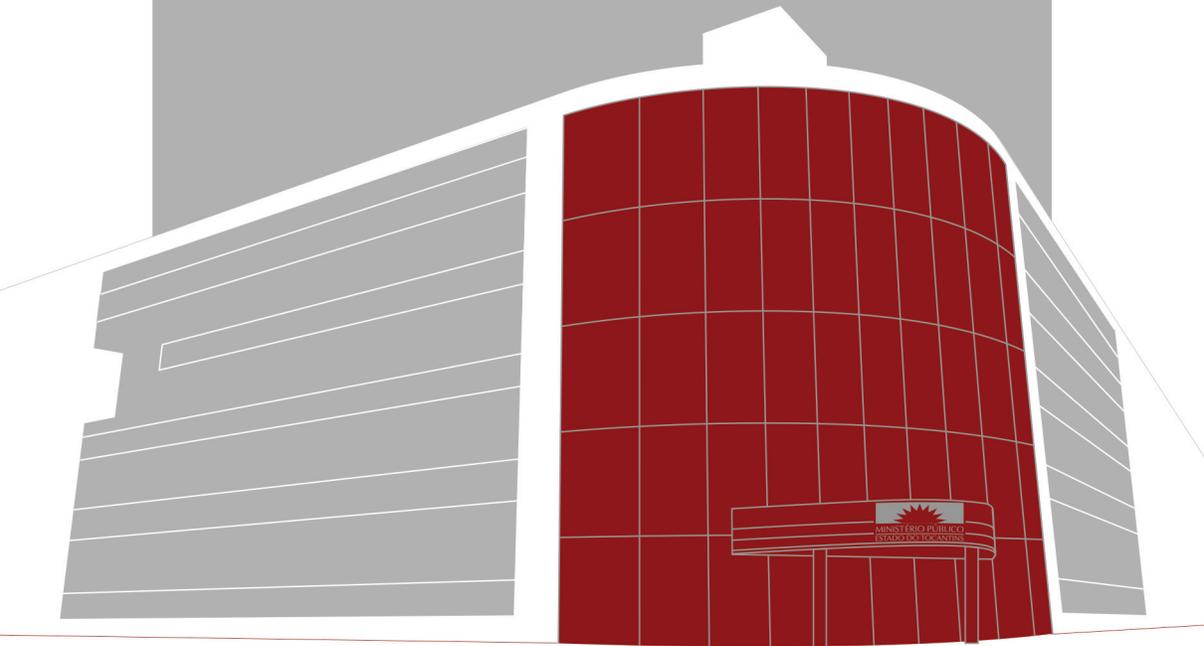


ANO XII - Nº 17

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS



Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
CESAF



Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Cesaf)

Maria Cotinha Bezerra Pereira
Procuradora-Geral de Justiça

Marco Antonio Alves Bezerra
Corregedor-Geral

Ficha Técnica:

Coordenador

Octahydes Ballan Junior
Promotor de Justiça

Subcoordenadora

Ana Paula Reigota Catini
Procuradora de Justiça

Editor-Chefe

Octahydes Ballan Junior
Promotor de Justiça

Conselho Editorial

Ana Paula Reigota Ferreira Catini
Cleivane Peres dos Reis
Diego Nardo
Geraldo da Silva Gomes
José Maria da Silva Junior
Marco Antonio Alves Bezerra
Rodrigo Alves Barcellos
Ruth Araújo Viana

Revisão Linguístico-Textual

Geraldo da Silva Gomes
Luciana Duailibe
Keila Fernandes Santos

Diagramação e Formatação

Randolfo Corrêa
Fernando Antonio Garibaldi Filho
Marcela Dal Molin Machado Alves

Octaydes Ballan Junior
(Coord.)

Revista Jurídica

MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DO TOCANTINS

Ano XII - nº 17

Palmas, Tocantins
2019

2019, Ministério Público do Estado do Tocantins

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins

Publicação do Ministério Público do Estado do Tocantins

Ano XII nº 17 2019

Tiragem: 500 exemplares

Tocantins, Ministério Público

Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins./ Coordenação de
Octahydes Ballan Junior. Palmas: Cesaf, ano 12, nº 17, 2019
198 p.

Periodicidade semestral

ISSN: 1984-168 x

1. Segregação criminal - população negra 2. Tribunal do Júri: teses de
defes 3. Colaboração premiada - efetividade e eficácia 4. Autolavado de
activos - ordenamiento jurídico-penal peruano 5. Ações de ressarcimento
ao erário - prescrição 6. Litígios climáticos - direitos humanos 7. Pessoa com
deficiência - aspectos legais 8. Constelação familiar - mediação de conflitos-
Tocantins 9. Lei de Improbidade - pacote anticrime.

I. Título

CDU: 34 (05)

Todos os direitos reservados ao Ministério Público do Estado do Tocantins.
É permitida a reprodução parcial ou total, desde que sejam citadas as fontes.

A originalidade dos artigos e as opiniões emitidas são de
total responsabilidade de seus autores.

Procuradoria-Geral de Justiça
Qd 202 Norte, Av. LO 4, Conjunto 01,
Lotes 5 e 6 - Plano Diretor Norte
CEP: 77.006-218 - Palmas - Tocantins
(63) 3216-7600
www.mpto.mp.br - cesaf@mpto.mp.br

Editorial

A Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Tocantins, a partir do presente número, dá seus primeiros passos para o formato eletrônico. Anteriormente, a equipe editorial adaptou os textos para formatos digitais compactados, disponibilizando-os na página do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Cesaf na internet.

No momento atual, optou-se pela disponibilização do formato impresso em transição para o digital. Um novo formato para alçar novos voos. Este passo possibilitará que, nesses tempos de veloz tráfego de informações e disponibilidade de conteúdos por meio de suportes tecnológicos informacionais, a Revista Jurídica amplie seu público leitor e colaborador.

Desde 2008, temos trabalhado com a produção de conteúdos direcionados para o público interno do Parquet e escolas e centros de estudos dos demais Ministérios Públicos das unidades federativas. O passo agora dado amplia esse público para além dos grupos citados, direcionando-se também para profissionais das instituições parceiras, pesquisadores, acadêmicos de instituições de ensino superior e pessoas engajadas nas mais diversas organizações sociais que trazem a preocupação de produzir e difundir conhecimento sobre o Direito e suas interfaces com as diversas áreas do conhecimento.

A mudança gradual de formato proporcionará grande economia de recursos públicos e permitirá a leitura através de qualquer dispositivo eletrônico. Busca-se o aprendizado suficiente para atender aos mais elevados padrões editoriais para revistas jurídicas, facilitando, outrossim, a submissão de artigos para publicação e permitindo que os textos tenham alcance e difusão muito maior do que no formato impresso.

Cuida-se de passo indispensável para que, no futuro, a Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins seja classificada e estratificada no sistema de avaliação de periódicos brasileiro e indexada junto àquelas publicações internacionais de comunicação científica, contribuindo para maior divulgação da produção jurídica tocantinense e nacional.

O periódico, a partir de agora, abre-se mais para textos de colaboradores externos tanto em âmbito regional quanto nacional e internacional, propondo reflexões de relevância no pensamento jurídico.

Na presente edição contou-se com a colaboração de Maria Cotinha Bezerra Pereira, que incursionou sobre uma temática pouco trabalhada no seio do Parquet estadual, com “Abordagens iniciais no âmbito jurídico sobre a segregação criminal contra a população negra” e, como tal, espera-se que seja apenas o início das contribuições da autora e demais pessoas que se debruçam sobre o assunto.

A experiência de atuação vivida em tribunais do júri foi resgatada historicamente e trazida, textualmente, por Ricardo Vicente da Silva em “As teses de defesa no tribunal de júri: erro de tipo e o erro de proibição”. Com respeito às reflexões sobre pessoas com deficiência, Felipe Schmidt contribuiu com o texto “Pessoas com deficiência: breves notas sobre sua terminologia, seu conceito jurídico e sua disciplina constitucional no Brasil”. Géssica Hellen Gomes Fernandes escreveu sobre “O Instituto da Prescrição sob a ótica das ações de ressarcimento ao erário” e Juliana Silva Marinho Guimarães discorreu com uma “Proposta para a prática da mediação de conflitos pela Constelação Familiar na esfera judiciária tocantinense”.

Enriquecem a Revista as contribuições dos convidados Antonio Henrique Graciano Suxberger e Dalbertom Caselato Junior, com o texto “Efetividade e eficácia da colaboração premiada como chaves de compreensão para limites da ação judicial”; Renee do Ó Souza escrevendo sobre “Solução negociada na lei de improbidade na proposta do pacote anticrime”. Conta-se também com os artigos de Roberto Carlos Vilchez Limay, trazendo aspectos sobre a lavagem de dinheiro no Peru com os escritos “La figura delictiva del autolavado de activos em el ordenamiento juridico-penal peruano”, e de Rute Saraiva, desde Lisboa, com “Os novos litígios climáticos (e o discurso dos Direitos Humanos)”.

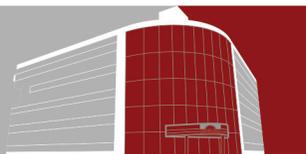
Agradecemos a todos os autores que trouxeram para a Revista textos relevantes, capazes de gerar a reflexão, o aprendizado e impactar a atividade do Ministério Público.

Desejamos uma boa leitura a todos.

Octahydes Ballan Junior
Promotor de Justiça
Coordenador do Cesaf

Sumário

Abordagens iniciais no âmbito jurídico sobre a segregação criminal contra a população negra	10
<i>Maria Cotinha Bezerra Pereira</i>	
As teses de defesa no tribunal do júri: o erro de tipo e o erro de proibição	29
<i>Ricardo Vicente da Silva</i>	
Efetividade e eficácia da colaboração premiada como chaves para a compreensão dos limites da atuação judicial	46
<i>Antonio Henrique Graciano Suxberger & Dalbertom Caselato Junior</i>	
La figura delictiva del autolavado de activos en el ordenamiento jurídico-penal peruano	69
<i>Roberto Carlos Vilchez Limay</i>	
O instituto da prescrição sob a ótica das ações de ressarcimento ao erário	82
<i>Géssica Hellen Gomes Fernandes</i>	
Os novos litígios climáticos (e o discurso dos Direitos Humanos)	108
<i>Rute Saraiva</i>	
Pessoas com deficiência: breves notas sobre sua terminologia, seu conceito jurídico e sua disciplina constitucional no Brasil	142
<i>Felipe Schmidt</i>	
Proposta para a prática da mediação de conflitos pela Constelação Familiar na esfera judiciária tocantinense	158
<i>Juliana Silva Marinho Guimarães</i>	
Solução negociada na Lei de Improbidade na proposta do Pacote Anticrime	176
<i>Renee do Ó Souza</i>	



Abordagens iniciais no âmbito jurídico sobre a segregação criminal contra a população negra

First legal approaches about the criminal segregation against the black population

Primeros acercamientos legales sobre la segregación criminal contra la población negra

Maria Cotinha Bezerra Pereira¹

RESUMO

O artigo pretende lançar bases para a reflexão e debates no campo jurídico sobre a questão do racismo contra a população negra no Brasil e no Tocantins. A questão é analisada de forma gradual a partir do exercício de construção histórica da legislação existente, também com a contribuição das perspectivas da Antropologia, da Sociologia, da Filosofia e do Direito. Utilizou-se como suporte metodológico o levantamento bibliográfico sobre estudos de reconhecidos especialistas na área e sobre a legislação brasileira no tocante à população negra. O estudo é um exercício teórico reflexivo que almeja despertar discussões e novas práticas no âmbito do Ministério Público do Estado do Tocantins no combate ao racismo estrutural enraizado regional e nacionalmente.

Palavras-chave: *Racismo; preconceito; jurídico; direitos humanos; debate.*

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás em 1988, Especialista em Direito Penal e Processual Penal em 1997, Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção em 2017. Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos. Subprocuradora-Geral e 4ª Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. E-mail: mariabezerra@mpto.mp.br. CV: <<http://lattes.cnpq.br/5023136633990800>> Orcid n.º 0000-0001-7318-5649.

ABSTRACT

The article aims to establish conditions new perspectives for reflection and debates in the law field about racism against the Black population in Brazil. The issue gradually was analyzed from the historical construction exercise of existing laws in the country; also with the contribution of the perspectives of Anthropology, Sociology, Philosophy and Law Studies. The methodological support was the bibliographic survey of studies by recognized experts in the field and on Brazilian legislation regarding the Black population. It is a reflexive and theoretical study which aiming to arouse discussions and new practices in the Public Prosecution Service of the State of Tocantins in the fight against structural racism ingrown regionally and nationally.

Keywords: *Racism; prejudice; law; human rights right; debate.*

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo establecer nuevas perspectivas para la reflexión y los debates en el campo jurídico sobre el racismo contra la población negra en Brasil y en el estado de Tocantins. El tema se analizó gradualmente a partir de la mirada histórica sobre las leyes existentes en el país; también con la contribución de las perspectivas de los estudios de antropología, sociología, filosofía y derecho. El eje metodológico se ha basado en encuesta bibliográfica de estudios realizados por expertos reconocidos en el campo y sobre la legislación brasileña con respecto a la población negra. Es un estudio reflexivo y teórico que tiene como objetivo suscitar debates y nuevas prácticas en el Ministerio Público del Estado de Tocantins en la lucha contra el racismo estructural encarnado a nivel regional y nacional.

Palabras clave: *Racismo; prejuicio; legal; derechos humanos; debate.*

Introdução

A narrativa histórica regional do Estado do Tocantins ainda traz consigo discursos que repetem a metáfora da terra nova, repleta de oportunidades, camuflando contingências étnicas, ora ressaltando elementos exóticos, ora reforçando preconceitos enraizados e estruturados no inconsciente coletivo. Essa narrativa oficial, por vezes, olvida-se das populações indígenas nativas e das populações afrodescendentes.

Os estudos sobre a população negra voltam-se, em maioria, para os aspectos históricos e geográficos, ou concentram-se em espaços acadêmicos que já vem desenvolvendo contribuições mais depuradas, evidenciando a necessidade de novos olhares sobre a representatividade negra. Nesse sentido, questiona-se: qual tem sido o papel das organizações atuantes no campo jurídico sobre essa temática no estado do Tocantins?

O presente texto almeja realizar uma primeira abordagem sobre as dinâmicas de produção de segregação e discriminação da população negra no país. Tendo em vista a complexidade do tema, realizou-se um recorte teórico, a partir da contribuição de pesquisadores das ciências sociais e do direito, com foco nos aspectos históricos sociológicos e jurisprudenciais.

Na primeira parte, o texto apresenta aspectos sobre a conjuntura histórica do estado do Tocantins com relação à (in)visibilidade da população negra, bem como, a repercussão do tema para os direitos humanos; a segunda parte trabalhou a trajetória legal da população afrodescendente. E por fim, algumas considerações são delineadas para convite e fortalecimento da reflexão no âmbito das instituições.

1 Das controvérsias não visíveis

Quem viveu a implantação do Estado do Tocantins, a partir da capital Palmas e municípios circunvizinhos, ainda hoje pode recordar a forte publicidade governamental que incidiu sobre a nova terra de possibilidades que se abria para todas as pessoas interessadas no progresso e desenvolvimento regional. Podem ser localizados registros em conteúdo *online* desses momentos, a exemplo de vídeo disponibilizado no Youtube² bem como as narrativas historiográficas locais à guisa do oportunismo editorial sobre a matéria, a exemplo da produção de Póvoa (1990).

A história contada para os grupos migratórios que chegavam deixava transparecer que o estado seria o lugar para a concretização do encontro pacífico de todos os povos da nação, um novo *El Dorado* no coração do Brasil. Assim, a história da criação do Estado do Tocantins é marcada primordialmente pela miscigenação de culturas e etnias, reforçada pelo aumento de levas migratórias

² Acessar, a produção de Sidnei Madalena, com o título “**História do Estado do Tocantins – primeiros passos**”. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=b1bWUWFnjq8>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

estabelecidas nas últimas décadas do Século XX. Isso foi aliado à possibilidade de ascensão social e melhoria das condições gerais de vida, que por sua vez foram o lema do discurso político dos gestores no passado, notabilizado, de igual sorte, pela premissa de garantia do desenvolvimento social via modernização tecnológica.

Ao se estabelecer a categoria de “pioneiros” para os representantes dos grupos migrantes de outras regiões brasileiras e para a população do ex-norte goiano que passou a residir no grande descampado, que mais tarde passaria a ser a capital Palmas, em construção nos moldes de Brasília-DF, as comunidades indígenas e remanescentes de quilombolas existentes dispunham de apenas duas alternativas de ordem sociológica, quais sejam: a primeira, no tocante à assimilação do novo “*modus vivendi*” da unidade federativa, e a segunda consistiria na sucumbência cultural e política diante daquela sociedade exploradora.

Com três décadas de existência, perdura na unidade federativa, sobretudo em sua capital, Palmas, esse discurso de “*nova terra*”, mas com uma novidade: o desenvolvimento almejado pelos grupos hegemônicos regionais não conseguiu impedir que instituições e organizações públicas e privadas estruturassem dinâmicas para a organização, reprodução, produção e difusão de conhecimentos teóricos e práticos de cunho sistematizado e sob o crivo do pensamento analítico científico.

As camadas invisíveis da história regional e das comunidades de pessoas que aqui se encontravam anteriormente começaram a ter visibilidade por meio de estudos científicos e acadêmicos, inquéritos e levantamentos sob a demanda das organizações jurídicas nacionais e internacionais.

A efetivação da universidade pública e a implantação de investigações sobre aspectos históricos regionais (PARENTE, 1999; GIRALDIN, 2004) possibilitaram que viessem à luz do dia as contradições existentes no Tocantins. Tais estudos tiveram substancial importância na sistematização didática na observação das questões de existência e condições de vida da população negra, vez que os relatos históricos fora do eixo acadêmico eram inexpressivos, porque, na historiografia oficial, os negros somente eram citados quando se recordava da existência de escravos nas regiões de Cavalcante, Natividade e Arraias, nos tempos do norte goiano, sendo que a história oficial da criação do Estado do Tocantins tentou apagar essa marca autêntica e anterior.

Durante os primeiros anos de existência do Estado, o olhar das políticas públicas estava direcionado para as populações indígenas, não por benevolência ou dever dos governantes, mas pela cobrança insistente do Ministério Público Federal/Procuradoria-Geral da República e organizações sociais de ativistas em prol dos direitos e da causa indígena no Brasil e no exterior (OIT, 2009).

Inúmeras frentes de apoio político e jurídico foram engendradas em prol das populações indígenas na região, frentes formadas nas décadas anteriores, principalmente com apoio de grupos e associações nacionais e internacionais ligados à ala progressista da Igreja Católica, antropólogos das universidades brasileiras e de entidades internacionais.

Quanto às populações de negros e pardos, as discussões e os apoios políticos vieram em anos posteriores. Essa situação na seara jurídica reflete-se até os dias atuais, nessa segunda década do Século XXI, quando é possível encontrar, ainda, sentenças judiciais que levam em conta a cor da pele dos réus no estado do Tocantins, mormente a partir de uma análise histórica da institucionalização do racismo na cultura tocantinense, a qual está intrinsecamente relacionada aos fenômenos segregatórios ocorridos no Brasil e no mundo.

No que diz respeito à população negra, a história oficial recorta a narrativa sobre a escravidão, não mencionando a formação dos quilombos e a cultura de resistência gerada no solo regional (PARENTE, 1999). O silêncio foi rompido em anos posteriores, quando sob o efeito das políticas públicas afirmativas de igualdade racial, a questão da negritude tocantinense veio à tona, sob a voz da população negra descendente das comunidades quilombolas. A partir do novo governo federal advindo de setores populares, os gestores no Estado do Tocantins passaram a inserir o respeito à negritude nas pautas da propaganda governamental e nos projetos de resgate histórico e cultural³. Algo diferente ocorria, o negro deixava de ser — graças às lutas emancipatórias nos âmbitos jurídico, político e social — um objeto de direito, para se tornar um sujeito de direito, o que causaria extremada controvérsia nos âmbitos regional e nacional.

³ A título de exemplo, ainda que exíguo, tem-se as leis estaduais: a) Lei nº 1.804, de 4 de julho de 2007, que ao estabelecer o Conselho Estadual de Cultura, no art. 4º, II, “d”, estabelece na composição de seus membros a presença de um representante do segmento artístico negro; b) Lei nº 629, de 28 de dezembro de 1993, que institui o Dia Estadual da Consciência Negra, comemorado simultaneamente com o nacional, em 20 de novembro; c) Lei nº 2.977, de 08 de julho de 2015, que ao aprovar o Plano Estadual de Educação do Tocantins, determina na “META 13”, a “Universalização da inclusão da educação das relações étnico-raciais para o ensino de história e cultura afro-brasileira e africana”.

Essa forma reacionária não é inédita no Brasil, está intrinsecamente relacionada a um preceito universal de racismo; o preconceito e a segregação estão relacionados à cor da pele das pessoas, o critério é fenotípico, nos dizeres de Degler, “algo relacionado aos grupos de cor e não relacionado à ancestralidade”. (1976, p. 103)

No panorama histórico ocidental, no período de formação das cidades antigas, as quais guerreavam entre si em constante busca de autoafirmação bélica e conquista de novos territórios, havia a deflagração de homéricos conflitos de ordem étnico-cultural, que quase sempre resultavam no subjugamento dos povos derrotados nessas batalhas.

A prática xenofóbica infligida às populações conquistadas, as quais eram submetidas ao trabalho escravo, sem direito à participação na vida política, também se estendia a processos de aculturação, ato comum para a sociedade dominante. Tal artifício dominador tinha o condão de promover a gradativa aniquilação do legado sociocultural dos povos dominados.

Por consequência, ressalte-se que a não aceitação, pelos dominados, da cultura dominante, quase sempre resultava em extermínios massivos daqueles. Genocídios que se escoravam na argumentação religiosa como princípio basilar para a promoção de unidade de crenças e princípios, além da não submissão às leis emanadas dos reis, os quais representavam literalmente a vontade divina. No aspecto etimológico, o termo raça traz o seguinte acercamento:

O dicionário etimológico de Pianigiani traça a história de *razza* no idioma italiano. Os vocábulos de outras línguas apontados como prováveis origens têm um conjunto relativamente interligado de significados: raiz, gênero, origem, plantar, marca. Segundo o autor, o termo designa ‘todos aqueles que pertencem a uma mesma família, provenientes do mesmo tronco: se usa ao falar das grandes famílias humanas e das espécies dos animais (PIANIGIANI, 1907, ver. *Razza*, tradução nossa). Esses significados ajudam a elucidar o núcleo canônico de significados de raça. A raça é um grupo que compartilha uma marca da sua formação a partir de uma origem comum. A formação é dada por algum tipo de reprodução de uma semente, cuja acumulação como sucessão de gerações produz linhagem, e os membros da linhagem compartilham características. Pessoas, animais, ou mesmo coisas, podiam pertencer a uma raça. (PETRUCCELLI & SABOIA, 2013, p. 85).

O termo “raça” passou a açambarcar as explicações e, também, as justificativas, sobre as diferenças das pessoas a partir dos seus contextos sociais,

da mesma forma que as dividia em classes e castas (MONTAGU, 1972). Munanga situa o termo “raça” no campo sociológico “*como categoria social de exclusão*” (1990), pois a prática racista, como afirmado anteriormente, é a rejeição verbal, a discriminação, a separação de tudo aquilo que é diferente aos olhos de quem possui um lugar sociológico de poder e de dominação.

Da visão global antropológica do que é o racismo, parte-se para a casuística brasileira, calcada sobre a crença da “*igualdade racial*” ou “*democracia racial*” da lavra de Gilberto Freyre. Damatta (1986) contrapõe esse tipo idealizado, observa que no Brasil o mestiço, seja dos afrodescendentes ou das comunidades indígenas nativas, é utilizado ideologicamente para representar essa democracia racial, como um produto símbolo da integração nacional de etnias, diferentemente, ao se verificar, por analogia que nos Estados Unidos, o mestiço é definido como negro, quando se trata da mescla multirracial envolvendo afrodescendentes e que deve ser excluído, por representar um ente “intermediário e imperfeito”. O critério não é somente biológico, mas é cultural e político, pois o preconceito é contextualizado, segregacionista naquele país e por aqui se criou a falsa ilusão identitária para relações conflituosas.

No país esconde-se um regime de hierarquização social, cultural, política e econômica da população negra, vive-se num país de preconceitos, nos dizeres de Florestan Fernandes:

Muitos afirmam que o preconceito de cor é um fenômeno de classe e que no Brasil não existem barreiras raciais. Todavia, estas se manifestam de vários modos e são muito fortes. Aqueles que conseguem varar as barreiras sociais, qualificando-se como técnicos ou como profissionais liberais, logo se defrontam com barreiras raciais. Promoção, reconhecimento de valor e acesso a vários empregos são negados por causa da condição racial, embora os pretextos apresentados escondam as razões verdadeiras. (FERNANDES, 1989, p.22)

Destarte, em consonância com o contexto histórico-cultural até então destacado, verifica-se que o Tocantins convive com controvérsias ora invisíveis, ora visíveis, cotidianamente enfrentadas pelas diferentes etnias indígenas e grupos afrodescendentes. Para melhor retirar o véu que encobre essas questões, é importante uma incursão nos aspectos jurídicos históricos em relação aos afrodescendentes, sob o enfoque de compreensão do negro como sujeito de direitos humanos.

1.2 Direitos humanos e sua intangibilidade para a população negra

A universalidade é atributo do “direito dos homens”, em que todas as pessoas são dotadas de direitos, como já patrocinava Hannah Arendt (2012), bastando a condição de ser humano, apartando-se das suas características pessoais, como sexo, nacionalidade, religião, classe social, etc., bem como dispensáveis as limitações geográficas, justamente porque é universal, isto é, em última análise, não se pode traçar acepções às pessoas, pois todas são dotadas da mesma dignidade.

Não se mira uma perspectiva romântica dos direitos humanos, respeita-se a universalidade por um mundo inclusivo, assumindo as limitações perenes e riscos sobre sua materialização, mas sem incorrer na perspectiva do relativismo cultural (BOAS, 2005), seja pela soberania de cada nação, seja pelas contingências históricas.

Nesse último aspecto, tem-se que a universalidade é mitigada por fatores históricos, que, apesar da superação formal, perpetraram um legado de discriminações entre as diversas comunidades ou setores sociais, sendo sobremaneira capazes de institucionalizar fatores de segregação (HUTTINGTON, 1997). Ao recuperar historicamente a criação das Nações Unidas, em 1945, e a Declaração dos Direitos Humanos, em 1948 (PINSKY, 2013), entende-se que elas foram produto das potências ocidentais, como reação imediata aos males do totalitarismo, no entanto, não se empreendeu o mesmo esforço para o combate às mazelas perpetradas pelo colonialismo e à escravidão intrínseca a esse modelo econômico, notadamente sobre o continente africano, devido aos interesses na continuidade de um modelo econômico baseado na intensa exploração e subjugo pelo homem branco.

Episódios na história do Século XX ilustram a realidade dessa problemática conturbada, a exemplo da política do apartheid na África do Sul, dos movimentos de independência das nações africanas e do movimento social organizado pela comunidade negra nos Estados Unidos, durante as décadas de sessenta e setenta.

Nesse ínterim, tem-se que a população negra, em escala global, ainda suporta uma infinidade de infortúnios para a afirmação de sua cidadania, isto é, do reconhecimento como ser humano dotado de direitos essenciais básicos como qualquer outro, perante instituições sociais que empreenderam, no âmago de suas ações, preconceitos de fundo étnico e racial voltados à manutenção do status quo:

Na atualidade, persiste o mesmo cenário de divisão social da colonização, ainda que inconscientemente. A opressão recorrente suportada pelos negros(as) advém de um processo cultural de primazia ou liderança da população branca, que não experimentou, em todo o percalço histórico, a diminuição de suas benesses ou das riquezas que a sociedade poderia oferecer. Ao contrário, manteve-se no “pioneirismo” das transformações sociais e intuitivamente não está disposta a abrir mão disso, restando ao negro apenas o resquício de políticas afirmativas sob o crivo do “patriarcado branco”, que por vezes não é capaz de enxergar a problemática social ampla, dada a interseccionalidade⁴ das forças de opressão.

Embora o termo seja um conceito-chave para as bases dos estudos e práticas de combate por parte de grupos feministas afro-americanos, ele em muito contribuiu para o entendimento da discriminação racial, pois traz à luz modelo clássico de “colonização”.

2 Ser negro no Brasil

O levantamento bibliográfico, também para este texto, como uma das técnicas de pesquisa, possibilitou o encontro com conceitos, aproximações históricas e acercamento jurídico sobre questões, que, até bem pouco tempo, não estavam configuradas na agenda de estudos. O encontro textual com Bandecchi (1970), Carneiro (1996), Chiavenato (1980), Amado (1977), Moura (1983) e Prudente (1988) sobre a relação do negro e a justiça possibilitou uma maior ampliação de entendimentos a partir de pesquisadores da história do direito como, Andrade (1972), Marcos, Noronha e Mathias (2014), Noronha (2008) e Wolkmer (2002).

Os aspectos legais mencionavam as pessoas negras, mas citadas como escravas, em conjuntos normativos de naturezas comercial e criminal. Interessante

4 A interseccionalidade de forças opressoras apresentada por Bell Hooks, *Ain't a Woman?* (1981), diz respeito à discriminação sob múltiplas causas, não apenas racial, mas a outras condições pessoais como deficiência, classe social e gênero, que, somadas constituem um rígido sistema de opressão. Mais tarde, no ano de 1989, nos Estados Unidos, a advogada Kimberlé Crenshaw curou o termo para a sociologia jurídica, a partir de uma ação trabalhista em que mulheres negras e trabalhadoras de uma firma foram injustamente demitidas pela sua condição de gênero e raça, porém o magistrado concluiu que não foram demitidas por essa razão, pois a demissão não se deu pelo gênero, já que outras mulheres (brancas) continuavam a trabalhar, nem pela sua cor, pois outros negros (homens) ainda trabalhavam. Assim, a interseccionalidade representa uma encruzilhada jurídica, pois a lei só poderia lidar com uma ou outra modalidade de opressão, não com as duas conjuntas, ainda que materialmente se expresse o oposto.

é perceber que não havia um interesse do legislador em representá-las como pessoas de direito.

Causa ingrata surpresa ao se verificar na historiografia nacional, com o Decreto de 25 de novembro de 1808, quando o rei D. João VI, frente ao reconhecimento de que a população negra e mestiçada do Brasil superava numericamente os brancos, decidiu dar início a uma política imigratória de pessoas brancas e livres. O forte desejo de trazer povos da “raça” branca expressou-se mais nos períodos subsequentes com a Carta Régia de 23 de setembro de 1811, com a vinda de colonos da Irlanda para a região de São Pedro do Sul (RS); o Decreto de 6 de maio de 1828 com a vinda de suíços para Nova Friburgo (RJ) e a Decisão nº 80, de 31 de março de 1824, com a liberação de entrada de colonos alemães para São Leopoldo (RS). (ALBUQUERQUE, 2006)

Percebe-se que dois conjuntos de leis emanam dessa diferenciação de tratamento, isto é, para os estrangeiros brancos criavam-se leis imigratórias a fim de garantir sua continuidade no Brasil como: benefícios do salário, proteção da unidade familiar, educação para os infantes; reconhecimento do casamento protestante (isso em um território de catolicismo hegemônico). As leis voltadas para o povo negro eram de cunho escravista, isto é, traziam explicitamente o caráter punitivo para todo e qualquer indivíduo que transgredisse quaisquer limites impostos pela sociedade branca; eram impedidos de formar todo e qualquer núcleo familiar; além da destruição completa da imagem do indivíduo enquanto pessoa.

Como objeto de compra e venda, o escravo também era sujeito à hipoteca nas leis civis. Espanta-se com a sofisticação das minúcias nas citações dos textos referentes às leis civis, pois neles o escravo é um objeto condominial, podendo ser alugado, partilhado como elemento do acervo nos casos de herança. E em caso de desrespeito com os patrões, o liberto podia perder sua alforria, sendo reescravizado. As Ordenações Filipinas prevaleciam sobre a Constituição, isto é, o importante era proteger e garantir o direito dos patrões.

A Constituição de 1824, no período pós-independência, silenciou-se sobre o trabalho escravo, mas clamava por um código civil e um criminal para garantir a sociabilidade de tão distinto país. A contradição do texto constitucional estava na permissão de um sistema doméstico penal para o escravo negro, pois a referida Constituição, em seu art. 179, IX (BRASIL, 1824), abolia “os açoites, a tortura, a

marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis”, o Código Criminal de 1830, nos seus arts. 60 e 113 (BRASIL, 1830), punia com o máximo do rigor proscrito:

Art. 60. Se o réo fôr **escravo**, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar.

O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta.

[...]

CAPÍTULO IV

INSURREIÇÃO

Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais - açoutes.

A Lei nº 04, de 10 de junho de 1835 (BRASIL, 1835), determinava “as penas com que devem ser punidos os escravos, que matarem, ferirem ou commetterem outra qualquer offensa physica contra seus senhores, etc., e estabelece regras para o processo”, mais uma vez estabelecendo tratamento rigoroso para com o réu escravo acusado.

De acordo com os movimentos internacionais e abertura aos princípios de um capitalismo, ainda engatinhando no Brasil Império, leis foram criadas com intuito de preparar terreno para novas possibilidades de alavancar o desenvolvimento do capital no país. Contudo, frisa-se que tal benesse legal trazia suas compensações para os senhores de escravos: as crianças ficariam sob autoridade dos senhores até a idade de oito anos, depois disso, ou a mãe pagaria indenização ao senhor pelas despesas com o filho ou este trabalharia até 21 anos de idade. Em 1888, a escravatura foi abolida do Brasil, mas de acordo com Florestan Fernandes, a mudança de estado social do negro no Brasil não contribuiu em nada para sua existência:

Eles haviam sido expropriados de sua condição de dependentes e, submissos, recebido o peso de seu destino, mas não os meios para lidar com essa realidade. Sua única direção foi à marginalização, diante do desamparo real. Incorporar-se à escória do operariado urbano ou procurar no “ócio dissimulado”, na ‘vagabundagem sistemática’ ou na ‘criminalidade fortuita’

meios para salvar as aparências e a dignidade de ‘homem livre’. (2008, p.250)

Vozes dissonantes individuais ou pertencentes a coletivos organizados procuraram fazer frente à situação da população negra no Brasil, como foi o caso do deputado federal Afonso Arinos de Melo Franco, criador da Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951⁵, que inclui, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor, que foi um marco no panorama brasileiro.

Nesse sentido, Florestan Fernandes, que junto a outros intelectuais participava de um amplo projeto de estudo sobre as relações raciais no Brasil, mostrou-se com grande surpresa pela lei, de cunho antirracista, frente ao que o mundo vivia no combate ao nazismo e antissemitismo, por ela ter partido de um deputado conservador, representante da União Democrática Nacional (UDN).

Segundo ele, a Lei nº 1.390/1951 não tinha os negros, por meio dos movimentos constituídos na sociedade, como interlocutores, apenas poderia alcançar aqueles que porventura pertencessem à classe média, bem como aos mestiços, habitantes das zonas urbanas (BASTIDE & FERNADES, 1955).

Foram necessárias aproximadamente cinco décadas até se chegar ao período da Constituição Federal de 1988, frisando-se os artigos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...).

IV - Promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º – A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II – prevalência dos direitos humanos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

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 prosperidade...(..).

⁵ BRASIL. Inclui as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de cor, Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11390.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

XLI - A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito de reclusão nos termos da lei.

Art. 7º-

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Art. 215. § 1º- O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Art. 216. § 5º – Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

A conjuntura de mundo na última década do Século XX trouxe para os países ocidentais, em especial, aqueles que viviam com plena abertura para a participação da sociedade de forma democrática, a discussão das políticas afirmativas para um mundo em movimento. Essa discussão teve início nos Estados Unidos com ações que buscavam a inserção dos grupos considerados minoritários ou excluídos do poder, como a população negra. Naquele país refletia-se sobre cotas raciais nas universidades.

No Brasil, ano de 2008, mais especificamente no dia 20 de julho, a Lei 12.288/89 foi sancionada:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

O Estatuto da Igualdade Racial, enfim, contribuiu para colocar à luz do dia o verdadeiro quadro da situação do racismo no país, recuperando os dizeres de Schwarcz (2002):

pode-se dizer que o racismo brasileiro constitui uma espécie de discurso costumeiro, praticado como tal, porém pouco oficializado. Com efeito, uma das especificidades do preconceito vigente no país é seu caráter não-oficial”. Neste sentido, os movimentos negros lutam pelo fim do preconceito e discriminação racial e o seu reconhecimento na contribuição cultural na formação da sociedade brasileira. Entretanto, a discriminação racial ainda é um elemento muito presente na sociedade, mesmo que existam leis que punam essa prática. (p. 52).

Apesar de a evolução legislativa ter suprimido práticas tão expressas de discriminação racial, o espólio cultural permeou as instituições jurisdicionais, pois, em razão das condições sociais de educação e economia, a população branca galgou com maior sorte o exercício jurisdicional na figura do juiz de direito, monopolizando os interesses de uma elite, trazendo consigo um sistema penal racista e que faz do Processo Penal o melhor artifício para a manutenção do abismo social, chancelando inclusive o policiamento seletivo, nas palavras de Fausto (1984):

[...] No momento em que os atos se transformam em autos, os fatos em versões, o concreto perde quase toda sua importância e o debate se dá entre atores jurídicos, cada um deles usando a parte do ‘real’ que melhor reforce o seu ponto de vista. Neste sentido, é o real que é processado, moído, até que se possa extrair dele um esquema elementar sobre o qual se construirá um modelo de culpa [...] (p.21)

Diante dessa situação, coube a Florestan Fernandes defender que a valorização da miscigenação não ocultava as relações de dominação e desigualdades produzidas durante séculos de escravidão e racismo. Para Fernandes, o racismo na *terrae brasiliis* é “*sistematizado e dissimulado*” (1972, p.41). No Brasil, continuam latentes as práticas de preconceito racial, “algo que não se proclama abertamente”, mas está presente nas diferenças de oportunidades de emprego, na reprodução da pobreza, na discriminação, na desigualdade de acesso à Justiça e no tratamento diferenciado nas abordagens policiais.

Considerações finais

O presente texto é um primeiro exercício sobre a questão do racismo contra a população negra no Estado do Tocantins. Ao longo dos levantamentos bibliográficos realizados, teve-se a oportunidade de verificar com o que ocorreu parte desse racismo estruturado e naturalizado como “normal” na história e vida cotidiana da nação brasileira.

É perturbadora a leitura de leis que dão primazia a grupos europeus, por terem a pele branca, a recusa em se assumir a população originária da África e dos descendentes, que foram dando uma outra face ao Brasil ao se unirem com os demais povos aqui estabelecidos. O preconceito estabelecido esconde a questão econômica, advinda do estabelecimento de um capitalismo explorador e predatório, para uma dimensão racial. Assim, ser negro já traz consigo a marca da submissão, da inferioridade e da exploração econômica e política.

Muito embora a legislação vigente preconize a defesa e o respeito pela igualdade, ainda há um longo percurso político e jurídico a ser construído. Para não ficar apenas na dimensão retórica, tão usual no campo jurídico, precisa-se dar início a debates mais contundentes sobre a própria representatividade da população negra e parda intramuros das instituições jurídicas, bem como rever aspectos que não se justificam mais no campo da subjetividade, quando se referem às sentenças possivelmente diferenciadas das pessoas negras e pardas nas cortes regionais e nacional.

Referências

ALBUQUERQUE, Wlamyra Rodrigues de; FILHO, Walter Fraga. **Uma história do negro no Brasil**. Salvador: Fundação Cultural Palmares, 2006.

AMADO, Janaúia. Constituição ao Estudo de Imigração Alemão no Rio Grande do Sul. In: **Revista Ciência e Cultura – SBPC**, vol. 29, 7/1977.

ANDRADE, L. A. de. A justiça no tempo de D. João e de D. Pedro I. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 5-10, 1972.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BANDECCHI, B. Conceituação do escravo face às escrituras de compra e venda. **Separata da Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**, São Paulo, Inst. Est. Brás. USP, 8,1970.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Relações raciais entre negros e brancos em São Paulo**. São Paulo: Anhembi LTDA, 1955.

BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Declara extinta a escravidão no Brasil**, Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 528**, de 28 de junho de 1890. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Dispõe sobre a imigração e colonização**, Decreto-Lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del7967.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019. BRASIL. **Inclui as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de cor**, Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11390.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.288**, de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, de 13 de abril de 1995, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003.

BRASIL. **Regula a extinção gradual do elemento servil**, Lei nº 3.720, de 28 de setembro de 1885. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 23 abr. 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente: Levantamento anual SINASE 2016. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/marco/Levantamento_2016Final.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema prisional: Levantamento nacional de informações penitenciárias. InfoPen-Estatística. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Informações penitenciárias**. Execução penal. InfoPen-Estatística. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

CALEIRO, João Pedro. Os dados que mostram a desigualdade entre brancos e negros no Brasil. **Exame**, São Paulo, 20 nov. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/os-dados-que-mostram-a-desigualdade-entre-brancos-e-negros-no-brasil/>>. Acesso em: 5 mai. 2019.

CARNEIRO, Maria Luíza Tucci. **O racismo na história do Brasil: Mito ou Realidade**, 1 ed. São Paulo: Editora Ática, 1996.

CHIAVENATO, J. J. **O Negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

CRENSHAW, Kimberle. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**, Chicago, v. 140, 1989.

DA MATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rocco, Rio de Janeiro: 2000.

DEGLER, Carl Neumann. **Nem branco nem preto: escravidão e relações raciais no Brasil e nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Labor do Brasil, 1976.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Edusp: São Paulo, 2012.

_____. **Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo: 1880- 1924**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 21.

FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. Cortez: Autores Associados, Coleção Polêmicas do nosso tempo; v.33. São Paulo: 1989.

_____. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo, editora Dominus/USP, 2008.

_____. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1972.

GIRALDIN, Odair. **A (trans)formação histórica do Tocantins**. 2.ed. UFG e Unitins; Palmas, 2004.

HUNT, L. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HOOKS, Bell. **Intelectuais Negras. Interseccionalidade e pensamento feminista**. **Revista Estudos Feministas**, n.2, 1995, p. 97-128. São Paulo, p. 101. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/search/search?simpleQuery=Interseccionalidade+e+pensamento+feminista&searchField=query>>. Acesso em 20 abr. 2019.

HUNTINGTON, Samuel Philips. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial**. Tradução de M. H. C. Cortês. São Paulo: Objetiva, 1997.

MARCOS, R.; NORONHA, I. J. C.; MATHIAS, C.F. **A história do direito brasileiro**. São Paulo: Gen: Forense Universitária, 2014.

MONTAGU, Ashley. **Introdução à antropologia**. Tradução Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 120.

MOURA, C. S. de A. **Brasil: raízes do protesto Negro**. São Paulo: Global, 1983.

MUNANGA, Kabengele. **Racismo da desigualdade à intolerância**. São Paulo em Perspectiva, 4(2): 51-54, abril/junho 1990.

NORONHA, I. J. C. **Aspectos do direito no Brasil quinhentista: consonâncias do espiritual e do temporal**. Coimbra: Almedina, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais: oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil**. Org. Biviany Rojas Garzón. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2009.

PETRUCELLI, J.L.; SABOIA, A. L (Orgs.) **Características étnico-raciais da população**: classificação e identidades. Estudos e Análises - Informação Demográfica e Sociológica número 2. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2013.

PARENTE, T. G. **Fundamentos históricos do Estado do Tocantins**. Goiânia: UFG, p. 101, 1999.

_____. Ouro como fonte de atraso. In: _____ GIRALDIN, Odair. **A (Trans) Formação Histórica do Tocantins**. Goiânia: UFG. Palmas: Unitins, 2002. p 171-182.

PÓVOA, Osvaldo Rodrigues. **História do Tocantins**. Goiânia: Livraria dos três poderes, 1990.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. **Preconceitos racial e igualdade jurídica no Brasil: A Cidadania Negra em Questão**. Campinas: Julex, 1988.

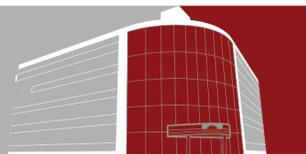
RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWARCZ, L. M. Questão racial e etnicidade In: MICELI, S. (coord.), **O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)**, São Paulo: Editora Sumarés: CAPES/ ANPOCS, 2002.

TOCANTINS. Lei nº 2.977, de 08 de julho de 2015. **Plano Estadual de Educação do Tocantins**. Disponível em: <<http://www.al.to.leg.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

_____. Lei nº 1.804, de 04 de julho de 2007. **Conselho Estadual de Cultura**. Disponível em: <<http://www.al.to.leg.br/legislacaoEstadual>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.



As teses de defesa no tribunal do júri: o erro de tipo e o erro de proibição

Theses of defense in the jury court: the
type error and the prohibition error

Las tesis de defensa en el tribunal del jurado:
el error de tipo y el error de prohibición

Ricardo Vicente da Silva¹

RESUMO

O presente artigo trabalha, como teses aplicáveis aos crimes dolosos contra a vida no âmbito do Tribunal do Júri, o erro de tipo e o erro de proibição, esmiuçando a teoria subjacente a cada uma das teses, seu refinamento teórico, bem como a aceitação nos tribunais, permitindo que se vislumbre a possibilidade de aplicação de ambas as teses para efeito de absolvição, desclassificação ou mesmo redução de pena no âmbito do procedimento dos crimes dolosos contra a vida no Brasil.

Palavras-chave: *Absolvição, erro de tipo; erro de proibição; falsa percepção; Tribunal do Júri.*

ABSTRACT

The present article deals, as theses applicable to intentional crimes against life in the scope of the Court of the Jury, the type error and the error of prohibition, analyzing the theory underlying each one of the theses, its theoretical refinement as well as the acceptance in the courts, allowing the glimpse of the possibility

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Goiás: Uni -Anhanguera. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. CV: <<http://lattes.cnpq.br/5331486440972442>>. Orcid: 0000-0002-3374-6672.

and application of both theses for the purpose of acquittal, disqualification or even reduction of sentence in the scope of the procedure of intentional crimes against life in Brazil.

Keywords: *Type error; prohibition error; false perception; Jury court; absolution.*

RESUMEN

El presente artículo trabaja, como tesis aplicables a los crímenes dolosos contra la vida en el Tribunal del Jurado, el error de tipo y el error de prohibición, limpiando la teoría subyacente a cada una de las tesis, su refinamiento teórico así como la aceptación en los tribunales, permitiendo que se vislumbre la posibilidad y aplicación de ambas tesis para efecto de absolución, descalificación o incluso reducción de pena en el marco del procedimiento de los crímenes dolosos contra la vida en Brasil.

Palabras clave: *Absolución; error de tipo; error de prohibición; falsa percepción; Tribunal del Jurado.*

Introdução

O Rito do Tribunal do Júri, previsto constitucionalmente no art. 5, inciso XXXVIII, é um procedimento especialmente voltado para o processamento dos crimes que atingem diretamente a vida humana, seja ela intrauterina, seja ela extrauterina. Com características especiais, o procedimento é, em sua etapa judicial, bipartido. Na primeira etapa, conhecida como *judicio acusatione*, julga-se a procedência da ação penal, podendo resultar, no ato decisório final ao réu, em impronúncia, pronúncia ou absolvição sumária. Essa etapa consiste no anteparo jurídico que permita a filtragem dos casos de possíveis crimes contra a vida, e que, em se verificando, quando da instrução, pela existência de elementos suficientes de materialidade delitiva e indícios de autoria, submete-se o réu ao julgamento popular na segunda etapa do rito.

