

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL
HANDEL MARTINS DIAS
Organizadores

COLETÂNEA DO VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 1



**COLETÂNEA DO VI SEMINÁRIO
INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS INDISPONÍVEIS**

**TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS
VOLUME 1**

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Lígia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

ANIZIO PIRES GAVIÃO FILHO
ROGÉRIO GESTA LEAL
HANDEL MARTINS DIAS
Organizadores

COLETÂNEA DO VI SEMINÁRIO INTERNACIONAL

TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS

VOLUME 1

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida – em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Copyright © 2022 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2022 by Anizio Pires Gavião Filho,
Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias (Orgs.)



DIALÉTICA
EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

EQUIPE EDITORIAL

Editores-chefes

Prof. Dr. Rafael Alem Mello Ferreira
Prof. Dr. Vitor Amaral Medrado

Designer Responsável

Daniela Malacco

Produtora Editorial

Kariny Martins

Controle de Qualidade

Marina Itano

Capa

Giovana Acciarini

Diagramação

Giovana Acciarini

Preparação de Texto

Lucas Ben
Suzana Itano
Anna Moraes

Revisão

Responsabilidade do autor

Assistentes Editoriais

Jean Farias
Letícia Machado
Ludmila Vieira
Larissa Teixeira

Estagiária

Laís Silva Cordeiro



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Q3m

Coletânea do VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis : Vol. 1 / organização Anizio Pires Gavião Filho, Rogério Gesta Leal, Handel Martins Dias. – São Paulo : Editora Dialética, 2022.
332 p. = (v. I)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-3251-5

1. Direitos Indisponíveis. 2. Direito. 3. Coletânea. I. Organizadores. II. Título.

CDD 340
CDU 34



CONSELHO ADMINISTRATIVO

Fábio Roque Sbardello - Presidente

Luciano de Faria Brasil - Vice-Presidente

Gilberto Thums - Secretário

Alexandre Lipp João - Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Gilberto Thums

COORDENADOR DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

Anizio Pires Gavião Filho

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Mauro Luis Silva de Souza

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardello

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

APRESENTAÇÃO

Com o apoio da Associação Mundial de Justiça Constitucional (AMJC), Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos (CAPL), Instituto Giuridico Internazionale di Torino (IgiTo), Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC), Universidad de Medellín (UdeMedellín), Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH) e Universidad Popular del Cesar (UNICESAR), o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP) promoveu, entre os dias 19 e 20 de outubro deste ano, o **VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**, consolidando no cenário internacional um espaço próprio para a comunidade acadêmica apresentar, debater e publicar pesquisas sobre tutelas à efetivação de direitos indisponíveis, tema que ao qual se volta o Mestrado Acadêmico em Direito da FMP. Durante o evento houve intensas e profícuas discussões entre os participantes nos painéis e grupos de trabalho, realizados em ambientes virtuais com transmissão ao vivo pelo canal da FMP no YouTube.

Observando o recorte epistemológico da área de concentração do Mestrado Acadêmico em Direito e das atividades de pesquisa em geral da FMP, o **VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis** organizou-se a partir de dois eixos temáticos: *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* e *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais*. Nos painéis participaram juristas convidados na qualidade de painelistas. Sob a moderação do Prof. Dr. André Machado Maya (FMP), o painel *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* teve como painelistas o Prof. Dr. Mário Ferreira Monte (Universidade do Minho), a Prof.^a Dr.^a Flavia Novera Loureiro (Universidade do Minho) e o Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (FMP/UNISC). Já o painel *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* foi moderado pelo Prof. Dr. Handel Martins Dias (FMP) e teve como painelistas o Prof. Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano (Universidad Au-

tónoma de Chiapas), o Prof. Dr. Riccardo Perona (Istituto Giuridico Internazionale di Torino) e a Prof.^a Dr.^a Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín).

Nos grupos de trabalho, foram apresentadas, mediante comunicações orais, as pesquisas cujos artigos submetidos previamente selecionados através do sistema *double blind peer review*. Sob a coordenação da Prof.^a Bianca Medran Moreira (FMP), o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados* foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Práticas corruptivas em procedimentos licitatórios no contexto pandêmico: uma análise a partir da legislação brasileira* (Chaiene Meira de Oliveira e Rogério Gesta Leal); *El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad y desesperanza* (Jorge Isaac Torres Manrique); *LGPD e o direito fundamental à privacidade: o uso indevido de dados e o dever de indenizar no âmbito trabalhista* (Isadora Dias da Silva, Giovanna Menelli de Oliveira e Alisson Jordy Martins da Silva); *Povos indígenas e a possível violação de cláusulas pétreas na denúncia da Convenção nº 169 da OIT* (Sérgio Tibiriçá Amaral e Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral); *O limite do compartilhamento de provas na colaboração premiada* (Caroline Venturini de Araújo Ferreira e Fabio Roque Sbardelloto); *O direito à privacidade do consumidor na proteção dos dados pessoais e no uso da publicidade comportamental online* (Isadora Leitão Wild Santini Picarelli); *Sociedade multiculturais e o direito penal: o fenômeno dos crimes culturalmente motivados* (Luanna Rennhack Sampaio); *As vítimas de crimes com violência à pessoa e o dano moral in re ipsa: um olhar à luz do princípio da dignidade da pessoa humana* (Ana Adelaide Brasil Sá Caye, Carla Carrion Frós e Luanna Rennhack Sampaio); *Crimes de ódio e a violação dos direitos humanos e fundamentais* (Débora Bervig e Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra); *O processo estrutural como alternativa à judicialização individual dos conflitos sociais* (Diego de Ávila Rodrigues); *Teoria da cegueira deliberada e a imputação penal na lavagem de dinheiro* (Laura Bublitz de Camargo); *A função social do Tribunal de Contas na eficiência das políticas públicas por intermédio do índice de efetividade da gestão municipal (IEGM)* (Betieli da Rosa Sauzem Machado e Ricardo Hermany); *A reparação integral nos casos de violação a direitos humanos praticada por agentes estatais: um estudo do massacre do Carandiru* (Gustavo Ledur e Laura Vogado Lima); *Administração privada dos estabelecimentos prisionais e controle público da execução da pena: alternativa garantidora da segurança*

pública e do respeito às liberdades (Bárbara Barbieri Erig); *A investigação criminal defensiva no Brasil* (Julianna Raffaella de Souza Gallicchio e Laura Bublitz de Camargo).

