflito migre do seu estado destrutivo para o construtivo, é preciso que sejam estimuladas as capacidades de ver, compreender e reagir a todas as questões que envolvem o contexto relacional e de mudança em curso. O movimento transformativo foca os aspectos dinâmicos do conflito social, como uma oportunidade e incentivo a processos de mudança criativos.

Essa é a pretensão da mediação, promover a transformação do conflito, o que demanda a atuação do mediador, devidamente capacitado em técnicas de mediação e possuidor de habilidades cognitivas aptas a extraír do conflito os seus aspectos positivos que, quando bem trabalhados, poderão ser utilizados de forma prospectiva.

É o que pontua Silva (2013, p. 166), quando afirma que o mediador, através do conhecimento das técnicas, deve ter habilidade para identificar os interesses reais trazidos ao conflito pelos envolvidos e criar “condições para promoção do diálogo entre as partes, o restabelecimento da comunicação e a transformação do conflito”.

Assim, a transformação do conflito está intimamente vinculada ao conceito de “comunicação não violenta”, por promover uma oportunidade

de abordagem mais ampla das questões que o envolvem, a partir de uma linguagem construtiva, na busca de soluções legítimas.

Ao utilizar-se da comunicação não violenta nas interações uns com os outros, colocamo-nos em nosso estado compassivo natural. Desse modo, alcança-se uma abordagem que se aplica de maneira eficaz a todos os níveis de comunicação e a diversas situações, a exemplo dos relacionamentos íntimos, relações familiares, escolas, organizações e instituições, terapia e aconselhamento, negociações diplomáticas e comerciais, disputas e conflitos de toda natureza (Rosenberg, 2003, p. 27).

Esse modelo de comunicação contém alguns componentes fundamentais: "observar sem avaliar", "expressar como nos sentimos", o "reconhecer as necessidades que estão por trás de nossos sentimentos" e "perceber o que gostaríamos de pedir aos outros". Rosenberg (2003, p. 76) entende que a percepção de sentimentos é o primeiro passo para a conexão recíproca, através da identificação de emoções próprias. A comunicação não violenta permite a distinção entre a expressão de sentimentos verdadeiros de palavras e afirmações descriptivas de pensamentos, avaliações e interpretações.

A utilização de uma linguagem positiva, clara e de ações concretas, além da preocupação com o que o ouvinte está sentindo e pensando, é o caminho a ser trilhado para uma comunicação não violenta, capaz de demonstrar empatia, sinceridade e cuidado com quem se interage (Rosenberg, 2003, p. 106-107).

De igual forma, Vasconcelos (2018, p. 150) esclarece que há uma tendência de as pessoas iniciarem suas falas com viés destrutivo e julgamento. O papel do mediador é de "facilitar o encontro de procedimentos inspirados na compreensão das questões, sentimentos e necessidades comuns. Para tanto são desenvolvidas habilidades de uma comunicação construtiva, que também poderia ser chamada de comunicação não violenta".

Nessa linha de pensamento, afirmam Silva e Vitale (2019, v. 1, p. 326) que "o conflito, quando bem trabalhado em sua amplitude, pode ser um mecanismo promotor de mudanças construtivas." E a mediação é o veículo promotor de transformações prospectivas.

Nesse aspecto, numa sociedade eminentemente litigante, o papel da mediação ganha relevo ao estimular e educar a sociedade para que, de forma autônoma e legítima, transforme seus próprios conflitos. E a transformação que se espera tem como base a fraternidade, cujo conteúdo principiológico se coaduna com todo o exposto.

3 A FRATERNIDADE COMO BASE PRINCIPIOLÓGICA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com os ensinamentos de Vial (2007, p. 123):

A fraternidade é um conceito biopolítico por excelência, conservando nele todas as formas e paradoxos dos sistemas sociais contemporâneos. A fraternidade que foi esquecida, retorna hoje com seu significado originário de compartilhar, de pacto entre iguais, de identidade comum, de mediação, é um direito jurado conjuntamente, é um direito livre de obsessão de uma identidade legitimadora.

Segundo a autora, as reflexões sobre o direito fraterno são recentes e cita o italiano Eligio Resta como seu principal teórico. As discussões iniciam nos anos oitenta, mas somente na década de noventa Eligio Resta apresenta o texto básico *II Diritto Fraterno*, no qual retoma a ideia de fraternidade manifestada na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Vial, 2004, p. 123).

Essa temática também foi retratada com ênfase em 2007, na Itália, através da publicação do livro organizado e compilado por Antonio Maria Baggio, o qual foi traduzido para espanhol e português, com o título "O Princípio Esquecido/1". A partir de então, a fraternidade passou a ser objeto de estudos acadêmicos também na América Latina.

O jurista Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 217) também se dedicou ao estudo da fraternidade, classificando-a como categoria jurídica. Em sua obra "A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance", demonstra que foi no cristianismo que a categoria da fraternidade encontrou sua razão original, desta feita como valor/princípio universal, includente e emancipador, sem embargo de referências seculares e fundamentos predominantemente laicos.

Esse autor buscou inspiração na doutrina humanista, de cunho filosófico, desenvolvida por Jacques Maritain, denominada de "Humanismo Integral", bem como no humanismo antropofílico, retratado pelo "Jus-Humanismo Normativo", consubstanciado por Sayeg e Balera, para referenciar a fraternidade como uma categoria jurídica. Abalizado no pensamento de Ayres Britto, Carlos Augusto Alcântara Machado afirmou que o "constitucionalismo contemporâneo evoluiu do liberal para o social,

e deste para o humanista, atingindo, na atual quadra da história, o estágio fraternal" (Machado, 2017, p. 218).

Para o citado autor, "o compromisso do Estado com a construção de uma sociedade fraterna - e de todos os que se encontram submetidos à ordem jurídica brasileira - tem a sua sede [...] no preâmbulo da Constituição de 1988". A partir de então, houve o resgate do princípio da fraternidade, afinal de contas os direitos de primeira e segunda gerações já haviam sido assegurados no contexto constitucional e agora a tríade revolucionária se completava (Machado, 2017, p. 166-167).

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que a fraternidade assume relevância ao se posicionar como valor a ser buscado pela sociedade, em total vinculação ao propósito expresso na atual carta constitucional, art. 3º, inciso III, que prevê como objetivo fundamental da República brasileira, construir uma sociedade solidária.

Com o intuito de contextualizar a fraternidade no Direito, Clara Machado (2017, p. 47), explica que:

A fraternidade, proclamada conjuntamente à liberdade e à igualdade no contexto da Revolução Francesa (1789), é ideal político essencial na consolidação da modernidade. Decerto, a tríade revolucionária "*Liberté, Egalité, Fraternité*" já anunciava no século XVIII a dimensão política da fraternidade e sua necessária interação com liberdade e igualdade, categorias centrais do pensamento democrático e da formação do Estado liberal de direito.

No mesmo sentido dispõe Baggio (2008, p. 53), quando afirma que "o pensamento moderno desenvolveu a liberdade e igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade - embora esta seja o alicerce das outras duas". Ressalta que a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois, ou seja, desde que vividas fraternalmente, a liberdade não se transforma em arbítrio do mais forte, nem a igualdade em igualitarismo opressor.

Explica Baggio (2009, p. 128) que a fraternidade é algo para ser vivido, para que possa ser compreendida. Com reconhecidas raízes cristãs e por ser uma condição humana, constitui um ponto de partida, ao mesmo tempo dada, mas que também precisa ser conquistada, com o compromisso e colaboração de todos. "A fraternidade parece ser ambas as

coisas: condição originária da constituição de uma sociedade política e a forma do exercício participativo".

Em total consonância com o sentido da fraternidade é que situamos a mediação. Como visto, a mediação traz para os indivíduos uma nova forma de se relacionar, um novo olhar para os contextos conflituosos, nos quais, inevitavelmente, todo ser humano está inserido. A partir de uma comunicação produtiva, as pessoas são capazes de sentir as outras como semelhantes, e a partir daí, a humanização das relações se materializa.

Nesse toar, sábias são as palavras de Warat (2004, v. 3, p. 49-50):

Partindo daí, a mediação, como terapia do reencontro, pretende inverter o olhar: a imagem do outro não como aquela que enxergamos. E sim, ao contrário, é a imagem que nos olha, agora, e que nos interroga, e inquieta os andaires muito bem solidificados de nosso ego e de nossa cultura. O outro, ao enxergarnos, põe em questão o que nós acreditamos ser, e todas aquelas imagens que fazemos para classificá-lo e dominá-lo, enganando-o com nossas instituições, eliminando o que neles nos mexe e ameaça. O outro, agora, como oportunidade vital, é o ponto de apoio para os problemas de difícil solução. E o outro pondo em marcha mecanismos da alma que sirvam para tomar uma posição ativa diante dos nossos conflitos. E o outro permitindo apreender a renascer.

Clara Machado (2017, p. 62) ressalta que a fraternidade, por ser condição potencial do ser humano, "é marcada pela predisposição ao diálogo que persiste como núcleo em razão do fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que a fraternidade, sendo parte da condição humana, incorpora a tendência psicossocial do ser humano destinado à convivência".

Defende essa mesma autora que a fraternidade possui natureza de princípio fundamental e, como tal, pode ser introduzido no texto constitucional de forma expressa ou implícita, evidenciando-o como fonte direta de direitos e deveres transindividuais, inclusive daqueles que não estão expressamente enumerados na Constituição, a exemplo do direito à paz. "A fraternidade encaminha-se, portanto, para a realização de um processo mediador construtivo da interação comunicativa, agindo no enfrentamento dos conflitos sociais e culturais" (Machado, Clara, 2017, p. 65, 74).

Nessa linha de entendimento, a mediação ganha relevo por ser o método consensual de tratamento de conflitos que mais se coaduna com o objetivo da pacificação social e da fraternidade. Ao estimular-se a compreensão recíproca, empoderam-se as pessoas para que, não somente no campo individual, mas sobretudo no coletivo, as experiências exitosas sejam replicadas para um maior alcance social, de forma cooperativa.

Esse clima de cooperação condiz com o pensamento solidarista, defendido por Oliveira Junior e Soares (2020, p. 275):

A solidariedade revela-se como um termo plurissignificativo. Em ética, é compreendida como sentimento do grupo que supõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros. Em teoria política, afigura-se como consciência acrescentada de direitos e de responsabilidades. Em sociologia, afigura-se como o consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através do sentimento de cooperação que deriva necessariamente da similitude e da divisão do trabalho, bem como um fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social.

É importante esclarecer que, em que pese a utilização dos termos "fraternidade" e "solidariedade" serem utilizados como sinônimos por parte da doutrina e por alguns sistemas jurídicos, merece destaque a compreensão defendida por Carlos Machado (2017, p. 205-207) de que a fraternidade é muito mais do que caridade e que, numa perspectiva jurídica, deve suplantar práticas assistencialistas da sociedade e do próprio Estado, definindo-se um "espaço de reconhecimento de responsabilidade social com o outro, que seja identificada não como uma faculdade ou como uma ação voluntária espontânea, mas como um dever jurídico; uma responsabilidade ativa".

Nessa linha de pensamento, Hirch (2020, p. 97-98) afirma que a fraternidade é um dever que parte da premissa de agir "com foco na proteção simultânea tanto do indivíduo quanto dos demais concidadãos (sejam estes do círculo familiar, de amizade, de relacionamento profissional ou mesmo totalmente desconhecidos)". Dessa forma, evidencia não se tratar de um favor social, mas de "uma demanda que precisa ser cultivada a cada ato praticado no âmbito social, em cada comunidade, partindo da premissa que a vida humana não tem graduação de valores e cada vida vale por si mesma."

A doutrina e jurisprudência brasileira não diferenciam os termos solidariedade e fraternidade; apresentam-nos como valores comuns que fundamentam a existência dos direitos fundamentais de terceira geração, a exemplo do direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à preservação do ambiente, à solidariedade universal. Todos voltados à defesa de interesses comuns pelo bem da humanidade (Machado, Carlos, 2017, p. 104).

Clara Machado (2017, p. 110-111) sintetiza seu entendimento afirmando que "o princípio da solidariedade é corolário da fraternidade, consubstanciando-se, no entanto, como princípio diverso com âmbito de proteção específica". Enquanto no princípio da solidariedade fica evidente o dever de assistência recíproca entre as pessoas, numa relação de reconhecimento e responsabilidade com os hipossuficientes; no princípio da fraternidade, nesse aspecto, impõe-se do sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades, a partir de uma compreensão mútua.

Essa autora demonstra a total conexão da fraternidade com o método consensual em comento, ao dispor que: "a fraternidade pode criar expectativas construtivas e possibilidades de espaços de diálogo em que, por meio da mediação de conflitos, são trabalhados e redefinidos os interesses comuns [...]" (Machado, Clara, 2017, p. 109).

É fato que esse ideal de fraternidade ainda está longe de ser alcançado, sobretudo numa sociedade eminentemente litigante, onde as pessoas perderam a capacidade de se comunicar e os conflitos se apresentam numa espiral destrutiva. Dessa forma, para concretização de uma sociedade fraterna, é preciso uma transformação social e cultural que possibilite novos percursos, e é nesse contexto que a mediação se apresenta como um caminho viável para essa mudança necessária.

Nesse sentido, dispõe Clara Machado (2017, p. 169):

[...] mediação é instrumento de efetivação do princípio da fraternidade e da cidadania, já que, por meio da aproximação das partes, viabiliza-se o diálogo entre necessidade, possibilidade e alternativas de acordo com as realidades do caso. Com isso, os disputantes são protagonistas na construção da pacificação social através de tratamentos do litígio que contemplem de forma concreta a coletividade e realizem os objetivos constitucionais. Nesse caso não haverá perdedor/ganhador, uma vez que todos saem satisfeitos com o tratamento dado ao problema, fato que estimula a cultura da paz.

Constata-se, com respaldo nesse entendimento, a total vinculação entre a mediação e a fraternidade como sua base principiológica. Através de um tratamento mais humanitário e o estímulo à comunicação, aspectos preciosos do conflito serão identificados, a exemplo dos interesses subjacentes que habitam o interior de cada um, proporcionando o olhar para o outro como um semelhante, capaz de cooperar para a construção de um resultado convergente.

Mais que isso, Andrade (2007, p. 46), citado por Clara Machado (2017), esclarece que a materialização da fraternidade ocorre quando há o reconhecimento da "existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade".

Esse é o verdadeiro sentido da mediação de conflitos. Com base principiológica na fraternidade, a mediação torna-se um viável caminho para a efetivação da busca da felicidade.

4 EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Por tudo já exposto, é fundamental a percepção de que o fim da mediação não é somente o acordo, mas, principalmente, a transformação do conflito, já que este não é fruto de situações objetivas, mas da maneira como as pessoas enxergam uma situação e reagem a ela, de forma que se torna possível alterar o próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem.

Trata-se de uma percepção e compreensão dos interesses e sentimentos, e não de uma simples negociação de valores. Aproveitar o conflito ocasionado pela divergência de interesses, ideias e visões para construir novas realidades mais produtivas para todos os envolvidos é concretizar os princípios defendidos pela fraternidade. É olhar o outro como um semelhante e, dessa forma, buscar o bem-estar recíproco.

Nesse contexto, emerge a conexão, quase que automática, entre a mediação, que tem como princípio norteador a fraternidade, e a busca da felicidade, classificada por alguns doutrinadores e juristas como um direito fundamental implícito, ao tempo em que outros defendem sua positivação no rol desses direitos pela sua importância reconhecida desde a proclamação da Declaração de Direitos Humanos (Organização

das Nações Unidas, 1948). Com raiz histórica na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (2021), em 04 de julho de 1776, é indispensável à vida humana.

É certo que a felicidade ou a sua busca faz parte do conjunto de aspirações dos seres humanos e, sendo o conflito parte do desenvolvimento da humanidade, resolvê-lo através da mediação é um paradigma que pode ser desenvolvido para garantir uma sociedade mais fraterna.

A filosofia é uma importante fonte de discussão acerca da felicidade. Inúmeros filósofos cuidaram de traçar conceitos acerca desse tema. Segundo Aristóteles (2009, p. 59):

A felicidade é a finalidade da natureza humana como dádiva dos deuses, a felicidade é perfeita. A felicidade é um bem supremo que a existência humana deseja e persegue, de modo que a felicidade depende dos bens exteriores para ser realizada. Deste modo, é na busca da felicidade que se justifica a boa ação humana, sendo os outros bens meios para atingir o bem maior felicidade.

Em que pese ser um conceito subjetivo, o fato é que todo ser humano busca a felicidade como objetivo e sentido da vida. E dessa forma, pode-se afirmar que se trata de um direito humano fundamental, por fazer parte da natureza do homem.

Leal (2017, p. 8) evidencia o tema, ao afirmar que "o que a dignidade da pessoa humana representou para as discussões constitucionais do século XX, a felicidade representará para o século XXI." Esclarece a importância do direito a uma existência digna para a humanidade, que reflete no sentido de ter uma existência feliz. Também salienta o dever do Estado de criar instrumentos (políticas públicas) que colaborem para as "aspirações de felicidade das pessoas".

Esse mesmo autor, ao fazer referência à obra de Aristóteles, já referenciada, onde este afirma que "é na busca da felicidade que se justifica a boa ação humana", faz a conexão entre a busca da felicidade e a felicidade coletiva. Ao final, exorta o respeito à diversidade e abre espaço para a construção de uma teoria baseada na jurisdição constitucional, a partir do reconhecimento de que o caminho para a felicidade, além de ter sido trabalhado por muitos filósofos, consta cada vez mais nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, como se verá (Leal, 2017, p. 47).

Na Declaração de Independência dos Estados Unidos, a procura da felicidade consta como direito inalienável. A Constituição do Japão preceitua que todas as pessoas têm direito à busca pela felicidade e que o Estado deve garantir as condições para sua obtenção. De igual forma, a Constituição da Coréia do Sul explicita que todos têm o direito a alcançar a felicidade e o Estado deve confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos. Por sua vez, a Carta Francesa de 1958, em seu preâmbulo, também a menciona (VITALE, 2017, *passim*).

No ordenamento jurídico pátrio não há previsão expressa desse direito. No entanto, tanto o Senado da República como a Câmara dos Deputados já discutiram propostas de emenda constitucional, de iniciativa do Senador Cristovam Buarque e da Deputada Manuela D'Ávila, a fim de inserir o direito à busca da felicidade no rol art. 6º da Constituição Federal e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, respectivamente.

Em suas justificativas às propostas 19/2010 do Senado Federal (Brasil, 2010) e 513/210 da Câmara Federal (Brasil, 2010), ambos parlamentares utilizaram como fundamentação o seguinte:

Na Declaração de direitos da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) há a primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral. Hoje, o preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais se inclui toda a evidência, à felicidade geral ali preconizada.

Em que pese terem sido aprovados pela Comissão de Constituição e Justiça, ambos foram arquivados pelo término da legislatura, em dezembro de 2014.

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm fundamentado suas decisões na busca da felicidade e a reconhece, inclusive, como direito fundamental.

Segundo o voto proferido pelo relator Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário 477.554/MG (2021), que trata sobre união civil de pessoas do mesmo sexo:

O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade [...]

O ministro Carlos Velloso assim se pronunciou no Agravo de Instrumento de n.º 548.146/AM (2006):

[...] uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.

Da mesma forma, o voto do Ministro Celso de Mello que, ao julgar a questão das pesquisas com células-tronco embrionárias, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de n.º 3510 (2021), assim se posicionou:

Permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

Tratam-se de decisões de grande repercussão, onde a busca da felicidade é considerada princípio implícito fundamental, referenciado mundialmente e norteador da dignidade humana.

Afinal, como ressalta Soares (2020, p. 269), “a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna pátria, de direitos fundamentais implícitos”.

A Felicidade, como bem pontua Schafranski (2012), decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de uma aspiração universal, e a Organização das Nações Unidas (ONU) a reconheceu como direito humano fundamental, constituindo objetivo fundamental de toda e qualquer política pública a ser adotada pelo Estado (Organização das Nações Unidas, 2011).

Ao trabalhar a comunicação e o entendimento das partes, outras finalidades são atingidas, a exemplo da melhoria do relacionamento entre os envolvidos e o crescimento pessoal. Ao serem responsáveis pela construção da solução, estimula-se a percepção de que são capazes de determinar suas vidas, dignificando-as.

Sarlet (2012, p. 101) enfatiza que, dentro do conteúdo da dignidade humana, está a garantia de uma identidade pessoal dos indivíduos, bem como o direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito a sua esfera particular.

Instrumento de pacificação social, a mediação promove a autonomia do indivíduo, a cidadania e a concretização da democracia, princípio basilar do estado, pois tem a virtude de educar para as diferenças entre os indivíduos e estimular a tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que imponham suas decisões aos litigantes, representando um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, de acesso à justiça e de obtenção da felicidade.

Assevera Bonat (2005, p. 161), ao evidenciar o pensamento de Ernst Bloch, que:

[...] o autor coloca como definidora da natureza do homem a "busca pela felicidade", que não se resume na ideia de que, ou o homem deve abdicar de sua personalidade e de seu destino pessoal para integrar-se a uma felicidade preexistente, ou integrar-se à noção de uma felicidade que jamais será conquistada, embora seja sempre prometida. Para Bloch, a felicidade demarca um fim, o qual, ao contrário do que se possa crer, é apenas o começo. Isso porque a felicidade não retira a existência de momentos infelizes, mas antes os torna exceções e não a regra.

Uma mediação bem trabalhada, com valores fraternos num contexto relacional, pode tornar os envolvidos mais aptos a examinar questões, negociar interesses e ser capazes, sobretudo, de enfrentar

eventuais conflitos futuros de forma eficaz e harmônica, conduzindo-os em busca da felicidade.

Para Carlos Machado (2017, p. 160), "o Direito precisa ser compreendido como um instrumento de pacificação social e deve ser utilizado como uma importante ferramenta que auxilia os seres humanos a viver harmonicamente com o outro. E não apesar do outro".

Conforme salienta Fiorelli (2008, p. 44), "na mediação, migra-se da barganha por posições, que apenas gera emoções negativas, para o reconhecimento dos interesses e busca de opções por trás das posições manifestas". É com esse intuito que se pretende tornar as relações humanas mais fraternas, com vistas a estabelecer uma linha de conexão entre as pessoas.

Parte-se de um plano individual para algo maior, que é educar a sociedade para que os cidadãos estejam preparados para lidar com situações adversas de forma prospectiva, o que trará como consequência a satisfação pessoal e promoverá uma felicidade coletiva.

Conforme preceitua Araújo (2000, p. 74):

Não se concebe a ideia de que o Estado Moderno deva buscar um caminho diferente daquele que pressupõe a felicidade de seus componentes. O homem se organiza para obter felicidade. Submete-se ao regramento do Estado, aceita suas regras, paga os impostos, limita-se, sabendo, no entanto, que os fins dessa associação só podem levar à busca da felicidade.

Nessa direção, o trabalho desenvolvido através da mediação poderá ofertar um tratamento mais adequado e fraterno, a fim de alcançar a pessoa humana no âmago de sua dignidade. Norteada em bases humanistas e com fundamento no princípio da fraternidade, a mediação demonstra ser o caminho a ser trilhado em busca da felicidade.

5 CONCLUSÃO

A mediação destaca-se como método adequado de resolução de conflitos, que evidencia a importância da comunicação para o desenvolvimento de diálogos construtivos e valoriza o papel do mediador

como agente capacitado para facilitar o entendimento entre as partes, através da percepção de valores intrínsecos ao ser humano, tendo a fraternidade como base principiológica.

Tem como principal objetivo a transformação dos envolvidos no contexto conflituoso, para que este possa ser visto como instrumento propulsor de melhorias e, dessa forma, as pessoas possam se enxergar como semelhantes, no sentido de dar ao outro aquilo que gostariam de receber.

Constata-se que, numa sociedade eminentemente litigante, essa tarefa é complexa, de forma que o papel do mediador assume relevância, uma vez que este deverá possuir perfil e habilidades cognitivas suficientes para proporcionar um ambiente propício à transformação. Para atingir tal intento, ganha ênfase a comunicação não-violenta, cujos fundamentos servirão de base para as técnicas de mediação.

A força normativa da mediação é consolidada com a edificação de um sistema legislativo que se forma, a exemplo do atual Código de Processo Civil, que consagra a mediação, ao lado da conciliação, como norma processual fundamental. Determina, também, assim como o faz a lei de mediação, a necessidade da devida capacitação para esse agente facilitador do diálogo, o mediador.

Nesses termos, o conflito poderá ser trabalhado em sua amplitude e ser percebido de forma construtiva, sem a ideia de oposição, inerente aos processos judiciais. Assim, a mediação é reconhecida como o instrumento que mais se aproxima da plena satisfação dos envolvidos e do alcance da felicidade.

A busca da felicidade, considerada um direito em boa parte dos ordenamentos jurídicos, foi referendada como meta fundamental humana pela Organização das Nações Unidas. Nesse toar, a fraternidade ganha relevo como base principiológica da mediação de conflitos, ao evidenciar valores de respeito e reciprocidade que devem ser estimulados num contexto relacional integrativo, onde a satisfação de um dependerá da satisfação do outro para se completar.

Com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana torna-se o centro de toda a estrutura principiológica, bem como das regras e valores fraternos. O princípio da fraternidade, em sua atual concepção, prima pelo atendimento de valores sociais e ao acesso à ordem jurídica justa, voltada à satisfação dos envolvidos no conflito.

O presente estudo enfatiza a mediação de conflitos, pela constatação de que, no contexto das relações humanas, é a que alcança maior efetividade,

por permitir aos envolvidos a elaboração conjunta da solução que, de maneira isonômica, atende as necessidades e interesses recíprocos.

Espera-se, com esse estudo, provocar a reflexão da sociedade, dos operadores de direito e de todos os envolvidos para o novo tipo de justiça que se impõe, baseada em valores democráticos e fraternos, com vistas a educar a sociedade para a construção de consensos legítimos, na trilha da busca da felicidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAUÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009.

BAGGIO, Antonio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. Pistas de pesquisa para uma compreensão da fraternidade como categoria política. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido/1**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 25-55.

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido/2**: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 85-130.

BONAT, Debora. Filosofia jurídica e princípios humanistas: Gustav Radbruch, Ernst Bloch e Norberto Bobbio. In: WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. São Paulo: Manole, 2005. p. 145-181.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso Extraordinário n.º 477554**. Recorrentes: Carmem Mello de Aquino Neta, representada por Elisabeth Alves Cabral e outros. Recorrido: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais – IPSEMG. Relator: Min. Celso de Mello. DJe-164. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623277/agreg-no-recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Agravo de Instrumento n.º 548.146**. Agravante: Estado do Amazonas. Agravados: PGE-AM, Marcelo Augusto A. Da Cunha, Zedequias Rodrigues Da Silva, Aline Maria Pereira Mendonça Landim e outros. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 10/2/2006. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090528_099.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3510**. Acionante: Procurador Geral da República. Acionados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Carlos Ayres de Britto. DJe-096. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>> . Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 19 de 2010**. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito. Autor: Senador Cristovam Buarque. Data de apresentação: 7.7.2010. Arquivada: 26.12.2014. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Câmara Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 513 de 2010**. Inclui o direito à busca da felicidade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e direito inerente a cada indivíduo e à sociedade, mediante a dotação, pelo Estado e pela própria sociedade, das adequadas condições de exercício desse direito. Autor: Deputada Manuela D'Ávila. Data de apresentação: 4.8.2010. Arquivada: 31.1.2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em: 25 fev. 2021.

DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS. Disponível em: <https://www.wdl.org/pt/item/109/>. Acesso em: 25 fev. 2021.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 29-52. Título original: The resolution of conflict constructive and destructive process. New Haven (CT) Yale University Press, 1977.

FIORELLI, José Osmir et al. **Mediação e solução de conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

HIRCH, Fábio Periandro de Almeida. O dever fundamental da fraternidade e a pandemia. In: BAHIA, Saulo José Casali (org.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: Editora Iasp, 2020. p. 82-104.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo: Almedina, 2017.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: fundamentos e alcance: expressão do constitucionalismo fraternal. Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de; SOARES, Ricardo Maurício Freire. In: BAHIA, Saulo José Casali (org.) **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: Editora Iasp., 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. 65ª Sessão. 13 de julho de 2011. **Felicidade em direção a uma abordagem holística para o desenvolvimento**. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/onu-reconhece-felicidade-como-questao-de-estado/>. Acesso em: 9 ago. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAiAm-2BBhANEiwAe7eyFLP1dazcrqcCUrw_h67S-PcCW6MWht7w32UIa7iVmqaZgpyLSqHSpBoCXBQQAvD_BwE. Acesso em: 25 fev. 2021.

PARKINSON, Lisa. **Mediação familiar.** Tradução de Erica de Paula Salgado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta:** técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução de Mário Vilela. 2. ed. São Paulo: Ágora, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAFRANSKI, Marcelo. **Medicina da felicidade.** São Paulo: Matrix Editora, 2012.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org). **Mediação de conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-180.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; VITALE, Carla Maria Franco Lameira. A legitimidade no consenso na mediação de conflitos: análise reflexiva no contexto jurídico brasileiro. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; TAVARES NETO, José Querino; MONTERO, Regina Garcimartín; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona. (org.). **Processo, administração, acesso e jurisdição da justiça e formas consensuais de solução de conflitos.** 1. ed. Zaragoza: Prensas de La Universidad de Zaragoza, 2019. v. 1, p. 323-342.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. **Sociologia e antropologia do direito.** São Paulo: Saraiva Jus, 2019.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2020.

SPOSATO, Karina; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Justiça juvenil restaurativa e novas formas de solução de conflitos.** São Paulo: CLA Editora, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e o direito fraterno. SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 181-201.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. O constitucionalismo contemporâneo e o efetivo acesso à justiça instrumentalizado pelo empoderamento dos indivíduos na mediação de conflitos. In: PORTELA, Irene (dir.). **Os novos horizontes do constitucionalismo global.** Barcelos: APPCDM - Artes Gráficas de Braga, 2017. p. 433-441.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira. **O empoderamento dos indivíduos na mediação de conflitos como instrumento de efetivação da busca da felicidade.** Orientadora: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva. 2018. 134 f. Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito). Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. 3.



TRANSAÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

CARACTERÍSTICAS E CONTEXTOS DOS INSTITUTOS NO BRASIL

*Joaquim Ribeiro de Souza Júnior **
*Marco Túlio Rodrigues Lopes ***

Resumo: Visa-se neste trabalho tecer considerações sobre a transação em direitos coletivos latu sensu, bem como acerca do negócio jurídico processual, buscando saber se tais institutos possuem natureza jurídica compatível, de modo a que se possibilite que termos de ajustamento de conduta com conteúdo de negócio jurídico processual. A pesquisa também analisa se, atualmente, há base científica suficiente para se atestar a efetividade ou não do instituto do negócio processual. Para isso, estudar-se-á as suas características gerais previstas a partir da cláusula geral estabelecida no art. 190 do CPC/15, seguindo-se para o exame do seu objeto e dos seus requisitos. A partir dessa verificação, avança-se para o estudo dos fatores que dificultam uma coleta de base científica sólida para se averiguar a utilização do negócio jurídico processual. A partir de uma análise cuidadosa do material coletado, deduz-se que a inclusão de cláusulas referentes a negócios jurídicos processuais no termo de ajustamento de conduta não apenas é possível, mas se mostra uma alternativa preferível para a Administração Pública. Isto em razão do fato de que conferir ao TAC/CAC abrangência ampla e eficácia erga omnes ou ultra partes, assegura-se que a atuação da Administração Pública não trate desigualmente situações análogas, preservando o núcleo essencial da isonomia.

Palavras-chave: transação em direitos coletivos; negócio jurídico processual; direito processual civil.

Abstract: The aim of this work is to make considerations about the transaction in collective rights latu sensu, as well as about the procedural legal business, seeking to know whether such institutes have a compatible legal nature, so that it is possible for terms of conduct adjustment with business content procedural legal. The research also analyzes whether, currently, there is sufficient scientific basis to attest to the effectiveness or otherwise of the procedural business institute. To this end, its general characteristics will be studied based on the

* Mestre e Doutorando em Direito pela PUCRS/UNDB. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: joaquimjunior33@gmail.com.

** Mestre e Doutorando em Direito pela PUCRS/UNDB. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: mtrlopes@gmail.com.

general clause established in art. 190 of CPC/15, followed by an examination of its object and requirements. Based on this verification, we move on to studying the factors that make it difficult to collect a solid scientific basis to investigate the use of procedural legal transactions. From a careful analysis of the material analyzed, it can be deduced that the inclusion of clauses referring to procedural legal transactions in the conduct adjustment term is not only possible, but also a preferable alternative for the Public Administration. This is why, giving the TAC/CAC broad scope and effectiveness erga omnes or ultra parte, it ensures that the actions of the Public Administration do not treat similar situations unequally, preserving the essential core of equality.

Keywords: transaction on collective rights; procedural legal business; civil procedural law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a compatibilidade entre o instituto do Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) com o denominado Negócio Jurídico Processual, encartado no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15). Em suma, busca-se responder se no termo de ajustamento de conduta pode constar cláusulas relacionadas a negócio jurídico processual, tais como eleição de foro, calendarização dos atos, ônus da prova, dentre outros. Antes, contudo, impende destacar a função do procedimento.

O procedimento nada mais é do que a forma pela qual se deu o encadeamento dos atos processuais. É a instituição de ordem cronológica a ser seguida pelas partes e pelo juiz para o ideal andamento de um processo judicial. Ou seja, é a implantação de determinado método que terá o condão de movimentar a relação jurídico processual estabelecida.

Nesse sentido, observa-se que o legislador, ao elaborar a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/15), intencionou facilitar, simplificar o processo judicial, visando garantir decisões judiciais mais céleres, efetivas e justas, por quanto tem a cooperação como um de seus princípios norteadores.

Para tal, um dos instrumentos dos quais o indivíduo pode fazer uso é o firmamento de negócios jurídicos processuais. Por meio deles, os litigantes têm a possibilidade de proceder alterações nos procedimentos judiciais de maneira a melhor satisfazer seus intentos.

Em que pese não seja um instituto novo no ordenamento pátrio, dado que o anterior Código de Processo Civil de 1973 também previa a possibilidade de celebração de negócios jurídicos no bojo do processo judicial, a novidade que o CPC/15 traz à lume diz respeito aos negócios processuais atípicos, ou seja, a cláusula geral consagra no artigo 190 do Código que autoriza a celebração de negócios jurídicos processuais de forma ampla, para além daqueles casos específicos previstos expressamente.

Tendo isso em vista, questiona-se se, após passados pouco mais de sete anos de vigência do CPC/15, já há base científica suficiente para se atestar a inefetividade do mencionado instituto, de modo a se reconhecer ou não a sua efetividade no Brasil. Questiona-se igualmente se o Termo de Ajustamento de Conduta pode constar cláusulas relacionadas aos negócios jurídicos processuais.

Para responder tais indagações, o presente artigo analisará as características gerais dos termos de ajustamento de conduta e dos negócios jurídicos processuais para então ponderar acerca se há ou compatibilidade entre a natureza jurídica de ambos, bem como avaliar o contexto no qual estão inseridos.

2 ASPECTOS GERAIS DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Tradicionalmente, as relações de direito público estiveram assentadas em duas premissas tidas como inarredáveis: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Com o passar do tempo, no entanto, o pensamento jurídico evoluiu e tais premissas, embora não tenham sido superadas, foram consideravelmente relativizadas.

Em relação ao postulado da supremacia do interesse público sobre o privado, sabe-se que, após os horrores da segunda guerra mundial, os ordenamentos jurídicos evoluíram de modo a contemplar novas formas de interpretação. As constituições passaram a ser encaradas como normas jurídicas obrigatórias, e não como documento meramente político desprovido de imperatividade (Sarlet, 2022). O princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser vetor de todo o ordenamento jurídico e os direitos fundamentais passaram a ter normatividade e eficácia plena (princípio da máxima efetividade).

Nestes termos, no caso de eventual antinomia entre o interesse público e o particular, nem sempre aquele vai prevalecer em detrimento

deste. Deve-se sopesar a questão através do princípio da proporcionalidade, de modo a não se restringir de forma desarrazoadamente direitos fundamentais. Pode ser que o interesse público não prevaleça se houver violação a direito fundamental do indivíduo. Assim, a premissa da supremacia do interesse público sobre o privado pode ou não se materializar no caso concreto.

Já no que tange à premissa da indisponibilidade do interesse público, sua relativização foi ainda mais evidente (Salles, 2012). Apenas a título de exemplificação, pode-se citar que: 1) a Constituição Federal de 1988 autorizou transação penal em crimes de menor potencial ofensivo; 2) em 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor trouxeram previsão de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta acerca de interesses coletivos *latu sensu* (Zanetti, Garcia, 2017); 3) a Lei 10.149/2000 trouxe previsão do acordo de leniência, hoje previsto de forma mais ampla na Lei 12.529/2011; 4) a Lei 12.846/2013 admite acordo de leniência celebrado por pessoas que praticaram atos contra a Administração Pública (Cunha, 2020); 5) a Lei 12.850/2013 admitiu o acordo de colaboração premiada; 6) a Lei 13.140/2015 regulou a autocomposição de conflitos na Administração; 7) a Lei 13.655/2018 promoveu sensíveis alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de modo a permitir a celebração de compromisso com os interessados nas matérias de direito público (Vitorelli, 2023); 8) a Lei 13.964/2019 trouxe previsão dos acordos de não persecução penal e acordos de persecução cível em improbidade administrativa.

Portanto, é cristalina a atenuação da máxima da indisponibilidade do interesse público. Dentro dessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal afirmou que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse” (RE n. 253.885-MG, 1^a T. STF, j. 04-06-02, v.u., rel. Min. Ellen Gracie, DJU, 21-06-02, Informativo STF, 273).

Por conseguinte, se a autocomposição pelo Poder Público já foi uma exótica possibilidade no ordenamento jurídico, atualmente é cada vez mais comum que os conflitos envolvendo a Administração Pública sejam solucionados pela via do consenso.

2.1 Previsão legal e natureza jurídica

Preliminarmente, faz-se importante um esclarecimento quanto à nomenclatura. “Para alguns, são termos sinônimos. Para outros, compromisso é o conteúdo do acordo. Já o termo é o documento que contém aquele ajuste” (Diniz, 2023, p. 422). Adota-se, no presente trabalho a corrente que considera ambos os termos como sinônimos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) foi a primeira norma a prever o termo de ajustamento de conduta e o fez em seu artigo 211 (Leonel, 2021). No mesmo ano, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) alterou o artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública que passou a prever a possibilidade dos órgãos públicos legitimados celebrarem compromisso de ajustamento de conduta com eficácia de título executivo extrajudicial.

Ademais, há previsões específicas sobre TACs em alguns temas. Cite-se o artigo 79-A da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) e o artigo 85 da Lei 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência). Mais proximamente, a Lei 13.655/2018 alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, em seu artigo 26, passou a autorizar, de forma mais geral, a celebração de compromisso com os interessados para eliminação de irregularidade, incerteza ou situação contenciosa relativa ao direito público.

Em relação à natureza jurídica do compromisso, há forte divergência doutrinária. A primeira corrente, representada por Carneiro (2007) e Leonel (2021), entende que o instituto não pode ser considerado transação em razão de não existir espaço negocial, imprescindível para a caracterização deste negócio típico (Andrade, 2017). Tratar-se-ia, em verdade, de submissão ou reconhecimento jurídico da pretensão por parte do causador do dano que adequará sua conduta às exigências normativas.

Para a segunda corrente, liderada por Carvalho Filho (2009a) e Mazzilli (2021), trata-se de um instituto especial que admite certa margem negocial, mas que não se confunde com uma transação propriamente dita. Nessa perspectiva, teria natureza jurídica de ato administrativo negocial, porém, unilateral.

A terceira corrente, simbolizada pelas lições de Neves (2020), Fink (2002) e Vigiliar (2002), salienta que o instituto do termo de ajustamento de conduta é uma transação propriamente dita. Nesse sentido, embora não se possa dispor do interesse público, nada impede que se celebre autocomposição relacionada a questões como modo, tempo e lugar do cumprimento da obrigação, incluindo de valores de compensação/reparação e questões processuais.

A terceira corrente foi adotada pelo Conselho Nacional do Ministério Público que atribuiu expressamente ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de negócio jurídico no artigo 1º, *caput*, da Resolução 174/2017. Este também parece ser o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que se refere ao termo de ajustamento de conduta como transação (STJ, Resp. 299.400/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, d.j. 01/06/06).

2.2 Legitimidade, objeto e extensão

O artigo 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública autoriza que os órgãos públicos legitimados possam celebrar compromisso de ajustamento de conduta, sendo que a expressão “órgãos públicos” deve ser lida como sinônimo de entes públicos abarcando, por conseguinte, os entes públicos dotados de personalidade jurídica.

Nesse sentido, são legitimados para a celebração de TACs os órgãos públicos propriamente ditos (Ministério Público, Defensoria Pública, dentre outros), as pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta (União, Estados, DF e Municípios), autarquias e fundações públicas (Arenhart; Osna; Jobim, 2022). As pessoas jurídicas de direito privado não receberam autorização legal para a celebração do compromisso.

No que concerne ao objeto, não se configura viável concessões de direito substantivo. Entretanto, é inteiramente possível estabelecer disposições referentes ao modo, tempo e lugar para o cumprimento da obrigação. Isso implica que, embora a substância do direito em pauta não possa ser flexibilizada, as condições e parâmetros para a execução da obrigação podem ser ajustados conforme acordado entre as partes envolvidas.

Nesses termos é a Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 1º O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração.

§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.

Sobre a extensão, o TAC pode ser total, referindo-se à totalidade do conflito coletivo incluindo a reparação de eventuais danos, ou parcial, hipótese em que o investigado/reu admite se voluntariar ao termo quanto à parcela do litígio. Nesse caso de compromisso parcial, o procedimento de investigação (ou o processo judicial) deve prosseguir em relação à parte do litígio em que persistir a controvérsia.

2.3 Momento e eficácia

A respeito do momento, nos termos do artigo 3º da Resolução 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, o Termo de Ajustamento de Conduta pode ser formalizado em qualquer etapa da investigação, dentro dos autos do inquérito civil ou procedimento afim, ou ainda no transcorrer da ação judicial. Este documento deve englobar obrigações claras, determinadas e prontamente passíveis de cumprimento, a menos que haja particularidades no caso. Além disso, requer a assinatura tanto do órgão público responsável quanto do compromissário.

No que concerne à eficácia, quando o compromisso é celebrado no curso de ação judicial será submetido à homologação do juiz, passando a produzir efeitos. Em relação ao TAC extrajudicial, terá eficácia desde sua assinatura, como regra. No entanto, o órgão público tomador do compromisso tem certa autonomia para regular o respectivo procedimento de homologação no âmbito interno (por exemplo o Conselho Superior do Ministério Público no âmbito estadual). Nesse caso, é possível que a regulamentação específica condicione a eficácia à homologação.

3 CARACTERÍSTICAS DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O advento do Código de Processo Civil de 2015 deixou evidente a intenção do legislador de valorizar a instituição de um modelo cooperativo do processo. Tal preocupação deu-se por conta da imperiosa necessidade de fomentar uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente às partes do processo, ante a manifesta letargia e deficiência do Poder Judiciário.

Assim, por negócio jurídico processual, Didier Jr. (2021) entende ser um “fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se reconhece ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento”.

Por sua vez, Reale (2004) declara que o “negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade,

implica a declaração expressa de vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico”.

Depreende-se, desta forma, que o negócio jurídico processual é resultado do vislumbre da autonomia privada, bem como da autorregulação de interesses, o que provoca a liberdade para optar por determinada situação jurídica processual, respeitando-se a todo momento os limites impostos na própria legislação, que, no geral, permite aos litigantes alterações de questões relacionadas a direitos disponíveis e quando estes forem capazes.

Corrobora com o entendimento, Nogueira (2001) ao dispor que o negócio jurídico processual é:

O fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.

Prosseguindo-se com o presente estudo, oportuno apresentar as espécies de negócios jurídicos processuais. A doutrina, em geral, enuncia que os negócios jurídicos processuais unilaterais são aqueles que se efetuam por meio da manifestação de vontade de apenas uma das partes, a exemplo da desistência e a renúncia ao prazo (art. 225, CPC/15).

Há que se falar também dos negócios jurídicos processuais bilaterais, quais sejam, aqueles em que a vontade é manifestada por ambas as partes, através de um acordo de vontades dos litigantes, como pode ser vislumbrado quando da eleição negocial do foro (art. 63, CPC/15), ou mesmo da suspensão convencional do andamento do processo (art. 313, II, CPC/15).

Cumpre expor, no mesmo sentido, que os negócios jurídicos processuais plurilaterais, que são constituídos mediante o pronunciamento de mais de dois indivíduos, quando, por exemplo, celebra-se acordo de vontade entre as partes e o juiz. Há quem subdivida os negócios jurídicos processuais plurilaterais em típicos e atípicos.

Os negócios jurídicos processuais plurilaterais típicos estão expressamente contidos no CPC/15, a exemplo da organização compartilhada do processo (art. 357, § 3º, CPC) e o calendário processual (art. 191, CPC). Ao contrário, têm-se os atípicos, como o acordo para realização de sustentação oral, o acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, o julgamento antecipado do mérito convencional, as convenções sobre prova ou sobre hipóteses atípicas de intervenção de terceiros.

Interessante o que ensina Didier Jr. (2021) a respeito da classificação dos negócios jurídicos processuais. Segundo o autor, existem ainda os negócios expressos, dando como exemplo o foro de eleição, e os negócios tácitos, apresentando o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária, o consentimento tácito para a sucessão processual voluntária (art. 109, § 1º, CPC), a recusa tácita à proposta de autocomposição formulada pela outra parte (art. 154, par. ún., CPC) como exemplos.

Segue o autor, ainda, tecendo considerações no que toca aos negócios tácitos. De acordo com o autor, tais tipos de negócios podem ser provenientes de comportamentos comissivos ou omissivos.

Por fim, notável a observação do mencionado autor ao dissertar sobre os negócios jurídicos processuais que dependam de homologação por parte do juiz. A respeito do tema, elucida ele que:

A necessidade de homologação judicial não descaracteriza o ato como negócio, assim como não deixa de ser negócio jurídico o acordo de divórcio em que há filhos incapazes, apenas porque se submete à homologação judicial. A autonomia privada pode ser mais ou menos regulada, mais ou menos submetida a controle, mas isso não desnatura o ato como negócio. Todo efeito jurídico é, obviamente, consequência da incidência de uma norma sobre um fato jurídico; ora a lei confere à autonomia privada mais liberdade para a produção de eficácia jurídica, ora essa liberdade é mais restrita (Didier Jr., 2021).