Na segunda etapa do procedimento judicial de julgamento dos crimes contra a vida, o réu é submetido ao julgamento popular, e julgado por sete jurados escolhidos entre a população da localidade do crime, no chamado *judicium causae*. Diferentemente da primeira etapa, de matiz eminentemente jurídica, o tribunal do júri, além de evocar a técnica processual e material do direito penal, assemelha-se a um jogo de xadrez, em que as peças são os argumentos de persuasão elaborados

nas teses de defesa e acusação para o entendimento e aceitação dos jurados. Como mencionado anteriormente, de cunho popular, os julgadores, muitas vezes, desconhecem meandros, técnicas e linguagens jurídicas.

Para efeito deste artigo, investiga-se uma série de artigos que esmiúçam as teses de defesa para utilização no Tribunal do Júri, a sua densidade teórica, bem como o que diz a jurisprudência dos tribunais. Colacionaremos as teses apresentadas com a aceitação nos tribunais superiores, e em sede de recurso de apelação, quando vitoriosas no Plenário do Júri.

Em específico sob a ótica do finalismo penal, o primeiro dos elementos constitutivos do crime, e pressuposto para punibilidade: a tipicidade.

1. A tipicidade na teoria tripartite de crime

Antes de se discutirem as bases para a defesa, de essencial relevo se torna uma breve digressão sobre o conceito de crime para o direito penal. Consoante a teoria adotada no Brasil, o crime é um acontecimento que tem previsão normativa como um fato jurídico proibido. Segundo Delmanto Júnior (2015, p. 70-71), em breve análise de autores italianos como Francesco Canelutti, Pannan, Ugo Pioletti e Silvio Ranieri, o crime é um fato adequado a uma previsão legal de proibição e que tem como consequência a punição de quem o comete. Tal evento adequa-se a uma descrição proibitiva, decorrente de uma ação ou inação humana, que, por sua vez, faz nascer uma relação jurídica entre o Estado e o Réu.

Em decorrência do cometimento de um fato previsto como crime, ou seja, uma ação proibida normativamente, nasce o poder de coação (dever) que deve seguir em uma linha de limitações para o seu exercício (garantias).

Contudo, nesse entremeio entre a ação prevista tipicamente e a sanção estatal, uma série de elementos devem ser analisados, lastreados no conjunto também de normas, dessa vez permissivas, como excepcionalidade àquelas normas específicas de condutas que são proibidas. Destarte, nem sempre uma ação proibida nas normas penais é considerada crime, a depender da forma, razão, do motivo e de outros fundamentos pelo qual a conduta foi executada.

Delmanto Júnior (2015, p. 73) explica a questão da seguinte forma:

Em se tratando de Direito Penal, deparamo-nos com conceitos próprios, atinentes à ação (quem pode agir), à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade (cujo pressuposto é a imputabilidade), os quais são

sistematizados a fim de se compreender, com cientificismo, os fins da pena e da medida de segurança, bem como as razões jurídicas que legitimam que o Estado as imponha.

O que se observa é o entendimento, do autor, de que o crime é um conjunto sistematizado de elementos que, constituídos, legitimam a imposição de pena ou medida de segurança pelo Estado.

Materialmente é pacífico que o crime configura uma lesão, ou perigo de lesão, a um determinado bem jurídico protegido pela lei penal, determinando a imposição penal ao infrator pelo Estado.

Nelson Hungria (1978, p. 9-10) cita a conceituação do crime como sendo um dos tópicos mais controversos da doutrina penal, criticando as “lucubrações de lógica meticulosa, que, por vezes, se apresentam tão grávidas de sutilezas, de atomizações analíticas, que acabam abastardando a ciência jurídico-penal num abstracionismo difuso, confuso e infecundo”.

No entanto, como não é foco deste artigo esmiuçar o conceito de crime, basta que, para efeitos deste trabalho, defina-se o crime como sendo uma conduta típica, ilícita (ou antijurídica) e culpável. A punibilidade seria, dentro do conceito de crime adotado pelo direito brasileiro, uma decorrência do crime na sua composição plena. No Brasil, majoritariamente, é essa a concepção adotada, à exceção de alguns autores, como Luiz Régis Prado (2015, p. 200), que inclui no conceito tripartite a omissão ou ação, criando uma definição quadripartida do crime. Luiz Flávio Gomes (2006, p. 50) defende o crime como sendo uma conduta típica, ilícita e punível, destoando da corrente majoritária. Da mesma forma destoa Delmanto Júnior (2015, p. 100-108), ao defender uma teoria bipartida de crime, que seria composto por um fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade atrelada à pena, tratado, portanto, pela Teoria da Pena, e não do Crime.

Seguiremos, por coerência majoritária, e maior aceitação nos Tribunais do Brasil, a teoria tripartite do crime, para efeitos deste artigo.

Nesse sentido, partimos do pressuposto de que a punibilidade não constitui um dos elementos do crime, sendo um dos elementos da pena. Estuda-se, pois, neste breve artigo, os pressupostos da punibilidade, quais sejam: *a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade*. Como esses são pressupostos da punibilidade, ou seja, da aplicação da pena a uma pessoa, qualquer combate em tese vitoriosa que demonstre não existir um dos pressupostos da punibilidade exclui a aplicação

de pena a um réu, levando, por óbvio, à sua inocência, tendo como base um dos axiomas de Ferrajoli (2014, p. 91), mais especificamente o axioma A1, “*Nulla poena sine crimine*”, que reflete, por sua vez, a exegese de que a punibilidade tem como pressuposto o crime, e este, por sua vez, os seus elementos constitutivos.

2. Erro de tipo essencial incriminador e permissivo

A tipicidade, como primeiro elemento constitutivo do crime, tem como lastro de existência o princípio constitucional da legalidade, que prevê que uma conduta humana só pode ser punida se esta tiver previsão em lei penal (taxatividade), e esta lei, por sua vez, tenha sido criada em momento anterior ao crime (anterioridade). Claus Roxin (2007, p. 22) assevera:

[...] um comportamento humano só pode ser punido quando subsumido a um dispositivo que descreva expressamente o ato proibido ou mandamentado, cominando-lhe uma pena. A essa descrição de crime **chamamos de tipo**. (grifo nosso).

Para que uma conduta seja punida, o primeiro elemento constitutivo de sua existência, como pressuposto da punibilidade, é exatamente que a conduta se amolde precisamente em norma de proibição (tipo penal), nos seus elementos do preceito primário do tipo. De acordo com Gunther Arzt (2007, p. 77):

O Direito Penal proíbe comportamentos socialmente nocivos. Se abordarmos a questão de tais comportamentos não de forma geral, mas concreta, estaremos tratando da parte especial do Direito Penal material. O legislador descreve nos artigos correspondentes (“tipos penais”) os comportamentos que, de tão socialmente nocivos, devem ser reprimidos com o instrumento enérgico da ameaça punitiva. Essa descrição – sobretudo por razões de segurança jurídica – deve ser **precisa e realizar-se por meio de uma lei** (grifo nosso).

A conduta, para que seja punível, deve adequar-se com perfeição ao tipo penal, em todos os seus elementos essenciais, caso contrário, o fato se torna *atípico*, estando, nesse caso, considerado ausente o pressuposto da possibilidade de aplicação da pena, exigindo-se, pois, a absolvição do réu que esteja sendo acusado por um determinado crime.

Cingem-se, para efeitos deste artigo, as teorias no esquema finalista, por coerência com a linha teórica adotada. Na teoria finalista, o dolo está separado da consciência do injusto, enquanto aquele é um dos elementos do tipo, a consciência do injusto encontra-se na culpabilidade. O dolo, então, torna-se um ato direcionado

ao perfazimento do tipo penal, consciente e direcionado a ele, sem questionar acerca do conhecimento da ilicitude para efeito de verificação do fato típico, somente sendo feita essa avaliação quando da análise da culpabilidade. No esquema finalista, consoante as lições de Prado (2015, p. 364), existem duas teorias:

A primeira – *teoria estrita da culpabilidade* – considera que o erro sobre a ilicitude do fato é sempre erro de proibição. Neste último, o autor tem conhecimento da realização do tipo (dolo): sabe o que faz, mas erroneamente acredita ser permitido, seja por desconhecer a norma penal ou por mal interpretá-la, seja por supor erroneamente a concorrência de uma causa de justificação. Em cada uma dessas hipóteses, há exclusão ou diminuição da reprovabilidade.

Por sua vez, a segunda – *teoria limitada da culpabilidade* – opera uma distinção entre o erro de proibição direto e indireto, ocorrendo este último quando incidente, em certa vertente, sobre uma justificante.

Para efeito das teses utilizadas e lançadas neste artigo, agrega-se à teoria limitada da culpabilidade, pois essa permite a diferenciação entre o *erro sobre os pressupostos fáticos*, que incide sobre os elementos do tipo, chamada de erro de tipo incriminador, e o *erro sobre as causas de justificações*, sendo esse incidente sobre justificantes diversas, chamada de erro de tipo permissivo.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria limitada da culpabilidade, no que é considerada uma interpretação equivocada do que seria um erro de tipo e, por conseguinte, das teorias do tipo penal. Consoante Prado (2015, p. 366),

[...] um sistema dogmático que desconhece a categoria do tipo não permite diferenciar o erro sobre os elementos do tipo e o erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação, pois apenas o conhecimento da totalidade das circunstâncias da ação proporciona o conhecimento da ilicitude e permite aferir a presença do dolo.

Afora a discussão teórica acerca da precisão conceitual do CP, encontra-se a tese defensiva do erro de tipo essencial, prevista no Código Penal brasileiro em seu art. 20, §1º, que permite, em caso seja acatada, a *isenção total da punibilidade do crime*, por atipicidade, ou mesmo o afastamento do dolo, a depender, entre um caso e outro, se o erro for escusável ou inescusável. Não se comenta, para efeitos do tema proposto nesta discussão, o *erro de tipo accidental*, tema a ser abordado em matéria posterior. Justifica-se tal postura porque, exatamente, nos casos dessa natureza, a tese alegada não é suficiente para a absolvição, mas tão somente para o deslocamento da competência do Tribunal do Júri e o abrandamento da pena.

No art. 20, em seu §1º, encontra-se o erro de tipo permissivo, ou as discriminantes putativas, entendidas ainda, por alguns autores como Ishida (2015, p. 129), como sendo erros do agente, que podem levar ao mesmo fim: exclusão do dolo.

A decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo é exemplificadora da aceitação da tese de erro de tipo e as consequências possíveis, quando não pela absolvição, pela desclassificação para o crime culposo e consequente aplicação dos institutos despenalizadores como a suspensão condicional do processo, quanto ao fato:

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP)- DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO (ART. 121, § 3º, DO CP)- LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA - ERRO DE TIPO INESCUSÁVEL - DECISÃO AMPARADA EM UMA DAS VERSÕES SUSTENTADAS EM PLENÁRIO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RECURSO DESPROVIDO - SENTENÇA ANULADA, DE OFÍCIO.

A disposição normativa prevista no art. 593, inciso III, d, do Código de Processo Penal, disciplina o cabimento de apelação em face da decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, sendo certo, consoante o magistério doutrinário e jurisprudencial, que se trata da hipótese mais controversa e complexa, por ser comum que, em muitos casos, haja nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. A despeito dos argumentos lançados pelo Ministério Público Estadual, certo é que os jurados, respaldados pelo sistema probatório da íntima convicção, concluíram que o apelado incorreu em conduta típica, ilícita e culpável, porém agindo em legítima defesa putativa (também intitulada doutrinariamente como erro de tipo permissivo - aquele que incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação), **de sorte que, por ser inescusável - derivado de culpa - ensejou a desclassificação do delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, IV, do CP) para homicídio culposo (art. 121, § 3º, do CP).**

No erro de tipo, seja ele incriminador ou permissivo, há uma falsa percepção do agente em relação à realidade que o circunda, ainda que incidam sobre elementos diversos do crime: o primeiro refere-se a elementos essenciais do tipo, e o segundo a justificantes que o agente julgava existentes. De toda sorte, o agente não consegue ter uma cognição correta da realidade ao seu redor, agindo como se algo, que não a realidade, ocorresse em torno de si. Um exemplo comum é o do caçador desferindo disparos contra uma pequena parte de mata, em um local de caça, como se atingisse a um animal escondido, quando, na verdade, o atirador atingiu uma pessoa escondida equivocadamente nos arbustos.

Percebe-se, no exemplo, a realização de uma conduta permitida acobertada por uma falsa percepção da realidade, ainda que a conduta tenha incidido formalmente nos elementos do tipo penal do art. 121, qual seja, “*matar alguém*”. O tipo no qual fundamentamos o nosso exemplo, art. 121 do Código Penal brasileiro, tem como elemento essencial o verbo *matar*, e a conduta direcionada a uma pessoa, *alguém*, considerada, para efeito do tipo, qualquer vida humana extrauterina. Contudo, no exemplo do caçador, a realidade vivenciada por ele era de caçar animais, portanto, a conduta não se direcionou a *alguém*, sendo, nos moldes do art. 20 do CP, considerado como *um erro de tipo essencial incriminador inevitável ou evitável*, que exclui o dolo ou a culpa, fulminando, por seu turno, no primeiro caso na tipicidade; e, no segundo caso, excluindo o dolo, o que permite a punição do crime em sua modalidade culposa, extraindo da esfera do Tribunal do Júri o processamento do feito.

O erro de tipo incriminador e o permissivo, nas palavras de Gonçalves (2017, p. 364-365) consiste em:

Erro de tipo incriminador: a falsa percepção da realidade incide sobre situação fática prevista como elementar ou circunstância de tipo penal *incriminador*.

Erro de tipo permissivo: o erro recai sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação (isto é, excludente de ilicitude, que se encontra em tipos penais permissivos).

O erro de tipo incriminador exclui o dolo e a culpa quando o erro é inescusável, pois não existe dolo nem culpa na realização do núcleo do tipo, eliminando-se, assim, o primeiro elemento do tipo, na teoria finalista, por meio de seus subitens: a tipicidade. No exemplo utilizado do caçador, não houve o dolo de atirar em uma pessoa, e se, pelas condições, ficar demonstrado que não houve negligência, imperícia ou imprudência, um elemento do crime (tipicidade), encontra-se afastado, rompendo um pressuposto da punibilidade.

Segundo Prado (2015, p. 368):

O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, sendo sua contraface. É aquele que recai sobre os elementos *essenciais* ou constitutivos – fáticos ou normativos – do tipo injusto, sem os quais deixa de existir. [...] Tanto pode decorrer de uma equívoca apreciação de ordem fática, como de errônea compreensão do Direito. **O erro de tipo acaba por eliminar a congruência entre as partes objetiva e subjetiva do tipo legal, indispensável para a configuração do delito doloso** (grifo nosso).

Quanto ao erro de tipo permissivo, esse acontece quando há falsa percepção da realidade, não quanto aos elementos incriminadores (elementos do preceito primário do tipo), mas sim sobre a existência de excludentes de ilicitude. Nesse caso, um exemplo seria uma pessoa que, tendo autorização para andar armada, ao ser cercada por um suposto assaltante, sacasse a arma e disparasse tiros, vindo a matá-lo. Em tal caso, verifica-se que o erro de percepção não se deu quanto aos elementos do preceito primário do tipo (matar alguém), mas sim sobre uma causa excludente de ilicitude, qual seja, a legítima defesa. A falsa percepção da realidade, nesse exemplo, foi que o sujeito estava se defendendo de um perigo iminente usando de força moderada para repelir a injusta agressão.

O *nomen juris* do erro de tipo permissivo é *discriminante putativa*, uma incorreção conceitual, ou melhor, incompletude conceitual, já que as discriminantes (que afastam o crime) putativas (imaginárias) estão presentes tanto no art. 20, §1º, quanto no art. 21 do Código Penal, como veremos no *erro de proibição*.

O Brasil, para a reforma operada no Código Penal em 1983, buscou, a exemplo da teoria alemã do erro de tipo, diferenciar o erro de tipo do erro de proibição. Sobre o tema discorre Ishida (2015, p. 125):

Com efeito, dispõe a Seção 16 do Código Penal alemão sobre o erro de fato: “Todo aquele que, no momento da prática do delito, não tem conhecimento de um fato que é elementar do delito, não age dolosamente”. Na verdade, o erro de tipo é a falta da tipicidade no seu todo ou na sua integridade.

Em outras palavras, o erro de tipo invencível, em geral, afasta um elemento essencial ao tipo penal:

- Teoria Causalista (adotada por Hungria e Noronha) arreda a voluntariedade da conduta (ato pensado);
- Teoria finalista (Damásio, Mirabete, sendo majoritária) repele a conduta dolosa;
- Teoria constitucionalista (Luiz Flávio Gomes) distancia a dimensão subjetiva do tipo.

Nas três teorias, a consequência é a não completude de um elemento do crime: a tipicidade, evitando-se, assim, a punibilidade. Contudo, caso o dolo estivesse na culpabilidade, o que era adotado pela Teoria Clássica, a conduta seria típica e ilícita, mas não culpável. Como na Teoria Finalista adotada pelo

Código o dolo está no tipo, a conduta se torna atípica, ou culposa, se for o caso de negligência, imperícia ou imprudência.

Sobre o dolo, Luiz Regis Prado (2015, p. 297) ensina:

Assim, o dolo como vontade de realização abrange a “representação total do fato, tal como se apresenta na parte objetiva do tipo”. Neste sentido, discorre-se que “no âmbito da consciência, o atuar doloso pressupõe que o autor no cometimento do fato tenha conhecido todas as circunstâncias fundadoras e agravadoras da pena do tipo penal objetivamente realizado. Sua representação deve compreender o fato concreto nos seus traços fundamentais, as particularidades tipicamente relevantes da ação executiva, a ocorrência do resultado típico, o processo causal e seus contornos essenciais, assim como todos os demais elementos do tipo de injusto objetivo.

O que se extrai do fragmento é que o dolo deve ser a vontade de realizar a parte objetiva do tipo, no caso de “matar alguém” (art. 121 do CP). A morte da pessoa, nos casos de homicídio, em muitas circunstâncias, é precedida de uma ação consciente impelida pela vontade de cometer o ato. Complementa Prado *apud* Wessels (2015, p. 297) que “[...] não [é] necessário que o conhecimento do agente seja exato ou preciso, em termos jurídicos ou técnicos; basta simplesmente sua ‘valoração paralela na esfera do profano’”. Ainda assevera o autor que o agente delituoso tenha uma noção razoável, considerando-se, para tanto, o conhecimento normal de uma pessoa leiga.

Destarte, a ação de um caçador que mata uma pessoa em um local próprio para caça, no exemplo que utilizamos, é uma ação que não detém em si um dos elementos da tipicidade, qual seja o dolo. Se o seu agir, no entanto, for negligente, imperito ou imprudente, afasta-se o dolo e consubstancia-se a culpa na ação. Desse modo, temos o erro de tipo invencível ou vencível.

Há, como vemos, duas possibilidades de utilização quanto ao erro de tipo, o vencível e o invencível. O erro de tipo vencível não nos interessa para o momento porque redundaria, no âmbito do Tribunal do Júri, na desclassificação do crime e consequente redução da pena, já que o agente incorreria na chamada *culpa imprópria*, aquela que decorre da avaliação equivocada ou apressada ou mesmo imprudente da situação, que leva a uma ação impensada e, portanto, culposa.

No erro de tipo invencível, por seu turno, há uma correta avaliação, mensurada pelos padrões decisórios de uma pessoa comum vivenciando a mesma situação. Logo, o que se verifica, e o que se deve provar para se ter uma tese

vitoriosa quanto ao erro de tipo, seja ele permissivo ou incriminador, é a avaliação anterior consoante à ação tomada, considerando-se uma média da sociedade, a razoabilidade decisória, e não o ato que a decisão anterior ocasionou.

Para demonstração da situação de fato, qualquer tipo de prova no direito vigente é possível e, em especial, na segunda etapa do rito do Júri, em que muito mais vale o poder de convencimento do argumento utilizado, desde que, consoante a jurisprudência sedimentada no STJ, a eventual absolvição dada em razão da tese aventada não seja totalmente contrária aos autos, o que pode ensejar a anulação do julgamento. Na etapa de pronúncia, também, caso a alegação seja de erro de tipo permissivo invencível, em caso de dúvida, consoante aos julgados consolidados do STJ, a questão deverá ser levada para o Plenário do Júri. Vejamos um exemplo do paradigma consolidado no STJ (tese 3, Edição nº 75, Jurisprudência em Tese, STJ):

[...] a fase da pronúncia diz respeito tão somente a um mero juízo de admissibilidade da acusação, em que o magistrado se atém aos indícios de autoria e materialidade do delito. Em razão do princípio do ‘in dubio pro societate’, deve se reservar aos jurados aferir se a conduta do acusado estaria acobertada por alguma excludente de ilicitude, bem como ajustada ou não ao tipo penal descrito na denúncia [...] (STJ, 6ª Turma, AgRg no AREsp 872992 / PE, rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJ. 21/06/2016).

A não ser que as discriminantes putativas sejam evidentes, não é cabível, em sede de juízo de admissibilidade, que se faça essa análise para efeito de absolvição, e deve a decisão ser deixada para o Plenário do Júri, mantendo, assim, a soberania dos veredictos prevista na Constituição Federal. Quanto ao erro de tipo essencial incriminador, incidente sobre os elementos essenciais do crime, por incidir diretamente na justa causa penal, pode levar, caso seja evidente, à absolvição sumária, ainda na primeira etapa do rito do júri.

Contudo, resta lembrar que mesmo a soberania dos veredictos, como princípio basilar do Tribunal do Júri, não se sobrepõe à necessidade de que a decisão do corpo de jurados seja coerente com as provas carreadas nos autos, não podendo ser diametralmente oposta a estas. Assim já decidiu, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no seguinte julgado, em que o apelante/apelado era policial, com dez anos de experiência quando cometeu o crime. A defesa alegou legítima defesa putativa, afirmando que o apelante/apelado atirou contra vítima, porque esta, estando armada, intentava tirar-lhe a vida. Entretanto, a dinâmica do evento contrapunha tal tese: o laudo da necropsia descrevia os trajetos ascendentes

e com considerável proximidade. A vítima, surpreendida, não teve tempo hábil para esboçar nenhum movimento de defesa. Mesmo após ter sido alvejada no rosto, recebeu outro tiro quando estava inerte no chão. Inclusive, a única testemunha sustentou argumentos contraditórios aos primeiros apresentados na delegacia:

[...] Art. 121, § 3º do CP. Denunciado e pronunciado pelo crime de homicídio qualificado. Desclassificação da conduta pelo Conselho de Sentença. Acolhida tese defensiva. Legítima defesa putativa. Reconhecimento do **erro de tipo inescusável pelos Jurados**. Pena fixada em 1 ano e 07 meses de detenção. Regime aberto. Apelante/apelado consciente e voluntariamente obrando com animus necandi, efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, causando-lhe as lesões que por sua natureza e sede foram a causa eficiente de sua morte. Foram efetuados dois tiros à queima roupa com uma pistola semiautomática de calibre .380, na face da vítima, de surpresa, impossibilitando-a, assim, de qualquer chance de defesa. RECURSO MINISTERIAL. **Alegação de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos. Vigora no Tribunal do Júri o princípio da íntima convicção. Os jurados são livres na valoração e na interpretação da prova, de molde que somente se admite a anulação de seus julgamentos excepcionalmente, em casos de manifesta arbitrariedade ou total dissociação das provas contidas nos autos.** [...]O caso enseja a anulação da decisão do Tribunal do Júri. Necessidade de submissão a novo julgamento. Hipótese em que não há violação ao princípio da soberania dos veredictos. Art. 5º, XXXVIII, c, da CF/88. Precedentes. O prequestionamento formulado restou prejudicado, nos termos do voto. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. Com fundamento no Art. 593, III, d, do CPP, ANULA-SE o julgamento de João Manoel Pereira Gandra, para que seja submetido a NOVO JULGAMENTO perante o Tribunal do Júri. PREJUDICADO O RECURSO DEFENSIVO. (TJ-RJ, APELAÇÃO : APL 00401710620108190014 RIO DE JANEIRO CAMPOS DOS GOYTACAZES 1 VARA CRIMINAL, rel. Des. Giselda Leitão Teixeira, DJ. 19/12/2016).

O julgado é claro em demonstrar a necessidade, para comprovação da tese de defesa de erro de tipo (seja ele incriminador ou permissivo), de um conjunto probatório que sirva de lastro mínimo à decisão. No caso, percebe-se que foi levado em conta o tempo e experiência de dez anos de polícia do autor do homicídio, bem como a perícia dos disparos de arma de fogo e a ausência de apreensão de quaisquer objetos que demonstrassem, minimamente, que a vítima tinha algum objeto que guardasse semelhança com uma arma de fogo e que justificasse, de alguma forma, a confusão sobre a realidade do autor quanto ao saque de uma arma, o que, fosse comprovado, ensejaria uma absolvição ou desclassificação por existir um erro de tipo permissivo.

3. O erro de proibição

O erro de proibição, também conhecido como *erro sobre a ilicitude do fato*, com previsão normativa no art. 21 do Código Penal, tem como escopo a falsa percepção da realidade, no entanto esta recai sobre a ilicitude do fato, a sua previsão legal. Assim, o agente tem plena percepção da realidade, e o erro recai sobre o entendimento acerca de uma norma de proibição ou até a presença de uma justificante inexistente.

O erro de proibição não visa a permitir que o simples desconhecimento da lei venha a isentar o agente delituoso. No entanto, o agente entende que tal conduta, por algum motivo, é permitida, seja por uma má interpretação da lei, uma suposição equivocada, distorções culturais locais etc.

Há uma diferenciação de representação falsa da realidade, que separa o erro de proibição do erro de tipo, como bem explica Prado (2015, p. 370):

Tem-se que o autor “sabe o que faz tipicamente, mas supõe de modo errôneo que era permitido”. Não bastando aqui só a falsa representação, senão também a falta de representação da ilicitude do fato. A diferença decisiva entre erro sobre os elementos do tipo e erro sobre a ilicitude do fato “não se refere à oposição fato-conceito jurídico, mas, sim, à diferença tipo-ilicitude”.

O erro de proibição, nesse sentido, é um falso entender da norma, que pode se referir também ao tipo incriminador ou a uma justificante. O erro de proibição tem também a sua divisão, podendo ser:

(a) direto, quando recai sobre a própria norma legal do tipo penal incriminador, seja em sua incidência ou em sua abrangência;

(b) indireto, quando o erro recai sobre uma norma permissiva, fazendo o agente crer que existe uma cláusula de justificação que, na verdade, é inexistente.

Um exemplo que pode ser aplicado ao Tribunal do Júri seria o erro de proibição permissivo de uma pessoa que cometesse *eutanásia* em um parente em estado terminal para acalantar a sua dor. Mesmo não havendo permissão legal para a eutanásia, o agente acredita que a conduta alberga uma excludente de ilicitude. A discussão para os efeitos do erro de proibição seria apenas sobre o erro ser evitável ou inevitável. Em sendo evitável, a pena é reduzida por imposição de uma causa de diminuição; se inevitável, exclui a punibilidade pela ausência da consciência da ilicitude sobre o fato.

Günther Jakobs (2012, p. 21-34) considera o erro de tipo e o erro de proibição como defeitos cognitivos que redundam na falta de dolo, diferenciando-o do defeito volitivo, já que esse tem relação com a vontade de causar um dano que é agravado ao final (preterdolo). O autor refere-se assim ao erro de proibição:

Utilizando-se a terminologia jurídica: trata-se de um erro de proibição ou de mandato, isto é, em ambos os casos de um erro que não se refere ao tipo, e sim à situação concorrente enquanto à existência de determinados deveres.

Como o Código Penal brasileiro, em sua reformulação da parte geral, adotou grande parte do sistema alemão, as considerações do autor para o código alemão subjazem também ao nosso diploma legal. Segundo Jakobs (2012, p. 26):

De acordo com o direito vigente na atualidade, todo erro inevitável acerca da norma exclui a culpabilidade. Essa disposição tem sido elogiada como triunfo do princípio da culpabilidade, e também o Supremo Tribunal Federal tem fundamentado neste sentido “a pena pressupõe a culpabilidade. A culpabilidade é reprovabilidade. Através do juízo de valor negativo, isto é, da culpabilidade, reprova-se o autor que havia decidido a favor do injusto, visto que poderia haver decidido a favor do direito, comportar-se conforme o direito. A razão interna da reprovação da culpabilidade está e que o ser humano é capaz de desenvolver uma autodeterminação livre, responsável, moral, e por isso tem a capacidade de decidir a favor do direito e contrário do injusto...” Continuando, o tribunal aproveita estes princípios aplicando-os ao suposto desconhecimento da norma: “para que o ser humano decida-se a favor do direito, no exercício de sua autodeterminação livre, responsável e moral, deve conhecer aquilo que é conforme o direito e aquilo que é antijurídico”, ainda que não se considere que todo o erro exclui a culpabilidade, e sim somente os que são inevitáveis: “os defeitos no âmbito do conhecimento podem ser reparados até certo ponto”.

Nesse jaez, encontra-se também o nosso sistema jurídico, permitindo que os erros sobre a proibição, sejam eles incriminador ou permissivo, quando invencíveis, excluam a possibilidade de aplicação da pena, por eliminar um dos pressupostos constitutivos do crime, neste caso, diferente do anterior, a culpabilidade, a reprovabilidade da conduta.

Para que o fato seja analisado na esfera do erro de proibição, o que já comentamos como sendo a “valoração paralela na esfera do profano” (Mezger), não se deve levar em consideração questões sobre a proibição ou justificantes, mas sim questões morais, culturais, sociais no contexto vivido pelo réu. Analisa-

se, assim, a potencial consciência da ilicitude do fato, ou seja, a valoração deve ser feita pelas circunstâncias extrajurídicas do autor, como a formação cultural e escolar até mesmo os valores da sociedade na qual está inserido.

No âmbito do Tribunal do Júri, importante notar que, dentro da característica de julgamento por pares, torna-se muito mais fácil a comprovação na esfera do profano ao corpo de jurados, que poderá compartilhar mais facilmente dos valores do réu no caso concreto, exatamente pelo Conselho de Sentença representar os valores e pensamentos da sociedade em que o crime fora praticado e, conseqüentemente, será julgado. Com a apresentação dessa tese é possível, por exemplo, a absolvição de alguém com base em elementos que são juridicamente inexistentes, mas que subsistem no imaginário de determinados rincões sociais, como a legítima defesa da honra, o homicídio humanitário e outros, já que subjazem de elementos sociais, educacionais, regionais e culturais próprios da esfera do profano, lançando mão da terminologia de Mezger.

Ainda na primeira etapa do rito do Júri, no *judicium accusationis*, é possível que o réu seja absolvido sumariamente com fulcro no art. 415, inciso IV do Código de Processo Penal, desde que os elementos probatórios deixem a questão evidente ao julgador. Qualquer dúvida, ainda que mínima, deve fazer com que o caso seja levado à apreciação do Conselho de Sentença, em que vigora no âmbito do direito processual penal brasileiro o princípio do *in dubio pro societate* quando da apresentação da acusação, traduzida no Júri pelo ato de recebimento/rejeição e pela etapa do *judicium accusationis*. Este é o recente verbete aprovado no STJ em sua jurisprudência em tese, edição nº 105, nº 3:

A propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de materialidade e de autoria, de modo que a certeza deverá ser comprovada durante a instrução probatória, prevalecendo o princípio do *in dubio pro societate* na fase de oferecimento da denúncia.

Conseqüentemente, o Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento já sedimentado naquela Corte de que a competência para apreciação de dúvidas no momento do juízo de recebimento da acusação, mudando a depender do procedimento a ser adotado, é do juiz ou jurados competentes para a apreciação da causa, tendo maior relevo tal questão no âmbito do Tribunal do Júri por força da determinação constitucional da soberania dos veredictos.

Considerações finais

As teses aqui apresentadas demonstram uma grande aceitação nos Tribunais Superiores, devendo ser lastreadas de um conjunto de provas que consiga sustentá-las, para além de tão somente o convencimento dos jurados quando da apresentação das teses defensivas no plenário do Júri, já que a contrariedade aos autos não permite que, mesmo em face da soberania dos veredictos, se mantenha uma decisão do Conselho de Sentença.

Cabe salientar que todas as teses aqui descritas podem ser utilizadas tanto na primeira quanto na segunda etapa do procedimento do Júri, com suas peculiaridades argumentativas próprias quando da utilização em uma ou outra etapa. Ressalta-se que, tão somente com a comprovação acima de dúvida razoável, é que se permite a absolvição ainda na primeira etapa do rito do Júri.

Quanto ao erro de proibição, se lastreado em provas e se lançado como tese defensiva em cidades menores, em que se compartilham valores culturais peculiares, a tese pode ganhar grande relevo e repercussão, já que seria feita uma valoração de fato em uma área conhecida dos jurados, independentemente, em certa medida, dos institutos do direito. Isso permite que questões consensuais e culturais possam adentrar no âmbito do direito, permitindo o acatamento da tese e eventual absolvição do réu.

Enfim, as duas teses se aproximam na medida em que refletem erros perceptivos, ora sobre os elementos do crime, ora sobre os elementos constitutivos da proibição ou dos limites permissivos legais, sendo, em suas duas faces, formas de romper uma parte da estrutura do crime como pressuposto da punibilidade, evitando-se que a pena seja cominada ao réu.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão** (Teoria do Garantismo Penal). 4. ed. São Paulo, RT, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Editora Sérgio Antonio Fabris, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: GTZ, 1978.

ISHIDA, Valter Kenji. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JAKOBS, Günter. **Fundamentos do direito penal**. Trad. André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

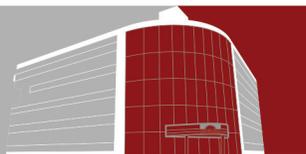
ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus; ARZT, Gunter. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

WESSELS, Johannes. **Direito Penal**. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.



Efetividade e eficácia da colaboração premiada como chaves para a compreensão dos limites da atuação judicial

Effectiveness and efficiency of the legal collaboration
as keys to understanding the limits of the judge's role

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹

Dalbertom Caselato Junior²

RESUMO

A colaboração premiada, meio de obtenção de prova para investigação de organizações criminosas, foi positivada na Lei nº 12.850 e tem atraído, desde sua positivação em 2013, toda sorte de discussões. Os mais importantes debates nesse tema dizem respeito aos limites da atuação judicial nas etapas de celebração da colaboração, sua homologação em juízo e, enfim, sua mensuração na sentença do colaborador. O artigo busca problematizar a compreensão das expressões “efetividade” e “eficácia”, tal como prescritas no texto legal que regulamenta a colaboração. Para tanto, propor-se-á uma interpretação que diferencie o que a colaboração premiada representa para a investigação e elucidação da organização

1 Doutor em Direito (Universidad Pablo de Olavide/Espanha), Professor (Uniceub/DF), Promotor de Justiça (MP/DF). E-mail: antonio.suxberger@ceub.edu.br. CV: <http://attes.cnpq.br/9136957784681802>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1644-7301>. O presente artigo foi originalmente publicado na Revista de Estudos Criminais, publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, com apoio do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, v. 18, n. 74, p. 221-240

2 Graduado (Uniceuro/DF) e Mestrando em Direito (Uniceub/DF), Professor (ESPC/DF), Agente de Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF).

criminosa como um todo e como deve ser avaliada a colaboração para determinar os benefícios possíveis de aplicação em favor do réu colaborador. O artigo vale-se de revisão da bibliografia específica já produzida sobre a Lei nº 12.850 e propõe que a eficácia seja categoria apreciada no próprio processo da colaboração premiada, ao passo que a efetividade seja categoria referente ao que a colaboração significou para a apuração dos fatos da organização criminosa de modo geral.

Palavras-chave: *Colaboração premiada; efetividade; eficácia; negócio jurídico processual; papel do juiz.*

ABSTRACT

The legal collaboration, as a way of gathering evidence against criminal organizations, was positivized in the Federal Statute nº 12.850 and it has been demanded, since 2013, all sort of controversy. The most important debates are related to the limits of the judicial role during the stages of celebration, its formal homologation in the Court and, finally, its measurement in the collaborator's sentencing. This paper aims problematizing the comprehension of "effectiveness" and "efficiency" as categories prescribed in the federal Statute that regulates the legal collaboration. Therefore, it proposes an interpretation that differentiates what the legal collaboration means to the investigation and elucidation of criminal organizations and how legal collaboration should be evaluated to determine the extents of the benefits in favor of the defendant collaborator. Methodologically, the paper provides a literature review of the specific works produced on Federal Statute nº 12.850. It also sustains that efficiency should be a category evaluated in the collaborator's case, while effectiveness is a category referring to what the collaboration means to elucidate and gather evidence against the criminal organization in general.

Keywords: *Legal collaboration; effectiveness; efficiency; procedural agreement; role of the judge.*

RESUMEN

La colaboración legal, como una forma de reunir evidencia contra organizaciones criminales, fue positivizada en el Estatuto Federal nº 12.850 y se ha exigido, desde 2013, todo tipo de controversia. Los debates más importantes están relacionados con los límites del papel judicial durante las etapas de celebración, su homologación formal en la Corte y, finalmente, su medición en la sentencia del colaborador. Este documento tiene como objetivo problematizar la comprensión

de la “efectividad” y la “eficiencia” como categorías prescritas en el Estatuto federal que regula la colaboración legal. Por lo tanto, propone una interpretación que diferencie lo que significa la colaboración legal para la investigación y el esclarecimiento de las organizaciones criminales y cómo debe evaluarse la colaboración legal para determinar la extensión de los beneficios a favor del colaborador acusado. Metodológicamente, el artículo proporciona una revisión bibliográfica de los trabajos específicos producidos en el Estatuto Federal n° 12.850. También sostiene que la eficiencia debe ser una categoría evaluada en el caso del colaborador, mientras que la efectividad es una categoría que se refiere a lo que significa la colaboración para dilucidar y reunir pruebas contra la organización criminal en general.

Palabras clave: *Colaboración legal; eficacia; eficiencia; acuerdo de procedimiento; papel del juez.*

Introdução

O instituto da colaboração premiada, com essa nomenclatura, foi positivado no Direito brasileiro por meio da Lei n° 12.850, editada no ano de 2013. A referida lei fundou o marco legal de enfrentamento das organizações criminosas e, entre outras previsões, mencionou a colaboração premiada como meio de obtenção de prova na persecução penal dos crimes praticados por organizações criminosas.

Vale dizer que a temática da delação premiada, instituto por meio do qual um dos envolvidos na organização criminal apresenta-se para delatar os demais envolvidos na colaboração, com vistas à obtenção de favores legais, não é novidade na legislação brasileira. A própria confissão do acusado, ao autorizar o reconhecimento pelo julgador de uma atenuante no procedimento de aplicação da pena, é favor que estimula o acusado a trazer versão que colabora para a elucidação do fato criminoso pelas autoridades. A confissão já é trazida na legislação penal e processual penal desde suas versões originais até a conformação legislativa atualmente em vigor, respectivamente, no art. 65, inciso III, d, do Código Penal e nos arts. 197 a 200.

A previsão de prêmios ao delator, igualmente, já constava da Lei n° 9.807/1999 e, também, de outros diplomas legais, de que se serve a Lei de Drogas (Lei n° 11.343/2006). A Lei de 2013, contudo, dá conformação mais detalhada ao tema, enfrenta os temas que até então se encontravam em aberto e, justamente para

se afirmar como novo marco normativo do instituto da delação premiada (gênero da qual a colaboração premiada é espécie), deu ao instituto a nomenclatura então inédita de colaboração premiada. Certo é que a colaboração fundou um instituto não inédito, mas mais detalhado e com maior aptidão de aplicabilidade prática.

A colaboração premiada é o acordo processual por meio do qual o colaborador, envolvido em crimes atribuíveis a uma organização criminosa, apresenta-se perante o Ministério Público (ou ao Ministério Público e à autoridade policial) para, trazendo elementos probatórios para elucidação de fatos atribuíveis a outras pessoas vinculadas à organização criminosa, buscar benefícios penais na sanção que eventualmente lhe seja aplicada ou que já lhe tenha sido imposta por sentença condenatória. É o “ajuste sinalagmático entre informações prestadas pelo agente e os benefícios prestados pelo ente estatal, o que mitiga, em certa medida, alguns direitos fundamentais do cidadão”³. Vale destacar que a relevância da colaboração premiada se dá, a uma, por concretizar a proliferação de soluções negociais dentro do processo penal e, a duas, por materializar uma opção clara de política criminal dirigida à implementação de meios mais eficientes de enfrentamento das organizações criminosas⁴.

O papel do julgador, na colaboração premiada, tem sido objeto de preocupação generalizada na doutrina, com claros reflexos nas discussões nos Tribunais sobre o tema. Aliás, nesse sentido, reconhece-se que a distinção promovida pela Lei de 2013 entre os procedimentos de homologação da colaboração e de julgamento do colaborador veio em bora hora⁵. No entanto, ainda se vê uma severa confusão no que diz respeito às apreciações dirigidas à efetividade da colaboração premiada e a sua eficiência, com consequências que muitas vezes se projetam para outros relevantes temas do Direito Processual Penal.

O presente artigo problematiza justamente a distinção entre essas duas categorias. A hipótese aqui sustentada é de que o aclaramento dessas duas categorias permitirá a solução do que seja a adequada dimensão da atuação judicial

3 PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó. A colaboração premiada como instrumento de política criminal funcionalista. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 14, n. 2, p. 100-121, 2019, p. 108.

4 AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 1, p. 253-284, 2017, p. 257.

5 WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. Revista Direito e Liberdade, v. 18, n. 3, p. 213-231, 2016, p. 222.

no acordo de colaboração premiada, por meio justamente do esclarecimento entre o que seja próprio da aferição a respeito da utilidade em celebrar, ou não, o acordo de colaboração, e, uma vez celebrado, como mensurar os benefícios aplicáveis ao colaborador. Sustenta-se que o esclarecimento dessas categorias da colaboração, eficácia e efetividade permitirá a solução da controvérsia sobre os limites da atuação do juiz nos acordos de colaboração premiada.

Para tanto, o artigo se vale da revisão da literatura específica sobre o tema, utilizando-se dos autores que comentaram a Lei nº 12.850 em geral e de artigos que problematizaram as categorias da colaboração premiada. Como pano de fundo, destaque-se, vale justificar a relevância desse debate justamente porque o tema se encontra na ordem do dia do Supremo Tribunal Federal, como se observa, entre outros feitos, no acalorado debate havido por ocasião do julgamento da Pet. 7074⁶, cujos reflexos com frequência são iterativamente discutidos pelos próprios integrantes da Corte a cada julgamento que debate os limites do papel do julgador na homologação das colaborações premiadas⁷.

Nesse sentido, na primeira seção do artigo, indicaremos o espaço normativo que veio a ser preenchido pela conformação da colaboração premiada pela Lei nº 12.850/2013. Trata-se de pergunta simples, mas que, conforme se verá, pavimentará com maior segurança a discussão sobre as categorias aplicáveis ao instituto. Na sequência, indicaremos o caminho procedimental da colaboração premiada, distinguindo as diferentes etapas a serem observadas tanto na persecução penal do colaborador quanto na dos demais chamados à responsabilização penal por aquele. Finalmente, abordaremos as distinções conceituais entre a eficácia e a efetividade da colaboração, não sem antes aclarar que colaboração premiada não guarda similitude conceitual com o instituto da plea bargain do Direito norte-americano. Nas considerações finais, indicaremos os rumos que esse esclarecimento conceitual pretendido pode indicar.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), PET 7074-QO/DF, Tribunal Pleno.

7 O inteiro teor do acórdão, que possui 327 páginas de acaloradas discussões entre os componentes do Supremo Tribunal Federal, em lugar de pavimentar a construção de um consenso na Corte parece mais ter servido para deixar patente as profundas divergências entre os julgadores sobre a colaboração premiada em geral. A título ilustrativo, confira-se o julgamento do Inq 3994 ED-segundos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), Inq 3994 ED-segundos/DF, 2ª Turma), quando o STF afirmou que as categorias de eficácia e efetividade da colaboração devem ser aferidas para autorizar juízo de admissibilidade da ação penal aforada contra delatado em colaboração. Como se vê, a discussão projeta-se para outros pontos da disciplina em geral da colaboração premiada.

1 O espaço normativo da colaboração: o que ela regula?

Se o instituto da colaboração premiada veio a ser melhor conformado e detalhado no plano legislativo pela Lei nº 12.850, a inovação legislativa deu-se no detalhamento do instituto ou no melhor esclarecimento de sua natureza jurídica?

A Lei nº 12.850, em seu art. 3º, inciso I, já explicita de saída em que consiste a colaboração premiada: é um meio de obtenção de prova. Significa dizer que a colaboração pouco vale por aquilo que o colaborador traz oralmente como declarações a respeito de fatos incriminadores de terceiros ou elucidativos da atuação de organização criminosa. Interessa mais por aquilo que ele indica, quais as linhas probatórias a trilhar, quais as provas e os meios de prova a serem alcançados a partir do que ele colabora, como conhecedor da estrutura interna da organização criminosa e do *modus operandi* de suas ações delituosas.

Como meio probatório, a confissão de um imputado, que traga elementos de incriminação de outros que com ele agiram, nada tem de novidade no nosso ordenamento. Aliás, a chamada de *corrêu* ou confissão delatária é fenômeno processual que existe com frequência quando um acusado confessa crime praticado em concurso de pessoas⁸. Na colaboração, a situação muda de figura: interessa mais o que o colaborador aponta, indica, orienta, do que efetivamente aquilo que ele simplesmente declara.

Tal assertiva faz-se necessária para se compreender, afinal, a que se presta um diploma legislativo que minudencie a colaboração premiada. Interessa a conformação legislativa da disciplina probatória da colaboração ou, de modo mais relevante, a previsão legal de favores ao colaborador?

Como meio de obtenção de prova que é, a colaboração premiada não inova no ordenamento pátrio. Isso porque a formalização das declarações do colaborador, a atenção com o registro – especialmente por meio audiovisual, como mencionam Borri e Soares⁹ –, a disponibilização dos meios de prova já formalizados à defesa, enfim, são procedimentos facilmente extraíveis das cláusulas do contraditório e da ampla defesa. No entanto, é a concessão de benefícios legais ao colaborador premiado o espaço de conformação normativa por excelência da Lei nº 12.850.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 305.

9 A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 1, p. 167-187, 2017.

É dizer: o principal papel do diploma legislativo que positiva a colaboração premiada no Direito brasileiro é a previsão dos benefícios legais ao acusado que se presta a colaborar com a persecução penal. Caso contrário, faria ele jus apenas e tão somente à atenuante prevista para a confissão. A Lei de 2013, ao detalhar os procedimentos da colaboração premiada, deu destacada relevância e volume aos benefícios do colaborador: desde a redução (substancial) da pena à concessão de regime de cumprimento da pena, em princípio, incompatível com o quantum da condenação, entre outros benefícios legais¹⁰.

É precisa a lição de Vinícius Vasconcellos quando destaca que o modelo de justiça negociada ou consensual – de que a colaboração premiada é espécie – se pauta pelo incentivo à participação dos atores processuais, na busca de uma convergência de vontades¹¹. A colaboração insere-se no Direito Penal premial, nomenclatura utilizada para destacar as normas premiaias, isto é, aquelas ligadas à ideia de concessão de um benefício previsto em lei para aquele que cometeu o delito. No caso da colaboração, tem-se a figura de um arrependimento processual, dado que o colaborador premiado se coloca à disposição para colaborar com a repressão penal¹². Assim, mais do que delinear com precisão os pressupostos e requisitos do acordo de colaboração premiada, a previsão legislativa de 2013 veio ao lume para especificar as condições do acordo, nas quais se incluem os benefícios a serem auferidos pelo investigado ou acusado que entende por bem em colaborar com a persecução penal da organização criminosa.