Por outro lado, o grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* se dividiu em duas salas simultâneas. A primeira delas teve como coordenadores a Prof.^a Dr.^a Sandra Milene Acosta González (Universidad Popular del Cesar) e o Prof. Dr. Conrado Paulino da Rosa (FMP). Nela foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Fixação de locativos em razão da posse exclusiva de bem comum por um dos cônjuges: análise à luz da vedação ao enriquecimento sem causa* (Conrado Paulino da Rosa e Marina Dezotti Gatto); *A reparação integral nos casos de racismo: uma análise do caso Carrefour* (Eduardo Gonçalves Spitalieri e Laura Vogado Lima); *Mercado, Estado, sociedade e ativismo judicial: as tensões entre inclusão social e livre-iniciativa no caso da Petição 3,388 junto ao Supremo Tribunal Federal* (Antonio Celso Baeta Minhoto e Nilson Tadeu Reis Campos Silva); *Proporcionalidade e os direitos fundamentais sociais* (Débora Bervig); *El derecho a la protesta social como garantía constitucional: un enfoque pandémico a la luz del derecho convencional* (Astrid Daniela Vidal Lasso, Fredy Alexander Sanchez e Ángela Patricia Moreno); *Das sesmarias à casa verde e amarela: uma história de exclusão sócio territorial da população de baixa renda no Brasil* (Julianna Raffaella de Souza Gallicchio); *El sistema braille y otros médios auxiliares como derecho comunicativo de las personas con discapacidad visual en el Perú: avances y desafíos* (Nuccia Seminario Hurtado); *Conquistas e desafios da população LGBTQIAP+ pela afirmação dos direitos relativos ao exercício da parentalidade: adoção, reprodução assistida e outras possibilidades* (Carolina D'amorim Barreto e Marina Mayer Pereira); *Licença-parental: perspectivas pelo direito à participação ativa dos genitores na formação de laços afetivos com o recém-nascido e da igualdade de gênero no âmbito familiar e no mercado de trabalho* (Geórgia Manfroi); *Igualdade da licença parental como proteção ao melhor interesse da criança* (Ana Flávia Sartorelli Balancelli e Fernanda Pantaleão Dirscherl); *Gestação de substituição: comparação entre os ordenamentos jurídicos brasileiro, português e americano* (Luíza Sartori Parise e Natália Trindade Emmel); *(Im)possibilidade de desconstituição da paternidade registral: conflito entre vínculos registral, socioafetivo e biológico* (Iane Dias Krause); *O cabimento da indenização por danos morais em casos de abandono afetivo: uma análise jurisprudencial e doutrinária do assun-*

to (Henrique Scherer de Verney e Luiza Tosta Cardoso); *Comunhão parcial de bens: o atual regime de bens atende aos anseios sociais?* (Rafaela de Vargas Pereira e Cecília Nunes Barros).

Na Sala II, sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Maren Guimarães Taborda (FMP), foram apresentadas as seguintes pesquisas: *Análisis comparativo entre la legislación mexicana en materia de acciones colectivas y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* (Hugo Carrasco Soulé); *A transação na lei de improbidade administrativa e seus efeitos no microsistema processual coletivo* (Thomás Henrique Welter Ledesma); *A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo e o art. 58 do Projeto de Lei 1.641/21* (Ananda de Brum Christofari e Lara de Sousa Duarte); *Los recursos extraordinarios en la jurisdicción colombiana: ¿garantistas en la observancia de los derechos fundamentales?* (Héctor Francisco Arévalo Fόμεque); *Resoluções alternativas de conflitos na área tributária: os desafios da mediação* (Cristiane da Costa Nery); *Direito à busca da felicidade: meios alternativos de solução de conflitos do CPC/2015 e o Estado Democrático de Direito* (Maria Fernanda Gonçalves Ribeiro Ventura); *A prevenção e o enfrentamento do superendividamento: as alterações da Lei 14.181/21 no Código de Defesa do Consumidor* (Marcio Pasqualli Afonso); *O princípio da subsidiariedade e a Carta da República de 1988: elementos para discussão da adequação na seara econômica* (Gabriel Vieira de Souza e Michael Almeida di Giacomo); *Responsabilidad atribuable a los intermediarios de internet en el marco de un proceso judicial en Colombia* (Jorge Iván Guerra Fuentes); *A reparação integral diante do impacto da desinformação sobre a saúde durante a pandemia no Brasil* (Gabriela Medeiros Araújo e Lídia Caroline Ritter Pinto); *O protagonismo judicial, a discricionariedade e o ativismo judicial* (Lucas Moreschi Paulo); *Derechos fundamentales situados en un mismo nivel dentro de la pirâmide kelseniana y la ponderación de los mismos* (Maria Camila Vanegas Hernández); *Teoria da derrotabilidade das regras jurídicas: uma aplicação ao direito real de habitação* (Helena Soares Souza Marques Dias).

Esta coletânea reúne, em dois volumes, os estudos apresentados no **VI Seminário Internacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. No volume 1 encontram-se as investigações objeto do painel e do grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos públicos incondicionados*. Já as pesquisas divulgadas no painel e no grupo de trabalho *Tutelas à efetivação de direitos transindividuais* estão no segundo

volume. Recuperando essas valiosas contribuições com a presente obra, a Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público renova mais uma vez o seu sólido compromisso de difusão do conhecimento e dos benefícios resultantes da pesquisa científica.

Uma excelente leitura a todos!

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2021.

Prof. Dr. **Anizio Pires Gavião Filho**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

Prof. Dr. **Rogério Gesta Leal**

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

Prof. Dr. **Handel Martins Dias**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da FMP

SUMÁRIO

O RECONHECIMENTO MÚTUO DE DECISÃO DE PERDA
NA UNIÃO EUROPEIA. E NO RESTO DO MUNDO? | 17

- Mário Ferreira Monte

DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E
PRIVACIDADE: PERSPECTIVAS PENAIS E PROCESSUAIS
PENAIAS | 29

- Rogério Gesta Leal

EL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR SIN
MIEDO, ANSIEDAD, DESESPERANZA. ANÁLISIS
INTERDISCIPLINAR | 53

- Jorge Isaac Torres Manrique

LGPD E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: O
USO INDEVIDO DE DADOS E O DEVER DE INDENIZAR
NO ÂMBITO TRABALHISTA | 65

- Isadora Dias da Silva

- Giovanna Menelli de Oliveira

- Alisson Jordy Martins da Silva

POVOS INDÍGENAS E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE
CLÁUSULAS PÉTREAS NA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO
Nº 169 DA OIT | 81

- Sérgio Tibiriçá Amaral

- Maria Fernanda de Toledo Pennacchi Tibiriçá Amaral

O LIMITE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NA
COLABORAÇÃO PREMIADA | 111

- Caroline Venturini de Araújo Ferreira
- Fabio Roque Sbardellotto

O DIREITO À PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR NA
PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E NO USO DA
PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE | 127

- Isadora Leitão Wild Santini Picarelli

SOCIEDADES MULTICULTURAIS E O DIREITO PENAL:
O FENÔMENO DOS CRIMES CULTURALMENTE
MOTIVADOS | 141

- Luanna Rennhack Sampaio

AS VÍTIMAS DE CRIMES COM VIOLÊNCIA À PESSOA
E O DANO MORAL *IN RE IPSA*: UM OLHAR À LUZ DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 169

- Ana Adelaide Brasil Sá Caye
- Carla Carrion Frós
- Luanna Rennhack Sampaio

PRÁTICAS CORRUPATIVAS EM PROCEDIMENTOS
LICITATÓRIOS NO CONTEXTO PANDÊMICO: UMA
ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA | 185