Desse modo, resta claro que a possibilidade de celebrar o negócio jurídico processual perfaz o incentivo à colaboração processual entre os litigantes, dando-se mais racionalidade e efetividade, trazendo-se resultados significativos ao processo.

3.1 Cláusula geral

Conforme já fora mencionado, a existência da possibilidade de serem realizados negócios jurídicos processuais não é nenhuma novidade no direito processual civil pátrio. Entretanto, o CPC/73 apenas encartava probabilidades específicas, ou seja, negócios jurídicos processuais típicos.

Nesta senda, alterando o que era vigente, o CPC/15 apresentou uma nova possibilidade ao expor em seu texto a cláusula geral de

negociação sobre o processo. Assim, o art. 190 do Código em comento ensina que as partes, caso sejam plenamente capazes, estão permitidas a estipularem alterações no procedimento, isso se a causa em questão versar sobre direitos que admitam autocomposição. Nesse sentido, os litigantes poderão, então, ajustar o processo às especificidades da causa e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Logo, da leitura do *caput* do art. 190 deduz-se o subprincípio da atipicidade da negociação processual, conforme sustenta Didier Jr. (2023), dado que “serve à concretização do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo”.

De fato, o CPC/15, ao permitir a celebração de negócios jurídicos atípicos, promoveu verdadeira mudança de paradigmas no direito processual brasileiro. A flexibilização dos procedimentos restou fortalecida, de sorte que poderão ser adequados às peculiaridades do caso em concreto.

Nesse sentido, Macêdo e Peixoto (2015) aduz que:

Com efeito, quando a celebração do negócio jurídico estiver nos limites do propósito do Estado, que é resolver conflitos e afirmar o ordenamento jurídico, e for desejado e pactuado de forma livre pelos sujeitos parciais, a sua realização, ao contrário de confrontar o devido processo legal, é medida que o afirma e, mais do que isso, leva a um regime de colaboração entre os sujeitos processuais que reforça verdadeira corresponsabilidade no processo.

Oportuno destacar que a negociação processual deve sempre observar os princípios da boa-fé e da cooperação processual, não importando estar-se diante de negócio jurídico processual típico ou negócio jurídico processual atípico.

3.2 Objeto do negócio jurídico processual

Repisa-se que o *caput* do art. 190 do CPC/15 permite que as partes do processo judicial estipulem mudanças nos procedimentos a serem adotados para ajustá-los às especificidades da lide e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Assim, pode-se observar que o negócio jurídico processual comprehende dois objetos distintos, quais sejam, as posições processuais das partes e o procedimento. Nesta senda, infere-se que tais objetos não

são dependentes entre si, sendo, portanto, autônomos, de tal sorte que eventual negócio jurídico processual poderá versar sobre ambos os objetos ou somente um deles.

Desse modo, o negócio jurídico processual pode visar alterações nos procedimentos, para melhor adequação destes ao processo. Todavia, tais modificações procedimentais não são totalmente livres, devendo ser justificadas, de maneira tal que se não for vislumbrada qualquer peculiaridade que enseje alterações procedimentais, não haverá porque celebrar acordo, ocorrendo a anulação pelo juiz.

Tanta abertura conferida às partes do processo pode gerar dúvidas a respeito de possível violação ao princípio do devido processo legal, contudo,

Não obstante esse poder das partes se contraponha aos poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública (Greco, 2008).

No que toca ao outro objeto, modificação das posições processuais das partes, cumpre consignar que de fato as partes podem negociar suas posições jurídicas, atentando-se somente para o detalhe de que o acordo não pode intencionar modificar as posições processuais do magistrado.

Isto posto, conveniente o ensinamento de Lima (2016) a qual atesta que “embora prestigiado o poder de autorregramento da vontade das partes, os limites estabelecidos nas normas, os princípios constitucionais e a filosofia do processo cooperativo, exigirão do juiz uma atuação proativa não autoritária”, a fim de que “as partes possam exercer de maneira democrática a negociação processual”. Assim, finaliza a autora dizendo que “o papel do juiz nos acordos processuais parece ser a de garantidor dos direitos fundamentais das partes para permitir que as deliberações sejam inclusivas e livres de coações”.

3.3 Requisitos do negócio jurídico processual

No que concerne aos requisitos necessários para a celebração de determinado negócio jurídico processual, cumpre frisar que não se exige a homologação judicial, de modo que o acordo em comento é plenamente eficaz, não dependendo de eventual posterior chancela do magistrado.

Outro ponto que também merece destaque diz respeito à necessidade de presença de advogado para conferir validade ao negócio jurídico processual. Assim, comprehende-se que o negócio jurídico processual, por não se tratar de um ato processual que dependa da capacidade postulatória do advogado, não irá necessitar da presença deste. Todavia, recomenda-se a orientação do referido profissional, posto tratar-se de matéria técnica, complexa para o leigo.

Isto posto, resta a análise dos requisitos para a validade de determinado negócio jurídico processual. A doutrina entende que tais tipos de negócios perpassam o plano da validade dos atos jurídicos. Dessa forma, para que seja garantida a validade, os negócios jurídicos devem ser elaborados por pessoas capazes, devem também versar sobre um objeto lícito, bem como precisam respeitar a forma prescrita ou não defesa em lei.

No que concerne à capacidade das partes, cabe dizer que os incapazes não podem realizar sozinhos negócios processuais, contudo, se for o caso de estarem adequadamente representados, não há que se falar em impedimento. Cumpre também aduzir o ensinamento de Didier Jr. (2021), o qual reflete que “não há qualquer impedimento na celebração de convenções processuais pelo Poder Público: se pode optar pela arbitragem, tanto mais poderia celebrar convenções processuais. Eventual invalidade, no caso, recairia sobre o objeto, mas não sobre a capacidade”.

Em relação ao objeto, ressalva-se que apesar do negócio jurídico processual não versar necessariamente sobre o objeto litigioso da causa, fato é que a referida negociação acerca dos procedimentos a serem tomados no decorrer do processo judicial acabam por interferir na solução do mérito da lide. Assim, “esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admite autocomposição” (Didier Jr., 2021).

Por derradeiro, verifica-se que a forma do negócio jurídico processual atípico é livre, sendo perfeitamente possível a celebração de um negócio jurídico processual escrito ou oral, tácito ou expresso e etc. Porém, em determinados casos, deve-se observar quando a lei exige uma forma de modo expresso, a exemplo do foro de eleição.

Não se pode olvidar o que leciona o parágrafo único do art. 190 do CPC/15. De acordo com a referida norma, o juiz da causa, se entender que o negócio jurídico processual foi inserido de forma abusiva em contrato de

adesão ou se ele foi celebrado quando uma das partes estava em situação de vulnerabilidade, deverá anulá-lo.

Assim sendo, caso um negócio jurídico processual não atenda aos requisitos acima analisados, repisa-se, tanto os requisitos gerais constantes no art. 104 do Código Civil, como os requisitos específicos, dispostos no art. 190, *caput*, do CPC/15, tal acordo será considerado nulo.

4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO VETOR DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL CELEBRADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Estabelecida a premissa de que direito indisponível não significa o mesmo que direito em que não se admite autocomposição, torna-se clara a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pela Administração Pública, mesmo em relação a direitos tradicionalmente considerados indisponíveis.

Contudo, surge o interesse em examinar em que extensão e de que maneira a noção de isonomia desempenha o papel de limitação e guia na celebração de negócios jurídicos processuais pelo Poder Público. Na sua atuação, é imperativo que o ente público evite criar disparidades desarrazoadas, especialmente quando motivadas por uma intenção deliberada de favorecer ou prejudicar um indivíduo específico. Este padrão ético estende-se tanto às intervenções administrativas de caráter imperativo quanto aos acordos firmados de forma consensual.

Assim, a salvaguarda da igualdade surge como um princípio norteador que permeia não apenas as ações imperativas, mas também aquelas oriundas de acordos voluntários no âmbito do Poder Público. À guisa de exemplo, seria um total contrassenso se a Administração Pública celebrasse um negócio jurídico processual abdicando do prazo em dobro numa demanda tributária em ralação a um dado contribuinte e negasse a mesma possibilidade a outro contribuinte em idêntica situação.

Acrescente-se que, a prática por parte da Administração de competências baseadas em seu poder-dever discricionário não implica uma liberdade total de ação, nem mesmo em uma amplitude de autonomia equiparável àquela desfrutada pelos particulares. A aplicação do Poder Público aos preceitos da legalidade administrativa e da equidade condicionam tal atuação.

Nesse contexto, emerge como salvaguarda do princípio da igualdade na atuação da Administração Pública o instituto do precedente, cuja

aplicação se estende igualmente ao domínio administrativo. O precedente alinha-se a um conceito fundamental de igualdade, preconizando que situações análogas devem ser tratadas de maneira equivalente.

Barreiros (2022) sustenta que:

Em sua atuação, o ente público deve abster-se de promover desigualdades desarrazoadas, tanto mais com o deliberado escopo quer de beneficiar, quer de prejudicar determinada pessoa. Nesse sentido, aparece, como instrumento garantidor do respeito ao princípio da igualdade pela Administração Pública, o instituto do precedente.

Ademais, forçosa a conclusão de que não apenas é possível que o termo de ajustamento de conduta contenha cláusulas atinentes aos negócios jurídicos processuais. Mais do que isso, a Administração Pública deve privilegiar e priorizar a celebração de negócios processuais através deste instrumento de autocomposição de litígios coletivos. Isso porque, tendo o TAC/CAC abrangência ampla e eficácia *erga omnes ou ultra partes*, garante-se que a atuação da Administração Pública, ao celebrar o termo como tomadora ou mesmo como compromissária/causadora do dano coletivo, não trate desigualmente os iguais, preservando-se o núcleo essencial do princípio da isonomia.

5 CONTEXTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Conforme já constatado, o CPC/15 apresentou em seu texto a possibilidade de se realizarem negócios jurídicos processuais atípicos, ampliando as possibilidades do instituto que já existia no Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido, a novidade fomentou amplos debates. Vários estudiosos debruçaram-se na teoria dos negócios jurídicos processuais que prometia ser uma considerável mudança de paradigma no direito processual civil brasileiro. Mudança de paradigma, pois, com a possibilidade de se estabelecerem tais negócios no bojo do processo judicial, aumentar-se-ia o poder decisório das partes, atingindo-se uma resolução do conflito de forma mais satisfatória, posto que atenderia de forma mais direta o interesse das partes.

Todavia, apesar da inovação ter animado a academia, questiona-se se, após passados pouco mais de sete anos de vigência do CPC/15, já há base

científica suficiente para se atestar a inefetividade do mencionado instituto, de modo a se reconhecer ou não a sua efetividade no Brasil. Há quem diga que tal instrumento processual obteve maior importância teórica do que prática, na medida em que muito se falou e pouco se vislumbrou na prática.

Nesse contexto, para tentar solucionar a questão posta à lume, tem que se observar que provavelmente gerou-se uma expectativa elevada. A despeito do negócio jurídico processual conferir mais notoriedade à autonomia da vontade dos litigantes, nota-se que tal ferramenta não é apta a ser utilizada em todo e qualquer processo, o que dificulta o exame de cunho empírico eventualmente realizado para se apurar a sua utilização, posto que o campo de investigação resta afetado.

A respeito, Osna (2020) corrobora dizendo que:

É que, como posto, os negócios processuais *não são* um mecanismo ótimo para todo processo e *nem sempre* assumem contornos tão extremos quanto se costuma supor. Diante disso, querer cotejá-los com o número total de disputas judicializadas pode realmente conduzir a uma percepção de fracasso. O problema, porém, residirá na própria fixação desse campo.

Além disso, cumpre aduzir que a alteração dos procedimentos judiciais, com a respectiva celebração de acordos, ainda não é uma prática constante e habitual pelas partes do processo, refletindo que a sua aplicabilidade se dá gradualmente, alterando-se progressivamente a cultura jurídica atualmente enraizada.

Ainda, outro ponto a ser levado em questão quando se debruça ao estudo da aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais diz respeito aos negócios realizados antes da formação de um processo judicial. Ocorre que tais tipos de negócio, por serem executados antes do processo, na maioria das vezes não se tornam públicos, de sorte que o aferimento de tais negociações não seja possível, inviabilizando o estudo mais preciso da utilização do instrumento em comento pela sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, depreende-se que, historicamente, as dinâmicas nas relações de direito público foram estabelecidas com base em duas premissas consideradas inarredáveis: a preponderância do interesse público

sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Contudo, ao longo do tempo, o pensamento jurídico evoluiu, e essas premissas, embora não tenham se tornado propriamente obsoletas, foram substancialmente relativizadas.

Deduz-se ainda que, apesar da divergência doutrinária, prevalece a posição no sentido de que o instituto do Termo de Ajustamento de Conduta possui natureza jurídica de transação. Sob esse prisma, embora seja vedada a disposição do interesse público, não há impedimento para a celebração de autocomposição referente a aspectos como modo, prazo e local de cumprimento da obrigação, abrangendo valores de compensação ou reparação, bem como questões processuais.

Constata-se igualmente que o CPC/15 inovou ao dispor em seu texto a cláusula geral de negociação sobre o processo, possibilitando a realização dos negócios jurídicos processuais atípicos, alargando as possibilidades que o CPC/73 compreendia.

Observou-se que o instituto em análise incentivou o fortalecimento da autonomia da vontade das partes litigantes, fomentando a democratização do processo, bem como uma solução mais satisfatória, na medida em que possibilitou uma adequação dos procedimentos às especificidades do caso concreto.

Entretanto, em que pese tenha se passado pouco mais de sete anos desde a sua instituição pelo CPC/15, verificou-se que ainda não há uma base empírica sólida para se atestar quer a efetividade, quer a inefetividade dos negócios jurídicos processuais.

Como obstáculo para tal aferimento, nota-se a constatação de que não é todo processo que admite a customização pelas partes, assim como necessita-se alterar a cultura jurídica, para que a utilização do instituto em comento seja mais difundida.

Há também o fato de que muitos acordos são realizados antes da formalização da lide processual, de modo a impossibilitar uma conferência mais fidedigna com a realidade. Nesse sentido, faz-se fundamental um empenho para que ocorra uma eficaz e justa aplicabilidade do negócio jurídico processual.

Finalmente, conclui-se que não apenas é viável a inclusão de cláusulas relativas aos negócios jurídicos processuais no Termo de Ajustamento de Conduta. Além disso, a Administração Pública deve favorecer e priorizar, sempre que possível, a celebração de negócios processuais por meio deste instrumento de autocomposição de litígios coletivos. Isso se deve ao fato de que, ao conferir ao TAC/CAC uma abrangência ampla e eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, assegura-se que a atuação da Administração Pública, ao celebrar o termo como tomadora ou mesmo como compromissária/causadora do dano coletivo, não trate de maneira desigual os indivíduos em situações semelhantes, preservando assim o núcleo essencial do princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Notas sobre a transação como contrato típico: instrumento negocial de autorregulação dos conflitos entre particulares. **Revista de Direito de Civil Contemporâneo**, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br>.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. O precedente administrativo como fator de autolimitação da discricionariedade negocial do poder público. **Civil Procedure Review**, v. 13, n. 2, 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Acesso à justiça, juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 23. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

DINIZ, Rodrigo Vaslin. **Manual de processo coletivo.** São Paulo: JusPodivm, 2023.

FINK, Daniel Roberto. Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública – 15 anos.** 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FISS, Owen. As formas de justiça. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. **O processo para solução de conflitos de interesse público.** Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In. MEDINA, José Miguel Garcia, CRUZ. Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:** estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional:** da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de processo coletivo.** 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LIMA, Hercília Maria Fonseca. **Cláusula geral de negociação processual:** um novo paradigma democrático no processo cooperativo. São Cristóvão, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista dos Tribunais online**, v. 241, n.15, mar. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 32. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo:** volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais:** análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2001.

OSNA, Gustavo. Contratualizando o processo: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, maio/ago. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PORTO, José Roberto Mello. **Manual de tutela coletiva**. São Paulo: Saraiva, 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil de interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo: APMP: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais**. Editora Thoth, 2022.

TAKAHASHI, Bruno. **Desequilíbrio de poder e conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. **Negócios jurídicos processuais e fazenda pública**. 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3).

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARE, Édis. **Ação civil pública – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

ZANETTI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.



IMPORTÂNCIA E NATUREZA JURÍDICA DA NOTÍCIA DE FATO À LUZ DA NOVA TEORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

*José Ribamar Rodrigues de Moraes Filho**
*Vanessa Nunes de Barros Sampaio***

Resumo: A Notícia de Fato é um procedimento inaugural do Ministério Público, apesar de sua simplicidade formal e não possuir natureza jurídica inquisitiva, seu estudo é imprescindível para familiarizar o operador, o exercitor do direito, bem como a sociedade em geral, acerca dos procedimentos extrajudiciais do Ministério Público. O presente estudo tem como objetivo reconhecer a importância, a natureza jurídica do procedimento extrajudicial Notícia de Fato à luz da nova teoria geral Ministério Público, especificamente, identificar as normas que regulamentam a autuação, a tramitação do referido procedimento, ressaltando-o como instrumento de racionalização de atuação do órgão. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, classificada quanto aos objetivos, como exploratória, quanto aos procedimentos, como bibliográfica, cujo método científico adotado é o dedutivo. O estudo se desenvolve a partir de análise bibliográfica, por meio do exame de artigos científicos, dissertações e textos legislativos. Conclui-se que a Notícia de Fato é um procedimento de notória relevância para a atuação extrajudicial do Ministério Público, e seu racional manejo é fundamental para a resolução de litígios sociais.

Palavras-chave: notícia de fato; Ministério Público; procedimento extrajudicial.

Abstract: The Notícia de Fato is the first procedure of the Public Prosecutor's Office, and despite its formal simplicity and not having inquisitive legal nature, the study of this procedure is essential to familiarize the operator and exerciser of

* Pós-Graduado (grau de especialista) em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal do Maranhão (2012). Graduado em História pela Universidade Federal do Maranhão (2002). Graduado em Direito pela Faculdade Tecnológica de Teresina- CET (2022) e Pós-Graduado em Ciências Jurídicas Aplicadas às Atividades do Ministério Público pelo Gran Centro Universitário. E-mail: moraisfilholp@gmail.com.

** Pós-Graduada (grau de especialista) em Direito Civil pela Faculdade das Atividades empresariais de Teresina – FAETE (2014). Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina- CEUT (2010). Professora do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia de Teresina- CET. E-mail: vanessanbm@hotmail.com.

law, as well as society in general about the extrajudicial procedures of the Public Prosecutor's Office. This study aims to recognize the importance and the legal nature of the extrajudicial procedure of the Notícia de Fato in the light of the new general theory of the Public Prosecutor's Office, and specifically, to identify the rules that regulate the registration and processing of such procedure, highlighting it as an instrument of rationalization of the agency's actions. This is a research whose scientific method is the deductive one, with an exploratory study objective and a qualitative approach. The study is developed from a bibliographical analysis through the examination of scientific articles, dissertations, and legislation. It is concluded that the Notícia de Fato is a procedure of notorious relevance for the extrajudicial performance of the Public Ministry, and its rational handling is fundamental for the resolution of social disputes.

Keywords: fact news; Public Ministry; extrajudicial procedure.

1 INTRODUÇÃO

Entre os procedimentos extrajudiciais instaurados no âmbito do Ministério Público (MP), a Notícia de Fato (NF) é o mais comum, sendo tal procedimento criado pela Resolução nº 174/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), publicada em 21 de julho de 2017. Entende-se por Notícia de Fato a demanda recepcionada pelo MP a partir do atendimento ao público e do protocolo de documentos, requerimentos ou representações efetivadas junto às unidades ou ouvidorias.

A Resolução nº 174/2017 estabelece que a Notícia de Fato deve ser apreciada no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do seu registro, sendo tal procedimento extrajudicial prorrogável uma única vez, de forma fundamentada, por até 90 (noventa) dias. Nesse lapso temporal de 120 (cento e vinte) dias, o MP deve colher informações preliminares imprescindíveis para deliberar sobre conversão em procedimento próprio, apensamento, ajuizamento de ação judicial ou arquivamento do feito.

Notícia de Fato é, portanto, um procedimento inaugural do MP e, apesar de sua simplicidade formal e de não possuir natureza jurídica inquisitiva, seu estudo é imprescindível para familiarizar o operador

e o exercitor do direito, bem como a sociedade em geral, acerca dos procedimentos extrajudiciais do órgão. Além disso, o estudo da Notícia de Fato apresenta uma importante reflexão sobre a atuação do MP à luz da nova teoria geral, pensado a partir da ideia de “MP Resolutivo”, não demandista, o qual se propõe ágil, eficiente e consensual.

E aqui, o presente estudo traz como problematização: Qual a importância e a natureza jurídica do procedimento extrajudicial Notícia de Fato à luz da nova teoria geral do Ministério Público? Diante disso, traçou-se como objetivo geral desta pesquisa reconhecer a importância e a natureza jurídica do procedimento Notícia de Fato à luz da nova teoria geral do MP e, especificamente, identificar as normas que regulamentam a autuação e tramitação do referido procedimento, ressaltando-o como instrumento de racionalização da atuação do MP.

A pesquisa, quanto à sua abordagem, é classificada como qualitativa, pois serão interpretadas ideias subjetivas dos doutrinadores e estudiosos em geral sobre o objeto do estudo. Quanto ao método, trata-se do dedutivo, já que por meio de uma premissa geral, se chega às conclusões relacionadas à temática principal, em que o problema de pesquisa (importância e natureza jurídica da Notícia de Fato) é analisado tendo como base o contexto da nova teoria geral do MP. Em relação ao objetivo do estudo, a pesquisa classifica-se como exploratória, uma vez que proporcionará uma compreensão básica para familiarizar o operador e o exercitor do direito, bem como a sociedade em geral, acerca do tema. Para a coleta de dados, o procedimento utilizado será o bibliográfico, em razão de buscas e investigações em acervo bibliográfico, tendo como fontes dissertações, artigos e normas relacionadas ao tema em questão.

Visando, então, conhecer a importância e a natureza da Notícia de Fato a partir do entendimento da doutrina e de estudiosos em geral que abordam o tema, de modo a apresentar uma visão contemporânea do problema, focada na atuação prática do órgão ministerial, estruturou-se o presente estudo em quatro capítulos: o primeiro é a introdução, como já disposto, contendo a problematização, a justificativa e o delineamento da pesquisa; o segundo abordará a Notícia de Fato com enfoque em sua evolução histórica e nos estudos sobre a temática proposta; o terceiro versará sobre a Notícia de Fato pensada à luz da nova teoria geral do MP, com vistas a explorar sua natureza e importância à luz da noção de MP Resolutivo; e, por fim, o quarto e último capítulo apresenta a conclusão.

2 NOTÍCIA DE FATO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESTUDOS

A Resolução nº 174/2017 do CNMP inseriu o procedimento extrajudicial Notícia de Fato no rol de procedimentos do MP brasileiro. Antes disso, as unidades do MP nomeavam as peças informativas iniciais com nomenclaturas diversas, apresentando pouca racionalização, como veremos adiante.

2.1 Evolução histórica

Antes da Resolução nº 174/2017 – CNMP, normativamente os documentos que chegavam às unidades do MP recebiam nomenclaturas diversas, sendo comum os rótulos “Procedimentos Informais” ou “Procedimentos clipes”. Tais documentos, apenas quando despachados e instaurados, recebiam a denominação “peças de informação” ou “Representação”. A denominação “peças de informação” foi extraída dos artigos 6º, 7º e 9º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública – LACP), conforme depreende o Manual de orientação sobre os possíveis trâmites dos procedimentos na área de interesses difusos e coletivos, produzido pelo MP de São Paulo.

A Lei nº 7.347/1985 discorre em seus artigos 6º, 7º e 9º:

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe **informações** sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão **peças** ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das **peças informativas**, fazendo-o fundamentadamente (grifo nosso).

Com base nos artigos em referência, o MP dos estados, por meio de resoluções que disciplinavam o Inquérito Civil, criou o procedimento

extrajudicial “peça de informação”, bem como o procedimento “Representação”. A peça de informação, como consta no manual supracitado, passou a se caracterizar como aquele documento distinto da Representação, cujo teor veiculava informações sobre fatos que pudessem constituir objeto de ação civil pública (art. 6º e 7º, LACP). Assim, enquanto a Representação constituía meio de provocação do MP de forma geral, a peça de informação originava-se de documento cujo teor informativo evidenciava a ocorrência de fatos que pudessem ensejar propositura de Ação Civil Pública (art. 6º, LACP).

Caracterizava-se, ainda, como peça de informação o encaminhamento de peças documentais realizado por servidores públicos, remessa de peças, por juízes e tribunais, e também de informações, por Tribunais de Contas, Poder Judiciário, Poder Legislativo e pelo próprio MP, para conhecimento e adoção de providências.

Conforme resoluções internas, a exemplo da Resolução nº 015/2007-PGJ, de 27 de novembro 2007, do MP do Estado de Mato Grosso do Sul, a peça de informação ou Representação autuada deveria tramitar por um período de 30 (trinta) dias e, após isso, o órgão de execução deveria transformá-la em inquérito civil ou procedimento de investigação preliminar, propor medida judicial cabível ou indeferir a Representação.

As denominações “peça de informação” e “procedimento de investigação preliminar” deixaram de existir no âmbito do MP com o advento da Resolução nº 174/2017 do CNMP, que passou a disciplinar no órgão a instauração e tramitação da Notícia de Fato, bem como do Procedimento Administrativo (*stricto sensu*).

A Resolução nº 174/2017 do CNMP estabelece que a Notícia de Fato é qualquer demanda direcionada aos órgãos da atividade-fim do MP para apreciação das procuradorias e promotorias de Justiça, conforme atribuições das respectivas áreas de atuação. Nesse procedimento, qualquer demanda pode ser formulada presencialmente, ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como o registro de entrada de documentos, requerimentos ou representações.

Assim, a referida resolução acabou ainda com a antiga distinção existente entre representação, peças de informação e outros documentos protocolados nas unidades do MP, dado que, após a Resolução nº 174/2017, qualquer documento recepcionado pelo órgão passou a ser instaurado como Notícia de Fato, o que garantiu maior racionalidade na instauração de procedimentos, evitando cognições desnecessárias e tornando mais eficiente e ágil a atuação das unidades de execução.

Em 2019, porém, por meio da Resolução nº 205, de 18 de dezembro de 2019, o CNMP, atento à necessidade de gerar a cultura de escuta do cidadão, assim como ampliar espaços de diálogo com os mais diversos públicos, criou a Política Nacional de Atendimento ao Pùblico no âmbito do MP brasileiro.

A referida resolução determinou às unidades do MP a estruturação dos serviços específicos de triagem, encaminhamento e atendimento ao cidadão, por meio da estratégia de multicanais de atendimento e da integração da base de dados dos sistemas informatizados e demais ferramentas de Tecnologia da Informação (TI) (art. 2º, incisos II, V). Além disso, determinou a criação e o aprimoramento de mecanismos acessíveis ao cidadão, para consulta aos andamentos e movimentações em seus pleitos (inciso XIII, art. 2º). O CNMP, no art. 8º, inciso VIII, da resolução supramencionada, estabeleceu ainda ser competência das unidades e ramos do MP brasileiro, no âmbito de suas atuações, o registro por escrito, ou por qualquer outro meio hábil, dos atendimentos ao público.

Assim, em alusão a esse comando do CNMP, algumas unidades do MP no país passaram a criar em seu protocolo de demandas a figura do “atendimento ao público”, que não seria, de imediato, registrado como Notícia de Fato, dada a necessidade de análise prévia do membro do MP para que pudesse manifestar acerca da providência a ser adotada: arquivamento, instauração como Notícia de Fato ou qualquer outro procedimento extrajudicial.

Destaca-se que a figura do “Atendimento ao Pùblico” como procedimento prévio à Notícia de Fato constante em sistema é algo ainda em construção no MP, uma vez que alguns não adotam tal proceduralidade, por entender que o registro das demandas nas unidades do MP, presencialmente ou remotamente, é autuado inicialmente como Notícia de Fato, e não como “Atendimento ao Pùblico”, visto que no Manual das Tabelas Unificadas do MP brasileiro, elaborado pelo CNMP (2015), inexiste a subcategoria classificada como “Atendimento ao Pùblico”.

No MP de São Paulo, por exemplo, quando se registra uma denúncia no portal, essa demanda já é instaurada prontamente como Notícia de Fato, e não, nesse caso, “atendimento ao público”, nos termos da Resolução nº 174/2017. O portal do MPSP chega a distinguir, inclusive, 3 (três) tipos de Notícia de Fato: Notícia de Fato Identificada, Notícia de Fato Sigilosa e Notícia de Fato Anônima (São Paulo, 2022).

A primeira, denominada “Notícia de Fato Identificada”, refere-se à notícia na qual o cidadão não se opõe a ser identificado, fornecendo nome

completo, documentos, endereço e demais informações pertinentes. A segunda, denominada “Notícia de Fato Sigilosa”, é aquela em que o cidadão até informa seus dados pessoais, porém manifesta desejo de que estes fiquem sob sigilo, a fim de que a parte denunciada não tenha conhecimento. Por último, na “Notícia de Fato Anônima”, o cidadão não informa nenhum de seus dados ao MP, apenas descreve a denúncia a ser apurada.

Sobre a denúncia anônima, o CNMP chegou a admiti-la no âmbito de sua própria atuação, por meio da Emenda Regimental nº 26/2020. Tal entendimento decorre de jurisprudência dos Tribunais Superiores, consubstanciado pelos princípios da legalidade, impensoalidade, moralidade e autotutela. A denúncia anônima a ensejar a instauração de procedimento deve apresentar indícios de veracidade e procedência, entretanto a apuração dos fatos não deve depender exclusivamente dela, sendo necessário que se verifique, mediante prévia apuração, se a denúncia é verossímil ou não.

Além do MP de São Paulo, o MP de Goiás também admite a Notícia de Fato Anônima, porém, em seu site, o órgão esclarece previamente que, em caso de denúncia falsa pelo comunicante, este poderá ser incursa nos crimes de denuncia caluniosa e/ou comunicação falsa de crime ou de contravenção, nos termos dos artigos 339 e 340 do Código Penal. Além disso, a denúncia anônima no âmbito do MP de Goiás somente é recebida presencialmente ou por via postal, remetida ao endereço da respectiva unidade do MP (Goiás, 2022).

O MP do Amapá, por sua vez, em manual elaborado em 2021, estabelece que a Notícia de Fato somente é admitida se a denúncia estiver acompanhada de elementos que permitam a imediata instauração de procedimento preliminar ou inquérito civil. Fora dessa hipótese, ela não deve ser admitida (Amapá, 2022).

O MP do Rio de Janeiro, igualmente, acolhe a Notícia de Fato Anônima, mas esclarece que a comunicação preferencial é pela Notícia de Fato Identificada, e sinaliza que, caso o cidadão opte pela modalidade anônima, tal comunicação poderá acarretar prejuízos à investigação, exigindo-se que a denúncia seja devidamente fundamentada ou acompanhada de elemento probatório mínimo (Rio de Janeiro, 2022).

Como se ver, apesar de admitir a Notícia de Fato anônima, esta modalidade não é a mais adequada, em razão das dificuldades do MP em complementar a demanda caso necessite de informações dos denunciantes para impulsionar o feito, ou comunicá-los acerca de possível decisão de arquivamento, o que permitiria o manejamento de recursos, caso necessário.

2.2 Estudos da Notícia de Fato

Em busca de estudos sobre a Notícia de Fato, foi realizada uma consulta sobre o tema na base de dados da Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações – BDTB, a partir da inserção das palavras-chave: “Ministério Público”, “Notícia de Fato” e “Procedimento Extrajudicial”. Nessa busca, foram encontrados poucos estudos que se aproximam do tema proposto. Um deles foi a dissertação “As funções extrajudiciais do Ministério Público: natureza jurídica, discricionariedade e limites”, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (2011), e a dissertação “Ministério Público: instrumentos extrajudiciais e a implementação de políticas pública”, de Nicole Gonzalez Colombo Arnold (2012).

A dissertação de Ribeiro (2011) traz uma análise sobre a ideia de MP Resolutivo, entendimento que se alinha ao presente estudo, por explorar o viés consensual do MP, a partir do qual estudaremos a Notícia de Fato. Já a contribuição de Arnold (2012) reside na discussão acerca da classificação dos instrumentos extraprocessuais de tutela coletiva, proposta por Alexandre Amaral Gavronski, o qual os nominou como técnicas extraprocessuais, colocadas à disposição dos legitimados coletivos. Gavronski (2010 *apud* Arnold, 2012) distingue técnicas extraprocessuais de informação de técnicas extraprocessuais de criação e concretização dos direitos e interesses coletivos.

De posse dessa classificação, audaciosamente, incluímos a Notícia de Fato como “técnica extraprocessoal de informação”, ao lado do inquérito civil e de procedimentos correlatos, por servir como instrumento de coleta de informações iniciais para auxiliar na atuação do legitimado coletivo (MP), indicando não a responsabilidade pela lesão ou ameaça, como propõe o inquérito civil, mas o caminho a ser percorrido pelo MP na escolha do instrumento adequado e, por consequência, a delimitação das responsabilidades, a apuração dos fatos e a apresentação da demanda ao Judiciário.

A Notícia de Fato não se constituiria como técnica de concretização e criação do direito, pois, segundo Gavronski (2010 *apud* Arnold, 2012), nela estariam incluídos apenas a recomendação, o compromisso de ajustamento de conduta e o acordo coletivo tomado pelos legitimados.

Além das dissertações acima, encontradas na base de dados da BDTB, fez-se necessário ampliar a pesquisa devido à escassez de outros estudos sobre o tema nessa mesma base de dados, e assim, por meio de mecanismo de pesquisa em sites, foi encontrado o artigo intitulado

“Ministério Público Resolutivo e um Novo Perfil na Solução Extrajudicial de Conflitos: Lineamentos Sobre a Nova Dinâmica”, publicado na “Revista Justitia”, do MP de São Paulo, de autoria do Promotor de Justiça do Estado do Amazonas, João Gaspar Rodrigues (2015), o qual apresenta uma riquíssima abordagem sobre a nova teoria geral do MP, também chamada de MP Resolutivo. Tal estudo, assim como o de Ribeiro (2011), se alinha ao objetivo desta pesquisa.

Por fim, dá-se destaque também ao artigo “Notícia de Fato e a racionalização da atividade sociomediadora (extrajudicial) do Ministério Público”, publicado na Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do MP do Estado do Rio Grande do Norte, de autoria do Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Marcus Aurélio de Freitas Barros (2018). Tal estudo se mostrou pertinente para a compreensão atual acerca da Notícia de Fato como procedimento extrajudicial do MP, sendo o mais próximo do tema em foco.

Em sua pesquisa, Barros (2018) enfatiza o notável espaço alcançado pelo MP com a Constituição de 1988 na tutela dos direitos fundamentais, e, em razão disso, o inegável interesse dos atores jurídicos e sociais em conhecer melhor a atuação do órgão.

A proatividade extrajudicial do MP ganhou reforço com as modificações propostas pelo Código de Processo Civil/2015 (Art. 3º §§2º e 3). O Código fixou no artigo supra o imperativo de que o Estado, sempre que possível, deve buscar adotar soluções que evitem o sistema judiciário, que busquem solucionar conflitos de forma consensual, e esse intento recai sobre todos que compõem o sistema de justiça, não apenas o judiciário, mas a advocacia, a defensoria pública e, claro, o Ministério Público. E é nesse contexto, diante da robustez da atuação extraprocessual do MP, que se dá a crescente preocupação dos estudiosos não apenas no que se refere aos instrumentos extraprocessuais, mas também aos procedimentos extrajudiciais do MP.

Assim, a atuação extraprocessual, também chamada “sociomediadora” por Goulart (2013 *apud* Barros, 2018, p. 2), ganhou bastante força nos últimos anos, de forma que o MP passou a imprimir uma preocupação maior em racionalizar seus procedimentos. Essa racionalização é perceptível ante o quantitativo de normas aprovadas pelo CNMP, no sentido de orientar a atuação extrajudicial do MP, com a criação de condições para que o cidadão acompanhasse o trabalho do órgão e, inclusive, propusesse recursos em caso de insatisfação de demandas protocoladas.

Por fim, assinala-se que o trabalho de Barros (2018) tem por escopo pensar em que medida a Notícia de Fato pode servir como instrumento de racionalização da atuação extraprocessual do MP brasileiro, o que enriquece seu estudo, que tem como preocupação precípua analisar a importância e a natureza jurídica da Notícia de Fato. O autor, ao pensar a Notícia de Fato, sustenta que esta não possui natureza investigatória, o que ajuda a compreender sua natureza jurídica, que é uma preocupação da nossa pesquisa.

3 NOTÍCIA DE FATO E A NOÇÃO DE MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

A nova teoria geral do MP é alicerçada na concepção de MP Resolutivo, entendido como uma nova postura adotada pelo órgão frente às demandas sociais. A costura dessa nova teoria é fruto da distinção que a doutrina faz entre dois modelos ou perfis de MP: um que a doutrina chama de “Demandista”, e outro denominado “Resolutivo”.

Em síntese, o modelo demandista consiste na postura adotada pelo MP em judicializar demandas em demasia, sem, contudo, realizar qualquer tentativa de resolver o conflito de forma consensual, preventiva. Por sua vez, o modelo resolutivo é o que impõe ao MP uma postura mais preventiva, dialógica, consensual, que busca resolver impasses sem a necessidade de demandar o sistema judiciário.

3.1 Nova teoria geral do MP (Resolutivo)

O Estado, ante a morosidade e burocracia do Poder Judiciário, instrumentalizou o MP com ferramentas para impulsionar o órgão a tentar solucionar preventivamente litígios que lhes são demandados, de forma que o MP passou a se inclinar como órgão intermediador e pacificador de conflitos sociais.

Essa perspectiva resolutiva do MP, distanciado da cultura do demandismo, se alinha à atividade consensual do Estado contemporâneo, antes marcado apenas pela imperatividade, monopólio e coercitividade, sendo inadmissível, diante desse novo perfil resolutivo, conceber que membros do MP se tornem meros contumazes encaminhadores de demandas ao Poder Judiciário (Ribeiro, 2011).

Entende-se que as unidades do MP, à luz dessa nova roupagem institucional, necessitam envidar esforços para não demandar de pronto tudo o que chega ao conhecimento do órgão, devendo, na medida de suas possibilidades e estrutura, buscar meios consensuais, a fim de evitar a judicialização como primeira opção. Isso pode se dar com o uso de instrumentos próprios, como a recomendação e os Termos de Ajustamento de Condutas (TAC), firmados com base em procedimentos extrajudiciais bem estruturados em trâmite no órgão.

O atual modelo de MP resolutivo, defendido por Goulart (2013 *apud* Barros, 2018), em oposição à tese de um MP demandista, exige uma atuação institucional mais ágil e menos judicante possível, o que reforça a necessidade do manejo racional e eficiente dos instrumentos e procedimentos extrajudiciais. Por outro lado, a prevalência da atuação resolutiva não afasta a demandista, considerando que a resolutiva nem sempre se mostra suficiente para a obtenção dos resultados almejados pela instituição (Zenkner, 2016 *apud* Barros, 2018, p. 4).

De fato, é preciso reconhecer que existem situações em que o MP, por mais que envide esforços para tentar solucionar de forma extrajudicial determinados conflitos, não consegue por si só, assim a ação judicial tornase a única opção ao alcance do órgão para concretizar os fins almejados, uma vez que o modelo de MP resolutivo não anula por completo o MP demandista.

O que a nova teoria geral do MP propõe é uma maior participação do MP em busca de consensos, de modo que abandone a postura de demandar judicialmente tudo o que chega a ele sem a prévia tentativa de solucionar o litígio de forma extrajudicial.

Assim, a compreensão de um novo modelo institucional denominado MP, no dizer do Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues (2015), implica não um combate irracional ao perfil demandista da instituição, mas um fortalecimento do perfil proativo da instituição.

O MP Resolutivo não se presta a uma definição rígida de algo já concretizado, mas de uma tendência, em que passa a ser entendido como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, que atua antes mesmo que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, por meio do uso de seu poder de articulação e de mecanismos extrajudiciais, para equacioná-los, sem a necessidade de acionar ou demandar a Justiça (Rodrigues, 2015).

O MP preponderantemente demandista dependente do Judiciário, portanto é irrazoável e, ao optar por abandonar o demandismo, ele se

reveste e se concentra em instrumentos próprios, o que inclui maior atenção e racionalização de seus procedimentos internos. E, aqui, a Notícia de Fato, como técnica extraprocessual de informação a auxiliar na atuação do legitimado coletivo, é peça fundamental nesse mister.

3.2 Natureza e importância da Notícia de Fato

O MP, conforme disciplina a Constituição Federal (art. 127 a 130-A), é instituição de relevo na manutenção do Estado Democrático de Direito e dispensa divagações no sentido de se reafirmar isso, considerando o notório papel que desempenha na efetivação da tutela dos direitos fundamentais, tanto individuais quanto coletivos, em suas diferentes áreas de atuação.

O órgão comumente se depara com diferentes tipos de demanda, principalmente relacionados a litígios coletivos. Algumas delas apresentam alto nível de complexidade e de conflituosidade, o que exige do MP um padrão elevadíssimo de tecnicidade no manejo de seus procedimentos investigatórios, com vistas a garantir a resolutividade mais adequada e ágil dos conflitos, considerando o que impõe o artigo 3º, §§2º e 3º do Código de Processo Civil (CPC).

Essa postura institucional do órgão despertou o interesse dos estudiosos, principalmente em conhecer os procedimentos que racionalizam a atuação extrajudicial do MP, considerando que sua condução não técnica e irracional pode gerar apurações falhas, demasiadamente demoradas ou em inconformidade com as normas que disciplinam a instauração e tramitação desses procedimentos. Esse tipo de apuração pode, inclusive, resultar em graves danos aos investigados, principalmente à imagem das pessoas, órgãos ou empresas, e até mesmo ao próprio MP.

A Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Públco), em seu artigo 26, dispõe que o MP, no exercício de suas funções, poderá instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, e para instruí-los poderá:

Art. 26. I [...]:

- a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

- b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
- II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;
- III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
- IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso
- VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;
- V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;
- VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;
- VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;
- VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção. § 1º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Além do disposto na Lei nº 8.625/93, os procedimentos extrajudiciais do MP são regulados ainda por resoluções, a exemplo da Resolução 174/2017 do CNMP, que disciplina o Procedimento Administrativo e a Notícia de Fato. O CNMP criou, ainda, por meio da Resolução nº 63/2010, uma Tabela Unificada de Classes destinada à classificação do tipo de procedimento adotado pelo membro do MP, que visa à padronização e

uniformização das terminologias utilizadas pelas unidades obedecendo à unificação das Tabelas Nacionais do Sistema de Justiça com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A Tabela de Classes é nacional e exaustiva, não sendo possível a inclusão ou exclusão de novas classes sem a autorização do Comitê Gestor Nacional das Tabelas Unificadas (CGNTU). O Manual das Tabelas Unificadas fixou na Classe Extrajudiciais/Procedimentos do MP cinco subcategorias: Carta Precatória do Ministério Público, Inquérito Civil, Notícia de Fato, Procedimento Administrativo e Procedimento Preparatório.

O MP brasileiro recebe diariamente demandas relacionadas a diferentes áreas de atuação do órgão: Infância e Juventude, Educação, Saúde, Probidade e Patrimônio Público, Meio Ambiente, Consumidor, Proteção ao Idoso e Pessoas com deficiência, o que gera muitas demandas nas unidades, tornando difícil o trabalho célere da instituição. Essas demandas, quando chegam à unidade, são prontamente autuadas como Notícia de Fato em sistemas informatizados, os quais após o transcurso do prazo de tramitação, são convertidas em outros procedimentos extrajudiciais.

A Notícia de Fato é disciplinada pelo art. 1º da Resolução nº 174/2017 do CNMP, que conceitua o referido procedimento como aquele autuado a partir de qualquer demanda dirigida aos órgãos do MP, submetido à apreciação das Procuradorias ou Promotorias de Justiça, conforme atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulado presencialmente ou por outros meios, a exemplo dos meios virtuais, como as ouvidorias.

Assim, qualquer documento, Representação, declaração, notícia de jornal, entre outros, que chegue ao conhecimento do MP e enseje irregularidades, cujo objeto é de competência da instituição acompanhar, será tratado inicialmente como Notícia de Fato e receberá numeração própria em sistema informatizado.

A Notícia de Fato tem natureza de procedimento preliminar, de identificação de demandas; é um procedimento inaugural com o objetivo de reunir informações preliminares, elementos mínimos que possam ensejar a instauração de procedimento de natureza investigatória a cargo do MP, seja um Inquérito Civil, seja um Procedimento Administrativo.

A Notícia de Fato tem natureza de procedimento, visto que não se reveste da finalidade de aplicar sanções e, como tal, não tem como escopo a apuração de fatos que estejam em desacordo com as normas vigentes, mas tão somente o levantamento de informações preliminares e a definição dos sujeitos que serão investigados por procedimento próprio. Igualmente,

a Notícia de Fato não figura como um processo administrativo, porque não tem como escopo a aplicação de penalidades ou sanções, tampouco visa a uma decisão ou à investigação de fatos. Trata-se de um instrumento que serve como meio de avaliação prévia do MP sobre o procedimento de caráter investigativo a ser adotado, subsidiando, assim, a atuação estratégica do órgão.

No entendimento de Lauria, Barros e Queiroz (2018 *apud* Barros, 2018, p. 6), a Notícia de Fato essencialmente serve para avaliar a necessidade e/ou viabilidade de instauração de um procedimento próprio, que pode se dar por meio de ofício, requerimento ou a partir de denúncias anônimas.

A Notícia de Fato deve ser apreciada no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data de seu recebimento, podendo ser prorrogada por até 90 (noventa) dias, por uma única vez, conforme art. 3º da Resolução 174/2017 do CNMP. Essa prorrogação deve ocorrer apenas quando for necessário realizar um levantamento de elementos que auxiliem na identificação das partes, do objeto e na pertinência da investigação. Assim, caso esses elementos já estejam claros na Representação ou no documento protocolado, a unidade poderá desde logo instaurar procedimento próprio, dispensando a instauração inicial como Notícia de Fato.

O registro das notícias de fato é realizado por meio de sistemas informatizados, a exemplo do Sistema Integrado do Ministério Público (SIMP), adotado pelo MP dos estados do Maranhão, Piauí, Pará, Bahia e Mato Grosso, e do Sistema de Automação da Justiça (SAJ-MP), adotado pelo MP do Acre, Santa Catarina, Amazonas, Mato Grosso do Sul e Alagoas. O registro em sistema informatizado foi um imperativo do CNMP, consoante ao art. 2º da Resolução 174/2017, que tornou obrigatório, desde 2017, o uso de tais sistemas por parte do MP.