De resto, as previsões legais da colaboração premiada versam, de modo mais detalhado, mas não exatamente inédito, sobre o que esperar da atuação processual dos atores que materializam a persecução penal. Por se cuidar de acordo jurídico-penal, com consequências processuais e penais, parece evidente a necessidade de que esse acordo observe um procedimento inicial de averiguação da sua regularidade e de seu pretendido conteúdo, para só então, ao final, permitir ao juiz, titular último da aplicação da pena em nossa legislação, a mensuração da

10 Além dos favores legais dirigidos aos status jurídico-penal do colaborador, que tocam à pena que lhe é imposta e sua forma de cumprimento, o legislador previu uma série de direitos assegurados a ele, especificamente descritos no art. 5º da Lei nº 12.850.

11 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negociada. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 56.

12 PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada Legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 47.

sanção a ser aplicada ao colaborador em caso de condenação. Vejamos, pois, quais as etapas desse caminho da colaboração premiada.

2 O iter da colaboração premiada

A exata compreensão da colaboração premiada passa pela distinção entre, de um lado, os benefícios que ela autoriza ao colaborador e, de outro lado, a medida desses benefícios. Uma das contribuições mais relevantes trazidas pela Lei nº 12.850 ao instituto da delação premiada (ou colaboração premiada, de modo mais particular e em prestígio à nomenclatura da legislação de 2013) refere-se ao detalhamento do procedimento da colaboração premiada.

Em verdade, o detalhamento do procedimento da colaboração premiada deixa em destaque o caráter geral do procedimento como legitimador da ação estatal e de concreção de direito fundamental. De modo mais específico, o procedimento da colaboração premiada “agrega na preservação de garantias e interesses conflitantes envolvidos no tema, e qualifica o controle quanto à observância de formalidades legais que se destinam a conferir, em última análise, proteção aos acusados, por configurar critérios de lisura do juízo”¹³.

Vicente Greco Filho destaca que a colaboração e os seus efeitos não são, geral e automaticamente, os benefícios previstos em lei, quais sejam, o perdão judicial ou a redução da pena. Os benefícios a serem auferidos pelo colaborador dependerão da avaliação das circunstâncias descritas no § 1º do art. 4º da Lei nº 12.850: a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão do fato criminoso e a eficácia da colaboração. “As mesmas circunstâncias serão levadas em conta pelo juiz ao dosar o benefício, o que ocorrerá na sentença de mérito”¹⁴.

Didaticamente, é possível visualizar a colaboração premiada e o seu iter procedimental em três etapas.

A primeira etapa refere-se à negociação e à formalização do acordo. Essa negociação envolve a autoridade policial e o Ministério Público ou apenas a autoridade policial ou apenas o Ministério Público. A presença do advogado do investigado ou acusado que pretenda figurar como colaborador é inafastável em

¹³Ibi d., p. 130-132.

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 40.

todas as etapas da negociação. Alcança-se, então, a lavratura de um termo que reúne as avenças desse acordo, mas sem a indicação expressa e minudenciada da quantidade de benefício a ser concedido. É esse acordo que “desencadeia as demais fases e a aplicação ao colaborador das medidas previstas no art. 5º se o acordo for homologado pelo juiz”¹⁵. Essa primeira fase não inclui a participação judicial; ao contrário, ao juiz não é dado participar dessas tratativas, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade nas etapas sucessivas do negócio jurídico processual. A primeira etapa culmina com a formalização do termo de acordo, que trará: o relato da colaboração e os seus possíveis resultados; as condições da proposta formulada pelo Ministério Público ou pela autoridade policial; a declaração de aceitação dos termos do colaborador, sempre assistido por seu patrono; a assinatura de todos os envolvidos (Ministério Público, colaborador e seu defensor ou Delegado de Polícia, colaborador e seu defensor); as eventuais medidas de proteção ao colaborador e aos seus familiares, conforme o caso.

A segunda etapa refere-se ao juízo de homologação do acordo de colaboração premiada. O juiz da causa, então, afere a regularidade do acordo, a legalidade de seu conteúdo e a voluntariedade do colaborador. Para aferir esses requisitos da homologação, o juiz inclusive poderá designar audiência especificamente para esse fim. A decisão homologatória, é importante destacar, guarda caráter interlocutório e não assegura, por si só, a incidência dos benefícios da colaboração. Em verdade, a homologação judicial confere ao colaborador essa qualidade formalmente reconhecida. Até a homologação, cuida-se de investigado ou acusado que se encontra em tratativas com a Polícia ou com o Ministério Público para a celebração de um acordo jurídico-processual; após a homologação, aquele investigado ou acusado assume a qualidade de colaborador, inclusive com consequências procedimentais nos processos e nas investigações em que figurar como declarante, nos quais ele será ouvido como meio de prova da acusação, e não mais em regime de interrogatório, onde vigora o direito ao silêncio e o *nemo tenetur se detegere*.

A terceira etapa da colaboração refere-se ao momento da sentença do processo-crime a que responde o colaborador. Trata-se do momento em que o julgador aferirá a aplicação do instituto, concedendo-lhe os benefícios da colaboração e, por conseguinte, fazendo a gradação dessas benesses legais.

15 Ibid.

Compreendidas as etapas ou o caminho procedimental da colaboração premiada, podemos abordar, agora de modo mais preciso, a distinção entre as categorias de eficácia e efetividade da colaboração. Veremos, na sequência, como a falta de clareza conceitual sobre essas duas categorias influencia diretamente na discussão sobre os limites da atuação judicial na apreciação da colaboração premiada.

3 Efetividade e eficácia da colaboração

De início, há um juízo sobre o que pode ser útil ao colaborador quando ele celebra o acordo de colaboração premiada. A colaboração, como já destacado, não resolve o processo do colaborador premiado; ela se dirige a todos os fatos que tocam a organização criminosa (e as ações promovidas pela organização) por ele delatada. Nesse particular, embora essa problemática não seja objeto do presente artigo, é importante salientar a distinção substancial entre a colaboração premiada e a barganha que ocorre no Direito estadunidense (o chamado *plea bargain*)¹⁶.

Em decorrência do aumento do número de casos levados a um Tribunal, o uso generalizado do *plea bargain* no Direito estadunidense evoluiu por razões essencialmente práticas. O seu uso, desde que utilizado nas circunstâncias adequadas, liberta o órgão de acusação e a judicatura dos inúmeros recursos

¹⁶Há diversos trabalhos que confundem o instituto da colaboração premiada com a *plea bargain* do Direito norte-americano. Nesse sentido, Victor Rodríguez chega a afirmar categoricamente que toda ferramenta de delação é adoção no Brasil de *plea bargain* (RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. *Delação premiada: limites éticos ao Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 143). Já Lima e Mouzinho chegam a afirmar que a colaboração premiada “encerra” do processo colaborador, tal como ocorre na barganha estadunidense (LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. *Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas*. *Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n. 3, p. 505-529, 2016, p. 515). Há casos de confusão entre o que seja a *plea bargain* e a afirmação de acordo processual. É o caso de Renato Matos Filho, quando enxerga no acordo da colaboração hipótese de barganha (MATOS FILHO, Renato de Souza. *Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no Processo Penal*. *Revista de Ciências do Estado*, v. 2, n. 2, 2017, p. 413), entretanto, como já destacado, o que marca a *plea bargain* não é a presença de acordo, mas sim o nontrial, isto é, a não realização de procedimento probatório em juízo, pois do acordo advém sentença condenatória. Isso não ocorre na colaboração premiada positivada no Brasil. O equívoco entre os dois institutos também se encontra entre aqueles que abordam a evolução histórica da delação, a exemplo de Almeida e Filho, que enxergam na colaboração projeção da barganha norte-americana, embora não distingam que a colaboração não prescinde do processo-crime contra o colaborador (ALMEIDA, Jonas Reggiori; OLIVEIRA FILHO, Ênio Walcacer de. *A evolução da colaboração premiada na Legislação Nacional e no Direito Comparado*. *Vertentes do Direito*, v. 4, n. 1, p. 22-41, 2017).

processuais legais, para focarem, então, em matérias mais importantes que efetivamente careçam de análise detida em processo marcado pelo confronto probatório. O plea bargain pode beneficiar os arguidos, mitigando condenações mais duras e permitindo um certo grau de indulgência inalcançável de outro modo. O juiz atua como guardião que decide não apenas se o arguido deve ser autorizado a abdicar ao direito de julgamento, mas também se a sua admissão de culpa deve ser aceita. O fato de o plea bargain ter um espaço central no processo penal norte-americano não o imuniza de críticas que tenham por objeto promover alterações em sua prática¹⁷.

De comum entre o plea bargain e a colaboração premiada, há a celebração de acordo penal em ambas as situações. No entanto, as diferenças não poderiam ser mais abissais. Com efeito, na plea bargain, acusação e defesa alcançam um acordo no qual o acusado ou reconhece sua própria culpa e, por conseguinte, o acolhimento da pretensão acusatória (a chamada plea of guilty ou guilty plea), ou formalmente afirma que não deseja controverter em juízo a acusação que pesa contra si (o chamado nolo contendere). Em ambos os casos que se referem à plea bargain, o acusado apresenta-se ao juízo nesse acordo com a acusação e dali sai condenado¹⁸. A distinção, é bom frisar, refere-se apenas ao fato de que, na guilty plea, a assunção da culpa pelo acusado pode igualmente se projetar para a esfera cível, ao passo que o nolo contendere presta-se unicamente à condenação do acusado (conviction) na esfera criminal. Afinal, o plea bargain é, na precisa definição de Lagbein, um procedimento de nontrial¹⁹⁻²⁰.

17 RAPOZA, Hon Phillip. A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra. Revista Julgar, n. 19, p. 207-229, 2013, p. 206.

18 ZACHARIAS, Fred C. Justice in Plea Bargaining. William and Mary Law Review, v. 39, p. 1121-1189, 1998, p. 1135-1148.

19 LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. Law & Society Review, v. 13, n. 2, p. 261-272, 1979, p. 261.

20 O Governo Federal, por seu Ministério de Justiça e Segurança Pública, anunciou, em fevereiro de 2019, um conjunto de medidas legislativas que nominou como “anteprojeto de lei anticrime” (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conheça os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime. Sítio Eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Notícias, 6 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68/view>>. Acesso em: 7 fev. 2019). Nesse conjunto, encontra-se proposta de inserção do art. 395-A no Código de Processo Penal. Segundo a redação pretendida, acusação e defesa – após o recebimento da ação penal e instauração do processo-crime, por conseguinte –, mediante acordo, poderão requerer “mediante acordo penal a aplicação imediata das penas”. A proposta, a ser debatida no Congresso Nacional, estabelecerá no direito interno a figura do plea agreement (acordo de culpa), que igualmente não guarda exata conformação com o plea bargain, dado que

A própria expressão *nontrial* pode ensejar alguma confusão. É que a palavra *trial* não pode ser traduzida para o Direito brasileiro como processo sem que grande parte de seu sentido se perca caso assim se proceda. O processo é categoria mais ampla que contém, em si, o *trial*. É dizer: entre as distintas possibilidades de processo, o *trial*, que se refere ao procedimento de confronto da prova para só depois disso se alcançar uma sentença (condenatória ou absolutória), é apenas uma delas. Já o *plea bargain*, muitíssimo informada pela eficiência e justificada no Direito estadunidense como “um componente essencial à administração da justiça”²¹, é modalidade de solução do processo que não observa o confronto da prova em juízo. As partes negociam acordo, submetem-no ao juízo e disso decorre a condenação do acusado.

Essa incursão nas expressões colhidas do direito comparado, para mencionar fenômenos que guardam alguma marca de semelhança em seu conteúdo negocial, remete à advertência precisa de Johanna Rinceanu, segundo a qual a afirmação da língua inglesa como língua comum do direito penal comparado manifesta-se tanto em nível científico quanto em âmbitos institucionais²². No entanto, a circulação de modelos jurídicos não surge como resultado de uma recepção unilateral do direito alheio (“transplante”). Em rigor, a tentativa de tradução guarda muito mais proximidade com um fenômeno que não guarda linearidade.

Feita essa digressão, é forçoso reconhecer que a barganha do Direito norte-americano tem pouco que ver com a colaboração premiada. Em comum: ambos os institutos são acordos processuais. No entanto, diferem-se no essencial: a barganha estadunidense implica um processo que é concluído (sentença condenatória) tão somente com a homologação do acordo em juízo. A colaboração premiada tem crivo judicial para sua homologação e é aferida, para dosar o benefício pretendido, no momento da sentença dos fatos imputados ao colaborador.

Na colaboração, o acusado, decerto, confessa a prática dos fatos investigados contra si (ou já denunciados, se a colaboração ocorre no curso do processo-crime

o acordo só é realizado e apresentado depois do juízo de admissibilidade da ação penal e instauração do processo-crime. O *plea bargain* antecede essa instauração do processo-crime, até mesmo porque nela pode se ajustar o próprio conteúdo da peça acusatória ao que acordado com o imputado.

21 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States of America (SCOTUS). *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, p. 260.

22 RINCEANU, Johanna. A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal. *Revista de Estudos Criminais*, v. 17, n. 69, p. 7-20, 2018, p. 16.

a que responde), mas o acordo não conduz automaticamente à condenação do colaborador. Ainda se exige o processo com confronto probatório e, ao fim, sentença a respeito desse acervo. É dizer, ainda que o acusado (colaborador) se apresente como culpado, essa confissão não importaria a obliteração do confronto da prova, da apreciação de validade das provas angariadas e, ao fim, o livre convencimento motivado do julgador, que poderá condenar ou absolver esse colaborador.

É importante dizer que nenhum dos acordos processuais previstos atualmente na legislação brasileira alcança o efeito do plea bargain, pois se mostra inviável a apresentação de acordo que redunde na condenação do acusado sem audiência, no confronto probatório e na sentença motivada em acervo probatório. Quando muito, os acordos penais previstos na legislação brasileira podem resultar no afastamento da ação penal – o que ocorre na transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/1995 e no acordo de não persecução penal previsto no art. 18 da Resolução CNMP nº 181/2017²³ –, mas não redundam, como ocorre no Direito estadunidense, na condenação do acusado sem instrução probatória em juízo.

Esse esclarecimento se mostra útil justamente para pavimentar a distinção entre a apreciação de efetividade do acordo de colaboração e da sua eficácia. São juízos diferentes, realizados em momentos distintos e cujas titularidades de apreciação igualmente se mostram insuscetíveis de confusão.

O caput do art. 4º da Lei nº 12.850 bem esclarece que a colaboração deve ser efetiva e voluntária, para alcançar os resultados ali listados nos incisos que se seguem. É o juízo a respeito dos pontos descritos – disjuntivos, vale dizer – nos incisos que informarão o interesse na celebração do acordo de colaboração premiada: a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. É dizer: são esses os critérios de aferição da

23 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Texto compilado.

efetividade da colaboração que nortearão justamente a decisão de celebrar, ou não, o acordo.

A efetividade do acordo, decerto, reclama apreciação que vai além do caso judicializado. A sua avaliação reclama apreciação de todo o acerto probatório já recolhido sobre a atuação da organização criminosa. Aliás, a leitura da efetividade, em rigor, refere-se ao conhecimento das linhas investigativas dos fatos noticiados e imputados à organização. Por essa razão, embora essa apreciação seja considerada pelo juízo quando instado a homologar o acordo de colaboração, a consideração do que seja a efetividade do acordo pertence efetivamente a quem celebra o acordo com o colaborador. De modo mais particular, a quem sustentará o acordo em juízo e promoverá justamente as medidas processuais necessárias à responsabilização dos integrantes da organização criminosa e medidas que acompanham a formalização da resposta penal: o Ministério Público.

A título ilustrativo, pode-se tomar como exemplo a questão já bem resolvida na doutrina processual penal acerca do destinatário da investigação preliminar²⁴. Embora o juiz seja o destinatário mediato da investigação, pois a ele toca apreciar eventuais medidas invasivas a serem realizadas no curso da investigação, bem assim aferir a admissibilidade da ação penal (ou a homologação da promoção de arquivamento da investigação em juízo, se o caso), o destinatário imediato da investigação preliminar é o Ministério Público. A titularidade das condições e dos pressupostos para o exercício da ação penal é do Ministério Público, ainda que em um segundo momento isso observe o crivo judicial.

Tal procedimento igualmente se dá com a apreciação da efetividade da colaboração premiada. O destinatário desse juízo de efetividade é o Ministério Público, que disporá da compreensão do todo atinente às linhas investigativas e à situação processual dos casos que versam sobre a organização criminosa. Mas, de modo mediato, secundário, portanto, essa análise igualmente caberá ao juízo penal, quando justamente atentar para os requisitos necessários à homologação da colaboração premiada (“regularidade, legalidade e voluntariedade”, nos termos do § 7º do art. 4º da Lei nº 12.850).

A efetividade da colaboração premiada assume, assim, um viés de apreciação que se dirige à “concreta efetividade persecutória”, para que se compreenda a importância de que às declarações do colaborador se somem efeitos concretos no

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 177.

âmbito da persecução penal, de modo que esses resultados positivos exigidos pelo legislador sejam de consistência e magnitude na apuração dos fatos²⁵. Justamente por isso, embora se possa aferir da própria concepção de efetividade da colaboração premiada que o colaborador deve auxiliar as autoridades de forma permanente, “colocando-se integralmente à sua disposição para elucidação dos fatos, devendo comparecer sempre que solicitado, e acompanhar diligências se necessário”²⁶, tanto melhor que essa disponibilidade conste expressamente dos termos do acordo.

Já a apreciação da eficácia do acordo tem por premissa que o acordo já existe e, particularmente, que já foi submetido à homologação judicial. Só pode ser eficaz aquilo que já existe e é válido. A eficácia do acordo, nos termos da redação legal que não trouxe expressões inúteis, refere-se ao momento de concessão dos benefícios ao colaborador. Trata-se, pois, do momento da sentença a ser proferida na solução das acusações a ele imputadas. Na redação do § 1º do art. 4º da Lei nº 12.850, vê-se justamente assim: “A concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

O § 11 do art. 4º da Lei distingue esses momentos de cognição judicial: uma cognição horizontal (no momento da homologação do acordo) e uma cognição vertical (no momento de sentenciar o colaborador). Fabiano Silveira sublinha que a culpabilidade dos réus deve ser aferida ao final do processo, corroborando ou infirmando os relatos trazidos no acordo de colaboração – e isso pouco tem a ver com o momento decisório da homologação. De modo mais claro, essa lição escancara “[...] o fato de que o acordo de colaboração premiada não encurta os caminhos nem suprime etapas do processo penal, ao contrário da imagem difundida no senso comum”²⁷.

Realmente, a titularidade da aferição da eficácia do acordo de colaboração premiada, justamente pelo seu momento e pela vinculação ao fato imputado ao colaborador, pertence ao juiz. Quando se fala da eficácia, não se demanda a apreciação do todo atinente às múltiplas investigações e desdobramentos das persecuções em desfavor da organização criminosa. Trata-se da apreciação dirigida

25 PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento, p. 152.

26 Ibid.

27 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. Revista de Estudos Criminais, v. 17, n. 71, p. 107-136, 2018, p. 124.

ao caso específico do colaborador, tal qual o tem o juiz diante de si no momento de sentenciar o feito. A eficácia, em termos simples, nada mais é que a verificação entre o que foi anunciado ou prometido, no momento da celebração do acordo, e o que realmente se obteve do colaborador no curso da persecução penal até o momento de sentenciá-lo. Essa apreciação, deveras, conquanto informada pelas partes, é do juízo criminal competente para o processo-crime que imputa fatos criminosos ao colaborador.

Nesse ponto, discorda-se de Vicente Greco Filho quando afirma o seguinte sobre a sentença do processo-crime a que responde o colaborador premiado: “O juiz, também, na sentença de mérito, poderá adequar a proposta ao que melhor indicar o caso concreto, inclusive tendo em vista o grau de efetividade da colaboração e as circunstâncias pessoais do agente”²⁸. Eis o ponto fundamental: o momento da sentença do colaborador já não é mais um momento de apreciação da efetividade da colaboração, mas apenas da eficácia do que foi acordado. Isso porque a efetividade da colaboração é objetivo do acordo processual a ser aferido no momento da celebração deste.

Também em sentido diverso do que aqui se sustenta, Marcelo Mendroni afirma que há univocidade no uso das expressões “eficácia” e “efetividade” na Lei nº 12.850, ao tratar do colaborador premiado: afirma Mendroni que as expressões se confundem. Vale a transcrição literal:

Voluntariamente significa que procede espontaneamente, derivado da vontade própria, e efetivo provém da qualidade do que tem efeito, real, verdadeiro, positivo, permanente, ou eficiência: virtude de produzir efeito; eficácia – que produz efeito, que dá bom resultado.²⁹

Não parece ser a melhor compreensão dessas expressões. O Direito Penal esclarece a distinção entre o que seja voluntário e o que seja espontâneo. É voluntária a conduta que seja livre na exteriorização de uma vontade; já a espontaneidade exige que o agente assim aja livre de qualquer ação instigatória ou de induzimento. A voluntariedade é aquilo que não se origina de causas impeditivas coatas, isto é, nasce de motivos autônomos e, vale destacar, esses motivos se apresentam livres de valoração ética ou moral (por exemplo: remorso, arrependimento, vergonha, consideração para com as vítimas, emoção espiritual,

²⁸GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013, p. 42.

²⁹MENDRONI, Marcelo Batlouni. Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei nº 12.850/2013. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 44.

temor ante a descoberta, medo da pena, etc.)³⁰. Nem tudo que é voluntário precisa ser necessariamente espontâneo: o espontâneo é aquilo que surge livre de sugestão de terceiro.

A colaboração premiada, necessariamente, há de ser produzida a partir da voluntariedade do colaborador. Mas essa voluntariedade pode, sim, surgir de instigação ou induzimento. A oferta de benefícios ao colaborador não desnatura a manifestação de vontade livre do colaborador. A assunção do papel de colaborador, para que este figure como meio de obtenção de prova na persecução penal dos fatos atribuíveis à organização criminosa, reclama que ele exteriorize a vontade de acordar com o Ministério Público ou mesmo com a autoridade policial de modo livre, mas não se exige que essa intenção surja dele própria ou seja livre de sugestão de terceiro. Nesse sentido, afigura-se correta a colocação de Bittencourt e Busato, quando afirmam o seguinte: “O móvel, enfim, da decisão do delator – vingança, arrependimento, inveja ou ódio – é irrelevante para efeito de fundamentar a delação premiada”³¹.

Essa apreciação de censurabilidade da conduta do colaborador pertence, em rigor, ao momento de aferir sua culpabilidade em eventual condenação. Aliás, trata-se justamente da previsão dos critérios que norteiam mensuração dos benefícios, no já multicitado § 1º do art. 4º da Lei nº 12.850.

Convém sublinhar que a própria aferição de censurabilidade da conduta imputada ao colaborador tem sido objeto de controvérsia. Nesse sentido, Felipe da Costa De-Lorenzi, após mencionar a compreensão do STF de que, se o acordo de colaboração atingir suas finalidades, a concessão dos benefícios acordados assume a natureza de direito subjetivo do colaborador – por isso, exigível judicialmente –, critica o fato de a colaboração premiada ensejar uma pena amparada prevalentemente em razões utilitárias relacionadas à efetividade do sistema penal. Isso faz com que as razões de incidência da própria pena, prevenção e censurabilidade do fato imputado ao colaborador se percam na desmedida busca por essa efetividade³².

30 PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. Manual de direito penal – Parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 301.

31 BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119.

32 DE-LORENZI, Felipe da Costa; BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 119. ipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise

De qualquer modo, nota-se que a inserção desse juízo não se dá no momento de verificação da efetividade da colaboração (celebração do acordo), tampouco na verificação de voluntariedade do acordo (momento da homologação em juízo), mas sim na oportunidade em que o juízo criminal mensura os benefícios a serem concedidos ao colaborador, isto é, quando ele afere a eficácia da colaboração e igualmente estabelece a gradação de censurabilidade dos fatos a ele imputados (sentença condenatória do colaborador). A consideração das categorias eficácia e efetividade, de modo próprio dirigidas a etapas e preocupações distintas do meio de obtenção de prova, evidencia o caráter complexo e poliforme do instituto da colaboração premiada. Aliás, o tratamento específico das categorias eficácia e efetividade evidencia justamente que o próprio legislador reconheceu a feição complexa do instituto da colaboração premiada³³.

O esclarecimento dessas categorias operacionais, portanto, situa de modo mais claro o papel do julgador na colaboração premiada, bem assim as guias que balizam as partes no momento de celebração do acordo.

Considerações finais

O esclarecimento das categorias aplicáveis à colaboração premiada, para além do mero interesse acadêmico, traz consequências relevantes à prática do instituto. Isso porque é a exata compreensão a respeito do que sejam a eficácia da colaboração e a efetividade do acordo que pavimentarão com maior segurança a discussão sobre os limites da atuação judicial na colaboração premiada.

Sabemos que a colaboração premiada, como instrumento próprio dos reclamos de eficientismo penal no enfrentamento das organizações criminosas, traz em grande medida solução construída em ordenamentos jurídicos que não comungam das mesmas premissas epistemológicas ou teóricas do Brasil. Aliás, o chamado transplante jurídico, que é categoria bem desenvolvida por Watson para problematizar o recurso ao direito comparado como método de estudo³⁴, quando trazido ao Direito Processual, assume com mais precisão a característica de uma

da fixação dos benefícios conforme a Lei nº 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 155, 2019.

33 PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada – Legitimidade e procedimento, p. 206.

34 WATSON, Alan. Legal Transplants: an approach to comparative Law. 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993. p. 7.

tradução jurídica do instituto³⁵. Quando nos referimos, então, aos acordos penais, dada a sua proximidade com o debate a respeito da plea bargain (que com ela não se confunde, como nos ocupamos de destacar na seção 3 do artigo), é precisa a advertência de Langer, quando situa a barganha penal norte-americana como um verdadeiro “cavalo de troia” do sistema adversarial, dado que, no Direito norte-americano, há um acordo entre partes firmado perante um julgador absolutamente passivo³⁶. Estamos problematizando, em última análise, a tradução de um fenômeno jurídico que não se apresenta de modo linear³⁷ em nosso ordenamento.

O sistema normativo brasileiro guarda, sim, conformação acusatória, mas com detalhamento que não é exatamente adversarial. Na precisa dicção de Ada Grinover, a modelagem normativa brasileira é do tipo “acusatório-inquisitória”³⁸, dado que o juiz brasileiro dispõe, sim, de iniciativa probatória positivada em diversas passagens da legislação³⁹.

Tal lembrança, no fechamento das reflexões atinentes à colaboração premiada, guarda consideração para adequada compreensão do papel do julgador no Direito pátrio. Afinal, quando homologa o acordo, ao se valer das provas obtidas a partir do acordo para formar seu convencimento nos processos dos delatados e, quando, enfim, sentencia o colaborador premiado e mensura os benefícios que lhe foram prometidos, o julgador nem de longe se apresenta como o juiz próprio dos sistemas adversariais.

Aclarados os sentidos de eficácia e efetividade da colaboração premiada, tem-se como possível de solução o problema atinente ao papel do juiz nos acordos de colaboração premiada. Trata-se de um papel destinado a verificar se as promessas realizadas pelo colaborador, naquele processo em que ele responde, foram efetivamente cumpridas. É certo que a análise do que atendido pelo colaborador, para toda a persecução penal da organização criminosa, mostra-se

35 LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harvard International Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004, p. 29-35.

36 *Ibid.*, p. 36.

37 RINCEANU, Johanna. A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal, p. 16.

38 GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, p. 71-79, 1999, p. 72-73.

39 A título ilustrativo, confirmam-se as redações dos arts. 209, 212, 404, entre outros, do Código de Processo Penal.

importante ao julgador, mas tal aferição se insere na determinação do quantum de benefício a que fará jus o colaborador, e não na admissão ou aceitabilidade do acordo celebrado pelas partes.

Ao revés, o juiz atua na difícil senda que se localiza entre a observância de estrita legalidade pelo aparato persecutório e a garantia dos direitos indisponíveis do colaborador que entende por bem em celebrar acordo com o Estado com vistas à obtenção de favores penais. Daí seus poderes de eventual conformação do acordo na fase de homologação, decotando-o, sem, contudo, desnaturá-lo. Igualmente, por isso lhe é dado mensurar acordo então anunciado pelas partes. A sua vinculação ao que “prometido” (pela acusação) ou “pretendido” (pela defesa do colaborador) não se situa no âmbito de uma discricionariedade subjetiva, livre de prognoses ou expectativas, mas efetivamente na exata compreensão do que aquilatado quando da celebração do acordo (efetividade), quando de sua homologação (legalidade do acordo) e, enfim, quando de sua mensuração (eficácia). Veja-se que, nessa gradação, esse julgador, então terceiro distante da persecução, mais se aproxima do acordo quanto mais a persecução se aproxima da sentença. E a confiabilidade de sua decisão deriva justamente da estrita observância das etapas dessa colaboração.

Assim, longe de solucionar definitivamente os problemas atinentes à prática da colaboração, o esclarecimento das categorias aplicáveis a esse acordo jurídico-processual pode auxiliar de maneira substancial na correta leitura dos papéis que os atores da persecução penal desempenham em um ordenamento jurídico compromissado com o respeito às garantias constitucionais.

Referências

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n.1, p. 253-2895, 2017.

ALMEIDA, Jonas Reggiori; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de. A evolução da colaboração premiada na Legislação Nacional e no Direito Comparado. **Vertentes do Direito**, v. 4, n. 1, p. 22-41, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A obrigatoriedade do duplo registro da colaboração premiada e o acesso pela defesa técnica. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 1, p. 167-187, 2017.

BRASIL. **Resolução nº 181**, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Texto compilado. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

_____. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Conheça os principais pontos do Anteprojeto de Lei Anticrime. Sítio Eletrônico do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Notícias, 6 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549457294.68/view>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**, Inq 3994 ED-segundos/DF, 2ª Turma, J. 07.08.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**, PET 7074-QO/DF, Tribunal Pleno, J. 29.06.2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a Lei nº 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 155, 2019 [no prelo].

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States of America (SCOTUS). **Santobello v. New York**, 404 U.S. 257. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1971/70-98>>. Acesso em: 4 fev. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 27, p. 71-79, 1999.

LANGBEIN, John H. Understanding the Short History of Plea Bargaining. **Law & Society Review**, v. 13, n. 2, p. 261-272, 1979.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. **Harvard International Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. **Dilemas – Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 9, n. 3, p. 505-529, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MATOS FILHO, Renato de Souza. Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no Processo Penal. **Revista de Ciências do Estado**, v. 2, n. 2, 2017. Disponível em: <<https://seer.ufmg.br/index.php/revice/article/view/10328>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei no 12.850/2013**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal – Parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação premiada – Legitimidade e procedimento**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PIEIDADE, Antonio Sérgio Cordeiro; SOUZA, Renee do Ó. A colaboração premiada como instrumento de política criminal funcionalista. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 14, n. 2, p. 100-121, 2019.

RAPOZA, Hon Phillip. **A experiência americana do *plea bargaining*: A exceção transformada em regra**. Revista Julgar, n. 19, p. 207-229, 2013.

RINCEANU, Johanna. A tradução como problema metodológico no âmbito da comparação jurídico-penal. **Revista de Estudos Criminais**, Trad. Antônio Martins-Costa e Lucas Minorelli, v. 17, n. 69, p. 7-20, 2018.

RODRÍGUEZ, Victor Gabriel. **Delação premiada: limites éticos ao Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

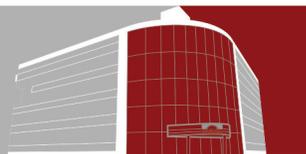
SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O papel do juiz na homologação do acordo de colaboração premiada. **Revista de Estudos Criminais**, v. 17, n. 71, p. 107-136, 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negociada.** Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2015 (Monografias, 68).

WATSON, Alan. **Legal Transplants: an approach to comparative law.** 2. ed. Athens: University of Georgia Press, 1993.

WEDY, Miguel Tedesco. A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios. **Revista Direito e Liberdade**, v. 18, n. 3, p. 213-231, 2016.

ZACHARIAS, Fred C. Justice in Plea Bargaining. **William and Mary Law Review**, v. 39, p. 1121-1189, 1998.



La figura delictiva del autolavado de activos en el ordenamiento jurídico-penal peruano

The criminal figure of asset laundering in the Peruvian legal-criminal system

A figura criminal da lavagem de ativos no sistema jurídico-penal peruano

Roberto Carlos Vilchez Limay¹

RESUMO

Após uma revisão da evolução legislativa do crime de lavagem de dinheiro, o autor, sob uma linha hermenêutica baseada nas teorias das normas e uma aplicação correta da categoria dogmática de “autonomia” e o descarte da “teoria dos fatos” copenado”, afirma que a criminalização e a punição à lavagem de bens datam de 8 de novembro de 1991 (data da primeira lei criminal contra lavagem de dinheiro, Decreto Legislativo nº 736), uma vez que se trata simplesmente de uma forma de cometer o ato punível de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: auto-lavagem, não punibilidade, autonomia, norma declarativa, sujeito ativo

¹ Membro da Primera Fiscalía Suprema en lo Penal del Ministerio Público – Fiscalía de la Nación del Perú. Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla – La Mancha (Espanha). Especialista em Crime Organizado, Corrupção e Terrorismo pela Universidad de Salamanca (Espanha). Membro Principal da Oficina de Dogmática Penal e Direito Processual Penal “Florencio Mixán Mass”, da Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Mestre em Direito Penal na Pontificia Universidad Católica del Perú.

ABSTRACT

After a review of the legislative evolution of the crime of money laundering, the author, from a hermeneutical perspective based on the theories of norms and a correct application of the dogmatic category of “autonomy” and the discarding of the “theory of not punishable fact”, affirms that the criminalization and punishment of the self-laundering of assets dates from November 8, 1991 (date of the first anti-money laundering criminal law, Legislative Decree No. 736), since this is simply a form of commission of the punishable act of money laundering.

Keywords: *Self-laundering, non-punishment, autonomy, reporting rule, active subject*

RESUMEN

Tras una revisión de la evolución legislativa del delito de lavado de activos, el autor, bajo una línea hermenéutica basada en las teorías de las normas y una correcta aplicación de la categoría dogmática de la “autonomía” y el descarte de la “teoría del hecho copenado”, afirma que la criminalización y punición del autolavado de activos data desde el 08 de noviembre de 1991 (dación de la primera norma penal antiblanqueo, Decreto Legislativo N° 736), toda vez que ésta simplemente es una modalidad de comisión del hecho punible del lavado de activos.

Palabras clave: *Auto-lavagem, fato copenativo, autonomia, norma declarativa, sujeito ativo.*

Introducción

El “autoblanqueo de capitales” es una figura delictiva que no ostenta consenso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (peruana y extranjera), en primer lugar, sobre la legitimidad de su punición, ni, en un segundo término, desde cuándo debería ser sancionada, en las legislaciones que lo prevén expresamente a nivel legislativo.

En ese sentido, el presente escrito brindará argumentos, de forma sucinta, para afirmar la legitimación de la punición del autoblanqueo de capitales (descartando la aplicación de la teoría del hecho copenado), así como para sostener que su punibilidad temporal, en el caso peruano, data desde el 08 de noviembre de 1991, y no desde su incorporación expresa, a través del Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007, en la Ley N° 27765 (Ley penal antilavado de activos)².

² Resulta pertinente indicar que la legislación penal peruana vigente sobre blanqueo de

1. El autoblanqueo de capitales no es una manifestación de un hecho copenado.

En primer lugar, debemos indicar que, la tesis del hecho copenado informa que la sanción de un hecho principal toma ya en consideración el injusto de un hecho posterior. BACIGALUPO indica que los actos posteriores copenados “(...) son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente”. El autor también sostiene que: “son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero”³.

En ese contexto, BLANCO CORDERO explica que el fundamento de la exclusión de los autores del delito previo en aquellos países en los que la norma expresamente lo prevé, radica en el hecho posterior copenado. Se produce un concurso de leyes entre el hecho previo y el posterior blanqueo, resolviéndose conforme al principio de consunción. Pese a que el posterior blanqueo del autor o participe en el delito previo se puede incluir en dos preceptos (el que sanciona el delito previo y el correspondiente al blanqueo), solo uno de ellos puede aplicarse, pues su apreciación conjunta supondría un *ne bis in ídem*. El principio de consunción implica que el desvalor del hecho previo incluye (“consume”) el desvalor del blanqueo, sin que sea posible sancionar por este último delito⁴.

Sin embargo, debemos advertir que esta apreciación resulta plausible no tanto por un criterio dogmático-penal, sino político-criminal, siendo que la exclusión de punición no operaría por una cuestión de atipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, sino como excusa absolutoria semejante a las que opera en los

capitales se encuentra recogida en el Decreto Legislativo N° 1106, del 18 de abril de 2012, cuyo artículo 10, tercer párrafo, también prevé la punición del autoblanqueo; no obstante, hemos precitado las disposiciones penales anteriores (Ley N° 27765, del 20 de junio de 2002, y Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007), toda vez que existe, actualmente, en la judicatura peruana, una serie de casos emblemáticos donde se evalúan imputaciones de autoblanqueo de capitales anteriores a la dación de estas normas (Verbi-gracia: Casos “Sánchez Paredes”; “Valdez Villacorta”, y “Zevallos Gonzáles”).

3 BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte general. Ara editores. Lima, 2004, p. 540.

4 BLANCO CORDERO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. 3º edición. Aranzadi, Navarra, 2012, p. 529. A favor de la posición de que el autoblanqueo es un supuesto donde se aplica la teoría del hecho copenado Ver: BAJO, Miguel y BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2001, p. 689.

delitos de receptación o encubrimiento⁵; por lo que, se exige que ésta debe estar expresamente prevista.

En la doctrina nacional, PARIONA ARANA indica que, los presupuestos de concurrencia del hecho posterior -que a la vez son presupuestos de impunidad- son tres: primero, el hecho posterior debe afectar el mismo bien jurídico que el hecho anterior; segundo, no debe causar nuevo daño o el daño ocasionado no debe ser ampliado cualitativamente; y, tercero, el objeto sobre el cual recae la acción del primer delito debe ser también el objeto del segundo delito. Adicionalmente, se debe indicar aquí que para la concurrencia del hecho posterior no es necesario que el autor haya tenido la intención de realizarlo ya en el momento en que se comete el hecho principal⁶.

Por otro lado, conviene resaltar que, un sector de la doctrina estima que la tesis del hecho copenado no es atendible en el delito de blanqueo de capitales; así, CALLEGARI, analizando el Código Penal español de 1995, sostiene que, de acuerdo con el contenido del artículo 301, cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de blanqueo de bienes, pues el legislador no ha hecho restricción a nadie expresamente. Por lo tanto, se puede concluir que el legislador no ha apartado del círculo de posibles sujetos activos a los que hayan intervenido como autores o partícipes en el delito previo en el cual tienen su origen los bienes objeto de blanqueo⁷.

Desde nuestra posición hermenéutica, entendemos que, en la legislación penal peruana, la teoría del hecho copenado no sería de aplicación al autoblanqueo de capitales, toda vez que la conducta posterior vulnera un bien jurídico distinto al tutelado en el injusto principal. Bajo esa línea de razonamiento, resulta conveniente anotar que, si bien el delito de blanqueo de capitales es pluriofesivo (tutela varios bienes jurídicos, verbigracia: la administración de justicia, etc.), tiene como

⁵ Desde una perspectiva histórico-comparada, resulta propedéutico indicar que, en la legislación penal alemana, en el artículo 261 del StGB (Código Penal alemán), se excluía la posibilidad de sancionar al “autoblanqueador”, bajo una regulación de excusa absoluta: “Artículo 261 (Lavado de dinero; ocultamiento de bienes mal habidos), inciso (9), apartado 2), segundo párrafo: “(9) Por lavado de dinero no será castigado según los incisos 1 a 5, quien: 2. (...) De conformidad con los incisos 1 a 5, no será castigado quien es punible a causa de participación en el hecho previo (...)”. Sin embargo, en la actualidad, a partir del 26 de noviembre de 2015, fecha en la que se modificó el artículo 261 StGB, el autolavado resulta punible en el ordenamiento jurídico penal alemán.

⁶ PARIONA ARANA, Raúl. Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales. Instituto Pacífico. Lima, 2014, p. 270.

⁷ CALLEGARI, André Luís. Lavado de Activos. Ara editores, Lima, 2009, p. 32.

valor jurídico principal la protección del “orden socioeconómico-financiero”, legitimándose así su punibilidad.

2. El marco temporal de punición del autoblanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico penal peruano

La evolución legislativa del hecho delictivo de lavado de activos ha sido constante en el ordenamiento jurídico penal peruano. A continuación, describiremos los principales rasgos de este fenómeno criminal económico, vinculados, especialmente, a la modalidad de comisión denominada “autolavado de activos”.

Así, el Decreto Legislativo N° 736, del 08 de noviembre de 1991, es la primera norma penal antilavado de nuestra legislación nacional. Fue dada el 08 de noviembre de 1991, modificando el Código Penal de 1991, tras incorporar dos artículos a la Sección II, Capítulo III del Título XII de este cuerpo normativo. En ese marco, se incorporaron los artículos 296-A⁸ y 296-B⁹, como agravantes del delito de tráfico ilícito de drogas. Resulta conveniente anotar que éstas normas penales tuvieron poco tiempo de vigencia, toda vez que el legislador, a través del artículo 1 de la Ley N° 25399, del 10 de febrero de 1992, derogó el Decreto Legislativo N° 736, entre otras disposiciones legales de igual naturaleza; siendo que, inmediatamente, el 11 de febrero de 2012, se introdujo al lavado de activos como una modalidad agravada del delito de receptación, mediante la Ley N° 25404, modificando el artículo 195¹⁰.

8 El artículo 296°-A establecía lo siguiente: “El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, y con ciento veinte a trescientos días multa e inhabilitación, conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena”.

9 A su turno, el artículo 296°-B del Código Penal señalaba que: “El que interviene en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4). (...)”.

10 Artículo 195.- “La pena privativa de la libertad será: 1. No menor de 02 ni mayor de

No es hasta el 11 de abril de 1992, en virtud de la Ley N° 25428, que las figuras delictivas de lavado de activos vuelven a ser reguladas en la sección de los delitos contra la Salud Pública, incorporando los artículos 296-A y 296-B, con una nueva regulación¹¹⁻¹². Prosiguiendo con la evolución legislativa, se percibe la dación de la Ley N° 27765, del 20 de junio de 2002. Esta Ley es la primera disposición penal especializada en regular el hecho punible del lavado de activos, previendo en su normativa dos modalidades generales típicas de comisión respecto a los verbos que la rigen (actos de conversión y transferencia¹³, y ocultamiento y tenencia¹⁴).

Desde una labor hermenéutica de todas las disposiciones legales hasta el momento enunciadas, no se aprecia que en su texto, el legislador haya

06 años y treinta a noventa días multa, cuando se trata de bienes de propiedad del Estado destinados al servicio público o cuando el agente se dedica al comercio de objetos provenientes de acciones delictuosas no comprendidas en el inciso 2). 2. No menor de 06 ni mayor de 15 años y de 180 a 365 días multa, e inhabilitación, conforme al Artículo 36, incisos 1), 2) y 4) cuando se trate de bienes provenientes de delitos de tráfico ilícito de drogas o terrorismo”.

11 Artículo 296-A.- “El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de dieciocho años, y con ciento veinte a trescientos días - multa e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena”..

12 Artículo 296-B.- “El que interviniere en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años, con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.(...)”.

13 Artículo 1 (Actos de Conversión y Transferencia).- “El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

14 Artículo 2 (Actos de Ocultamiento y Tenencia).- “El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

querido excluir del círculo de autores a aquel que cometió o participó del delito previo, toda vez que, su fundamento y bien jurídico protegido son distintos (verbigracia: TID = Salud Pública y Lavado de Activos = Orden Socioeconómico), y las razones político criminales (centradas en la sanción de aquel que pretenda ensombrear el origen ilícito de los capitales e inyectarlo en el sistema económico-financiero, afectando el mercado legal de capitales, y como mecanismo de neutralización de organizaciones criminales) que subyacen no permiten excluirlo.

Asimismo, se aprecia el Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007. Esta norma penal, expedida desde el Poder Ejecutivo, modificó los artículos 1-6 de la Ley N° 27765, variando la configuración típica del evento delictivo de lavado de activos (por ejemplo, a nivel de la tipicidad, se comenzó a exigir el resultado efectivo de “dificultar la identificación, su incautación o decomiso”) e incluyendo algunos preceptos declaratorios o definitorios. Así, en el artículo 6 de la Ley N° 27765, se agregó un último párrafo que prescribe lo siguiente:

Artículo 6° (Disposición Común).-

(...) También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadores de dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Prosiguiendo este derrotero, en un contexto de delegación de facultades al Presidente de la República, se emitió el Decreto Legislativo N° 1106, del 19 de abril de 2012, el cual volvió, en general, a consignar la configuración típica de las modalidades de conversión y transferencias, y ocultamiento y tenencia (artículos 1¹⁵ y 2¹⁶); pero, además, incluyó una nueva configuración típica consistente en el transporte, traslado, ingreso o salida por territorio

15 Artículo 1° (Actos de conversión y transferencia).- “El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

16 Artículo 2° (Actos de ocultamiento y tenencia).- “El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.

nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito (artículo 3¹⁷). Por otro lado, en el artículo 10 de este cuerpo normativo, se recogen los preceptos denominados “disposiciones generales”, contenidos en el anterior artículo 6 de la Ley N° 27765, modificados por el Decreto Legislativo N° 986; percibiéndose que, en su último párrafo, se insiste con la regla de punición del “autolavador”. Así, tenemos:

Artículo 10º (Autonomía del delito y prueba indiciaria).

(...) También podrá ser considerado autor del delito y, por tanto, sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Finalmente, se percibe la existencia del Decreto Legislativo 1249, del 25 de noviembre de 2017. Este cuerpo legal, expedido por el Poder Ejecutivo, cuya denominación es: “Decreto legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción de lavado de activos y terrorismo”, modificó los artículos 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo N° 1106; no habiendo alterado alguna situación sobre la punibilidad del autolavador.

Ahora bien, habiendo descrito y explicado la transformación legislativa antilavado de activos (con especial atención, la modalidad del autolavado), conviene advertir que, en el decisionismo judicial peruano sobre los casos de blanqueo de capitales, bajo su modalidad de autoblanqueo, se detecta dos líneas jurisprudenciales desarrolladas en la Corte Suprema de Justicia, que se ha pronunciado de forma variopinta sobre la punición temporal de esta figura delictiva. Así, el Recurso de Nulidad N° 3657-2012-Lima, del 26 de marzo de 2014, expedido por Sala Penal Permanente, en su considerando jurídico 3.1.8., señala que:

(...) conforme a la redacción del texto original de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco -Ley Penal contra el lavado de activos-, describía como conducta típica que en los actos de lavado de activos, solo intervienen como autores, personas ajenas a los actos que generan el capital o los bienes ilegales, no habiendo previsto el legislador el autolavado a cargo del agente de comisión del delito

17 Artículo 3º (Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito).- El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

fuelle, que recién fue incorporado con la modificación dispuesta por el Decreto Legislativo novecientos ochenta y seis, del veintidós de julio de dos mil siete (...)