- Chaiene Meira de Oliveira
- Rogério Gesta Leal

CRIMES DE ÓDIO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS
HUMANOS E FUNDAMENTAIS | 201

- Débora Bervig
- Venâncio Antônio Castilhos de Freitas Terra

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO ALTERNATIVA À
JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CONFLITOS
SOCIAIS | 219

- Diego de Ávilla Rodrigues

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A IMPUTAÇÃO
PENAL NA LAVAGEM DE DINHEIRO | 243

- Laura Bublitz de Camargo

A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS NA
EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERMÉDIO
DO ÍNDICE DE EFETIVIDADE DA GESTÃO MUNICIPAL
(IEG-M) | 259

- Betieli da Rosa Sauzem Machado

- Ricardo Hermany

A REPARAÇÃO INTEGRAL NOS CASOS DE VIOLAÇÃO A
DIREITOS HUMANOS PRATICADA POR AGENTES ESTATAIS:
UM ESTUDO DO MASSACRE DO CARANDIRU | 281

- Gustavo Ledur

- Laura Vogado Lima

ADMINISTRAÇÃO PRIVADA DOS ESTABELECIMENTOS
PRISIONAIS E CONTROLE PÚBLICO DA EXECUÇÃO DA
PENA: ALTERNATIVA GARANTIDORA DA SEGURANÇA
PÚBLICA E DO RESPEITO ÀS LIBERDADES | 299

- Bárbara Barbieri Erig

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL | 317

- Juliana Raffaella de Souza Gallicchio

- Laura Bublitz de Camargo

O RECONHECIMENTO MÚTUO DE DECISÃO DE PERDA NA UNIÃO EUROPEIA. E NO RESTO DO MUNDO?

MÁRIO FERREIRA MONTE¹

1. O “NOVO” REGULAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA SOBRE RECONHECIMENTO MÚTUO DAS DECISÕES DE APREENSÃO E DE PERDA

No dia 19 de dezembro de 2020 entrou em vigor, na União Europeia, o Regulamento (UE) n.º 2018/1805, sobre reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e de perda (doravante, Regulamento).

O Regulamento n.º 2018/1805 tem como principal objetivo facilitar a recuperação transfronteiriça de bens de origem criminosa, através da apreensão e da perda mais eficiente de fundos ilícitos na União Europeia e “vai ainda ao encontro da necessidade de alinhar o quadro jurídico em matéria de reconhecimento mútuo das decisões de perda e de apreensão com a harmonização preconizada pela Diretiva 2014/42/UE, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens, que o instrumento em causa visa abranger” (SIMÕES, 2019, p. 60).

Reconhecendo-se que “o Regulamento não vem, no essencial alterar o enquadramento normativo já previsto para a identificação, apreensão e perda de bens, na União Europeia” (CONSELHO EUROPEU DE TAMPERE, 2018, p. 64), veio, no entanto, estabelecer normas aplicáveis a todos os Estados-Membros sobre o reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda.

Ora, mais do que *harmonização* – com as decisões-quadro e a diretiva até então existentes –, que sempre permitia alguma margem de

1 Professor Catedrático da Universidade do Minho. Coordenador do Grupo de investigação em justiça penal e criminologia (JusCrim). Coordenador Geral da Rede Internacional de Investigação em Direito Lusófono. Diretor do Doutoramento em Direito e do Mestrado em Direito Judiciário na Escola de Direito da Universidade do Minho.

desfasamento entre ordenamentos jurídicos estaduais², e sem a afastar completamente, agora é mesmo o reconhecimento mútuo que se impõe de um modo *unificado*. Ficam assim superadas eventuais diferenças de regimes jurídicos que pudessem constituir obstáculos à efetivação das decisões de apreensão e de perda transfronteiriças. Por isso, faz sentido a alusão que Fernanda Palma faz, neste âmbito, a duas velocidades que se complementam: a da harmonização, mais lenta, e a do reconhecimento mútuo, mais célere (PALMA, 2014, p. 20)³.

Em suma, mantendo-se em vigor a Diretiva de 2014 Diretiva 2014/42/UE, que estabeleceu regras mínimas comuns para a apreensão e perda de bens, com os efeitos que esta deve produzir – no caso português, a Lei n.º 30/2017, de 30 de maio, fez a sua transposição, alterando parcialmente o regime jurídico do Código Penal e do Código de Processo Penal, na matéria relativa à apreensão e perda de bens –, o Regulamento vem, vistas as coisas, viabilizar a efetivação da apreensão e perda de bens sempre que em causa estejam bens localizados em outro Estado-Membro que não aquele na qual se dá a decisão de apreensão e/ou de perda⁴.

2. ÂMBITO MATERIAL DO REGULAMENTO

2.1. DECISÕES EMITIDAS NO ÂMBITO DE “PROCESSOS EM MATÉRIA PENAL”

No Regulamento⁵ explica-se que o reconhecimento mútuo é aplicável «a todas as decisões de apreensão e a todas as decisões de perda emitidas no âmbito de processos em matéria penal», o que é confirmado

2 Como explica Correia (2019, p. 188), o sistema de reconhecimento mútuo baseado nas Decisões-Quadro anteriores não era inteiramente eficaz.

3 A Autora acrescenta que a velocidade mais célere, do reconhecimento mútuo, «tendo uma natureza processual, irradia para o Direito Penal substantivo, criando um mecanismo de protecção penal por via processual, impeditivo de lacunas de punição ou de santuários. Tal mecanismo impulsiona a própria harmonização, na medida em que exige uma confiança mútua que pelo menos está dependente de uma produção de efeitos semelhantes no tratamento das diversas matérias nos diferentes sistemas jurídicos».

4 Afinal, nada mais natural do que a evolução que se experimentou, «baseada quer em mecanismos de harmonização prévia, quer, ainda, em mecanismos de reconhecimento mútuo» (CORREIA, 2019, p. 186).

5 Cf. considerando 13.

no artigo 1.º, n.º 1, excluindo-se, no n.º 4, decisões emitidas no âmbito de processos em matéria civil ou administrativa.

É claro que a expressão “processos em matéria penal” não é muito clara. Por exemplo, no processo em matéria penal pode discutir-se questões de natureza civil.

Por isso, o Regulamento⁶, além de considerar que a expressão “Processos em matéria penal” envolve “um conceito autónomo do direito da União interpretado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, não obstante a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”, explica que abrange o seguinte:

- todos os tipos de decisões de apreensão e de decisões de perda emitidas na sequência de um processo relativo a uma infração penal, não se limitando a incluir as decisões abrangidas pela Diretiva 2014/42/UE;
- outros tipos de decisões proferidas sem uma condenação definitiva, mesmo que esta situação esteja prevista num determinado Estado membro;
- as investigações criminais da polícia ou de outras autoridades de aplicação da lei.