Destaca-se que a demanda a ser recepcionada pelo MP como Notícia de Fato, caso possua relação com algum objeto já apreciado por algum procedimento administrativo em curso, é distribuída por prevenção, apensada ao respectivo procedimento correlato.

Ao final do prazo supramencionado, conforme prevê o artigo 4º da referida Resolução do CNMP, a Notícia de Fato deverá ser arquivada quando o fato noticiado não configurar lesão ou ameaça de lesão a interesses ou direitos tutelados pelo MP, bem como se o fato já tiver sido investigado pelo MP ou resultado em ação judicial. Será arquivada, ainda, se o fato versar sobre fatos de difícil compreensão ou se o noticiante não atender a solicitações para complementar a demanda.

Ao concluir pelo arquivamento, deverá o MP cientificar os interessados, e estes terão ainda a possibilidade de aviação de recurso. A ciência da decisão de indeferimento deve ser realizada, preferencialmente, por correio eletrônico, cabendo recurso no prazo de 10 (dez) dias, sendo tal científica facultativa no caso de a Notícia de Fato ter sido encaminhada ao MP por órgão público, em face de dever de ofício. O referido recurso deverá ser protocolado na secretaria do órgão que indeferiu a instauração e juntado aos respectivos autos, que serão remetidos, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do MP para apreciação.

Caso não haja recurso do arquivamento da Notícia de Fato, esta é arquivada na própria origem, registrando-se no sistema respectivo. Note-se, ainda, que a Notícia de Fato pode ser dispensável, e não obrigatória, sendo possível a instauração imediata de outro procedimento.

O inciso II, artigo 2º da Resolução nº 189, de 18 de junho de 2018, estabeleceu ainda que a Notícia de Fato será arquivada quando a lesão ao bem jurídico tutelado for manifestamente insignificante, nos termos de jurisprudência consolidada ou orientação do Conselho Superior ou de Câmara de Coordenação e Revisão. Essa é uma posição recente do CNMP, que versa sobre a racionalização dos procedimentos extrajudiciais, a fim de evitar esforços em investigações irrelevantes, sem, no entanto, resolver o problema.

O artigo 3º da Resolução nº 189/2018 do CNMP prevê o indeferimento de instauração de Notícias de Fato diante de situações em que o fato narrado não configura lesão ou ameaça de lesão a interesses ou direitos tutelados pelo MP ou fatos incompreensíveis. Destaca, ainda, a possibilidade do arquivamento da Notícia de Fato quando seu objeto puder ser solucionado em autuação mais ampla e com maior força de resolutividade, mediante projetos, ações e programas alinhados ao Planejamento Estratégico do MP, tendo em vista o foco na concretização da unidade institucional.

O critério de afastar a Notícia de Fato ante a existência de instrumentos mais eficientes para a resolução da lide reside no fato de esse procedimento ser de natureza preliminar, o que impede o uso de meios como a Requisição ou Recomendação, considerando que esses expedientes são aplicáveis apenas em procedimentos de natureza investigatória, a exemplo do Inquérito Civil, Procedimento Preparatório e Procedimento Administrativo. A Notícia de Fato, por outro lado, trata-se apenas de um procedimento usado para a colheita de elementos mínimos para a instauração ou não de um futuro procedimento investigatório. Portanto,

durante a tramitação da Notícia de Fato, o que se aplica é a solicitação, e não a requisição (Barros, 2018).

Vale dizer que a Notícia de Fato apresenta algumas vantagens, entre elas a informalidade, já que dispensa a formalização de portaria para sua instauração, bastando um simples despacho, além do arquivamento, que é realizado na própria unidade, sem necessidade de controle interno.

A Notícia de Fato, apesar de não figurar como um procedimento inquisitivo, permite em seu bojo solicitar informações, documentos e pesquisas pela internet, imprescindíveis para deliberar sobre a instauração do procedimento próprio, consoante ao artigo 3º da Resolução nº 174/2017 do CNMP.

A Notícia de Fato, segundo Barros (2018), atua ainda como um elemento de racionalização da atuação ministerial, uma vez que serve como um filtro para evitar apurações desnecessárias, de pouca relevância, desalinhadas do planejamento estratégico institucional. Com isso, ajuda o órgão a concentrar esforços em questões complexas relacionadas à causa e não aos efeitos do problema, estando alinhada ao que impõe o parágrafo 5º, do art. 4º, da Resolução nº 174/2017 do CNMP e do acrescido pela Resolução nº 189/2018 CNMP, que estabelece a tese da possibilidade de a Notícia de Fato ser arquivada quando seu objeto puder ser solucionado em atuação mais ampla e resolutiva.

Sobre esse diagnóstico realizado pela Notícia de Fato, o mesmo autor cita o exemplo de uma situação vivenciada na cidade de Natal, capital do Estado do Rio Grande do Norte, em que o MP enfrentava um problema atinente ao volume de autuações de procedimentos extrajudiciais envolvendo a política assistencial do município, algo que foi resolvido após o representante do MP focar na causa e não nos efeitos do problema (Barros, 2018, p. 8):

[...] a grande causa da situação caótica da política pública era a ilegal forma de gestão do trabalho, uma vez que os serviços dependiam do pessoal encaminhado por uma entidade privada (chamada ATIVA), que sofreu, por grave corrupção, intervenção judicial, tendo sido proibida de encaminhar novos trabalhadores para a Secretaria Municipal de Trabalho e Assistência Social (Semtas). À época, a 21ª Promotoria de Justiça da Comarca de Natal [...], estava

assobrada de vários procedimentos acompanhando recursos humanos, recursos materiais, estrutura física, qualidade dos serviços, em relação aos Cras, Creas e demais equipamentos socioassistenciais. A partir de um planejamento estratégico, fundado em um seguro diagnóstico, foi necessário suspender vários procedimentos investigatórios em curso (inquéritos civis) e centrar esforços na resolutividade do grave problema dos recursos humanos. Em 2016, após a efetiva posse dos novos servidores concursados, a política de assistência social passou a funcionar adequadamente, sendo alvissareiros os resultados sociais da atuação ministerial. [...] o caminho mais adequado teria sido o arquivamento, no momento inicial, com fundamento no diagnóstico proveniente de estudos técnicos, de várias notícias de fato relativas a recursos materiais, qualidade do serviço etc., concentrando esforços na investigação e solução negociada, como foi o caso, da causa central do problema: a precária e ilegal gestão do trabalho no Sistema Único da Assistência Social – Suas em Natal.

No exemplo supracitado, vê-se que as notícias de fato instauradas serviram como base para a unidade estudar um meio mais eficiente e resolutivo para evitar a continuidade de autuações desnecessárias, o que reforça a importância do manejo racional da Notícia de Fato.

Assim, a Notícia de Fato é um instrumento extraprocessual que precisa ser usado de forma racional, para precipuamente reunir dados pertinentes à compreensão e definição de qual procedimento extrajudicial é o mais adequado a instaurar, bem como para evitar multiplicidade de investigações desnecessárias, que poderiam ser sanadas por um único procedimento ou instrumento extrajudicial, a exemplo do TAC e das Recomendações.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível a identificação do insuficiente quantitativo de estudos sobre o procedimento extrajudicial do MP denominado Notícia de Fato,

tema este restrito quase sempre apenas a alguns breves comentários e a pouca discussão doutrinária, com exceção de alguns artigos científicos que o abordam.

Na sequência do trabalho, observou-se que o manejo da Notícia de Fato não pode ocorrer de qualquer forma; o referido procedimento extrajudicial deve ser instaurado com vistas a buscar elementos mínimos, de modo a definir as partes, o objeto e indicar o procedimento próprio a ser instaurado. A Notícia de Fato não pode ser utilizada como um procedimento próprio para se buscar a solução dos conflitos em si, mas para apontar o procedimento que é mais apropriado para impulsionar a investigação e obter a resolução do litígio.

No que diz respeito à conversão do procedimento extrajudicial tombado como Notícia de Fato, este deve ser operacionalizado em curto espaço de tempo, no sentido de que, em regra, incorpore na prática a essência de instrumento meramente preliminar, considerando que a efetividade da atuação ministerial se concretiza em procedimentos de caráter inquisitório como o Inquérito Civil, o Procedimento Investigatório Criminal, entre outros. Neles, é cabível, de forma mais apropriada, o uso das técnicas de concretização e criação de direito, à luz do pensamento de Gavronski (2010 *apud* Arnold, 2012), tais como Audiências Públicas, Reuniões, Recomendações e TAC, à disposição do MP.

A importância da Notícia de Fato reside no fato de esse procedimento figurar como termômetro da atuação extrajudicial do MP, vez que abarca um número amplo de objetos a verificar, de situações em que a atuação do MP se faz indispensável e também de demandas não relacionadas à atividade ministerial, servindo como balize para traçar metas, estratégias e ações de atuação do órgão.

A Notícia de Fato, à luz da teoria geral do MP, atua como um procedimento indispensável para nortear a costura de um planejamento estratégico institucional seguro, mediante a apresentação de diagnóstico fidedigno da realidade social, bem como para oferecer subsídios ao membro do MP, de maneira que racionalmente concentre esforços nos reais problemas sociais, e não no contorno de situações superficiais. Além disso, destaca-se sua utilidade na identificação de possíveis cabimentos de tutela de direitos individuais homogêneos.

Essa atuação estratégica do MP em utilizar de forma racional a Notícia de Fato alinha-se à noção de MP Resolutivo, em que a instituição assume uma identidade proativa, que age – antes que situações conflituosas se tornem extremamente irremediáveis – fazendo uso de instrumentos extrajudiciais apropriados para equacionar a demanda e evitar sua judicialização.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Ministério Público. **Atuação extrajudicial.** Disponível em: <https://www.mpap.mp.br/noticia/mini-manual-de-atuacao-extrajudicial-e-lancado-pela-corregedoria-geral-do-mp-ap.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2022.

ARNOLD, Nicole Gonzalez Colombo. **Ministério Público:** instrumentos extrajudiciais e a implementação de políticas pública. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista, Franca, 2012.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Notícia de Fato e a racionalização da atividade socioediadora (extrajudicial) do Ministério Público. **Revista Eletrônica Jurídico Institucional**, Natal, ano 8, n. 12, jan./dez. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Eletrônica-Jur-Inst-MPRN_n.12.05.pdf. Acesso em: 1 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Emenda Regimental nº 26, de 11 de maio de 2020.** Brasília, DF: CNMP, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas busca/norma/7056>. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Manual das tabelas unificadas do Ministério Público.** Brasília: DF, CNMP, 2015. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Manual_das_Tabelas_Unificadas_-CNMP_v5_1.pdf. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 174/2017, de 4 de julho de 2017.** Disciplina, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação da Notícia de Fato e do Procedimento Administrativo. Brasília, DF: CNMP, [2018]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-174-1.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 189/2018, de 18 de junho de 2018.** Altera a Resolução nº 174, de 4 de julho de 2017. Brasília, DF: CNMP, [2018]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/23-07-2018/Resolucao-n-189.pdf>. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Pùblico. **Resolução nº 205/2019, de 18 de dezembro de 2019.** Dispõe sobre a Política Nacional de Atendimento ao Pùblico no âmbito do Ministério Pùblico e dá outras providências. Brasília, DF: CNMP, [2021]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-205.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Pùblico. **Resolução nº 63/2010, de 1 de dezembro de 2010.** Cria as Tabelas Unificadas do Ministério Pùblico e dá outras providências. Brasília, DF: CNMP, [2011]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-63.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da Repùblica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da Repùblica, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da Repùblica, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de janeiro de 1985. Disciplina a ação civil pùblica de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm. Acesso em: 1 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Lei Orgânica Nacional do Ministério Pùblico. Brasília: DF: Presidência da Repùblica, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 13 maio 2022.

GOIÁS. Ministério Público. **MP Cidadão - formulário de denúncia.** Disponível em: <https://www.mpg.br/denuncia>. Acesso em: 5 abr. 2022.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LAURIA, Mariano Paganini; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas; QUEIROZ, Nouraide Fernandes Rocha de. **Procedimentos extrajudiciais e instrumentos de atuação Ministério Público.** Natal: Sedis-UFRN, 2018. E-book.

MATO GROSSO DO SUL. Ministério Público. **Resolução nº 015/2007-PGJ, de 27 de novembro 2007.** Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:B1kniN90A_MJ:https://www.mpm.br/atos-e-normas/download/8816+&cd=23&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 2 abr. 2022.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **As funções extrajudiciais do Ministério Público:** natureza jurídica, discricionariedade e limites. 2011. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público. **Formulário.** Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/comunicacao/ouvidoria/formulario>. Acesso em: 5 abr. 2022.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: lineamentos sobre a nova dinâmica. **Justitia**, São Paulo, 70- 71-72 (204/205/206), jan./dez. 2013-2014-2015. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/35y8c7.pdf>. Acesso em: 4 fev. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. **Atendimento ao cidadão e à cidadã.** Disponível em: <https://sis.mppsp.mp.br/atendimentocidadao/Ouvidoria/Manifestacao/EscogerTipoDeIdentificacao>. Acesso em: 5 abr. 2022.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público. **Manual de orientação sobre os possíveis trâmites dos procedimentos na área de interesses difusos e coletivos.** Disponível em: http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/NormasProcedimentais/Cartilhaa%20%20Fluxo%20procedimentos%20difusos%20%20CSMP%20e%20CAO%3%8DVEL.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

ZENKNER, Marcelo. Corregedoria e efetividade do Ministério Público: a necessidade de revisitar a atuação demandista. **Revista Jurídica Corregedoria Nacional:** o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, Brasília, DF, v. 1, 2016.



DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL



COMBATE AO CRIME DE POLUIÇÃO SONORA PRATICADO NA UTILIZAÇÃO DE MOTOCICLETAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO DO ESPAÇO URBANO

*Cláudio Alberto Gabriel Guimarães **

*Luís Fernando C. Barreto Júnior ***

*Felipe Laurêncio de Freitas Alves ****

Resumo: O presente artigo analisa os elementos objetivos da tipificação do crime de poluição sonora, previsto no artigo 54, *caput*, da Lei 9.605/98, quando o ruído produzido é oriundo de escapamentos de motocicletas. Questiona-se, assim, qual a plausibilidade na configuração do crime de poluição sonora quando oriundo de ruídos produzidos por escapamentos de motocicletas e quais os parâmetros para configuração desse tipo penal? A hipótese orienta-se afirmativamente, vez que quando acima dos limites previstos pelos órgãos de controle de parâmetros da saúde humana e preservação do meio ambiente, há a caracterização do delito previsto no artigo 54, *caput*, da Lei 9.605/98. Partindo deste entendimento, investiga-se como o Ministério Público pode fomentar o

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Gestão de Segurança pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública - ISCPSP. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com área de concentração em Criminologia. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa com área de estudos em Teoria da Pena. Professor do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis e Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA - UNICEUMA. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. E-mail: calguimaraes@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3790-8808>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7560021977120603>.

** Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente do Ministério Público do Estado do Maranhão. Diretor de Relações Institucionais da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente - ABRAMPA.

*** Graduado no Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador do Grupo de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais – NUPECC/UFMA (DGP/CNPQ) e do Laboratório de Ciências Criminais de São Luís (IBCCRIM). E-mail: felipelaurencio@hotmail.com.

enfrentamento dessa conduta. A pesquisa é predominantemente qualitativa, pautada no método sociojurídico crítico e no modelo jurídico-científico, tendo como tipo genérico de investigação a jurídico-descritiva, constando como fontes de pesquisa para a comprovação da hipótese a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: ordenamento do espaço urbano; poluição sonora; escapamento de motocicletas; artigo 54 da Lei 9.605/98.

Abstract: This article analyzes the objective elements of the classification of the crime of noise pollution, provided for in article 54, caput, of Law 9.605/98, when the noise produced comes from motorcycle exhaust pipes. It is questioned, therefore, what is the plausibility in the configuration of the crime of noise pollution when it comes from noise produced by motorcycle exhausts and what are the parameters for configuration of this criminal type? The hypothesis is oriented in the affirmative, since when above the limits established by the control bodies of human health parameters and preservation of the environment, there is the characterization of the crime foreseen in article 54, caput, of Law 9.605/98. Based on this understanding, it is investigated how the Public Ministry can encourage the confrontation of this conduct. The research is predominantly qualitative, based on the critical socio-legal method and the legal-scientific model, with the legal-descriptive as a general type of investigation, with bibliographical and documental sources as research sources to prove the hypothesis.

Keywords: planning of urban space; noise pollution; motorcycle exhaust; article 54 of Law 9.605/98.

1 INTRODUÇÃO

É comum verificar nos centros urbanos excesso na emissão de ruídos, das mais diversas naturezas como, por exemplo, estabelecimentos comerciais utilizando caixas de som em alto volume para fazerem propaganda de seus produtos, veículos automotores com aparelhagens de som com grande potência sendo utilizados em áreas públicas, principalmente nas praias e balneários, dentre outras fontes poluidoras móveis e estáticas em desacordo com os padrões permitidos legalmente.

Em tal contexto de crescente desrespeito a direitos básicos das pessoas, como o do necessário direito ao sossego e à tranquilidade como pressuposto de gozo de uma boa saúde, é imprescindível a elaboração de estudos para desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos legais que possibilitem o enfrentamento institucional de tão grave problema.

Na Ilha de São Luís, que não é diferente das demais cidades do Estado do Maranhão, essa situação não passou despercebida pelo Ministério Público; para enfrentar tal estado de coisas, e com a finalidade (necessidade) de atuar no ordenamento do espaço urbano, foi editada a Portaria nº 10116/2020, designando Promotores de Justiça para atuarem diretamente no enfrentamento dos crimes de poluição sonora causados por veículos automotores, bares e casas de eventos¹.

Ocorre que, em havendo a necessidade de respaldar e aprimorar a atuação das Instituições aptas a atuarem na necessária fiscalização para coibição desses crimes, bem como de nortear a atuação do Ministério Público em casos similares em outras Comarcas, necessário se faz o enfrentamento de problemas ainda incipientes.

Assim sendo, com ênfase no presente trabalho nos escapamentos modificados ou substituídos de motocicletas, foram suscitados alguns questionamentos, a saber: há plausibilidade na configuração do crime de poluição sonora, previsto no artigo 54, caput, da Lei nº 9.605/98, oriundo de ruídos produzidos por escapamento de motocicletas? Em caso afirmativo qual ou quais os parâmetros para configuração desse tipo penal?

Deste modo, pode-se perceber que o objeto do presente estudo se atém à análise dos elementos objetivos da tipificação do crime de poluição sonora, previsto no artigo 54, da Lei nº 9.605/98, em seu caput, quando o ruído produzido é oriundo de escapamentos de motocicletas.

A hipótese levantada nesse contexto baseou-se no entendimento de que como todo e qualquer ruído produzido por fontes potencialmente capazes de gerar poluição, os sons e ruídos oriundos de escapamentos de motocicletas, quando acima dos limites previstos pelos órgãos afetos ao controle de parâmetros para manutenção da saúde humana e preservação do meio ambiente, caracteriza o delito previsto no artigo 54, caput, da Lei nº 9605/98.

¹ Para atuação nos quatro municípios que compõem a Grande Ilha, foi formulada uma ação conjunta entre o Ministério Público do Estado, a partir das Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e das Promotorias de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial, com apoio e participação da Polícia Civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar, Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, Secretaria Municipal de Urbanismo e Habitação - SEMURH e Instituto de Criminalística do Estado do Maranhão - ICRIM, batizada de “Operação Harpócrates”, cuja atividade de apreensão de sons automotivos e motocicletas com o escapamento modificado – adulterado ou substituído – vem coibindo a reiteração do cometimento de crimes ambientais de poluição sonora, contribuindo para a organização do espaço público na Cidade.

O embasamento normativo está alicerçado na conjugação da Lei nº 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, Resolução CONAMA 01/90, que dispõe sobre critérios para emissão de ruídos, a NBR 10.151, que trata da medição e avaliação sonora dos níveis de pressão em áreas habitadas e, especificamente, a Resolução CONAMA 418/09, que dispõe sobre os planos de controle de poluição veicular, cuja metodologia de aferição remete para a NBR 9714-2000.

A construção de todo o raciocínio jurídico aqui exposto baseia-se, sobretudo, no entendimento estrutural de que o Ministério Público, enquanto instituição apta constitucionalmente a atuar em diversas frentes, dentre as quais, de modo imprescindível, no ordenamento do espaço urbano, deve ter um papel proativo na seara do combate à poluição sonora.

Desse modo, atuando conjuntamente com os diversos órgãos do Poder Executivo para a concretização de tal desiderato, paulatinamente deve ser construída uma cultura de resolução de problemas que exceda os limites dos gabinetes ministeriais.

Nessa linha de raciocínio, o primeiro capítulo expõe algumas experiências concretas realizadas em São Luís do Maranhão, que retratam como tem sido a atuação ministerial no alcance da ordenação urbana, assim como, indicam o marco teórico para assunção de tal postura.

Posteriormente, no capítulo seguinte discorre-se sobre quais os efeitos decorrentes da poluição sonora na saúde das pessoas, para uma melhor fundamentação sobre a necessidade de enfrentamento penal da questão ora suscitada.

Por fim, no último tópico, expõe-se, de forma detalhada, toda a fundamentação jurídica capaz de responder aos problemas acima suscitados para a elaboração dessa pesquisa.

De ver-se, pois, tratar-se aqui da elaboração de um trabalho científico, com construção teórico-doutrinária que objetiva habilitar para o enfrentamento da problemática da criminalização da poluição sonora oriunda de descargas de motocicletas, caracterizando-se, assim, como uma pesquisa jurídico-científica², desenvolvida a partir do método

² Fonseca (2009, p. 9-10) afirma que: “[...] este estilo de investigação, partindo de indagações quer apenas conceituais, quer de base empírica também, podem ser dirigidas – de acordo com as preferências do pesquisador – para a obtenção de conhecimento teórico-especulativo ou para conhecimento também de natureza teórica, mas destinado a eventual aplicação aos fatos, à realidade das relações sociais”.

sociojurídico-crítico, haja vista se constituir como um método adequado para o desenvolvimento do Direito, enquanto ciência social, cujo objeto privilegiado é o fenômeno jurídico.

Enquanto método de procedimento ou tipo genérico de investigação, as opções metodológicas³ adotadas perpassam pelo âmbito jurídico-descritivo ou jurídico-diagnóstico, optando-se pela técnica de pesquisa predominantemente qualitativa, com consulta a fontes bibliográficas e documentais, cuja síntese metodológica, acima de tudo, converge e direciona a produção do conhecimento científico para as possibilidades propositivas ínsitas à toda pesquisa realizada no campo das Ciências Sociais aplicadas⁴, haja vista que todo conhecimento se propõe ou deveria se propor a melhorar as condições de fruição da espécie humana, enquanto ser social, no espaço que habita.

2 DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ORDENAMENTO DO ESPAÇO URBANO

Em meados do século passado acentuaram-se diversas transformações sociais, entre as quais aquelas relacionadas à dinamização dos ambientes urbanos. Como resultado desse processo de urbanização, consta que os meios utilizados pelas pessoas para deslocamento de parte a outra nas cidades, que cresciam a cada momento, foram diversificados, de modo a caracterizar uma grande agitação nesses espaços⁵, tendo como um de seus efeitos colaterais a poluição sonora, mormente a veicular⁶.

Nesse contexto, o ambiente urbano, historicamente, apresenta-se como um espaço com necessidade contínua de intervenção do poder

³ Para Marques Neto (2001, p. 87): “[...] não existe um método perfeitamente adequado à investigação jurídica. Sendo o método uma função do enfoque teórico-problemático e da natureza do objeto de conhecimento, sua escolha é essencialmente variável, ficando a critério do investigador decidir sobre o emprego do instrumental metodológico que lhe pareça mais adequado. Os resultados obtidos é que indicarão, retrospectivamente, a validade ou não da metodologia utilizada”.

⁴ Para um melhor entendimento, cf. Gustin, Dias e Nicácio (2020).

⁵ Um dos mais renomados sociólogos de Chicago, Park (1967, p.12) percebia a cidade como um laboratório para a investigação da vida social. Nas suas próprias palavras “hoje, o mundo inteiro ou vive na cidade ou está a caminho da cidade; então, se estudarmos as cidades, poderemos compreender o que se passa no mundo”.

⁶ Sobre o assunto, especificamente, cf. Zajarkiewicch (2010) e Forcetto (2016).

público para sua ordenação, já que seu processo de formação foi marcado justamente pela configuração das desigualdades sociais que geram desorganização tanto física quanto social⁷ e consequente espacialização da criminalidade, incluindo-se aí os crimes ambientais.

A sociedade urbana, como um sistema, exige uma organização mínima entre as pessoas num determinado espaço, possibilitando a pacífica e equilibrada convivência pública, sem a qual jamais se poderia exercer as liberdades individuais. Ocorre que esse sistema pressupõe uma ordem pública, do contrário inviável será tal desiderato⁸.

Hodiernamente, todo esse quadro possibilita, inclusive, a apreensão de outros parâmetros para estudo da criminologia⁹, tendo em vista que o cometimento de crimes, nas cidades, constituídos em meio à sua desorganização socioespacial, como, por exemplo, a ação de poluir o ambiente, se acentuou sobremaneira nas últimas décadas, passando à pauta do dia discussões referentes à necessidade da garantia constitucional à segurança pública, que é “[...] o conjunto de processos políticos e jurídicos destinados a garantir a ordem pública na convivência de homens em sociedade¹⁰ [...]”.

Nessa senda, em São Luís, a atuação do Ministério Público no ordenamento do espaço urbano, a partir de ação conjunta entre as Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e do Controle Externo da Atividade Policial¹¹, com a parceria de órgãos da Administração

⁷ Baratta (2013) considera, assim como outros pensadores da Criminologia Crítica, que as desigualdades sociais geram a evidenciação de relações de poder desempenhadas por um grupo de indivíduos em detrimento de outro.

⁸ Assim, Moreira Neto (1988).

⁹ Sobre a temática, Guimarães (2019, p. 61) contribui, esclarecendo: “[...] que é a partir das perspectivas da Escola Criminológica de Chicago, baseada no desenvolvimento da sociologia urbana, caracterizada pelo aprofundamento da discussão sobre a conformação urbana como elemento central da desorganização social de comunidades e espaços urbanos, que foram compreendidas as interrelações entre desorganização social, desorganização urbana e criminalidade [...].”

¹⁰ Conceito extraído de Moreira Neto (1988).

¹¹ A atuação das Promotorias de Justiça do Controle Externo da Atividade Policial e do Meio Ambiente e Urbanismo do Ministério Público do Estado do Maranhão, no Município de São Luís, vêm viabilizando a resolução de diversos problemas na cidade a partir de operações cuja finalidade é a resolução de problemas públicos que refletem direta ou indiretamente na prevenção à criminalidade. Dentre as mais conhecidas, entre 2008 e 2012 realizou-se a Operação Manzuá, cujo objetivo foi a formação de uma força-tarefa para combater a desorganização urbana, ocupação irregular do espaço público e a poluição sonora; entre 2015 e 2018 foi instaurado Inquérito Civil Público para a apuração

Pública, vem construindo uma cultura de ações de uma instituição que assume no cotidiano da cidade uma identidade proativa, contribuindo preventivamente com o combate à criminalidade, a partir dos estudos desenvolvidos pela Escola de Chicago, que atribui ao desordenamento socioespacial um preponderante fator para cometimento de determinadas condutas criminosas no ambiente urbano¹².

Sabe-se que para tal desiderato há uma necessidade premente de fiscalização das ações comissivas ou omissivas dos agentes que desenvolvem atividades policiais civil ou militar, assim como daqueles que exercem poder de polícia administrativa¹³, como atribuição dada pelo Estado, haja vista que a materialização das ações referentes a assegurar a segurança pública muito se pauta na atuação desses atores.

Acredita-se que é necessária a implementação de políticas públicas de segurança que objetivem a reorganização social e dos espaços públicos

de irregularidades na concessão de licenças pelos órgãos públicos, além de possíveis omissões na fiscalização dessas autorizações para atividades comerciais e de serviços na área compreendida entre a Avenida Litorânea, a Ponta d'Areia, a Península e a Lagoa da Jansen, com a demolição de estabelecimentos irregularmente edificados em área pública. Em 2020 realizou-se investigação de supostas irregularidades na concessão de licenças pelos Órgãos Públicos, além de apurar as possíveis omissões na fiscalização dessas autorizações para atividades comerciais no estabelecimento comercial Notre Village na Lagoa da Jansen.

¹² Algumas críticas foram feitas aos estudos realizados pelos sociólogos de Chicago, no que pertine a explicação da conduta criminosa, alegando que tais estudos somente alcançavam determinados tipos de crimes, não explicando, por exemplo, a criminalidade de colarinho branco. Críticas, no nosso entendimento, insustentáveis, haja vista que em nenhum trabalho da Escola de Chicago existe qualquer menção a explicar a totalidade de motivos que levam uma pessoa a cometer delitos, sendo seus sociólogos bem claros em delimitar o objeto de seus estudos à criminalidade ligada às questões de desorganização social e urbana, assim como, apresentando sugestões de combate a mesma, somente em tal seara. Para acesso a tais críticas, de forma direta ou indireta, cf. autores ligados à Criminologia Crítica, como Santos (1984), Batista (1990), Zaffaroni (1991), Melossi (1992), Zaffaroni (1997), Pavarini (1998), Baratta (2013), Andrade (2003), Bergalli (2003), dentre outros.

¹³ Sobre o conteúdo da Resolução nº 20/2007 do CNMP, por exemplo, que regulamenta o art. 9º da LC nº 75/1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625/1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial, consta o prenúncio da necessidade de estender a perspectiva da compreensão de quais atores estariam sujeitos ao controle externo de suas atividades pelo MP, como consta no art. 1º: “[...] os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal” (grifo nosso).

degradados como forma de combate à criminalidade¹⁴, daí a necessidade de atuação fiscalizatória e de controle também das ações dos agentes públicos detentores de poder de polícia, cuja função é o ordenamento do espaço urbano, mormente em relação à fiscalização de irregularidades veiculares que possibilitem a incidência de crimes ambientais como o de poluição sonora.

Nessa linha de atuação, deve-se investir não apenas em ações reativas, mas em parcerias para o desenvolvimento de ações conjuntas entre o Ministério Público e o Poder Executivo com perspectivas preventivas no que se refere à segurança pública¹⁵.

As Promotorias de Justiça do Controle Externo da Atividade Policial e do Meio Ambiente e Urbanismo, atuantes na Ilha de São Luís, vêm buscando o consenso preventivo: colaborando com o poder público na implementação e adoção de políticas públicas de segurança; mediando as tratativas entre os agentes responsáveis para o enfrentamento de problemas em tal âmbito securitário; fiscalizando a execução dos serviços de segurança pública e, acima de tudo, o cumprimento das leis nessa seara, assim como e, consequentemente, a omissão na realização dos mesmos.

Em síntese, quando necessário, a atuação do Ministério Público deve mesclar as políticas públicas de segurança com as políticas de segurança pública, ou seja, ações de prevenção e reação devem interagir para a repressão a irregularidades que influenciam no convívio pacífico¹⁶.

¹⁴ Guimarães, Rego e Carvalho (2019, p. 114) afirmam que: “[...] a razão de tal posicionamento tem origem naquilo que defendido há muito pelos sociólogos da prestigiosa Universidade de Chicago, desde o início do século XX, quando afirmaram, de forma contundente e definitiva – conforme comprovado historicamente –, serem intrínsecas as ligações entre a desorganização social, a desorganização urbana e a criminalidade [...]”.

¹⁵ Sobre o assunto, em profundidade, cf. Guimarães (2019) que disserta sobre a importância da atuação dos órgãos públicos, mormente os municipais, na elaboração e consecução de políticas públicas de segurança para enfrentamento da desorganização social e urbana e, por esse caminho, aliado à políticas de segurança pública, enfrentar preventivamente a criminalidade.

¹⁶ No final do ano de 2020, com atuação nos quatro municípios que compõem a Grande Ilha de São Luís, foi efetivada uma ação conjunta entre o Ministério Público do Estado do Maranhão, a partir das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e Urbanismo e das Promotorias de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial, com apoio e participação da Polícia Civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar, Secretaria Municipal de Trânsito e Transportes, Instituto de Criminalística do Maranhão e Blitz Urbana, batizada de “Operação Harpócrates”, cuja atividade de apreensão de sons automotivos e motocicletas com o escapamento modificado – adulterado ou substituído – vem coibindo a reiteração do cometimento de crimes ambientais de poluição sonora, contribuindo para a organização do espaço público na Cidade.

3 DA CARACTERIZAÇÃO DA POLUIÇÃO SONORA E SEUS EFEITOS PARA A SAÚDE HUMANA

3.1 Conceito de poluição sonora

Existe, na natureza, um equilíbrio biológico entre todos os seres vivos que, em condições ideais, geram um complexo sistema de trocas no qual os organismos vivos produzem substâncias que são úteis para outros organismos e assim sucessivamente. Em tal contexto, imprescindível à vida no planeta, a poluição vai existir toda vez que resíduos (sólidos, líquidos ou gasosos) produzidos por microrganismos, forem superiores à capacidade de absorção do meio ambiente, provocando alterações na sobrevivência das espécies.

Por outro lado, fora do âmbito natural acima descrito, a poluição pode ser entendida, ainda, como qualquer alteração do equilíbrio ecológico existente provocada pelas interferências do ser humano na natureza. Assim sendo, existe um tipo de poluição que é essencialmente produzida pelo homem e está diretamente relacionada com os processos de industrialização e a consequente urbanização da humanidade.

Em tal contexto, podemos afirmar a existência de uma multiplicidade de fatores que hodiernamente podem explicar os atuais índices de poluição, assim como, uma altíssima variedade de agentes poluentes que são capazes de alterar a água, o solo, o ar e demais componentes dos ecossistemas.

Para os fins deste estudo, poluição é, portanto, uma agressão à natureza, ao meio ambiente em que o homem vive desencadeada por ele próprio.

Na esfera da poluição sonora, urge distinguir, previamente, os conceitos de som e ruído, podendo-se afirmar que som é qualquer variação de pressão (no ar, na água...) que o ouvido humano possa captar, enquanto ruído é o som ou conjunto de sons indesejáveis, desagradáveis e perturbadores. “O critério de distinção é o agente perturbador, que pode ser variável, envolvendo o fator psicológico de tolerância de cada indivíduo” (Fiorillo, 2012).

Assim, a poluição sonora vem a ser o ruído, “o som exterior não desejado ou nocivo gerado pelas atividades humanas, incluído o ruído emitido pelos meios de transporte, pelo tráfego rodado, ferroviário ou aéreo e pelos estabelecimentos de atividades industriais” (Diretiva 2002/49/CE Conselho da Europa).

Ademais, o art. 3º da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) versa que se entende como poluição qualquer degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente,

criem condições adversas às atividades sociais e econômicas e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Em síntese, a poluição sonora caracterizada como criminosa é a emissão de todo e qualquer ruído que esteja acima dos níveis permitidos pelas normas atinentes à espécie com potencialidade para causar danos à saúde humana ou ao meio ambiente, cuja fonte desencadeadora seja proveniente do próprio ser humano¹⁷.

3.2 Configuração do dano à saúde humana

Cabe ressaltar, no presente estudo, a importância desta temática, haja vista que a poluição sonora é, e continuará sendo, ainda por muito tempo, um dos mais graves problemas a ser enfrentado em nível mundial no corrente século.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), em relatório emitido no ano de 2018, a poluição sonora acima de 50 dB (decibéis) já é apta a causar danos à saúde humana, como distúrbios do sono, possíveis causadores de perturbações e disfunções imunológicas, com influência no controle central do apetite e no gasto de energia, passíveis de aumentar os níveis do hormônio de estresse¹⁸.

Ademais, ao alcançar 75 dB, a poluição sonora apresenta risco de perda auditiva se o indivíduo for exposto a ela por períodos de até oito horas diárias. Por todos esses motivos, a poluição sonora é considerada um problema de saúde pública pela OMS. Para exemplificar a relação de efeitos com o nível de decibéis, segue a tabela abaixo:

Tabela 1 – Tipos de efeitos de acordo com o nível de decibéis

| Tipos de efeitos de acordo com o nível de decibéis | |
|--|--|
| Nível sonoro | Efeitos |
| ≥50 dB(A) | Reações psíquicas |
| ≥65 dB(A) | Reações fisiológicas |
| ≥85 dB(A) | Trauma auditivo |
| ≥120 dB(A) | Lesões irreversíveis no sistema auditivo |

¹⁷ Sobre o assunto, em específico, cf. Freitas e Guerra (2019).

¹⁸ Informações disponíveis em World Health Organization (2018).

No relatório consta, ainda, que a poluição sonora ultrapassou a da água e agora ocupa o segundo lugar como fenômeno indesejável e ameaçador ao bem-estar dos seres vivos no planeta. Durante anos foi minimizada, ficando atrás da poluição do ar e da poluição da água, mas desde o ano de 2011 houve mudança nessa classificação, como aponta a Organização Mundial de Saúde.

Esses dados são corroborados pelo Relatório Ambiental de Ruído na Europa em 2020, divulgado pela Agência Europeia do Ambiente, a qual aponta que um quinto dos habitantes da União Europeia está sujeito à poluição sonora. A entidade estima que, nessa região, há 12 (doze) mil mortes prematuras devido à “exposição ao ruído ambiental”¹⁹.

No Brasil não é diferente, sendo inúmeras as mortes oriundas de problemas com poluição sonora de maneira indireta ou derivada (conflitos individuais que acabaram em morte por agressão) e direta, quando a morte ocorre lentamente em razão da própria emissão nociva de ruídos²⁰.

Percebemos, pois, que estamos diante de um problema que demanda uma solução complexa e multidisciplinar exigindo a atuação de diversos órgãos – estando nessa seara o Ministério Público e o Poder Judiciário –, bem como a implementação de políticas públicas, o que depende da ação dos governantes²¹.

No Maranhão foi editada a Lei 5.715/93, conhecida como Lei do Silêncio, que já antecipava o problema e, seguindo os padrões internacionais, disciplina, na esfera administrativa, os níveis máximos de emissão de ruídos permitidos para as mais variadas atividades, desautorizando qualquer emissão acima de 70 decibéis em zonas industriais e 55 decibéis em zonas residenciais.

Além de todos os parâmetros até aqui expostos, no Brasil foi elaborada uma dissertação de Mestrado²², cujo objeto de pesquisa foi construído para investigar a poluição sonora urbana e as influências de modificações em escapamentos de motocicletas na emissão de ruído, trazendo importantes e alarmantes dados científicos acerca dos danos à saúde humana provocados pela exposição ao ruído produzido por esses escapamentos veiculares²³.

¹⁹ European Environment Agency (2020).

²⁰ Sobre a questão: Furtado (2020); Rangel (2015); Costa (2017); Haddad e Lima (2016); Rodrigues (2019), Paganella e Gularde (2020); Silva e Lory (2020); Wentzel (2018) e Westin (2018).

²¹ Sobre o assunto, cf. Guimarães (2019).

²² Maiores detalhes em Forcetto (2016).

²³ A poluição pelo ruído é tão lesiva à saúde humana quanto qualquer outra poluição do meio ambiente, pois, como qualquer outra função do corpo humano, tanto o aparelho auditivo

Nessa senda, a Norma Brasileira ABNT NBR 10151, lastreada no princípio da capacidade de suporte, é nacionalmente utilizada para avaliação do ruído em áreas habitadas e especifica os procedimentos técnicos a serem adotados na execução de medições de níveis de pressão sonora nas referidas áreas habitadas, bem como procedimentos e limites para avaliação dos resultados em função da finalidade de uso e ocupação do solo, conforme tabela abaixo, da qual se depreende que em áreas destinadas à ocupação habitacional ou recreacional não é admitida a produção de ruídos acima de 65 decibéis, em razão da nocividade à saúde das pessoas²⁴.

Tabela 2 – Limites de níveis de pressão sonora em função dos tipos de áreas habitadas do período

| Tipos de áreas habitadas | RLAeq Limites de níveis de pressão sonora (dB) | |
|--|--|-----------------|
| | Período diurno | Período noturno |
| Área de residências rurais | 40 | 35 |
| Área estritamente residencial urbana ou de hospitais ou de escolas | 50 | 45 |
| Área mista predominantemente residencial | 55 | 50 |

precisa ser exercitado e estimulado para o seu desenvolvimento e aprimoramento, como sofrerá exaustão se for exigido por demais ou exposto a agentes que possam lesá-lo. Sobre o assunto, em profundidade, cf. Saliba (2014).

²⁴ O princípio da capacidade de suporte, que tem assento constitucional no art. 225, §1º, V, da Constituição da República, manifesta-se quando a Administração Pública estabelece padrões de qualidade ambiental que se concretizam em limites aceitáveis de emissões de partículas no meio ambiente, devendo ter em vista, necessariamente, o limite de matéria ou energia estranha que o ambiente pode suportar sem alterar suas características básicas e essenciais. Esse princípio estabelece uma presunção *iuris tantum* acerca do não suporte de determinado corpo a certo nível de poluição, cuja consequência é a transferência do ônus da prova para que o poluente demonstre o cumprimento do padrão legal ou que a sua ultrapassagem não esteja causando danos ao meio ambiente, às pessoas ou aos seus bens. Nesse sentido: Antunes (2019, p. 26), pontua: “Não à toa, o descumprimento dos limites de ruído torna automaticamente o poluidor em ameaça à saúde coletiva, porque descumpre a capacidade que o corpo humano e o meio ambiente conseguem suportar de poluição sonora. Acima desses limites, como já explicamos, o excesso de poluição recebida se interpreta em efeitos adversos à saúde, como perdas de audição e distúrbios do sono”.

| | | |
|---|----|----|
| Área mista com predominância de atividades comerciais e/ou administrativa | 60 | 55 |
| Área mista com predominância de atividades culturais, lazer e turismo | 65 | 55 |
| Área predominantemente industrial | 70 | 60 |

Embora os valores acima explicitados sejam uma fonte científica e, portanto, segura para configuração de danos à saúde humana, em razão da produção de ruídos que caracterizam a poluição sonora, a própria NBR 10151 é explícita ao determinar que tais parâmetros não se aplicam a veículos automotores, razão pela qual, uma outra norma mais específica, desta feita a Resolução CONAMA 418/09, foi editada para disciplinar a matéria quando a poluição sonora é oriunda de veículos automotores, cujo detalhamento será adiante elaborado.

4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE POLUIÇÃO SONORA QUANDO O RUÍDO PRODUZIDO É ORIUNDO DE ESCAPAMENTOS DE MOTOCICLETAS

4.1 Configuração de crime formal, de perigo abstrato do artigo 54 da Lei de Crimes Ambientais

A Lei Federal nº 9.605, de 1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, sistematizou as leis esparsas e foi editada para dispor sobre a maioria das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, tendo, em seu art. 54²⁵, a previsão de

²⁵ Consta no referido dispositivo: Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. § 2º Se o crime: I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV - dificultar ou impedir o uso público das praias; V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias

proteção não somente ao meio ambiente, mas também à saúde humana, da poluição advinda de qualquer natureza.

Ressalta-se que o *caput* possui um tipo penal aberto, causado pela definição posta na expressão “qualquer natureza”, de modo a abranger várias formas de poluição, desde a atmosférica até a sonora, de maneira que essa abrangência do tipo, embora possua cláusulas normativas de teor valorativo, é consentânea com as exigências do princípio da legalidade em sua vertente de determinação da lei penal. Assim sendo, foi vontade do legislador que a expressão “de qualquer natureza” revelasse um objeto indeterminado, compreendendo sejam quais forem as espécies e a forma de poluição (Prado, 2019).

Assim, a mera possibilidade de causar danos à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça²⁶ quanto à reprimenda do art. 54 da Lei nº 9.605 de 1998.

Ainda na seara criminal, aduz a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça que é dispensável a realização de perícia para comprovar o dano no crime do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, justamente por tratar-se de crime formal, ou seja, a comprovação do risco à saúde humana é suficiente para consumá-lo, independente do resultado naturalístico, prescindindo, portanto, de perícia técnica específica quanto ao dano²⁷.

oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena - reclusão, de um a cinco anos. § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

²⁶ Sobre o entendimento firmado a respeito do tema, entre outros, consta: RHC 62.119/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 5/2/2016; AgRg no REsp 1418795/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 18/6/2014, DJe 7/8/2014; STJ - REsp: 1580946 RS 2016/0035599-8, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 03/11/2016.

²⁷ Consta no Informativo nº 624 do Superior Tribunal de Justiça: Cinge-se a controvérsia a saber se é necessária a realização de perícia técnica para a comprovação do dano efetivo à saúde humana no que tange à caracterização de crime ambiental consubstanciado em causar poluição de qualquer natureza. Quanto ao ponto, o acórdão embargado entendeu que “o delito previsto na primeira parte do art. 54 da Lei n. 9.605/1998 exige prova do risco de dano, sendo insuficiente para configurar a conduta delitiva a mera potencialidade de dano à saúde humana”. Já para o acórdão paradigmático, “o delito previsto na primeira parte do artigo 54, da Lei n. 9.605/1998, possui natureza formal, porquanto o risco, a potencialidade de dano à saúde humana, é suficiente para configurar a conduta delitiva, não se exigindo,

Importante ressaltar o reconhecimento da configuração do crime de poluição sonora no artigo 54, *caput*, da Lei 9.605/98 a partir do voto ao artigo 59 da própria Lei de Crimes Ambientais, existindo o entendimento explícito no voto de que a poluição sonora já está contida no art. 54 do referido diploma, desde que provocada em níveis tais que prejudiquem ou possam prejudicar a saúde humana, ou no art. 42 da Lei das Contravenções Penais, se consubstanciar perturbação alheia cujos níveis não prejudiquem a saúde das pessoas²⁸.

É imperioso destacar, ainda, que o dispositivo legal salvaguarda o princípio da prevenção ambiental, consagrado no art. 225 da Constituição Federal²⁹, explicitado no Acórdão do TJ/RS, no Agravo de Instrumento nº 70045479128: “Em se tratando de poluição sonora que, além de violar o sossego público, é espécie de dano ao meio ambiente, há de preponderar o princípio da prevenção como forma de proteção à qualidade ambiental”³⁰.

Ademais, a despeito da criminalização da poluição sonora causadora de dano à saúde humana, ressalta-se que o bem jurídico “saúde pública” tem amparo constitucional expresso no art. 196 da Constituição Federal, que estabelece a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

portanto, resultado naturalístico e, consequentemente, a realização de perícia” (AgRg no REsp 1.418.795-SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellize, Rel. para acórdão Regina Helena Costa, Quinta Turma, DJe 7/8/2014). Deve prevalecer o entendimento do acórdão paradigmático e nos casos em que forem reconhecidas a autoria e a materialidade da conduta descrita no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/1998, a potencialidade de dano à saúde humana é suficiente para configuração da conduta delitiva, haja vista a natureza formal do crime, não se exigindo, portanto, a realização de perícia (EREsp 1.417.279/SC, j. 11/04/2018).