Por el contrario, el Recurso de Nulidad N° 1052-2012-Lima, del 15 de setiembre de 2013, emitido por la Sala Penal Permanente de ese momento histórico, en sus fundamentos jurídicos cuarto y quinto, establece que:

Cuarto (...) El tipo penal no exige que el autor reúna alguna cualidad especial, pues cualquiera puede ser responsable, aún el autor del delito previo que haya participado en los actos de movilización de los activos ilícitos generadores por su conducta delictiva previa -en tanto se trata de un delito autónomo propio con diferentes bienes jurídicos-, máxime si la ejecución de ese delito responde a la voluntad del autor de lavar las ganancias ilícitas obtenidas para disfrutar de los mismos. Por tanto, no existe ningún inconveniente en sancionarlo como autor del delito de lavado de activos y de ninguna manera se puede afirmar que se responsabiliza queda subsumida por el delito previo. Quinto.- Que la modificación del artículo seis de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, por el Decreto Legislativo número novecientos ochenta y seis, no vino a cambiar la Ley anterior para establecer la responsabilidad por el delito de lavado de activos del sujeto que realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino a precisar su participación como autor para evitar toda divergencia en ese asunto y mejorar la Ley previa, en tanto en cuenta la primera norma nunca excluyó su responsabilidad -véase el cuarto fundamento jurídico-¹⁸.

Por lo que, desarrollaremos a continuación una serie de argumentos que permitirán abonar legitimidad a esta última posición judicial.

Debemos afirmar que, en el Derecho Penal, la dación de una disposición penal no siempre es configurativa de un evento delictivo, sino que existen normas “aclarativas”, “definitorias” y “declarativas”, en las que simplemente se reconocen de manera expresa el tratamiento de una determinada institución, la que preexiste a pesar de que no se encuentre prevista en la legislación penal, por ser sobreentendida su existencia en la

18 Conviene indicar que este último criterio ha sido afianzado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a través del Recurso de Nulidad N° 1881-2014, del 30 de setiembre de 2015, donde se sostiene que: “con anterioridad al Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007, ya se podía sancionar al autolavador”. No obstante, aún no contamos con una casación o sentencia plenaria casatoria, que por su fuerza vinculante, zanje el debate respecto a este tópico, lo que exigiría una mayor argumentación por parte de cualquier Juzgado o Sala para cambiar criterio del precedente vinculante.

aplicación de las reglas y conceptos de la Parte General del Derecho Penal -teoría del delito- y de las teorías de interpretación de la norma penal.

En esa línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, del 11 de octubre de 2017, han precisado que el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106 (norma penal que, actualmente, regula las figuras de la autonomía del blanqueo de capitales -párrafo primero- y el autoblanqueo -último párrafo-), “es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento, esto es, una advertencia legal dirigida al Juez para que gestione mejor y resuelva los casos que llegue a conocer por delitos de lavado de activos, respetando tal ”Cuarto (...) El tipo penal no exige que el autor reúna alguna cualidad especial, pues cualquiera puede ser responsable, aún el autor del delito previo que haya participado en los actos de movilización de los activos ilícitos generadores por su conducta delictiva previa -en tanto se trata de un delito autónomo propio con diferentes bienes jurídicos-, máxime si la ejecución de ese delito responde a la voluntad del autor de lavar las ganancias ilícitas obtenidas para disfrutar de los mismos. Por tanto, no existe ningún inconveniente en sancionarlo como autor del delito de lavado de activos y de ninguna manera se puede afirmar que se responsabilidad queda subsumida por el delito previo. Quinto.- Que la modificación del artículo seis de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, por el Decreto Legislativo número novecientos ochenta y seis, no vino a cambiar la Ley anterior para establecer la responsabilidad por el delito de lavado de activos del sujeto que realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino a precisar su participación como autor para evitar toda divergencia en ese asunto y mejorar la Ley previa, en tanto en cuenta la primera norma nunca excluyó su responsabilidad -véase el cuarto fundamento jurídico”¹⁹. autonomía”²⁰; pudiéndose aplicar el mismo razonamiento a la norma contenida en el artículo 6, último párrafo, (con su

19 Conviene indicar que este último criterio ha sido afianzado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a través del Recurso de Nulidad N° 1881-2014, del 30 de setiembre de 2015, donde se sostiene que: “con anterioridad al Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007, ya se podía sancionar al autolavador”. No obstante, aún no contamos con una casación o sentencia plenaria casatoria, que por su fuerza vinculante, zanje el debate respecto a este tópico, lo que exigiría una mayor argumentación por parte de cualquier Juzgado o Sala para cambiar criterio del precedente vinculante.

20 Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, considerando jurídico N° 10, expedida por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, el 11 de octubre de 2017.

modificación, a través del Decreto Legislativo 986) de la Ley N° 27765, del 26 de junio de 2002, que contempló la figura del autoblanqueo.

Resulta conveniente indicar que, si bien un sector de la doctrina nacional entiende que la aplicación del Decreto Legislativo N° 986 a hechos anteriores a su vigencia sólo manifiesta una vulneración al principio de irretroactividad de la ley penal²¹, apreciamos con mayor plausibilidad la posición doctrinal que asume que “la represión del autolavado de activos en el Perú (...) no ha sido una creación legal instaurada por el legislador peruano mediante la emisión del Decreto Legislativo N° 986, del 22 de julio de 2007; ésta solo se ha limitado a explicitar que un hecho concreto (el autolavado) carecía de exoneración de responsabilidad antes de la reforma; por ello, tanto antes como después del 2007, quien hubiere cometido el delito fuente podría ser calificado como interviniente en el ulterior lavado²², posición teórica sustentada, esencialmente, en entender la naturaleza autónoma material del delito de blanqueo de capitales y de descartar una posible aplicación irretroactiva desfavorable de la norma penal, toda vez que, no ha existido en nuestra legislación penal interna, una disposición penal de exención de responsabilidad penal al autoblanqueador.

Bajo ese derrotero, tras realizar una revisión histórica legislativa del delito de blanqueo de capitales y, por tanto, de la modalidad comisiva del “autoblanqueo”, comenzando con su incorporación al Código Penal de 1991, pasando por su primer instrumento legal especializado, la Ley N° 27765; deteniéndose en la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 986, de fecha 22 de julio de 2007, donde en su artículo 6, último párrafo, reconoce expresamente que: “También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”, consideramos que

21 CARO JHON, José Antonio. “Impunidad del ‘autolavado’ en el ámbito del delito de lavado de activos”. En: Dogmática Penal aplicada. Ara. Lima, 2010, p. 202. ROY FREYRE considera que: “es desacertada la insistencia en mantener en la nueva norma, de manera tácita o sobreentendida, la declaración acerca de que en nuestro ordenamiento jurídico se puede castigar el delito conocido aquí como autolavado de activos (...), no obstante la carencia del correspondiente tipo penal exigido por el artículo 2, inciso 24, literal a), de la Constitución Política (principio de legalidad)”. En: ROY FREYRE, Luis E. “Seis errores para lavar con urgencia. Decretos Legislativos N°s. 1106 y 1249”. En: El delito de lavado de activos. AA.VV. Gaceta Jurídica. Lima, 2018, p. 46.

22 MENDOZA LLAMACPONCCA. Fidel. El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 421.

esta disposición penal resulta meramente declarativa o enunciativa, más no constitutiva, de la posibilidad de sancionar el autoblanqueo de capitales.

Conclusiones

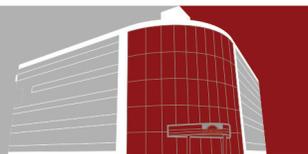
La teoría del hecho copenado no resulta de aplicación a la modalidad delictiva de autoblanqueo de capitales, debido a que, a través de la criminalización de este comportamiento se busca proteger, principalmente, el bien jurídico “orden socioeconómico”; mientras que, el reproche y sanción penal por la comisión de los injustos penales generadores de capitales objeto de blanqueo se da en virtud de la vulneración de bienes jurídicos distintos, tales como la Salud Pública, la Administración Pública, la Fe Pública, etc.

Los hechos de autoblanqueo de capitales deben ser perseguidos, procesados y sancionados desde el 08 de noviembre de 1991, en virtud del Decreto Legislativo N° 736, (cuando los activos provengan del delito de tráfico ilícito de drogas), toda vez que esta modalidad delictiva del blanqueo ha existido en la legislación penal peruana desde la dación de la primera norma penal antiblanqueo; siendo que, el precepto incorporado por el Decreto Legislativo N° 986 a la Ley N° 27765, sólo es una norma aclarativa más no constitutiva de esta figura criminal.

Referências

- BACIGALUPO, E. **Derecho penal**. Parte general. Lima. Ara editores, 2004.
- BAJO, M. y BACIGALUPO, S. **Derecho Penal Económico**. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, 2001.
- BLANCO CORDERO, I. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra, 3º edición. Navarra, Aranzadi, 2012.
- CALLEGARI, A. L. **Lavado de Activos**. Lima. Ara editores, 2009.
- CARO JHON, J. A. (2010) “Impunidad del ‘autolavado’ en el ámbito del delito de lavado de activos”. En: **Dogmática Penal aplicada**. Lima: Ara editores, 2010.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, F. **El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo**. Lima. Instituto Pacífico, 2007.
- PARIONA ARANA, R. **Derecho Penal**. Consideraciones dogmáticas y político-criminales. Lima. Instituto Pacífico, 2014.

ROY FREYRE, L. E. “Seis errores para lavar con urgencia. Decretos Legislativos n.ºs. 1106 y 1249”. En: **El delito de lavado de activos**. AA.VV. Lima. Gaceta Jurídica, 2018.



O instituto da prescrição sob a ótica das ações de ressarcimento ao erário

The prescription institute under the opinion of eriation

El instituto de prescripción desde la perspectiva de las acciones de reembolso al tesoro

Géssica Hellen Gomes Fernandes¹

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo central analisar a interpretação do Artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, foi realizado um extensivo levantamento bibliográfico pautado em descortinar as principais teses que sustentam as correntes doutrinárias divergentes ao alcance do instituto da prescrição na pretensão de ressarcimento ao erário. Sob esse contexto, emerge um aparente conflito entre dois princípios constitucionais, quais sejam, a segurança jurídica e a supremacia do interesse público. A dinâmica da capitulação do artigo desenvolve-se numa análise principiológica da Administração Pública, um estudo sistematizado do instituto da prescrição e seus desdobramentos no ordenamento jurídico, bem como o entendimento pacificado pela Suprema Corte Constitucional acerca da temática.

Palavras-chave: *Administração Pública; Improbidade Administrativa; Prescrição; Segurança Jurídica; Supremacia do Interesse Público.*

¹ Graduada em Direito pelo Centro Luterano de Palmas (Ceulp/Ulbra). E-mail: gessicahfernandes13@gmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/3619342264141079> Orcid n.º 0000-0001-5755-35010000-0001-5755-3501.

ABSTRACT

This research aims to analyze the interpretation of Article 37, § 5º, of the Federal Constitution, from the perspective of the Law of Administrative Misconduct. In this sense, an extensive bibliographic survey was conducted based on the main theses that support the divergent doctrinal currents within reach of the prescription institute in the claim for compensation to the purse. In this context, an apparent conflict emerges between two Constitutional Principles, namely, legal certainty and the supremacy of the public interest. The capitulation dynamics of the article develops in a principle analysis of the Public Administration, a systematized study of the prescription institute and its developments in the legal system, as well as the understanding pacified by the Supreme Constitutional Court on the subject.

Keywords: *Public administration; Administrative dishonesty, Prescription; Legal security; Public Interest Supremacy.*

Introdução

O poder de império do Estado, exercido pelos três poderes constitucionalmente institucionalizados, no exercício de suas funções tornam evidente a necessidade de tutelar a estrutura pública em sua ampla extensão, efetivando as premissas republicanas e democráticas. O eixo central desta pesquisa tem como pressuposto a análise da aplicabilidade da prescrição nas ações de ressarcimento ao erário decorrentes de Improbidade Administrativa, que se interliga com a tutela dos interesses públicos. Visto que as atividades estatais têm como finalidade precípua atender os interesses e clamores da coletividade, prestando serviços públicos de forma eficiente e precípua, trata-se de uma contraprestação tributária, nesse limiar o desenvolvimento deste estudo científico clareia a conectividade entre Estado e sociedade, mais especificamente na relação entre Administração e seus administrados, correlacionado com as premissas dos direitos individuais frente aos coletivos, tal qual como se lança o instituto da prescrição e sua eventual aplicabilidade na ação de ressarcimento ao erário, bem ainda as teses que contornam o tema suscitado.

Sob os aspectos mencionados, a Improbidade Administrativa é uma das causas que promovem o enfraquecimento das relações institucionais, diante dos dos desfalques e desvios nas contas públicas e de modo geral os frequentes escândalos de corrupção que assolam o Brasil. Nesta premissa, o vocábulo improbidade é o termo técnico que designa corrupção administrativa, prática de condutas em

desacordo com a moral, ética e retidão de caráter, resultando na transgressão das premissas básicas do Estado democrático de Direito. A Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º, com eficácia limitada, disciplina a improbidade administrativa, matéria que veio a ser regulamentada posteriormente em 1992 por lei específica, com a promulgação da Lei nº 8.429/1992, que tem a finalidade de normatizar o alcance das condutas ímprobas, bem como fixar sanções e prazos prescricionais para o ajuizamento das ações de improbidade, instrumentalizando a tutela da coisa pública.

A regular eficácia da Lei de Improbidade deve obedecer ao contido no ordenamento jurídico pátrio, que exige o cumprimento de alguns requisitos para a imposição das espécies sancionatórias, tendo estas como requisito primário a prática de condutas lesivas ao patrimônio público que importam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou atos infringentes aos Princípios da Administração e o cometimento das condutas de forma alternativa ou cumulada que implicam responsabilidades na extensão dos danos e prejuízos causados, como a indisponibilidade de bens, perda da função pública, suspensão de direitos políticos e ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

Por opção do constituinte originário, é imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário, afastando-o da regra geral da incidência de prazo prescricional aplicável às demais espécies sancionatórias previstas na Lei nº 8.429/1992, o que per si constitui fato gerador de controvérsias na interpretação normativa, formando-se duas correntes contrapostas: a primeira baseia-se na literalidade do dispositivo constitucional, realçando a imprescritibilidade escorada nos Princípios administrativos e na própria supremacia da Carta Magna, enquanto a segunda se opõe a esta exceção, sob fundamento de lesão ao princípio da segurança jurídica e conseqüente lesão aos direitos de ampla defesa e do contraditório.

O posicionamento da Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo reconheceu a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, portanto, uniformizou e pacificou o entendimento de que não há prazo estabelecido para o ressarcimento de prejuízos suportados pelo erário, desde que o agente público tenha agido dolosamente. A decisão foi proferida por maioria dos ministros da corte. O desenvolvimento deste projeto cristaliza a relevância da atuação harmônica e independente dos três poderes em suas diferentes funções que corroboram para atingir os interesses sociais. Nessa senda, o estudo realizado permeia-se pela

efetividade dos instrumentos normativos, mais exatamente a Lei de Improbidade que disciplina e pune as condutas imorais e ilegais que ameaçam e ferem a soberania estatal.

Os estudos sociológicos interligados com o ordenamento jurídico apresentam grande valia para a formação do profissional do Direito, o que consubstancia a relação entre a sociedade, Administração e Estado, que através do contrato social estipula bases de liberdade, bem-estar e segurança, portanto, são imprescindíveis à atuação dos agentes públicos na representatividade das atividades promovidas pelo Estado. Diante dos frequentes casos de corrupção e improbidade, faz-se necessário o estudo dos mecanismos jurídicos, a fim de compreender quais as divergências hermenêuticas provenientes do Artigo 37, § 5º, da Constituição Federal.

1 Uma análise principiológica na consecução da Administração Pública

Para compreensão da sistemática que rege a Administração Pública é elementar que se estabeleça sua conceituação, logo trata-se do agrupamento de atribuições funcionais, pautadas no desenvolvimento de ações que corroboram para a gestão e tutela da coisa pública, a fim de atender às necessidades de seus administrados, ou seja, são órgãos e instituições que possuem autonomia ampla para executar as atividades precipuamente no âmbito do Poder Executivo. O aparelhamento da administração Pública se subdivide em funções, órgãos e agentes encarregados de desempenhar as atividades essencialmente públicas, bem ainda nomina entes para que exerçam a função administrativa, em sentido objetivo, material ou funcional. Sob este contexto, a Administração instrumentaliza o planejamento do conjunto de ações e negócios públicos. Nesta plana, Di Pietro (2018, p.118) aborda a definição de administração pública sob duas vertentes:

Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se tripartite a atividade estatal: a função administrativa; em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe predominantemente, ao Poder Executivo.

Evidencia-se, para tanto, que a operacionalização da administração pública possibilita a progressão das atividades estatais de forma concentrada no Poder Executivo, estabelecendo critérios organizacionais que permitem a prestação de

serviços públicos. A partir da conceituação de administração pública, oportuno relacionar sua atuação com os princípios aplicáveis no âmbito do direito administrativo, todavia é pertinente a formulação da definição genérica do princípio jurídico, como sendo a base de consolidação de preceitos advindos da ciência jurídica, nas esferas normativa e doutrinária. Sob esse aspecto, posiciona-se Matheus Carvalho (2018, p. 60):

Os princípios devem ser encarados como normas gerais coercitivas que orientam a atuação do indivíduo, definindo valores a serem observados nas condutas por ele praticadas. De fato, os princípios encerram ideias centrais de um sistema e dão sentido lógico e harmonioso às demais normas que regulamentam o Direito Administrativo, possibilitando sua melhor organização. Por seu turno, os princípios de Direito Administrativo definem a organização e a forma de atuar do ente estatal, estabelecendo o sentido geral de sua atuação.

Oportuno frisar que a aplicação dos Princípios que regem a Administração Pública cumpre prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais que visam assegurar o bem-estar e a paz social da coletividade. Assim, os Princípios constituem fontes do Direito, corroborando para a normatização da vida em sociedade e em se tratando de Administração Pública, desenvolve papel crucial na consecução das atividades desempenhadas pela gestão. Além de nortear as diretrizes básicas e específicas da conduta do agente público. Indubitável avaliar o suporte que os princípios propiciam às relações jurídicas, instituindo balizas na interpretação e aplicabilidade dos mandamentos legais. Da mesma forma, as atividades administrativas são executadas sob fundamento de princípios específicos ao núcleo da administração pública.

Neste capítulo, será desenvolvida uma abordagem dos princípios da administração pública, com enfoque nos princípios da Moralidade, Probidade, Eficiência, Economicidade, Publicidade e Supremacia do Interesse Público. Importante mencionar que tais princípios possuem relação direta com o tema versado nesta pesquisa, nessa linha prosseguiremos com a análise dos citados princípios e suas especificidades.

1.1 Extensão do princípio da moralidade na estrutura da Administração Pública

As atividades que estão sob encargo da administração pública são instrumentalizadas pelos atos administrativos, observando-se critérios de

conveniência e oportunidade, e embora o gestor público em certas ocasiões acoberte-se por discricionariiedade, sua atuação funcional deve estar em paridade com os princípios jurídicos e comandos normativos. Dentre esses princípios regentes da administração pública, elucida-se o princípio da moralidade, o qual escora-se na percepção de que o agente público, sendo a representatividade da atividade estatal deve agir dentro dos limites da boa-fé, integridade e lealdade. Assim transcreve Pedro Lenza (2018, p. 1457):

A Administração Pública, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, deve agir com boa-fé, sinceridade, probidade, lhaneza, lealdade e ética. Importante notar que o controle da moralidade não se confunde com o mérito administrativo e, por isso, pode ser fundamento autônomo para invalidação de ato administrativo, por meio inclusive de ação popular.

Nesse prisma, a moral administrativa traduz ideais de segurança e confiabilidade na relação entre a administração pública e seus administrados. Sob essa lógica preleciona Matheus Carvalho: “a moralidade administrativa como norma estabelece a observância de padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício das funcionalidades públicas a fim de atender aos interesses coletivos” (CARVALHO, 2017, p.73).

O Princípio da Moralidade é a representatividade da ética no exercício das atividades da administração pública, podendo ainda ser definida como o parâmetro de condutas moralmente aceitáveis, que perfazem pilares de honradez e probidade, em simetria com prerrogativas, princípios jurídicos e legislações pertinentes à atividade da Administração pública. Nesse contexto, o conceito singular de moral per si não abrange o Princípio da Moralidade administrativa, tampouco reflete sua fiel aplicabilidade, que extravasa os limites de atuação dos agentes públicos, percorrendo a totalidade do funcionalismo do Estado e Administração. Nesse sentido, oportuno reproduzir a distinção estabelecida por Fernanda Marinela (2017, p. 85) entre Moral comum e Moral administrativa:

O princípio da moralidade não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.

O Princípio da Moralidade é reconhecido e incorporado ao ordenamento jurídico, visto que encontra previsão na Constituição Federal e em Leis infraconstitucionais. Muito embora sua validade normativa seja incontestável, duas correntes se contrapõem quanto a sua autonomia e independência principiológica. Conforme explana Maria Sylvia Di Pietro “Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade” (DI PIETRO, 2018, p.144).

Ao disciplinar a Administração Pública, o constituinte originário elencou princípios autônomos que respaldam os atos e funcionalismo administrativo em geral e ainda constituem paradigma de conduta para o agente público. Assim preceitua o Artigo 37 da Constituição Federal: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência” (BRASIL, 1988).

Nota-se que, a Carta Magna estabeleceu genericamente os Princípios Constitucionais Administrativos, noutra ponta ampliou o contorno de alcance de sua aplicabilidade, onde o dispositivo constitucional abrange a estrutura funcional administrativa como um todo unitário, compreendendo todas as esferas, cargos e agentes públicos. De outro lado, a inobservância do Princípio da Moralidade aduz responsabilização em âmbito cível, penal e administrativo, conglomerando agentes públicos e terceiros. Alguns mecanismos são empregados para promover a reparação de danos ao erário, a exemplo da Ação de Improbidade administrativa e da Ação Civil Pública. De tal modo escreve Alexandre de Moraes (2018, p.480):

A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura da ação civil pública por ato de improbidade, com base na lei nº 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao Patrimônio Público.

Em síntese, a moralidade administrativa não se relaciona tão somente com o cumprimento da legislação, é indubitável que a Administração, leia-se, seus agentes

públicos em suas esferas de atuação, desempenhem suas atividades embasados na moral e boa-fé, prevalecendo, assim, o interesse público sobre o privado. Assim lecionam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017, p. 278):

Para atuar em consonância com a moral administrativa, não basta ao agente cumprir formalmente a lei, aplicá-la em sua mera literalidade. É necessário que se atenda à letra e ao espírito da lei, que ao legal junte-se o ético (não mais se tolera a velha e distorcida ideia de que o agente público poderia dedicar-se a procurar “brechas” na lei, no intuito de burlar os controles incidentes sobre sua atuação, e dessa forma, promover os interesses espúrios). Por essa razão, é acertado asseverar que o princípio da Moralidade complementa, ou torna mais efetivo, materialmente, o Princípio da Legalidade.

Desta feita, expressamente previsto pela Lei maior, o Princípio da Moralidade instrumentaliza padrões éticos na tutela da res publica, condicionando o administrador público, os agentes públicos e políticos e ainda seus administrados ao cumprimento da moralidade no que se refere à máquina pública, não sendo suficiente o cumprimento da Lei, de forma isolada, sem observar os critérios de lealdade e ética.

1.2 Eficácia do princípio da legalidade no regime jurídico-administrativo

Previamente aos apontamentos relativos ao Princípio da Legalidade, lança-se a premissa de que a eficácia e a validade das relações jurídicas, em todos os ramos do direito, emergem da Legislação, revestidas de caráter cogente e imperativo que decorre de um processo legislativo que, por sua vez prescinde de um conjunto normativo. Logo, pode-se afirmar que a vontade da Lei é soberana, ao passo que regulamenta a estrutura estatal e, por conseguinte, a vida em sociedade. Sob esta ótica esclarece Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2018, p. 477):

Legislação, lato sensu, é modo de formação de normas jurídicas por meio de atos competentes. Esses atos são sancionadores no sentido de estabelecadores de normas soberanas (Veja a expressão: a lei foi sancionada pelo Presidente da República). Sendo a sanção um exercício de competência, a legislação é fonte de inúmeras normas que requerem procedimentos regulados por outras normas, que por sua vez, são produtos de atos competentes.

Sabe-se que a Lei é um dos mecanismos reguladores da vida em sociedade, é o que se pode classificar como regulador de condutas permissivas ou não permissivas. Por assim ser, fundamenta-se o Princípio da Legalidade que, em sua essência, representa o condão do sistema legal e normativo de um ordenamento

jurídico pátrio. Na Administração, o Princípio da Legalidade opera-se por via contrária da esfera dos interesses particulares, dessa forma, o administrador deve agir nos limites que a lei autoriza, contrariamente ao ramo dos interesses privados que circundam naquilo que não seja proibido por lei. Os atos administrativos, seguindo o Princípio da Legalidade, não são executados conforme a vontade do administrador, e sim em consonância com a Lei. Assim pontua Alexandre de Moraes:

O tradicional Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. (MORAES, 2018, p. 477).

Em âmbito administrativo, a Legislação é enquadrada como um dos pressupostos de maior relevo para a validação dos atos administrativos; assim sendo, a Lei opera no sentido de impor limites e critérios, estabelecer ressalvas ou acréscimos de conteúdo e em geral dita o percurso pelo qual a Administração Pública deve seguir, almejando alcançar o interesse público geral. De forma simplificada, a legislação é o espírito da Administração, que muito embora detenha autonomia funcional e independência, suas ações decorrem da Lei, e a esta deve obediência “É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da administração pública é a que decorre da lei” (DI PIETRO, 2018, p.132).

O Princípio da Legalidade reafirma a soberania legislativa em detrimento da atuação do gestor público, que deve ponderar suas atividades em concordância com os ditames legais em todas suas formas e espécies. Por assim se firmar, a legalidade representa o instrumento que limita a atuação do administrador, que goza de discricionariedade, todavia esta reflete a conveniência e oportunidade para os interesses e negócios da Administração e não de seu agente representante. Tal princípio parte do fundamento de que o administrador, bem como os agentes públicos, desempenhem suas funções respaldados na lei, tendo em mente ainda que os atos atentatórios à legislação ensejem vício, seja de forma ou matéria, passível de anulação. “A administração deve atuar segundo a lei e nunca contra ou além da lei.

Por esse motivo, os atos ilegais poderão ser invalidados de ofício, em verdadeiro exercício de autotutela administrativa, ou pelo Judiciário” (LENZA, 2018, p.1425).

O desenvolvimento das ações da Administração se materializa por meio dos atos administrativos, por conseguinte, estes devem estar em concordância com os mandamentos legais, ou seja, para que estes atos possam gozar de eficácia plena, o conteúdo e forma devem preencher as imposições da lei, todavia se estes atos ensejarem vícios de legalidades serão invalidados e resultantemente não produziram efeitos jurídicos. De igual modo escreve José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 212):

Firmadas as linhas que caracterizam a invalidação, podemos conceituá-la como sendo a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade. O pressuposto da invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade. Como já examinamos, o ato administrativo precisa observar seus requisitos de validade para que possa produzir normalmente os seus efeitos. Sem eles, o ato não poderá ter a eficácia desejada pelo administrador.

Veja, trata-se de uma relação simétrica e de mutualidade entre o Princípio da Legalidade e os atos administrativos, incumbe à Lei controlar e conduzir a execução das ações da Administração, sendo que estes somente surtem efeitos jurídicos se seguirem os dispositivos legais. Assim sendo, há uma subordinação da Administração Pública em detrimento do intento da legislação. Em outra análise, é determinante estabelecer a diferenciação entre o Princípio da Legalidade e o Princípio da Reserva Legal, tendo em conta que não se trata de nomenclaturas sinônimas, tampouco possuem funcionalidade idêntica. O Princípio da Legalidade em órbita administrativa aduz a subordinação da Administração às leis, ora limitando a imposição legislativa, ora aplicando o Princípio da Reserva Legal, consistente na obrigatoriedade de determinadas matérias serem regulamentadas exclusivamente por leis específicas. Como esclarece Fernanda Marinela (2017, p. 78):

Também não se pode confundir princípio da legalidade, que significa submissão à Constituição e às leis, com princípio da reserva de lei, que se limita à forma de regulamentação de determinadas matérias, para a qual a Constituição indica uma espécie normativa específica, por exemplo, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa é matéria reservada à lei complementar (art. 7º, I, da CF). Em resumo, reserva de lei significa preservar a matéria “x” a ser disciplinada pela espécie normativa “y”. Dizendo de outra forma, consiste na escolha da espécie normativa para uma determinada matéria.

Destarte, como se observa, o Princípio da Legalidade é o simbolismo da força da legislação no Estado democrático de Direito. Embora a administração pública detenha independência e autonomia funcional, sua atuação é subordinada aos mandamentos previstos em lei, a qual controla e sinaliza os limites de atuação governamental.

2. O instituto da prescrição e seus desdobramentos

2.1 Regras atinentes à prescrição dos efeitos jurídicos

Uma das bases que sustentam a eficácia do ordenamento jurídico de um Estado soberano é o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o qual estabelece que é direito subjetivo do titular de uma pretensão resistida propor ações perante o Poder Judiciário, que em sua atribuição precípua confere instrumentos que tutelam os interesses daqueles que o provocam, porém, como anteriormente mencionado, a lei confere prazos para propositura de cada demanda, conforme preceitua o mandamento nuclear da Prescrição. Por assim se firmar, a Prescrição define-se como um mecanismo de direito material que delimita prazos para ingresso de pretensões por via judicial, sendo classificada em duas espécies, a primeira diz respeito à Prescrição Aquisitiva, inerente à propriedade; por outro lado, a inércia do legitimado em propor a ação dentro do tempo previsto ocasiona a renúncia do Direito que lhe é atribuído. De tal modo posiciona-se Paulo Nader (2018, p. 561):

Com a prescrição, que é resultado da falta de exercício de um direito durante determinado lapso temporal, pode ocorrer tanto a perda de um direito real quanto a de um direito de ação. A primeira hipótese é de usucapião, denominada prescrição aquisitiva, uma vez que o tempo, como fato jurídico, atua com duplo efeito: para o antigo titular ocorre a perda do direito, derivada da inércia relativa aos poderes que o direito subjetivo lhe conferia.

O entendimento do autor está em conformidade com o Código Civil vigente, que dedicou um capítulo específico para tratar da Prescrição e Decadência, bem como cuidou em diferenciar os dois institutos, que embora possuam semelhança não se confundem, vez que a Decadência possui o condão de extinguir o próprio Direito, via contrária à finalidade da Prescrição, que exclui o Direito de ação frente ao lapso temporal. O legislador definiu critérios legais para desigualar qualquer homogenia na aplicação dos institutos. Adota ainda, em sua redação, a tese da Prescrição da Pretensão, retirando a possibilidade de discordância se a ação prescreveu ou não. Conforme discorre Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 568):

Para distinguir prescrição de decadência, o atual Código Civil optou por uma fórmula que espanca qualquer dúvida. Prazos de prescrição são, apenas, e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, nos arts. 205 (regra geral) e 206 (regras especiais), sendo de decadência todos os demais, estabelecidos como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial. Para evitar a discussão sobre se a ação prescreve ou não, adotou-se a tese da prescrição da pretensão, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo.

A sistemática que o diploma civil adotou para definir a Prescrição diz respeito à perda da pretensão de ajuizar um direito violado em detrimento da inércia dos legitimados, o que se faz presumir a renúncia do direito e por consequência a tutela deste, de modo a excluir a apreciação do Poder Judiciário, que dita o Direito no caso concreto. A perda da pretensão em razão do tempo impede o exercício da ação. Outro aspecto de acentuada relevância faz menção ao marco inicial do prazo prescricional, sendo que parte da doutrina defende o início da contagem a partir do surgimento da pretensão; em contrapartida, outra corrente aduz que o prazo se inicia com o conhecimento da violação do direito ou efetiva lesão. No entanto, cresce na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a adoção da teoria da *actio nata*, pela qual o prazo deve ter início a partir do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo” (TARTUCE, 2018, p.301).

Para que surjam os efeitos que incidem a Prescrição das ações, faz-se necessário o preenchimento de requisitos certos e determinados pela lei, conforme previsto no Artigo 189 do Código Civil, que dispõe acerca de pressupostos de validade da incidência do prazo prescricional. “São requisitos para ocorrência da prescrição os seguintes: a) a existência de uma pretensão por parte do titular do direito violado; b) a inércia do titular, caracterizada pelo não exercício da pretensão; c) o decurso do prazo extintivo estipulado em lei” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 28).

Quanto aos efeitos da Prescrição, o diploma civil estipulou situações que suspendem e impedem a aplicabilidade do instituto, variando conforme a circunstância fática. “O Código Civil agrupou as causas que suspendem e impedem a prescrição, as quais estão subordinadas à mesma unidade funcional, ou seja, as mesmas causas ora impedem, ora suspendem a prescrição, dependendo do momento em que surgem” (GONÇALVES, 2018, p. 399).

Desta feita, as causas suspensivas e impeditivas da Prescrição modulam os efeitos jurídicos na aplicabilidade do instituto. De modo que na incidência de

impedimento a contagem do prazo não se inicia, permanecendo inerte no decurso da causa. Por outro lado, a suspensão enseja no curso da contagem do prazo, de modo que incidentes propiciam a interrupção da contagem. De igual modo leciona Paulo Nader (2018, p. 570):

Impedimento e suspensão da prescrição não se confundem. São termos técnicos distintos, mas que produzem igual efeito direto. Quando há impedimento, a contagem do prazo não se inicia, permanecendo assim enquanto perdurar a causa. Ocorre a suspensão quando, no curso da contagem do tempo, surge a razão que impõe a paralisação da contagem. Uma vez cessada a causa, o tempo continuará fluindo, computando-se os dias anteriores à paralisação.

Diante das considerações explanadas sobre a sistematização das regras e efeitos atinentes à Prescrição, resta evidenciada a relevância do instituto no que tange à validação das demandas judiciais, cuja aplicação das regras prescricionais elencadas no Código Civil possui dupla efetividade, ao passo que constitui um importante instrumento que possibilita segurança às relações jurídicas, bem como preserva a ordem pública.

2.2 Aplicabilidade do instituto da prescrição à luz do regime jurídico administrativo

O aparelhamento da Administração Pública – leia-se seus órgãos, agentes, pessoas jurídicas – tem por finalidade precípua o gerenciamento das atividades administrativas, a fim de atingir o interesse público, por atuar em grande parte de seus atos e exprimir comandos advindo do Direito Público, cuja essência é o domínio do interesse público sobre o interesse individual. No entanto, no Regime Jurídico Administrativo aplicam-se tanto institutos do Direito Público quanto do Direito Privado, de modo híbrido, a exemplo da Prescrição, que embora deite suas raízes no Direito Civil, recai no Direito Administrativo com regras próprias. Por esta razão, a vontade da Administração fundamenta-se tanto em matérias públicas quanto privadas, que em dadas circunstâncias se emparelha ao particular, não exercendo sobre, este, normas atinentes a supremacia do interesse público, sem que afete o interesse público em suas decisões, pelos quais obrigatoriamente devem estar baseadas nos Princípios da Administração Pública, leis e, de forma geral, nos requisitos de validade dos Atos Administrativos. Conforme leciona Di Pietro (2018, p.129):

O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despede de determinados privilégios, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete a restrições concernentes a competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade.

Por conseguinte, observa-se a natureza híbrida do Regime Jurídico da Administração, que ostenta um regramento normativo, onde seus atos englobam instituições do Direito Público, ora do Direito Privado, a aplicar-se de acordo com a condição fática. Por este modo, arremata-se o entendimento de que em dados momentos a verticalidade, supremacia e cogência da Administração oscila frente ao interesse privado. “Fácil concluir que o regime jurídico adotado pela Administração não é formado apenas por normas de Direito Público, vez que nem sempre o interesse público se acha em posição vertical” (BORGES E ADRIEL, 2018, p.91).

Oportuno anotar o conceito da expressão regime jurídico da Administração Pública, no que se refere à alternância de regimes de normas de caráter público e regras atinentes ao regime privado. “A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode se submeter a Administração Pública” (DI PIETRO, 2018, p.129).

Por força do regime jurídico da Administração, aplicam-se certos institutos do Direito Civil tais como a Prescrição, ressalvados os limites e interesses inerentes à atividade administrativa, na tutela dos interesses públicos. Deste modo, a aplicabilidade das regras e efeitos prescricionais ocorre de forma diversa ao regramento disposto no diploma civil, em razão da posição de verticalidade que ocupa a Administração. Por assim determinar, a Prescrição é de suma relevância no que tange ao aspecto processual no âmbito do Direito Administrativo, vez que as ações que tutelam os interesses da Administração porventura violados não estão imunes às regras atinentes à Prescrição. Por assim determinar, pode-se mencionar a título de exemplo a “Ação de Improbidade Administrativa, cujos prazos prescricionais se encontram previstos no art. 23 da Lei 8.429/1992, alterado pela Lei 13.019/2014” (NEVES E OLIVEIRA, 2018, p. 147).

Nos moldes da aludida legislação, são estipulados os atos que caracterizam Improbidade Administrativa, sendo que “os prazos prescricionais para propositura da ação de improbidade administrativa variam de acordo com o sujeito ativo da improbidade, por assim ser, não há uniformidade de prazo para o ingresso da demanda” (OLIVEIRA, 2018, p.148).

Percebe-se que a legislação supramencionada, ao estipular prazos distintos para aplicação da Prescrição de acordo com os atos ímprobos praticados, atua em via contrária à normalidade das demais ações. Ordinariamente, as ações de legitimidade da Administração prescrevem em cinco anos, o que não ocorre na Ação de Improbidade Administrativa, visto que o prazo prescricional é variável de acordo com o agente ímprobo. De igual modo escrevem Neves e Oliveira (2018, p.148):

O ideal, a nosso sentir, seria a estipulação de prazo uniforme de prescrição para aplicação das respectivas sanções a todos aqueles que praticarem atos de improbidade administrativa, cabendo ao magistrado proceder à dosimetria das sanções no caso concreto. Normalmente, a legislação administrativa estabelece prazo prescricional de cinco anos para as pretensões que envolvam a Administração (exemplos: arts.173/174 do CTN; art. 21 da Lei 4.717/1965; Decreto 29.910/1932; art. 54 da Lei 9.784/1999, etc.) o que poderia ser adotado, de lege ferenda, para as ações de improbidade administrativa, independente do acusado.

Assim, considerando o instituto da Prescrição tal como se estabelece nas ações pertinentes à legitimidade ativa pela Administração limita-se às regras e prazos prescricionais e, por se tratar de interesse público, vertical e cogente, não se aplica tal como no Direito Civil, como citado a Ação de Improbidade Administrativa, um importante instrumento que confere a responsabilização, bem como a reparação dos danos suportados pela Administração, restando fixados pela Lei nº 8.429/1992 os prazos prescricionais que se modulam de acordo com o agente.

3. Os atos de improbidade administrativa e os reflexos prescricionais

A evolução da espécie humana percorre acontecimentos marcantes que permeiam a vida em sociedade, desde tempos remotos até os dias atuais, a iniciar-se com a necessidade de organizar-se em grupos, por meio dos quais desenvolveram-se métodos para a obtenção de interesses comuns. Nesse sentido surge o Estado

como entidade controladora que promove a regulamentação da vida em sociedade, em consonância com o poder estatal. Ao mesmo tempo, a corrupção desenvolve-se paulatinamente até que se chegue ao estágio contemporâneo. O ordenamento jurídico pátrio estabelece sanções e penalidades para os atos que importam em improbidade administrativa, ilícitos cíveis e penais.

A saber, o conceito de Improbidade administrativa diz respeito ao conjunto de ações que se caracterizam como atos ilícitos praticados por agentes públicos ou não, revestido de caráter doloso ou culposo, a atentar contra os órgãos públicos ou entidades a eles equiparadas, gerando enriquecimento ilícito, danos ao erário e ainda contrariando os Princípios da Administração. Por esta linha conceituam Neves e Oliveira (2018, p. 27):

Não obstante a dificuldade na conceituação de improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos Princípios que regem a Administração Pública.

Por esse aspecto, em decorrência de atos que acarretem danos ao erário, não exclui a aplicabilidade de sanções de natureza penal. A Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, estipula sanções, determinando ainda que a Legislação específica deverá delinear sua aplicabilidade e regramentos gerais, sem afetar a propositura da ação penal. “Um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um ilícito penal, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar” (DI PIETRO, 2018, p. 1106).

A Carta Magna, ao referenciar a aplicação de sanções penais diante de casos que envolvam puramente interesses administrativos, abriu a possibilidade da cumulação de responsabilidades em esferas distintas. Embasado neste comando, a prática dos atos considerados ímprobos resulta em responsabilidades em âmbito cível, penal e administrativo na extensão das condutas praticadas. Como pontua Alexandre Mazza (2018, p. 864):

Os agentes públicos podem praticar, no exercício das funções estatais, condutas violadoras do Direito, capazes de sujeitá-los à aplicação das mais diversas formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando a reparação do dano. Sendo praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade.

A cumulação de sanções em campos jurídicos diferentes justifica o latente empenho do Estado ratificado pela Constituição e leis esparsas em punir condutas lesivas ao Erário, fortalecendo os procedimentos administrativos, bem como a judicialização de atos que atentam contra o patrimônio público, Administração, ou órgãos estatais ou entidades de caráter público. Tal como estabelece a suprema carta, referenciando as condutas ímprobas de forma genérica, determinando ainda a elaboração de legislação específica destinada a regulamentar as condutas atentatórias ao Erário. A Lei nº 8.429/1992, em sua estrutura, define os atos que caracterizam improbidade, enriquecimento ilícito, danos ao Erário e, por fim, atos que atentam contra os Princípios atinentes à Administração. Conforme aduz Di Pietro (2018, p. 1101):

Note-se que essa lei definiu os atos de improbidade em três dispositivos: no artigo 9º, cuida dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; no artigo 10, trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e no artigo 11, indica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A legislação optou em subdividir os sujeitos que figuram nos polos da relação processual relativa às ações de Improbidade, de tal modo que “Sujeito passivo é a entidade que sofre as consequências do ato de improbidade administrativa. É a vítima da improbidade. O sujeito passivo do ato de improbidade será sujeito ativo da ação de improbidade” (MAZZA, 2018, p. 867).

Lado outro, classifica-se o sujeito ativo como “Pessoa física ou jurídica que comete atos de improbidade administrativa tipificados no ordenamento jurídico, o ímprobo figura no polo ativo no direito material, tornando-se réu na ação de improbidade.” (NEVES E OLIVEIRA, 2018, p. 66).

Outro elemento caracterizador da Improbidade Administrativa é a eminência de conduta danosa. Nesse sentido, a redação da Lei de Improbidade elenca um rol exemplificativo dos atos que importam em improbidade, a mencionar enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário, violação de Princípios Administrativos. Trata-se de um rol exemplificativo, a citar a alteração feita pela Lei Complementar 157, que inseriu a concessão ou aplicação indevida de benefícios financeiro ou tributário. “Embora a lei, nos três dispositivos da redação original, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa” (DI PIETRO, 2018, p. 1116).

E por fim a Lei estabelece de forma sucinta o elemento subjetivo, fazendo menção apenas ao intento deliberado do agente em aferir vantagens indevidas à custa do Estado ao praticar os atos consideravelmente ímprobos de maneira culposa ou dolosa, sendo que a presença de um destes elementos na conduta do agente é decisiva na imputação das sanções que se modulam conforme o intento do causador de danos em produzir ou não o resultado. Considerando que a premissa nuclear da Lei nº 8.429/1992 é punir as condutas danosas suportadas pelo Erário, bem como responsabilizar os agentes ímprobos, o diploma legal fixou sanções, seguindo o mandamento da Lei Maior. “Pelo artigo 37, § 4º, da Constituição, os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário” (DI PIETRO, 2018, p. 1120).

Recapitulando, a instauração de processo judicial para apurar condutas de Improbidade e eventual aplicação de sanção administrativa, bem como decisões atinentes ao processo, não vinculam e tampouco limitam a atuação de outras esferas de responsabilidade, tendo em vista a autonomia funcional destas. Logo, é plenamente válido o mesmo agente cumular sanções de natureza distinta. Conforme explana Alexandre Mazza (2018, p. 864):

Como a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa ocorre em processo judicial autônomo em relação às demais esferas de responsabilização, a doutrina arma que a apuração do ato de improbidade independe do resultado nos processos civil, penal e administrativo. Isso porque, em regra, as diferentes instâncias punitivas são independentes entre si, de modo que o resultado em uma independe das demais.

Deste modo, as sanções de natureza administrativa estão elencadas no art. 12 da Lei 8.429/92, prevendo outras hipóteses de responsabilização além das estabelecidas pela Constituição de forma genérica. Nesse sentido, a legislação infraconstitucional acrescenta as possibilidades de ressarcir o erário. Segundo entendimento expresso por Alexandre Mazza (2018, p. 878):

Sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica a, está o responsável pelo ato de improbidade que causa lesão ao erário sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato (art. 12, II, da LIA): a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de cinco a

oito anos; e) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Nota-se que a intenção do legislador consistia em ampliar as formas de responsabilizar os agentes que incorrem em Improbidade, de modo a ratificar o posicionamento constitucional no que tange à validade de cumulação de responsabilidades em esferas diferentes em face da mesma conduta, ora ímproba. Noutro ponto arremata, estendendo a possibilidade de responder por tais sanções de forma isolada ou cumulativa. Sob outro prisma, cumprindo as premissas elementares do instituto, por assim conceber a Lei de Improbidade, fixa prazos prescricionais que limitam o exercício da pretensão em juízo cuja legitimidade passiva incumbe ao erário. A aludida legislação define prazos distintos para cada conduta e agente. Conforme previsto no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992), que disciplina:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Evidencia-se que a lei empregou prazos prescricionais distintos em razão da condição do agente causador de danos, a exemplo do cargo do agente com vínculo temporário e/ou precário, sendo que estes não gozam de vínculo funcional administrativo, assim como os cargos comissionados e os de livre nomeação ou exoneração, classificado pela doutrina como *ad nutum*. Assim expressam Neves e Oliveira (2018, p. 147):

Verifica-se que a referida norma estabelece nos incisos I e II prazos distintos em razão da qualidade do responsável pela prática do ato de improbidade. De um lado, o inciso I do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa fixa o prazo de cinco anos de prescrição para aplicação das sanções de improbidade em face de agentes públicos que possuem vínculos temporários

e/ou precários com o Poder Público, a saber: agentes que exercem mandato, os ocupantes de cargos comissionados e os nomeados para funções de confiança.