Aparentemente, este enunciado resolve o problema. Excluindo-se os processos em matéria civil e/ou administrativa e apostando-se nos processos em matéria penal, parece não haver dúvidas de que para que se tome a decisão de perda e se acione a execução da decisão num outro Estado, imperioso é que aquela decisão tenha sido tomada no âmbito de um processo penal, o que implica sempre uma das seguintes situações:

- que tenha havido um facto típico e ilícito ao qual estejam ligados os bens – situação que, por exemplo, no ordenamento jurídico português está prevista nos artigos 109.º e 110.º do CP;
- que tenha havido uma condenação penal, a partir da qual se tenha verificado um património incongruente – o que no direito português, encontra acolhimento no art. 7.º da Lei 5/2002 de 11 de janeiro;
- que, apesar de haver processo penal por um facto típico e ilícito, não tenha havido condenação penal – situação que em Portugal está prevista nos artigos 109.º e 110.º do CP;
- de investigações criminais em curso;

6 Idem.

- e de perda de bens de terceiros, porque, se bem que não esteja expressamente prevista no Regulamento, está compreendida nas várias hipóteses anteriores – e no ordenamento jurídico português está prevista no artigo 111.º do CP e no art. 7.º, n.º 2, al. b), da Lei n.º 5/2002

Mas a delimitação do âmbito material ainda não fica esclarecida. Passemos a um outro problema.

2.2. INFRAÇÕES PENAIS PARTICULARMENTE GRAVES QUE TENHAM DIMENSÃO TRANSFRONTEIRIÇA

Tendo em conta a formulação do art. 82.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), devem as infrações penais visadas no Regulamento ter relevância transfronteiriça? Ou apenas deve ter esta relevância a situação dos bens a perder?

A resposta constante do considerando 14 do Regulamento não é clara. Diz-nos o seguinte: “as infrações penais abrangidas pelo presente Regulamento não deverão ficar limitadas aos crimes particularmente graves que tenham uma dimensão transfronteiriça, porquanto o artigo 82.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) não impõe tal limitação às medidas que preveem regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento mútuo das sentenças em matéria penal”.

Porém, partindo do princípio de que a aplicação do Regulamento implica a interação de dois ou mais Estados – caso contrário, ou seja, se tudo se passasse apenas em um Estado, não seria necessário –, a questão subsiste: não devem as infrações ter relevância transfronteiriça, se forem particularmente graves, ou não têm de ser particularmente graves, se tiverem relevância transfronteiriça? Ou nem uma coisa nem outra, e nesse caso, então como se justificaria a aplicação do Regulamento?

A nosso ver, a infração não tem de ter relevância transfronteiriça, mas a situação dos bens, como é natural, deve-a possuir.

Quanto a esta segunda ideia, ela é evidente: se os bens estão em outro Estado-Membro e é necessário acionar o reconhecimento mútuo, é óbvio que a situação dos bens tem relevância transfronteiriça. E mais: não esquecendo que tais bens estão ligados a infrações penais (diretamente, nas situações clássicas, ou indiretamente, nas situações de perda alargada), acaba por haver relevância transfronteiriça da infração, não pelo lugar da prática do facto, mas pelo lugar dos instrumentos, produtos, vantagens ou valores correspondentes (direta ou indiretamente) ligados

à infração. Mas seria forçado que a infração devesse possuir relevância transfronteiriça pelo lugar da prática do facto e até do resultado – sem atender ao lugar da situação dos bens –, porque isso não resulta do Regulamento, nem é isso que está na sua mira.

Este instrumento visa essencialmente desmotivar a que os autores dos factos coloquem os bens em lugares diferentes do da sua prática ou da atividade ilícita, com o objetivo de não virem a perder esses bens. Ora, como já foi dito por vários Autores⁷, a perda de bens tem o efeito de afetar os agentes dos factos naquilo que provavelmente mais lhes custa: os proveitos económicos dos factos – quando estes são realizados com o objetivo destes proveitos.

Dito isto, também não podemos concluir que as infrações tenham de ser “particularmente graves”. As infrações podem ser as que o Estado emissor entender, sendo certo que, se estiverem no catálogo do art. 3.º do Regulamento, dispensam a verificação da dupla incriminação, ao passo que, se não estiverem, implicam essa comprovação. Aliás, de outro modo não seria compreensível. Por um lado, porque nem todas as infrações descritas no art. 3.º do Regulamento podem considerar-se particularmente graves. Por exemplo, a burla, será seguramente um desses casos. Por outro lado, porque a decisão de perda pode ocorrer relativamente a uma infração “nos termos da legislação do Estado de execução”, que não conste no catálogo do n.º 1 do art. 3.º, ainda que, nesse caso, fique sujeita a verificação da dupla incriminação. E, finalmente, porque o que importa é que os bens, ligados à infração penal, se encontrem num outro Estado-Membro. Deste modo, o que se desmotiva é que potenciais criminosos utilizem outros Estados para “fugir” à perda de bens.

3. OBJETO DA PERDA DE BENS

Sobre o que pode ser objeto de perda, o Regulamento é muito abrangente. Tanto podem ser produtos como instrumentos do crime. Sendo que, no caso dos produtos, o alcance é notório: “qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal, consistindo em qualquer tipo de bem e abrangendo a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto, assim como quaisquer ganhos quantificáveis”⁸.

7 Nesse sentido, COSTA, 2001, p. 541; MARIANO, 2018, p. 137; BUCHO, 2018, p. 185.

8 É o que consta do art. 2.º, n.º 4, do Regulamento.

Acresce que o Regulamento, no art. 2.º, vai mais longe do que a tradicional distinção entre instrumentos, produtos e vantagens (do crime), porque ao enunciar que a perda recai sobre “bens” e ao traçar a sua definição, traz uma noção muito abrangente: “os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos da propriedade desses ativos ou direitos com eles relacionados”.

E se tivermos em conta que estes bens podem ser produtos, instrumentos e vantagens de um facto ilícito e típico, bem como os que sejam passíveis de perda nos termos da Diretiva 2014/42/UE, ou seja, basicamente, a *perda alargada de bens*, que não depende de um facto ilícito e típico, mas consubstanciam um *património incongruente*, tendo como pretexto a prática de um facto previsto na Diretiva, sem fazer depender esse património desse facto, e ainda todos os bens “passíveis de perda por força de quaisquer outras disposições relacionadas com os poderes de perda, incluindo a perda sem condenação definitiva, previstos na legislação do Estado de emissão relativamente a uma infração penal”⁹, então podemos dizer que praticamente pode ser tudo o que esteja ligado com ou seja fruto de um facto típico e ilícito ou tenha relação com atividade criminosa (desde que, neste caso, tal incongruência não tenha justificação)¹⁰.

Nesta abrangência lassa, podem caber os instrumentos, produtos, vantagens ou valores correspondentes ligados a factos típicos e ilícitos concretos ou a atividades criminosas, desde que neste caso não haja uma justificação para a sua existência, tendo em conta os rendimentos lícitos das pessoas que são titulares dos bens e/ou dos autores dos factos.