²⁸ Nesse sentido, cf. Gomes e Maciel (2015).

²⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Em tal contexto, importante frisar, em consonância com Milaré (2011, p. 183) que a Constituição de 1988 foi a primeira constituição brasileira a utilizar a expressão *meio ambiente* e adequadamente tutelar o bem jurídico ambiental, em capítulo próprio e com imposições específicas ao longo do texto constitucional.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento Nº 70045479128. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal. Julgado em 07.12.2011. Acesso em: 8 out. 2016.

4.2 Som emitido por escapamento de motocicletas

4.2.1 Da infração na esfera administrativa

Conforme até aqui exposto, a legislação brasileira tem visado coibir abusos que possam causar danos à saúde humana, abrangendo questões específicas no que se refere à poluição sonora e estabelecendo um padrão para que os veículos circulem de modo a não causar transtornos nesse quesito³¹.

Hodiernamente, tem se observado nos grandes centros urbanos a alteração no escapamento de motocicletas, se constituindo a alteração mais comum aquela que ocorre no escapamento de fábrica, com a remoção de lá de vidro ou do abafador interno ou, ainda, com a troca do escapamento original pelo escapamento esportivo, chamado popularmente de “kadron”. A Portaria nº 38/2018 do Denatran trata das modificações permitidas nos veículos, dentre as quais não consta a troca da descarga da motocicleta – seja qual for o modelo.

O certo é que as alterações feitas nas características originais da motocicleta, além de a deixarem em desacordo com o previsto por lei, prejudicam a saúde humana, devido ao aumento de ruído e, também, o meio ambiente, em razão dos gases expelidos. Explica-se: o silenciador do escapamento consiste em um item projetado para diminuir os ruídos do motor e a emissão de gases na atmosfera e tem se observado que os motociclistas furam o escapamento ou retiraram o miolo do silenciador, o que acarreta aumento significativo do ruído por este emitido, assim como a quantidade de gases – extremamente nocivos ao meio ambiente – liberados.

Atentas ao problema, as autoridades competentes editaram a Resolução nº 418/2009, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que dispõe sobre critérios para a elaboração de Planos de Controle de Poluição Veicular (PCPV) e para a implantação de Programas de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso (I/M) pelos órgãos estaduais

³¹ Exemplo disso é o art. 98 do Código de Trânsito Brasileiro, *in verbis*: Nenhum proprietário ou responsável poderá, sem prévia autorização da autoridade competente, fazer ou ordenar que sejam feitas no veículo modificações de suas características de fábrica. Parágrafo único. Os veículos e motores novos ou usados que sofrerem alterações ou conversões são obrigados a atender aos mesmos limites e exigências de emissão de poluentes e ruído previstos pelos órgãos ambientais competentes e pelo CONTRAN, cabendo à entidade executora das modificações e ao proprietário do veículo a responsabilidade pelo cumprimento das exigências.

e municipais de meio ambiente, além de determinar novos limites de emissão e procedimentos para a avaliação do estado de manutenção de veículos em uso.

A referida Resolução admite a produção de ruídos mais elevados, se comparada à NBR 10.151, vez que ao contrário das fontes estáticas, objeto da NBR 10.151, a Resolução 418/09 disciplina a produção de ruídos com a fonte poluidora em movimento³², levando, portanto, em consideração, outra dinâmica para análise do fenômeno.

Importante destacar que a Resolução nº 418/09 foi elaborada considerando que a Inspeção Veicular Ambiental, se adequadamente implementada, pode ser um instrumento eficaz para a redução das emissões de gases e partículas poluentes e ruído pela frota circulante de veículos automotores, considerando que a falta de manutenção e a manutenção incorreta dos veículos podem ser responsáveis pelo aumento da emissão de poluentes e do consumo de combustíveis; considerando a necessidade de desenvolvimento de estratégias para a redução da poluição veicular, especialmente em áreas urbanas com problemas de contaminação atmosférica e poluição sonora; e considerando a necessidade de rever, atualizar e sistematizar a legislação referente à inspeção veicular ambiental, visando ao aperfeiçoamento contínuo das políticas públicas de controle da poluição do ar por veículos automotores.

Percebe-se, pois, claramente, estar entre as preocupações da Resolução, de forma explícita e prioritária, a proteção da saúde humana, o que se torna claro e definitivo quando determina a metodologia de aferição dos ruídos produzidos pelos veículos automotores, assim como, quando explicita os níveis máximos de ruído aceitáveis a serem produzidos por motocicletas.

Assim sendo, a Resolução estabelece que para todos os veículos automotores, nacionais ou importados, os limites máximos de ruído, na condição parado, são os valores certificados e divulgados pelo fabricante que, conforme tabela anexa, ficam em média entre 75 e 90 db (decibéis). Na inexistência desta informação, são estabelecidos os limites máximos de ruído, na condição parado, constantes na tabela 6 da referida norma que, como dito, podem chegar a 99 decibéis.

³² Segundo Zajarkiewicz (2010, p. 102) “As fontes móveis podem ser conceituadas como as fontes cujo lançamento de poluentes sofre variação espacial ao longo do tempo. É o caso de veículos e aeronaves, que são fontes de poluição sonora que se locomovem. No caso das atividades aeroportuárias, pela sua natureza, as trataremos dentro deste tópico”.

Em tal contexto, poderíamos inferir que a Resolução 418/09 daria suporte para aplicação de sanções administrativas como as previstas no art. 230 do Código de Trânsito Brasileiro, em razão das alterações irregulares realizadas nas motocicletas³³.

Entretanto, ressalta-se que o art. 230, inciso XI, não exige a realização de qualquer medida técnica para a aferição de silenciador “defeituoso, deficiente ou inoperante”, tratando-se de situação facilmente constatável pelo agente de trânsito³⁴.

Ademais, também são previstas outras medidas administrativas no art. 269 do Código de Trânsito Brasileiro, desvinculadas da esfera criminal³⁵.

Dessume-se, portanto, que o § 2º do citado artigo consagra a independência das esferas cível, administrativa e penal, não sendo qualquer uma delas óbice para aplicação conjunta de sanções, e que no Código de Trânsito Brasileiro as previsões para combate à poluição

³³ Conforme dispõe o citado artigo no inciso XI, esclarece Rizzato (2013. p. 479): Não é permitido trafegar com o cano de descarga aberto, ou silenciador de motor de explosão defeituoso, deficiente ou inoperante, tendo em vista o ruído resultante em tais circunstâncias. O combustível é queimado, convertendo-se em energia que contém em força, a qual movimenta o mecanismo do motor, que, por sua vez, impulsiona o veículo. Os gases queimados nos cilindros passam ao que se chama coletor de escapamento, e daí para uma peça chamada silenciador, que explode para o ar livre, provocando a poluição ambiental. E justamente o encontro ou choque entre os gases e o ar provoca os estouros ou um barulho ensurdecedor. A função do silenciador é reduzir o ruído decorrente do choque: ‘O ruído produzido pelo choque dos gases com o ar exterior é reduzido pelo silenciador, que lhes tira a velocidade e força, gradualmente, desde a entrada até o ponto de saída para a atmosfera’. A descarga livre ou silenciador defeituoso provocam um considerável aumento de ruído, porquanto ausente o mecanismo de redução de ruídos [...].

³⁴ Alicerçada nesse entendimento está a jurisprudência brasileira: TJ-MS – AC: 08014454620168120035 MS 0801445-46.2016.8.12.0035, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 24/10/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação 29/10/2019; TJ-RS - AC: 70058808361 RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Data de Julgamento: 17/03/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/03/2014.

³⁵ Determina o aludido dispositivo: Art. 269. A autoridade de trânsito ou seus agentes, na esfera das competências estabelecidas neste Código e dentro de sua circunscrição, deverá adotar as seguintes medidas administrativas: [...] II - remoção do veículo; [...] VI - recolhimento do Certificado de Licenciamento Anual; § 1º A ordem, o consentimento, a fiscalização, as medidas administrativas e coercitivas adotadas pelas autoridades de trânsito e seus agentes terão por objetivo prioritário a proteção à vida e à incolumidade física da pessoa. § 2º As medidas administrativas previstas neste artigo não elidem a aplicação das penalidades impostas por infrações estabelecidas neste Código, possuindo caráter complementar a estas" (grifo nosso).

sonora são totalmente voltadas para as normas de conduta no trânsito, exclusivamente, em sede administrativa, já prevendo, como visto no § 1º do artigo acima, a proteção à vida e a incolumidade física da pessoa pela via de sanções administrativas, sem a necessidade de aplicação dos dispositivos que regulamentam a Resolução nº 418/09 do CONAMA, vez que, por exclusão, haja vista sua inaplicabilidade na esfera administrativa, restaria a esfera da proteção penal como finalidade da Resolução nº 418/09.

Assim sendo, claro está que os dispositivos insitos na Resolução nº 418/09 servem de regulamentação ao que previsto no art. 54 da Lei nº 9.605 de 1998, no que pertine à poluição sonora oriunda de veículos automotores, da mesma forma que a NBR 10.151 regulamenta a aplicação de referido artigo 54, referente à poluição sonora oriunda de aparelhos sonoros estáticos, conforme será explicitado no próximo tópico.

4.2.2 Da infração na esfera penal

Depreende-se, pela análise conjunta dos níveis especificados nas diretrizes da Organização Mundial de Saúde, nos limites estabelecidos pela NBR 10.151 e pela Resolução Conama 418/09 que os valores máximos permissíveis de ruído que constam nas referidas normas protegem a população dos efeitos adversos do ruído e que, quando desrespeitados, nos casos de constatação de poluição sonora, podem causar danos à saúde das pessoas em alto nível de lesividade, ultrapassando a esfera da mera perturbação do sossego.

Por essa razão, tais referenciais normativos têm sido utilizados pelos tribunais brasileiros como parâmetro quanto ao potencial lesivo à saúde humana e para a caracterização do crime de poluição sonora – que, ressalta-se, segundo entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, é crime de natureza formal e de perigo abstrato, que prescinde de laudo pericial para comprovação do dano³⁶.

³⁶ Nesse sentido os seguintes acórdãos: TJ-MT - APR: 00031414520178110003 MT, Relator: RUI RAMOS RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/05/2020, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/05/2020; TJ-PA - APR: 00008184920128140944 BELÉM, Relator: ROMULO JOSE FERREIRA NUNES, Data de Julgamento: 10/12/2019, 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Data de Publicação: 13/12/2019; TJ-PR - APL: 14932060 PR 1493206-0 (Acórdão), Relator: Laertes Ferreira Gomes, Data de Julgamento: 04/08/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1868 22/08/2016; STJ - HC: 497610 MT 2019/0067774-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Publicação: DJ 22/05/2019.

Da jurisprudência exemplificada acima, depreende-se que, no âmbito das decisões penais – que não se misturam com as decisões que abrangem questões da esfera administrativa, como bem delineado no tópico anterior – os tribunais têm decidido com base nos parâmetros estabelecidos na NBR 10.151, bem como nos parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, considerando que há crime de poluição sonora quando os ruídos ultrapassam os 55 decibéis no período diurno e 50 decibéis no período noturno.

Em razão disso, a aplicabilidade, em âmbito penal, da Resolução nº 418/2009 do Conselho Nacional do Meio Ambiente se revela clarividente, haja vista ser a norma indicada de forma expressa para a proteção ambiental direcionada para o combate à poluição sonora e de gases oriundas de veículos automotores. Ademais, como todas as normas que a antecederam e regulavam a matéria, determina os valores de ruído estabelecidos com os parâmetros da Organização Mundial de Saúde e com a NBR 10.151 – que são os que vêm sendo considerados pelos tribunais ao tratar do crime previsto no art. 54 da Lei de Crimes Ambientais.

Pontuando-se: a Resolução nº 418/2009 do Conama, em relação às especificações do Código de Trânsito Brasileiro, como as do art. 230 e do art. 269, não é necessária como parâmetro para efeitos de aplicação de multa, ou seja, para o âmbito administrativo a jurisprudência já se solidificou no sentido da desnecessidade de perícias.

Na esfera penal, por outro lado, considerando-se que o bem jurídico tutelado pelo art. 54 da Lei nº 9.605/1998 é a saúde humana, que detém dignidade constitucional e, por isso, protegido pela ameaça de aplicação de pena privativa de liberdade, necessário se faz que os parâmetros de decibéis utilizados para análise da existência do delito de poluição sonora sejam informados, de acordo com o que estabelecido pela OMS e pelo que contido na NBR 10.151 e aferidos, especificamente, de acordo com os dispositivos da Resolução nº 418/09, em especial seu anexo I, tabela 6, cuja metodologia de aferição remete para a NBR 9714-2000, para detecção da poluição sonora oriunda de veículos automotores.

Em síntese, qualquer que seja o entendimento adotado, assim como, a clara previsão normativa para fixar parâmetros precisos que determinam os limites da produção de ruídos aptos a causarem danos à saúde humana, o certo é que a emissão de ruídos produzidos por escapamentos de motocicletas, adulterados ou substituídos, são meios aptos a causarem graves e diversificados danos às pessoas e, portanto, sujeitam seus autores ao enquadramento previsto no artigo 54, caput, da Lei de Crimes Ambientais.

4.3 Do procedimento no âmbito da persecução penal

Para que a apuração do crime de poluição sonora, especificamente a produzida pelo escapamento adulterado ou substituído de motocicletas se realize a contento, é necessária a integração de órgãos da segurança pública, em uma verdadeira força-tarefa, na qual os diversos organismos públicos devem atuar em sintonia³⁷.

Organizada, então, a estrutura operacional da força-tarefa para este fim específico, com agentes de trânsito, Polícia Civil, Polícia Militar, ICRIM e Ministério Público, inicialmente é escolhido um local com elevado tráfego de motocicletas, para que então sejam realizadas as abordagens dos condutores, por meio de blitz, local no qual é realizada a verificação por percepção sensorial e, assim, primária, das condições do escapamento da motocicleta pelos agentes de trânsito.

Constatada a irregularidade e, em tese, o cometimento do crime previsto no art. 54, caput, da Lei nº 9.605/1998, regulamentado pela Resolução Conama 418/09, anexo I, tabela 6, cuja metodologia de aferição remete para a NBR 9714-2000, os conduzidos são encaminhados até a Delegacia de Polícia pela equipe policial designada para tal fim onde será lavrado o Auto de Prisão em Flagrante e arbitrada a fiança pela autoridade policial.

Como requisito imprescindível para lavratura do referido APF realiza-se, preliminarmente, a perícia do ruído emitido pelas motocicletas, exame este realizado por perito oficial do ICRIM e, após tal procedimento, constatada a prática do crime de poluição sonora, é autorizada a troca dos escapamentos adulterados por um equipamento que esteja de acordo com os parâmetros legais contidos na Resolução nº 418/09, quando, então, é realizada a restituição das motocicletas.

O equipamento em desacordo com a legislação citada fica apreendido e acompanha o Inquérito Policial e o Processo Penal, caso necessária sua instauração, até final decisão, como prova material do delito. Ressalva-se que a destinação final do equipamento se dará em cumprimento ao art. 25 da Lei nº 9.605/1998.

³⁷ No ano de 2020, entre os meses de agosto e dezembro, a Operação Harpócrates, já referida na nota 3, apreendeu 97 motocicletas irregulares, tendo sido seus condutores presos em flagrante delito e arbitrada fiança no valor de um salário-mínimo, assim como, determinada a troca do escapamento para liberação do veículo, ficando tais escapamentos irregulares vinculados ao Inquérito Policial para posterior proposta de perdimento destes e da fiança no Acordo de Não Persecução Penal – ANPP.

Após todos os procedimentos acima relatados, os autos de Inquérito Policial são remetidos para a Delegacia de Polícia com atribuição para proceder no feito e, concluído o inquérito policial, os autos serão remetidos para o Ministério Público, momento no qual o Promotor de Justiça poderá propor o acordo de não persecução penal ou, em caso de não preenchimento dos requisitos pelo indiciado, instaurar Ação Penal Pública lastreado na tipificação do crime do art. 54, caput, da Lei nº 9.605 de 1998.

Nesse aspecto, é importante notar, em específico, que a pena máxima prevista no citado artigo é de 4 (quatro) anos, e, portanto, suscetível ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). A novel legislação aduzida pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019) acresceu o art. 28-A ao Código de Processo Penal, permitindo a utilização de tal instrumento pelo Ministério Público, desde que respeitados os pressupostos do dispositivo, como ser necessária a confissão formal do crime, o acordo ser suficiente para reprovação e prevenção do delito, além de não ser caso de arquivamento, dentre outros requisitos e circunstâncias elencados no referido artigo³⁸ e

³⁸ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados

a necessária destinação de valores indenizatórios ou penas alternativas a finalidades ambientais.

Assim, tudo o que for estabelecido como reparação de dano ambiental precisa guardar relação com o que determina o art. 28 da Lei nº 9.605/1998, eis que impossível admitir que o direcionamento de valores ou serviços a qualquer entidade sem nenhuma relação com a defesa do meio ambiente e sequer instalada no local onde ocorreu o dano, possa ser considerada como reparatória de dano ambiental³⁹.

contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

³⁹ Sobre essa questão, contrariar as disposições da Lei nº 9.605/1998 e as Resoluções do CNMP e do CNJ que tratam da matéria, veja-se, in verbis: 5. As sanções de cunho alternativo, decorrentes de infrações penais previstas na Lei nº 9.605/98, devem ser revertidas, exclusivamente, em proveito dos bens e interesses que são objeto de proteção daquela norma, visando, assim, a recuperação do patrimonial ambiental lesado, ainda que o dano seja considerado irreparável. 6. Não atende aos fins colimados pela Lei nº 9.605/98, a prestação pecuniária cujos recursos sejam destinados a qualquer tipo de entidade social que não seja especificamente vocacionada a promover a proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural. 7. Apelos conhecidos. Improvido o da defesa. Provido

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De crucial importância para compreensão e enfrentamento do assunto abordado, conclui-se que o Ministério Público compatível com as atuais demandas oriundas diuturnamente das relações sociais, necessariamente, é um Ministério Público que extrapole os limites dos gabinetes e, em uma perspectiva proativa e preventiva, se disponha a enfrentar os problemas que afligem os integrantes do corpo social na prática, recusando-se a permanecer no abstrato mundo dos processos, procedimentos e ofícios, vez que os expedientes de papel, embora necessários, por vezes, protelam e agravam, ainda mais, tais demandas.

Nessa linha de pensamento, conclui-se, outrossim, que as demandas que devem ser enfrentadas pelo órgão ministerial em seu mister de ordenamento urbano como garantidor da ordem pública, em grande número, se encontram nas conexões existentes entre a desorganização social e urbana e a criminalidade, passiva de ser identificada espacialmente.

Dentro de tal compreensão, entende-se que com o desenvolvimento das cidades, em meio aos necessários avanços inerentes ao bem-estar dos cidadãos, na esfera dos transportes e acesso, a contemporaneidade trouxe demandas decorrentes do natural crescimento em tais aglomerados urbanos, sendo uma delas a poluição sonora, mormente a veicular.

Considerando que tal malefício prejudica não só o meio ambiente equilibrado, como também a saúde humana, podendo causar distúrbios físicos e mentais, como insônia e problemas auditivos, especialmente a PAIR - Perda Auditiva Induzida Por Ruído, a legislação federal, por meio da Lei nº 9.605 de 1998, sistematizou as leis esparsas para dispor sobre a maioria das sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, tendo, em seu art. 54, a previsão de proteção também à saúde humana, da poluição advinda de qualquer natureza.

Assim, dentre as inúmeras formas de poluição causada por sons e ruídos, está a poluição sonora produzida pelo escapamento adulterado de motocicletas, para a qual também há regramentos que devem ser observados, conforme Resolução nº 418/2009, do Conselho Nacional do

o do Ministério Público a fim de readequar a destinação dos recursos provenientes da prestação pecuniária, para entidade especificamente relacionada à proteção do meio ambiente (TJMA. Ap. Crim. nº018727/2017. Rel. Des. José Luiz Oliveira de Almeida. j. em 30/11/2017).

Meio Ambiente – Conama, que foi editada para dispor sobre critérios para a elaboração de Planos de Controle de Poluição Veicular - PCPV e para a implantação de Programas de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso - I/M pelos órgãos estaduais e municipais de meio ambiente, além de determinar novos limites de emissão e procedimentos para a avaliação do estado de manutenção de veículos em uso.

De suma importância, é a conclusão de que o art. 230, inciso XI, do Código Brasileiro de Trânsito, não exige a realização de qualquer medida técnica para a aferição de silenciador “defeituoso, deficiente ou inoperante”, tratando-se de situação facilmente constatável pelo agente de trânsito, razão pela qual, restaria à Resolução nº 418/09 a aplicabilidade na esfera criminal, para fontes poluentes móveis, tal qual a NBR 10.151, para fontes poluentes estáticas.

Infere-se, ademais, que além da específica previsão legal, as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais brasileiros se posicionam no sentido de que a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54 da Lei nº 9.605/1998, segundo a qual a mera possibilidade de causar danos à saúde humana é idônea a configurar o crime de poluição sonora, evidenciada sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. Desnecessária, portanto, a realização de perícia para configuração do dano à saúde humana e ao meio ambiente.

Em síntese, concluímos que, ante à clara previsão normativa que fixa parâmetros precisos que determinam os limites da produção de ruídos aptos à causarem danos à saúde humana, que a emissão de ruídos produzidos por escapamentos de motocicletas, adulterados ou substituídos, são meios aptos a causarem graves e diversificados danos à saúde das pessoas, claro está que os condutores de motocicletas que transitem com seus veículos nas condições acima nominadas estão sujeitos ao enquadramento previsto no artigo 54, *caput*, da Lei de Crimes Ambientais, regulamentado, *in casu*, pela Resolução nº 418/09, em especial seu anexo I, tabela 6, cuja metodologia de aferição remete para a NBR 9714-2000, para detecção da poluição sonora oriunda de veículos automotores.

Por fim, imperioso concluir que todo o procedimento legal deve ser estritamente observado para o combate, na esfera criminal, ao crime de poluição sonora oriundo de motocicletas, mormente, a realização da devida perícia técnica nos escapamentos dos referidos veículos, assim como, a propositura do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, caso

cabível, além dos demais procedimentos de praxe afetos ao inquérito policial e a ação penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo X cidadania mínima:** códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS - ABNT. **NBR 10151:** acústica - avaliação do ruído em áreas habitadas, visando o conforto da comunidade - procedimento. Rio de Janeiro: ABNT, 2000. Disponível em: <http://www.sema.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/NBR-10151-de-2000.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2020.

AUTORIDADES apuram briga generalizada na avenida Júlio Assis Cavalheiro. **Jornal de Beltrão**, Beltrão, 11 out. 2018. Disponível em: <https://www.jornaldebeltrao.com.br/noticia/279726/autoridades-apuram-briga-generalizada-na-avenida-julio-assis-cavalheiro>. Acesso em: 4 nov. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos:** violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 191 p.

BERGALLI, Roberto. **Sistema penal y problemas sociales.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

BRASIL. **Código de trânsito brasileiro.** 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 418, de 25 de novembro de 2009.** Brasília, 2009. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=618>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2019.

Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

COSTA, P. MPPE fará audiência pública sobre poluição sonora no sítio histórico de Olinda. **Folha de Pernambuco**, Recife, 12 abr. 2017. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/noticias/mppe-fara-audiencia-publica-sobre-poluicao-sonora-no-sitio-historico-d/24171/>. Acesso em: 4 nov. 2020.

DIRECTIVA 2002/49/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de junho de 2002 relativa à avaliação e gestão do ruído ambiente. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 18 jul. 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0049&from=en>. Acesso em: 25 jul. 2020.

ENVIRONMENT Noise Guidelines for the European Region. Copenhague: WHO Regional Office for Europe, 2018. Disponível em: <https://www.euro.who.int/en/publications/abstracts/environmental-noise-guidelines-for-the-european-region-2018>. Acesso em: 12 out. 2020.

ENVIRONMENT Noise in Europe - 2020. Luxembourg: European Environment Agency, 2020. Disponível em: https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2020/03/Environment-noise-in-europe-2020_TH-AL-20-003-EN-N.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FORCETTO, André Luiz Silva. **Poluição sonora urbana: a influência de modificações em escapamentos de motocicletas na emissão de ruído**. São Paulo, 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FREITAS, Gilberto Passos de; GUERRA, Isabella Franco. Poluição sonora: aspectos pontuais. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, n. 48, p. 185-221, mar./abr. 2019. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/48.09%20guerra_freitas.pdf?d=636970733448306078. Acesso em: 14 nov. 2020.

FURTADO, Victor. Poluição sonora termina em briga generalizada: uma criança e um guarda municipal são feridos. **O Liberal**, Belém, 8 jun. 2020. Disponível em: <https://www.oliberal.com/policia/poluicao-sonora-termina-em-briga-generalizada-uma-crianca-e-um-guarda-municipal-sao-feridos-1.274681>. Acesso em: 4 nov. 2020.

GOMES, Luís Flávio; MACIEL, Silvio. **Lei de crimes ambientais:** comentários à Lei 9.605/98. São Paulo: Método, 2015.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Gestão de segurança pública e cidades:** O papel dos municípios no combate à violência. Lisboa. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais) - Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2019.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; ARAUJO, Rosanna Lúcia Tajra Mualem. O Ministério Público e as novas perspectivas para realização de políticas públicas na área da Segurança: o caso do Conjunto Habitacional Barramar. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial**. Brasília: CNMP, 2019.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel; REGO, Davi Uruçu; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. A questão urbana e a segurança pública: possibilidades do controle externo da atividade policial no âmbito dos órgãos municipais. In: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial**. Brasília: CNMP, 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica:** teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HADDAD, R. V.; LIMA, S. Briga entre vizinhos por causa de som alto termina com um esfaqueado. **Campo Grande News**, Campo Grande, 2 jul. 2016. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/briga-entre-vizinhos-por-causa-de-som-alto-termina-com-um-esfaqueado>. Acesso em: 4 nov. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito:** conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELOSSI, Dario. **El estado de control social.** Madrid: Siglo Veintiuno, 1992.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente:** a gestão ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública: uma análise sistêmica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, p. 133-154, jan./mar. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181828>. Acesso em: 10 out. 2020.

PAGANELLA, E.; GULARTE, J. Discussão por música alta termina com homem morto em Porto Alegre. Gaúcha ZH, Porto Alegre, 17 maio 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2020/05/discussao-por-musica-alta-termina-com-homem-morto-em-porto-alegre-ckaawyank0002015n7f15xyk7.html>. Acesso em: 4 nov. 2020.

PARK, Robert Ezra. **On social control and collective behavior.** Chicago: University of Chicago Press, 1967.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación.** Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. 6. ed. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1998.

PRADO, Luís Régis. **Direito penal do ambiente:** crimes ambientais (Lei 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RANGEL, T. Poluição sonora resulta em mais de 100 multas e até homicídio na Paraíba. **G1 PB**, João Pessoa, 11 mar. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/03/poluicao-sonora-resulta-em-mais-de-100-multas-e-ate-homicidio-na-paraiba.html>. Acesso em: 4 nov. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUES, A. K. Vídeo: homem mata vizinho após briga por barulho no entorno do DF. **Metrópoles**, Brasília, 30 dez. 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/distrito-federal/entorno/video-homem-mata-vizinho-apos-briga-por-barulho-no-entorno-do-df>. Acesso em: 4 nov. 2020.

SALIBA, Messias. **Manual prático de avaliação e controle do ruído.** São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **As raízes do crime:** um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SILVA, I. M.; LORY, G. Poluição sonora afeta saúde de um quinto dos europeus. **Euro News**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em: <https://pt.euronews.com/2020/03/05/poluicao-sonora-afeta-saude-de-um-quinto-dos-europeus>. Acesso em: 4 nov. 2020.

SOM alto inferniza moradores de dourados. **Dourados Agora**, Dourados. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/dourados/som-alto-inferniza-moradores-de-dourados>. Acesso em: 4 nov. 2020.

WENTZEL, M. Como a poluição sonora influencia até na obesidade. **BBC News Brasil**, Basileia, 4 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-46040219>.

Acesso em: 4 nov. 2020.

WESTIN, R. Poluição sonora prejudica a saúde e preocupa especialistas. **Senado Notícias**, Brasília, 29 maio 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/poluicao-sonora-prejudica-a-saude-e-preocupa-especialistas/poluicao-sonora-prejudica-a-saude-e-preocupa-especialistas>. Acesso em: 4 nov. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El sistema penal em los países de América latina. In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (org.). **Sistema penal para o terceiro milênio:** atos do colóquio Marc Ancel. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 221-236.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana. **Discursos sediciosos:** crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 25-36, 2. Sem. 1997.

ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. **Poluição sonora urbana:** principais fontes. Aspectos jurídicos e técnicos. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direitos das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE E ENFRENTAMENTO ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DO TIPO VIOLENTO

Sérgio Alves Pereira *
Cássius Guimarães Chai **

Resumo: O presente artigo, à luz dos direitos humanos e fundamentais, tem como tema central identificar as ações, tanto as de campo como as concebidas em seus programas de segurança pública, de enfrentamento e combate às Organizações criminosas do tipo violento, adotadas pelo Estado e sua compatibilidade com os direitos e garantias fundamentais, diante uma crescente necessidade de conter o avanço da criminalidade, principalmente nas cidades mais populosas, onde é mais frequente a existência de comunidades vulneráveis.

Palavras-chave: crime; defesa; direitos; segurança; social.

Abstract: The main theme of this article is to identify the actions, both in the field and those conceived in its public security programs, to confront and combat criminal organizations of the violent type, adopted by the State, and its compatibility with fundamental rights and guarantees, in the face of a growing need to contain the advance of crime, especially in the most populous cities, where vulnerable communities are more frequent.

Keywords: crime; defense; rights; safety; social.

* Promotor de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. E-mail: soalvespereira@gmail.com.

** Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Faculdade de Direito de Vitória (PPGD/ FDV), Espírito Santo, Brasil. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Beijing College of Criminal Law visiting researcher and lecturer - Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UFMG (Cardozo School of Law). Mestre e Doutor pela Universidade do Porto (POR). Pós-Doutor. Editor Revista Diálogos Críticos e KoAn Books (Prefixo DOI. 10.55658). ORCID 0000-0001-5893-3901. E-mail: cassiuschai@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi desenvolvida junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Vitória (PGD/FDV), na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa Sistema de Justiça e Concretização dos Direitos Fundamentais. Tem como problema analisar a política pública de Defesa Social atualmente adotada no Estado brasileiro orientada por princípios extremamente punitivista dentro do modelo criminológico tradicional vigente no sistema penal brasileiro.

O marco teórico adotado repousa em saberes criminológicos e saberes jurídico-penais extraídos da teoria da política criminal chamada Nova Defesa Social, de Marc Ancel, fundamentada em uma política criminal humanista, na busca de um Direito Penal de caráter preventivo e protetor da dignidade humana.

Conforme dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no ano de 2020, no Brasil o número de homicídios dolosos alcançou a marca de 38.564 (trinta e oito mil, quinhentos e sessenta e quatro) vítimas. Uma taxa de 18,21 homicídios para cada cem mil habitantes. Grande parte desses homicídios decorre dos constantes conflitos armados entre facções criminosas que atuam no tráfico de drogas.

O domínio territorial sobre regiões com grande densidade demográfica e vulneráveis das grandes cidades representa maior capacidade econômica da Organização Criminosa. Por conseguinte, maior potencial bélico e recrutamento de pessoas. O aprofundamento no tema, torna-se pauta na construção de propostas efetivas na atual crise do sistema de Defesa Social.

O crescimento dessas organizações criminosas no Brasil é notório, basta acompanhar os noticiários que visualizaremos esse avanço exponencial da criminalidade. O Estado brasileiro tem se empenhado com suas forças de segurança no enfrentamento diário da criminalidade. Por que então as ações empreendidas não têm alcançado os resultados desejados? Nas seções subsequentes, analisaremos os fatores que vêm contribuindo para este insucesso, para, ao final, propor medidas que possam superar a dificuldade.

As autoridades especializadas no assunto insistem em explicar essa explosão criminosa no Brasil, pelo viés de falta de investimentos na estrutura de repressão, ou seja, nas forças policiais e pela fragilidade

do sistema legislativo penal. Mas o que temos experimentado na prática não confirma, por completo, tais fundamentos, pois, mesmo em regiões em que o Estado tem se esforçado para atender a essas questões, tem-se o crescimento dessas organizações criminosas.

Dessa forma, a pesquisa tem como tema central identificar estratégias de enfrentamento e combate às organizações criminosas do tipo violento, adotadas pelo Estado brasileiro, bem como refletir sobre os resultados alcançados e sua compatibilidade com os direitos e garantias fundamentais. Além disso, sugerir medidas que possam conter o avanço de grupos criminosos (facções) em regiões de vulnerabilidade social, sem que isso coloque em risco direitos e garantias fundamentais, sustentáculos do Estado Democrático de Direito.

O artigo em questão é de vertente jurídico-teórica, com viés prático, e prático, e para condução da pesquisa se fará uso dos princípios fundamentais da escola de Chicago, liderada por Marc Ancel, autor da teoria da política criminal chamada Nova Defesa Social. Seu trabalho foi a base para Robert Badinter elaborar o novo Código Penal francês. Influenciou, ainda, na elaboração dos Códigos Penais, dos quais foi colaborador, da União Soviética, Iugoslávia e Etiópia.

O Movimento da Nova Defesa Social é um movimento com traços de política criminal humanista, na busca de um Direito Penal de caráter preventivo e protetor da dignidade humana. Se caracteriza por três características básicas: caráter multidisciplinar ao abrigar diversas posições; caráter universal por se encontrar acima das legislações nacionais e como traço peculiar a mutabilidade por variar no tempo se adequando ao avanço da sociedade (Duarte, 2006).

Através da análise da dinâmica de ocupação territorial em regiões de vulnerabilidade social, por parte de facções criminosas, buscamos formatar medidas de prevenção que possam orientar políticas públicas e viabilizar a implementação do direito fundamental à segurança.

Para tanto, faremos um exame crítico das estratégias de combate e enfrentamento das organizações Criminosas do tipo violento, adotadas pela administração pública, comparados com índices registrados pelo Atlas da Violência, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

O estudo vem no sentido de trazer elementos que nos permitam compreender o processo de recrutamento de pessoas por parte das organizações criminosas. O estudo contará com apoio em vários campos do saber, ou seja, a interdisciplinaridade, sendo: a Política Criminal, a dogmática jurídico-penal e a Criminologia.

A Política Criminal, a dogmática jurídico-penal e a Criminologia são assim, do ponto de vista científico, três ramos autônomos, porém, ligados no processo da realização integral do Direito Penal e na formação de unidade teleológica-funcional. Unidade que confirma o antigo conceito de v. Listz de “ciência conjunta do Direito Penal” (Dias, 1999, p. 49).

As constantes violações ao contrato social proporcionadas por grupos criminosos geram instabilidade social, criam ambiente de insegurança e desordem pública, haja vista a grande capacidade de intimidação pelo uso desmedido de violência, sem contar na capacidade de penetração nas instituições do Estado.

O direito à segurança está previsto no *caput* do art. 5º da CF-88. Assim, a obrigação de segurança é hoje um dever do Estado. Trata-se de um direito fundamental do qual se originam regras jurídicas.

O Estado, através de seus órgãos de segurança pública, vem adotando estratégias de cunho repressivo, de modo a reprimir e conter o avanço dessas organizações criminosas.

Inobstante o empenho das forças de segurança nas áreas urbanas, os embates armados nos territórios dominados pelas facções criminosas vêm se intensificando. Além do mais, o sistema prisional persiste em ser local de articulação das Organizações Criminosas.

Surge um enorme paradoxo, considerando que, em tese, as lideranças criminosas, sob custódia permanente do Estado, deveriam ter suas influências totalmente anuladas.

Em decorrência desse desajuste, diante da facilidade de interação e comunicação entre os presos e o mundo exterior, as unidades prisionais se desfiguram em seus propósitos para serem espaços de “comando” das Organizações Criminosas. A principal organização criminosa do tipo violento em ação no país, o Primeiro Comando da Capital (PCC), tem suas raízes fincadas no sistema prisional de Estado de São Paulo.

O PCC desenvolveu doutrina própria, que se irradia para seus integrantes de maneira bastante eficaz. Efetiva a divulgação e disseminação de seu estatuto e de suas orientações, através dos próprios presos e por aqueles que acessam as unidades, mediante um engenhoso sistema de comunicação, chamado de “salve”, instrumento de comunicação geral e/ou orientado para determinadas regiões.

O acompanhamento e investigações desenvolvidas nas várias operações de combate ao crime organizado vêm demonstrando uma forte expansão de grupos criminosos pelos estados da federação (facções), em

uma estrutura de rede que se forma orientada pelas experiências e doutrina das organizações criminosas maiores (PCC e Comando Vermelho – CV), notadamente em locais desassistidos por políticas públicas de inclusão social.

A atuação em “rede” proporciona um exponencial aumento de influência dessas organizações criminosas, por todo o país, com expansão do tráfico de drogas, comercialização de armas de fogo de grosso calibre e homicídios praticados, principalmente, contra integrantes de facções rivais.

Fato recente, que demonstra a integração das facções mediante coordenação das organizações criminosas centrais, no formato de rede, foi o assalto à agência do Banco do Brasil, em Criciúma-PR, no dia 30 de novembro de 2020, em abordagem policial realizada em frente à unidade operacional da PRF, em Torres, Rio Grande do Sul. Foram identificados sete homens, sendo: três de Içara/SC, um de São Caetano-SP, um de São Paulo-SP; um do Rio Grande do Norte e outro do Espírito Santo (Fernandes, 2020).

Dentre as estratégias operacionais de emancipação das organizações criminosas do tipo violento é de jamais recuar em suas pretensões, mesmo que, para isso, tenham que se juntar com lideranças da região onde pretendem ter o controle, até mesmo com alteração de sua identificação (logomarca), porém, sempre orientados por seus estatutos.

O aprimoramento na utilização de técnicas de combate e do uso de gestão no modelo tipo máfia demandam ações eficazes entre os órgãos integrantes do sistema de justiça, de modo a conter a expansão territorial e o crescimento do poder econômico das organizações criminosas.

Assim, torna-se imprescindível compreender o “problema”, analisar e identificar as estratégias adotadas pelo Estado, para uma correta condução de políticas públicas e até, em situações pontuais, para a tomada de decisão dos operadores do sistema de justiça, segurança pública e defesa social.

2 AS ESTRATÉGIAS DE EXPANSÃO ADOTADAS PELAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DO TIPO VIOLENTO

Em primeiro lugar, cabe destacar o crescimento da população urbana, que, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), censos demográficos de 1970/2000, aumentou em 86 milhões (passa de 52 para 138 milhões) de 1970 a 2000.

Esse fenômeno, que se deu com maior intensidade nos grandes centros urbanos, gerou uma enorme demanda por políticas habitacionais, educacionais, laborais e nas áreas de saúde e de segurança pública, que não puderam ser adequadamente atendidas pelo Estado, seja pela escassez de recursos, seja pela rigidez do modelo de burocracia governamental vigente, que privilegiava a prestação do serviço em detrimento da prevenção e solução do problema.

Outro elemento crucial, que tem funcionado como o grande combustível da criminalidade no Brasil, é a exclusão conjugada à desigualdade socioeconômica. Na literatura internacional, inúmeros autores têm apontado a relação existente entre desigualdade socioeconômica e criminalidade.

A conjugação de todos esses fatores, aliados a descontrole no sistema prisional brasileiro, criou o ambiente propício para o surgimento de grupos criminosos do tipo violento, os quais, diante da evolução tecnológica e com um sistema eficaz de comunicação, organizaram-se estruturalmente e se expandiram por todo território nacional e alguns países latino-americanos.

Mas o que a legislação brasileira considera organização criminosa? A Lei 12.850/2013 nos trouxe o conceito de organização criminosa, em seu art. 1º, §1º:

[...] considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (Brasil, 2013).

Ponto sensível de surgimento de criminalidade violenta são as localidades desassistidas por políticas públicas eficazes. Ambiente fértil para que moradores se sujeitem e se tornem reféns do poder paralelo que surge. Pelo fato de a criminalidade local ser, na maioria das vezes, a única mão estendida em momentos de grande necessidade, principalmente de assistência básica. A aproximação com os moradores é estratégia de grande importância para blindagem da organização criminosa e de seus integrantes.

A tática de aproximação inicial é a busca da empatia com os moradores. Em seguida, com o território já dominado e com número

significativo de simpatizantes e integrantes, passam a exercer o controle absoluto. O passo seguinte é estabelecer a fidelidade de comprometimento com a causa. Surge, então, o “exército” do crime.

A imposição de uma “lei do silêncio” é o próximo passo. Com o fracasso do Estado em fornecer a adequada defesa social, o elo do contrato social se rompe, o universo criminoso passa a ser a opção de uma nova ligação. O indivíduo passa a ser reconhecido, a ter visibilidade, a ter voz. Processo de franco rompimento para com o Estado.

Não bastasse isso, as constantes operações policiais, violentas e desajustadas – a presença mais marcante do Estado nas comunidades vulneráveis – afastam os moradores do poder legítimo. Tais ingredientes conduzem a um quadro caótico na seara da segurança pública e, o que é mais grave, à perda de legitimidade do poder estatal.

O afastamento dos moradores das estruturas oficiais do Estado faz com que uma nova relação de dependência e sujeição surja, a qual passa a dominar e controlar. O poder social é determinado pela estrutura de dependência entre os indivíduos, bem como pelas cadeias funcionais, a partir das quais eles estão integrados entre si e que, portanto, definem um determinado padrão social. Afirma Elias (2008 *apud* Dias, 2013, p. 27).

A gestão ineficiente do sistema prisional brasileiro proporciona a perda de controle das unidades prisionais, o que também contribuiu fortemente para o surgimento das organizações criminosas. As duas maiores – Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV) – tiveram suas origens no sistema carcerário paulista e fluminense, respectivamente. Ressalta-se que as duas organizações criminosas controlam grande parte do comércio de drogas ilícitas e de armas de fogo no território.

Ao assumir o monopólio das oportunidades disponíveis no universo prisional, o PCC passou a agir principalmente no aspecto central das relações de poder, qual seja, o poder econômico. Com o volume crescente de comercialização de drogas pelo país, passou a ser detentor de grandes quantias em dinheiro, em seguida diversificou suas atividades, principalmente em decorrência da necessidade da lavagem do dinheiro.

Nas palavras de Feltran (*apud* Dias, 2013, p. 31):

Hoje, podemos afirmar que o PCC assumiu o governo do “mundo do crime” em São Paulo. A expressão “mundo do crime” designa o “conjunto de códigos e sociabilidades estabelecidas, prioritariamente

no âmbito local, em torno dos negócios ilícitos do narcotráfico, dos roubos e furtos. Os integrantes desse mundo acabam por constituir uma comunidade na medida em que se produz neles a sensação de que são pares, são iguais, e que são outros aqueles que estão fora do crime”.

Da mesma forma veio a ocorrer com o Comando Vermelho, organização criminosa que também teve suas raízes no sistema penitenciário, principalmente nos presídios que abrigaram presos políticos no estado do Rio de Janeiro.

[...] o Comando Vermelho: um filhote da ditadura militar. Criado na cadeia onde a repressão jogou, juntos, presos políticos e comuns, cresceu no vazio político e social ao qual o capitalismo selvagem relegou a grande massa, o povo das favelas, da periferia. Filho da perversa distribuição de renda, da falta de canais de participação política para esse povo massacrado, o Comando Vermelho pôde parodiar impunemente as organizações de esquerda da luta armada, seu jargão, suas táticas de guerrilha urbana, sua rígida linha de comando. E o que é pior: com sucesso (Amorim, 1993, p.10).

O domínio do crime organizado inicia-se com a ocupação territorial, em seguida se torna o organizador do convívio social de uma comunidade, passa a ser o “poder”, uma espécie de “constituinte originário” das regiões que passa a dominar. Sua legitimidade decorre de um compromisso tácito entre o crime e a comunidade.

Nesse sentido, registra Amorim (1993, p. 39):

Quando o Comando Vermelho assumiu o controle de quase setenta por cento dos pontos de venda de drogas, se constituiu numa espécie de governo paralelo das comunidades pobres. O “dono do morro” é também o juiz e o prefeito da área controlada.

A empatia com as comunidades se dá com o pagamento de cestas básicas, planos de saúde, manutenção e reformas de moradias, transporte, pagamento de cursos profissionalizantes, cursos superiores etc. Enfim, uma

gama de serviços e recursos que garantem dependência com o comando da Organização criminosa de forma a “legitimar” o poder na região.

As estratégias de recrutamento das organizações criminosas são muito semelhantes, diferem apenas nas expressões, mas na essência são iguais. Com a finalidade de afastar os riscos da filiação e da atuação em empreitadas criminosas, garantem até o pagamento de pecúlio, ou seja, no caso de “irmãos” (PCC) ou companheiros (CV) caídos em combate, as famílias têm a devida proteção, recebendo a parte que cabia ao finado, dinheiro obtido através do eficaz gerenciamento do dinheiro sujo da droga, um eficiente sistema previdenciário.

As organizações criminosas PCC e CV irradiam suas doutrinas para diversas outras facções criminosas em todo território nacional. As facções locais, em geral, preservam suas identidades, porém toda comercialização de drogas, aquisição de armas de fogo, regras de comportamento, correição, disciplina, ritual de filiação são controlados pela organização criminosa central.

Na verdade, a gestão da Organização Criminosa ocorre como se fosse um sistema de franquia empresarial, com repartição dos lucros para a matriz e seus integrantes.

Diante da deficitária estrutura de gerenciamento do sistema prisional brasileiro, aliada à atuação pouco eficiente do Estado nas políticas de bem-estar social, as estratégias de expansão do crime organizado são favorecidas. O poder paralelo passa a ocupar as lacunas de assistência social.

Os programas de segurança pública se tornam apenas protocolos formais, sendo que a atuação estatal é direcionada pelo viés da primeira linha de pensamento da Defesa Social, o utilitarismo, a punição como reação social contra as ofensas que venham a ameaçar a vida ou o bem-estar social (Ancel, 1998).

No próximo tópico, traremos um pouco mais sobre o “utilitarismo” como ação primeira de combate às organizações criminosas do tipo violento.

3 DEFESA SOCIAL

A teoria da política criminal chamada A Nova Defesa Social, de Marc Ancel, foi construída em bases humanistas, na busca de um Direito Penal de caráter preventivo e protetor da dignidade humana (Ancel, 1979).