A Lei de Improbidade tratou da diferenciação de prazos prescricionais em razão do vínculo administrativo, sendo a habitualidade funcional critério determinante para a variação de prazos para as ações. Desta feita, se o vínculo é temporário e não estável, a Prescrição ocorre em cinco anos; quanto ao vínculo permanente, a Lei não estabeleceu prazo, deixando a cargo de leis específicas. Sob esse ponto, escrevem Borges e Sá (2018, p.860):

Se o vínculo é precário (como é caso dos comissionados, detentores de mandato eletivo e agentes temporários), a LIA foi expressa ao estabelecer o prazo de cinco anos para a ação ser levada a efeito, a contar do término do exercício do cargo ou mandato. Por sua vez, para vínculos permanentes (cargos ou empregos efetivos), a LIA não estabeleceu o prazo, remetendo às legislações específicas, sendo o prazo de prescrição, na espécie, igual àquele previsto para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

A legislação infraconstitucional, ao estabelecer prazos para a propositura de Ações de Improbidade Administrativa, viabiliza a segurança jurídica, ainda que o polo passivo da demanda seja o Estado, que comumente se encontra em posição vertical aos interesses particulares, todavia em consonância com a determinação da Magna Carta que em seu Art. 37, § 5º, impôs a imprescritibilidade da Ação de Improbidade nos casos de prejuízo ao erário, não alcançando as demais espécies de atos ímprobos. Coincidente a colocação de Alexandre Mazza (2018, p. 890):

Entretanto, em atenção ao disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, na hipótese de o ato causar prejuízo ao erário, a ação de improbidade administrativa é imprescritível para fins exclusivos de aplicação da pena de ressarcimento (quanto às demais penas, prescreve normalmente). Enuncia a citada norma: “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

O dispositivo Constitucional é incisivo ao determinar que as Ações de Improbidade Administrativa referentes aos atos praticados em prejuízo ao Erário não se enquadram nos prazos fixados para as demais condutas que ferem a Probidade Administrativa, os Princípios da Administração, ou ainda os entes da Administração direta e indireta. Nessa linha posiciona-se Alexandre Mazza (2018, p. 891):

A tese da imprescritibilidade da ação de improbidade administrativa, no que tange ao ressarcimento dos danos causados ao erário, encontra resistência em setores da doutrina. Alguns autores argumentam que ações imprescritíveis violam o princípio da segurança jurídica e causam instabilidade social. Porém, em concursos públicos, é mais seguro adotar o entendimento favorável à imprescritibilidade, nos termos do art. 37, § 5º, da CF, e na esteira do posicionamento da 2ª Turma do STJ.

O regular exercício das atividades estatais deve estar alicerçado no Princípio da Moralidade Administrativa, cuja essência se relaciona diretamente aos Atos de Improbidade. Diante de atos lesivos ao Patrimônio Público, o legislador constituinte delimitou a imprescritibilidade das Ações de Improbidade referentes aos prejuízos ao Erário. Por força disso, surgem divergências quanto ao alcance dos prazos prescricionais, vez que o Art. 37, § 5º, não prevê a imprescritibilidade das demais modalidades de atos lesivos.

Sob esta lógica, a regra é a aplicação da Prescrição, todavia, por força de mandamento Constitucional, os atos de Improbidade que resultarem em prejuízos ao erário não prescrevem, restando assim demonstrado a aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público. Oportuna a colocação de José Afonso da Silva (2017,p.673):

Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.

Evidencia-se que o Erário não suportara o ônus das ações danosas que atentam contra seu patrimônio, estrutura e autonomia, restando estabelecido que as regras atinentes não se aplicam à responsabilização de agentes que em seus atos causem danos ao Erário, de modo a resguardar o interesse público. Sendo assim, resta evidente que não incumbe à Administração arcar com ônus dos atos lesivos contra sua própria estrutura e orçamento, por conseguinte, torna-se a avaliar o cabimento da prescrição nas ações de ressarcimento ao erário.

O emprego da imprescritibilidade nas Ações de Ressarcimento ao Erário é personificação da Verticalidade da Administração frente a seus administrados. A Constituição, ao determinar as condutas que ocasionam prejuízos ao erário, resguardou a Moralidade e Supremacia do Interesse Público, tendo em vista que

a propositura da Ação de Improbidade se escora no decurso do tempo, podendo ser propostas a qualquer tempo, em conformidade com o intento e interesse dos legitimados passivos elencados na Lei de Improbidade. Arremata Decomain (2014, p. 475):

A imprescritibilidade é uma garantia da coletividade ao ressarcimento do que lhe foi subtraído pelo ilícito de quantos, violando princípios constitucionais, inclusive e particularmente o dever de lealdade para com as instituições, causaram danos à entidade gerida, dano esse que, em última análise, é dano de todos.

Diante dos prejuízos ao erário, a Ação de Improbidade é uma alternativa processual à reparação de danos, bem ainda atua como mecanismo de combate à corrupção, lado outro, a imprescritibilidade fomentada pela redação constitucional levanta divergência no campo acadêmico-jurídico. Enquanto uma corrente defende a prescritibilidade em razão da segurança jurídica, uma segunda corrente entende que o interesse público é supremo em relação ao privado e, por força disso, o erário possui o condão de pleitear os prejuízos por ele suportados. Nesse entendimento escreve Coêlho (2015, p. 89):

A noção de prescrição, portanto, foi erigida para satisfazer o princípio da segurança jurídica. Assim, não persiste indefinidamente no meio social a prerrogativa que possui o detentor de determinada pretensão, tranquilizando a sociedade, em face da estabilização das relações entre os indivíduos.

É cediço o grande valor do instituto da prescrição tendo como cerne propiciar estabilidade para as relações jurídicas. Dessa forma, o tempo é um elemento decisivo na modulação de expectativas de direitos, de modo a implicar no conjunto probatório e, por conseguinte, na decisão jurisdicional mais justa. Representa a ordem social estabelecida por meio do ordenamento jurídico. Cumpre destacar o fundamento primordial da prescrição, qual seja, promover segurança para os negócios e relações jurídicas, consistindo em bem geral para a ordem e a justiça. “É que a matéria envolve a paz social, não podendo ficar entregue ao livre jogo de conveniência das partes. Desde que a convenção entre os interessados não frustre os objetivos de harmonia nas relações interindividuais” (NADER, 2018, p. 564).

Em suma, para que a fiel aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa goze de todos os requisitos legais para sua validade, a conduta do agente causador de danos deve ensejar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, ou ainda atentar contra os Princípios regentes da Administração. Nessa conjuntura,

a prática de uma dessas condutas de forma isolada ou cumulativa implicará nas sanções previstas limitadamente na Constituição Federal e de forma específica na Lei nº 8.429/1992. Nesse limiar, o legislador constituinte originário optou por ressaltar a ação de ressarcimento ao erário das regras e prazos prescricionais, logo trata-se da única espécie de sanção em que a possibilidade de demandar em juízo se perdura pelo transcurso do tempo.

Conclusão

Por opção do constituinte originário, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, por conseguinte é uma exceção à regra da Prescrição que incide sob as demais sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, o que, per si, constitui fato gerador das divergências de interpretação normativa, que se contrasta com os Princípios da segurança jurídica e supremacia do interesse público. A execução da presente pesquisa consistiu em analisar as variações de interpretação da ressalva à aplicabilidade da prescrição contida no artigo 37, § 4º, tendo como ponto de partida as contraposições das duas correntes doutrinárias que lançam seus argumentos a favor e contra a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Nessa senda, a consecução do projeto inclinou-se para a obtenção dos resultados que justificam as divergências hermenêuticas das correntes, à luz do recente entendimento do STF.

As investigações científicas suscitadas neste estudo fornecem subsídios e elementos jurídicos aptos a contribuir para a formação de conhecimento do público leitor, pois o tema ora discutido é de interesse da comunidade em geral, por se tratar da tutela do Estado e a destinação de seus recursos e patrimônio, bem ainda breves apontamentos acerca das sanções estabelecidas na LIA. Sob o prisma das duas vertentes de interpretação do dispositivo constitucional citado, observa-se que a primeira reconhece o intento do legislador constituinte originário em afastar a prescrição para esta modalidade de sanção administrativa, como legítimo e válido, e a segunda se contrapõe à incidência da imprescritibilidade, tendo como fundamento o Princípio da Segurança jurídica.

Ao término do projeto, resta patente os resultados e discussões obtidos, ao explanar os princípios constitucionais que regem a estrutura da Administração Pública, bem ainda o impacto da violação destes para o institucionalismo público, a relevância do instituto da prescrição na militância da estabilização das relações

jurídicas e ainda a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento de combate à impunidade e à corrupção.

Nesse diapasão, concluímos pela consolidação da tese da imprescritibilidade conforme previsão da carta da república e ratificada pela Suprema corte de Justiça, logo os objetivos traçados neste estudo logram êxito no sentido de debater os pontos principais das duas correntes, resultando na adoção de uma delas.

Os resultados foram alcançados por meio de um extensivo levantamento bibliográfico de obras clássicas do Direito Administrativo e Constitucional, de autoria de valorosos doutrinadores do ordenamento pátrio, como Maria Sylvia Di Pietro, Celso Bandeira de Mello, Alexandre Mazza, Fernanda Marinela, Odete Medauar, dentre outros. Outro recurso fundamental empregado na busca dos resultados corresponde a uma análise minuciosa do entendimento da Suprema Corte no julgamento do Recurso Extraordinário 872.475/SP com alusão ao Acórdão proferido no julgado, com os pontos principais dos votos de alguns ministros que compõem a corte.

Diante do exposto, é possível concluir o alcance do objetivo traçado, qual seja, analisar as divergências de interpretação do art. 37, § 5º, da Carta Magna, quanto ao cabimento do instituto da prescrição. Sendo apontadas as correntes que divergem, suas teses de defesas e ainda o entendimento pacificado pelo STF, que possibilitou a fixação da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, de modo a impedir quaisquer hipóteses de entendimento contrário.

Referências

ALEXANDRINO, M. & VICENTE, Paulo. **Direito administrativo descomplicado** I. 25. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BORGES, C. & SÁ, Adriel. **Manual de direito administrativo facilitado**. 2. ed. rev, ampl. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. rev, ampl. e atual- São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 de abr de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 872.475**. Plenário. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Sessão de 08 de agosto de 2018. Diário Oficial União. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4670950&numeroProcesso=852475&classeProcesso=RE&numeroTema=897>. > Acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 852.475**. São Paulo. Relator: Ministro Teori Zavascki. [Sessão de 19/05/2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950)> Acesso em 03 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e das outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 20 de abr de 2019.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARVALHO, M. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COELHO, M, V, F. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DA SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DECOMAIN, P, R. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2014.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

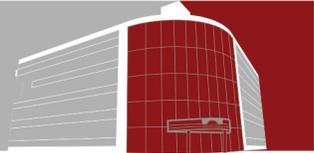
FERRAZ JÚNIOR, T S. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, C, R. **Direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JÚNIOR, H, T. **Prescrição e decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- MARCELO, A; VICENTE, P. **Direito constitucional descomplicado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MARINELA, F. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MEDAUAR, O. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, H, L. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MONTENEGRO FILHO, M. **Direito processual civil**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MONTESQUIEU, C, L. **Do Espírito das Leis**. In: Coleção Os Pensadores - Montesquieu. São Paulo, Abril Cultural, 1973.
- MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- NADER, P. **Curso de direito civil**. Volume 1: parte geral. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NEVES, D. A. A. & OLIVEIRA, R. C. R. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VENOSA, S, S. **Direito civil**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



Os novos litígios climáticos (e o discurso dos Direitos Humanos)

The new climate disputes (and the Human Rights discourse)

Las nuevas disputas climáticas (y el discurso de los Derechos Humanos)

Rute Saraiva¹

RESUMO

O impacto das alterações climáticas no ambiente e no ser humano põe em causa um vasto leque de direitos fundamentais protegidos tanto nacional como internacionalmente. A litigância climática é mais um instrumento para forçar a acção climática e a reparação de danos. Nos últimos tempos, observa-se uma tendência para acrescentar uma narrativa climática de violação de Direitos Humanos. Neste artigo procura-se, assim, explorar as vantagens e desvantagens desta abordagem e analisar a jurisprudência mais significativa nesta matéria para reflectir se este é o melhor caminho.

Palavras-Chaves: *Litigância, alterações climáticas, Direitos Humanos.*

ABSTRACT

The impact of climate change on the environment and on human beings threatens a wide range of fundamental rights protected both nationally and internationally. Climate litigation is just another tool to force climate action and repair damage. In

¹ Doutorado, Mestrado e Licenciatura em Direito. Professora Auxiliar da Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito. [http:// orcid.org/0000-0002-8603-0600](http://orcid.org/0000-0002-8603-0600). Email: rutesaraiva@fd.ulisboa.pt.

recent times, there has been a tendency to add a climate narrative of human rights violations. The aim of this article is to explore the advantages and disadvantages of this approach and to analyze the most significant jurisprudence in this matter in order to reflect if this is the best way.

Keywords: *Litigation, climate change, human rights.*

RESUMEN

El impacto del cambio climático sobre el medio ambiente y los seres humanos pone en cuestión una amplia gama de derechos fundamentales protegidos tanto a nivel nacional como internacional. Los litigios climáticos son otro instrumento más para forzar la acción climática y reparar a los daños. En los últimos tiempos, ha habido una tendencia a agregar una narrativa climática de las violaciones de los derechos humanos. Por lo tanto, este artículo busca explorar las ventajas y desventajas de este enfoque y analizar la jurisprudencia más importante en esta área para reflejar si esta es la mejor opción a ser elegida.

Palabras clave: *Litigios, cambio climático, derechos humanos.*

Considerações iniciais²

O embate dramático do sobreaquecimento do planeta e das Alterações Climáticas (AC) no macrobem ambiente e na esfera humana individual põe em causa, do ponto de vista antropocêntrico, um vasto leque de direitos protegidos tanto nacional como internacionalmente. Por exemplo, a subida do nível do mar obriga ao abandono das casas e das terras férteis; a seca ou as inundações devastam a agricultura e o acesso a víveres e a água potável; o calor propicia a propagação de doenças; e a carência de meios de subsistência e a migração forçada potenciam conflitos armados e ataques xenófobos. Correm, deste modo, risco o direito à vida e à saúde, à integridade física, à identidade cultural, em particular dos indígenas, à alimentação, à água, à habitação, à propriedade, à vida privada e familiar, entre outros.

Apesar do carácter aleatório dos impactos em termos geográficos, prevê-se que sejam as populações mais carenciadas e menos protegidas a sofrer as

² Este artigo tem por base, em parte, a tese de doutoramento intitulada “A Herança de Quioto em Clima de Incerteza: Análise Jurídico-Económica do Mercado de Emissões num Quadro de Desenvolvimento Sustentado” de autoria de Rute Saraiva (2009), defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2007.

consequências do aquecimento global, num processo causal e de reforço mútuo (ICHR, 2008). Se por um lado a sua vulnerabilidade as expõe mais aos efeitos nefastos, por outro, a sua necessidade de crescimento económico e de satisfação das necessidades básicas, empurra-as e confere-lhes uma maior tolerância para condutas mais poluentes, na linha da curva de Kuznets ambiental e de uma responsabilidade comum mas diferenciada. Realmente, não apenas as populações mais frágeis têm, em regra, menos informação e capacidade de lidar e de se adaptar às AC, como convivem com um cenário de escassez crítica de recursos que, inevitavelmente, acaba por reduzir a sua capacidade de reacção tanto a nível público como privado, agravando, desta forma, o quadro das desigualdades.

A acção climática, na linha dos compromissos jurídicos internacionais, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (CQNUAC), o Protocolo de Quioto ou o Acordo de Paris, e dos consensos científicos, designadamente alcançados junto do Painel Intergovernamental sobre as Alterações Climáticas (IPCC), passa por dois tipos de intervenção: a mitigação, que pretende travar e controlar o aumento de emissões de gases com efeito de estufa (GEE) e garantir que a temperatura não sobe mais do que 1,5º a 2ºC em termos globais, e a adaptação, que, aceitando a inevitabilidade das AC, promove a alteração de condutas e a adequação a um mundo mais quente e com mudanças (mais ou menos significativas, abruptas e rápidas) de clima. Pese embora ambas tenham propósitos de, em última linha, garantir a defesa dos interesses e Direitos Humanos e assegurar, a longo prazo, o bem-estar de milhões, a sua implementação tem implicações ao nível dos Direitos Humanos individuais.

Na mitigação, qualquer estratégia adoptada vai, no curto prazo, influenciar o acesso aos bens colectivos e a efectivação dos direitos. Entre outros, a opção pelos biocombustíveis atinge o direito à alimentação de determinados indivíduos, tal como um imposto carbónico agrava os custos de produção e o preço final para os consumidores e a sua consequente satisfação de necessidades, da mesma forma que modificações no sector agro-alimentar e florestal de base industrializada e intensiva podem ter repercussões na segurança alimentar, no direito de propriedade, na livre iniciativa ou até na vida privada. A adaptação, por seu turno, enquanto medida correctiva, poderia parecer, à partida, menos restritiva de direitos devido a uma maior flexibilidade na sua concretização e respeito.

No entanto, na verdade, poderá constituir, simultaneamente, um atentado, quando, designadamente, por causa de novas condições climáticas, obriga ao

abandono do lar devido à subida das águas, afectando, entre outros o direito à propriedade ou à vida íntima, ou do tipo de actividades agrícolas tradicionais com a sua dimensão cultural e identitária. Ademais, importa sublinhar que o seu sucesso depende da capacidade de adaptação e de concretização dos direitos, o que significa que será mais difícil garantir os Direitos Humanos no plano da adaptação em Estados com menos recursos, instituições mais frágeis e extractivas e com problemas de governança.

2. Uma (nova) narrativa das Alterações Climáticas: pontos fortes e fracos

Face a estes aspectos ora sumariamente descritos e apesar dos longos e inúmeros relatórios, estudos ou pareceres sobre as causas mas sobretudo, para o que aqui se pretende nestas páginas, os impactos transversais e variados das AC e da acção climática, tanto na vertente de mitigação como de adaptação (valorados e monetarizados ao cêntimo), não deixa de se estranhar, até recentemente, um certo silêncio institucional e doutrinário relativo às implicações ao nível dos Direitos Humanos.

O IPCC revela algum pudor em tocar no assunto e uma certa dificuldade técnica em individualizar os efeitos, passando por cima da desigualdade real. O seu quarto relatório de 2007, apesar da sua extensão, só aborda marginalmente e de forma não problemática a dimensão dos Direitos Humanos³. O discurso é, aliás, eminentemente técnico e económico. Igual situação se passa no patamar regional e nacional, apresentando uma narrativa científica e de custos. Afinal, a discussão em torno do aquecimento global sofre de uma disciplinary path dependence. A questão climática nasce, em termos históricos, como um problema científico e assim se desenvolve, embora assumindo simultaneamente, a partir de meados da década de 90, um pendor económico, confirmado pelo recente prémio Nobel da Economia entregue a William Nordhaus pelo seu trabalho em torno da Economia climática (NORDHAUS, 2013; 2003; 1993; 1992). Esta opção narrativa permite, destarte, manter a argumentação num campo mais neutro e de resposta menos complexa, enviesando-a⁴, mas também na liga dos peritos, afastada do escrutínio leigo e popular e, portanto, rodeada de uma certa áurea de autoridade (do conhecimento).

3 Com ênfase nos Capítulos 15 do WGII (661), 17 (736) e 20 (818) e Capítulos 12 (696) e 13 (793-794) do WG III.

4 Wolfgang Sachs (2006). Climate Change and Human Rights, Interactions between

Nos últimos anos, porém, observa-se uma “moda” em torno do discurso dos Direitos Humanos, tanto no plano político como jurídico, com o desenvolvimento doutrinário paulatino mas sustentado de propostas de novos “direitos”, cada vez mais adjectivados e qualificados, como o direito à energia, à água potável e ao saneamento básico, à alimentação nutricional e culturalmente adequada, suficiente, segura e sustentável e a um clima antropogénica e ambientalmente adequado, a mais das vezes numa derivação exponencial (e perigosa mesmo se bem intencionada) de um direito à vida ou da dignidade da pessoa humana numa concretização crescentemente microscópica do direito pelo mínimo existencial e a reserva do possível.

Neste contexto, no âmbito climático, com particular incidência na soft law pela sua natureza, em regra mais progressista, exploradora e flexível devido ao seu carácter em regra não vinculativo (e, portanto, menos intimidador para os Estados), vejam-se a Declaração de Malé de 2007 (SACHS, 2006), o relatório do IPCC de 2007⁵, a Resolução 7/23 (2008) da Comissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos⁶, a Resolução 2429 sobre Direitos Humanos e Alterações Climáticas nas Américas da Organização dos Estados Americanos⁷, o estudo do Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos de 2009⁸, as Resoluções 10/4⁹, citada em Cancún 2010 na Decisão 1/CP.16¹⁰, e 29/15¹¹ do Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos, alertando, por um lado, para o impacto das AC no gozo e implementação plenos dos Direitos Humanos, especialmente pelos grupos mais vulneráveis, estabelecendo portanto uma conexão directa entre as AC e os Direitos Humanos, e, por outro, exigindo o maior respeito destes na colaboração internacional de longo prazo na acção climática até pelo potencial das obrigações,

Global Change and Human Health, Scripta Varia n.º 106, Vatican.

5 Consultar em <https://www.ipcc.ch/assessment-report/ar4/>

6 Consultar em http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_23.pdf

7 Disponível em < https://www.oas.org/dil/AGRES_2429.doc >

8 Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights (A/HRC/10/61, 15 January 2009) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>

9 Disponível em < http://www2.ohchr.org/english/issues/climatechange/docs/resolution10_4.doc >

10 Disponível em <<https://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>>

11 Disponível em < <https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-res-29-15/> >

padrões e princípios de Direitos Humanos em informar e fortalecer as políticas climáticas internacionais, regionais, nacionais e locais, com a promoção da sua coerência, legitimidade e resultados sustentáveis.

Este novo discurso segue igualmente a preocupação crescente com a necessidade imperiosa de adaptação, de desenvolvimento verdadeiramente sustentável e da gestão do risco, culminando com a referência a Direitos Humanos no Preâmbulo do Acordo de Paris¹² e com os seus artigos 7.º e 8.º sobre adaptação e perdas e danos, que, pese embora, não se refiram expressamente aos Direitos Humanos, os pressupõem quando abordam a protecção de pessoas e bens e o reconhecimento de privações e lesões. Sublinhe-se, contudo, que, apesar da presença gradual do nexó entre as AC e os Direitos Humanos, não se encontra em nenhum instrumento convencional “duro”, nem no âmbito climático, nem no plano dos Direitos Humanos, o reconhecimento da ligação nem a consagração de um qualquer direito ao clima.

Ora, lendo e analisando a litigância e jurisprudência climáticas também se observa, como se desenvolverá abaixo, esta viragem para a narrativa e argumentário dos Direitos Humanos, acompanhando pois l’air du temps, inclusivamente numa lógica activista e de construção de um direito humano ao clima.

Mas que vantagens e desvantagens terá esta nova estratégia do Direito Climático?

Em primeiro lugar, trata-se de uma abordagem possivelmente transnacional e de fácil apreensão, já que não se verificam muitas diferenças (formais) entre as várias ordens jurídicas nacionais no âmbito dos Direitos Humanos muito por via da sua ancoragem nos múltiplos instrumentos convencionais internacionais de Direitos Humanos, a começar pela omnipresente Declaração Universal e normas que hoje fazem parte do Direito consuetudinário internacional (incluindo *ius cogens*), o que possibilita um efeito de rede e uma aprendizagem mútua. Acresce que o Direito internacional de Direitos Humanos é mais robusto, máxime com obrigações substantivas, que o Direito internacional do ambiente, pelo que as

¹² “Reconhecendo que as alterações climáticas são uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, na ação de resposta às alterações climáticas, respeitar, promover e ter em conta as suas respetivas obrigações em matéria de direitos humanos, de direito à saúde, de direitos dos povos indígenas, de comunidades locais, de migrantes, de crianças, de pessoas com deficiência e de pessoas em situações vulneráveis e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de género, o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional”.

reivindicações climáticas terão, à partida, mais sucesso se forem reconceptualizadas como de Direitos Humanos (BRIDGEMAN, 2003, p.35-36). Há, todavia, que refrear um pouco as expectativas, visto que muitos apresentam características mais aspiracionais do que implementáveis, com conteúdos algo vagos e pouco funcionais e úteis em termos judiciais (AVERILL 2009).

Em segundo lugar, permite trazer maior transparência sobre interesses em jogo e colocar um rosto nas vítimas, melhorando a compreensão de quem está em risco, porquê, em que medida e o que fazer para o evitar ou acautelar. Os padrões de Direitos Humanos fornecem limiares de aceitabilidade mínima, pelo que se AC provocarem um abaixamento das condições de vida quanto aos limiares definidos, então tal poderá ser julgado inaceitável (ICHR, 2008). Destarte, os custos processuais e de imagem para os Estados e as empresas acusados de violações dos Direitos Humanos pelas suas omissões ou acções no âmbito climático podem, quiçá, incentivar mudanças comportamentais para obviar o seu desgaste. Os incentivos económicos e a pressão social dos pares mas também em torno da preservação de uma boa auto-imagem podem forçar a uma alteração paulatina de condutas.

Em terceiro lugar, coloca a discussão climática no plano normativo da ética e dos valores, o que, de uma banda, a enriquece e humaniza, mormente alertando para as desigualdades latentes no mundo e responsabilidades comuns mas diferenciadas, e facilita a accountability para lá do discurso mais tradicional no Direito climático em torno da colaboração (ICHR, 2008). Aliás, e conseqüentemente, abre as portas a uma estratégia de mobilização cívica e social para a mudança política, apelando, pela heurística do afecto, à identificação e empatia com as vítimas, tal como sucedeu com os fogos catastróficos e mortais de 2017 em Portugal. O recentramento da discussão em torno dos Direitos Humanos permite, deste modo, uma maior aceitabilidade das soluções desenhadas, máxime de obrigações legais. Por muito boas que possam ser em teoria as respostas ao dilema do sobreaquecimento, de pouco valem no papel se não forem aceites e acarretadas pelo universo de interessados e envolvidos. Ora, a introdução dos Direitos Humanos obriga a uma maior concretização e transparência com a fixação de um patamar mínimo comum de aceitabilidade, atendendo à previsão dos possíveis efeitos de uma política de business as usual, ou de adaptação e mitigação, principalmente sobre os sujeitos mais vulneráveis e num ambiente de incerteza.

A introdução de valores enriquece e acaba por fortalecer, a partir de dentro, a luta por uma atmosfera e um clima sustentáveis, em especial quando ainda se avança, tacteando, quanto às consequências do aquecimento global e das soluções escolhidas. Neste sentido, é de particular importância, para uma justa medida dos sacrifícios impostos, a consolidação e efectivação de direitos procedimentais como o acesso à informação, a participação pública ou o acesso à justiça, já previstos, entre outros, nos artigos 19.º e 21.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, nos artigos 19.º, 22.º e 25.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no Princípio 10 da Declaração do Rio e na Convenção de Aarhus.

Contudo, de outro lado, simultaneamente introduz mais ruído no debate, sobretudo atendendo a que as crenças e normativos morais, para lá dos imperativos categóricos, escondem valorações culturalmente distintas e até agendas políticas e ideológicas dificilmente conciliáveis e que, por vezes, tendem para extremismos improdutivos. Basta recordar o pano de fundo de tentativa de sintonização entre posições antropocêntricas e ecocêntricas mais ou menos mitigadas, com implicações práticas que ultrapassam a mera controvérsia filosófica. Veja-se a definição e ordenação de prioridades de acção ou à resposta sobre o tipo, oportunidade e nível de acção a tomar: agir agora ou aprender primeiro e depois actuar ou começar devagar e depois adequar? Privilegiar a Humanidade ou o Planeta? As gerações actuais ou as futuras? As negociações e acordos internacionais tornam-se deste modo mais complexos e podem afastar alguns agentes que não querem ver-se retratados como culpados de violações de Direitos Humanos. Afinal, a mudança de contexto, altera percepções, condutas, expectativas e exigências. Ser acusado de causar danos económicos ou de ser emissor excessivo de GEE não soa ao mesmo de ser apontado, pelos mesmos factos, como violador de Direitos Humanos. O realinhamento do discurso nos Direitos Humanos realça a importância e seriedade dos impactos humanos, tanto individuais como colectivos e destarte força a passagem de um cenário e entendimento mais descritivo para a assumpção de obrigações legais substantivas, ou seja, portanto, com implicações normativas e prescritivas visíveis. A passagem do enquadramento de mercado e da ciência para o jurídico e ético-normativo suscita pois reacções ambivalentes pelo seu carácter deontológico e vinculativo.

Ademais, e como se indicou supra, esta narrativa insere-se num movimento gradual e transversal de afirmação e multiplicação de reivindicações de novos Direitos Humanos, possivelmente na tentativa de ultrapassar a inefectividade e

morosidade de outras vias, em particular negocial e convencional. Por exemplo, depois de Décadas para o Desenvolvimento pelas Nações Unidas, de Objectivos do Milénio, de metas de Desenvolvimento Sustentado, milhões continuam a viver na pobreza, sem acesso a água, saneamento, energia, habitação, subnutridos e analfabetos. Depois de uma Convenção-Quadro para o Clima ou um Protocolo de Quioto acompanhados por dezenas de reuniões, comissões, relatórios, decisões ou recomendações, vive-se hoje com um muito suado e vazio Acordo de Paris que quase não tem obrigações substantivas e com AC cada vez mais evidentes e nefastas. Reclamar direitos, principalmente pela via judicial, afirma-se como um meio de salientar a gravidade da materialidade subjacente e de promover soluções substantivas efectivas que, ao mesmo tempo, honrem a dignidade humana. Estas derivações partem, a mais das vezes, desta, arriscando, porém, a banalização e fragmentação excessiva e contraproducente dos Direitos Humanos.

Com efeito, abusos, em especial no plano político e doutrinário, na proposição de Direitos, seja para afirmação do seu advogado (afinal, dificilmente alguém desgosta de ter direitos por oposição a deveres e tarefas), seja como argumento retórico e de (pseudo-)autoridade, retiram-lhes poder e efectividade, com a menorização do seu verdadeiro alcance e missão. Mais, prejudicam o seu recurso quando verdadeiramente se justificar. Posto de outra forma, usar armas de destruição em massa para matar mosquitos além de desproporcionado, fará com que, por um lado, os mosquitos se habituem a elas e arranjem contra-respostas, como, por outro, quando for adequado o seu recurso, elas já se tenham esgotado e não estejam disponíveis.

Acresce o risco de fraccionamento desmedido dos Direitos e, conseqüentemente, o esvaziamento dos Direitos de base, o conteúdo reduzido dos novos Direitos derivados e um acréscimo da susceptibilidade de conflitos (positivos e negativos) entre o leque alargado de Direitos, dificultando, no final, pela entropia gerada, a sua invocação e aplicação.

No âmbito climático, a Resolução 29/15 do Conselho das Nações Unidas para os Direitos Humanos dá o pontapé de saída para esta tentação de divisão ao solicitar um estudo aprofundado sobre as relações entre as AC e um direito humano de todos e cada um a gozar do mais elevado padrão de saúde física e mental, quicá abrindo as portas e com os olhos postos na afirmação de um novo direito ao clima.

Enfim, antes de enveredar por este caminho, deve-se perguntar se valerá a pena um novo Direito Humano? Se os existentes não são suficientes? Qual o seu verdadeiro propósito? Não haverá outras vias mais eficientes, eficazes e equitativas? Quais os prováveis e improváveis impactos da sua consagração?

Do ponto de vista jurídico, esta abordagem origina, no caso concreto da litigância climática, dificuldades sérias em provar se os efeitos das AC são prova suficiente para accionar uma violação de Direitos Humanos, o que levanta portanto obstáculos ao argumentário de Direitos Humanos.

Em primeira linha, assomam problemas de causalidade entre emissões concretas, políticas públicas e legislação omissivas ou insuficientes no plano da acção climática e a violação dos Direitos Humanos individuais. O carácter difuso e cumulativo das emissões de GEE, para além das incertezas científicas que rodeiam a contribuição dos factores naturais para o fenómeno de um sobreaquecimento e AC, estorvam e impedem grandemente a identificação de umnexo causal, máxime na ligação entre o dano no indivíduo A e a emissão do sujeito B ou não regulamentação da norma X pela instituição C. Aliás, todos são “responsáveis” pelas AC, ainda que com graus de responsabilidade diferenciados, bastando para isso respirar, comer, deslocar-se, do mesmo modo que todos sofrem (ou beneficiam) (também de modo diverso) dos impactos das AC, visto que todo o planeta se encontra comprometido. Ou seja, neste caso a própria ideia de externalidade é problemática, uma vez que os impactos recaem sobre terceiros mas igualmente sobre os externalizadores. Ademais, externalizar (leia-se emitir GEE) é inevitável na satisfação das necessidades, das mais básicas às mais extravagantes. Deverão então quaisquer emissões de GEE ser apontadas como causa de violação de Direitos Humanos? Ou dever-se-á distinguir emissões necessárias (de sobrevivência) e emissões de luxo? E como distingui-las na prática?

Por outro lado, é complexo o estabelecimento de uma relação directa entre as AC e os seus efeitos nos Direitos Humanos, porque há que descartar (ou calcular o correcto contributo) de outras razões concorrenciais como sociais, económicas ou políticas (AVERILL, 2009). Veja-se, por exemplo, que uma violação do direito à saúde devido à picada de um mosquito com malária ou dengue, pode estar ligada tanto ao aquecimento global como a falta de meios económicos para fazer a profilaxia ou aceder a cuidados médicos apropriados.

De resto, a narrativa complica-se devido ao prognóstico de futuras AC e de danos futuros nos Direitos Humanos. Consentindo com a opinião científica maioritária hodierna de que as AC são irreversíveis, mesmo que se estabilize a subida da temperatura até 1,5°C, as suas consequências prolongam-se no tempo, afectando tanto a actual geração como as gerações futuras, pelo que, de momento, pese embora se julgue que haverá impactos, não se sabe em que medida as irá atingir, até porque se desconhecem os meios que terão ao seu alcance ou o efeito concreto. Daí que muitos dos processos de litigância climática prefiram abordar danos já sofridos a danos futuros, mesmo se começam, mais recentemente, a apostar nas implicações intergeracionais.

Para além da questão intertemporal, surge igualmente uma questão de extraterritorialidade. As violações podem ter origem ou serem sofridas em Estados terceiros. Como imputar a responsabilidade extraterritorial pela violação de Direitos Humanos por actores disseminados? Em regra, no Direito dos Direitos do Homem, cabe, em primeira linha, ao Estado pessoal a defesa dos direitos, revelando-se muitas vezes ineficiente a imposição de obrigações para lá do seu território¹³. Todavia, as obrigações dos Estados não param, no plano dos Direitos Humanos, nas suas fronteiras, como se retira máxime de um direito-dever de ingerência humanitária.

Face à natureza global do sobreaquecimento global, os “culpados” e as “vítimas” podem encontrar-se em qualquer lado. Sendo as causas das AC geralmente derivadas de actos privados, os (grandes) emissores não devem poder aproveitar os buracos na rede do Direito Climático que (correctamente) impõe obrigações diferenciadas em termos geo-económicos (ICHR, 2008). Mais, partindo do pressuposto que os sujeitos mais vulneráveis se encontram em países com poucos meios e de grande fragilidade institucional, como esperar que consigam proteger os direitos individuais das ameaças das AC quando correntemente enfrentam obstáculos sérios na salvaguarda de direitos básicos como à vida, saúde, alimentação, água ou habitação? Como confiar, neste contexto, que, numa situação de crise e de emergência, como a que pode decorrer de AC bruscas ou catastróficas, haja uma efectivação dos direitos, sobretudo quando, por definição,

¹³ Martin Wagner (2007a) recorda que, apesar do artigo 21.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos se referir à responsabilidade no âmbito da jurisdição interna ou das fronteiras, o Comité dos Direitos Humanos, no caso *Lopez Burgos v. Uruguay* (Comunicação n.º 52/1979), parágrafo 12.3, defende que tal “does not imply that the State party concerned cannot be held accountable for violations of rights (...) which its agents commit upon the territory of another State”.

estes cenários potenciam, inclusive legalmente, a sua derrogação? Mais, como lidar com problemas de efeito de boleia e de concorrência “desleal” associados à imposição de standards comportamentais estritos para ir ao encontro do respeito do limiar mínimo de Direitos Humanos quando outros Estados podem não o fazer de todo?

Esta ideia de extraterritorialidade, máxime com extensão unilateral da jurisdição, encontra no Direito europeu climático acolhimento, embora não numa perspectiva de Direitos Humanos, em particular nas Directivas n.ºs 2003/87/CE, que cria o comércio europeu de licenças de emissão (CELE), 2004/101/CE (Directiva Linking) que permite e reforça a ligação entre mecanismos de mercado, e 2008/101/CE, com a introdução do sector da aviação no CELE e no Regulamento n.º 2015/757/UE relativo à monitorização, reporte e verificação de emissões de CO₂ de transportes marítimos. Ora, a aceitação da jurisdição europeia não vem sendo pacífica, apesar da alegada bondade do seu fim último: a mitigação em prol do clima global.

Destarte, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a pronunciar-se no caso C-366/10 Air Transport Association of America and Others (HAVEL & MULLIGAN, 2012), acabando por reconhecer um vínculo territorial (e jurisdição ilimitada) com base nos efeitos ambientais, o que desencadeia críticas e dúvidas sobre um possível imperialismo ambiental europeu ligado à sua liderança política nesta matéria (KOZIEL, 2012; BAERE & RYNGAERT, 2013)¹⁴, e na conexão da conduta com o território. Por outras palavras, a tese do Tribunal é de que o Direito europeu neste caso não é aplicado extraterritorialmente (em sentido estrito) mas tem implicações extraterritoriais. Para o que aqui interessa, duas notas fundamentais: a contestação da aceitação de soluções extraterritoriais e a abertura a uma extensão territorial por via dos efeitos ambientais sentidos. Ou seja, uma má e uma boa notícia para a abordagem dos Direitos Humanos.

Interessa talqualmente salientar que a multiplicidade dos Direitos Humanos potencialmente afectados atrapalha o sucesso do novo discurso, tanto mais que serão incumpridos das mais diversas formas e graus e apresentam diferentes níveis

¹⁴Veja-se que não é possível determinar se os efeitos das AC na Europa apenas se relacionam com os voos que partem ou aterram no espaço comunitário. Ou seja, qualquer voo, mesmo não sobrevoando ou entrando no espaço europeu pode, pelas suas emissões, causar impactos na UE, pelo que o recurso à tese dos efeitos implica, em consequência e em última análise, a defesa de uma jurisdição universal que muito esticaria a extraterritorialidade.

de protecção, para além da falta de estruturas adaptadas às peculiaridades dos atentados climáticos, em especial nos Países em Vias de Desenvolvimento (PVD) e Menos Desenvolvidos (PMD). Destarte são previsíveis conflitos de direitos. Afinal, na esteira coaseana, existe bilateralidade nas externalidades. Assim, se as “vítimas”¹⁵ das AC têm direitos, também os agentes económicos por trás das emissões, limitando-se, deste modo, mutuamente. Por exemplo, se os primeiros se vêem afectados na sua saúde, propriedade ou identidade cultural, os segundos têm restringidas a sua liberdade de iniciativa ou de movimentos. Os conflitos entre direitos fazem, no entanto, parte da dinâmica do Direito dos Direitos Humanos mas introduzem mais uma nota discordante no seio da busca de um consenso no combate ao efeito de estufa potenciado.

Por fim, do que se vem apontando resulta uma dicotomia entre a previsão normativa e a efectivação prática, ou seja, em última análise, como defende o ICHR (2008), entre “o formalismo duro dos direitos humanos, por um lado; o direito mole e orientação política da CQNUAC “. Enquanto o primeiro prefere “igualdade”, o segundo antepõe “equidade” ou “responsabilidade comum mas diferenciada”, denunciando o fosso latente entre a justiça material e a justiça formal. Isto é, muito provavelmente, pese embora a sua bondade, a narrativa ensaiada dos Direitos Humanos esbarrará nas barreiras reais do Direito com a concretização da prova e dos interesses e jogos de força internacionais.

Em suma, assomam barreiras ligadas à responsabilidade, causalidade e determinação dos danos, logo com o papel da ciência, e, em razão disso, com a densificação de um dever de prevenção e precaução¹⁶ (de uma no harm rule) e com o estabelecimento da restauração e indemnização devidas em decorrência de violações de Direitos Humanos. Da mesma forma, suscitam-se dúvidas quanto à legitimidade processual (standing) (MANK, 2005) - por exemplo, em sede similar, no caso *Minors Oposa*¹⁷ apresentado no Supremo Tribunal Filipino em 1993,

¹⁵Existindo bilateralidade, não há propriamente uma vítima e um perpetrador mas duas vítimas e dois perpetradores.

¹⁶Por todos, sobre estas questões que acabam também por ser um obstáculo à litigação em matéria climática (GROSSMAN, 2003).

¹⁷*Minors Oposa vs Secretary of the Department of Environmental and Natural Resources*, 33 International Law Materials 173 (Supreme Court, 30.7.1993), também conhecido como caso *Minors Oposa vs Factoran*, devido ao nome do responsável pelo departamento de Estado (HOUK, 2006). Com uma visão muito crítica, não reconhecendo qualquer mérito inovador ou pioneiro no acórdão, Gatmaytan (2003).

as crianças surgem como representantes das gerações vindouras - mas também quanto à jurisdição.

O caminho tem portanto muitas pedras e poderá ser, no final, desadequado. Ora, ao reconhecer-se e conferir-se um estatuto de especial mérito à causa da violação dos Direitos Humanos no âmbito das AC, tender-se-á, em alguns casos a seguir descritos, a aligeirar e agilizar o ónus da prova, a determinação dos danos e do nexos causal, flexibilizando a responsabilidade com base científica¹⁸, independentemente das incertezas associadas. Será esta jurisprudência uma mera anomalia ou o início de um movimento com implicações na própria dogmática do Direito ambiental e do Direito dos Direitos Humanos?

3. Evolução da litigância climática

As AC e a sua crescente consciencialização propiciam o surgimento de litígios legais baseados na origem antropogénica do fenómeno¹⁹. Apesar de difícil resolução pelas razões aqui várias vezes sublinhadas, assiste-se a um despertar judicial nesta matéria que merece a atenção crescente da Comunidade Internacional na busca de um precedente e dos homens das leis ansiosos por um novo filão lucrativo. Mesmo se complexos e ainda um pouco ridicularizados em alguns segmentos da sociedade, estes processos de litigação baseados na violação dos Direitos Humanos podem demonstrar ser uma estratégia eficaz de mobilização cívica e social para a mudança política. Isto não significa, contudo, como alerta Posner, que os governos alterem as suas políticas, em particular na direcção “certa”, e que os tribunais os devam substituir (POSNER, 2008; STRAUSS, 2003).

3.1. A fase regulatória

A primeira fase da litigância climática aposta numa tendência regulatória, em que as queixas se baseiam na falta de políticas públicas, de legislação ou de adequação normativa às AC (LIN, 2012). A discussão centra-se sobretudo em torno de questões científicas e técnicas e de responsabilidade. Alguns exemplos podem ser encontrados, nomeadamente, nos Estados-Unidos, na primeira década deste século, uma vez que a relutância governamental em iniciar uma política

¹⁸Sobre a utilização dos trabalhos do IPCC e outros estudos científicos na litigação é importante referência a Hunter (2008).

¹⁹Disponível em <<http://climatecasechart.com/>>

de mitigação abrangente e estruturada gera um fervor litigante, mormente entre Estados desejosos de regulação e reguladores federais mais contidos.

Refira-se, entre outros, o caso *Center for Biological Diversity v. NHTSA*, em que a Califórnia e outros Estados processam a National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) por não contabilizar os custos das emissões de GEE na sua regulação. O Ninth Circuit Court of Appeals ordena à NHTSA a revisão das suas regras respeitantes aos padrões do fuel e a atribuição de um custo em termos climáticos. Noutro caso, catorze Estados norte-americanos (incluindo a Califórnia) são processados por um conjunto de construtores automóveis devido à regulação relativa às emissões de CO₂ dos carros. Em Setembro de 2007, o Tribunal de Vermont decide a favor dos Estados. Todavia, a introdução deste tipo de legislação depende da EPA, que a recusa. Igualmente no final de 2007, a Califórnia perde um outro caso contra uma aliança de construtores automóveis que acusava de “public nuisance” devido ao agregado de emissões dos seus veículos.

Em aparente contradição com a outra decisão, as duas acabam por preferir regulação a litigação enquanto fórum privilegiado em torno do debate das AC, ou seja consideram que se trata em primeira linha de uma questão política que não deve ser resolvida pelo poder judicial. Em resumo, numa questão politicamente incerta e volátil, o enquadramento jurídico é deficiente, dificultando o acesso aos tribunais (ICHR, 2008).

O processo mais mediático e relevante é, neste contexto, o caso *Massachusetts vs. EPA* (MILLS, 2007).

A Environmental Protection Agency (EPA) vinha recusando regular o CO₂ como poluente no âmbito do Clean Air Act de 1979, sobretudo por isso impedir o estabelecimento de uma estratégia mais ampla da Casa Branca para o aquecimento global. O Estado do Massachusetts, invocando os seus direitos soberanos para proteger o ambiente em nome e benefício dos seus cidadãos, contesta esta posição, solicitando ao Tribunal a apreciação técnica do direito de recusa da EPA.

Apesar de reconhecer algumas dificuldades na determinação, por parte do queixoso, dos danos, do nexa causal e da perspectiva de alívio (redressability) com a decisão judicial²⁰, o Supremo Tribunal reconhece, com base no consenso científico que não discute, a necessidade da EPA rever a sua posição com base em

²⁰Em última análise, como recorda Miles Allen (2003) que muitas das vítimas do aquecimento global não irão beneficiar das class-actions.

critérios decisivos inovadores, designadamente devido à “importância inusitada da questão subjacente”. A verificação da subida do nível do mar e as projecções credíveis dos danos potencialmente causados pelas AC são considerados suficientes para a apreciação concreta dos danos. Por outro lado, a recusa da EPA em regular o CO2 apresenta-se como uma causa provável dos danos actuais e futuros e o facto da legislação não poder afastar as AC não deve ser razão suficiente para a evitar, uma vez que podem ser minimizadas.

3.2. A viragem dos Direitos Humanos

A segunda fase da litigância climática enceta a narrativa dos Direitos Humanos (PEEL & OSOFSKY), numa dupla perspectiva nem sempre coincidente: por um lado, os Direitos Humanos aparecem como ferramenta interpretativa de outras normas legais, por ex. obrigações, responsabilidade, public trust doctrine (BLUMM & WOOD, 2017; WOOD & WOODWARD, 2016) e, por outro, de forma mais sofisticada, um argumentário sobre acções e/ou omissões quanto a AC que deram azo a violações directas de Direitos Humanos. A questão técnica e científica não é necessariamente colocada de lado, tanto que os novos avanços científicos e tecnológicos podem auxiliar a estabelecer onexo causal entre um determinado tipo de fonte de emissões e certos danos (SETZER & BYRNES, 2019).

No caso *Kivalina vs. ExxonMobil Corp. et al.*, iniciado em Março de 2008, os habitantes da pequena aldeia de Kivalina no Alaska, através do San Francisco-based Center on Race, Poverty & the Environment e o Gabinete de Anchorage do Native American Rights Fund processam, no District Court de San Francisco, 24 empresas de energia por emitirem GEE causadores de alterações climáticas que ameaçam de erosão a sua costa, pondo em risco a sua existência. Na queixa apresentada salientam-se duas novidades. Por um lado, a tese de conspiração civil em que se alega que os acusados agiram de forma informada, consciente, voluntária e propositada, utilizando testas de ferro e financiando e publicitando estudos que negam os efeitos do sobreaquecimento no Ártico e o próprio fenómeno. Por outro, um pedido de indemnização monetária específica para uma parte identificada por danos nos direitos e interesses reais dos quatrocentos habitantes de Kivalina. Assim, reclamam-se \$400 M para mudar a localidade para terreno mais seguro.

A 30 de Setembro de 2009, a petição foi indeferida com o Tribunal a considerar que a questão é do foro político e não jurídico, devendo ser resolvida pelo Congresso e Governo e não pelos Tribunais²¹. Afasta-se portanto qualquer activismo judiciário e procura-se, talvez lavando as mãos como Pilatos, sensibilizar e responsabilizar os órgãos políticos e legislativos pela tomada de decisões no âmbito da acção climática. Em Novembro de 2009 é interposto recurso mas, em 2012, o painel de recurso recusa-o. Um novo recurso, agora para o Supremo Tribunal, é intentado. No entanto, em Maio de 2013, este decide pela não reabertura do caso.