9 Cf. art. 3.º, al d), do Regulamento.

10 Note-se que referimos a perda alargada nos termos da Diretiva 2014/42/UE. Temos consciência de que o direito resultante da transposição dessa Diretiva pode não ser inteiramente coincidente com o que a Diretiva pressupunha. E, sendo assim, como adverte Correia (2019, p. 195), atendendo ao âmbito fixado pelo art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, “nem tudo o que o legislador apelida de perda alargada – como o faz o legislador português – o é efetivamente”. Donde, podendo haver diferenças, como explica o Autor, podem implicar o “não reconhecimento legítimo das decisões de apreensão e perda proferidas pelos tribunais portugueses”.

4. MAS, AFINAL, OS BENS OBJETO DE APREENSÃO, ARRESTO E PERDA TÊM DE TER LIGAÇÃO COM ALGUM DOS CRIMES DO CATÁLOGO ENUNCIADO NO REGULAMENTO?

Depois do que já vimos, como se compreende o art. 3.º do Regulamento que apresenta um catálogo de factos? Afinal os bens têm de ter ligação com esse catálogo? Têm de ser instrumentos, produtos e vantagens desses factos?

Na verdade, não. O catálogo previsto no art. 3.º não serve para condicionar a perda à prática de um determinado facto típico e ilícito. Já vimos que os bens podem ou não estar ligados a um determinado facto. O art. 2.º, n.º 3), al. c) e d) é disso expressão, ao admitir que os bens não têm de ter relação com um determinado facto típico e ilícito.

O catálogo serve, em primeiro lugar, para dispensar a verificação da dupla criminalização quando a infração em causa seja uma das que estiver nesse catálogo. Portanto, se o Estado emissor decide pela perda de bens junto do Estado executor, este não tem de verificar se a infração referida naquele está prevista no seu ordenamento jurídico. O que tem de verificar é se a infração é uma das que consta no catálogo. É o princípio do reconhecimento mútuo a funcionar plenamente entre Estados. Em segundo, se a infração não consta do catálogo, então “o Estado de execução pode sujeitar o reconhecimento e a execução de uma decisão de apreensão ou de uma decisão de perda à condição de os factos que deram origem a essa decisão constituírem uma infração penal nos termos da legislação do Estado de execução, quaisquer que sejam os elementos constitutivos ou a qualificação da mesma na legislação do Estado de emissão”¹¹. E aqui sim, o Estado de execução pode condicionar a resposta à verificação de dupla criminalização¹².

11 Art. 3.º, n.º 2, do Regulamento.

12 Para o fazer, e como consta do próprio Regulamento, no considerando 20, “a autoridade competente do Estado de execução deverá verificar se os elementos factuais subjacentes à infração penal em causa, constantes da certidão de apreensão ou da certidão de perda enviada pela autoridade competente do Estado de emissão seriam também, enquanto tais, sujeitas a sanção penal no Estado de execução, caso estivessem presentes nesse Estado no momento da decisão de reconhecimento da decisão de congelamento ou da decisão de perda”.

5. IMPLICAÇÕES E ALCANCE DO REGULAMENTO NO “COMBATE” AO CRIME ORGANIZADO, FINANCEIRO E ECONÓMICO, DE CARIZ TRANSNACIONAL

Pese embora alguns aspetos mais obscuros ou pelo menos de menor claridade que resultam do Regulamento (UE) 208/1805, pode dizer-se que constitui um instrumento valioso de reconhecimento mútuo em matéria de perda de bens.

Aquilo que sucedia até agora na União Europeia é o que sucede em geral em todo o mundo: a soberania de cada Estado impede que um Estado possa arrestar e declarar perdidos a seu favor bens que se encontrem em outro Estado, sem passar por um verdadeiro calvário. Torna-se sempre necessário encetar diligências para solicitar a um Estado que colabore no arresto desses bens e na declaração de perda. Ora, todos sabemos como estes processos são muito complexos. Por um lado, há todo um conjunto de diligências técnicas, com toda uma série de documentos que devem ser traduzidos, a requerer a colaboração do Estado onde se encontram os bens; por outro lado, nem todos os Estados têm a mesma sensibilidade, os mesmos objetivos e até os mesmos meios para efetivar estes mecanismos; e mesmo que tenham, os ordenamentos jurídicos têm soluções distintas.

De modo que este instrumento veio facilitar de modo significativo o tratamento deste problema – arresto e confisco de bens –, entre Estados, assentando tudo no reconhecimento mútuo de decisões. Apenas se terá de verificar se o pedido está de acordo com o Regulamento. Em caso afirmativo, o Estado requerido atua em conformidade com o que é solicitado pelo Estado requerente, porque sabe que, se fosse ao contrário, seria exatamente isso que o Estado em causa faria.

Nada ou quase nada fica dependente de legislação interna estadual. O Regulamento passa a ser legislação estadual, uma vez que é a única legislação de todos os Estados.

Não é difícil perceber o alcance deste Regulamento. É um potente instrumento contra o crime organizado, financeiro e económico, de cariz transnacional. Se quem realiza este tipo de crimes tem como principal motivação a obtenção de proveitos económico-financeiros, de modo ilícito, a perda desses proveitos é exatamente aquilo que tais agentes menos desejam. Ora, essa possibilidade pode constituir um factor de desmotivação deste tipo de criminalidade e ao mesmo tempo de recuperação de ativos que permita de algum modo ressarcir o Estado e os lesados deste tipo de criminalidade.

Portanto, este instrumento, a par com outros que caminharão no mesmo sentido, através da harmonização de normas, vem permitir no espaço da União Europeia uma atuação judiciária mais eficaz na anulação dos proveitos económicos de certo tipo de criminalidade.

6. E O RESTO DO MUNDO? EM PARTICULAR NA CPLP...

Claro que o Regulamento que aqui tratamos tem eficácia apenas no espaço da União Europeia. Não resolve totalmente o problema, porque há mais mundo que o do espaço europeu. Seguramente que constituirá um instrumento de grande préstimo, não só para o efeito imediato que pretende atingir – a restituição dos bens emergentes do crime – mas também para a consolidação do espaço de segurança que deve ser o da União Europeia.

Ao mesmo tempo, e esta parece-nos uma nota essencial, o reconhecimento mútuo das decisões de perda consolida a ideia segundo a qual as instituições judiciárias no espaço da União Europeia atingiram já um assinalável estado de maturidade; caso contrário, seria impossível um reconhecimento mútuo, quase incondicional, numa matéria tão sensível como é a da perda de bens.

Mas também é verdade que a partir daqui se podem abrir portas para novos fluxos de bens e valores ilícitos à escala mundial.

Sabendo que no espaço da União Europeia as coisas poderão não correr de feição para quem se dedique à criminalidade económico-financeira, uma vez que os riscos de haver uma perda de bens sobem à custa da chamada perda alargada de bens e os riscos da sua perda efetiva sobem consideravelmente à custa do reconhecimento mútuo das decisões de arresto e de perda, não é difícil adivinhar o que poderá vir a passar-se: os bens e valores passarão a ser colocados em outros Estados fora da União Europeia (onde tais riscos podem nem sequer existir)

É comum dizer-se, e há razões para isso, que os criminosos de colarinho branco sempre seguem um passo à frente do sistema policial e judiciário. A sofisticação permitida pelos recursos envolvidos sempre permitirá um aproveitamento das fragilidades daqueles sistemas a uma escala global (mundial). O que se impede, fechando a porta, permite-se deixando a janela aberta.