Se estrutura em três características básicas: caráter multidisciplinar, ao abrigar diversas posições; caráter universal, por se encontrar acima das legislações nacionais; e, como traço peculiar, a mutabilidade, por variar no tempo se adequando ao avanço da sociedade.

Sendo que essa teoria foi a base para Robert Badinter elaborar o novo Código Penal francês. Marc Ancel influenciou, ainda, a elaboração dos Códigos Penais, dos quais foi colaborador, da União Soviética, Iugoslávia e Etiópia (Ancel, 1993, tradução nossa):

Essa forma de olhar para as coisas leva naturalmente à antítese entre defesa social e liberdade individual, ou qualquer forma de direito individual. Se a expressão "defesa social" deve ser entendida no significado literal e original das palavras como proteção absoluta para a Sociedade, não devemos de fato concluir que, preocupado em garantir a proteção vigorosa da Comunidade dos Cidadãos, significa alcançar isso, se necessário, às custas de sacrifício de direito individual?

Vê-se que, diante o discurso de defesa social, o Estado, ao não proporcionar de maneira digna e adequada os serviços essenciais, tais como saúde, educação, formação profissional, espaços de convivência, descumpre sua função no contrato social, pois deixa de observar direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República, os quais, dessa forma, são sumariamente desrespeitados.

A presença do Estado em regiões vulneráveis ocorre prioritariamente através da polícia, em geral, com operações policiais focadas na repressão e na ação midiática de "resposta" ao crime, presença estatal que gera uma antítese entre defesa social e liberdade individual. Todos esses ingredientes, característicos da clássica Teoria Utilitarista, geram ações com o foco nas consequências, e não em sua origem e causas.

Conforme veremos a seguir, e dentro da linha da Teoria de Marc Ancel, a teoria utilitarista foi superada por uma nova ordem de Defesa Social, principalmente diante da constitucionalização de direitos e garantias individuais na maioria das nações, sendo que o Brasil não ficou de fora, face ao texto constitucional de 1988.

Não raro, as violações de direitos humanos estão acompanhadas por declarações públicas, tendo, ao fundo a presença policial e de autoridades responsáveis pela segurança pública com palavras de ordem, da necessidade

de mais recursos para aquisição de armamentos, equipamento sofisticados, viaturas etc.

Surgem, ainda, aqueles que acenam com propostas de sanções penais mais graves para os crimes. Atribuem às penas o principal elemento de prevenção à prática de crimes.

Assim, torna-se necessário esclarecer alguns pontos com relação à eficácia preventiva das penas.

A maioria das pessoas não delinque, não pelo temor às possíveis sanções penais que receberá em caso de ser descoberto, mas porque seu sistema de valores os impede de fazê-lo: trata-se, de acordo com a classificação de Serrano Gomez, de indivíduos “para os quais não seria necessária nenhuma ameaça, pois sua moral choca-se com toda possibilidade de poder violar a norma” (Maillo; Prado, 2016, p. 137).

E ainda:

[...] existe uma série de sanções informais que também possuem um sólido efeito preventivo: a maioria das pessoas não delinque, pois, caso forem descobertas, teriam de enfrentar a desaprovação de sua família e de seus amigos, colocando em perigo seu trabalho e muitas outras coisas, tendo, assim, um custo elevadíssimo para o sujeito. Essas sanções não são formais, já que, ao contrário das leis penais, não se encontram sua origem em uma disposição legal nem são impostas por autoridades públicas competentes, seguindo um procedimento previamente estabelecido pela lei. Fala-se, nesses casos, de sanções informais ou de controle social informal (Maillo; Prado, 2016, p. 138).

Daí ser possível dizer, não desprezando totalmente os efeitos preventivos gerais das sanções penais, que as sanções informais e os valores podem ter um efeito preventivo maior que os das sanções penais, até mesmo em razão da agilidade em que o possível infrator é detectado e reprimido em suas ações, e isso previne mais que o Direito Penal.

A mudança do sistema de cumprimento de pena é inútil sem se modificarem, ao mesmo tempo, as percepções subjetivas dos indivíduos.

Ambas as coisas não se relacionam diretamente, visto que os efeitos dificilmente seriam homogêneos, ainda que tendentes a serem eficazes no que se refere a certas cidades ou grupos de pessoas, porém contraproducentes para outros.

Outro elemento que não recebe com frequência a devida atenção, mas é essencial na prevenção ao crime, está nos desenhos arquitetônicos das cidades. Melhorias em iluminação e espaços mais amplos e moradias dignas, são ações efetivas que inibem o comportamento criminosos.

Messner e Rosenfeld (*apud* Maíllo; Prado, 2016) sugerem que a prevenção e o controle eficaz do delito não podem ser alcançados mediante as tradicionais propostas de mais penas ou mediante políticas sociais pouco profundas. Muito pelo contrário, tudo isso pode chegar até a ser contraproducente. Coerentemente com sua proposta, uma política criminal correta deve abandonar pontos de vista ideológicos, sejam liberais, sejam conservadoras, e se centrar na organização social e no restabelecimento de um equilíbrio institucional.

As percepções subjetivas do indivíduo só serão possíveis com a valoração pessoal e de crença nas instituições. LaFree (*apud* Maíllo; Prado, 2016, p. 199) considera que as principais instituições em nossa sociedade ocidental contemporânea possuem uma das seguintes naturezas: política – destinada a “mobilizar os recursos para as metas coletivas”, econômicas, ou seja, a “produção e distribuição de bens e serviços”; e familiar, âmbito no qual tem lugar principalmente a socialização das crianças.

Nessa percepção, identificamos que as instituições sociais que podem favorecer na “(re)construção” de valores são: o trabalho, o matrimônio e o serviço militar. Ao se ligar a essas instituições, o indivíduo passa a criar vínculos mais fortes com a sociedade, que podem contribuir para o abandono de uma carreira delitiva. “[...] não se trata simplesmente de encontrar um trabalho, se casar ou ingressar no exército, mas a chave está em que alguém se sinta vinculado, por exemplo, porque gosta do trabalho ou porque sente amor pela esposa ou esposo” (LaFree *apud* Maíllo; Prado, 2016, p. 201).

Daí a importância de bem compreendermos o que vem a ser “defesa social”. Trata-se de uma expressão secular e Marc Ancel (1979) salienta que

[...] é de se precisar que pelo menos entre os gregos, somente Platão na realidade distinguiu claramente as concepções que se tornariam as concepções da defesa social [...]. Da mesma forma Platão se apercebe da

ideia de proteção da sociedade contra os delinquentes perigosos.

Há ainda registro da expressão “defesa social” no direito mulçumano, no direito chinês da antiguidade e no antigo direito penal europeu, a partir do fim da idade média.

A ações de segurança pública implementadas pelos gestores públicos estão totalmente ultrapassadas, pois agem no entendimento de que defesa social e proteção da sociedade contra o crime se realizam apenas com repressão vigorosa das infrações cometidas. Assim, entendem defesa social no sentido de “repressão qualificada”.

O conceito de defesa social não implicaria, portanto, outra coisa senão a sistematização das medidas de segurança. Jean Constant afirmou que a escola da defesa social considera que a pena não é mais o único, nem o melhor meio de lutar contra a criminalidade, e preconiza, em consequência, a adoção de medidas de proteção social contra os delinquentes perigosos. Mesmo rejeitando os suplícios do Antigo direito, o direito penal clássico, que se constituiu no final do século XVIII, estabelece, também, por sua vez, um sistema de penas retributivas. Consiste mesmo, em grande parte, em se organizar o aparato de enfrentamento criminal, num estrito sistema de direito, o qual ficará encarregado de assegurar a proteção da sociedade contra o crime, isto é, ‘a defesa social’.

Em estudo sobre as ações públicas para enfrentamento à violência, assim se manifestou Meireles (2011, p. 14): “Se o Estado não funciona, não há para onde fugir”. A descrença nas instituições sociais e mau funcionamento das estruturas estatais vêm a contribuir na descrença de descontrole das frequentes ameaças a que a sociedade é exposta pela criminalidade, principalmente em regiões de extrema vulnerabilidade social, em geral locais sedes de organizações criminosas do tipo violento.

Observa-se, assim, que a defesa social não pode ser um jogo de erro e acerto. Torna-se imperiosa a participação, até agora menosprezada, da ciência, de forma que possa contribuir na resolução desse grave problema que tanto aflige a sociedade em tempos atuais, compreender o agir criminoso, traçar o perfil do agente, sua origem, suas frustrações. Assim, é necessário ter compreensão das causas para aplicar o remédio adequado e na dosagem necessária, é o que passaremos a analisar em seguida.

4 O PAPEL DA CIÊNCIA

Na linha de compreensão do crime e do criminoso e fazendo um recorte no perfil do agente criminoso, mais precisamente na faixa etária entre 15 e 17 anos, sendo que a escolha dessa faixa etária como referencial de análise, deu-se em razão de entender que, através desse segmento, é possível adotar políticas públicas de modo a resgatar e inserir valores que possam afastar comportamentos antissociais e delitivos, Gottfredson, Hirschi e outros autores (*apud* Maillo; Prado, 2016) assim se manifestam no que se refere à prática de crimes:

[...] a continuidade dos criminosos é praticamente irremediável. Não importa repetir que essa continuidade é entendida do ponto de vista relativo: o que se mantêm são as diferenças entre indivíduos na tendência para delinquir, mas nem sempre se continua no mesmo ritmo – mas se produz a já familiar, para nós, diminuição a partir dos vinte anos de idade.

Podemos compreender, então, que a partir de determinado momento na vida, faixa etária, é possível atuar, preventivamente, de forma a retomar o controle social de regiões vulneráveis que estão sob o controle da criminalidade. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea, 2019), em material publicado em seu site (www.ipea.gov.br), em 18/10/2019, registra que:

O estudo conclui que a taxa de atendimento escolar (que corresponde ao número de matriculados em relação à população de sua respectiva faixa etária) também tem relação com a taxa de homicídios. A cada 1% a mais no atendimento escolar de jovens entre 15 e 17 anos, os homicídios caem 1,9 %. Esses dados mostram que um maior acesso à escola contribui para diminuir a violência.

Consigna ainda que:

É interessante notar que esta faixa etária (15 a 17 anos) coincide com a idade em que o jovem migra do ensino fundamental para o ensino médio e onde há, também, o maior problema de evasão escolar. Essa

variável mostra que manter o adolescente na escola funciona como uma forma de prevenir sua entrada no crime, aponta o estudo.

Da análise das informações quanto à população carcerária no Brasil colhidas através do Mapa do Encarceramento de jovens do Brasil (PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento 2016), é possível identificar que a faixa etária que mais foi presa é a de 18 a 24 anos.

Informação reveladora da falha na estratégia de implantação de políticas públicas eficazes em comunidades vulneráveis, ou seja, ações que possam neutralizar as ameaças reais praticadas pelas organizações criminosas do tipo violento, quanto ao recrutamento de novos integrantes.

Como principal alvo desse recrutamento, é preciso compreender alguns aspectos de desenvolvimento dos adolescentes. Compreendendo estes com base na relação com os pais na infância, bem como o ambiente sociocultural em que está inserido. Quanto ao comportamento e formação de identidade, estes foram descritos por Alberastury e Knobel (*apud* Gauer, 2010, p. 64):

O adolescente passa por desequilíbrio e instabilidades extremas. O que configura uma entidade semipatológica, que denominei “síndrome normal da adolescência”, que é perturbadora para o mundo adulto, mas necessária, absolutamente necessária, para o adolescente, que neste processo vai estabelecer a sua identidade, sendo este um objetivo fundamental deste momento da vida.

Alberastury (2010) acrescenta que, durante a vivência, em sua busca de identidade, o adolescente poderá apresentar patologias transitórias com o quadro: psicopático, neurótico de tipos diferentes ou, ainda, psicótico. Circunstâncias que descrevem muito bem o porquê da preferência em recrutar jovens e adolescentes para empreitadas criminosas violentas, fator que é ainda potencializado pelo uso de drogas ilícitas, principalmente a cocaína, que tem o potencial de favorecer o comportamento agressivo.

Na busca pela sua inserção social, o adolescente de comunidades vulneráveis, com suas ansiedades e imediatismo – típico da idade – depara-se com um quadro trágico de sua realidade social e a cultura de transmissão de valores prevalentes em uma sociedade capitalista.

A frustração gerada por esse contexto acaba por funcionar como um gatilho para que o adolescente ceda às ilusões, extremamente temporárias (*status*, poder, autoconfiança, independência financeira, recompensa sexual), oferecidas pelas organizações criminosas, fazendo-o tanto vítima como agressor e o lançando contra o corpo social.

A observação de jovens na faixa etária entre 18 e 24 anos, realizada em pesquisa desenvolvida em estabelecimentos prisionais do Rio Grande do Sul, como propósito de analisar comportamento relacionado à písicopatia e ambiente influenciador no comportamento agressivo (Gauer; Cataldo Neto; Lazzaron, 2010), revelou que as consequências de seus atos, para si e para terceiros, como o aprisionamento, perda de emprego etc., não são avaliadas no momento de se lançarem em uma prática delitiva. O sujeito libera seus impulsos agressivos para satisfazer o seu imediatismo.

No estudo desenvolvido pelo PNUD, em 2016, sobre o encarceramento de jovens, verificou-se que os estados que desenvolveram programas de repressão qualificada, visando principalmente à redução de homicídios, como Pernambuco, Minas Gerais, Espírito Santo e São Paulo, tiveram crescimento de presos acima da média, acusados por crimes patrimoniais e delitos de drogas. Entre os custos sociais desses programas que reforçam o encarceramento está a vulnerabilização de jovens, negros e mulheres, que recebem a punição em presídios superlotados, com a presença de organizações criminosas.

O fato é que os programas de governo concebidos para a segurança pública e defesa social são estruturados nas consequências, ou seja, desconsideram – apesar de na formatação desses programas estar previsto de maneira diferente – a origem, causas e perfil do agente criminoso. Não se leva em conta a necessidade de ocupar, de maneira efetiva e com implementação de políticas públicas adequadas, comunidades controladas por organizações criminosas, de modo a minimizar as influências antissociais e oportunizar às jovens alternativas à prática delitiva.

Os pontos “fortes” desses programas estão voltados para o que se convencionou chamar “repressão qualificada”, são medidas tais como: aumento do efetivo policial, redução do tempo de formação, aquisição de armamentos e viaturas, construção de novas unidades policiais, acesso a sistemas sofisticados de informática e por aí vai. Na verdade, trata-se do “mais do mesmo”.

Na elaboração desses programas, nota-se que a ciência está muito distante, pois os elaboradores são, em geral, profissionais que atuaram ou atuam na área de segurança pública, ou seja, profissionais destacados e com

trajetórias de excelência em suas carreiras, porém inseridos no problema, focados na repressão ao tráfico de drogas e homicídios. Tais circunstâncias acabam por construir uma barreira que reduz o campo de observação e, com isso, as possibilidades de avaliar contextos.

Os programas, apesar de preverem ações sociais em regiões de vulnerabilidade, não possuem padrão científico de pesquisa, sequer identificam os problemas de cada região. Não detalham os métodos de avaliação e cronogramas para implementação de medidas de transformação social que possam, efetivamente, proporcionar condições de se reduzir vulnerabilidades e conter as ameaças de expansão das organizações criminosas.

As reuniões e encontros para se avaliarem os resultados da política de segurança pública são voltados somente para verificação de índices de prisões e homicídios. Desconsidera-se, por completo, qualquer avaliação de cumprimento de metas programadas no que se refere à prevenção, projetos sociais realizados nas comunidades, evasão escolar em áreas vulneráveis, saneamento, saúde, acesso à internet etc.

Inexiste qualquer tipo de monitoramento científico para avaliação do nível de bem-estar nas regiões vulneráveis. As comunidades não possuem espaço de participação nessas reuniões, nem mesmo através de grupos representativos ou Ongs. As comunidades são totalmente afastadas do processo de construção de um sistema de defesa social.

É facilmente constatável que, na elaboração dos programas de segurança pública, não se leva em consideração as peculiaridades de cada região, seja das regiões metropolitanas seja dos municípios do interior. Estes também se veem com pouquíssimas participações de contribuírem em um programa eficiente de integração dos órgãos de defesa social. Quando muito, participam através da chefia e/ou comando da Guarda Municipal, em geral um profissional de segurança pública das forças estaduais, o qual replica o modelo de “repressão qualificada”.

Em pesquisa sobre crimes violentos em sociedades com mau funcionamento da estrutura de apoio social da sociedade, Landau (1984 *apud* Gauer, 2010, p. 75) revelou que, dentre os 12 países investigados, nos anos de 1960 e 1970, apenas no Japão não foi encontrada tal associação. De fato, nesse país a cultura insufla sentimentos de vergonha ao sujeito transgressor, evidenciando que há fortes controles extrafamiliares (escolar, locais de trabalho) no comportamento. Concluiu-se que tal problemática social, no Japão, pode estar associada a altas taxas de suicídios, enquanto nos demais países estão agregadas à violência dirigida a terceiros.

A estruturação saudável do meio familiar e o desenvolvimento de programas com o enfoque “cognitivismo-comportamentalista” são prioridades de atenção máxima. Política pública voltada à educação se torna um elemento-chave nesse contexto. Esta estratégia objetiva “empoderar” o adolescente e o jovem para que não cedam às “tentações” de uma vida envolvida com práticas delituosas.

Segundo Pereira e Mestrine (1999 *apud* Gauer, 2010, p. 84), quase a totalidade dos adolescentes que estão cumprindo medida socioeducativa abandonou os estudos muito cedo. Em suas palavras:

[...] a evasão escolar deve-se à ineficácia dos métodos educacionais em sua totalidade, por falhar em ensinar as habilidades acadêmicas necessárias, e também à exclusão social por parte dos colegas e professores da escola. Tais alunos são rotulados como problemáticos, agressivos, e lhes são atribuídos outros estereótipos estigmatizantes. Assim, eles abandonam a escola e passam a assumir “identidade do bandido”.

O ambiente escolar tem seu valor preventivo à conduta transgressor, pois é o espaço adequado para compartilhar bons sentimentos e reconhecer os direitos do outro. Resgatar os valores das instituições sociais também se mostra como iniciativa estratégica, pois os sujeitos que se casaram, mudaram de domicílio, serviram o exército, ou receberam a primeira condenação criminal podem vir a interromper a trajetória criminal (Rolim, 2006 *apud* Gauer, 2010, p. 79).

O papel da ciência nesse processo deve contribuir de forma significativa, ao se fazer presente na construção dos programas de governo voltados à defesa social e segurança pública, de forma a auxiliar a identificação do problema, para que se encontre um novo rumo na política de defesa social, deixando de atuar nas consequências - modelo que se mostra totalmente ineficaz - e de forma excessivamente repressiva. Atuar, fundamentalmente, na origem do processo criminoso, para que o Estado possa direcionar seus esforços, de forma cirúrgica, usando da tática correta para enfrentamento às organizações criminosas do tipo violento em comunidades vulneráveis.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que podemos vislumbrar de toda a narrativa deste artigo é que o contexto sociocultural entorpecido pela violência que vive a sociedade atual enfrenta barreiras e dificuldades de toda sorte. Essas barreiras mostram-se ainda mais altas quando se atenta para o jovem.

O cenário de incertezas políticas e de um constante revanchismo social atinge em cheio o caldeirão de pensamentos do adolescente. A adoção de políticas públicas que valorizem o trabalho, o matrimônio e a prestação de serviço militar pode auxiliar nesse processo de reconstrução de valores. Ao resgatar valores de instituições sociais acaba por se criar um sistema de freios a conter o avanço de práticas antissociais (uso de drogas, abandono escolar, roubos, atos de crueldade etc.).

A educação se insere fortemente nesse resgate e afasta do jovem sentimento de impotência ao se deparar com uma realidade sociocultural vulnerável. O Estado tem que traçar um planejamento e executá-lo, com medidas político-sociais preventivas.

Compreender a forma de ocupação territorial e de recrutamento das comunidades, por parte das organizações criminosas, a fim de conseguirem empatia e fidelidade dos moradores, torna-se fundamental para o sucesso em um projeto de defesa social.

A Política Criminal, a dogmática jurídico-penal e a Criminologia são, assim, do ponto de vista científico, três âmbitos autônomos, ligados, porém, ao processo da realização do Direito Penal, em uma unidade teleológico-funcional, e certamente devem ser utilizadas pelos gestores na elaboração de seus programas de segurança pública e defesa social.

É comum na prática forense do dia a dia se ouvir o jargão: “estão tentando resolver um problema social com o Direito Penal”, mas é exatamente isso que não se está fazendo. Na verdade, há uma má compreensão do Direito Penal, o que não é o objetivo deste artigo, porém podemos afirmar que o Direito Penal não é só aplicar uma pena ou manter uma pessoa custodiada, trata-se de segmento do Direito Público que regula o poder punitivo do Estado, mas, em sua aplicação e produção, são considerados princípios e métodos científicos.

Postura que o Estado deixa de aplicar na elaboração de seus programas de defesa social e segurança pública. O governo Federal, através da Lei 13.675/2018, criou o Sistema Único de Segurança Pública, o qual prevê a construção uniforme, em âmbito nacional, de compartilhamento

de dados, operações e colaborações nas estruturas federal, estadual e municipal, nos moldes do que é previsto pelo SUS na saúde pública. Até aqui tudo bem, mas se omite em vários institutos e providências que poderiam melhorar, de forma considerável, a compreensão de defesa social.

Por exemplo, ao falar em uniformidade das ações, desconsidera os marcantes contrastes regionais em um país continental, tal qual é o Brasil; ao se fazer uma análise do artigo 4º da lei mencionada, observa-se que lá estão elencados os princípios norteadores do sistema, nele não encontramos qualquer menção e orientação científica na construção dos programas de segurança pública e defesa social, vejamos:

Art. 4º São princípios da PNSPDS:I - respeito ao ordenamento jurídico e aos direitos e garantias individuais e coletivos; II - proteção, valorização e reconhecimento dos profissionais de segurança pública; III - proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana; IV - eficiência na prevenção e no controle das infrações penais; V - eficiência na repressão e na apuração das infrações penais; VI - eficiência na prevenção e na redução de riscos em situações de emergência e desastres que afetam a vida, o patrimônio e o meio ambiente; VII - participação e controle social; VIII - resolução pacífica de conflitos; IX - uso comedido e proporcional da força; X - proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente; XI - publicidade das informações não sigilosas; XII - promoção da produção de conhecimento sobre segurança pública; XIII - otimização dos recursos materiais, humanos e financeiros das instituições; XIV - simplicidade, informalidade, economia procedural e celeridade no serviço prestado à sociedade; XV - relação harmônica e colaborativa entre os Poderes; XVI - transparência, responsabilização e prestação de contas.

Da mesma forma nos artigos: 5º (diretrizes); 6º (objetivos); 7º (estratégias) e 8º (meios e instrumentos).

No art. 22, que menciona a construção do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, também não faz menção a qualquer

apoio científico na construção desse importante instrumento. O art. 23 fala em avaliação, mas não menciona como alcançará o pretendido e nem como realizar esse monitoramento, ou seja, esses dispositivos legais acabam por reforçar o mais do mesmo, o que se convencionou chamar “repressão qualificada”.

Observa-se que o Estado, na gestão de políticas públicas voltadas para a segurança pública e defesa social, acaba por desconsiderar a complexidade do que vem a ser a criminalidade, firmando e estruturando suas ações em uma postura utilitarista de resultados provisórios e midiáticos.

Assim, como propositura de medidas que atuariam nas causas e não apenas nas consequências, seria utilizar métodos científicos para um estudo mais profundo da criminalidade nas diversas regiões desse nosso país continental; usar desse mesmo critério nos estados e municípios, ou seja, conhecer mais a criminalidade e suas especificidades regionais; criar metas e critérios de avaliação de políticas sociais que possam atender a comunidades em situação de vulnerabilidade; dar espaço participativo às comunidades na construção desses critérios e ações locais.

Importante segmento é a formação do profissional de segurança pública. É preciso rever os manuais e procedimentos de instrução, o perfil profissional deve sair do beligerante para o de agente de transformação social. Este profissional também deve receber atenção diária em suas ações e receber uma justa política salarial, a levar em consideração seu importante e imprescindível papel na sociedade. Muito mais poderia ser dito e sugerido, mas nos reservamos em apontar algumas das falhas do Estado em sua política de segurança e sugerimos algumas medidas, na esperança de ter contribuído.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho:** a história secreta do crime organizado. Rio de Janeiro: Record, 1993.

ANCEL, Marc. **A nova defesa social.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANCEL, Marc. **Social defence:** a modern approach to criminal problems. Great Britain, 1998.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília: DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.675, de 11 de junho de 2018**. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. Brasília: DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC Hegemonias nas prisões e monopólio da violência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. Política criminal, criminologia e vitimologia: caminhos para um direito penal humanista. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9150>. Acesso em: 12 maio 2021.

ELIAS, Norbert. **Introdução à sociologia**. Lisboa: Edições 70, 2008.

FERNANDES, Tcharlles. **Exclusivo:** Polícia Rodoviária Federal prende cinco bandidos envolvidos em assalto em Criciúma. 2020. Disponível em:

<https://www.melhorespublicacoes.com.br/destaques/2020/12/02/exclusivo-policia-rodoviaria-federal-prende-cinco-bandidos-envolvidos-em-assalto-em-criciuma>. Acesso em: 12 maio 2021.

GAUER, Gabriel José Chittó; CATALDO NETO, A.; LAZZARON, L. R. Juventude, contemporaneidade e comportamento agressivo. In: GAUER, Rute Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais**. Rio Grande do Sul: EDIPUCRS, 2010.

GAUER, Rute Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais**. Rio Grande do Sul: EDIPUCRS, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Atlas da violência 2019**. Cerqueira, Daniel Ricardo de Castro; Bueno, Samira; Lima, Renato Sergio de; Neme, Cristina Ferreira; Sant'Ana, Helder Rogério; Alves, Paloma Palmieri; David, Marques; Reis, Milena V. M.; Cypriano, Otavio; Sobral, Isabela Pacheco; Lins, Dennis; Accioly, Gabriel de Oliveira; Armstrong, Karolina Chacon. Brasília: Ipea, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9406>. Acesso em: 6 jun. 2024.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Curso de criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, A. **A novíssima defesa social**: uma proposta. Acervo de estudos sobre defesa social no Brasil. 2011. Disponível em: http://www.bibliotecapolicial.com.br/upload/documentos/A-NOVISSIMA-DEFESA-SOCIAL-UMA-PROPOSTA-21069_2011_3_1_23_46.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.

PNUD. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. 2016. Disponível em: br.undp.org. Acesso em: 12 maio 2021.



O LIMITE DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL PORTUGUÊS

*Cláudio Alberto Gabriel Guimarães **

*Bruno Miguel Fena Torres ***

*Hugo Leonardo Galvão de Carvalho ****

Resumo: Como forma de prevenção e repressão da criminalidade organizada, o Estado, através das Polícias, viu-se obrigado a centrar-se em técnicas de investigação de carácter excepcional, e consequente criação e alteração da legislação para a inserção da figura do “agente infiltrado” em seu ordenamento. Entretanto, por vezes, as ações policiais encobertas resvalam em direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, sendo premente que se analise e avalie a responsabilidade penal do próprio agente infiltrado para que sejam evitados excessos quando do exercício do jus persequendi estatal. Este ensaio objetiva, portanto, descrever o instituto do “Agente Infiltrado” na

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Gestão de Segurança pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública - ISCPSP. Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, com área de concentração em Criminologia. Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa com área de estudos em Teoria da Pena. Professor do Programa de Mestrado Profissional em Direito e Afirmação de Vulneráveis e Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA - UNICEUMA. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. E-mail: calguimaraes@yahoo.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3790-8808>. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7560021977120603>.

** Oficial de Polícia da Polícia de Segurança Pública Portuguesa - PSP. Investigador Assistente integrado do Centro de Investigação do Instituto Superior de Ciências Policiais (ICPOL) e Segurança Interna (ISCPSI) de Lisboa, Portugal. Professor do Programa de Mestrado em Ciências Policiais do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - ISCPSI. Mestre em Ciências Policiais, com área de concentração em Criminologia e Investigação Criminal, pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna - ISCPSI. Doutorando em Relações Internacionais: Geopolítica e Geoeconomia da Universidade Autónoma de Lisboa - UAL.

*** Advogado OAB/MA. Mestrando do programa de Pós Graduação em Direito e afirmação de vulneráveis da Universidade Ceuma. E-mail: hlgcarvalho@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7189-2243>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4658750619845996>.

legislação portuguesa, analisando os limites legais e a consequente responsabilização deste quando caracterizado o excesso na esfera do exercício do *jus persequendi* estatal em tal âmbito de investigação. Optou-se pela utilização do raciocínio indutivo e do método sociojurídico crítico. Trata-se de uma pesquisa teórica, estritamente bibliográfica, como forma de enfrentamento do problema proposto.

Palavras-chave: ação encoberta; infiltração policial; agente infiltrado; criminalidade organizada.

Abstract: As a means of preventing and repressing organized crime, the State, through the Police, was forced to focus on investigation techniques of an exceptional nature, and the consequent creation and amendment of legislation for the insertion of the figure of the “undercover agent” in your order. However, sometimes, covert police actions slip into citizens' rights, freedoms and guarantees, and it is urgent to analyze and evaluate the criminal responsibility of the infiltrated agent himself so that excesses are avoided when exercising the state's *jus persequendi*. This essay aims, therefore, to describe the institute of the “Infiltrated Agent” in the Portuguese legislation, analyzing the legal limits and the consequent accountability of this when characterized the excess in the sphere of the exercise of the state *jus persequendi* in such investigation scope. We chose to use inductive reasoning and the critical socio-legal method. It is a theoretical research, strictly bibliographical, as a way of facing the proposed problem.

Keywords: covert action; police infiltration; undercover agent; organized crime.

1 INTRODUÇÃO

Existem limitações para o exercício do controle social formal pelo Estado?

Tal questionamento vem sendo alvo de intensas discussões acadêmicas, nas mais variadas vertentes, perpassando pelos mais antagônicos pontos de vista, ou seja, transita-se pelos extremos entre o garantismo penal até o Direito Penal do inimigo, a título de exemplo.

A questão dos métodos de investigação policial não fica atrás nessa seara permeada pelo confronto ideológico; não há como se furtar ao enfrentamento da complexa e crescente criminalidade organizada e, consequentemente, da discussão acerca dos meios de combate à mesma, sendo urgente que se traga a baila a tempestuosa questão dos limites no âmbito da persecução criminal.

Este estudo baseia-se na viabilidade legal da utilização das ações encobertas como forma de produção de prova; assim, procurou-se responder às seguintes questões: o fenómeno do crime organizado justificará *per si* a utilização do agente infiltrado, com todas as suas particularidades? será o agente infiltrado isento da sua responsabilidade penal para quaisquer atos que pratique durante a ação encoberta? Para o cumprimento deste objetivo, como forma de elaboração da hipótese, o estudo foi gestado a partir do raciocínio indutivo, referenciado pelo método de procedimento sociojurídico crítico, utilizando-se como técnica de pesquisa essencialmente teórico-descritiva, a pesquisa bibliográfica.

Nesse desiderato, delineamos como objetivos específicos a interpretação e definição do “homem de confiança” como método oculto de investigação na sua vertente tripartida – o agente provocador, o encoberto e o infiltrado –, fazendo a respetiva demarcação desta última figura relativamente às restantes, com a referência à infiltração policial em tratados e acordos internacionais, e também no ordenamento jurídico português; e tendo em conta o facto evidente de que a infiltração policial resvala nas garantias e liberdades dos cidadãos, apresenta-se a sua responsabilidade de atuação e os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, da legalidade e da lealdade na busca da justiça, da obtenção de prova e da verdade material.

2 A INFILTRAÇÃO POLICIAL. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

A figura da infiltração remonta ao início do século XVIII, durante o regime centralizado e absolutista francês, cujo poder estava centrado nas mãos do Rei Luís XIV que, como forma de fortalecer o *Ancien Régime*, dispunha de agentes que promoviam distúrbios e atentados de forma a induzir o cometimento de crimes políticos, com o único objetivo de os eliminar (Silva, 2003).

Esta utilização de participantes anónimos, utilizados para se introduzirem, monitorarem e vigiarem indivíduos a troco de dinheiro, tornou-se uma prática recorrente por parte da polícia parisiense que utilizava dois tipos de encobertos: os que trabalhavam clandestinamente e por conta-própria (*observateurs*) e os que eram contratados (*mouches, sous-inspecteurs, commis ou préposés*) (Meireis, 1999).

Após a Revolução Francesa, a polícia continuou a utilizar os *espions de police*, mais especificamente, os provocadores. Os contratados, *moutons des prisons*, colaboravam com a polícia em troca da liberdade, induzindo, provocando e denunciando colegas presos e seguranças da prisão, adulterando e conjecturando factos de forma a tornarem as suas histórias mais críveis; e outros, provenientes do estrato social mais elevado, infiltravam-se em locais frequentados pela alta sociedade (Meireis, 1999), “com o trabalho [não só] de seguir, escutar, informar, mas também, de provocar” (Oneto, 2005, p. 22) os criminosos sob vigilância.

Estes tipos de agentes também foram uma realidade noutras países ocidentais, como no Reino Unido e em Espanha, durante o período da inquisição, cuja época ainda não havia uma diferença entre o agente infiltrado e o agente provocador, porque “até à efetiva separação dogmática (...), a sua distinção era puramente nominal, referindo-se indistintamente à mesma realidade” (Oneto, 2005, p. 44), que era a obtenção de provas incriminatórias, mesmo que forjadas e obtidas com recurso a atos criminosos.

3 HOMENS DE CONFIANÇA: AS MODALIDADES DE OCULTAÇÃO DE IDENTIDADE

O recurso aos métodos ocultos de investigação, nos quais se inserem as operações *undercover*, advieram de uma pretensão securitária dos Estados face ao aparecimento e ao crescimento de novas formas de criminalidade.

Na senda de Andrade (2008, p. 277-279), os métodos ocultos de investigação “representam uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação de pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do fato nem dele se apercebam”.

Projeta-se, assim, um conceito amplo e extensivo de «homens de confiança», ao defini-los como todas as testemunhas que colaboram com as instâncias formais da perseguição penal, tendo assegurada a confidencialidade da sua identidade e atividade – sejam particulares, com ou sem ligações ao mundo do crime, sejam policiais –, que disfarçadamente se introduzem naquele submundo ou com ele entram contato, quer se limitem à recolha de informações, quer provoquem eles próprios a prática do crime (Andrade, 1992, p. 220).

Esta exposição foi elaborada na altura em que a figura foi introduzida legalmente no ordenamento jurídico português através do artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro no âmbito da Lei da Drogas.

Conceitualmente, os homens de confiança podem assumir diversas modalidades de ocultação de identidade. Embora, teoricamente, não seja difícil abstratamente defini-los, a sua complexidade aumenta quando passamos para o campo prático, com a ligação existente na relação dos agentes com o criminoso.

Segundo este dogma fazemos uma delimitação tripartida do conceito lato de homens de confiança no qual o agente se pode “relacionar com o criminoso sem revelar a sua qualidade: o agente provocador, o agente infiltrado e o encoberto” (Meireis, 1999, p. 195).

Conceitualmente, a figura do agente provocador é a que maior dúvida suscita quando comparada com a do agente infiltrado. Ambas possuem a mesma origem histórica e deslocavam-se a par sob a mesma designação (agente provocador) até à década de 80 do século XX, altura em que a figura do agente infiltrado tem consagração legal na doutrina em diversos países, como por exemplo em Espanha, Alemanha, França, Argentina, México, entre outros.

É através de Correia (1992, p. 253) que surge em Portugal uma primeira definição substantiva do agente provocador ao indagar a sua responsabilidade criminal, expondo mesmo que atos está autorizado a praticar. Define-o como “aquele que provoca outrem a executar uma atividade criminosa, não porque a queira, mas só porque pretende arrastar aquele que determina para a punição”. Embora, surja no campo da coparticipação, esta definição permite-nos aferir uma ideia elementar da figura.

Para Andrade (1992, p. 221), o homem de confiança age como elemento provocador quando a sua atuação tem o propósito de precipitar o cometimento do crime, “instigando-o, induzindo-o, nomeadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos”. Foi com o Autor que esta figura entrou no domínio processual penal das proibições de prova.

Partilhamos da opinião de Meireis (1999, p. 155), quando define o agente provocador como “aquele que, sendo cidadão particular ou entidade policial, convence outrem à prática de um crime não querendo o crime a *se*, e, sim, pretendendo submeter esse outrem a um processo penal e, em último caso, a uma pena”.

Esta posição também é vincada por Gonçalves, Alves e Valente (2001, p. 220), e acrescentam que o agente provocador atua “consequentemente

com vontade e intenção de, através do seu comportamento, determinar outra pessoa à prática do crime, agindo com dolo ao determinar outra pessoa à prática de um crime, [agindo] ele, também, com dolo relativamente à realização do crime”.

Contrariamente à opinião dos autores indicados, defendemos que o objetivo único do agente provocador é a reunião de factos penais incriminatórios contra o sujeito em investigação. O mesmo não tem intenção criminosa face ao crime praticado por outrem, ou seja, age com dolo apenas e relativamente à intenção de determinar e incitar o outro ao cometimento do crime. O cerne da questão situa-se na sua própria atuação que sugere o cometimento do crime através da criação de uma intenção criminosa inexistente e, de forma persuasiva e provocatória, determina outrem à prática do crime. Em referência ao artigo 26.º, n.º 3 do Código Penal português, instiga-o “dolosamente (...) desde que haja execução ou começo de execução”, somente com o objetivo de produzir prova, independentemente deste possuir predisposição ou não para a vida criminosa.

O que releva distinguir na figura do agente provocador é a prática do crime provocado, sob a forma tentada ou consumada, constituir apenas um meio para alcançar o propósito do provocador que é a incriminação do suspeito por esse mesmo crime e a consequente punição. Neste sentido, o agente provocador atuará com um autor moral: seja um autor mediato ou um instigador. O provocador age como instigador quando transmite uma indicação ou faz surgir uma ideia a outrem, anteriormente inexistente, da prática de um ato ilícito, mas é esta pessoa quem decide cometê-lo e, em última instância, o pratica. Ao invés, o provocador apenas age como autor mediato quando detém o poder de conduzir um facto porque domina a vontade da pessoa que tem poder materialmente sobre a ação, ou seja, o executante do crime não é, plenamente e dolosamente, responsável pela prática do mesmo.

Em ambas as perspectivas, a ação induzida pelo agente provocador afronta os direitos fundamentais do suspeito, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade processual e o princípio democrático que “impõe que ao cidadão seja dada a liberdade de escolha dos seus atos” (Valente, 2012, p. 411).

O agente encoberto é uma outra figura que se confunde com a figura do agente infiltrado, porém, são figuras jurídicas distintas. Alguns autores não estabelecem uma divisão tripartida dos homens de confiança, por considerarem que o agente infiltrado e o agente encoberto são sinônimos no modo de atuação. É a opinião de Oneto (2005) que considera

o agente encoberto como uma subespécie do infiltrado e que, a existir hipoteticamente uma distinção, considera-o como um “agente à paisana”.

Partidários de uma distinção tripartida, distinguimos o agente encoberto dos demais pela “sua absoluta passividade relativamente à decisão criminosa. Estava naquele lugar, àquela hora, como poderia estar outro agente qualquer ou outro cidadão qualquer; mas isso foi suficiente para presenciar um crime” (Meireis, 1999, p. 192).

A diferença reside no grau de intenção de inclusão no meio criminoso. Quem age encobertamente não tem relação alguma com a ocorrência do crime, nem tem a finalidade de conquistar a confiança de outrem, como no agente infiltrado e, deste modo, o grau de ofensa dos direitos fundamentais dos cidadãos é diminuta ou praticamente nula, porque não existe o estabelecimento de qualquer relação de confiança entre as partes.

O agente encoberto poderá ser um policial ou um terceiro atuando sob ordem dos primeiros, que sem revelar a sua identidade, frequenta locais conotados com o crime, cuja ação é fundamental em matéria de investigação criminal, em especial, no âmbito da prevenção criminal pois “não necessita de autorização judicial, porque não atua ao lado dos agentes do crime a investigar e a prevenir, encontra-se, [somente,] à espera que a infração ocorra para deter os agentes do crime” (Valente, 2012, p. 401).

O agente infiltrado é uma figura bastante próxima da do agente provocador, na medida que ambos procuram a obtenção de prova material necessária à condenação de um suspeito. Contrariamente à posturaativa do agente provocador relativamente ao crime praticado, o infiltrado possui uma postura passiva na recolha da prova, mesmo que pratique atos que no plano ético e moral possam ser considerados reprováveis, mas sem qualquer sanção jurídica (Silva, 1994).

Oneto (2005, p. 150) definiu o infiltrado como “o agente policial, ou terceiro sob a orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas atividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar fatos típicos sem, contudo, os poder determinar”.

A finalidade da sua atuação é a obtenção e a recolha de provas para a incriminação do suspeito “(...) [ou simplesmente] a obtenção da *notitia criminis*, [através da conquista] da sua confiança pessoal, praticando atos de execução se necessário for, de forma a conseguir a informação necessária ao fim que se propõe” (Meireis, 1999, p. 162).

Todas as informações adquiridas têm finalidades exclusivas de prevenção ou repressão criminal, podendo o mesmo colaborar na

atividade criminosa desenvolvida pelos respectivos agentes, prestando-lhe, designadamente auxílio material ou moral, ou até mesmo atos de execução do crime, (previstos no n.º 2, do artigo 22.º do Código Penal português), até certo limite, cuja ação só é considera lícita se a atividade criminosa estiver já em curso. (Gonçalves; Alves; Valente, 2001, p. 38).

O limite da ação do agente infiltrado é determinar à prática de novos crimes e, só poderá participar na execução das atividades criminosas, depois que as mesmas já estejam em execução ou na iminência de serem executadas. Enquanto perdurar a sua atuação, deve manter-se “um ente passivo que observa para reproduzir em sede própria – inquérito ou julgamento – e, desta feita, permitir que se faça a prova exigida para cada fase processual” (Meireis, 1999, p. 95).

A atividade do infiltrado é meramente informativa e, apenas em casos excepcionais, no limite, poder-se-á recorrer a este meio de investigação (Silva, 1991). No limite significa que “quando a inteligência dos agentes da justiça ou os meios sejam insuficientes para afrontar com sucesso a atividade dos criminosos e a criminalidade ponha gravemente em causa os valores fundamentais que à justiça criminal cabe tutelar” (Silva, 2001, p. 70), sob a premissa de que a ação criminosa tem que partir inteiramente do investigado e não do investigador, decorrendo daqui que “o criminoso comete o crime independentemente da atuação daquele” (Monte, 1997, p. 297).

4 O INFILTRADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS. BREVE ANÁLISE

A figura do agente infiltrado recebeu consagração legal no ordenamento jurídico português através do artigo 52.º, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro, no âmbito da prevenção e repressão do consumo e tráfico ilícito de drogas, ao estabelecer que “não é punível a conduta do funcionário de investigação criminal que, para fins de inquérito preliminar, e sem revelação da sua qualidade e identidade aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”. Esta é a primeira vez que “se faz referência à atuação de um funcionário de investigação criminal que, em princípio, cometaria atos de execução do crime de tráfico de estupefacientes” (Meireis, 1999, p. 131).

A anterior legislação de combate à droga foi revista pelo Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro. O artigo 59.º, cuja normativa antecedente era o artigo 52.º, não sofre qualquer alteração. Há contudo, através do artigo 51.º, para efeitos de “legislação processual penal” (epígrafe do artigo), uma equiparação do crime de tráfico de droga, de branqueamento de capitais e de associação criminosa a “crimes de terrorismo, de criminalidade violenta ou altamente organizada”, como forma de reconhecimento da gravidade desses crimes.

Posteriormente, a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, no âmbito de medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, cujo artigo 5.º (quebra de segredo) e artigo 9.º-A (dispensa de pena), foram introduzidos e alterados pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, através do n.º 1 do artigo 6.º legitimamente a autorização ao recurso do agente infiltrado, unicamente na fase de inquérito e apenas poderá ter como fundamento a obtenção de provas. Neste caso, “o agente da Polícia Judiciária não se limita a uma posição passiva [tal como acontece na figura prevista no artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 15/93], podendo mesmo praticar atos de colaboração ou instrumentais dos próprios crimes” (Meireis, 1999), que dependiam “sempre da prévia autorização da autoridade judiciária competente” (n.º 2 do artigo).

A quarta versão da lei do combate à droga, revista através da Lei n.º 45/96, de 3 de setembro, veio alargar o âmbito de atuação do agente infiltrado e introduzir em Portugal “um regime minimamente elaborado” sobre o infiltrado (Pereira, 2004, p. 24).

Através da alteração da epígrafe do artigo 59.º para “condutas não puníveis” e de uma nova redação, expõe pela primeira vez na norma portuguesa, que um terceiro (agente não policial), sob controlo da Polícia Judiciária, poderá atuar como agente infiltrado. Através do n.º 2, tal como para a criminalidade económico-financeira, existe a obrigatoriedade dos atos de infiltração policial dependerem de “prévia autorização judiciária competente”.

Quanto ao previsto no n.º 1 do artigo 59.º, os pressupostos relativos a casos de entrega ou de aceitação de produto ilícito por parte do agente infiltrado diferem. O legislador impôs uma exigência para o caso da entrega – “em sequência e a solicitação de quem se dedique a essas atividades” (última parte do n.º 1) – e, não para o caso da aceitação. Neste último, poderá o agente infiltrado através da sua iniciativa, fazer-se passar por um comprador e aceitar produtos ilícitos, sem ter que esperar que lhe sejam oferecidos. Ora, de acordo com o preceituado no n.º 1 e 2 do artigo 9.º do

Código Civil, a interpretação da lei não pode cingir-se apenas à letra da lei, pelo que ao interpretar-se a norma dever-se-á presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas.

Posto isto, a solução mais acertada é considerar que, quer a propósito da aceitação ou da entrega, o agente infiltrado terá de aguardar que a droga lhe seja oferecida (Gonçalves; Alves; Valente, 2001, p. 269-270).

Através desta quarta versão da lei do combate à droga, é introduzido um novo artigo (59.º-A) que diz respeito à “proteção do agente infiltrado”. No preceito legal anterior, o relato da intervenção do funcionário de investigação criminal destinava-se a ser apenso ao processo, no prazo máximo de vinte e quatro horas. No novo regime, em termos probatórios, a autoridade judiciária apenas ordenará a junção ao processo o relato do agente se for indispensável, cuja “apreciação da indispensabilidade pode ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, ficando entretanto o expediente, mediante registo prévio, na posse da Polícia Judiciária” (n.º 2 do artigo).

De acordo com estes normativos legais, a atuação do agente infiltrado encontra-se legitimada pela lei e ainda no cumprimento de dever, de onde se exclui a ilicitude, conforme o preceituado no artigo 31.º, n.º 1 e n.º 2 al. c) do Código Penal.