Muito semelhante é o caso Inuit (SACHS, 2006; ICHR, 2008; GOLDBERG, 2007; OSOFSKY, 2007; WAGNER, 2007a e 2007b; WATT-CLAUDIER, 2007). Em Dezembro de 2005, uma aliança de Inuits canadianos e norte-americanos apresenta uma petição inovadora à Comissão Inter-Americana de Direitos do Homem, alegando a violação actual e futura dos direitos dos queixosos em parte devido à inaptidão dos Estados- Unidos em diminuir as suas emissões de GEE. A petição refere uma lista exaustiva de direitos violados, nomeadamente a identidade cultural, o direito à vida, saúde, integridade física, habitação, subsistência, intimidade e vida privada e de propriedade (WAGNER, 2007b; WATT-CLOUDIER, 2007).

A sua tese baseia-se não apenas em relatórios científicos mas também na teoria consensual de Direitos Humanos que estipula que os governos e os agentes privados têm, no mínimo, uma obrigação negativa (ICHR, 2008; WATT-CLOUDIER, 2007; SACHS, 2006) de desistir de acções potencialmente violadoras de Direitos Humanos, na “no harm rule” do Direito internacional retirada do acórdão Trail Smelter e no argumento da responsabilidade, recorrendo a princípios penais de responsabilidade conjunta e ao conceito de responsabilidade comum e diferenciada avançado pela CQNUAC. Os Estados- Unidos são, afinal, o maior poluidor no seio dos países do Anexo I do Protocolo de Quioto. Assim, pede-se o reconhecimento de responsabilidade por violação de Direitos Humanos e que se obrigue os Estados- Unidos a implementar medidas internas e internacionais de combate às AC.

A Comissão acaba por não admitir o caso, embora sem avançar grandes justificações, advogando não ser possível individualizar os danos e atender à

²¹ Com solução similar, remetendo o tratamento da questão para o poder político-legislativo, o caso Connecticut v. American Electric Power -, 406 F. Supp.

petição naquele momento “porque a informação que contém não satisfaz os requisitos estabelecidos nessas Regras. [...] As informações fornecidas não nos permitem determinar se os factos aludidos tenderiam a caracterizar uma violação de direitos protegidos pela Declaração Americana”. Nestes moldes algo vagos que indiciam a dificuldade de estabelecimento de nexos causal, a Comissão convida os peticionários a solicitar uma audiência pública, que é realizada a 1 de Março de 2007, sem relevância no sucesso do processo (GOLDBERG, 2007; WAGNER, 2007b; WATT-CLOUDIER, 2007). Todavia, o mediatismo do caso poderá ter permitido alguns avanços regulatórios quanto à protecção do Ártico. (PELL & OSOFSKY, 2018 e 2013)

Ao contrário, na Nigéria, as comunidades locais instauram e ganham um processo contra a Shell e a Nigerian National Petroleum Company (o caso *Gbemre vs. Shell Petroleum Development Co.*), em que alegam que as AC ligadas à prática de “gas flaring” constituem uma violação dos Direitos Humanos, principalmente à vida e à dignidade, previstos na Constituição nigeriana e na Carta Africana de Direitos Humanos e das Pessoas, pelo seu impacto adverso na vida, saúde e ambiente (EBEKU, 2007; OSOFSKY, 2005). Apesar do sucesso em tribunal, com a decisão a reconhecer que a queima de gás “é uma violação grosseira do seu direito fundamental à vida (incluindo ambiente saudável) e dignidade da pessoa humana como consagrado na constituição”, na prática tal não parou esta actividade lesiva (PELL & OSOFSKY, 2018).

O caso *Urgenda vs. Países Baixos*, por sua vez, é muitas vezes apresentado como um marco na viragem na litigância climática, notavelmente no plano dos Direitos Humanos e da responsabilidade governamental por inacção climática, pese embora, esta qualificação possa, na realidade, parecer algo exagerada.

Em 2015, a organização não-governamental *Urgenda* representa 886 cidadãos e, no âmbito da sua queixa contra o Estado holandês por uma política climática desadequada, apresenta múltiplos argumentos mas só um em torno de Direitos Humanos. Na sua decisão, o Tribunal competente também se centra pouco sobre os Direitos Humanos, com um discurso muito técnico em torno de questões como o orçamento, focando sobretudo a violação do dever de cuidado por parte do Governo holandês com acções e metas inadequadas e o desrespeito pela *no harm rule*. Destarte, os Direitos Humanos são utilizados de modo instrumental para a densificação do dever de cuidado, considerando em especial os artigos 2.º e 8.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem,

respectivamente relativos ao direito à vida e à intimidade e vida privada com extensão do direito ao ambiente.

Para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, para haver violação de Direitos Humanos, os efeitos têm de ser directos e sérios, apresentando o Estado uma obrigação positiva de tomar medidas para a salvaguarda dos direitos individuais. Ou seja, o objectivo será de tentar estender a jurisprudência sobre o direito ao ambiente ao “direito ao clima”. Nessa linha, o Tribunal Distrital de Haia entendeu não haver violação directa dos Direitos Humanos por dois argumentos principais: em primeiro lugar, a Urgenda é uma pessoa colectiva e consequentemente fora do âmbito dos Direitos Humanos e, em segundo lugar, não se sabe o suficiente sobre os 886 cidadãos, em particular sobre as violações concretas dos seus direitos. Ainda assim, o Tribunal usa o discurso dos Direitos Humanos para interpretar e diminuir a margem de discricionariedade contida no dever de cuidado e reconhece a ligação entre Direitos Humanos e AC.

Ademais, também discute as diferentes implicações entre as medidas de mitigação e adaptação que considera, em ambos os casos, insuficientes, pelo que o Tribunal ordena ao Governo para tomar medidas mais estritas na redução de GEE na linha dos estudos científicos internacionais, obrigando a uma redução de pelo menos 25% face aos níveis de 1990, até 2020, com base no princípio das responsabilidades comuns mas diferenciadas enquanto elemento interpretativo na definição de obrigações nacionais (FERREIRA, 2016). Ora, esta definição de uma obrigação positiva e o seu grau de determinação de medidas precaucionárias podem suscitar dúvidas em termos de separação de poderes e de proporcionalidade, mesmo se a decisão sobre os meios é deixada à Administração (LEIJTEN, 2019).

Recentemente, a 9 de Outubro de 2018, o Tribunal de Recurso foi mais longe na viragem para a narrativa dos Direitos Humanos e reconhece que a acção climática do Governo holandês é insuficiente à luz das obrigações resultantes dos artigos 2.º e 8.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem que incluem situações relacionadas com o ambiente. Ambos implicam a obrigação positiva de agir em concreto para evitar uma violação futura desses interesses, ou seja um dever de cuidado. O Estado deve, portanto, tomar medidas cautelares para evitar infracções no maior grau possível perante actividades perigosas e quando há uma ameaça conhecida, real e iminente. Ora, considerando o estado da arte da ciência climática, o Tribunal conclui pela existência da ameaça climática e,

consequentemente, o risco que representa para a vida e vida privada e familiar das actuais gerações de cidadãos. Portanto, o dever de cuidado aplica-se (LEIJTEN, 2019). Ponderando as obrigações resultantes do Direito internacional e europeu e os esforços desenvolvidos nacionalmente, o Tribunal defende que as medidas tomadas são escassas face à incerteza das AC, apoiando-se no princípio da precaução para exigir mais (e não menos) acção.

Por outro lado, o Tribunal de Recurso foge à questão da legitimidade processual de jovens em representação de gerações futuras ao afirmar que a geração actual (que não se reduz a menores) terá que lidar com as consequências nefastas das AC durante a sua vida se as emissões não forem reduzidas.

O caso foi levado ao Supremo a 24 de Maio de 2019.

Mais interessante e bem mais marcante é o caso Ashgar Leghari vs. Paquistão. O agricultor Leghari, numa acção de interesse público, invoca que o atraso do Paquistão em implementar um enquadramento jurídico adequado para combater e, mais importante, adaptar-se às AC coloca em causa os direitos dos cidadão e viola as obrigações públicas em matéria de Direitos Humanos, nomeadamente os direitos à vida, à dignidade, à privacidade e propriedade, por causa de problemas com água, alimentação, energia e segurança.

A decisão do Tribunal, em Setembro de 2015, centra-se mais no aspecto humano e menos na ciência, afastando-se pois dos casos anteriormente descritos. Com efeito, vai mais longe e reconhece a violação dos Direitos Humanos devido a letargia pública, incluindo colocar em causa o Estado democrático, a igualdade, a justiça, os compromissos internacionais em torno de um Desenvolvimento Sustentável, a equidade intra e intergeracional, a public trust doctrine, o princípios da precaução e a necessidade de avaliação do impacto ambiental, entre outros. Nesta sua clara opção narrativa focada nos Direitos Humanos, o Tribunal vai ao ponto de identificar um conceito de justiça climática baseada numa justiça de Direitos Humanos. Nestes termos, não só ordena a implementação de políticas e enquadramento jurídico adequado, nomeadamente em matéria de adaptação, como decreta a criação de uma comissão com representantes do Governo, organizações não-governamentais e peritos para auxiliar o Tribunal a supervisionar a implementação de medidas. Ou seja, obriga a uma estrutura institucionalizada, multidisciplinar, representativa de interesses mas autónoma para assegurar a execução da decisão judicial.

Outros casos vêm se somando desde então um pouco por todo o mundo mas nenhum até agora com o sucesso do processo Ashgar Leghari, levantando todavia novos aspectos e/ou reforçando tendências.²²

Entre outros, pode-se apontar o caso *Future Generations v. Ministry of the Environment and Others*, na Colômbia, em que 25 jovens apresentam uma reivindicação constitucional especial para combater o desmatamento na Amazônia com base na violação da legislação existente e, em última instância, dos Direitos Humanos à vida, saúde, comida e água e ao ambiente. O Supremo Tribunal decide, em sede de recurso, de forma absolutamente inovadora, reconhecendo a Amazônia colombiana como “sujeito de direitos” com direito à protecção, conservação, manutenção e restauração. Nesta linha, o acórdão também ordena ao Governo a formulação e implementação de planos de acção para lidar com a desflorestação. No entanto, na prática, a sua execução revela-se um desafio com as actividades de desflorestação a se manterem (SIERRA, 2019), o que leva os demandantes a procurar obter uma declaração de incumprimento da decisão judicial por parte do Governo e dos outros acusados.

De mencionar, igualmente, o caso *Juliana*, nos Estados- Unidos, em que, para além da representação da juventude e, portanto, das gerações vindouras numa tendência crescente neste sentido, se recorre ao argumento de confiança pública²³. Até agora regista-se a rejeição do pedido de não aceitação da acção por questões de legitimidade processual e de pedido, com Juíza Aiken a reconhecer um “direito a um sistema climático capaz de sustentar a vida humana fundamental para uma sociedade livre e ordenada”, numa proposta inovadora de um Direito Humano autónomo ligado ao clima e assumindo que os jovens podem apresentar queixas constitucionais para obrigar a acção climática. Tanto o Governo e como as petrolíferas demandadas já tentaram por duas vezes evitar o julgamento mas

²² Não se tratando de um caso de litigância, não deixa de ser importante lembrar aqui um precedente com potenciais impactos significativos no maior ou menor sucesso da ligação (judicial) entre AC e Direitos Humanos: o Inquérito aos Maiores do Carbono (Carbon Major Inquiry), nas Filipinas. A Comissão das Filipinas sobre Direitos Humanos investiga e visa determinar o efeito das AC no gozo dos Direitos Humanos nas Filipinas e a responsabilidade dos maiores produtores mundiais de combustíveis fósseis. A Comissão organizou o seu trabalho numa espécie de diálogo que realça o impacto nos mais vulneráveis, tendo realizado audiências nas Filipinas, Nova Iorque e Londres. O relatório final com o apuramento dos factos e recomendações está em fase de elaboração.

²³ Sobre este caso, considerando-o possivelmente como o mais promissório e relevante de sempre no plano da litigância climática, em especial com a narrativa de Direitos Humanos (BLUMM & WOOD, 2017)

perderam com um aviso do juiz sobre o seu papel (leia-se responsabilidade) nas AC.

O processo foi apresentado em 4 de junho de 2019 perante o Ninth Circuit Court of Appeals em Portland, Oregão. Os reclamantes advogam que as ações do Governo responsáveis pelas AC violam os seus direitos constitucionais à vida, liberdade e propriedade. No momento em que se escreve, não há decisão sobre se o julgamento deve prosseguir e se o Governo federal deve suspender novos projectos de extração de combustíveis fósseis na pendência do processo. De qualquer forma, este caso assim como o mediatismo envolvendo o caso Urgenda incentivam litigância similar noutras jurisdições como os muito recentes processos *Friends of the Irish Environment v. Ireland*, *ENvironment JEUnesse v. Canadian government*, *Notre Affaire à Tous and Others v. France*, *re Greenpeace Southeast Asia and Others nas Filipinas*, *Friends of the Earth Germany, Association of Solar Support and Others v. Germany* ou *VWZ Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium and Others*.

Outros dois processos interessam aqui pela interessante abordagem AC/ Direitos Humanos através do expediente dos direitos procedimentais para desafiar autorizações de projectos carbono-intensivos e utilizando os Direitos Humanos (substantivos) como ferramentas interpretativas.

Em *Third Runway at Vienna International Airport*, invoca-se o artigo 37.º da Carta Europeia dos Direitos do Homem sobre direito ao ambiente com um princípio de nível de protecção elevado, para lá do Direito nacional austríaco. O Tribunal usa os Direitos Humanos como elemento interpretativo, incluindo para definir o interesse público e realiza uma análise custo-benefício que acaba, no cômputo final, por ser contrária à construção de uma terceira via no aeroporto de Viena.²⁴

Já em *Earthlife Africa Johannesburg v. Minister for Environmental Affairs and Others*, o litígio envolve a autorização de uma nova central a carvão e ausência de uma adequada e necessária avaliação de impacto ambiental. O direito ao ambiente é invocado pelo Tribunal como elemento interpretativo, aí incluindo as AC assim como a relação com o desenvolvimento sustentado

²⁴Um processo similar está a ser julgado nos tribunais britânicos quanto ao alargamento do aeroporto de Heathrow, o caso *Plan B Earth v. Secretary of State for Transport*, Queixa n.º CO/3149/2018.

e a justiça intergeracional. De modo inovador, a decisão judicial reconhece a relevância da consideração das AC no planeamento ambiental.

Por último, e a título de curiosidade, o recente caso *People's Climate*²⁵ contra a União Europeia, iniciado em Maio de 2018 perante o Tribunal de Justiça da União Europeia e que envolve 10 famílias internacionais de origem portuguesa, alemã, francesa, italiana, sueca, romena, queniana e das Fiji e Samoa e a Associação Juvenil de Jovens Saami, agrupando no total 36 indivíduos). A queixa apresentada debruça-se sobre o estabelecimento por parte da União de metas climáticas inadequadas e a quebra do dever de cuidado, com violação de Direitos Humanos (ex. direito à vida, saúde, trabalho, propriedade). Mais, pretende-se garantir igualmente o reconhecimento da protecção do clima como um Direito Humano.

A organização não-governamental *Protect the Planet* suporta os custos, estando também vários outros parceiros envolvidos, incluindo o apoio do think tank *Climate Analytics* e de sociedades de advogados. Sublinhe-se que não deixa de ser curioso que se levante um processo contra a instituição (e conjunto de Estados) que tem assumido a liderança da acção climática, o que, por um lado, indicia o lado mais simbólico de afirmação (statement) e mediático do caso como, por outro, algum desejo de protagonismo social dos envolvidos.

A queixa foi indeferida por motivos processuais em Maio de 2019. O Tribunal declarou que os demandantes não são suficiente nem directamente afectados pelas políticas da UE para contestar estas questões, não se diferenciando de qualquer cidadão, pese embora reconheça que “cada indivíduo é susceptível de ser afectado de uma forma ou de outra pelas alterações climáticas”. Ademais, o Tribunal rejeitou o argumento de que a interpretação do conceito de “preocupação individual” do artigo 263.º, quarto parágrafo, do TFUE não é compatível com um direito fundamental a uma protecção jurisdicional efectiva nos termos do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais. Por fim, também afastou a submissão do caso a outros critérios possíveis nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, do TFUE, que exigiria que fossem destinatários directos do pacote legislativo em questão ou impugnassem um acto regulamentar que lhes respeitasse directamente. Os autores pretendem recorrer antes de 15 de julho de 2019.

²⁵Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council - Caso n.º T-330/18.

4. Que futuro e reflexões finais

Não sendo ainda muito volumosa a litigância climática face ao universo colossal de potenciais vítimas²⁶, o seu número vem crescendo sobretudo no plano nacional, até como afirmação do direito ao acesso à justiça (COLOMBO, 2017), não se conhecendo qualquer caso que oponha um ou mais Estados contra outro(s). Aliás, da lista supra apresentada somente dois processos oferecem alguma natureza “internacional”, a saber os casos Inuit e People’s Climate por envolverem queixosos de mais do que uma nacionalidade, o primeiro por se reportar a um povo indígena cujo território se reparte por dois países e o segundo possivelmente por duas razões mais simbólicas do que concretas, a saber dar alguma publicidade e colorido ao caso (e conseqüentemente à temática das AC), mormente quando junta famílias do Quênia e das Fiji a cidadãos europeus, e assinalar a dimensão extraterritorial (e global) das AC e, portanto, da jurisdição europeia neste âmbito.

Nestes termos, parece mais promissor o desenvolvimento da litigância climática no plano nacional, em especial em países com maior flexibilidade no direito de acesso à justiça, com argumentos constitucionais (PEEL & OSOFSKY, 2018) contra políticas e legislação de mitigação e adaptação internas, quanto mais não seja pelas fragilidades da jurisdição internacional, pese embora se constate, até a nível doméstico, um crescendo de recurso ao Direito Internacional do Ambiente e das AC (COLOMBO, 2017). Interessante é observar, mesmo se a amostra seja relativamente pequena, um maior sucesso junto de tribunais domésticos inferiores e de PVD ou PMD, como a Nigéria, Paquistão ou Colômbia (PEEL & LIN, 2019; WILENSKY, 2015), em que as queixas vêm aumentando, talvez porque são constituídos, em regra, por juízes mais novos e abertos a abordagens e interpretações mais progressistas e que assumem algum activismo judiciário de modo a quebrar a inércia de estruturas institucionais públicas pouco eficientes e sensibilizadas e assim co-produzir factos e ordens sociais (FISHER, 2013). De realçar que o Estado com índices mais elevados (cerca de três quartos dos casos) dos 28 em que há registo de processos é os Estados-Unidos (SETZER & BYRNES, 2019; McCORMICK et al, 2018; PELL & OSOFSKY, 2013; MARKELL & RUHL, 2012, muito graças à sua cultura litigante, pese embora a esmagadora

²⁶Uma das razões associadas ao número relativamente pequeno de processos pode ter que ver com os custos da litigância (ex. custos com apoio e representação legal judicial e de acesso aos tribunais) que afastam os cidadãos mais vulneráveis, cujos danos sofridos (ex. habitação/propriedade) poderão ser pela sua condição económico-social baixos em termos absolutos, pelo que de pouco beneficiarão com as acções judiciais (POSNER, 2007).

maioria dos processos não envolva a narrativa dos Direitos Humanos, e, no caso, preferencialmente direitos procedimentais como o direito à informação. Ou seja, não deixa de ser curioso verificar que a jurisprudência inovadora no plano da litigância climática progride principalmente nos países menos ricos e menos conhecidos por serem bastiões dos Direitos Humanos.

Também no plano regional, em particular europeu com a definição de metas de redução na União Europeia e a força do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem²⁷, haverá algumas possibilidades de a litigância climática com narrativa associada aos Direitos Humanos vingar. De momento, além dos casos Inuit e Athabaskan People apresentados à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o caso *People's Climate* no TJUE, a via regional tem sido pouco explorada. Em termos internacionais, apenas se conhece a muito recente reclamação, de Maio de 2019, perante o Comité de Direitos Humanos das Nações Unidas, por parte um grupo de 8 cidadãos das Ilhas do Estreito de Torres, que pedem que o Governo australiano reduza as suas emissões GEE e adopte medidas adequadas de defesa costeira, em consulta com as comunidades insulares.²⁸

Note-se, porém, aproveitando a referência a este último processo, que, por vezes, se observa uma certa procura, por um lado, de mediatismo e visibilidade social por parte de alguns dos interessados, como organizações não-governamentais ou advogados com agendas pessoais não necessariamente alinhadas com o combate e adaptação às AC, assim como, por outro, de lucro, mormente considerando o filão das *class actions* e seus equivalentes. Mesmo que se possa contra-argumentar

27No Tribunal Europeu dos Direito do Homem, uma possibilidade é a extensão ao clima da jurisprudência do case *Budayeva v. Russia* (PEEL & OSOFSKY, 2018).

28No Tribunal Internacional de Justiça, a opinião divergente do juiz ad hoc Dugard no caso *Costa Rica v. Nicarágua*, do início de 2018, relativo à compensação devida pela Nicarágua à Costa Rica, abre as portas, ainda que não expressamente, a uma abordagem de Direitos Humanos da questão climática ao afirmar que “a obrigação de não levar a cabo a actividade de desflorestação, que causa a emissão de carbono na atmosfera e a perda de serviços de sequestro, é certamente uma obrigação erga omnes”. Há que considerar também a opinião consultiva do Tribunal Inter-Americano de Direitos Humanos, de 15 de Novembro de 2017 (OC-23/17) que reconhece o direito a um meio ambiente saudável como um Direito Humano. O parecer advoga que os efeitos adversos da degradação ambiental e das AC afectam os Direitos Humanos, pelo que o direito a um ambiente saudável pode servir como via para a litigância climática. Nestes termos, a opinião consultiva permite que todos os Estados que reconhecem a jurisdição do Tribunal - e os cidadãos desses países - apresentem reclamações relativas a danos ambientais que violem os seus Direitos Humanos, avaliando-se se o Estado demandado cumpriu três tipos de obrigações: de prevenção de danos ambientais, de cooperação e de fornecer informação, participação e acesso à justiça.

com o facto de esta acção publicitária servir, no final, de mote para uma maior sensibilização das autoridades e social quanto às AC, não se pode deixar de questionar esta prática activista, até pelo já mencionado risco de banalização e fragmentação dos Direitos Humanos, em especial com o apelo a uma legitimação de um direito a um clima estável²⁹.

Na lógica de consciencialização e sinal dos tempos aparece a questão da adaptação. Com efeito, o reconhecimento da irreversibilidade das AC muda as agulhas da mitigação (esforço que, no entanto, se terá que manter para evitar uma subida da temperatura superior a 1,5°C) para a adaptação. Tanto é mais importante para os Estados e populações mais vulneráveis e expostas, em particular em PVD e PMD, como o Paquistão, e em países insulares como os do Pacífico. Nestes últimos, como em Kiribati, Tuvalu ou Vanuatu, as ameaças ao território com a sua submersão (e que têm levado à compra de terra na Austrália) suscitam um ataque à própria materialidade e existência do Estado e consequente elo de cidadania e identidade cultural.

O maior impacto directo no quotidiano dos cidadãos pode ajudar a explicar por que razão os indivíduos apresentam uma representação mais significativa como queixosos nos processos climáticos relativos à adaptação, ao contrário da mitigação. Todavia não deixa de ser algo paradoxal que a litigância climática, que visa sobretudo salientar e defender os mais vulneráveis e acautelar os seus Direitos, dificilmente possa ser uma ferramenta utilizada por estes devido à sua própria vulnerabilidade (económica, social, educacional) e das instituições dos países onde vivem ou de onde são originários, incluindo a barreira que constituem os custos judiciais. A solução da sua representação por organizações não-governamentais sofre à partida, no âmbito de um argumentário de Direitos Humanos, de limitações quanto ao estabelecimento donexo causal e dos danos, como resulta, designadamente, do caso Urgenda, para além de questões de legitimidade processual que, ainda assim, vêm sendo ultrapassadas em tribunal na esmagadora maioria dos casos aqui apresentados.

Uma outra via que se começa a explorar gradualmente prende-se com os danos futuros e justiça intergeracional e consequentemente com a sua legitimidade

²⁹ Em resposta à opção desregulatória da Administração Trump têm surgido nos Estados- Unidos processos judiciais que de forma inovadora, na sequência da aplicação da public trust doctrine com o argumento de dever soberano do Estado em preservar a integridade do seu ambiente e recursos naturais, incluindo o clima, procuram o reconhecimento de um direito a um clima estável (SETZER & BYRNES, 2019)

processual. Este caminho tem levado a que surjam (e sejam aceites), em tribunal, jovens (ou organizações de jovens) na representação das gerações vindouras (ex. ENVironnement JEUnesse v. Canada; Future Generations; Greenpeace Nordic Ass'n and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy - Noruega), assim como famílias (ex. People's Climate; Family Farmers and Greenpeace Germany v. Germany) ou mulheres como símbolos de grupos particularmente vulneráveis (ex. Maria Khan et al. v. Federation of Pakistan et al.; Union of Swiss Senior Women for Climate Protection v. Swiss Federal Council and Others) (BÄHR et al. 2018), tal como povos indígenas (ex. Inuit; Athabaskan Peoples³⁰). Na maioria dos processos, as queixas são apresentadas por organizações não-governamentais e não tanto por pessoas individuais, ainda que também haja registo de algumas, assim como de cidades e estados federados e, de preferência, contra Estados (Governos, Administração, poder legislativo, político e administrativo) mais do que contra empresas (em regras do sector energético – petróleo e carvão) ou outros agentes económicos particulares, por facilitar e concentrar a litigância (SETZER & BYRNES, 2019).

Como se defendeu acima, a abordagem dos Direitos Humanos assemelha-se complexa devido às especificidades da questão climática, com a dificuldade de responsabilização, prova, jurisdição ou representação processual. Ao aceitar e conferir-se um estatuto de especial mérito à causa da violação dos Direitos Humanos no âmbito das AC, procura-se, enfim, como se alertou supra, aligeirar e agilizar o ónus da prova, a determinação dos danos e do nexa causal, flexibilizando a responsabilidade com base científica, independentemente das incertezas associadas, o que pode ser contraproducente e perigoso. Da mesma forma, nada garante que as decisões judiciais sejam efectiva e correctamente executadas, como revela o caso Future Generations ou a instituição proactiva pelo Tribunal, no caso Ashgar Leghari, de uma comissão de acompanhamento.

Ademais, o litígio é amiúde um processo longo, oneroso e arriscado. Pode mesmo resultar num retrocesso político ou na violação ou limitação de Direitos Humanos. Por exemplo, quando a decisão judicial exige uma maior mitigação climática, tal pode acarretar soluções de geoengenharia ou de energias renováveis como barragens ou parques eólicos e solares, o que pode gerar o deslocamento de comunidades para a sua construção. Ou seja, os queixosos podem ver-se como

³⁰Petição à Comissão Inter-Americana de Direitos do Homem para procurar alívio das violações dos Direitos dos Povos Athabaskan resultantes do rápido aquecimento e degelo do Ártico causados pelas emissões de carvão negro pelo Canadá.

alvo (estratégico) de processos judiciais, num volte-face paradoxal, de forma a limitar a sua intervenção (SETZER & BYRNES, 2019).

Acresce que um recentramento da litigância climática em torno dos Direitos Humanos, e de processos mediáticos, restringe de forma excessiva a dimensão transversal e multifacetada das AC, desviando a atenção de aspectos e questões que, pese embora mais ou menos invisíveis, são igualmente importantes. Nem todos os problemas levantados pelas AC podem ou devem ser tratados numa perspectiva dos Direitos Humanos. (BOUWER, 2018)

Por outras palavras, a via dos Direitos Humanos deve ser bastante cautelosa. Importa, portanto, que os litigantes meçam cuidadosamente quais os novos casos a avançar e em que termos, ponderando os seus impactos potenciais no contexto mais amplo do activismo e acção climáticos e dos Direito Humanos.

Quanto a este último aspecto, veja-se que ao contrário da litigância tradicional em matéria de Direitos Humanos, os casos tipo Urgenda aqui referenciados são em regra bastante mais vagos: reportam-se muitas vezes a danos futuros, difíceis de apurar e concretizar; não envolvem riscos bem delimitados (ex. seca, inundações, fogos) nem amiúde uma actividade ou operador específicos causadores de AC; nem sequer recortam e identificam, por via de regra, de forma detalhada, as vítimas e as violações que sofreram, sofrem ou sofrerão (quais, em que medida, consequências) (LEIJTEN, 2019). Nestes termos, as diferenças com o acervo típico da litigância de Direitos Humanos podem tanto enriquecer a dogmática dos Direitos Humanos como, por outro, enfraquecê-la, nomeadamente na definição das obrigações positivas impostas aos Estados na protecção e efectivação dos direitos.

Talvez, querendo manter este discurso, seja preferível a via dos direitos procedimentais, sobretudo no âmbito da adaptação, como já iniciado pelo Tribunal Internacional de Justiça no plano ambiental, mormente nos acórdãos Gabčíkovo–Nagymaros e Paper Mills, focando-se, em vez de em grandes princípios jurídicos ambientais como a precaução ou o desenvolvimento sustentado - que teima, aliás, em não assumir claramente -, num direito à informação, à participação e audição ou na avaliação de impacto ambiental, na esteira dos casos Third Runway e Earthlife Africa Johannesburg. A mesma tendência pode igualmente ser observada na litigância climática junto do Tribunal Europeu de Direitos do Homem

(LEIJTEN, 2019). Os números de litigância climática em termos internacionais³¹ apontam mesmo que esta poderá ser a melhor estratégia por permitir uma maior concretização e apuramento de violações, além de um maior envolvimento e mobilização cívica e reforço de uma governança democrática, fundamentais para a operacionalização dos direitos fundamentais substantivos. O seu potencial reside designadamente em serem mais facilmente implementáveis e levantarem menos controvérsias no plano de aspectos públicos e políticos das decisões judiciais ou do seu recorte ou conflito com outros direitos (COLOMBO, 2017). Ou seja, os direitos procedimentais, a começar pelo próprio acesso aos tribunais, com base no Princípio 10 da Declaração do Rio, poderão constituir um verdadeiro cavalo de Tróia para o cumprimento de direitos substantivos no âmbito da litigância climática (COLOMBO, 2017).

No fim, apesar da importância do papel desempenhado pelos tribunais, reitere-se: as decisões judiciais não são, nem podem ser, principalmente em países com uma separação mais estrita de poderes, substitutas de uma política robusta sobre o aquecimento global com implicações político-legislativas e orçamentais, cuja ausência dá, de contrário, mote a litigância e a progressos lentos (BÄHR et al., 2018). É diferente ter a relação entre AC e Direitos Humanos estabelecida no Comentário do Comité Geral das Nações Unidas³² ou tê-la definida numa decisão judicial (LEIJTEN, 2019). Tanto é mais verdade que, qualquer que seja o enfoque da litigância climática (regulatório, indemnizatório ou Direitos Humanos), a estratégia não parece produzir efeitos práticos relevantes para lá do tribunal, pese embora seja necessária mais investigação e análise dos seus impactos quantitativos e qualitativos. Aliás, os esforços desregulatórios e reactivos contra a acção climática, em particular muito evidentes na Administração Trump, têm conduzido a um número significativo de processos nos Estados- Unidos com pedidos e desfechos nem sempre favoráveis à luta climática (SETZER & BYRNES, 2019); ADLER (2019).

Trata-se, portanto, de um sinal a não menosprezar. Da mesma forma, como resulta da Administração Trump, nada impede que os avanços regulatórios conseguidos pelo mediatismo (d)e decisões judiciais não sejam revertidos por um Governo posterior. Em suma, não há soluções miraculosas nem perenes. A luta

31 <http://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/?cn-reloaded=1>

32 UN Human Rights Committee General Comment No. 36 (n 1). https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/I_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf

contra as AC terá que ser levada a cabo, continuamente, dentro e fora dos tribunais, fazendo uso de uma caixa diversificada de ferramentas em que a litigância (com ou sem base nos Direitos Humanos) será apenas mais um instrumento, ainda que importante, usado quando adequado e eficiente (VARVASTIAN, 2019; PRESTON, 2016).

Referências

ADLER, Dena. **US climate change litigation in the age of Trump: Year two**, Sabin Centre for Climate Change Law, Columbia Law School, 2019. Disponível em <<http://columbiaclimatelaw.com/files/2019/06/Adler-2019-06-US-Climate-ChangeLitigation-in-Age-of-Trump-Year-2-Report.pdf>>

ALLEN, Miles. *Liability for Climate Change: Will It ever Be Possible to Sue Anyone for Damaging the Climate?*, **Nature**, Vol. 421, 892, 2003.

AVERILL, Marilyn. *Linking climate litigation and human rights*, **Review of European Community & International Environmental Law**, 2009.

BAERE. Geert de; RYNGAERT, Cedric. *The ECJ's Judgment in Air Transport Association of America and the International Legal Context of the EU's Climate Change Policy*, **European Foreign Affairs Review**, Vol. 18, n.º 3, 2013.

BÄHR, Cordelia Christiane et al. *KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation*, **Journal of Human Rights and the Environment**, Vol. 9, n.º 2, 2018.

BLUMM, Michael C.; WOOD, Mary Christina. *No Ordinary Lawsuit: Climate Change, Due Process, and the Public Trust Doctrine*, **American University Law Review**, Vol. 67, n.º 1, 2017.

BOUWER, Kim. *The unsexy future of climate change litigation*, **Journal of Environmental Law**, 2018.

BRADFORD, C. Mank. *Standing on Global Warming: Is Injury to All Injury to None?*, **Environmental Law**, Vol. 35, n.º 1, 2005.

BRIDGEMAN, Natalie L. *Human Rights under the ATCA as a Proxy for Environmental Claims*, **Yale Human Rights & Development Law Journal**, Vol 6, n.º 1, 35-36, 2003.

COLOMBO, Esmeralda Colombo. *Enforcing International Climate Change Law in Domestic Courts: A New Trend of Cases for Boosting Principle 10 of the Rio Declaration*, UCLA, **Journal of Environmental Law & Policy**, Vol. 35, n.º 1, 101-102, 2017.

EBEKU, Kaniye S. A. *Constitutional right to a healthy environment and human rights approaches to environmental protection in Nigeria: Gbemre v. Shell revisited*, **Review of European Community & International Environmental Law**, Vol. 16, n.º 3, 2007.

FERREIRA, Patrícia G. *Common but Differentiated Responsibilities in the National Courts: Lessons from Urgenda v. The Netherlands*, **Transnational Environmental Law**, Vol. 5, n.º 2, 2016.

FISHER, Elizabeth. *Climate Change Litigation, Obsession and Expertise: Reflecting on the Scholarly Response to Massachusetts v. EPA*, **Law & Policy**, Vol. 35, n.º 3, 2013.

GATMAYTAN, Dante B. *The Illusion of Intergenerational Equity: Oposa v. Factoran as Pyrrhic Victory*, **Georgetown International Environmental Law Review**, Primavera, 2003.

GOLDBERG, Daniel. **Global Warming and Human Rights, Testimony before IACHR**, CIEL, 2007.

GROSSMAN, David A. *Warming Up to a not-so-Radical Idea: Tort-Based Climate Change Litigation*, **Columbia Journal of Environmental Law**, Vol. 28, 2003.

HAVEL, B.; MULLIGAN, J. *The Triumph of Politics: Reflections on the Judgment of the Court of Justice of the European Union Validating the Inclusion of Non-EU Airlines in the Emissions Trading Scheme*, **Air and Space Law**, Vol. 37, n.º 3, 2012.

HOUK, Oliver A. *Light from the Trees: The Story of Minors Oposa and the Russian Forest Cases*, Bepress Legal Series, Paper n.º 1641, 2006.

HUNTER, David B. *The Implications of Climate Change Litigation for International Environmental Law-Making*, **Washington College of Law Research Paper** n.º 2008-14, 5-8.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. *Climate change and Human Rights: a rough guide*. ICHR. Versoix, 2., 2008.

KOZIEL, T. (2012). *Extraterritorial Application of EU Environmental Law – Implications of the ECJ’s Judgment in Air Transport Association of America*, **The Columbia Journal of European Law Online**, 2012.

LEIJTEN, Ingrid Leijten. *Human rights v. Insufficient climate action: The Urgenda case*, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, 2019.

LIN, Jolene Lin. *Climate Change and the Courts*, **Legal Studies**, Vol. 32, n.º 1, 2012.

MARKELL, David Markell; RUHL, J. B. *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, **Florida Law Review**, Vol. 64, n.º 1, 2012.

McCORMICK, Sabrina. McCormick et al. *Strategies in and outcomes of climate change litigation in the United States*, **Nature Climate Change** 8, 2019, 829–833.

MILLS, Meryl Eschen. *The Global Warming Case: Massachussets v. EPA*, **Sustainable Development Law & Policy**, Vol. VII, n.º 2, 2007.

NORDHAUS, William D. **The Climate Casino: Risk, Uncertainty, and Economics for a Warming World**. Yale University Press, 2013.

_____. **Warming the World: Economic Models of Global Warming**, The MIT Press 2013.

_____. *An Optimal Transition Path for Controlling Greenhouse Gases*, **Science**, n.º 258, 1992.

_____. *Reflections on the economics of climate change*, **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 7, n.º 4, 1992.

OSOFSKY, Hari M. *Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous Peoples’ Rights*, **American Indian Law Review**, Vol. 31, 2007.

OSOFSKY, M. *The Continuing Importance of Climate Change Litigation*, **Climate Law**, n.º 1, : 3-29, 2010.

_____. *The Geography of Climate Change Litigation: Implications for Transnational Regulatory Governance*, **Washington University Law Review**, Vol. 83, n.º 6, 1835-1838, 2005.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, H. M. *A rights turn in climate change litigation?*, **Transnational Environmental Law**, Vol. 7, n.º 1, 2008.

_____. *Climate Change Litigation's Regulatory Pathways: A Comparative Analysis of the United States and Australia*, **Law & Policy**, Vo. 35, n.º 3, 2013.

PEEL, Jacqueline; JIN, Jolene Lin. *Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South*, **American Journal of International Law**, Vol. 113, n.º 3, 2019.

POSNER, Eric A. (2007). *Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal*, **John M. Olin Law & Economics Working Paper** n.º 329, University of Chicago, Chicago.

SACHS, Wolfgang. *Climate Change and Human Rights, Interactions between Global Change and Human Health*, **Scripta Varia** n.º 106, Vatican, 2006.

SARAIVA, Rute Neto Cabrita e Gil. **A herança de Quioto em clima de incerteza: análise jurídico-económica do mercado de emissões num quadro de desenvolvimento sustentado**. Tese de doutoramento. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009

SETZER, Joana; BYRNES, Rebecca. Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot, Policy report, **Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy**, London School of Economics and Political Science, Londres, 1, 35, 2019.

SIERRA, S. A. (2019). The Colombian government has failed to fulfill the Supreme Court's landmark order to protect the Amazon, **Dejusticial**, 2019. Disponível em <https://www.dejusticia.org/en/the-colombiangovernment-has-failed-to-fulfill-the-supreme-courts-landmark-order-to-protect-the-amazon/> >

STRAUSS, A. L. The Legal Option: Suing the United States in International Forums for Global Warming Emissions, **Environmental Law Reporter**, n.º 33, 2003.

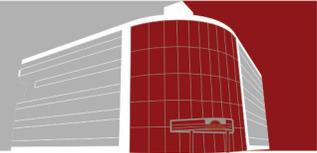
VARVASTIAN, S. (2019); PRESTON, Brian J. (2016). The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change, **Journal of Environmental Law**, Vol. 28, n.º 1, 11, 2019.

_____. *The Human Right to a Clean and Healthy Environment in Climate Change Litigation*, **MPIIL Research Paper Series** n.º 2019-09, 7, 2019.

WAGNER, M. M. *Global Warming and Human Rights, Testimony before IACHR*, Earthjustice, 2007a

WATT-CLOUTIER, Sheila. **Global Warming and Human Rights**, IACHR & CIEL, 2007.

WOOD, Mary Christina; WOODWARD, Charles W. Woodward IV. *Atmospheric Trust Litigation and the Constitutional Right to a Healthy Climate System: Judicial Recognition at Last*, **Washington Journal of Environmental Law and Policy**, Vol. 6, n.º 2, 2016.



Pessoas com deficiência: breves notas sobre sua terminologia, seu conceito jurídico e sua disciplina constitucional no Brasil

Disabled people: brief notes about their terminology, their legal concept, and their constitutional discipline in Brazil

Personas con discapacidad: breves apuntes sobre su terminología, su concepto legal y su disciplina constitucional en Brasil

Felipe Schmidt¹

RESUMO

O estudo aborda a evolução da terminologia, do conceito jurídico e do tratamento conferido pelas Constituições brasileiras aos direitos da pessoa com deficiência. Aponta que foram afastados designações e conceitos preconceituosos, excludentes e discriminatórios, que relacionavam a deficiência com alguma falta ou falha, em favor de outros que a relacionam com dificuldades de interação da pessoa com o meio circundante. Evidencia que a disciplina constitucional da proteção à pessoa com deficiência pouco avançou até 1978, com a edição da Emenda n. 12 à Constituição de 1967, que foi a primeira a prever direitos fundamentais especificamente voltados àquelas pessoas. Aduz que a Constituição de 1988 ampliou a proteção aos interesses das pessoas com deficiência, às quais conferiu

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, em 2000, Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI e Doutorado em andamento na mesma área. Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina. E-mail: felipeschmidt@mpsc.mp.br. CV: <<http://lattes.cnpq.br/0978563574294746>> Orcid n° 0000-0002-8798-9207.

novos direitos fundamentais, tendo sido reforçada pela Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, versantes sobre direitos humanos, incorporada à ordem jurídica brasileira com estatura de emenda constitucional.

Palavras-chave: *Pessoas com deficiência; conceito jurídico; disciplina constitucional; direito brasileiro; Convenção de Nova Iorque.*

ABSTRACT

The study addresses the evolution of terminology, the legal concept and the treatment conferred by the Brazilian Constitutions on the rights of persons with disabilities. It points out that prejudicial, exclusionary and discriminatory designations and concepts have been excluded, which related the deficiency to some lack or failure, in favor of others who relate it to difficulties of interaction of the person with the surrounding environment. It shows that the constitutional discipline of the protection of persons with disabilities has not advanced until 1978, with the edition of Amendment n. 12 to the 1967 Constitution, which was the first to provide fundamental rights specifically aimed at those people. Notes that the 1988 Constitution broadened the protection of the interests of persons with disabilities, which it has given new fundamental rights and has been strengthened by the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, with a constitutional amendment.

Keywords: *Disabled people; legal concept; constitutional discipline; brazilian law; New York Convention.*

RESUMEN

El estudio aborda la evolución de la terminología, del concepto jurídico y del trato conferido por las Constituciones brasileñas a los derechos de la persona con discapacidad. En el caso de las personas con el medio circundante, las personas con el medio circundante, en el caso de las personas con el medio circundante, se apartaron de las designaciones y conceptos preconcebidos, excluyentes y discriminatorios, que relacionaban la discapacidad con alguna falta o falla, en favor de otros que la relacionan con dificultades de interacción de la persona con el entorno circundante. Evidencia que la disciplina constitucional de la protección a la persona con discapacidad poco avanzó hasta 1978, con la edición de la Enmienda n. 12 a la Constitución de 1967, que fue la primera en prever derechos fundamentales específicamente dirigidos a aquellas personas. Adición de que la Constitución de

1988 amplió la protección de los intereses de las personas con discapacidad a las que concedió nuevos derechos fundamentales y fue reforzada por la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, que versan sobre derechos humanos, el ordenamiento jurídico brasileño con estatura de enmienda constitucional.

Palabras clave: *Personas con deficiencia; concepto jurídico; disciplina constitucional; derecho brasileño; Convención de Nueva York.*

Introdução

O presente estudo aborda a evolução da terminologia, do conceito jurídico de pessoa com deficiência e do tratamento conferido pelas Constituições brasileiras aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

A análise de tais questões é relevante por constituir pressuposto para a adequada compreensão e a eficaz tutela dos direitos fundamentais daquelas pessoas, matéria que passou a se revestir de maior relevância e atualidade no país a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015).

Outrossim, o estudo traz a lume elementos de base (conceito jurídico e tutela constitucional) que se afiguram necessários para superar a visão ora assistencialista, ora discriminatória, ainda em voga acerca dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Para tanto, o texto principia com a análise da terminologia e do conceito jurídico de pessoa com deficiência, à luz da doutrina e da legislação. Em seguida, o trabalho tece considerações acerca do tratamento constitucional conferido aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência no Brasil, desde a Constituição Imperial até a Constituição vigente.

1 sobre a terminologia e o conceito jurídico de pessoa com deficiência

Ao longo do tempo, diversas designações foram utilizadas em Direito para indicar as pessoas com deficiência, como “loucos de todo o gênero”, “excepcional”, “inválido”, “deficiente”, “pessoa portadora de deficiência”, “pessoa portadora de necessidades especiais” e “pessoa com deficiência”.

No dizer de Silva (2009, p. 117), “algumas dessas expressões e palavras realçam a incapacidade, outras, mais a noção de deficiência e algumas sequer

chegam a mencionar a deficiência, usando de eufemismo.” Para Leite (2007, p. 106), “muitos termos ou denominações utilizadas nos revelam concepções equivocadas ou enraizadas em preconceitos.”

A expressão “loucos de todo o gênero” era utilizada pelo Código Civil de 1916 (art. 5º, II) para designar pessoas absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, notadamente, aquelas que tinham algum distúrbio psiquiátrico. Tal dicção, que era vexatória, acabou substituída, no Código Civil vigente, pela referência a “enfermidade ou deficiência mental”, da qual decorra falta de discernimento (art. 3º, II), tendo sido posteriormente suprimida pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto das Pessoas com Deficiência).

Outrossim, os vocábulos “excepcional”, “inválido” e “deficiente” têm conteúdo flagrantemente preconceituoso, pois trazem a ideia de que as pessoas que denominam se encontram fora dos padrões, não são válidas, não são eficientes, e também excludente, porque ressaltam mais as diferenças que as similitudes, em relação aos demais, dos indivíduos que qualificam (LEITE, 2007, p. 107).

A designação “pessoa portadora de deficiência”, a despeito de ter sido utilizada pela Constituição de 1988 e pela Lei n. 7.358/89, também não se revela adequada, uma vez que dá a entender que a deficiência é portada ou carregada pelo indivíduo (DE BONA, 2011, p. 298), como se fosse algo externo e não intrínseco, além de revelar uma contradição, porque na maior parte das vezes as pessoas com deficiência se ressentem de uma falta (física, sensorial ou psicológica), e é paradoxal a noção de carregar consigo (portar) algo que está ausente (FIGUEIREDO, 1997 apud LEITE, 2007, p. 108).

O mesmo se pode dizer da expressão “pessoa portadora de necessidades especiais”, cabendo acrescentar que a ideia de “necessidades especiais” pode compreender outras pessoas ou grupos que precisem de determinado apoio a ser, por vezes, promovido por intermédio de políticas públicas (ARAÚJO, 2007, p. 14), motivo por que essa terminologia se afigura imprecisa.

Assim, a expressão “pessoa com deficiência” se revela atualmente a mais adequada, tendo sido adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, celebrados no âmbito da Organização das Nações Unidas, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, e promulgados no Brasil pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, tendo

sido acolhida pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Examinada, ainda que sucintamente, a adequação da terminologia a ser empregada para designar as pessoas com deficiência, passa-se à sua conceituação, à luz da doutrina e da legislação de regência.

Em sede doutrinária, Ferreira Filho (apud LEITE, 2007, p. 97) assim conceituou o vocábulo “deficiente”: “aqueles que por motivos físicos ou mentais se encontram em situação de inferioridade em relação aos chamados normais.”