Só que para isto os Estados em geral teriam de fazer algo semelhante ao que foi possível fazer agora na União Europeia. Bem sabemos

que se trata de tarefa hercúlea. O processo na União Europeia demonstrou-o. Provavelmente até impossível. Mas nada que não pudesse experimentar-se a partir de organizações mundiais como é o caso da ONU.

Uma coisa nos parece possível. Dentro de certo tipo de organizações, como é o caso da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), esta ideia não seria de tão difícil execução. Além de já existirem passos dados, como acordos bilaterais, entre Estados de Língua portuguesa, o facto de haver uma entidade que congrega estes Estados, permitiria olhar para este exemplo de Regulamento e, quiçá, levar à conta de uma possível institucionalização na CPLP. Mais uma vez, não seria a solução de todo o problema. Mas seria mais um passo. Um passo significativo.

REFERÊNCIAS

BUCHO, Cruz. A transposição da diretiva 2014/42/UE. Notas à Lei n.º 30/2017, de 30 de maio (aspetos processuais penais). *In*: FERREIRA, Maria Raquel et. al. (Coords.), **O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs**, 1. Ed. Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018.

CONSELHO EUROPEU DE TAMPERE. **Conclusão 33**. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm, Acesso em: 15 dez. 2021.

CORREIA, Conde. Reconhecimento mútuo de decisões de apreensão e de confisco: o regulamento (UE) 2018/1805 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de novembro de 2018. **Revista Julgar**, n. 39, set./dez. 2019.

COSTA, Faria. O fenómeno da globalização e o direito penal económico. *In*: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MARIANO, Cura. A perda de bens de terceiro relacionados com o crime. *In*: FERREIRA, Maria Raquel et. al. (Coords.), **O Novo Regime de Recuperação de Ativos à Luz da Diretiva 2014/42/UE e da Lei que a Transpôs**, 1 ed. Lisboa: IMCM/Ministério Público/Procuradoria-Geral Distrital do Porto, 2018.

PALMA, Fernanda. O princípio do reconhecimento mútuo e o reconhecimento de sentenças e de decisões judiciais na União Europeia. *In*: PALMA Fernanda et.

al., (Org.) **Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SIMÕES, Rita. O Regulamento relativo ao reconhecimento mútuo das decisões de apreensão e perda: inovações e continuidades. **Revista do CEJ**, n.1, jan./jun. 2019.

DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E PRIVACIDADE: PERSPECTIVAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS

ROGÉRIO GESTA LEAL¹

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A adoção cada vez maior de medidas jurídicas emergenciais e de polícia para o enfrentamento de riscos e ameaças à segurança pública em todo o mundo tem sido realidade inafastável, nomeadamente em face de situações e cenários trágicos como o terrorismo, o tráfico de entorpecentes, de órgãos humanos, de pessoas, e mais recentemente da pandemia conhecida como corona vírus.

Tais demandas, entretanto, reclamam atenção destacada do debate constitucional e infraconstitucional (em especial o penal), pois exigem dos sistemas jurídicos avaliar como lidar com comportamentos fundados na lógica da força, violência e guerra sem limites e, ao mesmo tempo, manterem-se compromissados com as categorias normativas que concretizam as conquistas civilizatórias dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Três consequências diretas destes fenômenos são sentidas em termos de políticas públicas dos Estados de Direito em sua maior parte: (i) a ampliação qualitativa e quantitativa de normas e políticas de prevenção contra aqueles riscos e ameaças; (ii) o endurecimento gradativo de medidas jurídicas antecipatórias, de sanções e penas definitivas às ações e autores, potenciais ou efetivos, protagonistas destes cenários; (iii) em face dos medos sociais e institucionais (muitos deles induzidos) de tudo isto, o surgimento de certa banalização do mal e sua corporificação nas

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da Quarta Câmara Criminal, que julga os crimes contra a Administração Pública e os praticados por Prefeitos e Vereadores. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP.

peçoas, que estão relacionadas – direta e indiretamente – com os perigos de que tratamos.

Tais constatações atingem inúmeros direitos, dentre outros, os da privacidade e intimidade das pessoas (físicas e jurídicas), razão pela qual o presente texto pretende abordar, num primeiro momento, como se tem tratado estes direitos fundamentais individuais no campo da doutrina e jurisprudência internacional e nacional, para em seguida cotejá-los com o direito fundamental social a segurança, identificando de que modo o Direito Penal e Processual Penal tem contribuído para equacioná-los, nomeadamente em face de certas tipologias de crimes altamente complexos, sofisticados e perigosos a Sociedade.

2. PRIVACIDADES DEVASSADAS: RISCOS E PERIGOS

Os ativistas virtuais – *cyberpunks* – Julian Assange, Jacob Appelbaum, Andy Müller e Jérémie Zimmermann, em obra coletiva de 2012, alertavam para o fato de que os escândalos de acesso a dados pessoais não autorizados pelas forças de segurança dos Estados Unidos da América, divulgados pelos relatos do *Collateral Muder*, *War Logs* e *Cablegate*, evidenciam, de modo objetivo, a fragilidade dos direitos fundamentais de privacidade e intimidade que nos são assegurados por Constituições em todo o Ocidente. (ASSANGE et al., 2012). Neste texto, os autores deixam muito claro como nossa vida privada quotidiana passou a ser militarizada por sistemas complexos, públicos e privados, de controle de dados e informações, algumas das quais sequer sabemos que existem.

Para aprimorar todo este cenário de violação de direitos, os ataques terroristas do 11 de Setembro de 2001, nos EUA, e os ocorridos no ambiente europeu (de Madrid e Londres, em 2002; Paris em 2015, e Bruxelas em 2016), provocaram reações instantâneas de ódio e vingança, tanto por parte dos governos como de segmentos massivos da cidadania, fomentados por campanhas midiáticas contra violência, sob o argumento da legítima defesa, abordada a partir de premissas absolutamente instintivas e de baixa racionalidade (VERGOTTINNI, 2011).

Sem dúvidas que as tradicionais liberdades negativas – incluindo aqui a liberdade pessoal – são os primeiros Direitos Fundamentais a serem alvos potenciais das ações/reações públicas em nome deste símbolo igualmente fundamental e constitucional que é a segurança, isto porque a exigência de controles e prevenções alcançam as dimensões de tutela

das liberdades fundamentais na forma de exercício mais clássica e tradicional, e em sua declinação na modalidade digital, com o emprego dos meios de comunicação virtual.

Lembremos dos incisivos atos de invasão da privacidade que foram adotados nos EUA a partir do conhecido *Patriot Act*, de 2001, associados aos mecanismos que incidiram – e ainda alguns incidem – sobre as liberdades constitucionais mais tradicionais. Da mesma forma o famoso escândalo *Datagate*, provocado por Edward Snowden, e que está relacionado a medidas ditas de segurança oriundas do mesmo gatilho que foi o 11 de setembro, consistindo na revelação da maciça atividade governamental dos EUA na coleta secreta de dados pessoais de cidadãos do mundo todo em nome da segurança nacional e internacional, a partir do acesso de inúmeros servidores de instituições gestoras e operadoras de banco de dados em solo americano (e até mesmo em áreas internacionais, pela via da espionagem).