Presentemente, a figura do agente infiltrado encontra consagração legal em praticamente todos os ordenamentos jurídicos europeus e, desde 25 de agosto de 2001, está em vigência a Lei n.º 101/2001, que veio estabelecer o “Regime Jurídico das Ações Encobertas para Fins de Prevenção e Investigação Criminal” (RJAM).

Este normativo revogou expressamente toda a matéria tratada nos diplomas anteriores e veio alargar o espectro de crimes onde as ações encobertas são permitidas, que até então, estavam cingidas à corrupção, ao tráfico de estupefacientes e aos crimes econômico-financeiros, “permitindo, desta feita, recorrer a este meio de investigação para o deslindamento de outros tipos de crimes que não os já previstos” (Valente, 2012, p. 400).

Parece ter havido uma opção do legislador incluir na expressão “ações encobertas” a figura do agente infiltrado e do agente encoberto, visto que em momento algum as refere (Oneto, 2005, p. 141).

Igualmente, não encontramos qualquer referência ao agente provocador, contudo, extraímos do artigo 6.º n.º 1, que está vedado aos agentes atuarem enquanto instigadores ou autores mediatos do crime (Costa, 2003, p. 170).

O âmbito de atuação da infiltração policial foi, posteriormente, alargada pelo artigo 188.º, n.º 2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que

aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional e, pelo artigo 19º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que aprovou a Lei do Cibercrime.

O objeto de regulamentação – as ações encobertas – encontra-se plasmado no n.º 2 do artigo 1.º do RJAM. Estabelece que são ações desenvolvidas por “funcionários de investigação criminal ou terceiros, atuando sob controlo da Polícia Judiciária”, não só para fins de investigação criminal, mas também de prevenção criminal, sendo que os agentes atuam com “ocultação da sua qualidade e identidade”, cuja caraterística é a essência para que as ações encobertas estejam no âmbito da regulamentação do presente regime jurídico.

Concordamos com Valente (2012, p. 417), quando exprime que segundo este artigo são excluídos os “funcionários da mesma natureza da Polícia de Segurança Pública e/ou da Guarda Nacional Republicana”.

O artigo 2.º do RJAM enuncia o catálogo de crimes para os quais as ações encobertas podem ser utilizadas. Esta ampliação “não é mais do que ajustar a lei aos tempos” (Gonçalves; Alves; Valente, 2001, p. 48), onde a própria evolução da sociedade, cada vez mais individualista e violenta e a era tecnológica contribuíram também para o aumento dos crimes mais graves.

Partilhamos da opinião de Pereira (2004, p. 19) quando refere que o alargamento do catálogo de crimes surgiu tendo em conta “a gravidade do crime (homicídio); dificuldades de prova (crimes sexuais); combate à criminalidade organizada e violenta; tutela de bens jurídicos estatais e sociais”.

O catálogo de crimes representa “o primeiro padrão e medida de proporcionalidade querida pelo legislador, e como tal, imposta ao intérprete e aplicador” (Andrade, 2008, p. 349); porém, pelo facto das ações encobertas poderem ser utilizadas para fins de investigação e de prevenção da criminalidade poderemos estar perante uma utilização vulgarizada e generalizada deste meio de obtenção de prova, ao qual apenas se deveria poder recorrer, quando todos os restantes meios sejam “humana e inteligentemente incapazes de descobrir a verdade para que se realize justiça e se alcance a paz jurídica” (Valente, 2012, p. 422).

Entendemos que no princípio da prevenção criminal, função atribuída à Polícia através do n.º 3 do artigo 272.º da Constituição da República Portuguesa, apenas devem ser utilizadas na media *stricto sensu* respeitante a medidas de proteção de pessoas e bens, de vigilância de indivíduos e locais suspeitos, com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Os pressupostos e os requisitos necessários para obtenção de autorização para o recurso à técnica de infiltração vêm consagrados no artigo 3.º do RJAM. Desde logo, pelo n.º 1 definem-se os pressupostos das ações encobertas que devem ser adequadas aos fins de prevenção criminal e que só após recolhidos sérios indícios de que está ou estará prevista a prática um crime consignado no artigo 2.º, proporcionalmente, poder-se-á colocar em prática a investigação com vista descobrir a verdade material probatória sobre os factos ilícitos, pois os fins justificam os meios (Oneto, 2005).

O recurso a uma ação deste tipo depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente (n.º 3) o que, implicitamente, obriga a existência controlo judicial do elemento infiltrado.

De acordo com o preceituado no artigo 32.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, “toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que não se prendam diretamente com os direitos fundamentais”.

Na fase de inquérito a entidade competente é o Ministério Público, existindo a obrigatoriedade de comunicação da ação ao Juiz de Instrução que, tacitamente estará autorizada, se o mesmo não proferir um despacho de recusa no prazo máximo de setenta e duas horas.

O facto de existir esta delegação de competências do Juiz de Instrução Criminal ao Ministério Público pode significar que estamos perante uma inconstitucionalidade material por violação do n.º 4 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa, materializado nos artigos 268.º e 269.º do Código de Processo Penal, senão vejamos: é nesta sede que se pretende investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes, a sua responsabilidade, descobrir e recolher provas, pelo que a intervenção do juiz é indispensável e não pode delegar essa competência, uma vez que estão em causa os direitos fundamentais do investigado (Pereira, 2004, p. 27).

A autoridade judiciária “competente para proceder à autorização do recurso ao agente infiltrado é e devia ser, por força constitucional, o Juiz de Instrução Criminal, desde logo, porque uma operação de infiltração impõe uma preparação técnica, ética e jurídica do infiltrado, afastando-se o *periculum in mora* de intervenção do Juiz de Instrução Criminal” (Valente, 2012) e, que por estarmos perante a utilização de um meio de obtenção de prova especial que colide na esfera dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a autorização não deveria ser da competência do Ministério Público.

Já no âmbito de prevenção criminal, em sentido estrito, a autoridade competente para autorizar a ação encoberta é o Juiz de Instrução junto do Tribunal de Investigação Criminal (tal como consagrado na constituição),

mediante proposta do Ministério Público, junto do Departamento Central de Investigação e Ação Penal (artigo 3.º, n.º 4 e 5 do RJAM).

Findada a intervenção do agente da ação encoberta poderá ser necessário elaborar um relato à autoridade judiciária competente, que não é mais do que uma peça processual essencial, que tem por função descrever o que ocorreu durante a própria ação. Compete à Polícia Judiciária a elaboração deste no prazo máximo de quarenta e oito horas após o *terminus* da ação (artigo 3.º, n.º 6 do RJAM), contudo, a autoridade judiciária só ordenará a sua junção ao processo, caso seja realmente indispensável a apresentação de prova (n.º 1 do artigo 4.º do RJAM), obedecendo assim ao “princípio da indispensabilidade” probatória. Contrariamente, torna-se dispensável se ao longo do processo se depreender que a sua “junção não é necessária (...) para questões de prova (...) ou por razões de segurança” (Valente, 2010, p. 554) do próprio elemento que atuou ficticiamente.

É no artigo 4.º do RJAM que está consagrada a proteção dos funcionários e terceiros, podendo o agente que atuou ficticiamente, oficiosamente ou a requerimento da Polícia Judiciária, prestar depoimento sob essa mesma identidade (n.º 3).

De acordo com o n.º 2, o processo fica na posse da respetiva Polícia e a apreciação da indispensabilidade do relato poderá ser remetida para o termo do inquérito ou da instrução, onde o Ministério Público pode ter a necessidade de justificar a dedução da acusação, conforme o estipulado no artigo 283.º do Código de Processo Penal ou, o Juiz de Instrução, para efeitos de pronúncia em termos probatórios, conforme o artigo 308.º do Código de Processo Penal (Valente, 2010).

Sempre que, por razões de indispensabilidade de prova, se exija a comparência do agente infiltrado em audiência de julgamento, estipula o n.º 6 que observar-se-á sempre, de acordo com o artigo 87.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, “uma restrição a livre assistência do público ou que o ato, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade” (n.º 3 do artigo 59.º - A da Lei 45/96, de 3 de setembro) e que deverá seguir o estipulado na Lei n.º 93/99, de 14 de julho, que “regula a aplicação das medidas de proteção de testemunhas em processo penal”.

À junção do relato do processo por ser “indispensável enquanto meio de prova, terá de implicar necessariamente o chamamento do agente infiltrado a depor em audiência de julgamento e deverá ser corroborado por outros meios de prova” (Pereira, 2010, p. 154). De acordo com o preceituado no n.º 4 do artigo 356.º do Código de Processo Penal, a mera leitura do relato não deve ser admitida, por respeito ao princípio do contraditório.

O artigo 5º do RJAM consagra outra medida de proteção do agente infiltrado, visto que “o risco que o agente corre não é comum, mas sim anormal pelo que se impõe por necessidade e exigibilidade que os agentes encobertos atuem sob identidade fictícia” (Valente, 2010, p. 555-557).

Esta utilização apenas é aplicável aos agentes de polícia criminal, que por força do n.º 1, esta utilização não é uma obrigatoriedade, e não a terceiros que não sejam funcionários de investigação criminal e que trabalhem coordenadamente com a Polícia Judiciária, aos quais se aplicam as medidas de proteção de testemunhas em processo penal, conforme estipula a Lei n.º 93/99, de 14 de julho.

É elemento comum de uma ação encoberta a ocultação da qualidade do agente (de polícia criminal ou de terceiro), através do recurso ao engano, fazendo-se passar por alguém que não é, que o distingue, define e materializa a sua relação de confiança e proximidade junto do suspeito investigado. A identidade fictícia (artigo 5.º do RJAM) é atribuída por despacho do Ministro da Justiça, sob proposta do diretor nacional da Polícia Judiciária, sendo-lhe atribuída um período de validade de seis meses prorrogáveis por períodos de igual duração, a qual é classificada de secreta, devendo fazer referência à identidade verdadeira do agente infiltrado.

Neste período, o respetivo funcionário de investigação criminal fica autorizado a atuar sob essa identidade, quer no exercício da investigação quer genericamente em todas as circunstâncias jurídico-sociais, como e.g. no título de identificação, de condução ou bancário.

5 DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE INFILTRADO

Toda a atividade do Estado, preventiva ou repressiva, deverá estar limitada de forma a levar a cabo uma prossecução penal contra a criminalidade com respeito pelo postulado num processo penal garantista. A ação do agente infiltrado deve ter como limite os direitos fundamentais dos suspeitos investigados.

Em contrapartida, temos a perfeita noção dos perigos inerentes de uma ação encoberta. Poderá, por vezes, o agente infiltrado ter que praticar atos ilícitos para ganhar a confiança da organização em que se infiltrá, consumir drogas ou substâncias psicotrópicas ou omitir a ajuda direta a uma vítima da própria organização.

O artigo 6.º do RJAM isenta a responsabilidade do agente infiltrado. Esta referência legislativa não significa, diretamente, que o agente está autorizado a delinquir. Este artigo tem como fonte o artigo 282.º, n.º 5 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* espanhola (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) que estabelece que “o agente infiltrado estará isento de responsabilidade criminal por aquelas atuações que sejam consequência necessária do desenvolvimento da investigação, sempre com a salvaguarda da devida proporcionalidade com a finalidade da mesma e não constituam uma provocação ao delito”.

Desta isenção se afere a responsabilidade da atuação do infiltrado, com factos da exclusão da ilicitude ou da culpa, através de uma rigorosa verificação dos seus requisitos, como *e.g.* especialmente em casos de perigo iminente para a vida ou integridade física do agente, conforme o estipulado nos artigos 31.º e seguintes do Código Penal.

O n.º 1 do artigo 6.º do RJAM isenta a responsabilidade penal do agente infiltrado sob a “prática de atos preparatórios ou de execução de uma infração (...).” Na mesma linha, o artigo 21.º do Código Penal estabelece que os atos preparatórios, isto é, os atos que ocorrem entre a preparação e a consumação do ilícito e que antecedem a execução de um crime, por princípio não são puníveis, pelo que não será necessário apelar a nenhuma causa de exclusão.

Porém, no que diz respeito a alguns crimes de catálogo previstos no artigo 2.º do RJAM, os atos preparatórios do agente infiltrado já poderão ser punidos e, nesses casos, já poderia haver lugar à sua responsabilidade criminal, tornando-se indispensável a aplicação da causa de justificação do artigo 6.º. Por exemplo, a prática dos atos preparatórios previstos no artigo 271.º do Código Penal - falsificação de cunhos, pesos e objetos análogos - relativamente aos crimes previstos na al. q) do artigo 2.º; ou dos atos preparatórios estipulados no artigo 275.º do Código Penal - substâncias explosivas - em relação aos crimes da al. g) do artigo 2.º; ou em relação aos crimes da al. e) do artigo 2.º relativamente aos atos preparatórios previstos no artigo 2.º, n.º 4 da Lei n.º 52/2004, de 22 de agosto (Lei de combate ao terrorismo).

Relativamente aos atos de execução, previstos no n.º 2 do artigo 22.º do Código Penal constituem elementos da tentativa do cometimento de um crime, com relação direta com a decisão de o cometer e não com a consumação desse, onde “face ao teor da norma estão afastadas do seu âmbito as infrações consumadas” (Oneto, 2005, p. 152).

Mas, estes atos já contêm um momento de ilicitude, porque ainda que não produzam uma lesão do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do crime consumado, não são atos exclusivos da tentativa,

pois mesmo nos crimes consumados o agente poderá praticar todos os atos de execução ou, poderá não praticar todos os atos de execução necessários à consumação desse crime ou poderá praticá-los na sua totalidade e não haver consumação do crime, caso estejamos perante uma tentativa inacabada ou uma tentativa acabada, respetivamente. Neste sentido, os atos de execução embora integrem os atos previstos na forma do crime de tentativa, não são exclusivos dos fatos tentados.

Resulta do artigo em apreço que os atos de execução do agente infiltrado devem ser participados “(...) em qualquer forma de comparticipação diversa da instigação e da autoria mediata (...)”, pelo que existe uma clara intenção do legislador em limitar a ação do agente a situações de comparticipação, com exclusão da ilicitude dos seus atos de execução sob a forma de cumplicidade, considerando-se inadmissível o mesmo ser um autor singular de uma ação criminosa.

A comparticipação criminosa postula que uma pluralidade de intervenientes concorrem para a prática de um facto penalmente relevante. A questão nas regras da comparticipação criminosa é saber, dentro da prática de um facto, quem é o responsável, por que e em que termos, conforme o postulado nos artigos 26.º ao 29.º do Código Penal.

Ora, a cumplicidade é um ato de auxílio ou de apoio a um facto praticado por outrem, pelo que se caracteriza pela ausência de atos de execução. Interpretando que legislador se quer referir a atos na forma tentada, estaríamos perante atos de tentativa na cumplicidade, pelo que é punível a assistência prestada sob a forma de factos tentados a outrem, ou seja, a cumplicidade na tentativa, visto que já estará em curso a execução um crime; ao invés, a tentativa de cumplicidade ou cumplicidade falhada já não é punível.

A eficiência que tanto se pretende com a utilização desta técnica de obtenção de prova no combate a certo tipo de criminalidade fica diminuída se a sua ação ficar limitada a ações de tentativa, pois dificilmente conseguir-se-ão alcançar os membros da organização de níveis superiores, com uma elevada subtração da eficácia de prevenção de certo tipo de criminalidade mais grave (Oneto, 2005).

Os atos de tentativa não serão os suficientes para afrontar os crimes de consumação antecipada limitando a ação do agente infiltrado. São os casos relativos ao crime de catálogo previsto no artigo 2.º al. I) do RJAM, respeitante ao “tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas”, onde bastaria que o agente infiltrado estivesse na posse do produto ilícito para se verificar a consumação do crime.

Anteriormente, o artigo 59.^º do Decreto-Lei n.^º 15/93, de 15 de agosto, excluía a punibilidade do agente caso aceitasse a entrega de estupefaciente. Situação análoga se afiguraria relativo aos crimes de catálogo previstos no artigo 2.^º al. j), “associações criminosas”, e al. f), “organizações terroristas e terrorismo”, cujos crimes estão previstos no artigo 299.^º do Código Penal e no artigo 28.^º do Decreto-Lei n.^º 15/93, de 15 de agosto e, artigo 2.^º da Lei n.^º 52/2003, de 22 de agosto, respetivamente, onde bastaria que o agente infiltrado se ligasse, se juntasse ou apoiasse uma organização ou associação para haver lugar à consumação do crime.

A interpretação do artigo 6º do RJAM terá que ser corretamente analisado e interpretado, pois a referência à prática de atos de execução referem-se a atos com relevância penal que poderão ficar na esteira da tentativa ou da consumação, incluindo a cumplicidade através de atos de auxílio (Albuquerque, 2009).

É certo que se for possível e suficiente que o agente infiltrado se fique pela prática de atos tentados, será dessa forma que o mesmo deverá atuar, sob o requisito da proporcionalidade. Na nossa opinião deveria o legislador ter optado, simplesmente, pela utilização do conceito “atos”, ao invés de destrinchá-los.

Afastadas as formas da comparticipação de instigação e de autoria mediata (artigo 26.^º do Código Penal), estabelece a doutrina que o agente infiltrado deve limitar a sua atuação em situações de comparticipação. Entenda-se por comparticipação como uma situação com uma pluralidade de intervenientes na execução de um facto.

Defende Oneto (2005) que o que se pretende através da ação do agente infiltrado é a obtenção de material probatório, pelo que só se justificariam os atos típicos do mesmo no âmbito de uma cooperação, o necessário e o suficiente para a recolha dos meios de prova necessários para obter uma efetiva condenação dos participantes. Assim sendo, resta ao agente infiltrado atuar em coautoria ou em cumplicidade (Meireis, 1999; Pereira, 2004).

O mesmo pode ser coautor num crime, ou seja, “tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros” (terceira proposição do artigo 26.^º do Código Penal). Neste caso, existe uma concertação de vontades para a prática do facto criminoso, que poderá ser através de uma decisão conjunta prévia ou de uma decisão no momento da prática do facto. Contudo, o agente nunca poderá colocar em causa o princípio da adequação, nem induzir os restantes (coautores) à prática do crime, porque caso contrário, não estaria isento de responsabilidade.

Todavia, por vezes, o agente infiltrado necessita de praticar atos que consubstanciam a prática de crimes como forma de protegerem o seu disfarce e assim ganhar a confiança e a lealdade dos membros de um grupo criminoso onde se quer inserir, atuando como autor imediato singular do crime, numa lógica de “comparticipação”, cuja conduta do agente se encontra compreendida na justificação do RJAM (Pereira, 2004).

Estabelece-se então que o agente infiltrado deve atuar numa “lógica de comparticipação”, onde a isenção de responsabilidade da conduta do mesmo deverá resultar de uma “verdadeira causa de justificação, nos termos da alínea c) do n.º 2 do artigo 31.º do Código Penal”, no qual o “agente policial, (...) lançaria sempre mão da legítima defesa ou do direito de necessidade para a defesa de bens jurídicos cuja ofensa estivesse iminente” (Pereira, 2004, p. 30-32).

O agente infiltrado atua “legitimado pela lei e ainda no cumprimento de um dever, estando claramente, excluída assim a ilicitude, nos termos das referidas leis e do artigo 31.º, n.º 1 e 2, alínea c) do Código Penal” (Gonçalves; Alves; Valente, 2001, p. 267-268).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Será o agente infiltrado isento da sua responsabilidade penal para quaisquer atos que pratique durante a ação encoberta? Este trabalho de investigação permitiu-nos responder a esta questão de partida e concluir que a descoberta da verdade material, como finalidade do processo penal, deve ser alcançada com base na justiça e na verdade e, para que haja uma validação das provas obtidas, o agente infiltrado aquando da intromissão na vida privada dos cidadãos deverá respeitar a essência dos seus direitos fundamentais, devendo restringir-se somente ao necessário, tendo como estandarte o limite previsto no n.º 3 do artigo 18.º da Constituição Portuguesa.

Dúvidas não existem que a técnica da infiltração policial se reveste de um caráter de excepcionalidade sob a alçada do respeito pelos direitos fundamentais, diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e da vida privada do visado, e por tal deve ser utilizada como a *ultima ratio* das técnicas da investigação criminal.

Inferimos a primeira hipótese indicada, porque a utilização da técnica da infiltração policial não pode derivar diretamente do fenómeno

da criminalidade grave e organizada, onde a demanda da eficácia da justiça penal não justifica, por si só, a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos quando se conseguiria obter a mesma prova material através de outros métodos menos violadores e condicionadores da condição humana.

Igualmente, inferimos a segunda hipótese de investigação, porquanto no alcance do sucesso do desenvolvimento normal da investigação o agente terá, em muitos casos, que cometer crimes no seio do grupo criminógeno, havendo lugar à isenção da sua responsabilidade penal apenas para atos de tentativa e só sob a forma de comparticipação. O agente infiltrado atua junto do suspeito com recurso a um engano, com o intuito de se aproximar dele e obter informações que facilitem a obtenção da prova material. Neste limite do engano, o agente infiltrado pode atuar numa forma de comparticipação, sob o postulado da legítima defesa ou do direito de necessidade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto. **Comentário do código de processo penal – à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** 3. ed. atual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. “Bruscamente no verão passado”, A reforma do código de processo penal – observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. **Revista Legislação de Jurisprudência**, ano 137, n. 3950, maio/jun. 2008.

ANDRADE, Manuel da Costa. Métodos ocultos de investigação (plädoyer para uma teoria geral). In: MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novessa (coord.). **Que futuro para o direito processual penal?**, SIMPÓSIO EM HOMENAGEM A JORGE DE FIGUEIREDO DIAS POR OCASIÃO DOS 20 ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PORTUGUÊS, Escola de Direito da Universidade do Minho. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições da prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal.** reimpr. Coimbra: Almedina, 1992. v. 2.

COSTA, Eduardo Maia. Agente provocador / agente infiltrado. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 24, n. 93, jan./mar. 2003.

GONÇALVES, Ferna-Cndo; ALVES, Manuel João; VALENTE, Manuel M. Guedes. **Lei e crime:** o agente infiltrado e o agente provocador – os princípios do processo penal. Coimbra: Almedina, 2001.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. **O regime das provas obtidas pelo agente provocador.** Coimbra: Almedina, 1999.

MONTE, Mário Ferreira. A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no Processo Penal. **Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**, Universidade do Minho, t. 46, n. 265/267, 1997.

ONETO, Isabel. **O agente infiltrado:** contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Rui. O “agente encoberto” na ordem jurídica portuguesa. In: PEREIRA, Rui. **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira - Centro de Estudos Judiciários.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PEREIRA, Susana. **A recolha de prova por agente infiltrado. Prova criminal e direito de defesa.** In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (coord.). Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2010.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado:** procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, Germano Marques da. Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democrático e da lealdade em processo penal. **Direito e Justiça – Revista de FDUCP**, Lisboa, v.8, t. 2, 1994.

SILVA, Germano Marques da. **Ética policial e sociedade democrática.** Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

SILVA, Germano Marques da. Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa. **Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa.** Volume de Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, Lisboa, v. 3, 1988.

SILVA, Germano Marques. **Ética policial e sociedade democrática.** Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Evolução sócio-jurídica da criminalidade. In: **SEMINÁRIO SEGURANÇA NOS CENTROS COMERCIAIS**, Lisboa, dez, 2002.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Regime Jurídico da Investigação Criminal:** comentado e anotado. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. O agente infiltrado na investigação e prevenção dos crimes de corrupção e de branqueamento de capitais. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Dos órgãos de polícia criminal:** natureza, intervenção, cooperação. Coimbra: Almedina, 2004.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Conhecimentos fortuitos:** a busca de um equilíbrio apuleiano. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Regime jurídico da investigação criminal.** 3. ed. rev. aum. Coimbra: Almedina, 2006.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. A investigação do crime organizado. Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. (coord.). **Criminalidade organizada e criminalidade em massa:** interferências e ingerências mútuas. Coimbra: Almedina, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t.1.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria geral do direito policial.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.



**DIREITO
AMBIENTAL**



CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E AMBIENTE A PROTEÇÃO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL NO MODELO DA CARTA DE 1988

*Igor Adriano Trinta Marques **
*Joaquim Ribeiro de Souza Júnior ***

Resumo: Visa-se neste trabalho tecer considerações sobre a proteção ambiental constitucional brasileira, focando nos efeitos que o Neoconstitucionalismo proporcionou ao tema em questão. Para isso, estudar-se-á a Teoria da Constituição com enfoque no desenvolvimento do movimento neoconstitucionalista. A partir dessa verificação, avança-se para o estudo da proteção ambiental conferida no bojo das constituições brasileiras ao longo da história, culminando com o estudo dos dispositivos constitucionais que promovem a proteção ambiental. Norteado pelo método dedutivo e partindo-se de uma análise minuciosa do material coletado, o objetivo de estudar a proteção ambiental constitucional do modelo da Constituição de 1988 fora concluído.

Palavras-chave: direito ambiental; neoconstitucionalismo; proteção ambiental.

Abstract: The aim of this work is to make considerations about the Brazilian constitutional environmental protection, focusing on the effects that Neoconstitutionalism provided to the subject in question. For this, the Constitution Theory will be studied with a focus on the development of the neoconstitutionalist movement. From this verification, it moves towards the study of environmental protection conferred in the heart of Brazilian constitutions throughout history. Culminating with the study of constitutional provisions that promote environmental protection. Guided by the deductive method and starting from a thorough analysis of the collected material, the objective of studying the constitutional environmental protection of the 1988 Constitution model for candidates.

Keywords: environmental law; neoconstitutionalism; environmental protection.

* Doutorando em Direito pela PUCRS/UNDB. Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: igor_trinta@hotmail.com.

** Doutorando em Direito pela PUCRS/UNDB. Mestre em Direito. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. E-mail: joaquimjunior33@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história, pode ser observado que a teoria da constituição buscou se desenvolver no sentido de cada vez mais conferir a efetividade dos direitos fundamentais. O processo de constitucionalização que adquiriu força posteriormente às revoluções que findaram com o absolutismo monárquico desenvolveu a democracia e a estruturação de um estado de direito.

A busca pela efetividade e a defesa da força normativa da constituição, amplamente defendida Konrad Hesse, no que toca à proteção do meio ambiente é um assunto novo e que baseia o desenvolvimento de uma novel interpretação constitucional no Brasil, devendo o moderno olhar ser difundido para as leis infraconstitucionais nacionais.

No Brasil, a preocupação com a proteção ambiental foi lenta e gradual. A práxis demonstra que, não raro, interesses econômicos subjugam a promoção da proteção ambiental. Tendo em vista a importância e a necessidade de se analisar os efeitos da constitucionalização ambiental no território brasileiro, urge o questionamento, se o modelo da Constituição de 1988 trouxe, na perspectiva do Neoconstitucionalismo, um arcabouço normativo bem mais amplo e efetivo que as normas das constituições anteriores no que concerne à proteção ambiental.

O presente trabalho avalia os avanços trazidos pela Constituição, bem como pela doutrina constitucional, demonstrando que o Estado se encarregou de cumprir novas obrigações, a exemplo da promoção da qualidade de vida. Para tal, importante se faz uma análise da proteção ambiental ao longo das constituições brasileiras.

O trabalho está dividido em três partes, quais sejam: o Neoconstitucionalismo e o Direito Ambiental; o Direito Ambiental nas constituições brasileiras; e a proteção ambiental na Constituição de 1988.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO AMBIENTAL

O constitucionalismo reflete um movimento defensor da ideia de que o poder de determinado estado deve sofrer limitações através da separação dos poderes e da prevalência de direitos individuais fundamentais. Com isso, limita-se o poder arbitrário muito comum observado durante o antigo regime.

A respeito, Canotilho (2017, p. 51) elucida que o constitucionalismo é:

[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Ainda durante o período da Antiguidade Clássica, timidamente notam-se indícios do surgimento do movimento constitucionalista, porquanto a democracia direta experimentada nas Cidades-Estados da Grécia conferia poder político aos cidadãos, em uma ideia de democracia. Também há que se falar nos Hebreus, com a figura dos profetas e da lei divina que se sobreponha às leis humanas. No que concerne ao Direito Romano, este começou a trazer a ideia de leis positivadas, com suas normas de Direito Público que se sobreponham às demais normas.

Contudo, o grande marco do constitucionalismo é a Magna Carta de 1215, um pacto entre, de um lado, o rei, e de outro lado, a nobreza, ou os barões ingleses. Este pacto ficou traduzido na forma de um documento escrito, com algumas cláusulas que limitavam o poder do rei e garantiam certos direitos. Essa ideia de um documento jurídico que limite o poder político ao tempo em que estabeleça direitos e garantias passa a ser essencial para a concepção contemporânea de constituição.

Sobre estas, cumpre destacar os dois marcos mais significativos: Constitucionalismo Americano e o Constitucionalismo Francês. Apesar de muitas diferenças históricas e culturais e de as origens dos movimentos terem suas diferenças, em termos de fatos históricos, tem-se determinados pontos comuns tanto no modelo francês quanto no Americano. Seria a ideia de limitação do poder através da separação de poderes e dos direitos individuais. A respeito, Bello Filho (2012) reflete:

Quando do surgimento dos direitos fundamentais, a sua razão de ser era a natural oposição entre o cidadão e o Estado. Era seu objetivo maior a proteção do hipossuficiente frente à clara força de quem detinha

o poder. Na origem, eles eram direitos subjetivos públicos, ou direitos oponíveis pelo cidadão ao Estado.

Nessa toada, o Constitucionalismo Contemporâneo vê-se marcado por constituições muito amplas, muito analíticas, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988, refletindo o totalitarismo constitucional, em que se observa a previsão de temas muito acessórios e supérfluos, que poderiam ser regulados por uma lei e até por um decreto, mas que terminam encontrando sede constitucional.

Nesse cenário é que se desponta o Neoconstitucionalismo. Trata-se de movimento que impulsiona a força normativa da Constituição buscando fomentar sua efetividade. A Constituição, desta forma, é dotada de normas que não apenas revelam ideais de justiça e valores políticos e morais, mas, sim, ela é destinada a controlar, transformar e a ser efetiva.

Efetividade, no caso, refere-se à produção de resultados concretos e não apenas descrições e previsões abstratas, sem efetividade e sem aplicação concreta. Para tal, o movimento constitucional em apreço busca enfatizar os valores, uma reaproximação entre direito e moral, fenômeno próprio do pós-positivismo. No tocante a esse aspecto, Agra (2008, p. 31) aduz que:

o seu modelo normativo não é o descriptivo ou deontológico, mas o axiológico. No constitucionalismo moderno a diferença entre normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A ‘Constituição como valor em si’. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.

Ainda, segundo Cunha Júnior (2015),

[...] foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro

axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Como já afirmado, o neoconstitucionalismo, por conta da reaproximação entre direito e moral, teve como marco filosófico o pós-positivismo, fomentando a ideia do jusnaturalismo moderno. Lenza (2020, p. 71) explica que o pós-positivismo “busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.

Tal posicionamento é justificado quando se observa o contexto histórico de final da 2^a Guerra, oportunidade em que os regimes fascista e nazista fundamentavam as atrocidades cometidas justamente com as leis positivadas, situação que perdeu espaço para o retorno ao direito à ética e os valores.

Padilha (2020, p. 48) elucida que:

Dessa forma, o mero constitucionalismo, que buscava limitação do poder político, já não é mais suficiente; mais do que limitação, é necessário garantir a eficácia do texto magno. Assim, o caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.

A busca pela efetividade das normas espelha a ideia de força normativa que a constituição deve ter, posicionamento defendido por Konrad Hesse. Em resumo, Hesse (1991, p. 60) afirma:

[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social.

Para isso, faz-se necessário que o conteúdo da constituição corresponda à natureza singular do presente, ou seja, que incorpore

o estado espiritual de seu tempo, bem como que seja possível adaptá-la a quaisquer alterações de condicionantes. E é nesse contexto que urge a necessidade de se proteger o meio ambiente e buscar ferramentas para tal. Silva (2020), explica que:

o neoconstitucionalismo ambiental representa um movimento no qual se assenta a ideia da instituição de um inevitável e necessário Estado de Direito Ambiental. Neste sentido, todo o conjunto de disposições constitucionais relativas à defesa ambiental evocaria um clamor pela efetividade de seus comandos e preceitos, de modo que uma mudança de paradigma houvesse nesta matéria. Como um dos alicerces do neoconstitucionalismo é a interpretação constitucional, seria esta a alma do novo corpo da política ambiental.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo ambiental brasileiro foi influenciado pela crise ambiental, que se vislumbrou na década de sessenta nos Estados Unidos e Europa. Essa crise não findou e passou do Norte para o Sul, em escala crescente. É uma preocupação internacional de sobrevivência de humanos e seu ambiente como um todo. Tendo tal conjuntura em vista, iniciou-se a série de reuniões internacionais organizadas pela ONU, na qual a Conferência de 1972 teve grande impacto e inspirou o constitucionalismo ambiental brasileiro.

Com a Constituição de 1988 o Direito Ambiental se firmou como um Direito autônomo, dado que o art. 225 traz em seu arcabouço seus princípios reitores, e seu núcleo com o princípio do desenvolvimento sustentável. Desse modo, o meio ambiente é um direito e um dever, quando estabelece que o Poder Público e a coletividade têm o dever de protegê-lo, mas Blank (2013) entende que:

a globalização impôs a necessidade da determinação de um novo conceito de soberania, com perspectivas que envolvam, inclusive, a proteção ao meio ambiente. [...] A efetividade e a aplicabilidade da Constituição conquistaram a condição plena de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. [...]. A efetividade e a aplicabilidade da Constituição

são as bases sobre as quais se desenvolveu no Brasil uma nova interpretação constitucional. Desse modo, o Estado é sujeito de constantes demandas sociais que exigem uma realidade orientada para o ambiente, buscando suprir as necessidades de uma sociedade repleta de carências. Passa a ser evidente o surgimento de uma sociedade produtora de riscos que afetam ou podem afetar toda a humanidade, inserindo-se a ideia da indispensável proteção do meio ambiente como um dos escopos fundamentais do Estado.

Denota-se, por conseguinte, as diferentes configurações que o Estado Democrático de Direito vem assumindo. Desse modo, diante dos desafios emergentes da crise ambiental e da sociedade altamente tecnológica e industrializada, surge a necessidade de um novo modelo, transcendendo os paradigmas prévios do Estado Liberal e do Estado Social, os quais devem ceder lugar a uma abordagem renovada e proativa.

Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2017, p. 310) corroboram com o entendimento:

Como se pode perceber, a miséria e a pobreza caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando, por duas vias distintas, a sua dignidade. Dentre outros aspectos, assume particular relevo a proposta de uma proteção (e promoção) compartilhada e integrada dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, agrupados sob o rótulo genérico de direitos fundamentais socioambientais ou direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, assegurando as condições mínimas para a preservação da qualidade de vida, aquém das quais poderá ainda haver vida, mas essa não será digna de ser vivida.

É relevante ressaltar a emergência do conceito de "Constitucionalismo Ecológico", que surge como resultado da interseção entre o direito constitucional, o direito internacional, os direitos fundamentais e o direito ambiental. Conforme expresso por Nunes Júnior (2019, p.160), este conceito abrange a crescente inserção de questões ambientais no âmbito constitucional, elevando-as de sua tradicional posição subalterna na legislação infraconstitucional devido à sua crescente importância e relevância.

3 O DIREITO AMBIENTAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

No contexto brasileiro, a partir da segunda metade do século XX, o direito ambiental começou a emergir de forma gradual, visando proteger diversos elementos ambientais específicos, como as florestas, os corpos d'água, a fauna e outros recursos naturais. Antes de mais nada, cabe dizer que o direito ambiental brasileiro (conjunto de regras e princípios, formais e materiais, que regulam esta ciência) é recente.

Muito embora seus componentes e até seu objeto de tutela estejam ligados à própria origem do ser humano, conforme afirma Rodrigues (2018, p. 45), não se pode negar que o tratamento do tema visto sob uma perspectiva autônoma, altruísta e com alguma similitude com o sentido que se lhe tem dado atualmente não é tão primevo assim. É por isso que se diz que o direito ambiental é uma ciência nova.

Atualmente se observa a forte presença de um conteúdo de cunho ambientalista no bojo da Constituição Federal de 1988. Entretanto, importante se faz uma análise do teor das pretéritas constituições brasileiras.

A Constituição Imperial de 1824 não esboçou qualquer preocupação com a proteção ambiental ou qualquer menção ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cuidando de zelar pelo governo monárquico, hereditário e constitucional, normatizando o inédito Poder Moderador.

A Constituição Brasileira de 1891, por ser a primeira da República, evidentemente que rompeu com a forma monárquica e instaurou o sistema de governo presidencialista. No que tange à proteção ambiental, igual à anterior constituição, também não versou sobre qualquer defesa do meio ambiente. Todavia, cumpre destacar que ainda não havia separação do tema entre solo e subsolo, permanecendo sob o domínio do particular toda a riqueza do subsolo.

No que atine à Constituição de 1934, notam-se algumas mudanças, como alusões ao princípio da dignidade humana, quando versa brevemente sobre Direitos e das Garantias Individuais. Ademais, a referida constituição manifesta uma preocupação com a educação, criando-se, de maneira embrionária, o meio ambiente cultural.

É através, também, da Constituição de 1934 que a propriedade do solo e do subsolo passam a ser diferenciadas, considerando-se da União todo e qualquer bem que se encontre no subsolo do País.

A respeito da Constituição de 1937, conhecida por “Constituição Polaca”, ressalta-se o período ditatorial ora vivido, ocasião em que o então

Presidente, Getúlio Vargas, legislava com total liberdade a respeito de diversas matérias por meio de decretos-lei. Destaca-se, nesse sentido, o Decreto 25, que especificou a organização do bem cultural, e mais objetivamente quanto ao instituto do tombamento, que tem por finalidade a conservação dos bens imóveis e imóveis de interesse ambiental e cultural, mas não ganhou espaço constitucional, e ainda vigora no ordenamento jurídico.

Posteriormente, com o advento da Constituição de 1946, findou-se o autoritarismo de Getúlio Vargas, contudo não havia menção alguma a respeito da proteção ambiental. Na sequência, a Constituição de 1967, bem como a sua modificação pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, não estabeleceu nenhum artigo relativo à proteção ambiental. Sobre o tema, Antunes (2017, p. 88) aduz que:

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve as competências. Houve, entretanto, uma pequena mudança no que diz respeito às competências legislativas em relação à energia, que foi subdividida em elétrica, térmica, nuclear ou de qualquer natureza. Um balanço geral das competências constitucionais em matéria ambiental demonstra que o tema, até a Constituição de 1988, mereceu tratamento apenas tangencial e que a principal preocupação do constituinte sempre foi com a infraestrutura para o desenvolvimento econômico.

Foi então com a Constituição de 1988 que se passou a conter a proteção ao meio ambiente em uma constituição, representando a importância da proteção ambiental na vida da presente e das futuras gerações. É no seu Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Capítulo VI - “Do Meio Ambiente”, que o ambiente passa a ter status de direito fundamental.

Nesse passo pode-se seguir além, ou seja, afirmar que o meio ambiente é direito à vida pois o art. 225 da Constituição Federal estabelece que os bens ambientais são imprescindíveis para se viver em um ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, é necessário que o ar que se respira seja puro, que a água que se bebe seja de boa qualidade, que os produtos alimentícios sejam plantados de forma adequada ao

consumo humano, que as paisagens naturais, artificiais sejam protegidas, enfim que a biodiversidade seja protegida do próprio homem (Costa; Rezende, 2012).

A Constituição atual do Brasil é notável por ser a primeira a abordar diretamente a proteção ambiental. Esse aspecto é crucial, pois ressalta a relevância cada vez mais evidente da preservação do meio ambiente em nosso ordenamento jurídico e na consciência social. Essa inclusão não apenas evidencia a preocupação com a sustentabilidade ambiental, mas também enfatiza a necessidade urgente de considerar os impactos das ações do presente sobre o meio ambiente e as futuras gerações.

4 A PROTEÇÃO AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já constatado, a atual Constituição de 1988, diferente das constituições anteriores, inovou, conferindo em seu texto a proteção à natureza, transformando, desta maneira, o tratamento jurídico do meio ambiente. Não houve nenhuma constituição brasileira que se ocupou da proteção da questão ambiental de forma específica como a de 1988.

Rodrigues (2018, p. 48) ratifica o entendimento afirmando que “o advento da Constituição de 1988 trouxe o arcabouço jurídico que faltava para que o Direito Ambiental fosse içado à categoria de ciência autônoma. Isso porque é no Texto Maior que se encontram insculpidos os princípios do Direito Ambiental”.

O referido amparo ambiental encontra-se no Capítulo VI do Título VIII da Constituição Federal, constituído unicamente pelo artigo 225 e respectivos parágrafos, trazendo a relação de deveres e direitos cujo intento é a preservação, proteção e promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2008), Ministro do Superior Tribunal de Justiça, aponta que:

a Constituição Federal de 1988 sepultou o paradigma liberal que via (e insiste em ver) no Direito apenas um instrumento de organização da vida econômica, unicamente orientado a resguardar certas liberdades básicas e a produção econômica - com isso reduzindo

o Estado à acanhada tarefa de estruturar e perenizar, com asséptica eficiência social, as atividades do mercado. Abandonamos, pois, o enfoque convencional da Constituição condenada a se tomar um simples regulamento econômico-administrativo, mutável ao sabor dos interesses e conveniências dos grupos dominantes. Ao mudar de rumo - inclusive quanto aos objetivos que visa a assegurar -, a Constituição, assim como em outros campos, transformou, de modo extraordinário, o tratamento jurídico do meio ambiente, apoiando-se nas técnicas legislativas referidas na primeira parte deste ensaio.

A Carta Magna elevou o conceito de meio ambiente ao patamar de valor intrínseco à ordem social, reservando-lhe um espaço exclusivo que oficialmente consagrou o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado como uma prerrogativa fundamental de cada indivíduo.

No artigo 225, em sua redação inicial, a Constituição consagra o meio ambiente como um direito público subjetivo, proclamando-o como um bem coletivo e compartilhado por todos os cidadãos. Antunes (2017, p. 89) corrobora o entendimento:

Vê-se, com clareza, que há, no contexto constitucional, um sistema de proteção ao meio ambiente que ultrapassa as meras disposições esparsas. Aqui reside a diferença fundamental entre a Constituição de 1988 e as que a precederam. Em 1988, buscou-se estabelecer uma harmonia entre os diferentes dispositivos voltados para a defesa do Meio Ambiente. A norma constitucional ambiental é parte integrante de um complexo mais amplo e podemos dizer, sem risco de errar, que ela faz a interseção entre as normas de natureza econômica e aquelas destinadas à proteção dos direitos individuais.

A Carta Magna atribuiu ao meio ambiente equilibrado um status primordial, reconhecendo-o como um componente essencial para a manutenção de uma qualidade de vida digna e saudável. Nesse sentido, a proteção do meio ambiente não se revela apenas como uma demanda normativa, mas como um requisito fundamental para a preservação de um dos direitos humanos mais básicos e inalienáveis: o direito à vida.

Cumpre exibir a reflexão de Trennepohl (2020, p. 97) na qual aduz que “o direito à vida, assegurado como direito fundamental, inclusive enquanto princípio do Direito Ambiental, e garantido pela dignidade da pessoa humana, ganha substancial reforço quanto ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.” De modo que “são direitos que se complementam e se fortalecem, mutuamente.”

Ademais, ainda no caput do artigo em comento, a Constituição conferiu ao Poder Público e à coletividade um legítimo dever para com o meio ambiente. Cuida-se de responsabilidade obrigatória, e não simples faculdade, atuar na preservação e na defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Não obstante o meio ambiente tenha merecido um capítulo exclusivo no Texto Constitucional, as disposições inclinadas a assegurar a preservação ambiental como princípio transpassam outros dispositivos constitucionais, conferindo à busca da qualidade ambiental uma transversalidade que firma limitações ao exercício de demais direitos e condiciona distintas garantias.

Assim, por exemplo, a atividade econômica, com fundamento na livre iniciativa, é condicionada à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente, conforme consta no art. 170 da CF/88. Trennepohl (2020, p. 102) destaca que “a proteção do meio ambiente, como versado no caput do artigo 225, não implica incompatibilidade com o art. 170 da Constituição, que trata dos princípios da ordem econômica”, concluindo que “o que deve ocorrer para que não haja conflito é a observância ao princípio do desenvolvimento sustentável.” De modo que “o planejamento do desenvolvimento deve acompanhar os princípios do equilíbrio, do limite, do poluidor-pagador, e de todos os outros que buscam o crescimento econômico aliado à preservação.”

Além disso, a função social da propriedade rural, conforme preconiza a Constituição Federal, encontra sua plena realização mediante o respeito integral às restrições estabelecidas pelas regulamentações voltadas à gestão sustentável dos recursos naturais e à conservação ambiental, conforme disposto no artigo 186.

Convém evidenciar que o §1º do artigo 225 apresenta variados instrumentos de garantia, com vistas a assegurar a efetividade da proteção ambiental. Conforme se depreende da leitura dos dispositivos, cabe ao Poder Público a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, com o provimento do manejo ecológico das espécies; a preservação da diversidade e integralidade do patrimônio genético do país; a definição de espaços territoriais e seus componentes a seres especialmente protegidos;

o controle e da produção de substâncias que importem risco para o meio ambiente; a promoção da educação ambiental; e a proteção à flora e à fauna.

Segundo a análise, o § 2º prenuncia a responsabilização do indivíduo que explorar recursos minerais, com a consequente recuperação do meio ambiente. Tal preceito está profundamente associado ao princípio da responsabilidade. Já o parágrafo seguinte discorre a respeito da responsabilização por infrações, também remetendo ao princípio da responsabilidade e, por conseguinte, à Lei dos Crimes Ambientais (nº 9.605/98).

No que atine ao § 4º, a Constituição delimita como patrimônio nacional a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato Grossense e a Zona Costeira, dando mais atenção a tais áreas. No tocante ao § 5º, a Magna Carta trata das terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, estabelecendo que são indisponíveis.

Importante instrumento de proteção ambiental está disposto no § 6º, no qual se vislumbra a necessidade de lei federal para instalação de usinas nucleares, matéria de competência da União. Por derradeiro, o § 7º foi inserido pela Emenda Constitucional nº 96, e trata como manifestações culturais as práticas desportivas que utilizam animais, desde que registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, assegurando-se o bem-estar dos animais envolvidos.

Conforme se averigua, “o meio ambiente deve, portanto, ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras” (Moraes, 2020, p. 1621), de sorte que “todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual.”