Já Pontes de Miranda (2003 apud LEITE, 2007, p. 98) formulou o seguinte conceito: “pessoas que, por falta ou defeitos físicos ou psíquicos, ou por procedência anormal (nascido, por exemplo, em meio perigoso), precisam de assistência.”

Tais conceitos doutrinários são anteriores à Constituição de 1988, mas mesmo assim, e a despeito da envergadura dos juristas que os formularam, merecem severa crítica, porque consideram a deficiência como uma situação de inferioridade e anormalidade, o que não se coaduna com o tratamento dado à matéria após aquele texto constitucional.

Na doutrina posterior à Constituição de 1988, Patrícia Tuma Martins Bertolin traz conceito proposto por membros do Ministério Público do Trabalho que atuam na defesa de pessoas com deficiência:

Pessoa portadora de deficiência é toda aquela que sofreu perda, ou possua anormalidade, de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que venha gerar uma incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o homem, podendo a gênese estar associada a uma deficiência física, auditiva, visual, mental, quer permanente, quer temporária. (BERTOLIN, 2006, p. 1063).

A concepção de Samir Dib Bachour é ainda mais adequada, porque relaciona a deficiência com as dificuldades de interação da pessoa com o meio circundante:

Partindo-se da evolução atual do conceito de deficiência, que a correlaciona às barreiras existentes na interação de certas pessoas com o meio, se há insuficiência ou falha, a deficiência consiste justamente na remoção destes óbices.

A percepção por esta outra perspectiva retira a conotação negativa que recai sobre a pessoa e a desloca para a insuficiência da adaptação do meio à

diversidade das necessidades de todos aqueles que integram a coletividade. (BACHOUR, 2011, p. 30).

Assim, a doutrina jurídica evoluiu na conceituação do que seja pessoa com deficiência, notadamente após a Constituição de 1988, tendo em vista que passou de uma compreensão inicialmente discriminatória para outra inclusiva daquelas pessoas, despida da conotação negativa antes existente.

No que se refere à legislação de regência da matéria, a Constituição de 1988 originalmente não conceituou pessoas com deficiência, e apenas após sua edição incorporou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, que traz a definição daquelas pessoas, adiante enunciada.

Contudo, em sede infraconstitucional, há diversas definições de pessoas com deficiência em leis e decretos regulamentares.

Assim, a Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), versando sobre o Benefício de Prestação Continuada (BPC), em seu art. 20, §2º, com redação da Lei n. 12.470/2011, dispõe:

Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Já a Lei n. 8.989/95, que isenta as pessoas com deficiência do pagamento de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) quando da aquisição de veículos automotores, em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, incluídos pela Lei n. 10.690/03, preceitua:

[...] é considerada também pessoa portadora de deficiência física aquela que apresenta alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções. [...] é considerada pessoa portadora de deficiência visual aquela que apresenta acuidade visual igual ou menor que 20/200 (tabela de Snellen) no melhor olho, após a melhor correção, ou campo visual inferior a 20º, ou ocorrência simultânea de ambas as situações.

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, com redação dada pelo Decreto n. 5.296, de 2

de dezembro de 2004, conceitua pessoa com deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 600; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

O Decreto n. 6.214, de 26 de setembro de 2007, Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, dispõe, em seu art. 4º, II, que, para fins de reconhecimento do direito ao referido benefício, considera-se:

pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Araújo, versando sobre conceitos de pessoas com deficiência, trazidos por decreto regulamentar, sustenta o seguinte:

O Decreto regulamentar, pelo nosso entendimento, não poderia ter definido quem é pessoa portadora de deficiência, ou seja, quem está enquadrado pelo benefício constitucional da proteção. No caso, somente a lei poderia criar direitos e obrigações. O Decreto teria apenas a função de operacionalizar a

lei. [...] Dessa forma, o Decreto regulamentar foi além de sua tarefa precípua, qual seja, tornar operacionalizável a lei. Ele foi adiante e definiu quem é pessoa com deficiência, o que a lei genérica (não a de escopo próprio, cuidando de tema específico) não fez, diga-se de passagem. Ao assim agir, ultrapassou os limites da legalidade, criando hipótese que contemplou direitos e obrigações por Decreto, sendo que o tema é reservado à lei. (ARAÚJO, 2007, p. 16-17).

Sem prejuízo de tal lição, tem-se que todos esses conceitos de pessoa com deficiência, quer fixados por lei, quer por decreto, devem ser atualmente compreendidos à luz do art. 2º, caput, do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015):

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É que esse preceptivo legal, que traz um conceito que se pode considerar “geral” de pessoa com deficiência, não revogou os conceitos antes dispostos, de caráter “setorial” (ou seja, aplicável ao IPI, ao BPC etc.), pois quando o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015) quis revogar disposições pretéritas o fez expressamente, o que não ocorreu quanto ao ponto sob exame (FARIAS, 2016, p. 23).

Tal dispositivo repete, quase em sua integralidade, o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, diploma normativo promulgado pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que inspirou a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015) (FARIAS, 2016, p. 22) e traz em seu art. 1º a seguinte definição:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Cumprе anotar que tal convenção, porque versante sobre direitos humanos, foi incorporada ao vigente texto constitucional após ter sido submetida ao procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República (aprovação por cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação em cada uma, por três quintos dos votos dos membros de cada casa).

Mas a Convenção e seu Protocolo Facultativo, ademais de ter fixado o conceito acima transcrito, reconheceram o que segue:

[...] que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]

Nessa linha, o conceito de pessoa com deficiência a ser atualmente empregado é aquele que consta da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, albergado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015), não somente por ter estatura de norma constitucional, mas por sua maior adequação, pois não divisa a deficiência sob enfoque discriminatório, médico ou assistencialista, mas sob o prisma da maior dificuldade de interação da pessoa com o meio circundante e das consequências daí decorrentes, o que preserva a dignidade da pessoa com deficiência.

Compreendido o que é pessoa com deficiência para efeito de sua tutela jurídica, passa-se à abordagem do tratamento dado à matéria pelas Constituições brasileiras.

2 Sobre a disciplina constitucional da tutela das pessoas com deficiência no Brasil

No Brasil, quanto à disciplina constitucional da matéria afeta à proteção às pessoas com deficiência pouco se avançou até 1978.

Com efeito, a Constituição Imperial de 1824 apenas previu o direito à igualdade, no art. 179, XIII.

A Constituição de 1891, ademais de prever o direito à igualdade, no art. 72, §2º, inseriu em seu texto o direito à aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos, no art. 75.

A Constituição de 1934 previu o direito à igualdade no art. 113, I, o direito à aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos, no art. 170, §§ 5º e 6º, e trouxe “um embrião do conteúdo do direito à integração social da pessoa deficiente” (ARAÚJO, 1994, p. 67), ao dispor, no art. 138, o seguinte:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurará coordenar; b) estimular a educação eugênica; [...]; e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

A Constituição de 1937 seguiu a mesma linha de sua antecessora, prevendo o direito à igualdade no art. 122, I, o direito à aposentadoria dos funcionários públicos por invalidez, no art. 156, alíneas “e” e “f”, e, de modo genérico, em seu art. 127, o seguinte:

Art 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

A Constituição de 1946 tornou a prever o direito à igualdade, no art. 141, §1º, previu o direito à previdência ao trabalhador que se tornar inválido, no art. 157, XVI, e a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, no art. 191, I.

A Constituição de 1967 novamente previu o direito à igualdade, no art. 150, §1º, o direito à previdência ao trabalhador que se tornar inválido, no art. 158, XVI, e a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, no art. 101, I, b.

A Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967 dispôs sobre o direito à igualdade no art. 153, §1º, a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, no art. 102, I, b, e o direito à previdência social aos trabalhadores inválidos, no art. 165, XVI. Em seu art. 175, §4º, dispôs sobre a educação de excepcionais.

Foi a Emenda Constitucional n. 12 à Constituição de 1967, de 17 de outubro de 1978, que “trouxe a maior e mais expressiva inovação em relação à proteção específica das pessoas com deficiência, fazendo prever os direitos a não discriminação, ao acesso ao trabalho, à educação especial, à assistência e à

acessibilidade.” (HIDALGO, 2011, p. 98). O referido ato normativo foi redigido nos seguintes termos:

Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; III- proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Acerca da disciplina constitucional dos direitos das pessoas com deficiência nesse período, leciona Araújo (1994, p. 69):

Na realidade, a inserção da proteção específica dos direitos das pessoas portadoras de deficiência só surgiu após a efetivação dos direitos sociais nos diplomas constitucionais modernos. Como já visto, é a partir da Segunda Guerra Mundial que se verifica a necessidade das “prestações positivas do Estado”, momento em que, diante da quantidade de vítimas do conflito, surge a necessidade de proteger a pessoa portadora de deficiência. No quadro constitucional brasileiro, a consagração só surgiu em 1978.

A Constituição de 1988, rompendo o padrão adotado por suas antecessoras, ampliou significativamente a proteção aos interesses das pessoas com deficiência, pois previu direitos não constantes da Emenda n. 12 à Constituição de 1967 e os disciplinou de modo pormenorizado, em disposições que permeiam praticamente todo o seu texto.

Já no seu preâmbulo, a Constituição preceitua que o Brasil é um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, a igualdade e a justiça, entre outros valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Em que pese não tenha força normativa e não integre propriamente o texto constitucional (MORAES, 2012, p. 17), o preâmbulo revela as intenções do constituinte e os valores que balizam a Constituição. Ademais, o conteúdo do preâmbulo serve de elemento de interpretação e integração do texto constitucional (MORAES, 2012, p. 18).

Quanto aos princípios fundamentais, a Constituição preceitua que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, II, III e IV), que prevê, entre seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV) e que se rege nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

No que se refere aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 consagrou o direito à igualdade, no art. 5º, caput, de forma genérica, e no art. 7º, XXXI, de forma especificamente voltada ao trabalhador com deficiência, conforme segue:

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:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência [...]

Ainda em sede de direitos fundamentais, a Constituição da República prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.” (art. 5º, XLI).

No que diz respeito à organização do Estado, a Constituição de 1988 previu, em seu art. 23, II, que é competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”, e em seu art. 24, XIV, que é competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.” Ressalte-se que também cabe ao Município, no que se refere ao interesse local, legislar sobre essas matérias (art. 30, I).

Quanto à disciplina da Administração Pública, a Constituição de 1988 preceituou em seu art. 37, VIII, que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.” Ademais, na forma do art. 40, §1º, I, os servidores públicos serão aposentados “por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.”

No título destinado à Ordem Social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), quando

disciplinou a previdência social, dispôs que esta cobrirá, entre outros, o evento de invalidez (art. 201, I), e quando tratou da assistência social previu, entre seus objetivos (art. 203), o seguinte:

Art. 203. [...] III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Também no título destinado à Ordem Social, quando versou sobre a educação, a Constituição de 1988 determinou, em seu art. 208, III, que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Ainda no título da Ordem Social, no capítulo destinado à família, à criança, ao adolescente ao jovem e ao idoso, a Constituição de 1988 fez previsões normativas que, por sua natureza, são dirigidas a todas as pessoas com deficiência, e não apenas a crianças, adolescentes, jovens e idosos. Colhe-se de seu art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...] II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. §2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Por fim, no título destinado às Disposições Constitucionais Gerais, em seu art. 244, a Constituição de 1988 previu que “a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo

atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.”

Posteriormente, como visto, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, versante sobre direitos humanos, assinada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, diploma normativo promulgado pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, foi incorporada à Constituição de 1988, após ter sido submetida ao procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República (aprovação por cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação em cada uma, por três quintos dos votos dos membros de cada casa).

Desse modo, o âmbito da proteção constitucional aos interesses das pessoas com deficiência experimentou ampliação, tendo em vista que a Convenção disciplina, entre outras, questões afetas à acessibilidade, vida, igualdade, acesso à justiça, segurança, liberdade, prevenção contra exploração, violência, abuso, tortura, nacionalidade, privacidade, educação, saúde, habitação e trabalho, aspectos cuja análise detalhada desborda os limites deste estudo.

Considerações finais

Ao fim deste estudo, pode-se apontar que houve uma evolução da terminologia e do conceito jurídico de pessoa com deficiência, uma vez que, tanto no âmbito legislativo quanto em sede doutrinária, foram afastadas designações e conceitos preconceituosos, excludentes e discriminatórios, que, em geral, relacionavam a deficiência com alguma falta ou falha, em favor de termos e conceitos que a relacionam com eventuais dificuldades de interação da pessoa com o meio circundante.

Dessa forma, as diversas concepções de pessoa com deficiências constantes da doutrina jurídica e da legislação vigente devem ser preteridas em favor da definição adotada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em Nova Iorque em 30 de março de 2007, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, onde vige com estatura de emenda constitucional, com teor praticamente idêntico (se distinguem por meros detalhes redacionais) ao constante do art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015).

Assim, na linha dessa Convenção e desse Estatuto, pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental,

intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Ademais, ao cabo desta análise também se constata que a disciplina constitucional da proteção às pessoas com deficiência pouco avançou até 1978, com a edição da Emenda n. 12 à Constituição de 1967, que foi a primeira a prever direitos fundamentais especificamente voltados àquelas pessoas. Contudo, a Constituição de 1988, rompendo o padrão adotado por suas antecessoras, ampliou significativamente a proteção aos interesses das pessoas com deficiência, às quais conferiu novos direitos fundamentais, não constantes da Emenda n. 12 à Constituição de 1967, tendo-os disciplinado de modo pormenorizado, em disposições que permeiam todo seu texto.

Tal proteção foi reforçada pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, versantes sobre direitos humanos, assinados em Nova Iorque em 30 de março de 2007, diploma normativo promulgado pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, incorporado à ordem jurídica brasileira com estatura de emenda constitucional, após ter sido submetida ao procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília, Distrito Federal: CORDE, 1994.

BACHOUR, Samir Dib. **Portadores de Necessidades Especiais**. Salvador: Jus Podium, 2011.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. A Discriminação às Pessoas com Deficiência nas Relações de Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: RT, v. 123, jul. 2006.

DE BONA, Ana Paula Kock. Pessoa com Deficiência: Histórico, Denominação e Conceito. **Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**, v. 8, n. 18, jan./jun. 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado**. Salvador: Juspodium, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão (org.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

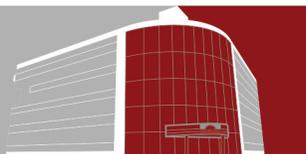
GUGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro (org.). **Deficiência no Brasil: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

HIDALGO, Luiz Henrique Fernandes. **Ações Afirmativas para Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2011.

LEITE, Flávia Piva Almeida. **O município acessível à pessoa portadora de deficiência: o direito à eliminação das barreiras arquitetônicas**. São Paulo: RCS, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Eduardo Jannone da. **Tutela jurídica do direito à saúde da pessoa portadora de deficiência**. Curitiba: Juruá, 2009.



Proposta para a prática da mediação de conflitos pela Constelação Familiar na esfera judiciária tocantinense

Proposal for the practice of conflict mediation by the Family Constellation in the tocantinense judicial scope

Propuesta para la práctica de mediación de conflictos por la Constelación Familiar en el alcance judicial tocantinense

Juliana Silva Marinho Guimarães¹

RESUMO

Este texto analisa a eficácia do método psicoterapêutico das Constelações Sistêmicas Familiares como proposta alternativa de resolução de conflitos na justiça estadual tocantinense. Em especial, focaliza-se o estudo nos núcleos de conciliação e mediação de acordo com os moldes propostos pela justiça restaurativa, a partir do uso do método na fase pré-processual, mormente em litígios da área de família, sucessão, adoção, contratos, recuperação judicial, como também, na esfera penal, em programa de atendimento humanizado aos reeducandos do sistema prisional do Estado. O estudo aborda também a questão pragmática da aplicação das Constelações Sistêmicas na justiça local e os possíveis resultados esperados.

Palavras-chave: *Mediação; Negociação; Constelação Sistêmica; Atuação; Judiciário.*

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás em 2002, Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito e em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás. Analista Ministerial Especializado do Ministério Público do Estado do Tocantins. E-mail: julianaguimaraes@mpto.mp.br. CV: <<http://lattes.cnpq.br/1578188471602824>> Orcid n.º 0000-0001-8611-2190.

ABSTRACT

This paper analyzes the effectiveness of the psychotherapeutic method of Family Systemic Constellations as an alternative proposal for conflict resolution in Tocantins state justice. In particular, the study focuses on the conciliation and mediation according to the model proposed by the restorative justice, based on the use of the method in the pre-procedural phase, especially in family, succession, adoption, contracts, judicial recovery, as well as in the penal sphere, in a humanized care program for the state prison system reeducators. The study also addresses the pragmatic issue of the application of systemic constellations in local justice and the possible expected results.

Keywords: *Mediation; Negotiation; Systemic Constellation; Performance; Judiciary.*

RESUMÉN

Este artículo analiza la efectividad del método psicoterapéutico de las Constelaciones Sistémicas Familiares como una propuesta alternativa para la resolución de conflictos en la justicia estatal de Tocantins. En particular, el estudio se centra en los núcleos de conciliación y mediación de acuerdo con el modelo propuesto por la justicia restaurativa, basado en el uso del método en la fase previa al procedimiento, especialmente en la familia, la sucesión, la adopción, los contratos, recuperación judicial, así como en la esfera penal, en un programa de atención humanizada para los reeducadores del sistema penitenciario estatal. El estudio también aborda la cuestión pragmática de la aplicación de constelaciones sistémicas en la justicia local y los posibles resultados esperados.

Palabras clave: *Mediación; Negociación; Constelación Sistémica; Desempeño; Poder Judicial.*

Introdução

O Ministério da Justiça implantou no Brasil, em 2004, a justiça restaurativa, cuja técnica é incentivada por todo o país pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como modelo de resolução de conflitos, tendo por base uma lógica não punitiva.

Com uma abordagem diferenciada do fenômeno da violência, o método de solução de conflitos da justiça restaurativa, de acordo com o CNJ, prevê a responsabilização do(s) agressor(es), direta ou indiretamente, além da reparação do dano de uma forma que permita a recomposição dos laços sociais rompidos pela violência.

A justiça restaurativa possibilita a aproximação entre vítima, agressor e demais envolvidos por meio da escuta e do diálogo, no intuito maior de reparar os danos advindos

da transgressão. A técnica visa atender às necessidades de todos os envolvidos, para possibilitar a construção de novos caminhos de convivência e promover a pacificação das relações sociais, muitas vezes de forma mais efetiva do que por meio de uma decisão judicial.

A Lei nº 13.140/2015 também preconiza a mediação, só que de forma extrajudicial, como a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, visando auxiliar e estimular a identificação ou o desenvolvimento de soluções consensuais para a controvérsia.

Nos últimos anos, em especial, a partir da última década do Século XX, profissionais da Psicologia, da Administração e do Direito passaram a refletir sobre a utilização da técnica psicoterapêutica denominada Constelação Sistêmica Familiar (CSF) e sua contribuição para a resolução de conflitos.

O presente texto buscou analisar aspectos técnicos e metodológicos da psicoterapia Constelação Sistêmica Familiar aplicada à justiça restaurativa, sendo dividido em três partes: a primeira apresentou elementos para entendimento do Direito Sistêmico; no segundo momento, abordou-se o funcionamento da Constelação Sistêmica Familiar; na terceira parte trazem-se, como contribuição, propostas para se aplicar as Constelações Sistêmicas Familiares e as mediações no âmbito do Poder Judiciário tocantinense.

1 Breve entendimento do Direito Sistêmico

O elo da terapia sistêmica com o Direito tem forte contribuição na produção científica brasileira de Sami Storch, precursor da utilização das Constelações Familiares no Brasil. Ele conceituou o Direito Sistêmico como aplicação prática da ciência jurídica com um viés terapêutico, utilizando as leis e o direito como mecanismo de tratamento das questões geradoras de conflito, visando à saúde do sistema “doente”, com influência direta dos estudos e práticas de Bert Hellinger, psicoterapeuta alemão (STORCH, 2018, online).

A expressão “Direito Sistêmico”, surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores do amor e da ajuda que regem as relações humanas, segundo a ciência das Constelações Familiares sistêmicas desenvolvida por Hellinger (STORCH, 2018, online), cujas leis do pertencimento, hierarquia e equilíbrio nas trocas são como bússolas no caminho da dissolução do conflito.

O Direito Sistêmico e as Constelações Familiares se propõem a encontrar uma solução abrangente, irrestrita a ambas as partes envolvidas no conflito, na esfera judicial e, às vezes, também fora dela.

O Conselho Nacional de Justiça, em 2010, editou a Resolução n.º 125, para estimular as práticas alternativas que proporcionam tratamento adequado dos conflitos de interesse do Poder Judiciário, implementando a eficácia do direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, além do acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas.

A referida Resolução n° 125/2010, no artigo 1º e parágrafo único, assim regulamentou:

Art. 1º. Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos os direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo Único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Com isso, é de competência do Poder Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, por ocorrerem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais.

De acordo com dados estatísticos no sítio eletrônico do CNJ, a maioria dos Tribunais de Justiça já aplicam as práticas de Constelação Sistêmica Familiar como método alternativo de resolução de conflitos, especialmente os Estados do Paraná, Rio de Janeiro, Goiás, Distrito Federal, Rondônia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Alagoas, Bahia, São Paulo, Pará, Rio Grande do Sul e Amapá (CNJ, 2016, online).

No Estado do Tocantins o método foi conhecido como prática alternativa de resolução de conflitos em março de 2018, quando foi ofertado aos magistrados e servidores do Tribunal de Justiça o Workshop Constelação Familiar, com a Professora Marlies Wiest.

É importante que métodos alternativos de conciliação possam ampliar as possibilidades de autonomia das pessoas no que diz respeito às decisões tomadas por elas mesmas. Isto é, que possam reconhecer o conflito e responsabilizar-se pela parte a que deu causa no processo, tomando consciência da complexidade de sua existência, além de abrir espaço para que todos possam se expressar e ser ouvidos.

Ao trabalhar a temática das Constelações Sistêmicas Judiciárias pode-se perceber nos últimos cinco anos que iniciativas foram realizadas em prol da formação continuada dos integrantes do Poder Judiciário, no Estado do Tocantins e instituições parceiras. O importante a frisar recai na abertura e atualização dos termos, como por exemplo a formação de conciliadores, facilitadores restaurativos, treinamento de Eneagrama², dentre outros.

2 A Constelação Sistêmica Familiar

O estudioso Ignacio Ramonet (2000, p. 13) sugeriu já no início do presente século que viriam a ocorrer nas sociedades severas transformações, nas suas formas de poder autoritárias, hierárquicas e verticais, formas negociadas, reticulares e horizontais, estas mais civilizadas, porém muito mais complexas. Métodos alternativos de resolução de conflitos precisam ter em consideração as mudanças sociológicas, nas quais reside grande parte da eficácia das reformas judiciais.

Nesse contexto, a grande contribuição da Constelação Sistêmica Familiar pode ser a possibilidade de sua efetividade para a mediação ou conciliação, o que pode trazer para uma outra dinâmica de funcionamento do Poder Judiciário.

O conflito entre grupos, pessoas ou internamente em cada indivíduo são provocados em geral por causas mais profundas do que um mero desentendimento pontual, e os autos de um processo judicial dificilmente refletem essa realidade complexa.

Nessas situações, uma decisão ordinária imposta por uma lei ou por uma sentença judicial pode até trazer algum alívio momentâneo, uma trégua na relação desgastada, mas, muitas vezes, não é capaz de solucionar verdadeiramente a questão de trazer paz às pessoas (STORCH, 2018, online).

O Direito Sistêmico, em parceria com a terapia das Constelações Familiares, tem a visão baseada nas ordens superiores da alma e se propõe a encontrar a verdadeira solução para o complexo sistema familiar de ambas as partes envolvidas no litígio. Com isso, pode-se avançar além das questões técnico-jurídicas e alcançar uma área psicossocial com resoluções eficientes sobre as diversas demandas das ciências humanas.

2 Eneagrama é uma figura geométrica de nove pontas, composta por um círculo, um triângulo e uma hexade, que funciona como símbolo processual, usado na compreensão e estudo de qualquer processo contínuo, posto que o fim é sempre o início de um novo ciclo. Oscar Ichazo, filósofo boliviano, estabeleceu a sequência adequada de emoções no símbolo, fazendo mais de 108 eneagramas descrevendo processos e criando o primeiro mapa da psique humana para elevação do nível de consciência.

Existem dinâmicas presentes nos conflitos que necessitam de mais elementos de análise para seu entendimento. Cada parte no conflito tem motivos para ter se envolvido do modo como fez (seja como agressor, vítima, reivindicador ou devedor), e esses motivos podem ter raízes profundas, que não dizem respeito necessariamente à outra parte no processo, mas sim ao passado familiar de cada um, inclusive de gerações anteriores.

Essas dinâmicas “ocultas” são regidas por leis sistêmicas, que Bert Hellinger (criador das Constelações Familiares) denominou de “ordens do amor”. São três leis básicas: direito ao pertencimento, ordem de precedência e equilíbrio entre dar e receber. Dessas três derivam inúmeras outras, que podemos observar em qualquer relacionamento – principalmente quando ocorre a crise ou conflito, decorrente da violação de alguma das leis sistêmicas (STORCH, 2018, online).

As Constelações Familiares são a abordagem por meio da qual Hellinger descobriu a existência dessas ordens, as quais podem ser usadas na Justiça para trazer à tona as raízes ocultas da demanda judicial e os caminhos para a pacificação, evidenciando-se de forma tocante e mobilizadora para as partes envolvidas.

Ressaltam-se duas abordagens da terapia sobre “fenomenologia filosófica” e “fenomenologia psicoterapêutica”, segundo as definições de Hellinger (2001, p. 11), tendo em vista que são essenciais no complexo movimento entre os representantes da Constelação Sistêmica Familiar.

Na fenomenologia filosófica, busca-se a percepção daquilo que é essencial dentre a grande variedade dos fenômenos, na medida em que todos se expõem ao sistema. Esse essencial surge do oculto, como uma energia, e sempre ultrapassa, e muito, o que se poderia excogitar ou deduzir logicamente a partir de premissas ou conceitos. Não obstante, ele nunca se revela totalmente. Permanece envolvido pelo oculto, como cada ser é envolvido por um não-ser (HELLINGER, 2001, p. 11).

Dessa maneira, sobressaem-se os aspectos essenciais da consciência, por exemplo, que ela atua como um órgão de equilíbrio sistêmico, ajudando a perceber imediatamente se encontrou ou não sintonia com o sistema. A boa consciência significa apenas: “posso estar seguro de que ainda pertença ao meu grupo”. E a má consciência significa: “receio não fazer mais parte do grupo”.

Logo, percebe-se que consciência pouco tem a ver com leis e verdades, pois é relativa e varia de um grupo para outro.

A fenomenologia psicoterapêutica evidencia o conhecimento que se abre por meio das Constelações Familiares. Aqui, a pessoa escolhe arbitrariamente, entre os participantes de um grupo, representantes para si próprio e para outros membros significativos de sua família, por exemplo, seu pai, sua mãe e seus irmãos. Estando interiormente centrada, ela posiciona os representantes no recinto, relacionando-os entre si.

Por meio desse processo, a pessoa que está sendo “constelada” é surpreendida por algo que subitamente vem à luz. Isto significa que, no processo da configuração da família, ela entra em contato com um saber que antes lhe estava vedado (HELLINGER, 2001, p. 12).

Nessa prospecção, ainda tem o representante. Logo que é posicionado, começa a sentir-se como a pessoa que representa; às vezes, chega a experimentar sintomas físicos dela. Há casos em que o representante ouve intimamente o nome da pessoa. Tudo isso é experimentado, embora os representantes saibam somente qual é a pessoa que estão representando (HELLINGER, 2001, p. 12).

No trabalho com as Constelações Familiares fica evidente que entre o indivíduo e os membros de seu sistema atua um campo de força que é dotado de saber e o transmite por meio da simples participação, sem mediação externa. E o mais interessante é que também os representantes possam conectar-se com esse conhecimento e com a realidade dessa família, embora nada tenham a ver com ela e nada possam saber sobre ela.

De igual forma se aplica, naturalmente e de modo especial, ao constelador. Mas a condição para isso é que tanto ele quanto o constelado e os representantes estejam dispostos a defrontar-se com a realidade que pressiona por se manifestar e a dizer sim a ela, tal como é, sem intenções, sem medo e sem recorrer a teorias ou experiências anteriores.

Nisso consiste, aliás, a postura fenomenológica aplicada à psicoterapia. Aqui também, a compreensão é obtida por meio da renúncia, do abandono de intenções e medos e do assentimento à realidade, tal como se manifesta. Sem essa postura fenomenológica, sem a concordância com o que se manifesta, sem interpretações, atenuações ou exageros, caso contrário o trabalho com Constelações Familiares fica superficial, sujeito a desvios e destituído de força (HELLINGER, 2001, p. 11-12).

Na metodologia da Constelação, todas as pessoas envolvidas são trabalhadas sob algum aspecto que a liga ao sistema exposto, na medida em que o campo fenomenológico convida para representar aqueles que têm questões conflituais semelhantes em sua ancestralidade. Nem o terapeuta/constelador fica fora do campo, pois a serviço da vida

e com amplo autoconhecimento, não se sobrepõe a ninguém, apenas orienta os que ali estão para representar.

3 As propostas para se trabalhar a mediação na via das Constelações Sistêmicas Familiares no Tocantins

O acesso efetivo à Justiça se coloca como uma norma de direito fundamental, sobretudo em relação ao seu conteúdo de obrigatoriedade e exigibilidade, termo que transcende seu sentido literal, pois também significa o direito ao devido processo “vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz” (SOUZA, 2011, p. 26).

O acesso à justiça é o foco de toda oferta constitucional e legal dos princípios e garantias, oferecendo-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo para garantir-lhes (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal para participar da formação do convencimento do juiz que julgará a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a efetividade de uma participação em diálogo, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 39).

No ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à Justiça é uma norma de direito fundamental com assento constitucional e destaque nos Direitos Humanos, os quais preveem acessibilidade igualitária à ordem jurídica justa, assim como a produção de resultados materialmente justos.

Esse direito nada mais é do que a manifestação de tutela jurisdicional efetiva, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³, cujo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, além de dar ao cidadão o direito à técnica processual adequada a tutela do direito material, igualmente confere a todos o direito de pedir ao Poder Judiciário a tutela dos seus direitos mais mezinhos (MARINONI, 2008, p. 461).

Nas palavras de ALEXY (2008, p. 520), “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”.

3 Artigo 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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

No âmbito filosófico, o acesso à Justiça reflete exatamente a dimensão social ao Estado de Direito, o que significa dar importância aos métodos alternativos de solução de litígios, refletindo o núcleo dessa filosofia política, a mesma que também os pobres fazem jus à representação e informação, também aos grupos, classes, categorias não organizadas etc., todos devem ter acesso às medidas alternativas que possam ajudar a tornar a justiça equitativa e mais acessível (CAPPELLETTI, 1988).

A obtenção da conciliação no processo é a consagração do juiz como pacificador social, relegando a segundo plano a função de mero aplicador da lei (ANDRIGUI, BENETI, 1996, p. 43), e vai ao encontro da desjudicialização⁴ e desburocratização da efetivação dos direitos, uma nova faceta do movimento pelo acesso à Justiça.

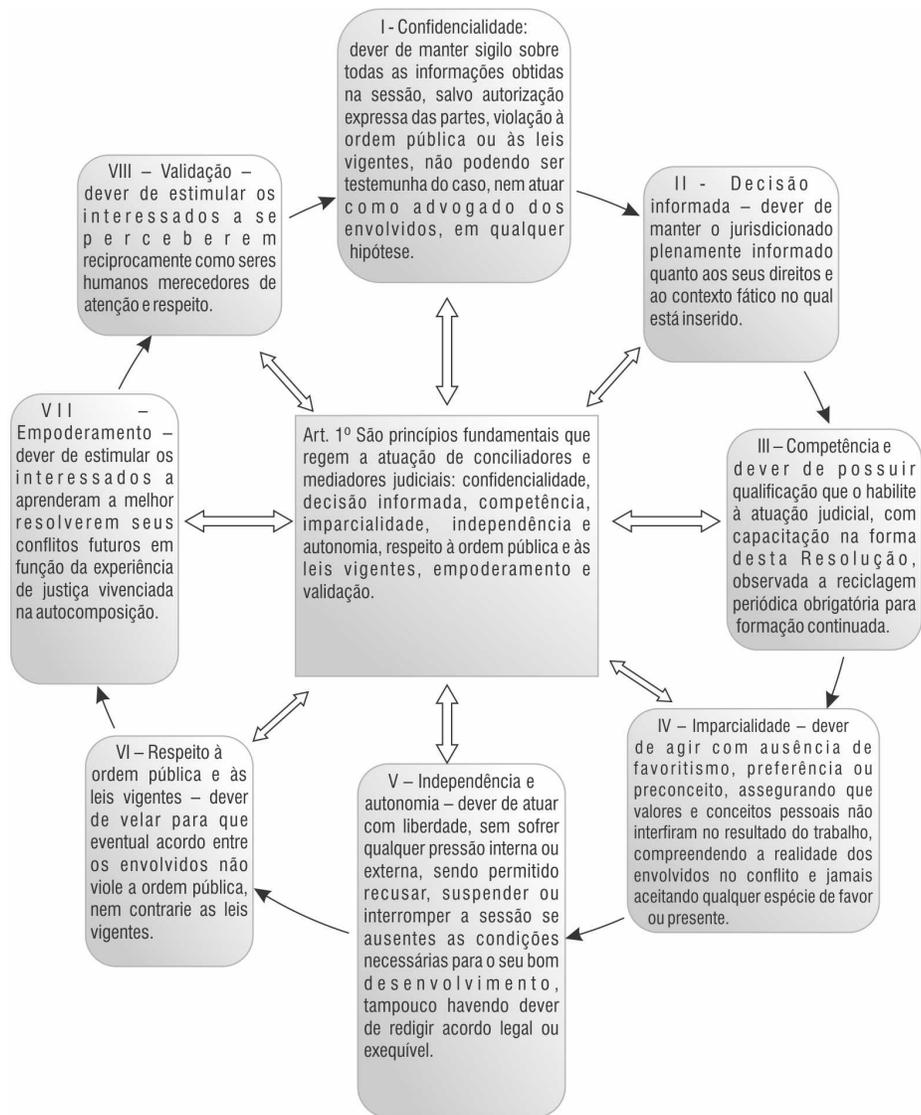
De acordo com o artigo 1º, do Anexo III, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a base para uma bem-sucedida mediação/conciliação, enquanto instrumento efetivo de pacificação social e prevenção de litígios exige um imperativo de conduta ética, amparado por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, em especial da equipe multidisciplinar, profissionais capacitados para atuar nos Centros de Conciliação.

São eles a confidencialidade, a decisão informada, a competência, a imparcialidade, a independência, a autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação. Tais princípios autenticam e conduzem mais esta facilidade de acesso à Justiça, pois as partes ficam seguras com a homologação judicial, sem o risco de morosidade em sua tramitação e das despesas que um procedimento comum naturalmente acarreta.

Para melhor auxiliar na compreensão dos princípios, elaborou-se uma representação por imagens da descrição e relação entre cada um deles, salientando-se a interligação existente do que se espera da atuação prática dos conciliadores e mediadores judiciais.

4 O termo desjudicialização diz respeito à propriedade de facultar às partes comporem seus conflitos fora da esfera judicial, desde que sejam juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis, na busca de soluções sem a tramitação habitual dos tribunais, considerada morosa. A desjudicialização indica o deslocamento de algumas atividades que eram atribuídas ao Poder Judiciário e, portanto, previstas em lei como de sua exclusiva competência, para o âmbito das serventias extrajudiciais, admitindo que estes órgãos possam realizá-las, por meio de procedimentos administrativos. O fenômeno da desjudicialização é atualmente uma realidade que caminha passo a passo no direito brasileiro, como alternativa à complexa, onerosa e, por vezes, demorada movimentação da máquina judicial (ARE 1177231/MG – STF).

Figura/1: Representação por imagem dos princípios regentes da atuação de conciliador



Fonte: Elaborado pela autora a partir do Anexo III, artigo 1º, incisos I a VIII, da Resolução n.º 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça

A modernização do acesso à Justiça visa um olhar além do processo judicial, fazendo uma profunda reflexão do problema, com participação

dos envolvidos e o restabelecimento da ordem dentro da estrutura familiar e social, reduzindo a judicialização das demandas.

3.1 Propostas e possibilidades

No Estado do Tocantins, a Constelação Sistêmica Familiar como método alternativo de mediação deve se instalar no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos (Nupemec) de forma interdisciplinar, para que se expanda em vias alternativas da psicoterapia, visando alcançar um proveito sem antecedentes na história recente do Poder Judiciário Tocantinense e uma nova compreensão dos limites da consciência humana.

A primeira parte de sua instalação demandaria um estudo analítico com os Tribunais de Justiça que já estão aplicando o método, buscando-se dados estatísticos em relação ao índice de adesão dos jurisdicionados, de satisfação com a abordagem terapêutica e de reincidências dos mesmos fatos.

Por conseguinte, é necessário investimento e capacitação dos profissionais da área de Psicologia, Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e conciliadores para atuarem como facilitadores da Constelação Familiar, como também pesquisa de campo para saber quantos Juízes, Promotores de Justiça e Advogados no Estado do Tocantins seriam adeptos à nova metodologia alternativa de conciliação.

Após definições, conceitos e práticas, elaborar-se-ia o manual com os princípios aprendidos na capacitação e as condutas éticas esperadas no desenvolvimento da técnica, trabalhada em conjunto com as instituições interessadas no âmbito formativo do Judiciário e outros profissionais multidisciplinares.

Uma vez instalado o núcleo de Constelações Familiares, iniciar-se-iam os atendimentos com o método psicoterapêutico na comarca de Palmas, nos núcleos consensuais para resolução de conflitos, verificando-se as boas práticas da nova abordagem sistêmica como instrumento jurídico de pacificação social, colhendo-se dados qualitativos sobre a satisfação e reincidências entre as pessoas atendidas e quantitativos, de modo a saber quantas demandas judiciais deixaram de ser protocoladas e, por

consequência, a taxa de descongestionamento do Judiciário, naquelas áreas em que foi possível fazer o experimento.

As áreas jurídicas inicialmente atendidas seriam no cível, especialmente, casos de família, sucessão, adoção, contratos e recuperação judicial. Também é possível a utilização do método na fase de execução penal, dentro dos presídios.

Uma questão de ordem pragmática se faz presente: como estabelecer parâmetros sistematizados e práticas da terapia nos Centros de Conciliação, nos Fóruns e Varas do Tribunal de Justiça do Tocantins?

Os Tribunais de Justiça citados que já aplicam as Constelações Familiares nos Centros de Conciliação publicam números positivos, como o Projeto Constelar e Conciliar, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que observou uma média de 61% de acordos após a realização da terapia, nas audiências de conciliação e nos casos em que ambas as partes se fizeram presentes na Constelação, a média de acordos chegou a 76%⁵.

O tema está repetitivamente em pauta no âmbito do Direito. O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, reuniu, recentemente⁶, em Brasília, juristas do Brasil e da América Latina para o Workshop Inovações na Justiça: O Direito Sistêmico como meio de Solução Pacífica dos Conflitos, promovendo reflexões sobre as Constelações Familiares e o restabelecimento da ordem social.

Inobstante o método ser fenomenológico, é inegável sua contribuição para o aprimoramento e a humanização do Poder Judiciário, pois o foco não está na solução do litígio, mas sim, nas pessoas, na origem do problema e nas razões que motivaram o conflito, permitindo que as partes se reconheçam quando representadas por outras pessoas e assim participem, diretamente, da pacificação deles.

Uma vez implantada a terapia no Poder Judiciário tocantinense, ela seria ofertada como alternativa de resolução do conflito aos litigantes, nos Centros de Conciliação e Mediação, antes mesmo da audiência de

5 <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85256-constelação-familiar-vara-no-df-alcança-61-de-acordo-com-metodo>. Acessado em: 7 jun. de 2019. Acessado em: 7 jun. de 2019.

6 Em 12 de junho de 2019.

conciliação. E, uma vez consteladas, escutadas e conscientes da origem do conflito, as partes selariam acordo de resolução do litígio perante o Conciliador, estabelecendo, cada uma, as condições de sua própria justiça.

A título de exemplo, a Justiça Estadual do Ceará tem tido bons resultados com a técnica das Constelações Familiares aplicada pela Vara de Execuções Penais, sendo reconhecido como um dos programas mais nobres e eficazes da justiça. A juíza Maria das Graças Quental, da Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas da capital cearense, afirma que as sessões de Constelação ajudaram a levar alento a muitos detentos no entendimento de que há uma pena a cumprir, ainda que ele se sinta injustiçado⁷.

A técnica da Constelação Familiar também é usada pela Justiça Estadual de Santa Catarina, no atendimento humanizado a detentos da Casa do Albergado Irmão Uliano e entre os detentos com problemas mentais do Hospital de Custódia e com foco no vício como propulsor de conflitos e crimes. Foi nesse Estado, inclusive, que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SC criou a primeira comissão de Direito Sistêmico.

A eficácia não é absoluta, por isso seu posicionamento alternativo no âmbito da Justiça Restaurativa, todavia se encaixa como método consensual de solução de conflitos oportunizando o acesso à Justiça sem precisar judicializar o litígio, abrangendo diferentes contextos culturais como também diferentes histórias e comportamentos.

Ademais, esses resultados podem contribuir para desafogar o trabalho do Juiz (e de todo o Judiciário) e denotar a modernização, rapidez e competência ampliada da atuação da Justiça tocantinense e sua atenção aos Direitos Humanos, prestando o acesso à Justiça além dos limites da resolução de conflitos para alcançar a pacificação social.

Conclusão

A terapia por meio da Constelação Sistêmica Familiar e o acesso à Justiça é um método alternativo e eficaz de resolução de conflitos desde que

⁷ <http://razoesparaacreditar.com/superacao/juizes-projeto-recuperar-presos/> Acesso em: 1 jul. 2019.

visto sob o parâmetro de interdisciplinariedade, na qual ambas as ciências somam esforços para uma prestação jurisdicional completa.

O pensamento sistêmico e o Direito transdisciplinar é o que há de moderno em relação à atuação de vanguarda e aprimoramento do sistema judicial brasileiro, afinal é necessário deixar para a Justiça apenas o litígio em que não há consenso, aquele que efetivamente demanda a sentença do magistrado.

A análise dos conceitos e princípios da psicoterapia “Constelações Familiares” e a possibilidade de sua prática nos Centros de Conciliação e Mediação são uma necessidade iminente no Poder Judiciário tocantinense, que demanda a capacitação de mediadores, conciliadores, juízes, promotores de Justiça, defensores públicos e advogados, para que todos tenham um olhar sistêmico sobre as causas em que atuam.

Quando há o reconhecimento e a ressignificação de cada membro da família na situação de conflito, é visualmente perceptível a oportunidade de verificar o que está em desequilíbrio e quais os comportamentos que estão se repetindo geração após geração. A partir de então, conscientes da sua posição sistêmica naquele núcleo exposto, a pessoa é capaz de reconhecer os emaranhamentos de sua família, vendo a imagem do problema e dos atores no script de sua própria história de vida.

Ante a ampliação da consciência, a sentença fica sob a responsabilidade das partes, que naquele momento podem decidir assumir a autoria a que cada um deu causa na construção da demanda litigiosa e se responsabilizar nos termos do acordo firmado perante o Conciliador. Quando acontece dessa forma, alcança-se, além da solução do conflito, a almejada paz interna, deixando os índices de arrependimento ou de replicação da demanda praticamente zerados.

Assim, sob a égide da justiça restaurativa, somada ao olhar sensível sobre o humano, como também à criatividade, escuta, comunicação não violenta e técnicas de terapia, como as Constelações Familiares, é possível a solução de conflito e violência sem necessidade de intervenção da tradicional justiça punitiva-retributiva.

Referências

a) Livros

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

ANDRIGUI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. **Juizados especiais cíveis e criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BERMÚDEZ, Suzy. **Cultura para la paz**. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: UnB, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof. **La trama de la Vida**. Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.

CEBRIÁN, Juan Luis. **La red**. Madrid: Taurus, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORTINA, Adela, CONILL, Jesús. **Democracia participativa y sociedad civil: uma ética empresarial**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1998.

FERREIRA, Aurelio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 05 Feb. 2018.

FUKUYAMA, Francis. **La gran ruptura**. México: Editorial Atlántida, 1999.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

HELLINGER, Bert. **A prática das constelações familiares**. Org. Jakob Robert Schneider; tradução de Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman, 2001.

_____. **Conflito e paz: uma resposta**. Tradução de Newton A. Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007.

_____. **Constelaciones Familiares del Espiritu.** Una reseña, edito por Alma Lepik. Disponível em: <<https://www2.hellinger.com/es/home/las-constelaciones-familiares/las-constelaciones-familiares-un-resumen/>>. Acesso em 1º fev. 2018.

_____. **Ordens do Amor.** Um guia para o trabalho com Constelações Familiares. Tradução: Newton Araújo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2001.

HELLINGER, Bert e HOVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares: o reconhecimento das ordens do amor.** São Paulo: Cultrix, 1996.

_____. **Um lugar para os excluídos.** Conversas sobre os caminhos de uma vida. Tradução de Newton A. Queiroz. Patos de Minas: Atman, 2006.

MARTÍN-BARBERO, Jesús. **De los medios a las mediaciones.** Santafé de Bogotá: Convenio Andrés Bello, 1998.

MONEBHURRUN, Nitish. **Manual de metodologia jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à Justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011.

b) Artigos

CHAZARRA, Luhé Palma. **La mediación como proceso restaurativo em el sistema penal.** Tesis Doctoral. Sevilla, 2007. Disponível em: <<https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/tesis-doctoral-luhc3a9-palma.pdf>> Acesso em 1º fev. 2018.

CALLE, Alonso y TESTANOVA, Asunción. **Manual de Mediación. Nociones para la resolución pacífica de conflictos.** Corte Suprema de Justicia. Asunción, 2005. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Manual_de_Mediacion_TomoI.pdf> Acesso em 1º fev. 2018.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), **Notícias.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83766-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario-2>> Acesso em 7 jun. 2019.

_____. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80645-cejusc-de-sorriso-usa-metodo-da-constelacao-familiar-e-evita-divorcio>> Acesso em 7 jun. 2019.

_____. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88663-cnj-prepara-seminario-sobre-justica-restaurativa>. Acesso em 25 jun. 2019.

GIDDENS, Anthony e SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da Sociologia**. Disponível em: <<http://editoraunesp.com.br/blog/confira-o-conceito-de-conflito-de-acordo-com-giddens-e-sutton>> Acesso em 31 jan. 2018.

GOTTHEIL, Julio y SCHEFFRIN, Adriana. **Mediación: una transformación en la cultura**. Piados Mediación 3, 1996.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira; COSTA, Viviane Moura da. *Constelação sistêmica familiar voltada ao poder judiciário na técnica de mediação judicial dos processos de família*. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 1190-1204, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29591>>. Acesso em 7 jun. 2019.

MAZONI, Edson Lucio. **Programa de Justiça Terapêutica: uma abordagem jurídica especial ao infrator usuário de drogas**. (2008). Disponível em: <www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=95>. Acesso em 25 jun. 2019.

PALACIOS-SERRES, Carmen Elisa. **Comentarios previos al analisis y evaluación de las legislaciones que se expiden en aras a la descongestión de los despachos judiciales**. Disponível em: <<http://www.carmenpalaciosserres.com/mediacion.html>>. Acesso em 1º fev. 2018.