Ainda nos EUA podemos fazer referência ao chamado *Freedom Act*, aprovado em 02/06/2015, a nova e extremamente liberal lei que disciplina atividades de investigação por parte das autoridades federais, substituindo o *Patriot Act*, de 2001, aprovando ainda novo acordo com a Comunidade Europeia, adotado pela Comissão Europeia de 12/07/2016, substitutivo do *Safe Harbour*, definido como *Privacy Shield*. Este novo ato restaura várias medidas do primeiro, dentre as quais as incontáveis escutas telefônicas itinerantes, dando poder absoluto para as agências de segurança de controlar qualquer tipo de comunicação entre quaisquer pessoas – físicas e jurídicas -, desde que suspeitas de configurarem risco a segurança nacional.²

2 Lembremos que muitos membros do Congresso norte-americano acreditavam que, após as divulgações de Snowden, a restauração da confiança do público exigiria mudanças legislativas severas, sendo que mais de 20 projetos de lei foram escritos desde o início das divulgações do agente Snowden, com o objetivo de esclarecer os poderes de vigilância do governo. Naquela época, o congressista Jim Sensenbrenner, um dos grandes responsáveis pela introdução do *Patriot Act*, em 2001, após os ataques terroristas de 11 de setembro, dando mais poder às agências de inteligência dos EUA, declarou já em 2014 que estava na hora de encerrar o programa de metadados da NSA, eis que a comunidade de inteligência teria usurpado os poderes que lhes foram conferidos, indo muito além da intenção original do Congresso. A despeito disto o governo Trump desejava reeditar aqueles poderes para as agências de inteligência, como mostra o jornal *Washington Post*, no site https://www.washingtonpost.com/world/national-security/white-house-has-signaled-it-may-seek-permanent-renewal-of-controversial-surveillance-power/2019/04/30/b4407af-2-67a5-11e9-8985-4cf30147bdca_story.html, acesso em 01 out. 2019.

A despeito disto, no ano de 2015, a Microsoft apresentou ação judicial contra o governo federal norte-americano – em especial envolvendo o Departamento de Justiça –, denunciando o aumento exponencial de solicitações de acesso a inúmeros dados pessoais dos milhões de usuários de seus produtos, de várias partes do mundo. Em julho de 2016, a Corte de Apelo Federal determinou que o governo não poderia acessar de forma indiscriminada dados pessoais de outros países, reforçando entendimento de restrição do poder do Estado neste âmbito (U.S. COURT OF APPEALS, 2016).

Outro fato histórico relevante para este debate, também ocorrido nos EUA, foi o da pretensão do FBI em acessar o Iphone de um atirador que matou 14 pessoas e feriu 22, em tiroteio na localidade de San Bernardino, na Califórnia, no ano de 2015. O FBI recorreu à justiça para que a Apple fornecesse acesso ao telefone do assassino, pois a empresa negava-se a conceder tais informações, sob vários argumentos, dentre os quais que isto estaria abrindo uma porta dos fundos para a quebra da privacidade e de acesso irrestrito de dados de pessoas físicas e jurídicas.

No dia 21 de março de 2016, um dia antes de audiência para tentativa de conciliação entre o FBI e a APPLE, o governo informou a Corte que havia encontrado profissional capaz de ajudar a desbloquear o iPhone e, em 28 de março, anunciou que havia desbloqueado o telefone do assassino e extraído dele os dados de que necessitava. Em março de 2018, o Los Angeles Times informou que o FBI finalmente descobriu que o telefone do atirador tinha informações apenas sobre o trabalho e não revelou mais detalhes sobre o assunto.³

Para além disto, os EUA contam com a chamada *National Security Letter*, que pode ser emitida pelo FBI, sem autorização judicial, para os fins de exigir a entrega de metadados de pessoas físicas e jurídicas (registros de transações financeiras, IPs, contatos de contas de e-mails) em nome da segurança nacional, operando como intimação administrativa com ordem de silêncio, já que aquele que a recebe não pode revelar tê-la recebido, sob pena de responder criminalmente sobre isto, o que viola expressamente a Quarta Ementa Constitucional dos EUA.⁴

Nos últimos anos também os países europeus tem intervindo de modo mais incisivo na privacidade e intimidade das pessoas físicas e jurídicas, e em contextos caracterizados pelos mais elevados níveis de tecnologia

3 Ver a reportagem no <https://www.latimes.com/politics/la-na-pol-fbi-iphone-san-bernardino-20180327-story.html>, acesso em 08 out. 2019.

4 Ver mais informações no site <https://www.zdnet.com/article/national-security-letters-everything-you-need-to-know/>, acesso em 27 fev. 2020.

e informação que oferecem novos desafios seja a prevenção e ao controle, seja as limitações que devem ser demarcadas a estes.⁵ O exemplo francês é muito paradigmático neste particular, limitando (dentre outros Direitos Fundamentais) a liberdade de domicílio diante de perseguições domiciliares sem autorização judicial prévia no âmbito de atuação do Estado de Urgência, instalado em dezembro de 2015 por conta dos atentados yihadistas de Paris. Este Estado de Exceção foi prorrogado diversas vezes, com apoio substantivo da Assembleia Nacional, até ser perenizado em Lei aprovada pelo governo de Emmanuel Macron em outubro de 2017.

Ao lado dos tradicionais e novos mecanismos de investigação policial, tem-se ampliado o uso de instrumentos de *vigilância oculta*, ditas de prevenção ao cometimento de crimes e potenciais danos aos interesses públicos, notadamente vinculados ao tema da segurança. E a legislação ocidental, nomeadamente a penal, tem se adequado a tais cenários cada vez mais, criando normas que possibilitam institucionalizar aqueles expedientes de invasão oculta da privacidade e intimidade de pessoas (físicas e jurídicas) suspeitas de estarem agindo de forma delinquente e ameaçadora a Comunidade (LÓPEZ CARBALLO, 2017).

Ou seja, já vivemos relações e hábitos expostos, de alguma maneira, independente de nossa vontade, na medida em que boa parte de nossa vida passa e se dá – direta e indiretamente – por vias digitais, transmitindo dados e informações que não sabemos como são gerenciados; quiçá as ações domésticas mais comuns estão senso observadas por olhos estranhos, como faz referência Vecchi.