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito isso, depreende-se que o movimento Neoconstitucionalista, com o intento de buscar efetivar os dispositivos expostos nas constituições, fomentou maior atenção a direitos fundamentais, com vistas à concreta

consolidação destes. No Brasil, as influências de tal movimento podem ser destacadas observando-se a tendência de preocupação com os interesses difusos e, em especial, com o meio ambiente.

Após apurada análise das constituições brasileiras no que toca à proteção ambiental, constatou-se que a atual Constituição Federal de 1988 foi um novo paradigma, na medida em que trouxe um capítulo específico com foco exclusivo para o meio ambiente, estipulando-o como sendo direito de todos e conferindo-lhe a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, atribuindo ao poder público e à coletividade o dever de zelar e preservar para que as próximas gerações façam bom uso e usufruam livremente de um meio ambiente equilibrado.

A constitucionalização da proteção do meio ambiente é uma tendência internacional, contemporânea do surgimento e do processo de consolidação do Direito Ambiental. E, no Brasil, a Magna Carta de 1988 conferiu status constitucional de ciência autônoma a essa matéria, impulsionando a proteção que tanto se almeja.

Deste modo, infere-se que o modelo da Constituição de 1988, sob o prisma do Neoconstitucionalismo, trouxe, de fato, um arcabouço normativo bem mais amplo e efetivo que as normas das constituições anteriores no que concerne à proteção ambiental.

Isto posto, deseja-se que o presente trabalho possa contribuir com a comunidade acadêmica e com a sociedade em geral, no sentido de suscitar reflexões acerca do tema vislumbrado.

REFERÊNCIAS

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

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. **Curso de processo estrutural.** São Paulo: Revista dos Tribunas, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 1 mar. 2024.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ao ambiente:** da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos E. O meio ambiente a Constituição Federal de 1988. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 19, n. 1, jan./jun. 2008.

BLANK, Dionis Mauri Penning. A constitucionalização do direito e sua evolução na matéria ambiental. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Porto Alegre: Almedina, 2017.

COSTA, Beatriz Souza; REZENDE, Elcio Nacur. Neoconstitucionalismo brasileiro: o giro paradigmático de proteção ambiental. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UFF, 21., 2012. Rio de Janeiro. **Direito ambiental I.** Rio de Janeiro: FUNJAB, 2012. p. 23-52. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2015.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes na jurisdição constitucional:** da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Esquematizado).

MARÇAL, Felipe Barreto. **Processos estruturantes**. Salvador: JusPodivm, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix; OSNA, Gustavo (org). **Processos estruturais**. 4. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção Esquematizado).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Reflexos do neoconstitucionalismo na política ambiental brasileira. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 6, n. 6, p. 179-203, 2020.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. (Coleção o novo processo civil).

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

DISCURSOS INSTITUCIONAIS



DISCURSO POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE RECEBIMENTO DO TÍTULO DE CIDADÃ MARANHENSE *

Excelentíssima Senhora Iracema Vale, ilustre Presidente do Legislativo Maranhense, primeira mulher a comandar esta casa do povo, permita-me em seu nome saudar todas as mulheres presentes nesta solenidade.

Excelentíssimo Sr. Deputado Neto Evangelista, na pessoa de quem cumprimento, individualmente, os eminentes deputados e deputadas deste estado.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, em cujo nome saúdo todos os membros e servidores do ministério público aqui presentes.

Autoridades do Poder Judiciário e Executivo, presentes e representadas nesta solenidade, que abrillantam e dignificam este momento solene.

Meu querido amigo Raimundo Louro, ex-Deputado Estadual, autor da proposição desta grande honraria a mim conferida por este parlamento.

Meus queridos familiares e amigos,
Meus senhores e minhas senhoras,

É com justificada alegria e grande emoção que recebo hoje, nesta sessão solene, requerida pelo Deputado Neto Evangelista, a partir de proposição de autoria do amigo e ex-Deputado Raimundo Louro, com aprovação deste parlamento, o honroso título de cidadã maranhense.

Parafraseando os bíblicos ensinamentos do Rei Salomão, registrados no livro de Eclesiastes: “Tudo tem seu tempo determinado, e há tempo para todo propósito debaixo do céu. Há tempo de nascer, tempo de edificar e tempo de ser agraciado”.

Quis Deus fosse a data de hoje o dia determinado para a outorga oficial de tão importante honraria e, por isso, o meu coração está em festa.

* Proferido pela Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão, Dra. Maria Luíza Ribeiro Martins, em 27 de abril de 2023, em sessão solene na Assembleia Legislativa do Maranhão.

Devo confessar, porém, que sem qualquer licença ou autorização, bem antes que esta ilustre Casa do povo da terra de Gonçalves Dias, o grande poeta nacionalista que o Maranhão presenteou ao Brasil, me fizesse maranhense por adoção, já me sentia uma autentica maranhense. Na verdade, Senhores Deputados, tenho fortes laços afetivos e familiares com o Estado do Maranhão.

Meu Pai, José da Silva Martins, casou-se em primeiras núpcias com uma filha do Coronel Brandão, como era conhecido o próspero político e comerciante da região do ITAPECURU, José Trajano Brandão, sobretudo nas cidades de Colinas, Mirador e São Domingos, onde consolidou-se como chefe político local e pai de numerosa família, avô do atual Governador do Maranhão Carlos Brandão e do meu estimado irmão José Trajano Brandão Martins, que generosamente me acolheu quando aqui cheguei para prestar vestibular para o curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão.

Era ainda uma adolescente, e sem sequer imaginar o que o destino me reservava, um ano depois tentei fazer o caminho de volta, transferindo o curso de Direito para a Universidade Federal do Piauí.

O poeta e fabulista francês Jean de La Fontaine asseverou que “não poucas vezes esbarramos com o nosso destino pelos caminhos que escolhemos para fugir dele”.

Diz o adágio que “tempo é remédio”, que adágio maravilhoso! Como eu poderia prever um momento tão importante como este? Um remédio, um bálsamo para a minha alma e meu coração!

O meu caso de amor com o Maranhão, remonta desde os primeiros anos da minha infância, quando, na varanda da minha casa, ouvia inúmeras histórias contadas pelo meu saudoso pai José Martins sobre as suas andanças por essas paragens, histórias de homens fortes, valentes e destemidos, história de uma região próspera e cheia de oportunidades, onde o coco babaçu, a partir do óleo extraído de suas amêndoas, surgiu como promessa de reaquecimento econômico para todo o Maranhão. Foram tantos relatos extraordinários por ele narrados que me fizeram crescer sonhando em conhecer esse lugar mágico que, apesar do passar dos anos, continuava bem vivo em suas memórias.

Peço licença aos senhores para fazer uma breve retrospectiva pessoal.

Nasci na pequena cidade de Cristino Castro, localizada no sul do Piauí, onde passei toda a minha infância e parte da adolescência. Trago na minha memória as brincadeiras com as amigas; a brisa macia e serena das manhãs de julho; o frio gostoso ao cair da noite; o cheiro de terra molhada;

a fazenda de meu pai; o leite mugido; o banho nos poços jorrantes; o aconchego do lar com minha família; a vida calma e tranquila do interior. São reminiscências de uma vida simples e despretensiosa, alicerçada nos valores da família, da honestidade e da fé cristã.

Prosseguindo nessa rápida regressão, já adolescente fui estudar na Cidade de Teresina. Lá frequentei o Colégio Sagrado Coração de Jesus (o tradicional Colégio das Irmãs) e o Colégio Andreas Vesalius, onde concluí o ensino médio. Posteriormente, graduei-me em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI), com pós-graduação em Direito Público e Privado. Foi na cidade verde, apelido dado à Teresina pelo escritor Coelho Neto, que construí minha consciência política e de cidadania.

Em 06 de agosto de 1990, ainda muito jovem e cheia de sonhos, apertei definitivamente em terras maranhenses para exercer o cargo de Promotora de Justiça.

Ingressei no Ministério Público do Maranhão há 33 anos por vocação e ideal, desde logo assumi o compromisso de desempenhar uma missão, de dedicar a minha vida e as minhas aspirações pessoais em defesa dos interesses, bens e valores essenciais à vida do povo maranhense, de lutar intransigentemente por uma sociedade mais justa, solidária e democrática em que prevaleça o Estado de Direito e os princípios da igualdade e do respeito ao cidadão. E não poderia ser diferente, posto que na repartição das atribuições constitucionais o Ministério Público é o detentor de especial mandato, recebido na qualidade de instituição permanente, com o objetivo claro e insofismável de defender a sociedade e a democracia.

Portanto, senhores e senhoras, ao receber o título de cidadã maranhense, estado que me acolheu com o calor que só as mães amorosas são capazes, renovo o meu compromisso com esta terra. Com o mesmo fervor, o mesmo entusiasmo, a mesma vibração e o mesmo encantamento seguirei defendendo e bem servindo a minha instituição e os interesses da sociedade maranhense.

Desde o primeiro contato, percebi que o Maranhão é o mais belo resultado da fusão entre povos, costumes, línguas e tradições. Qual outro estado da federação pode se orgulhar de tão vasta e indelével influência indígena, africana, francesa, portuguesa e holandesa? Diversidade pintada em sua própria bandeira.

Este Estado é um berço de história que remonta ao período colonial do Brasil e tem muito a nos ensinar como construímos a nossa sociedade. A riqueza cultural do Maranhão é expressa em sua arquitetura, música, dança, culinária e religiosidade. O centro de São Luís é um grande exemplo,

com suas casas coloniais, igrejas e praças que preserva a história e a cultura do estado.

E não para por aí, em sendo uma apreciadora das artes plásticas, tenho no Estado do Maranhão uma obra de arte que, mesmo sendo constantemente retocada, continua insuperavelmente bela. Aqui podemos visitar lindas praias, caudalosos rios, cachoeiras, chapadas, dunas e falésias. Na vegetação a diversidade é ainda mais surpreendente, podemos ir das “selvas seculares” até a caatinga, dos manguezais até o cerrado.

Enfim, o Maranhão tem o dom e a graciosidade de reunir o que é diferente e aparentemente antagônico, fazendo brilhar a sua grande estrela na imensidão do Brasil.

A propósito, a multiplicidade e vastidão deste estado, por equívoco de alguns desavisados, pode até ser confundida com falta de identidade, todavia a história do seu povo demonstra exatamente o contrário, ela proclama que o Maranhão é o “berço de heróis” e pioneiros, construído com o sangue e suor de antepassados, repetidamente lembrados em seu hino: “por divisa, tens a glória, por nume, nossos avós”.

Tudo que experimentei neste maravilhoso e encantador estado fez brotar em mim um caro sentimento de pertencimento. Aqui escolhi morar, daqui vivo, trabalho, tenho amigos. Aqui planei meus sonhos e conquistei as duas maiores riquezas da minha vida: minhas filhas Nicolle e Lorena, duas lindas e autênticas ludovicense, que muito se orgulham da terra em que nasceram.

Portanto, meus queridos conterrâneos, vocês não podem mensurar a alegria que tenho em receber este título, nem imaginar o orgulho em possuí-lo. Agora, além de poder declarar todo o meu amor ao Maranhão, a sua bandeira, a seu hino, a seu brasão e a sua história, posso também gritar em alto e bom som que sou, de fato e de direito, cidadã maranhense.

Agradeço, bastante comovida, ao grande amigo e ex-deputado Raimundo Louro pela confiança na indicação do meu nome e o gesto de generosidade desta casa legislativa em me conceder tão grande honraria. Agradeço, também, ao jovem e atuante Deputado Neto Evangelista, todo o seu empenho para a concretização desta solenidade e pelas palavras elogiosas a mim dirigidas, sendo que credito os elogios a seus elevados e bons sentimentos. Assumo, senhores Deputados, solenemente, o compromisso moral, como cidadã e membro do Ministério Público, de contribuir para o engrandecimento cada vez maior do Maranhão e para melhoria da qualidade de vida de sua gente, agora meus irmãos e conterrâneos.

Gostaria de registrar a presença da minha mãe Creusa Ribeiro Martins, do alto de seus 94 anos de idade, a quem tudo devo. Obrigada pelos ensinamentos e princípios que me foram repassados e norteiam toda a minha vida.

Quero compartilhar este título e a alegria desta homenagem com toda a minha família aqui presente, especialmente com o meu irmão maranhense Trajano Brandão e sua esposa, minha cunhada querida Alice Adélia, que generosa e amorosamente me acolheram, fazendo do seu lar a minha âncora, o meu porto seguro. Minha eterna gratidão!

Agradeço a todos pela honrosa presença nesta manhã de quinta-feira, 27 de abril de 2023, dia que ficará para sempre registrado em meu coração.

Bendito seja Deus; Bendito seja este Estado; Bendito seja o seu povo, representado por esta Casa Legislativa; Bendito seja este meu pertencimento que procurarei honrar, dignificar e exaltar; Bendito seja a nossa liberdade, pois conforme proclamada no canto solene em honra a nossa terra, “a liberdade é o sol que nos dá vida”.

Finalizo, prestando uma singela homenagem ao ex-deputado Raimundo Louro, que indicou o meu nome para receber tão importante honraria, aprovada por este parlamento, exaltando a nossa terra, com a letra de um baião escrito por um grande filho de Pedreiras, seu conterrâneo, o poeta João Batista do Vale, mais conhecido como João do Vale, o poeta do povo, cuja canção ficou imortalizada na voz grave e marcante de uma outra grande maranhense, a consagrada intérprete da música brasileira Alcione Nazareth:

**Todo mundo canta sua terra
Eu também vou cantar a minha
Modéstia à parte seu moço
Minha terra é uma belezinha**

**A praia de olho d'água
Lençóis e Araçagi
Praias bonitas assim
Eu juro que nunca vi**

**Minha terra tem beleza
Que em versos não sei dizer
Mesmo porque não tem graça
Só se vendo pode crer**

Acho bonito até
O jornaleiro a gritar imparcial
Diário
Olha o Globo
Jornal do povo descobriu outro roubo
E os meninos que vendem derrê sol a cantar
Derrê sol derrê ê ê ê ê ê sol

E fruta lá tem: juçara
Abricó e buriti
Tem tanja, mangaba e manga
E a gostosa sapoti
E o caboclo da maioba
Vendendo bacuri

Tinha tanta coisa pra falar
Quando estava fazendo esse baião
Que quase me esqueço de dizer
Que essa terra tão linda é o Maranhão
Ô Maranhão, ô Maranhão.

Muito obrigada!

DISCURSO DE TRANSMISSÃO DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA*

Senhoras e Senhores,

Como todos sabem, recebi o Ministério Público do Estado do Maranhão com um orçamento pequeno, no auge da Pandemia da Covid-19. Dois desafios gigantescos, que se retroalimentavam.

Diante da emergência mundial da saúde pública, consegui articular ações proativas com outras instituições republicanas, privilegiando sempre a saúde das pessoas.

Quanto ao desafio orçamentário, consegui colocar as finanças da Instituição nos eixos, tanto que o comprometimento da despesa total com pessoal do MPMA baixou para o percentual de 1,87% (um inteiro e oitenta e sete centésimos), no 1º quadrimestre de 2024, deixando, assim, aberta, para o meu sucessor, a possibilidade de realização de concursos para membros e servidores, bem como a criação de cargos de Procurador de Justiça.

Enfatizei em várias ocasiões que deixaria um forte e perene legado para a Instituição. Cumprí a promessa. Realizei todos os compromissos assumidos durante as campanhas para eleição e recondução ao cargo, sem exceção alguma.

Assim: deflagrei iniciativas legislativas que resultaram em expressivo incremento remuneratório para os membros do MPMA; edifiquei, reformei e equipei várias sedes de unidades ministeriais; ampliei o parque tecnológico da Instituição; ampliei e concedi todo o suporte necessário à atuação de excelência do GAECO; criei e dei todo o suporte necessário ao GAESF, para atuar no combate à sonegação fiscal, resultando no aumento da arrecadação estadual; assegurei a movimentação vertical e horizontal na carreira etc.

Além disso, mantive sempre um relacionamento direto, altaneiro e respeitoso com os três Poderes, com as demais instituições e com a Imprensa.

Prefeitas e prefeitos – acabou a criminalização da política! – recebi e ouvi a todos, sempre com atenção e respeito.

* Proferido pelo Procurador-Geral de Justiça, Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau (Biênio 2022-2024), em 17 de junho de 2024.

Enfim, meus amigos, registro, com alegria, que, ao longo dos meus dois mandatos, fui o Procurador-Geral de Justiça de todos os membros do nosso Ministério Público, pois o único sentimento que sempre me moveu é a vontade de fortalecer cada vez mais a nossa grande Instituição, em prol da defesa da sociedade, especialmente das pessoas mais vulneráveis.

Deixo a Chefia do Ministério Público do Maranhão com a certeza do dever cumprido.

Muito agradeço a todos, por tudo, especialmente as equipes competentes e comprometidas que me auxiliaram no exercício do cargo tão complexo.

Em nome de todos os integrantes do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, tenho a elevada honra de saudar o Procurador de Justiça, meu amigo Dr. Danilo José de Castro Ferreira, como nosso novo Procurador-Geral de Justiça, passando-lhe o comando da nossa grande Instituição com a convicção de que será chefiada com competência e sabedoria.

Excelênci, convido-o a tomar assento na cadeira número 1 deste Colendo Órgão Colegiado e a presidi-lo com a honorabilidade e a segurança que o elevado cargo requer.

Boa sorte e bom mandato, meu caro amigo Danilo de Castro!

DISCURSO DE POSSE DO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA*

Senhoras e Senhores,

Inicialmente, agradeço a Deus Jeová por essa provisão: ser Procurador-Geral de Justiça. Agradeço muito também ao Dr. Eduardo Jorge Hiluy Nicolau, por acreditar no meu trabalho, convidando-me para integrar a sua equipe, e, por fim, me dar o seu decisivo apoio na campanha para a composição da lista tríplice. Agradeço a todos os colegas pela confiança em mim depositada e, finalmente, agradeço ao Governador do Estado do Maranhão, Senhor Carlos Orleans Brandão Júnior, por ter me escolhido para tão honrado cargo.

Sabemos que o chefe do poder executivo pode escolher qualquer um dos membros da Instituição, independente da colocação na lista.

Em verdade, a composição da lista tríplice é um arranjo administrativo que não deve tomar corpo de eleições partidárias. Os colegas analisam as propostas, a história de cada pretendente e livremente escolhem três nomes para a avaliação do Governador, que filtra as opções e escolhe o nome que mais se adapta a seu modo de administrar e/ou ao seu programa de gestão.

Desse modo, a escolha de Vossa Excelência, indubitavelmente, traduz que seus propósitos de alcance de bem comum do povo maranhense se coadunam mais ao meu estilo, minha história no âmbito da Instituição e minha performance na Justiça de nosso Estado, não obstante os outros nobres colegas que compuseram a lista sejam ótimos profissionais e de histórias ilibadas. Aliás, aproveito a oportunidade para também agradecer aos colegas que ofereceram seus nomes e suas histórias comigo na campanha de escolha da lista tríplice: Dra. Rita de Cassia Maia Baptista, Dr. José Augusto Cutrim Gomes, Dr. Márcio Thadeu Silva Marques e Dr. Carlos Henrique Rodrigues Vieira. Suas companhias engradeceram muito a minha jornada até aqui.

Pois bem. Fui Promotor Corregedor e, na Corregedoria, visitei as regiões do nosso Estado, rico em belezas naturais, mas milionário em riqueza humana. O nosso povo é trabalhador, inteligente, criativo, acolhedor

* Proferido pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr. Danilo José de Castro Ferreira (Biênio 2024-2026), em 17 de junho de 2024, em sessão solene do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, realizada no Multicenter Sebrae, em São Luís/MA.

e impõe a todos que chefiam, conduzem ou fazem parte das instituições que materializam as ações do Estado, a responsabilidade de sempre buscar atingir o melhor resultado possível.

E é justamente com esse sentimento – de responsabilidade e consciência do dever – que hoje assumo a chefia do Ministério Público Estadual perante o Colégio de Procuradores e de Procuradoras de Justiça. Tenham a certeza de que estou com imensa vontade e disposição para fazer o melhor possível à sociedade maranhense, bem como aos servidores e membros do nosso *Parquet*. Sei que são muitos os desafios, mas os vejo como motivo para combater o bom combate.

Para tanto, conclamo os meus queridos colegas – Promotores, Promotoras, Procuradores, Procuradoras de Justiça e servidores – a caminharmos juntos. Devemos, até por disposição constitucional, fazer um Ministério Público uno e indivisível. A sociedade maranhense assim deseja. O povo precisa dessa união. Estou muito feliz e com enormes expectativas, pois, em visita à direção do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, ouvi do Ilustre Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho que caminharemos juntos em prol do povo humilde, com Juízes e Promotores regionais para diversas disposições e atribuições. Certamente os nossos Defensores Públícos também se juntarão a nós.

Visitei também nosso querido Presidente do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, Dr. Marcelo Tavares. Tratamos sobre atuarmos juntos na seara da educação perante as Prefeituras e acordamos que não perseguiremos gestores, mas sim metas. Resoluções antes de punições. Visaremos aos Municípios, e não aos Prefeitos. O seu bem comum.

Todos juntos podemos fazer muito em prol do nosso povo. Apenas para exemplificar, no mês passado, a Promotoria de Justiça de Cantanhede, por meio do Promotor de Justiça Márcio Oliveira, recuperou aos cofres públicos do pobre município de Pirapemas mais de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) desviados por bandidos travestidos de gestores públicos. Estamos na expectativa de recuperações de ativos fiscais que estão dormindo no leito da sonegação. O Grupo de Combate à Sonegação Fiscal (GAESF) – formado por membros do Ministério Público, Auditores-Fiscais, Delegado de Polícia e servidores de tais instituições – há de contribuir para o aumento da receita líquida do Estado.

Esse sentimento de cooperação já nutre o nosso Ministério Públíco que, por meio da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, de titularidade do Promotor de Justiça Dr. Luis Fernando Cabral Barreto Junior, firmou acordo de composição civil e destinou R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao Ministério Públíco do Estado do Rio Grande do Sul para ações humanitárias e de suporte social em face da calamidade pública declarada pelo Senhor Governador daquele Estado.

Senhoras e Senhores, esse é o Ministério Público que almejamos: resolutivo e atuante. Para isso, teremos de enfrentar outro desafio que a realidade do mundo atual nos impõe velozmente, a saber: desenvolvimento e inovações tecnológicas.

Não é mais possível negar que a inteligência artificial e tantos outros recursos da tecnologia podem e devem ser utilizados a favor das instituições. Mas precisamos humanizar a tecnologia em vez de digitalizar o ser humano. Nesse sentido, vamos incrementar o Laboratório de Inovação Tecnológica em boa hora instituído ainda na gestão do Dr. Eduardo Nicolau, contratando ótimos profissionais e incentivando as iniciativas dos membros nessa área.

Senhoras e Senhores, as portas do meu gabinete de Procurador-Geral de Justiça estarão sempre abertas a todos que almejarem o bem comum. Pretendo ter com os Poderes o melhor relacionamento possível. E deixo uma mensagem específica aos mais vulneráveis – aos hipossuficientes, aos idosos, às mulheres vítimas de violência, às crianças, às demais vítimas e seus familiares –, o Procurador-Geral de Justiça do nosso Estado estará sempre disponível a vocês.

Finalizo agradecendo aos meus pais que estão adormecidos na morte, Arnoldo Ferreira e Dilucina de Castro Ferreira. Eles nos deixaram um legado inestimável: incutiram princípios de honestidade e respeito a Deus e às pessoas. Agradeço imensamente à minha família pelo apoio, compreensão das horas de convívio subtraídas pelo trabalho, viagens – minha esposa Syssyara, amor da minha vida, minha companheira a quem tanto amo; meus filhos Danilo Filho, Eduardo Ferreira e minha nora querida que tenho como filha, Lara Ferreira. Agradeço muito aos meus sogros José de Heremitas e Maria Alice, aos meus cunhados e cunhadas. Saúdo e agradeço aos meus irmãos, sobrinhos, sobrinhas, cunhadas, todos na pessoa do nosso primogênito Arnaldo Jorge de Castro Ferreira, meu colega Promotor de Justiça, que para todos nós é referência de respeito e admiração. Por fim, rogo ao meu Deus Jeová que nos ajude a ajudar o nosso povo.

Muito obrigado!



DISCURSO DE POSSE DO CARGO DE CORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO*

Inicialmente, agradeço ao Exmº Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. DANILO JOSÉ DE CASTRO FERREIRA, Presidente do egrégio Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão, bem como a todos os eminentes pares do colendo Órgão Colegiado, que me confiaram mais esta laboriosa missão, para o engrandecimento da nossa nobre Instituição, de dirigir, nos próximos 2 anos, a Corregedoria Geral do Ministério Público do Maranhão, fazendo-me experimentar um processo democrático lídimo, que me confere plena legitimidade para o exercício do cargo, além de corroborar a imensa responsabilidade que o envolve.

Agradeço também a todos os colegas, familiares e amigos que me encorajaram ao enfrentamento de mais esse desafio em minha carreira.

É sabido que a atividade correccional, no âmbito do Ministério Público, não começa agora, mas já se desenvolve desde um tempo do qual se encarrega a história. Por isso, externo um agradecimento especial à Corregedora-Geral THÈMIS PACHECO, cujo mandato ora se encerra, e a todos os Corregedores-Gerais que me precederam. A destacada atuação de cada um deles foi fundamental para que o Ministério Público do Estado do Maranhão conquistasse o respeito da sociedade, notoriamente perceptível quando se transita, exercendo o múnus correccional, nos mais diversos meios sociais em que exercemos nossas atribuições ministeriais.

Esses agradecimentos não podem, por certo, deixar de se estender a todos os Promotores de Justiça que já ocuparam os cargos de Promotor de Justiça Corregedor, como também aos servidores de hoje e de ontem, que atuaram na Corregedoria Geral do nosso Ministério Público.

Feitos os justos e merecidos agradecimentos, manifesto a convicção de que a primeira qualidade necessária ao exercício do elevado cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público, no qual ora sou investida, é ter a máxima compreensão possível do que prescreve o art. 16 da Lei Complementar nº 013/91, que assim dispõe: “A Corregedoria Geral

* Proferido pela Procuradora de Justiça do Estado do Maranhão, Dra. Maria de Fátima Rodrigues Travassos Cordeiro (Biênio 2024-2026), em 1º de julho de 2024, em sessão solene do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça, realizada no Hotel Blue Tree, em São Luís/MA.

do Ministério Público é órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros do Ministério Público.”

Sem embargo dos critérios próprios da exegese jurídica, a compreensão da norma citada somente é plenamente alcançável, ainda que instintivamente, sob a luz da chama daquela que é conhecida, no meio filosófico, como “vela de Bachelard”.

O filósofo GASTON BACHELARD, que viveu entre nós até o último quarto do Século passado, presenteou-nos com o seu livro “A chama de uma vela”, no qual traz profundas reflexões, inspirado na chama solitária de uma vela, que, no seu pensar, ilustra de modo sublime a comunhão, fazendo-nos entender o aparente choque entre solidão e comunhão. Na citada obra, o autor francês nos convida a refletir como uma chama solitária nos impele a comungar, como nos impulsiona a precisar do outro para chegar-se a uma melhor conclusão.

Chamando nossa atenção para esse aparente conflito, tão visível em nosso cotidiano, o filósofo francês nos provoca a comparar a chama de uma vela e as luzes das lâmpadas elétricas. Estas, por descortinarem tudo no ambiente em que se instalaram, retiram-nos a atenção mais aguçada; enquanto a chama da vela, ao proporcionar uma claridade suave, exige-nos maior sobriedade para alcançar a realidade presente em torno dela.

Talvez tenha sido o psicanalista e educador brasileiro RUBEM ALVES, em sua crônica “A solidão amiga”, quem melhor decifrou esse falso paroxismo entre solidão e comunhão, exposto por GASTON BACHELARD.

Para RUBEM ALVES: “As grandes comunhões não acontecem em meio aos risos da festa. Elas acontecem, paradoxalmente, na ausência do outro. Quem ama sabe disso. É precisamente, na ausência, que a proximidade é maior”.

Portanto, como se pode facilmente perceber, a chama da vela, por sua suavidade e leveza, cria, na verdade, um espaço ao seu redor, a ser desbravado pelo compartilhamento.

É com essa compreensão e esse escopo que chego ao cargo de Corregedor-Geral do Ministério Público: o de fazer irradiar a luz que leve à cooperação com as mais diversas unidades ministeriais, para que, comungando esforços, alcancemos o desenvolvimento escorreito de nossas funções, conforme outorgadas pela Constituição da República.

Devemos nos apresentar à sociedade, destinatária final da nossa atuação, como uma equipe, na qual cada membro e cada servidor, embora engajado em sua lida solitária, possa irradiar a luz que permite a comunhão de práticas e de conhecimento, revelando-se, dessa forma, essenciais ao tão almejado funcionamento eficiente, eficaz e efetivo do Ministério Público.

Destarte, imbuídos desse espírito de comunhão, animados pela chama da luz agregadora, que irradia a necessidade da cooperação, conseguiremos espargir as experiências exitosas e corrigir o que necessitar de correção, permitindo-nos palmilhar com segurança o caminho que nos leve à Justiça, no desempenho do nosso múnus constitucional.

Consciente do vasto leque de deveres a cargo de uma Corregedoria Geral do Ministério Público, e responsabilidades correspondentes, o sentido primeiro de nossa atuação será sempre a orientação dos membros, norteada pela desejada comunhão, buscando sempre assegurar aos membros do Ministério Público condições dignas de trabalho, para que possam desempenhar suas atribuições com proatividade e resolutividade, nos mais elevados padrões de ética e profissionalismo.

Vale lembrar que o trabalho correcional de orientação não deve ser visto como uma forma de intromissão na independência funcional de cada um de nós, membros do Ministério Público, mas como um apoio, para que todos possamos exercer nosso trabalho em comunhão, com a necessária eficiência.

Além disso, é responsabilidade da Corregedora-Geral assegurar a transparência dos trabalhos desenvolvidos pelos membros da Instituição, em suas respectivas unidades ministeriais. Importante lembrar que transparência não é apenas uma palavra, mas um princípio que deve nortear cada ato realizado no âmbito de nossa atuação, como poder público, especialmente porque é por meio da transparência que conquistamos a confiança da sociedade e mantemos a credibilidade da nossa Instituição.

Já caminhando para a conclusão, sinto-me compelida a reconhecer, nesta oportunidade, que não me é indiferente a enorme sobrecarga de trabalho a que estamos submetidos, exacerbada pela extrema responsabilidade própria de nossas atribuições institucionais, tendo como resultado uma significativa e crescente ocorrência de casos de membros e de servidores afligidos em sua saúde mental.

Nada obstante, e reconhecendo as grandes dificuldades a enfrentar, chego com a coragem que nunca me faltou e, como disse antes, com a luz que busca a comunhão. Tenho consciência de que é impossível manter acesa essa luz, sem que tenhamos um particular cuidado com o que há de mais caro em nós, que é a nossa dignidade, que decorre diretamente da condição de nos mantermos saudáveis, física e emocionalmente. Esse tema, geralmente tratado de maneira superficial e preconceituosa, terá de mim especial atenção.

Neste momento solene, em homenagem a todos os membros do Ministério Público (Procuradores de Justiça, Promotores de Justiça, servidores e colaboradores), trago, aqui, fragmentos do poema, intitulado “**Justiça**”, de minha autoria, publicado pela primeira vez, na “Coletânea 100 anos da Semana de Arte Moderna - Poesia sobre Tela - Volume 2”:

JUSTIÇA

A Justiça sempre me inspira
A viver gestos de solidariedade
a combater as desigualdades
nas relações interpessoais.

A Justiça sempre me inspira
porque me faz ser melhor
comigo e com meu próximo
traz para mim humanidade.

A Justiça sempre me inspira
é meu escudo ministerial
minha profissão de fé
meu significado de vida
à luz da Constituição Federal.

A Justiça sempre me inspira
Amor, fé e serenidade
do operador do direito
que, com denodo, vela pela lei,
com justiça e verdade.

A Justiça sempre será
para mim a arte pintada
expressa na poesia em tela
do cotidiano do artista
a balança do labor
meu Ministério Público
Inspiração com fervor.

E ainda, poetizando, ratifico o que eu disse no início de minha fala:

Vocês depositaram em mim Esperança.
Por isso, eu venho aqui agradecer
os votos e a confiança
e não medirei esforços
para corresponder.

Aos meus pares Procuradores,
extensivo a todos os promotores,
não esquecendo os servidores,
e também os colaboradores:

Contem com o meu empenho!!!
Esforço e redobrada dedicação.
Por isso, venho
agradecer o carinho
e a especial atenção.

Com vossas presenças
nesta solene sessão
se encheu de alegria
o meu coração
renovando minhas forças
e minha motivação!!!

Muito obrigada!



ACONTECIMENTOS HISTÓRICOS



UM TRIBUTO AO BICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL RELEMBRANDO O POSITIVISMO E O EXEMPLO DE CELSO MAGALHÃES*

Ana Luiza Almeida Ferro**

Resumo: O presente artigo procura oferecer uma visão geral sobre a doutrina positivista e sua influência na vida social e política do Brasil Independente, tomando como exemplo a atuação do Promotor Público Celso Magalhães no famoso “Processo da Baronesa” no Maranhão dos estertores do séc. XIX, onde ganhavam força os ideais abolicionistas e republicanos, com destaque final para a consagração do positivista Raimundo Teixeira Mendes como um dos patronos da Academia Brasileira de Filosofia.

Palavras-chave: positivismo; Auguste Comte; Raimundo Teixeira Mendes; maçonaria; Bicentenário da Independência; Celso Magalhães; abolicionismo; Academia Brasileira de Filosofia.

Abstract: This article intends to present a general view on the positivist doctrine and its influence on the social and political life of Independent Brazil, taking as an example the performance of the Public Prosecutor Celso Magalhães in the famous “Processo da Baronesa” in Maranhão in the throes of the 19th century, where abolitionist and republican ideals gained strength, with final emphasis on

* O presente artigo, na parte relativa à figura de Celso Magalhães, baseia-se principalmente no prefácio da obra *Autos do Processo-Crime da Baronesa de Grajaú 1876-1877*. Ver Ferro (2020, p. 19-33).

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

the consecration of the positivist Raimundo Teixeira Mendes as one of the patrons of the Brazilian Academy of Philosophy.

Keywords: positivism; Auguste Comte; Raimundo Teixeira Mendes; freemasonry; Bicentennial of Independence; Celso Magalhães; abolitionism; Brazilian Academy of Philosophy.

1 INTRODUÇÃO

Enquanto o grito do Ipiranga, pela voz de D. Pedro (1798-1834), apoiado e estimulado por personagens do estofo do ministro José Bonifácio de Andrade e Silva (1763-1838) e da princesa Maria Leopoldina da Áustria (1797-1826), anunciava, em 1822, um Brasil que se abria a novas ideias e realidades, ao romper os laços políticos que o vinculavam a Portugal, mas sem se libertar ainda de velhas e condenáveis práticas, como a da escravidão, o filósofo francês Isidore Auguste Marie François Xavier Comte, ou simplesmente Auguste Comte (1798-1857), tido como o “pai” da Sociologia, um dos pensadores mais importantes dos últimos séculos, principiava a formulação de sua teoria positivista, com a publicação, no mesmo ano, do *Prospectus des travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser la société* (*Plano dos trabalhos científicos necessários para reorganizar a sociedade*) (Comte, 1822, p. 15-191), a qual logo chegaria ao Brasil, por meio de intelectuais como Raimundo Teixeira Mendes (1855-1927), e se tornaria uma das correntes filosóficas mais influentes nos círculos acadêmicos e nos próprios rumos do país.

A Abolição da Escravatura em 1888 e a Proclamação da República em 1889 muito devem à difusão das ideias positivistas, dentre outros fatos marcantes da vida nacional.

Nesse contexto, pretendemos apresentar um breve perfil do Promotor Público Celso Tertuliano da Cunha Magalhães (1849-1879), jovem intelectual ainda não suficientemente conhecido, cuja destemida atuação no denominado “Processo da Baronesa” simboliza a crescente afirmação das novas ideias que encontraram solo fértil no Brasil pós-1822, a exemplo do positivismo.

Por derradeiro, mencionaremos a consagração do positivista Raimundo Teixeira Mendes como um dos patronos de cadeira da Academia Brasileira de Filosofia – ABF, fundada em 1989, um dos mais destacados

baluartes do cultivo e da difusão do moderno pensamento filosófico brasileiro.

2 O POSITIVISMO DE AUGUSTE COMTE

O *Diccionario de sociología*, editado por Henry Fairchild, no verbete de Newell LeRoy Sims, ostenta a seguinte definição de “positivismo”:

Sistema filosófico creado por Augusto Comte, que empleó esta palabra para indicar la última y más elevada fase del conocimiento. La consideraba, en efecto, como el término de una evolución que tuvo su origen en el conocimiento teológico o fabulatorio primitivo, y que, a través de una fase intermedia metafísica o abstracta, llega, por último, a la positiva o científica. Teoría que abandona definitivamente toda busca de causas primeras y limita el conocimiento a las leyes de los fenómenos por considerarlo el único asequible y útil. El positivismo reduce todo el conocimiento a la ciencia natural y todos los métodos científicos a los métodos objetivos de observación y clasificación de fenómenos, tal como éstos se captan en la experiencia en sus relaciones invariables de coexistencia, sucesión y semejanza. Estas relaciones constantes constituyen las leyes de los fenómenos (Fairchild, 1960, p. 226-227).

Nascido em Montpellier, França, a 19 de janeiro de 1798, Isidore Auguste Marie François Xavier Comte é considerado o “pai” da Sociologia, por haver idealizado uma ciência dedicada ao estudo da sociedade, a que inicialmente chamou de Física social, dada a existência de leis sociais, em paralelo com as leis da Física, estas a regerem a natureza, denominação depois substituída por Sociologia, além de fundador e principal expoente do positivismo¹. Pela sua perspectiva, o positivismo representava o produto mais profundo e estruturado da concepção humana: a observação e a compreensão da natureza com alicerce no esforço científico.

¹ Sobre a figura de Auguste Comte e o seu pensamento, ver o texto introdutório de José Arthur Giannotti na obra de Auguste Comte (Comte, 1978, p. VI-XV) e Frazão (2022).

Influenciado por Claude-Henri de Rouvroy, Conde de Saint-Simon, teórico do socialismo utópico, de quem foi secretário, especialmente quanto à visão de que os fenômenos sociais, como os de cunho físico, sujeitam-se a leis, de que todo conhecimento científico e filosófico visa a um aprimoramento moral e político do ser humano e, por derradeiro, de que existe uma marcha progressiva contínua na história humana rumo ao desenvolvimento, Auguste Comte logo passou a postular uma filosofia própria, baseada na noção de que a sociedade somente pode ser apropriadamente reestruturada por meio de uma reforma intelectual do homem, de forma integral, ponto em que se diferenciou de Saint-Simon e Charles Fourier, que defendiam instrumentos mais diretos para a concretização da reforma das instituições.

Os três temas principais do pensamento comteano são: a) uma filosofia da história com o fim de expor os motivos da necessidade de prevalência de determinado modo de pensar (a filosofia positiva) entre os homens; b) uma fundamentação e classificação das ciências alicerçadas na filosofia positiva; c) uma sociologia que, ao precisar o arcabouço e os processos de modificação da sociedade, propiciasse a reforma das instituições em termos práticos. A esses temas, junta-se o da incorporação de uma Religião da Humanidade ou Religião Positivista ao plano de reforma social, desenvolvido no crepúsculo da vida de Comte.

Quanto ao primeiro tema, a filosofia da história comteana encontra sua síntese na famosa lei dos três estados, significando as três etapas do desenvolvimento das ciências e da humanidade: a) o teológico, dividido em três períodos sequentes, isto é, o fetichismo, o politeísmo e o monoteísmo, no qual o homem somente logra explicar a natureza por meio de descrições de caráter mitológico e religioso, baseadas na interferência de seres sobrenaturais, de modo que a imaginação prepondera sobre a observação e a forma política correspondente é a monarquia aliada ao militarismo, em face da patente confiança depositada em poderes imutáveis, alicerçados na autoridade; b) o metafísico, no qual a formulação de teorias racionais sobre a natureza das coisas e as suas causas primeiras e últimas se impõe às explicações de cunho religioso, afastando a noção de sujeição da natureza e do homem ao sobrenatural, de sorte que o abstrato substitui o concreto e a argumentação, a imaginação, permitindo o desabrochar da Filosofia, e os juristas ocupam o lugar dos reis; c) o positivo, o mais desenvolvido de todos, no qual a observação predomina sobre a imaginação e a argumentação, havendo a substituição da consideração das causas dos fenômenos (abordagem teológica ou metafísica) pela pesquisa de suas leis,

de maneira que a filosofia positiva se instrumentaliza como base intelectual da fraternidade entre os homens, permitindo a vida prática em comum, pois o conhecimento positivo é marcado pela previsibilidade, traço insculpido no lema da ciência positiva: “ver para prever”, na busca ininterrupta pelo progresso, dando-se a passagem do poder espiritual para o domínio dos sábios e cientistas e do poder material para o dos industriais.

Assinala Auguste Comte:

Por isso seria aqui supérfluo insistir ainda mais, diante de alguém que possua, embora empiricamente, um verdadeiro conhecimento do homem, no sentido de demonstrar a superioridade necessária do espírito positivo sobre o antigo espírito teológico-metafísico, no que respeita ao florescimento próprio e ativo do instinto social².

Ele defendia a Revolução Francesa, por considerar que as instituições sociais e políticas do Antigo Regime por ela destruídas eram ainda de cunho teológico, não refletindo o estágio de desenvolvimento das ciências de então, porém entendia que se impunha o estabelecimento de uma nova ordem reorganizadora da sociedade, de forma a superar o período de caos e instabilidade instaurado. Nesse contexto, os ideais republicanos representavam o alvorecer de uma nova época, na qual as ciências e a tecnologia poderiam trilhar a via do desenvolvimento pleno. Por outro lado, na sua compreensão, a Revolução Francesa, de caráter metafísico em seus pressupostos, não apresentava fundamentos para tal reestruturação social, razão pela qual era mister a implementação do espírito positivo na dita organização das estruturas sociopolíticas, sob as rédeas de uma nova elite científico-industrial.

Na sua ótica, as ciências já haviam alcançado a positividade, conquanto de forma incompleta. Via com bons olhos o desenvolvimento ocasionado pela Revolução Industrial, mas propugnou a criação de uma ciência, a Física social, depois renomeada como Sociologia, para cuidar do estudo de problemas, tais como o desemprego e a miséria, decorrentes da expressiva explosão demográfica dos centros urbanos, gerada naquele crucial processo histórico iniciado no séc. XVIII. Essa nova disciplina comporia, na posição final, um elenco de ciências ordenadas por generalidade decrescente

² Texto extraído do Discurso sobre o espírito positivo (Comte, 1978, p. 78).

e complexidade crescente, *in casu*, as matemáticas, a Astronomia, a Física, a Química e a Biologia, com o posterior acréscimo da Moral. Mais tarde, com Émile Durkheim (1858-1917), a ciência delineada por Comte ganharia um método próprio.

Comte pensava que os proletários e as mulheres poderiam amenizar o egoísmo dos capitalistas, os quais deviam ser moralizados, não eliminados, porquanto a propriedade privada havia de ser preservada, e acreditava na possibilidade de instalação de uma ordem moral humanitária que eliminasse todos os conflitos de classe. Não por acaso, o pensamento de Karl Marx (1818-1883), do qual o seu diferia radicalmente, seria o grande competidor nos mais diversos círculos intelectuais, sociais e políticos da Europa e das Américas nos anos que se seguiriam.

Nos derradeiros 15 anos de sua vida, tendo como musa Clotilde de Vaux, Comte lançou os fundamentos de sua Religião da Humanidade, inserindo-a nos seus projetos de reforma intelectual e social, cujo catecismo se caracterizava pela substituição da ideia de Deus pela Humanidade e cujo calendário continha meses com nomes de luminares da história do pensamento, a exemplo de René Descartes, e dias santos nos quais deveriam ser celebradas as obras de Adam Smith, Dante Alighieri, William Shakespeare e outros.

Entre suas obras, encontram-se: *Plano dos trabalhos científicos necessários para reorganizar a sociedade* (1822), *Curso de Filosofia positiva* (1830-1842, em seis volumes), *Discurso sobre o espírito positivo* (1848), *Discurso sobre o conjunto do positivismo* (1851), *Sistema de política positiva* (1851-1854), *Catecismo positivista* (1852), *Apelo aos conservadores* (1855) e *Síntese subjetiva* (1856).

Sua morte ocorreu em 5 de setembro de 1857.

3 O POSITIVISMO NO BRASIL: RAIMUNDO TEIXEIRA MENDES

O positivismo³, aliado ou não a correntes análogas em que as ciências naturais e suas aplicações práticas eram valorizadas, teve grande repercussão na Europa e nas Américas, mantendo notável influência nas esferas intelectual, política e social em muitos países, inclusive no Brasil pós-1822, particularmente no período conducente à Abolição da Escravatura

³ Sobre a história do positivismo no Brasil, ver Costa (1956).

(1888) e à Proclamação da República (1889) e na República Velha (1889-1930)⁴, contudo não se restringindo a essas décadas.

A importância dos positivistas para a Proclamação da República e a definição dos primeiros rumos do Brasil República se equipara à atribuída aos maçons em relação à Independência do país⁵, sem olvidarmos que a

⁴ Gustavo Lacerda enumera algumas das principais contribuições dos positivistas: “Muitas outras questões ainda poderiam ser incluídas na rubrica da ‘teoria do Brasil’: a crítica à Guerra da Tríplice Aliança; a defesa do abolicionismo; a incorporação dos índios à sociedade brasileira; a incorporação do proletariado à sociedade moderna; a defesa de uma política externa brasileira e de uma política internacional pacíficas; a separação entre igreja e Estado; a defesa de um imaginário especificamente republicano, humanista e fraterno para a República brasileira após 1889” (Lacerda, 2017).