_____. **Justicia de Paz y Justicia Ordinaria: Dos formas de Regulación Social, independientes e insustituibles**. Justicia de Paz en Colombia, 1999, pag. 49-53.

_____. **Mediación y construcción de ciudadanía ante las crisis de las mediaciones tradicionales – creación de um nuevo espacio público**. Disponível em: <<http://www.carmenpalaciosserres.com/docs/mediacion/nov2011.pdf>>. Acesso em 1º fev. 2018.

STAM, Jan Jacob. **Manual de treinamento em constelações organizacionais**. Disponível em: <www.institutohellinger.com.br> Acesso em 1º fev. 2018.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>>. Acesso em 1º fev. 2018.

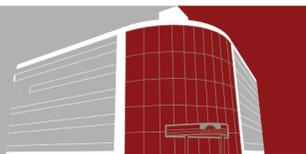
_____. **Por que aprender Direito Sistêmico?** Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2017/04/10/por-que-aprender-direito-sistemico/>>. Acesso em 1º fev. 2018.

c) **Resoluções**

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.** Brasília-DF, Publ. DJe n. 219/2010, em 1.12.2010, pags. 2-14.

d) **Dissertações e teses**

COHEN, Dan Booth. **Systemic Family Constellations and their use with prisoners serving long-term sentences for murder or rape.** Dissertation presented to the Faculty of Saybrook Graduate School and Research Center. San Francisco, 2008.



Solução negociada na Lei de Improbidade na proposta do Pacote Anticrime

Agreement negotiated in law of misconduct
on the the anti-crime package proposal

Acuerdo negociado en la ley de mala conducta
presente en la propuesta del paquete anticrime

Renee do Ó Souza¹

RESUMO

O texto analisa as características do Projeto Anticrime sobre a adoção dos acordos na Lei de Improbidade, sinalizando aspectos da justiça negocial, ainda recente, no panorama brasileiro e os desafios de implantação. A relação da justiça negocial na esfera da Lei de Improbidade Administrativa é algo racional na medida em que permite respostas rápidas aos conflitos sociais. A negociação da sanção entre acusado e agente estatal em troca de resultados socialmente úteis, possibilitará ao direito brasileiro a concretização de práticas da justiça restaurativa e negocial na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, no abreviamento do tempo para a solução do conflito e atendimento de um cálculo de utilidade social.

Palavras-chave: *Negociação; justiça; acordo; proposta, direito.*

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília-Uniceub. Pós-graduado em Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Processual Civil e em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Membro Auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público. Autor de obras jurídicas e professor. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/244952498993703>. E-mail: reneesouza@hotmail.com

ABSTRACT

The text analyzes the characteristics of the Anticriminal Project on the adoption of decisions in the Law of Improvement, outlining aspects of corporate justice, and in the Brazilian landscape, the challenges of implementation. The relationship of corporate justice within the Law framework of administrative and rational conduct, which allows rapid responses to social conflicts. Negotiating the sanction between the accused and the state agent for the exchange of socially useful results will allow the Brazilian law to implement restorative and negotiating justice practices in search of the best productive and useful results, encouraging the time for resolution of conflicts and performance. of assistance. A calculation of social utility.

Keywords: *Negotiation; justice; agreement; proposal, Law.*

RESUMEN

El texto analiza las características del Proyecto Anticrimen sobre la adopción de acuerdos en la Ley de Mejoramiento, señalando aspectos de la justicia empresarial, aún reciente, en el panorama brasileño, los desafíos de implementación. La relación de justicia empresarial en el ámbito de la Ley de mala conducta administrativa es racional, ya que permite respuestas rápidas a los conflictos sociales. Negociar la sanción entre el acusado y el agente estatal a cambio de resultados socialmente útiles permitirá a la ley brasileña implementar prácticas de justicia restaurativas y negociadoras en la búsqueda de los mejores resultados productivos y útiles, acortando el tiempo para la resolución de conflictos y la prestación de asistencia. Un cálculo de la utilidad social.

Palabras clave: *Negociación; justicia; acuerdo; propuesta, correcto.*

Introdução – identificação da antinomia

A redação atual da Lei 8.429/1992, que proíbe a transação, o acordo e a conciliação (art. 17, § 1º), deságua em um qualificado conflito entre os diferentes diplomas legais vigentes que se propõem a enfrentar a corrupção no Brasil, evidenciado, sobretudo, depois do largo emprego dos institutos da colaboração premiada e acordo de leniência. O confronto se intensifica na medida em que, no Brasil, um mesmo ato ilícito é debelado por diferentes esferas de controle, constituídas sob bases normativas distintas, conduzidas por instituições públicas diferentes, o que produz um razoável desacordo jurídico operacional e tecnológico entre elas.

Isso ocorre porque o arcabouço jurídico brasileiro admite que, a partir de uma unidade factual, haja diferentes repercussões legais, especificamente com a possibilidade de responsabilidade em diferentes instâncias e esferas, peculiaridade agravada na defesa da probidade que conta, essencialmente, com leis penais, com a Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção Empresarial. A antinomia é, destarte, juridicamente qualificada porque implica conflito entre normas cujo âmbito de aplicação é distinto entre si.

Olhando o quadro externamente, é possível vislumbrar, assim, uma contradição que pode frustrar a celebração de colaboração premiada ou acordo de leniência, colocando a perder modernos mecanismos de persecução (penal) incrementados por essas novas maneiras de investigar e apurar responsabilidades, além de inviabilizar a solução rápida de conflitos por meio de compromissos negociais já admitidos em outras situações similares.

Além disso, a tutela dos interesses difusos conta, em regra, com a possibilidade de celebração de acordos extrajudiciais que implicam ajustes recíprocos entre os celebrantes e produzem soluções protetivas mais eficazes de acesso à Justiça, tais como termo de ajustamento de conduta e termo de cessação de conduta.

É o que pretende o **Projeto Anticrime** neste ponto: permitir a transação, o acordo ou a conciliação de modo a debelar esse conflito, por meio do acordo de colaboração e de leniência, além do termo de ajustamento de conduta e termo de cessação de conduta.

Realmente, hodiernamente, não parece haver motivos para impedir o mesmo tratamento jurídico para essas situações uma vez que a mesma base constitucional que admite a negociação da pena criminal deve autorizá-la em face da sanção extrapenal, notadamente decorrentes do mesmo ato ilícito. É claro que a compatibilização entre esses sistemas sancionadores e instâncias deve guardar similitude e correspectividade entre si de modo a evitar que a alteração legislativa proposta leve à banalização das penas da Lei de Improbidade Administrativa, pelo que a presente abordagem, ainda que perfunctoriamente, procurará discorrer sobre possíveis critérios para aplicação destes institutos na improbidade administrativa².

² Os critérios serão apresentados, resumidamente, na seção 8 deste estudo. Trata-se de um fragmento da nossa dissertação de mestrado defendida neste ano de 2019, cujo conteúdo foi convertido em obra jurídica a ser lançada em breve: SOUZA, Renee do O. Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência nas diferentes instâncias de enfrentamento da corrupção. (No prelo).

1 Finalidade original da proibição dos acordos na redação atual

Necessário resgatar a contextualização original do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 a fim de compreender a finalidade da proibição contida na sua redação original. Cabe então iniciar a partir da seguinte indagação: Por que a Lei de Improbidade (LIA) veda a transação, acordo ou conciliação? Qual o sentido deste dispositivo?

Não se pode olvidar que este preceito tinha ligação com o art. 12 da Lei de Improbidade, cuja redação original indicava pela intransigência legal no sentido de permitir-se a subtração na aplicação de algumas das sanções elencadas em nome de uma suposta dosimetria de pena, regra alterada pela Lei 12.120/2009, que passou a prever que aquelas penas poderiam ser aplicadas cumulativa ou alternadamente.

Assim sendo, naquela proposta inicial da Lei, proibir a transação, o acordo e a conciliação mantinha uma coerência na Lei de Improbidade visto que o julgador, em caso de condenação por ato de improbidade, deveria aplicar todas as sanções previstas, sem possibilidade de excluir uma delas. O dispositivo tinha como propósito principal preservar a indisponibilidade do interesse público, supostamente exposto por composições temerárias. Ainda hoje é a teleologia sustentada por Wallace Paiva Martins Júnior que justifica o dispositivo na natureza indisponível dos interesses em jogo (probidade administrativa), o que impossibilita a renúncia aos provimentos legalmente impostos para sua proteção. A indisponibilidade, portanto, seria absoluta e, por essa razão, inviável a sua mitigação (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 415-416)³.

Com a alteração legislativa do art. 12 da Lei 8.429/1992 pela Lei 12.120/2009, que passou a admitir que o julgador aplique aquelas penas de forma

3 É certo que existem vozes que criticam esta ideia. Neste sentido prescreve Juarez Freitas: Não parece a melhor política a de vedar transação, acordo ou conciliação nas ações civis de improbidade administrativa (erro cometido pelo § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92), na contramão das melhores técnicas contemporâneas de valorização do consenso e da persuasão. O Direito Público, em novas bases, reclama estratégias conciliatórias que não significam dispor indevidamente do interesse público, porém, ao contrário, realizá-lo de modo mais efetivo e justo. [...] impõe-se, desde logo, frisar que não é universalizável a regra que veda transação, acordo ou conciliação, notadamente esta última, que deve brotar como uma espécie de ditame preferencial do interesse público e da moralidade, jamais traduzível como uma condescendência nem como a sempre condenável leniência com os desonestos. Não há a mais remota disponibilidade do interesse público na conciliação em si. Ao contrário, este pode ser o melhor caminho para assegurar, numa atuação mais consistente, a própria indisponibilidade (FREITAS, 2004, p. 206/207).

isolada ou cumulativa, a regra de aplicação automática das sanções foi modificada, o que ampliou a discricionariedade para a escolha de sanções em espécie que seriam aplicadas no caso concreto pelo julgador.

É certo que outra parte da doutrina entende que o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade busca, unicamente, proibir, no âmbito da Lei de Improbidade, a celebração dos chamados termos de ajustamento de conduta, previstos no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 e art. 113 da Lei 8.078/1990. É a posição defendida por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (GARCIA & ALVES, 2013, p. 830).

Atualmente, contudo, crescente o entendimento pela possibilidade de celebração de ajustamento de condutas na esfera da Lei de Improbidade, sob os mais variados argumentos, desde a inconsistência geral dessa disposição com os institutos da colaboração premiada e acordo de leniência, até sua suposta derrogação pelo art. 36, § 4º, da Lei 11.340/2015.

A 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal já decidiu cabível a celebração de acordos premiais no âmbito da Lei de Improbidade em razão de uma assim chamada congruência do microsistema de defesa da probidade:

Tem-se, pois, admitido a celebração de acordos pelo Ministério Público Federal, no âmbito da improbidade administrativa, que envolvam a atenuação das sanções da Lei 8.429/92, ou mesmo sua não aplicação, a fim de dar congruência ao microsistema de combate à corrupção e de defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, que já contempla a possibilidade de realização de acordo de delação ou colaboração premiada no âmbito criminal. Não faria, mesmo, sentido, que o Ministério Público, titular da ação penal e da ação de improbidade, pudesse celebrar acordos em uma seara e não em outra, conforme preconizam, inclusive, as convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

Também podem ser citadas as Teses nº 5 do Ministério Público de São Paulo, Resolução nº 02/2017 editada pelo Conselho Superior do Ministério Público do Amapá, Resolução nº 01/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná e a Resolução nº 03/2017 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que admitem a celebração de acordos em ações de improbidade administrativa.

Sem muita precisão científica e sem apontar os motivos para tanto, a Resolução n.º 179/2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), prevê, no art. 1º, §2º, que “é cabível o compromisso de ajustamento de

conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”. Essas novas construções hermenêuticas ganharam força depois que a Colaboração premiada e o acordo de leniência passaram a ser EXERCIDOS com maior intensidade, o que passou a revelar uma disfuncionalidade no sistema de defesa da probidade.

2 Disfuncionalidade decorrente da proibição

A proibição de transação, acordo e conciliação do art. 17, § 1º, da LIA passou a produzir uma disfuncionalidade no microsistema de defesa da probidade visto que, no lugar de favorecer, acaba tornando mais penosa a situação do colaborador premiado na medida, sujeitando-o à integralidade das penas previstas na LIA, o que implica em fator de desestímulo à celebração daquele acordo premial. Isso porque as provas por ele prestadas no processo penal poderão ser emprestadas para esfera de responsabilidade da improbidade administrativa. Essa situação, em vez de representar a solução para garantir a coerência do sistema, produz ruídos em níveis tais que coloca a própria subsistência do instituto premial em xeque. Em outras palavras: admitir o puro e simples empréstimo das provas produzidas por meio de um acordo premial para outras esferas concorrentes de responsabilidade, ante a elevada probabilidade de punição do colaborador nessas outras instâncias, leva à inibição de celebração do acordo. Além disso, a pura e simples vedação aos mecanismos de negociação, mediação e conciliação é inapropriada para a solução rápida dos litígios e o acesso à Justiça e, conseqüentemente, contraproducente a proteção e efetivação dos interesses metaindividuais ligados à defesa da probidade.

3 Reinterpretação da vedação

Essa disfuncionalidade ensejou aquelas já citadas posições hermenêuticas. Neste novo ambiente, sem descurar daquele entendimento, assinalamos, todavia, que o citado art. 17, § 1º, possui um outro sentido de extrema importância para a defesa da probidade. Inicialmente, registre-se que a Lei de Improbidade é fruto do mandamento de tutela previsto no art. 37, § 4º, da Constituição da República, cujas penas estão, inclusive, previstas nessa disposição constitucional, de modo que a aplicação dessas penas deve ocorrer sem transigências arbitrárias do julgador, situação que implicaria uma atitude vulnerante ao direito fundamental de proteção à probidade.

A proibição de transação, acordo ou conciliação deve ser compreendida não mais como impossibilidade de celebração de acordos negociais previstos na legislação nacional, mas como parâmetro mínimo decisório para o julgador aplicar as sanções e impedir a desproteção da probidade administrativa, de modo a torná-lo sustentável. Este parâmetro mínimo deve converter-se em um vetor interpretativo que assegura, a um só tempo, que a aplicação das penas, isoladas ou cumulativas, atendam ao princípio da proporcionalidade nas suas duas vertentes: proibição de excesso de proibição da proteção deficiente.

A função do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992 é, destarte, indicar ao julgador que sua discricionariedade para aplicar as penas previstas na lei está limitada por uma regra ética mínima, um núcleo duro, que, se violado, expõe perigosamente o direito fundamental à probidade administrativa a uma proteção insuficiente. Violam referida norma decisões fáceis ou levianas, que desrespeitam esse mínimo ético protetivo, aptas a produzir desconfiança e insegurança ao sistema de defesa da probidade. É dizer: estão proibidas decisões que transacionam, negociam e acordam as penas da Lei de Improbidade de modo inadequado, desnecessário e insatisfatório para proteger o direito fundamental à probidade administrativa. Ultrapassar esse limite mínimo enseja violação do princípio da proporcionalidade na vertente proibição da proteção deficiente, visto que dispor do direito sancionador nesses casos leva uma desproteção àquele direito fundamental.

Esse vetor deve pautar decisões que aplicam as sanções previstas na Lei de Improbidade, seja por meio de uma sentença judicial, seja por meio de acordos de colaboração premiada, de leniência ou ajustamento de conduta ou cessão de conduta, sob pena de inconstitucionalidade e violação à vedação da proteção deficiente.

Da construção acima verifica-se que o art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade não deve ser aplicado ao modo do tudo ou nada, visto que sua função valorativa é delimitadora do núcleo invulnerável do direito fundamental à probidade administrativa e por isso comporta variações qualitativas, o que deságua na proibição/ permissão da transação, acordo ou conciliação desse direito em diferentes graus, a depender das possibilidades fáticas do acordo premial.

Com essa interpretação, resguarda-se a autonomia e independência dos múltiplos sistemas de proteção da probidade administrativa, ao mesmo tempo em que se assegura a interpenetração de um sistema no outro, desde que sempre

balizados pela melhor proteção do bem jurídico tutelado pelo art. 37, § 4º, da Constituição da República. Essa interpretação difere das acima mencionadas porque não implica afirmar a derrogação do art. 17, § 1º, da Lei 8.429/1992, que ainda tem sua utilidade no sistema protetivo engendrado pela legislação, situação absolutamente necessária haja vista a pluralidade de instituições e órgãos legitimados pelas leis citadas para manobrar cada uma das esferas de responsabilidade pela prática de atos de corrupção. Essa multiplicidade resulta em diferentes práticas institucionais, muitas vezes contraditórias, aptas a produzir resultados conflitantes entre si, sem que se possa falar em ilegalidade.

Com isso, por exemplo, será possível que um acordo de leniência celebrado por uma autoridade administrativa legitimada pelo art. 16 da Lei 12.846/2013, mesmo de boa-fé, produza efeitos nesta esfera de atuação legal (na instância anticorrupção), mas, devido à inutilidade das informações dele decorrentes para o Ministério Público quanto à investigação de atos à luz da Lei de improbidade, não seja estendido para esta instância (da improbidade), o que deverá ser embasado no art. 17, § 1º, da Lei de Improbidade e art. 30, I, da Lei 12.846/2013.

4 Acordos negociais na defesa do direito fundamental à probidade administrativa

Independentemente da correta interpretação do dispositivo acima, o **Projeto Anticrime** altera a redação do art. 17, § 1º, da LIA, de modo a permitir a celebração de transações, acordos e conciliações, realizando nesta instância de responsabilidade premissas da justiça negocial. Trata-se de opção política inevitável visto que, embora tradicionalmente o direito esteja estruturado de forma a sancionar os atos ilícitos, já há algum tempo deixou de manter-se apenas com este tipo de conformação estrutural e finalidade.

A ciência jurídica também comporta conformações que buscam evitar os atos ilícitos ou mesmo removê-los sem sancionamento em sentido estrito, naquilo que se convencionou chamar de justiça negocial, que se baseia, essencialmente, na autonomia da vontade, na eficiência, na lealdade e na boa-fé objetiva. Os acordos passam a propiciar a obtenção de resultados adequados da tutela jurídica, jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) ou extrajudicial, com forte impacto pragmático sobre a atuação do Estado frente ao ilícito investigado. O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, deu ensejo a multiplicação de instrumentos

negociais que, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social.

Neste tipo de conformação, o ordenamento jurídico assume uma configuração indutora do comportamento social desejado, em que a norma cria estímulos a determinadas práticas desejadas, quando então assume um viés promocional. Ensina Norberto Bobbio que o direito promocional não se atém a premiar quem se pauta apenas em conformidade aos comandos e proibições, mas lança mão de estímulos de conduta em ações permitidas, que se dão no espaço do lícito. Nesse espaço, age desde a facilitação até a premiação de condutas, conforme as escolhas sociais, ao tempo em que dificulta, até os graus máximos, as condutas indesejadas. Para os direitos difusos, categoria na qual se insere a defesa da probidade, a função promocional do direito é muito mais significativa, porque atinge todo tipo de conduta, ao contrário do sistema regulador repressivo, que se atém ao raio das condutas obrigatórias e proibidas (BOBBIO, 2007, p. 70-71).

A efetivação desses direitos difusos pressupõe a participação de todos os membros da coletividade e essa comunhão é otimizada em ambiente de cooperação favorecido pelo ordenamento jurídico de viés promocional. A colaboração premiada e o acordo de leniência enquadram-se nesta categoria de norma jurídica, afinal, embora não seja obrigatório ao acusado cooperar com as investigações, dada a superioridade de benefícios e interesse nesse comportamento, a lei o estimula mediante a prestação de prêmios.

Além disso, a ampliação do sistema de acordos para a esfera de aplicabilidade da Lei de Improbidade, além de debelar a disfuncionalidade sistêmica antes referida, implica uma abordagem funcionalista, apta a produzir mecanismos racionais na proteção do direito fundamental à probidade. A adoção de uma hermenêutica guiada pela necessidade de melhor tutela prática do bem jurídico possibilita um juízo valorativo de alta performance sobre toda a política protetiva desenvolvida em torno deste interesse, amparada sob uma mesma base nuclear constitucional, assegurando um sistema minimamente coerente.

De certo modo, o novel art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei 13.655/2018, consagra o consequencialismo como vetor interpretativo, o que só reforça a necessidade de dar aos acordos de colaboração e de leniência, que são verdadeiros ajustes, um enviesamento

voltado a resultados práticos. Dispõe a norma: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”.

Um sistema de justiça negocial habilita-se, hodiernamente, de um modo geral, como mais racional na medida em que possibilita dar respostas rápidas aos conflitos sociais.

5 Interligação finalística dos instrumentos negociais

O **Projeto Anticrime** prevê então que, na esfera da Lei de Improbidade Administrativa, por meio da colaboração premiada, acordo de leniência, termo de ajustamento de conduta e termo de cessação de conduta, poderão ser realizadas a transação, o acordo ou a conciliação. Não há, e nem poderia ser feito, menção exata quanto ao modo como esses negócios jurídicos devem ser celebrados. Referimo-nos aos balizamentos mínimos ou métricas capazes de conferir, minimamente, a estes instrumentos densidade suficiente para a efetiva proteção do direito fundamental à probidade. Como então assegurar que os acordos sejam suficientes para proteger a probidade, especialmente se considerarmos que esses instrumentos podem ser celebrados por diferentes instituições?

De saída, deve-se retomar o vetor mínimo contido na seção 4 acima estudada que, na verdade, decorre do direito fundamental à probidade e serve como um fio condutor capaz de unir todos os acordos em torno do objetivo principal contido na norma do art. 37, § 4º, da CF: a proteção e a defesa da probidade administrativa.

Isso significa que, seja qual for o negócio celebrado (TAC, TCC, Acordo de Colaboração ou de Leniência), deve ser mantida uma uniformidade mínima que assegure a primazia constitucional daquela norma (CF, art. 37, §4º), que como se sabe, encontra-se inserido no capítulo que trata da administração pública, o que indica sua vocação axiológica e matricial no modo como nossa República pretende, estrategicamente, combater desmandos administrativos e a corrupção no Brasil, e mais do que isso, como deve o Estado pautar suas ações administrativas junto aos cidadãos em geral. Não é exagero extrair dessa norma especiais comandos protetivos, titularizados por um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, característicos dos direitos fundamentais de terceira geração, que são, segundo Dimitri Dimoulis e Luciano Martins, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos

como os de solidariedade, ao desenvolvimento econômico (sustentável) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (DIMOULIS & MARTINS, 2014, p. 22).

Os elementos essenciais ligados à defesa do cidadão caracterizam essa norma como um verdadeiro direito fundamental à probidade administrativa, como reconhecido pelo ministro Celso de Mello, na Ação Penal 470, ao mencionar que os graves atos de corrupção que estavam sendo julgados naquela ocasião feriam o direito fundamental a um governo honesto ou a uma proba administração.

O reconhecimento deste direito fundamental em um emblemático julgamento do Supremo Tribunal Federal confirma ao menos três efeitos: que o país necessita desta categorização de norma, que este direito fundamental está implícito na Carta Magna vigente e que ele possui características singulares à realidade brasileira⁴.

Vislumbra-se, deste modo, que o direito fundamental à probidade administrativa poderá ser utilizado como baliza para a discricionariedade abusiva da administração pública, para o aprofundamento da sindicabilidade e da motivação dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado, releitura do poder de polícia e dos serviços públicos prestados pelo Estado em favor dos usuários em geral, conferindo-lhes maior segurança jurídica e proteção a confiança, afinal, como

4 Depois, em outra ocasião, o mesmo Ministro da Suprema Corte brasileira, em voto proferido em decisão que recebia denúncia criminal contra o Deputado Federal Eduardo Cunha, referindo-se ao voto original da ação penal 470, reafirmou a existência do direito do cidadão ao governo honesto, quando “Acentuava que o ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ética do poder e da ordem jurídica, cabendo ressaltar que o dever de probidade traduz obrigação cuja observância se impõe a todos os cidadãos desta República que não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper. Daí a corretíssima advertência do eminente Professor CELSO LAFER, para quem nenhum cidadão poderá viver com dignidade numa comunidade política corrompida: ‘Numa República, como diz Bobbio num diálogo com Viroli, o primeiro dever do governante é o senso de Estado, vale dizer, o dever de buscar o bem comum, e não o individual, ou de grupos; e o primeiro dever do cidadão é respeitar os outros e se dar conta, sem egoísmo, de que não se vive em isolamento, mas sim em meio aos outros. É por essa razão que a República se vê comprometida quando prevalece, no âmbito dos governantes, em detrimento do senso de Estado, o espírito de facção voltado não para a utilidade comum, mas para assegurar vantagens e privilégios para grupos, partidos e lideranças. [...] Numa República, as boas leis devem ser conjugadas com os bons costumes de governantes e governados, que a elas dão vigência e eficácia. A ausência de bons costumes leva à corrupção [...], que significa destruição e vai além dos delitos tipificados no Código Penal. [...] A corrupção, num regime político [...], é um agente de decomposição da substância das instituições públicas. O espírito público da postura republicana é o antídoto para esse efeito deletério da corrupção. É o que permite afastar a mentira e a simulação, inclusive a ideológica, que mina a confiança recíproca entre governantes e governados, necessária para o bom funcionamento das instituições democráticas e republicanas. [...]’”

bem sintetizado por José Afonso da Silva, os direitos fundamentais se prestam a garantir uma vida digna, livre e igual a todas as pessoas (SILVA, 2014, p.180).

A disposição matricial do art. 37, § 4º, da Constituição deve ser tomada como ponto de partida, como fonte paramétrica e fio condutor, apta a engendrar um sistema estratégico mais ou menos homogêneo de enfrentamento à corrupção, bem como uma proposição que descreve um objetivo político. A identificação de uma norma constitucional transversal, com conteúdo social e status de direito fundamental, ligada à probidade administrativa, serve de sustentáculo para a acomodação das disfunções sistêmicas provocadas pela grande variedade de leis vigentes no Brasil que buscam enfrentar a corrupção.

Trata-se de norma que inaugura um regime capaz de estruturar, coerentemente, um nuclear microssistema e uma política pública de enfrentamento à corrupção, seja por meio do tradicional direito sancionador, seja por meio do direito promocional, além de ser capaz de reposicionar a lente de estudo dos seus efeitos de modo estratégico, dadas as repercussões e natureza inerente à teoria dos direitos fundamentais.

A colaboração premiada, o acordo de leniência, o termo de ajustamento de conduta, termo de cessação de conduta, e até uma sentença judicial, todos eles, indistintamente, devem guardar entre si traços comuns, suficientes para, finalisticamente e simultaneamente, proteger o direito fundamental à probidade.

6 Critérios para transversalidade e celebração dos acordos da improbidade

À guisa de critérios objetivos e levando-se em conta a redação dada pelo **Projeto Anticrime**, sugerimos parâmetros seguros e sistemáticos que partem daquele desígnio balizador da Constituição Federal (art. 37, § 4º), que está a indicar (1) a independência normativa e a consequente ausência de preponderância de uma das esferas de responsabilidade sobre outra e; (2) os constitucionais objetivos dissuasórios, notabilizados pela racionalidade gerencial das sanções retributivo-econômicas (multas elevadas) e preventivas (suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, proibição de contratar com o Poder Público). Os critérios a seguir construídos servem tanto para celebração de ajustes definitivos quanto para acordos premiais, de modo permitir incidência intercambiária transversal dos acordos nas diferentes esferas legais de tutela da probidade administrativa.

Por meio do raciocínio ora desenhado, que tem como ponto de partida a identificação da norma constitucional comum no trato da questão e que passa a servir de sustentáculo para acomodar as disfunções sistêmicas provocadas pela grande variedade de leis vigentes e instituições no Brasil que visam enfrentar a corrupção, buscamos evitar desconfianças morais sobre a justiça negocial. O desenvolvimento de critérios bem-ordenados é capaz de produzir soluções controláveis de resolução deste tipo de conflito, desde que pautadas pela racionalidade da governança gerencial e pela premissa de que as diferenças entre instituições devem ser superadas pelo conteúdo social expresso pelas normas jurídicas da Constituição.

A regra principal é a preservação e recomposição do espírito único de proteção à probidade administrativa pretendido pela norma constitucional, que, segundo afirmado antes, funciona como um fio condutor argumentativo que deve conferir solidez e coerência à proteção pretendida pelo bem jurídico nela contida. A disposição do art. 37, §4º, da Constituição, tomada como ponto de partida e como fonte paramétrica é capaz de engendrar um sistema estratégico mais ou menos homogêneo de enfrentamento à corrupção, bem como uma proposição que descreve um coerente objetivo político no trato da questão.

Além do melhor interesse e na defesa da probidade administrativa, essa comunicação cruzada, interinstitucional e intersistêmica do acordo de leniência e da colaboração premiada, nas diferentes instituições e esferas de controle e enfrentamento à corrupção, valendo-se da teoria da coerência e da integridade de Ronald Dworkin, pode ocorrer por meio da valoração moral que decorre do **princípio da confiança**, inegavelmente emergente das práticas sociais e que expressa padrão compartilhado pela maioria da comunidade.

O princípio da confiança implica no estabelecimento de um ambiente favorável aos Termos de Ajustamento de Conduta e de Cessão de Conduta, Colaborações Premiadas e acordos de Leniência, expresso pelo respeito à pessoa, física ou jurídica, de que os acordos firmados as investirão em situações mais favorável do que aquela em que não colaboram para a elucidação dos ilícitos praticados ou que procuram, pelo consenso, compor a probidade lesada. O benefício concedido pelo Estado deve traduzir-se em uma vantagem transversal, com relativo grau de previsibilidade das consequências jurídicas para o colaborador⁵.

5 Foi invocando o princípio da confiança, por exemplo, que o Tribunal de Contas da União, em março de 2017, autorizou, de forma extensiva, os efeitos de acordo de leniência

Isso implica o seguinte: a comunicação oblíqua dos resultados dos acordos não ocorrerá, basicamente, em três casos: 1) quando o intercâmbio transversal dos efeitos premiais não produzir a melhor proteção do bem jurídico constitucional, situação verificável, dentre outros modos, quando não restaurar a confiança nos serviços públicos de qualidade, não pôr fim aos gargalos por onde são drenados valores significativos de recursos públicos e não proporcionar desenvolvimento sustentável dos cidadãos em geral por meio de políticas públicas efetivas; 2) quando o colaborador estiver laborando em má-fé, seja porque utiliza-se do acordo com o objetivo de enganar uma instituição vez que sabe, ainda que indiretamente, que outra instituição detém provas, qualitativamente e em quantidade igual ou superior às apresentadas por ele para a agência procurada; 3) quando a instituição contra a qual pretende-se opor, por extensão, os efeitos de um acordo celebrado por outro órgão e em outra esfera, possuir provas, qualitativamente e em quantidade igual ou superior às apresentadas pelo colaborador para aquela outra instituição, e desde que esta (a instituição) labore em boa-fé⁶.

Importa aqui deixar claro que a boa-fé e confiança legítima, como valores metajurídicos, encontram capacidade de integrar os conflitos entre as diferentes instituições e esferas de controle da improbidade porque são conformadores da organização constitucional, inerente ao convívio social e à relação entre cidadão e Administração Pública.

Assim sendo, levando-se em conta o melhor interesse na defesa da probidade (pautada pela racionalidade da governança gerencial e pela premissa de que as diferenças entre instituições devem ser superadas pelo conteúdo social expresso pelas normas jurídicas da Constituição) e, de outro lado, a boa-fé e confiança legítima, temos que a solução negociada deve pautar-se pelos seguintes critérios:

- a. necessária correspondência estrita entre os tipos previstos nos diferentes sistemas legais atingidos pelos efeitos extensivos dos acordos;

cia celebrado pelo Ministério Público e sobrestou a sanção de inidoneidade aplicada antes a uma empresa colaboradora (TC 016.991/2015. Relator Bruno Dantas, DJ mar. 2017. Acesso em: 13 out. 2018).

6 O estudo técnico nº 01/2017, editado pelo Ministério Público Federal, que trata do Acordo de Leniência, também reconhece a função matricial da boa-fé: “A boa-fé é uma das colunas dos acordos, que vincula não apenas a parte privada, mas, igualmente, a parte pública. Usos futuros que causam perplexidade ao fundamento e inteligência do acordo tendem a se afastar da boa-fé, sendo inaceitáveis, ainda quando haja compartilhamento dos dados entre as instâncias de controle e fiscalização do Estado” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2007, p. 63).

- b. correspondência proporcional dos prêmios como resguardo do núcleo duro da proteção constitucional da probidade administrativa e a
- c. (ir)renunciabilidade das sanções da Lei de Improbidade.

Os dois critérios inicialmente concebidos têm em comum a necessidade de manter uma conexão simétrica entre os prêmios concedidos originalmente em um acordo e aqueles transferidos para a instância da improbidade administrativa. O primeiro diz respeito à impossibilidade de os resultados premiais atingirem ilícitos estranhos aos originalmente acertados no negócio original. Os acordos celebrados no interesse protetivo da probidade administrativa não devem espriar efeitos sobre tipos estranhos à tutela deste bem jurídico porque isso lhes daria dimensão e alcance superior ao contido no negócio original, o que produziria uma descontrolada descoincidência entre os objetos ajustados. A atenuação da pena ou isenção de responsabilidade de um agente que celebra um acordo deve manter íntima relação com o ato ilícito investigado para que seja mantido o sentimento de que o acordo se dá no estrito interesse da persecução, sem predomínio dos interesses defensivos pretendidos pelo arrependido. Ampliar benefícios de um acordo para atos estranhos aos delatados é uma decisão arbitrária que produz benefícios indevidos, fator de desequilíbrio do sistema.

Ainda em razão do paralelismo entre os efeitos de um acordo conduzido a produzir resultados em diferentes instâncias, deve ser preservada a proporcional correspondência dos prêmios aplicados. Valer-se da mesma fração redutora de pena aplicada é premissa que reafirma compromisso com a isonômica aplicação principiológica que deve guiar o julgador, bem como a necessidade de manter a interpretação das leis moralmente coerentes e integradas ao direito.

Além disso, a manutenção do mesmo patamar reductivo negociado antes encontra guarida nas próprias expectativas legítimas intrínsecas das avenças negociadas entre as partes, o que reforça ainda mais o cumprimento dos princípios da confiança e da boa-fé.

O terceiro critério apresentado não se hasteia na natureza relacional que um acordo transversal deve produzir em diferentes esferas. Trata-se de hipótese de Termo de Ajustamento de Conduta ou de Cessação de Conduta ou ainda de um acordo de colaboração premiada, celebrado na esfera penal, ou de um acordo de leniência, celebrado no âmbito da Lei Anticorrupção, que contém previsão expressa de que não será proposta a ação prevista na Lei de Improbidade Administrativa, o

que equivale à disposição e renúncia estatal das sanções previstas neste diploma legal. A questão deve ser tratada a partir da teoria da renunciabilidade dos direitos fundamentais e cotejada pela necessidade de serem verificadas, concretamente, as vantagens e a utilidade constitucional DA renúncia às sanções da Lei de Improbidade pretendida no acordo celebrado em outra esfera de responsabilidade.

A renúncia às penas da Lei de Improbidade, em suma, é possível quando evita inconsistências, contradições e incoerência que ameacem a própria proteção pretendida pela Constituição, além de revelar-se como a melhor prática social e moral no caso analisado, atributos que podem conferir confiança e segurança à decisão, bem como recompor o espírito único de proteção à probidade administrativa pretendido pela norma matricial constitucional do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

A solução engendrada, de uma maneira geral, desde que presentes a boa-fé e a confiança, é permitir o uso dos acordos em geral, desde que assegurada uma coerente, sustentável e eficiente proteção ao direito fundamental à probidade administrativa.

7 A diferença finalística entre Acordos de Colaboração/ Leniência para TAC e TCC

Anote-se que a alteração proposta pelo **Projeto Anticrime** não faz uma importante diferença finalística entre os negócios jurídicos, a saber: Em regra, colaboração premiada e acordo de leniência não são instrumentos de finalização do litígio. Ao contrário, são ferramentas que ampliam a análise do caso, ou porque trazem informações adicionais sobre outros coautores do ilícito, ou porque trazem novas provas de outros atos ímprobos antes desconhecidos (são, portanto, pontos de partida). Diferentemente, o termo de ajustamento de conduta e o termo de cessão de conduta, em regra, são instrumentos destinados a ultimação da controvérsia quanto à ocorrência do ato ilícito, e implicam a adoção de medidas prestacionais que buscam a tutela daquele interesse nele versado, pelo que se pode dizer que são pontos de chegada.

Isso significa que há uma certa imprecisão redacional no **Projeto Anticrime**, incapaz, é verdade, de comprometê-lo: Os instrumentos acordo de colaboração, de leniência, termo de ajustamento de conduta e de cessão de conduta são meios para obtenção de transação, acordo e conciliação. A sentença redacional, tal qual

redigida, aparentemente, confere maior destaque aos instrumentos do que seus conteúdos, esses, sim, objeto da reforma pretendida. Isso significa que outros instrumentos negociais que deságuem em transação, acordos ou conciliações, podem ser celebrados na esfera da improbidade administrativa, desde que respeitadas as premissas e critérios antes discorridos.

A título de referenciais legais, o termo de ajustamento de conduta está previsto em vários dispositivos legais: art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), art. 211 da Lei n. 8.069/90 (ECA), arts. 8º, VII, e 53 da Lei n. 8.884/94 (Infrações à Ordem Econômica); art. 79-A da Lei n. 9.605/98 (Condutas e Atividades Lesivas ao Meio Ambiente); art. 14 da Resolução CNMP n. 23/2007 e Resolução 179/2017 do CNMP. O termo de cessação de conduta está previsto na Lei da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), além dos chamados Termos de Ajustamento de Gestão previstos no âmbito dos Tribunais de Contas⁷. A Lei nº 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, prevê o termo de compromisso da Lei da Comissão de Valores Mobiliários.

Há ainda o termo de compromisso de ajuste de conduta do setor de saúde suplementar, previsto na Lei nº 9.656/1998. Por fim, Lei 13.506/2017, que dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, prevê, no art. 30, outra espécie de acordo premial, denominado Acordo Administrativo em Processo de Supervisão, muito semelhante ao Acordo de Leniência previstos na Lei 12.846/2013.

8 Acordos simultâneos e o problema da legitimidade concorrente e disjuntiva da tutela coletiva

Como se pode verificar, o **Projeto Anticrime** não resolve o problema referente a possibilidade de serem celebrados diversos negócios jurídicos, com diversas instituições, para a solução integral do ilícito. A legitimidade concorrente e disjuntiva da tutela dos interesses difusos, que implica na variedade de órgãos públicos para celebrarem termo de ajustamento de conduta, regra jurídica extensível à leniência, somada à dupla legitimidade para celebração da colaboração premiada

7 LIMA, Ana Carolina Tingo de; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Governança processual: a possibilidade de celebração de ajustamento de conduta administrativa com o TCU. *Juris Plenum Direito Administrativo*. Ano V, n. 20 (out./dez. 2018). Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2018.

(Ministério Público e autoridade policial, conforme decisão na ADI 5508), pode resultar em quadro indesejado de acordos simultâneos.

Melhor seria que o Projeto optasse por uma legitimidade supletiva ou preponderante de modo a atraí-la para uma única instituição, ainda que adstrita a algumas situações, o que evitaria uma espécie de leilão dos acordos, situação que pode colocar a perder a defesa da probidade. Neste ponto, cabe destacar a boa iniciativa do projeto de lei n. 5208/2016 apresentado pelo Deputado Federal Raul Jungmann, fruto de uma proposta elaborada por um grupo de juristas, acadêmicos e especialista de órgãos de controle, que busca corrigir essa distorção do microsistema de defesa da probidade.

O PL apresenta uma aparente solução ao prever, no § 15 do art. 16 da Lei Anticorrupção, uma espécie de privatidade da leniência reflexo de uma colaboração premiada, desde que, havendo investigação criminal em curso que tenha relação com o mesmo ato ou fato previsto nesta Lei, o acordo de leniência somente poderá ser celebrado pelo Ministério Público e, sempre que possível, compatibilizará seus termos e amplitude com o que dispuser o acordo de colaboração premiada previsto na lei penal específica.

De qualquer forma, em situações em que o acordo é celebrado de forma insatisfatória, análise feita a partir dos parâmetros e critérios acima estudados, poderá ser revisto e, naturalmente, complementado naquilo que necessário.

A possibilidade de revisão decorre de duas características principais: os acordos são concebidos como negócios jurídicos bilaterais e, como tal, se submetem às causas de anulação dos negócios jurídicos em geral previstas no art. 166 do Código Civil. Nesse caso, o vício pode dar ensejo à anulação do acordo e, se for o caso, à responsabilização das autoridades públicas, se comprovado dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB). Além disso, os acordos são instrumentos de garantia mínima dos direitos transindividuais relacionados a probidade administrativa, razão pela qual podem ser complementados por outro órgão legitimado, no caso de as prestações originais serem insuficientes para alcançar este mínimo.

A complementação pode ser feita por meio de outro acordo suplementar ou mesmo por meio do ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa, ocasião em que a autoridade judiciária poderá aplicar as sanções necessárias para tanto. Esta solução também é vislumbrada pelo Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso José Vicente Gonçalves de Souza, com apoio na interpretação dada

ao art. 785 do CPC, que estabelece que o título executivo extrajudicial não impede a deflagração da ação de conhecimento, notadamente em casos em que necessária a complementação da proteção do interesse lesado⁸.

Assim sendo, imagine-se o seguinte exemplo de nepotismo: Presidente de dada câmara dos vereadores, mesmo depois de advertido por órgão de controle externo, nomeia parentes diretos para todos cargos em comissão daquele órgão, cargos que sequer se caracterizam, verdadeiramente, como os de livre nomeação. Os nomeados, por significativo espaço de tempo, sequer comparecem com assiduidade ao serviço público. Neste quadro, parece elevada a gravidade do fato, parâmetro contido no art. 12 da Lei 8.429/92, seja porque ganhou grande dimensão quantitativa (afinal todos os cargos em comissão serviram ao propósito patrimonialista da autoridade nomeante), seja porque contou com dolo intenso (bem delineado, inclusive, pelas advertências feitas pelos órgãos de controle), o que causou elevado dano ao interesse público e enseja a aplicação de todas sanções da lei, de forma cumulada e em grau próximo ao máximo⁹.

Caso alguns dos legitimados celebrem um acordo contemplando unicamente o ressarcimento de danos¹⁰, providência insuficiente para proteção mínima da probidade

8 SOUZA, José Vicente Gonçalves de. O Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de tutela efetiva da probidade administrativa: breve análise sobre a viabilidade do instituto no âmbito da Lei Federal n. 8.429/1992. In: *Direito e Ministério Público em diálogo*. FREITAS, Luciana Fernandes de. São Paulo: Max Limonad. 2017.

9 Como sustentamos em outra ocasião, no mesmo exemplo de nepotismo ao citado neste estudo: “Neste caso, para proteger integralmente a probidade administrativa, a aplicação cumulada das sanções é proporcional, pois: a) é o meio mais idôneo porque protege o direito fundamental à probidade administrativa de maneira ótima; b) é o meio mais necessário porque contempla todas as medidas que favorecem a realização do direito fundamental à probidade administrativa; c) prestigia a proporcionalidade em sentido estrito porque favorece/realiza a defesa da probidade em grau compatível com o direito fundamental de proteção dada pelo mandamento constitucional inserto no art. 37, § 4.º, da Constituição da República. Avançando para a segunda fase, temos que as sanções aplicadas deverão ser dosadas acima do mínimo legal, próximas ou mesmo no máximo legal, uma vez que este é o patamar idôneo, necessário e proporcional à proteção do direito fundamental à probidade administrativa, reiteradamente violado pelas ruinosas consequências acarretadas pelo nepotismo.” (SOUZA, Renee do Ó; SANTIM, Valter Folto; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *A Aplicação das Penas da Lei de Improbidade Administrativa à Luz do Princípio da Proibição Deficiente: a Integridade na Proteção da Probidade Administrativa*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 12, n. 2. 2017. fls. 109).

10 Cumpre destacar que a obrigação de reparar o dano é providência insuscetível de transação, constituindo-se em núcleo duro da indisponibilidade na defesa da probidade. Essa é a interpretação condizente com o art. 12 da Lei 8.429/1992, art. 16, § 3º, da Lei 12.846/2013 e art. 4º, IV, da Lei 12.850/2013.

administrativa, caberá ao co-legitimado celebrar outro acordo complementar ou deduzir em juízo as demais sanções da Lei, tendo em mira a proteção integral do bem jurídico aviltado com aquela conduta.

Conclusão: inexistente solução fácil na defesa da probidade

O Projeto Anticrime promove o ingresso do sistema de justiça negocial na esfera da Lei de Improbidade Administrativa, o que se habilita, hodiernamente, de um modo geral, como mais racional, na medida em que permite respostas rápidas aos conflitos sociais. Ao permitir a negociação da sanção entre acusado e agente estatal em troca de resultados socialmente úteis, o sistema realiza no direito brasileiro conceitos de justiça restaurativa e negocial, com inspiração, ainda que indireta, no pragmatismo jurídico, calcado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, no abreviamento do tempo para a solução do conflito e atendimento de um cálculo de utilidade social.

É certo que a alteração pretendida pelo Projeto não soluciona todos os problemas que gravitam em torno da questão, afinal, ela suplanta a dimensão conflitiva normativa. O múltiplo sistema de responsabilidade, pautado por uma divisão material de aplicabilidade de cada um dos ramos do direito, somado à independência das instituições destinadas a enfrentar a corrupção no Brasil revela que há significativos limites na comunicação normativa, quadro agravado pela incompreensão do fenômeno de baixa tecnologia jurídica, dimensão que responde pela institucionalidade do Estado que acomete grande parte das instituições brasileiras que atuam pautadas em critérios institucionais distintos entre si, fruto de um desacordo valorativo institucional.

Mas essas particularidades não podem impedir a utilização dos instrumentos negociais na esfera da Improbidade Administrativa, mesmo porque os bons resultados produzidos por um acordo de colaboração premiada, de leniência e TACs não podem ser ameaçados pelo isolamento normativo e institucional.

A inovação proporcionada pelo **Projeto Anticrime** e a adoção dos acordos na Lei de Improbidade certamente desembocarão em vários outros estudos, imprescindíveis para a acomodação dessa nova realidade. As questões postas nestas linhas confirmam a premissa geral de que a chegada da justiça negocial é uma realidade no Brasil, mas ao contrário do que se supõe, não levará a uma banalização

das respostas estatais frente ao ilícito praticado porque, definitivamente, inexistente solução fácil na defesa da probidade.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Quatier Latim, 2014.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Ana Carolina Tingo de, CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Governança processual: a possibilidade de celebração de ajustamento de conduta administrativa com o TCU**. Juris Plenum Direito Administrativo. Ano V, n. 20 (out./dez. 2018). - Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, José Vicente Gonçalves de. **O Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de tutela efetiva da probidade administrativa: breve análise sobre a viabilidade do instituto no âmbito da Lei Federal n. 8.429/1992**. In: FREITAS, Luciana Fernandes de. **Direito e Ministério Público em diálogo**. São Paulo: Max Limonad, 2017.

SOUZA, Renee do Ó. **Os efeitos transversais da colaboração premiada e do acordo de leniência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SOUZA, Renee do Ó; SANTIM, Valter Foletto; PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. **A Aplicação das Penas da Lei de Improbidade Administrativa à Luz do Princípio da Proibição Deficiente: a Integridade na Proteção da Probidade Administrativa**. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. v. 12, n. 2. 2017.



REALIZAÇÃO

Centro de Estudos e
Aperfeiçoamento Funcional
CESAF



MINISTÉRIO PÚBLICO
ESTADO DO TOCANTINS