⁵ Ao mesmo tempo que oferece um esclarecedor painel do papel desempenhado pela maçonaria na vida política brasileira contemporânea e imediatamente anterior e subsequente ao grito do Ipiranga, Laurentino Gomes ressalta que os maçons não constituíam uma associação homogênea: “A maçonaria teve papel fundamental na Independência, mas é um erro apontá-la como um grupo homogêneo. Nem de longe os maçons foram unânimes nas suas opiniões. Ao contrário, foi ali que se travaram algumas das disputas mais acirradas do período e que envolveram ninguém menos do que o jovem príncipe regente e futuro imperador Pedro I. Em 1822, a maçonaria brasileira estava dividida em duas grandes facções. Ambas eram favoráveis à independência, mas uma delas, liderada por Joaquim Gonçalves Ledo, defendia ideias republicanas. A outra, de José Bonifácio de Andrada e Silva, acreditava que a solução era manter D. Pedro como imperador em regime de monarquia constitucional. [...] Por curiosidade e interesse em vigiar e controlar as diversas correntes políticas da época, D. Pedro participou ativamente das duas facções. [...] Nas lojas maçônicas foram estudadas, discutidas e aprovadas várias decisões importantes, como o manifesto que resultou no Dia do Fico (9 de janeiro de 1822), a convocação da constituinte, os detalhes da aclamação de D. Pedro como “defensor perpétuo do Brasil” e, finalmente, como imperador, no dia 12 de outubro. ‘Imensa foi a contribuição da maçonaria para o movimento da Independência’, afirmou o historiador Octávio Tarquínio de Sousa. [...] Numa época em que ainda não havia partidos políticos organizados, foi o trabalho das sociedades secretas que levou a semente da independência às regiões mais distantes e isoladas do território brasileiro. [...] No começo do século 19, a maçonaria era uma organização altamente subversiva, comparável ao que seria a Internacional Comunista no século 20. Nas suas reuniões, conspirava-se pela implantação das novas doutrinas políticas que estavam transformando o mundo. [...] No Brasil, a Independência foi proclamada por um grão-mestre maçom, D. Pedro I. E a República, por outro, o marechal Deodoro da Fonseca. Entre os 12 presidentes da Primeira República, oito eram maçons. O primeiro ministério era todo maçom, incluindo Rui Barbosa, Quintino Bocaiuva e Benjamin Constant. As primeiras lojas maçônicas teriam surgido no país ainda no final do período colonial. Existem vagas referências, todas sem comprovação, da presença de maçons na Inconfidência Mineira de 1789 e na Conjuração Baiana, também conhecida como Revolta dos Alfaiates, de 1798. [...] Na verdade, a maçonaria usou os diferentes grupos de pressão na época da Independência e foi usada por eles, de acordo com as circunstâncias do momento. No episódio do Dia do

filiação à maçonaria não seria obstáculo à adesão ao positivismo, muito pelo contrário, como foi o caso emblemático do tenente-coronel Benjamin Constant Botelho de Magalhães, cognominado o “pai da República”⁶. Leciona Santos (1958, p. 498) que os

[...] positivistas foram numerosos e exerceram grande influência sobre a vida cultural e política do país. Seus principais representantes foram: *Benjamim Constant* (1837-1891), matemático e professor, que fundou, no Rio de Janeiro, em 1876, a *Sociedade Positivista* e realizou, em suas aulas na Escola Politécnica e, em seguida, na Escola de Guerra, intensa propaganda das idéias republicanas; os verdadeiros chefes do movimento positivista foram, porém, *Miguel Lemos* (1854-1916), e *R. Teixeira Mendes* (1855-1927), cujas idéias tiveram larga repercussão sobre o campo social e político, contribuindo para a proclamação da República. Entre os representantes do movimento, deve ser ainda citado *Luís Pereira Barreto* (1840-1923), positivista dissidente ou não ortodoxo, em cuja obra *Três filosofias* procura aplicar no Brasil a “lei dos três estados” de Comte.

São de 1850 as manifestações primeiras do positivismo em solo pátrio, mais exatamente expostas na tese de doutoramento em ciências físicas e naturais, de autoria de Manuel Joaquim Pereira de Sá, na Escola Militar do Rio de Janeiro. Em 1876, deu-se a fundação da primeira sociedade positivista do Brasil, encabeçada por Raimundo Teixeira Mendes,

Fico, do Grito do Ipiranga e da aclamação do imperador, saiu triunfante. Sairia vitoriosa novamente em 1831, na abdicação do imperador. Na dissolução da constituinte, na Confederação do Equador e em outros momentos, perdeu. Foi, portanto, um elemento importante no poderoso jogo de pressões que se estabeleceu no momento em que o Brasil dava seus primeiros passos como nação independente, mas não o único nem o mais decisivo” (Gomes, 2010, p. 237-239, 243, 246).

⁶ “A 19 de dezembro do mesmo ano de 1889, pouco mais de um mês após a implantação da república, Deodoro, sendo chefe do Governo Provisório, era eleito Grão-Mestre do Grande Oriente do Brasil. A partir desta data, a “matriz Benjamim Constant” positivista toma o poder no GOB. [...] Durante o período da República Velha – 1889/1930 – assistir-se-á a um *changez de place* na Presidência da República entre dois grupos maçônicos: a matriz positivista e militar de Benjamin Constant e o núcleo civil e liberal do Estado de São Paulo ” (Carvalho, 2010, p. 43-44).

Miguel Lemos e Benjamin Constant. Após viagem dos dois primeiros a Paris, Miguel Lemos converteu-se à Religião da Humanidade, vindo a convencer seu amigo, Teixeira Mendes, a abraçar a mesma causa. Ambos eram positivistas ortodoxos, haviam se iniciado na doutrina comtesca por meio da Matemática e das ciências exatas, então na qualidade de estudantes na Escola Politécnica, e acreditavam na harmonização definitiva da ordem e do progresso. De princípio apenas adeptos da obra de caráter filosófico de Comte, isto é, de seu sistema de filosofia positiva, tornaram-se também defensores da obra religiosa do mestre francês. Retornando ao Brasil, Miguel Lemos procedeu à fundação da Sociedade Positivista do Rio de Janeiro, origem do Apostolado Positivista do Brasil e da Igreja Positivista do Brasil.

No correr da década de 1880, os dois amigos promoveram a difusão da doutrina comteana e a interpretação da realidade política e socioeconômica do Brasil em conformidade com os cânones do positivismo. Tal se traduziu, naquela época, na defesa da Abolição da Escravatura e da Proclamação da República e em contribuições diversas, inclusive na área de iniciativas de reformas objetivando a inclusão social do proletariado. Nos anos subsequentes, Raimundo Teixeira Mendes logrou aumentar a sua atuação, vindo a participar de outras questões de inescapável relevância, como as relativas à estrutura da Constituição de 1891, à separação entre a Igreja e o Estado, à formulação da legislação trabalhista, à preocupação com as mulheres e à proteção dos animais.

Maranhense de Caxias, o filósofo Raimundo Teixeira Mendes, um dos primeiros e mais destacados representantes e propagadores do positivismo no Brasil, nasceu a 5 de janeiro de 1855. Também ensaísta e poeta, era republicano e abolicionista reconhecido, tendo se imortalizado por haver idealizado a Bandeira Nacional da República, ostentando o famoso dístico de inspiração comteana: “Ordem e Progresso”⁷. É de sua autoria o projeto em questão, com a colaboração de Miguel Lemos, Manuel Pereira Reis e Décio Villares, apresentado em 19 de novembro de 1889 ao governo provisório, por intermédio do também positivista Demétrio Ribeiro, Ministro da Agricultura. É patrono da Cadeira nº 30 da Academia Maranhense de Letras. Tem expressiva bibliografia, composta por obras editadas no Rio de Janeiro, a esmagadora maioria focando as linhas mestras

⁷ O dístico faz referência à seguinte frase de Comte: *L'amour pour principe et l'ordre pour base; le progrès pour but* (“O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim”).

do positivismo comtesco e alguns de seus temas mais caros: *A pátria brasileira* (1881); *Culto positivista no Brasil* (1881); *A questão do nativismo* (1886); *La philosophie clinique d'après Auguste Comte* (1887); *A liberdade espiritual e a organização do trabalho* (1888); *Abolicionismo e clericalismo* (1888); *A incorporação do proletariado* (1889); *Nossa iniciação ao positivismo* (1889); *Ensino septenial sobre o dogma do positivismo* (1890); *República Ocidental. Ordem e progresso. Família e Pátria brasileira* (1891); *A Bandeira Nacional* (1892); *Benjamin Constant* (1892); *O comunismo anarquista* (1893); *Exame da questão do divórcio* (1893); *La situation actuelle du Positivisme* (1895); *Le Positivisme et la pedantocratie algebrique* (1897); *As últimas concepções de Augusto Comte* (1898); *O ano sem par* (1900); *Hino ao amor* (poesia, 1902); *O culto católico* (1903); e *As agitações políticas e a regeneração humana* (1922). Faleceu no Rio de Janeiro em 28 de junho de 1927⁸.

4 A FIGURA DE CELSO MAGALHÃES

O Promotor Público Celso Tertuliano da Cunha Magalhães é um exemplo eloquente da força do positivismo e de outras ideias propagadas na mesma época na vida nacional. Ele foi o protagonista, no Maranhão, do célebre Processo da Baronesa. O escritor Graça Aranha o revive com a sua pena imortal:

Vejo a figura atraente, fascinante, de Celso Magalhães, o promotor público. Em torno dele, uma admiração entusiástica, comovida, que eu não comprehendia, mas cuja intensidade me avassalava. Das impressões que então recebi, ficou-me a imagem de um rapaz muito magro, feio, ossudo, encovado, móvel e falador. Não me lembro como se trajava, apenas me recordo de que trazia na batoeira do paletó uma flor vermelha, lágrima-de-sangue, que por muito tempo se chamou no Maranhão A Flor do Celso. Morreu moço, logo depois da subida dos liberais ao Poder, cujo primeiro ato de governo fora demitir a bem do serviço público o promotor, que ousara acusar a assassina do

⁸ Sobre dados biográficos a respeito de Raimundo Teixeira Mendes, ver Meirelles (1955, p. 134-135) e Moraes (1977, p. 192).

escravinho Inocêncio. Mais tarde, tive consciência do grande merecimento de Celso Magalhães. Foi um dos precursores do abolicionismo na poesia, com o seu poema Os Calhambolas. Na Academia, foi um dos espíritos tocados da ciência moderna. Pertencia ao grupo predestinado a realizar no Brasil a reforma espiritual, que o darwinismo e as ciências físicas tinham imposto à Europa. Foi ele quem primeiro estudou cientificamente o folclore brasileiro, num ensaio primacial sobre a poesia popular, dando o sinal de partida e a orientação para os estudos de Vale Cabral, Sílvio Romero, Couto de Magalhães, Barbosa Rodrigues e tantos outros. Meu pai o estimava extraordinariamente e o teve como colaborador conspícuo n'O País. Os seus folhetins eram vivos, de uma acrobacia prodigiosa, onde a inteligência não se deixava entorpecer pela erudição (Aranha, 1996, p. 80-81).

Graça Aranha bem traça o perfil do nosso protagonista, com a sua flor vermelha na botoeira do paletó, captando-lhe as múltiplas facetas, como versátil pena da literatura, pioneira expressão da pesquisa científica e intrépida voz do Ministério Público. Celso Magalhães, nascido na fazenda Descanso, Viana, em lugar hoje pertencente ao Município de Penalva, em 11 de novembro de 1849, portanto menos de 30 anos após o grito do Ipiranga e pouco mais de cinco anos antes do nascimento de Raimundo Teixeira Mendes, tornou-se bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1873. De personalidade inquieta e indômita, uma das figuras mais proeminentes de sua geração, de sólida reputação moral e intelectual, foi da poesia ao teatro, da crônica ao romance, do ensaio à crítica, do jornalismo à pesquisa, vindo a ser posteriormente consagrado como patrono de cadeiras da Academia Maranhense de Letras, da Academia Maranhense de Letras Jurídicas, da Academia Vianense de Letras, da Academia Ludovicense de Letras e do Instituto Histórico e Geográfico do Maranhão.

Na seara literária, como potente voz do positivismo no Maranhão, imprimiu a sua marca de abolicionista e republicano ardoroso e de observador arguto e crítico dos costumes de seu tempo, em especial os maranhenses, com destaque para as crônicas teatrais intituladas “Parênteses” e os folhetins das séries “Carranquinhas”, sob a batuta do macaco Simeão da Rua Grande (1872-1873), e “Caretas”, sob o pseudônimo

de Balcofírio (1874-1876), em estilo direto e vivaz, publicados no jornal *O País*, de Temístocles Aranha, assim como, principalmente, para os poemas “O escravo” e “Os calhambolas”, respectivamente concluídos em 1867 e 1869, ambos vigorosos libelos contra a escravidão e em prol da liberdade. O primeiro apresenta uma África idealizada, enquanto o último, poema social mais extenso e realista, entremeado de lirismo, objeto do alentado ensaio *Celso Magalhães, poète abolitioniste*, do professor francês Jean-Yves Mérian, baseou-se em uma insurreição de escravos acontecida em Viana, acompanhada por Celso Magalhães, da mesma forma que o Quilombo dos Palmares inspiraria o grande poeta condoreiro Castro Alves, mais ou menos no mesmo período. As estrofes a seguir reproduzidas de “Os calhambolas” testemunham não apenas a defesa do fim da escravidão, mas também do reconhecimento de que o negro merece todo o respeito, porquanto portador da dignidade humana, em igual medida com qualquer pessoa:

– “Eu quero vingança, mas quero-a completa,
não sangue, nem prantos, nem mortes, nem ais,
vingança de nobre – olhar os algozes
curvados dizerem: valeis muito mais!
[...]

Escravo! e pode um homem ser escravo?
Todos nós de um só pai filhos nascemos,
– de Deus, dispensador de eternas graças.
Com que título pois um homem a outro,
que é seu irmão da mesma natureza,
diz: – “tu és meu escravo?” – Oh! maldição
sobre o povo que ainda no seu seio
alimenta este crime tão nefando!

Pudesse minha voz, transpondo o espaço
reboar aos ouvidos dos senhores,
trazer-lhes a vergonha, a piedade
ao coração; pudesse as minhas frases
remorder-lhes as frias consciências
pelo crime embotadas!...

Seja este nome – escravo – suprimido
da lista dos vocábulos!
Lave-se a nódoa infame que mareia
o refulgente nome do Brasil;
e, se o sangue somente lavar pode
essa mancha odienta e vergonhosa,

venha o sangue, por Deus, venha a revolta!
Calque-se aos pés o jugo espedaçado!
e seja o hino universal e santo
por todas as nações cantado – um nome
uma palavra só que em si resume
o que há de belo e justo: – LIBERDADE! –⁹

Não por acaso Celso Magalhães, no mesmo ano de 1869, convenceria o seu pai, o fazendeiro José Mariano da Cunha, a transformar os escravos de sua fazenda em trabalhadores assalariados.

O intelectual também é o autor da obra inacabada *Um estudo de temperamento*, com a qual se habilitou como precursor do romance naturalista no Brasil, escrita alguns anos antes da obra *O mulato* (1881), de Aluísio Azevedo. Mas o pioneirismo mais festejado de Celso Magalhães, reconhecido por nomes como Sílvio Romero, Câmara Cascudo e Gilberto Freyre, entre outros, reside na sua inestimável colaboração como iniciador da pesquisa científica sobre o folclore nacional, com a obra *A poesia popular brasileira*, publicada sob a feição de 10 artigos no jornal *O Trabalho*, de Pernambuco (1873).

Celso Magalhães era filho de sua época, com as suas contradições, mas, em vários aspectos, igualmente lhe rompeu os horizontes, especialmente sob o timão do positivismo; nele conviveram o abolicionismo inflamado, convicção formada ainda em seu primeiro período no Maranhão, ideias liberais e até o pensamento racialista, sob influência de doutrinas como o naturalismo e o evolucionismo social, largamente divulgadas no mundo acadêmico de Recife, a convidarem à adoção de um discurso então tido como científico na percepção das características da sociedade brasileira. Isso em nada diminui a contribuição de Celso Magalhães à literatura brasileira e à pesquisa científica sobre o folclore, consoante salienta Jomar Moraes:

A despeito da breve existência, que em muito limitou sua capacidade de realização, Celso Magalhães é uma das figuras mais importantes de sua geração. Exerceu, sobre ela, influência marcante e definidora de destinos. Entende Josué Montello, e com inteira razão, que dificilmente Aluísio Azevedo realizaria o espantoso salto que vai de *Uma lágrima de mulher* (1879) a *O*

⁹ O poema encontra-se transcrito em Moraes (1999, p. 61, 108-109).

mulato (1881), não fora a ebuição intelectual que se operou em São Luís pelo estímulo e pelo exemplo de grandes mestres, entre eles, Celso Magalhães.

[...]

À frente de todos, no Brasil, compreendeu a importância da cultura popular como repositório e expressão de tradições legítimas, graças às quais era, como de fato é, possível reconstituir tênues liames que nos orientam na busca e identificação de nossas distintas raízes culturais. É verdade que, tributário, como todos somos, das ideias vigentes em seu tempo, não pôde Celso Magalhães desvincilar-se de muitos dos arraigados preconceitos então correntes. [...]

A despeito disso, [...] vale, sobremodo, o pioneirismo de Celso Magalhães, que, se partilhava diversos dos pré-conceitos de seus coetâneos, teve olhos para ver a extraordinária importância daquilo que nenhum deles, ao tempo, havia percebido. Por isso mesmo realizou, com os estudos de *Poesia popular brasileira*, obra fundamental no gênero, em nosso país [...] (Moraes, 1999, p. 41- 42).

Todas essas facetas de Celso Magalhães desaguam, como rios caudalosos, intercomunicantes, na baía do celebrado portador da flor lágrima-de-sangue. E a última delas, porém não a menos importante, muito pelo contrário, a de promotor público (designação dada aos Promotores de Justiça na sua época) em São Luís durante pouco mais de quatro anos (1874-1878), não nega, ao invés, reafirma o poeta ferrenhamente antiescravista, o pesquisador pioneiro, o crítico perspicaz dos costumes maranhenses e o homem sagaz disposto a demonstrar que agia conforme escrevia, todas eloquentes expressões do mesmo intelectual positivista.

O chamado “Processo da Baronesa” se refere aos autos do processo-crime desencadeado pela Promotoria Pública da Capital, representada pelo Adjunto Antonio Gonçalves de Abreu, perante o juízo do 3º Distrito Criminal, pela prática do crime de homicídio simples (sem “circunstâncias agravantes”), insculpido no art. 193 do Código Criminal do Império do Brasil, cujas penas previstas eram “de galés perpétuas no grau máximo; de prisão com trabalho por doze anos no médio; e por seis no mínimo”, mediante castigos e maus-tratos infligidos ao pequeno cativo Inocêncio, em desfavor de D. Anna Rosa Vianna Ribeiro, sua senhora, conhecida aristocrata da sociedade provincial,

casada com o Dr. Carlos Fernando Ribeiro, destacado chefe político no Maranhão, do Partido Liberal, posteriormente honrado com o título de Barão de Grajaú, mais exatamente em 1884. O Adjunto, em substituição ao titular Celso Magalhães, então em licença, por motivo de saúde, ofereceu a denúncia em 30 de novembro de 1876, com rol de oito testemunhas e sete informantes, visando submeter a ré a julgamento perante o Tribunal do Júri, tendo o delito se verificado em São Luís, no sobrado da família da acusada, situada na Rua de São João, em 13 de novembro do mesmo ano (fls. 2-4 dos autos)¹⁰. Celso Magalhães logo reassumiu as suas funções, significando-as sobremaneira ao sustentar a acusação, com denodo, dedicação e competência em todo o caminhar processual – como era, aliás, habitual na sua conduta profissional –, nesse caso envolvendo a morte de uma criança escrava, numa sociedade conservadora, ainda regida pela chaga da escravidão, dividida pelos frequentes embates entre o Partido Liberal e o Partido Conservador, contra uma dama representante da elite socioeconômica e política da Província, esposa de influente líder do Partido Liberal no Maranhão. Sua exemplar atuação no caso, desafortunadamente, acabaria por lhe render a exoneração *ex officio* do cargo que tanto honrou, pelas mãos vingativas do marido da denunciada, transcorrido menos de um ano do desenlace judiciário em agosto de 1877.

A ré, filha do comendador Raimundo Gabriel Viana e de Francisca Isabel Lamagnère, contava 40 anos de idade na época da morte da vítima e era tida como autora de várias outras ações de violência, marcadas pela perversidade, contra escravos de sua propriedade na derradeira metade do séc. XIX. Seu esposo, descendente de uma tradicional família de Alcântara, era agrônomo e médico, em graduações concluídas nos Estados Unidos, e advogado formado pela Escola de Direito de Olinda, tendo construído a sua carreira política no Partido Liberal, de que se tornou a mais importante liderança e pelo qual ocupou a vice-presidência da Província do Maranhão. Todavia, quando faleceu em 1889, já não usufruía o mesmo prestígio, nem mesmo no seio de seu partido. Já Celso Magalhães possuía laços familiares, ideológicos e estratégicos com o Partido Conservador, dirigido pelo intelectual Gomes de Castro, responsável pela própria nomeação do nosso protagonista para a Promotoria Pública da Capital. Não há evidência alguma, contudo, de que Celso Magalhães tenha permitido, sequer uma vez, que as suas conexões políticas, de resto comuns em um tempo em que a investidura no cargo se fazia sem prévia aprovação em concurso público e em que o próprio progresso na carreira geralmente dependia de tais

¹⁰ AUTOS [...], 2020, p. 133-135.

ligações, interferissem no seu elogiado trabalho como promotor público; diversamente, toda a sua conduta profissional apenas revela a sua coerência como defensor da causa abolicionista.

O processo foi célere, com duração inferior a um ano, e precedido de um inquérito, concluído em somente 15 dias. Inocêncio, a vítima, tinha apenas 8 anos quando morreu em 13 de novembro de 1876, alguns dias depois de seu irmão Jacinto, ambos adquiridos por D. Anna Rosa da firma Ferreira & Silva em agosto daquele ano. Os autos do inquérito indicam que, poucas horas após a morte da criança, a acusada contratou, por meio de um escravo, a firma Romeo & Silva para a realização do sepultamento da criança, exigindo que tal se desse antes das seis horas da manhã do dia 14 e que o caixão não deveria ser aberto, salvo no ato de encomendação do cadáver, o que despertou suspeitas quando o corpo chegou ao Cemitério da Santa Casa de Misericórdia. Por estar desacompanhado do bilhete de sepultura, foi impossibilitado o imediato sepultamento de Inocêncio e comunicada a ocorrência à Subdelegacia de Polícia do 2º Distrito da Capital, daí ocasionando a suspensão do enterro, que só aconteceria no dia 15, uma vez efetuado o exame pericial pelos médicos Augusto José de Lemos e Raimundo José Pereira de Castro, por determinação da Subdelegacia.

A conclusão do laudo foi de que a morte de Inocêncio foi causada “provavelmente por castigos repetidos”, além de maus-tratos continuados, “provavelmente” provocados por “cordas, chicote e qualquer outro instrumento contundente de maior peso”, bem como de que “todo o corpo foi maltratado com castigos repetidos, e se houvesse cuidado decerto não teria havido a morte”, sendo apontada a existência de uma contusão na cabeça, mais precisamente na “região occipital pelo lado direito, junto à sutura com o parietal correspondente, [...] outra na região frontal do mesmo lado, em sua parte média, outra ainda na mesma região pela sua parte esquerda, marchando para a região temporal, correspondente”, além de “escoriações na orelha direita em seus bordos; feridas e equimoses no lábio inferior”, dentre diversas outras lesões recentes por todo o corpo, somadas a marcas antigas de castigos e pancadas (fls. 10-12 dos autos)¹¹.

Concluído o laudo, foi instaurado o devido inquérito policial em 19 de novembro de 1876, cujas investigações foram conduzidas pelo Subdelegado Antonio José da Silva e Sá. Em paralelo, foi proposta, pelo advogado Francisco de Paula Belfort Duarte – um dos mais renomados

¹¹ *Ibid.*, p. 155-157.

profissionais em atuação no Maranhão, frequentemente chamado para as grandes causas pelo seu alto conhecimento jurídico e sua notável habilidade oratória –, sem indicação da pessoa representada, uma ação de justificação perante a 3^a Vara Cível da Capital, objetivando a exumação do cadáver de Inocêncio, escravo de propriedade do possível representado, o político Carlos Fernando Ribeiro, para o escopo de apuração da *causa mortis* daquele, sendo que, como era de esperar, o resultado foi distinto do primeiro laudo, agora assinado por outros profissionais, a exemplo do médico Antonio dos Santos Jacintho, com a atribuição de causas naturais à morte da criança, con quanto admitindo que as sevícias detectadas podiam ter contribuído para apressar o fim de sua vida (quinto quesito), em ato presidido pelo Chefe de Polícia José Mariano da Costa. Os autos dessa ação seriam diretamente anexados aos autos do processo-crime, o que significa que não estavam disponíveis para a Promotoria Pública por ocasião da denúncia.

Na fase judicial, foram inquiridos oito testemunhas e igual número de informantes. Foi nessa etapa que Celso Magalhães retornou às suas atividades funcionais, isto é, a partir de 9 de dezembro de 1876. No começo do processo, a denunciada teve negado o seu duplo pleito de realização de sua oitiva em casa, por supostos motivos de saúde, e de suspensão do processo até a sua total recuperação, daí resultando a declaração de sua revelia, por ausência de apresentação de defesa formal. Já passada a fase de coleta de depoimentos, a ré teve deferido novo pedido de interrogatório domiciliar, cujo auto não foi assinado por Celso Magalhães (fl. 207v. dos autos)¹², por considerá-lo irregular, *ex vi* da revelia. Foi a partir desse ato processual que a Defesa da acusada, na pessoa do advogado mencionado, fez a sua primeira manifestação, juntando alentadas alegações finais (fls. 214-235v. dos autos)¹³, instruídas com o auto de exumação e de corpo de delito (fls. 239-247v. dos autos)¹⁴, e os autos completos da ação de justificação assinalada (fls. 250-271 dos autos)¹⁵. Nesse ponto, Celso Magalhães pugnou pela prisão de D. Anna Rosa, alegando a presença de “veementes indícios de sua criminalidade” (fl. 288 dos autos),¹⁶ no que, em primeiro momento, não teve sucesso (fl. 289 dos autos)¹⁷. Manifestou-se, então, em

¹² *Ibid.*, p. 392.

¹³ *Ibid.*, p. 401-430.

¹⁴ *Ibid.*, p. 436-443.

¹⁵ *Ibid.*, p. 451-474.

¹⁶ *Ibid.*, p. 499.

¹⁷ *Ibid.*, p. 500-501.

peça própria, pela pronúncia da denunciada (fls. 291-296 dos autos)¹⁸. Em sequência, insurgindo-se contra a sentença de improúnica subscrita pelo magistrado José Manoel de Freitas, sob o fundamento principal de que o laudo original de exame de corpo de delito seria deficiente e não autorizaria o juízo a concluir pela existência do crime de homicídio (fls. 330-333 dos autos)¹⁹, o brioso Promotor Público recorreu dessa decisão ao (Superior) Tribunal da Relação, com o argumento baseado em vários dispositivos da lei processual penal brasileira, em sólidos escólios doutrinários e jurisprudenciais nacionais e estrangeiros e até na legislação francesa, evidenciando os péssimos antecedentes da denunciada quanto ao hábito de maltratar os cativos, “provados por certidões públicas”, e sustentando a suficiência do laudo de exame pericial para provar que as pancadas e lesões identificadas no corpo do pequeno cativo haviam apressado a morte deste, sem necessidade de que configurassem a causa única do resultado fatal, com a consideração alternativa de que, mesmo na mera hipótese de que não houvesse comprovação de que os castigos haviam determinado a morte de Inocêncio, seria o caso de questionar se não havia “prova bastante de que tinha sido ele seviciado”, razão pela qual o Tribunal do Júri constituía a arena competente para a discussão dessas questões (fls. 336-347 dos autos)²⁰.

Como observa Yuri Costa, o dito Processo da Baronesa não inaugura, antes reafirma, o modo como Celso Magalhães atuava em processos referentes a escravos, sendo emblemático o precedente judicial criado a partir de tese pioneiramente desenvolvida pelo promotor público no caso do julgamento de Raimundo José Lamagnère Viana, irmão de D. Anna Rosa, mediante especial interpretação dada ao art. 73 do Código de Processo Criminal:

A despeito da absolvição de Raimundo Lamagnère, a vitória de Celso Magalhães na ação aqui comentada foi indiscutível. Funcionou o processo como um dos primeiros precedentes do Império – e, por certo, o inicial no Maranhão – no qual foi aceito (*sic*) por um Tribunal da Relação a tese defendida pela acusação, ou seja, de que poderia o promotor oferecer queixa em nome de escravo, contra seu senhor, pelo crime de ofensa física leve. Nesse sentido, a partir daqueles

¹⁸ *Ibid.*, p. 509-516.

¹⁹ *Ibid.*, p. 559-563.

²⁰ *Ibid.*, p. 575-595.

autos-crime, foi pioneiramente o cativo encarado como “pessoa miserável” para esse fim.

A referência ao caso como relevante precedente foi feita por Lenine Nequete em obra dedicada à jurisprudência sobre a escravidão no Brasil. Segundo o autor, após o posicionamento da Relação do Maranhão na ação que apurou as agressões a Carolina, outros magistrados e tribunais do Império passaram a citá-lo, modificando aos poucos seu entendimento sobre a questão [...] (Costa, 2018, p. 197, 202-203).

Não por acaso, indaga Celso Magalhães nas razões de seu recurso: “Perante as leis do nosso processo não é o escravo pessoa miserável e, como tal, não está sob a proteção do ministério público?” (fl. 346v. dos autos)²¹.

Após a apresentação das contrarrazões da Defesa (fls. 359-366v. dos autos)²², o promotor teve o seu recurso provido pelo (Superior) Tribunal da Relação, que determinou que a ré fosse submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri (fl. 372 dos autos)²³, com o que esta foi recolhida à prisão desde 13 de fevereiro de 1877 (primeiramente ao 5º Batalhão de Infantaria e, em seguida, à Cadeia Pública) para aguardar a data da sessão (fl. 375 dos autos)²⁴. Celso ofereceu o libelo-crime acusatório em 18 de fevereiro daquele ano, incluindo rol de 15 testemunhas e oito informantes (fls. 373-374 dos autos)²⁵, contrariado por lacônica peça da Defesa (fl. 381 dos autos)²⁶, e a sessão do Tribunal do Júri, presidida pelo Dr. Umbelino Moreira de Oliveira Lima, juiz da 1ª Vara da Comarca da Capital, teve lugar a 22 do mesmo mês, na sala do fórum de São Luís com tal destinação, situada na atual Câmara Municipal. Não obstante os seus esforços, a guerra já estava perdida antes da batalha decisiva: a acusada foi absolvida (fls. 397v.-398 dos autos)²⁷, a sociedade ainda não estava preparada para condenar uma dama de um dos mais altos círculos de poder provinciais pelo assassinato de um pequeno escravo. Lembrando a composição elitista desse Tribunal naquela época e o fato de que a consciência da injustiça da escravidão ainda não

²¹ *Ibid.*, p. 594.

²² *Ibid.*, p. 641-652.

²³ *Ibid.*, p. 664.

²⁴ *Ibid.*, p. 671.

²⁵ *Ibid.*, p. 689-691.

²⁶ *Ibid.*, p. 707.

²⁷ *Ibid.*, p. 745-747.

fincara pé no seio social, concluiu o Júri, por unanimidade, que a morte de Inocêncio não teria sido motivada por sevíncias e maus-tratos infligidos pela denunciada e que os ferimentos descritos no libelo não causaram a morte do escravo, o que fez triunfar a tese defensiva de que a *causa mortis* foi natural, presumivelmente por doença adquirida pela criança antes de se tornar propriedade de D. Anna Rosa (verminoses). Celso Magalhães ainda interpôs novo recurso, desta feita de apelação, perante o (Superior) Tribunal da Relação, mediante registro na própria ata da sessão do Júri (fls. 398-399 dos autos)²⁸, suscitando, em suas razões posteriores, a configuração de nulidade do julgamento em virtude da incidência de irregularidades verificadas na aludida sessão (fls. 409-412 dos autos)²⁹, sem êxito. A Corte acionada julgou improcedente o apelo do Ministério Público, por unanimidade, por meio de acórdão datado de 7 de agosto de 1877 (fl. 432v. dos autos)³⁰. E o processo conheceu o seu término.

O Processo, sim; e o seu desdobramento mais ignominioso pouco tardaria. Ao assumir a presidência da Província a partir de 28 de março de 1878, em caráter interino, o Vice-Presidente Carlos Fernando Ribeiro, do Partido Liberal, esposo da futura Baronesa de Grajaú, demitiu Celso Magalhães “a bem do serviço público”, sem indicação de mínimo vício de conduta, em suprema ironia para quem sempre zelara pelo interesse público, logo no dia seguinte, como o primeiro entre vários outros a quem foi reservado o mesmo destino, em evidente represália pela participação no Processo da Baronesa ou pela manutenção de laços de simpatia ou de filiação com o Partido Conservador, agremiação partidária rival, provocando forte impacto no ambiente político provincial. Tiveram a mesma injusta sorte o Delegado de Polícia Antonio José da Silva e Sá e o seu 3º suplente, de nome Antonio Joaquim Ferreira de Carvalho, ambos com atuação relevante no inquérito policial no qual se deu o indiciamento de D. Anna Rosa Vianna Ribeiro por homicídio.

Abalado pela injustiça, e ainda pela morte do pai logo em sequência, enfrentando entraves ao exercício da advocacia, Celso Magalhães, de saúde frágil, agora redator do jornal *O Tempo*, de propriedade de Gomes de Castro, líder do Partido Conservador, faleceria de febre perniciosa em São Luís no dia 9 de junho de 1879, desencadeando intensa comoção na imprensa provincial e de outras plagas.

²⁸ *Ibid.*, p. 746-747, 755.

²⁹ *Ibid.*, p. 775-781.

³⁰ *Ibid.*, p. 830-831.

Sua coragem levou o grande romancista Josué Montello a retratá-lo em ação no Tribunal do Júri, em cena do julgamento da futura Baronesa de Grajaú, incluída na magistral obra *Os tambores de São Luís* (1965), assim como o poeta José Chagas a homenageá-lo no soneto “O Guardião da Justiça”, integrante do livro *Os azulejos do tempo – patrimônio da humana idade* (1999).

Consoante frisado, Celso Tertuliano da Cunha Magalhães não nega a sua época, ostentando algumas de suas contradições, mas também não está preso ao seu tempo; ao contrário, posicionou-se nos primeiros vagões do trem de sua geração, abraçando causas de vanguarda e antecipando a defesa de direitos hoje considerados humanos e fundamentais, sob o horizonte expandido do positivismo, cujo principal arauto foi Raimundo Teixeira Mendes.

Não foi apenas na ampliação do papel do promotor público em prol de cativos nas ações penais de cunho particular que a posição antiescravista e abolicionista de Celso Magalhães se fez marcante. Ele igualmente auxiliou na organização de duas juntas municipais com o objetivo de classificação dos escravos a serem libertos; assumiu a representação de cativos ou libertos com ações de liberdade levadas ao Tribunal da Relação do Maranhão, embora tal atribuição, em princípio, estivesse fora de seu âmbito de atuação, o que tornou necessária a consecução de autorização da Corte nesse sentido; preocupou-se em empregar palavras humanizantes em relação a Inocêncio, a exemplo de “vítima” ou “escravinho”, afastando o discurso de coisificação do cativeiro; defendeu a adoção de tratamento judicial apropriado aos depoentes que fossem negros libertos, ou seja, de testemunha, e não de informante, entre outras iniciativas. Ademais, Celso também usou o mencionado art. 73 do Código de Processo Criminal em ações em defesa de mulheres vulneráveis por agressões sofridas de seus esposos ou amantes, de menores vitimados e de pessoa com deficiência³¹.

Ele foi pioneiro na pesquisa científica do folclore, foi pioneiro na literatura e foi pioneiro como promotor público. O poeta abolicionista de “Os calhambolas” é o mesmo promotor público que teve a coragem de sustentar a acusação contra uma senhora de escravos, esposa de um poderoso político, situado na mais alta camada socioeconômica da província. Fê-lo não porque tivesse laços com o Partido Conservador, mas porque era o seu dever, ditado pelo alto cargo que ocupava, pela sua consciência e pelas suas convicções. Permanece sem resposta plausível o desafio do Colega Washington Luiz Maciel Cantanhêde na Introdução da obra *Autos do processo-crime da*

³¹ Ver Costa (2018, p. 204-207).

Baronesa de Grajaú 1876-1877, ainda na primeira edição (2009), para que os possíveis detratores demonstrassem a atuação parcial de Celso Magalhães na Promotoria Pública da Capital, seja no Processo da Baronesa, seja em qualquer outro... (Cantanhêde, 2009, p. 24).

Não é surpresa, pois, que o Ministério Público do Estado do Maranhão o tenha como seu patrono, assim consagrado no art. 194 da Lei Complementar nº 013, de 25.10.91, nem que ele empreste o seu nome e a sua imagem à mais alta comenda dessa instituição.

E foi no Processo da Baronesa que Celso Magalhães se revelou em sua plenitude, como intelectual positivista e profissional dedicado, e definitivamente inscreveu o seu nome na História. O tempo não devorou Celso Magalhães, nem o processo que o consagrou. A Flor do Celso está mais viva do que nunca e deve continuar a medrar nos campos do Ministério Público...³².

5 A ACADEMIA BRASILEIRA DE FILOSOFIA

O positivismo se encontra consagrado na Cadeira nº 13 da Academia Brasileira de Filosofia, cujo patrono é precisamente o intelectual maranhense Raimundo Teixeira Mendes e cujo fundador é Danton Voltaire Pereira de Souza, que foi engenheiro e professor de Física da Escola Politécnica da Universidade Federal do Rio de Janeiro³³.

Nascida em 1989, a ABF é a principal entidade brasileira dedicada à defesa, propagação e conservação da cultura filosófica nacional, da memória de seus integrantes e dos maiores pensadores dos mais variados campos do conhecimento, além da promoção de eventos filosóficos nacionais e internacionais³⁴.

³² O perfil de Celso Magalhães apresentado tem como fonte principal o prefácio desta articulista, como membro da Comissão Gestora do Programa Memória Institucional do Ministério Público do Estado do Maranhão, à segunda edição da obra *Autos do processo-crime da Baronesa de Grajaú 1876-1877*. p. 19-33.

³³ É a cadeira que esta articulista tem a honra de ora ocupar desde 2021.

³⁴ Ver ACADEMIA BRASILEIRA DE FILOSOFIA. *Portal institucional*. Disponível em: <https://www.academia-de-filosofia.org.br/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

6 CONCLUSÃO

Na oportunidade do transcurso da efeméride do Bicentenário da Independência do Brasil, é deveras pertinente a lembrança da notável influência exercida pelo positivismo nos rumos de nossa história, especialmente na justificação da Abolição da Escravatura, na proclamação e organização da República, no arcabouço da Constituição de 1891, na opção pela separação entre a Igreja e o Estado, na instituição geral de reformas visando à inclusão social do proletariado, na adoção de uma legislação trabalhista, até então inexistente, e de iniciativas de respeito às mulheres e proteção dos animais, dentre outros feitos.

Também é pertinente a lembrança daqueles, como Raimundo Teixeira Mendes, que atuaram como ardorosos arautos de uma doutrina que tanta importância teve na vida política e socioeconômica brasileira e na evolução do pensamento filosófico brasileiro, bem como de personagens menos conhecidos, como o Promotor Público Celso Tertuliano da Cunha Magalhães, abolicionista e republicano convicto, que tão dignamente soube fazer uso de sua sólida formação intelectual influenciada pelo positivismo e por outras concepções então em voga para levar ao Tribunal do Júri uma cruel dama da elite escravagista pelo assassinato de um menino escravo.

Essa valorização do imenso legado filosófico brasileiro é, no final das contas, uma das missões da Academia Brasileira de Filosofia, um dos patrimônios da cultura nacional.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE FILOSOFIA. **Portal institucional**. Disponível em: <https://www.academia-de-filosofia.org.br/>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ARANHA, José Pereira da Graça. **O meu próprio romance**. Introdução e notas de Jomar Moraes. 4. ed. São Luís: Alumar, 1996.

AUTOS do processo-crime da Baronesa de Grajaú 1876-1877. Transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose Silva. 2. ed. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2020.

CANTANHÊDE, Washington Luiz Maciel. Introdução: Processo da Baronesa de Grajaú: na acusação, um promotor público contra a

escravidão. In: AUTOS do processo-crime da Baronesa de Grajaú 1876-1877. Transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose Silva. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2009. p. 17-35.

CARVALHO, William Almeida de. Pequena história da maçonaria no Brasil. *Revista de Estudios Históricos de la Masonería Latinoamericana y Caribeña*, IES Universidad Laboral de Gijón, v. 2, n. 1, p. 30-58, maio/nov. 2010. Disponível em: rehmlac.com/. Acesso em: 20 jun. 2022.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva:** Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores).

COMTE, Auguste. Prospectus des travaux scientifiques nécessaires pour réorganiser la société. In: SAINT-SIMON, Henri. **Suite des travaux ayant pour objet de fonder le système industriel. Du contrat social.** Paris: Les marchands de nouveautés, 1822. p. 15-191. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k15164976/f21.item>. Acesso em: 20 jun. 2022.

COSTA, Cruz. **O positivismo na República:** notas sobre a história do positivismo no Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

COSTA, Yuri. **A flor vermelha:** ensaio biográfico sobre Celso Magalhães (1849-1879). São Luís: Café & Lápis, 2018.

FAIRCHILD, Henry Pratt (ed.). **Diccionario de sociología.** Traducción y revision de T. Muñoz, J. Medina Echavarria y J. Calvo. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Prefácio. In: AUTOS do processo-crime da Baronesa de Grajaú 1876-1877. 2. ed. Transcrição de Surama de Almeida Freitas e Kelcilene Rose Silva. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça, 2020. p.19-33.

FRAZÃO, Dilva. Auguste Comte: filósofo francês. **eBiografia.** Disponível em: https://www.ebiografia.com/auguste_comte/. Acesso em: 18 jun. 2022.

GOMES, Laurentino. **1822:** como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram D. Pedro a criar o Brasil, um país que tinha tudo para dar errado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. A “teoria do Brasil” dos positivistas ortodoxos brasileiros: composição étnica e independência nacional. **Política & Sociedade - Revista de Sociologia Política**, Florianópolis, v. 16, n. 35, p. 271-298, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2175-7984.2017v16n35p271>. Acesso em: 20 jun. 2022.

MEIRELES, Mario Martins. **Panorama da literatura maranhense**. São Luís: Imprensa Oficial, 1955.

MORAES, Jomar. **Apontamentos de literatura maranhense**. 2. ed. São Luís: SIOGE, 1977.

MORAES, Jomar (org.). **Livro do Sesquicentenário de Celso Magalhães (1849-1999)**. São Luís: Ministério Público do Estado do Maranhão/AML, 1999.

SANTOS, Theobaldo Miranda. **Manual de filosofia**. 11. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

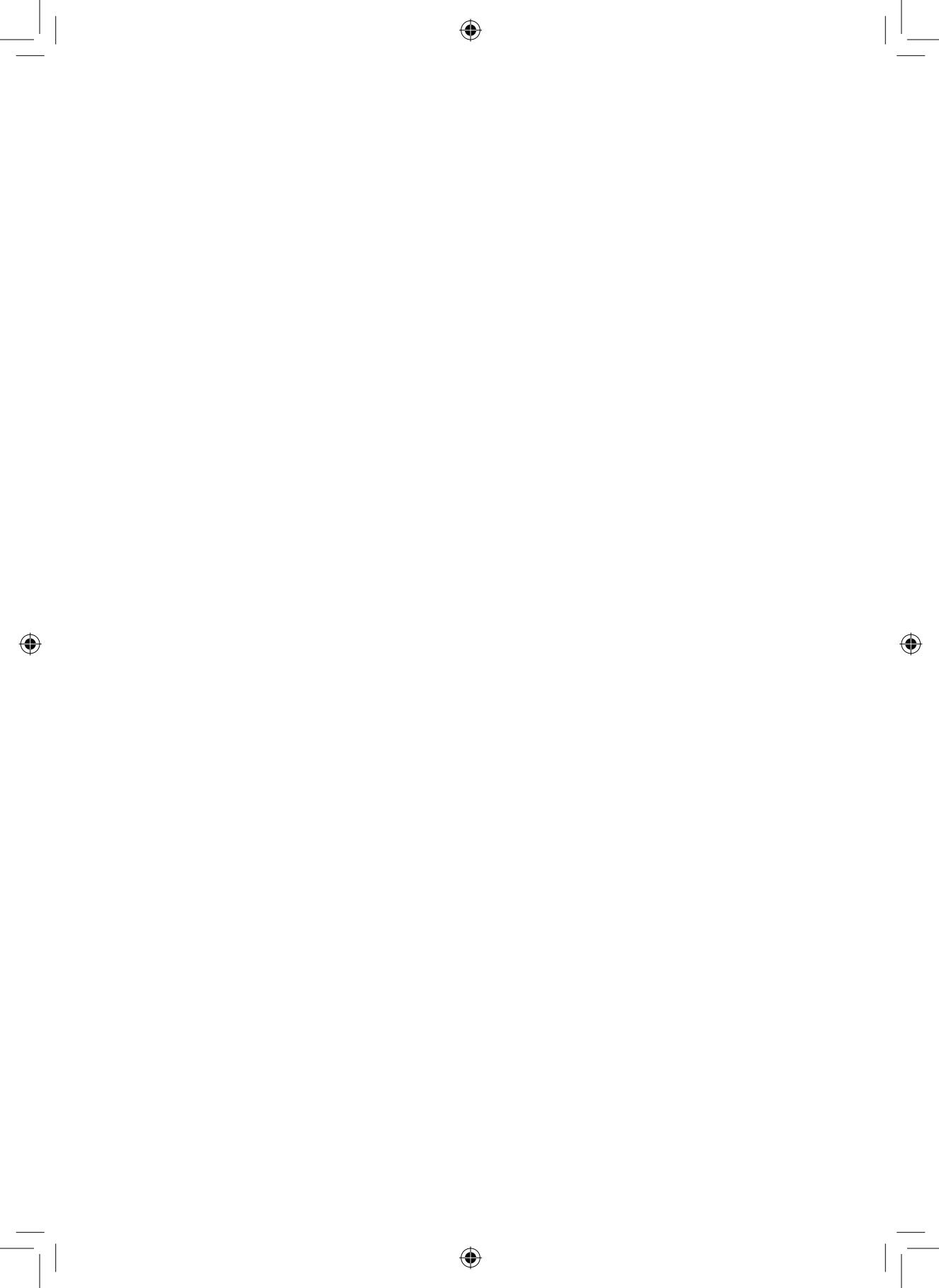


A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – JURIS ITINERA é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As ideias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes:
a) redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; b) apresentados em formato A4; c) configurados em espaço simples; d) digitados em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; e) adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas;
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e *abstract*, constituídos de uma sequência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e *keywords* logo abaixo do resumo e *abstract*, separadas entre si por ponto e vírgula;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

E-mail para o envio de originais
biblioteca@mpma.mp.br



Este livro foi composto na tipologia Minion Pro, em corpo 11, impresso em papel offset 24kg, capa em papel cartão supremo 250g, pela EMPRESA M. MENDONÇA GRÁFICA E EDITORA ME (GRÁFICA GENÉSIS) - São Luís/MA.