Através desta mesma rede de relações e ações sociais pode o Estado – pela via da investigação policial e persecução penal – realizar interceptações telefônicas, telemáticas, instalação de sistemas de vigilância individual e ambiental, criando grandes bancos de dados em nome da segurança pública. Mas não é só, lembremos que também o Mercado já faz isto de

5 Ver o interessante texto de LÓPEZ CARBALLO Daniel. *Responsabilidades derivadas del tratamiento y explotación de los datos personales*. Disponível em: <http://dlcarballo.com/2017/01/27/responsabilidades-derivadas-del-tratamiento-y-explotacion-de-los-datos-personales/>, acesso em 23/07/2019. Lembremos, por outro lado, do ocorrido com a empresa Yahoo: *Los problemas de seguridad de Yahoo se agravan. La compañía tecnológica informó anoche en un comunicado difundido tras el cierre de Wall Street de que, en agosto de 2013, sufrió un nuevo asalto informático en el que le fueron robados datos de más de mil millones de usuarios en todo el mundo. El anuncio llega después de que la firma admitiese, en septiembre que, en 2014, registró otro robo masivo que afectó a 500 millones de cuentas, en el que ya se consideró el mayor caso de piratería informática de la historia a una empresa, ahora duplicado*. Disponível em: https://elpais.com/tecnologia/2016/12/14/actualidad/1481753868_540005.html, acesso em 23 jul. 2019.

maneira radical, através, por exemplo, dos sistemas integrados de proteção ao crédito nacional e internacional (SPC, SERASA, CADIN, no Brasil), ou mesmo pela via do consumo global, através das informações coletadas pelos cartões de créditos nacionais e internacionais, os quais, muitas vezes, são utilizados inclusive para fins ilícitos, pois manipulados e vendidos como perfis de consumo para segmentos os mais diversos da economia.⁶

O site de tecnologia britânico *The Register* revelou a existência de novo pacote de dados virtuais vazados que já está sendo comercializado no submundo da internet. Os sites envolvidos são Dubsplash (162 milhões de contas), MyFitnessPal (151 milhões), MyHeritage (92 milhões), ShareThis (41 milhões), HauteLook (28 milhões), Animoto (25 milhões), EyeEm (22 milhões), 8fit (20 milhões), Whitepages (18 milhões), Fotolog (16 milhões), 500px (15 milhões), Armor Games (11 milhões), BookMate (8 milhões), CoffeeMeetsBagel (6 milhões), Artsy (1 milhão) e DataCamp (700 mil). Os dados foram ofertados no Dream Market, um mercado negro acessível somente pela rede anônima *Tor*. O pagamento devia ser feito em *Bitcoin*.⁷

Então de que segurança pública devemos falar?

3. A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Como lembra Alessandro Torre, a doutrina constitucional tem se ocupado desde há muito sobre definições de segurança e seus fundamentos políticos, sociais e institucionais (TORRE, 2014). Sem a pretensão de

6 O Facebook dispõe dos dados que o usuário deposita voluntariamente nele, mas também faz inferências com base nas interações com pessoas e informações que transitam por lá, compartilha-as com terceiros e desenvolve perfis exclusivos que permitem determinar o que aparece no mural identitário de cada usuário, tanto por parte dos amigos como de anunciantes virtuais. Assim, todo “curtir”, ou registro feito por meio do Facebook, gera informações que são analisadas e classificadas por algoritmos tanto para conhecer particularidades individuais dos usuários como de consumidores, desenvolvendo perfis sociais para agências de publicidade, o que gera milhões de dólares à empresa. O registro continua mesmo que tenhamos fechado a página; a não ser que saíamos manualmente, os *cookies* do Facebook continuam espionando tudo o que fazemos *online*. Ver matéria no sítio https://brasil.elpais.com/brasil/2015/06/12/tecnologia/1434103095_932305.html, acesso em 30 jul. 2019.

7 Ver o site <https://www.theregister.co.uk>. Para a notícia referida especialmente a matéria publicada no link: https://www.theregister.co.uk/2019/02/11/620_million_hacked_accounts_dark_web/, acesso em 30 set. 2017, e nesta data há a notícia sugestiva de que: *It's official: Deploying Facebook's 'Like' button on your website makes you a joint data slurper.*

esgotar esta matéria, não é comum que em âmbito constitucional a ordem pública esteja associada como possível limite aos direitos de liberdades individuais, razão pela qual alguns doutrinadores sustentam que seria mais adequado considerar a segurança como interesse coletivo do que direito fundamental – do que discordamos.⁸

É certo que a expressão *segurança*, em si, pode assumir diversas declinações sem qualquer natureza jurídica necessária, eis que podemos falar de *segurança externa*, ou de *segurança interna*, dependendo da referência que fazemos a determinado tipo de ameaça social; podemos ainda opor a segurança individual a coletiva; ainda é possível avaliarmos a segurança material e a segurança ideal, tomada a primeira como tutela da incolumidade de determinados bens e pessoas, e a segunda como necessidade de preservar certos princípios e valores fundamentais de ordenamentos ai sim jurídicos.

No que tange a distinção entre segurança interna e externa, afigura-se relevante do ponto de vista da organização de diferentes tipologias de atividades e da distribuição de compromissos entre os vários corpos do Estado, o fato de que fenômenos como os riscos e perigos globais (terrorismo, tráfico de drogas, de armas, de pessoas, de órgãos humanos, etc.) estejam impondo políticas duras em termos de prevenção e responsabilização jurídica de qualquer envolvido/suspeito – seja nacional ou estrangeiro, fragilizando, pois, aquela axiomática distinção.

Aliás, a crescente utilização por parte de organizações criminosas transnacionais e nacionais das chamadas tecnologias de informação e comunicação, em particular pela via das redes de comunicações virtuais, não mais se ocupa de se valer destes mecanismos para sofisticar suas ações finalísticas, mas aprimoram ferramentas para dificultar a investigação e persecução jurídica dos seus protagonistas, através de invasão de bancos de dados e sistemas de informação da polícia, ministério público e judiciário, conseguindo com isto estar a frente dos órgãos de segurança pública e justiça do Estado; além de estarem criando verdadeiros novos nichos de mercado para lavagem de dinheiro e ampliação das fronteiras de ganhos ilícitos na *dark web* e *deep web*.

Com relação aos fundamentos constitucionais da segurança é possível fazermos referência aquelas duas perspectivas já referidas, de um lado, a que lhe outorga a condição de interesse coletivo, e de outro, a que

8 Ver a excelente coletânea coordenada por COCCO, Giovanni (a cura di). *I diversi volti della sicurezza - Atti del convegno*. Collana Università degli studi di Milano, 4 giugno 2009. Milano: Giuffrè, 2012.

lhe reconhece a condição de direito fundamental individual. Estas posições, todavia, não são irreconciliáveis, e devem estar associadas, e isto porque as dimensões individuais e coletivas/sociais das relações humanas que se dão no mundo virtual hoje cada vez mais contam com intersecções integracionistas, basta vermos o que ocorre nas chamadas redes sociais (Facebook, Instagram, Whatsapp, Youtube, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google+); tudo e todos estão interligados.

Em face disto temos que se impõem o reconhecimento de ter a segurança significado hodierno muito amplo, estendendo-se de modo intenso a proteção de bens jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais, públicos e privados, de pessoas físicas e jurídicas) individuais, coletivos e difusos os mais diversos. Em tal perspectiva, a segurança reclama, ao mesmo tempo, função repressiva como promocional, pois exaltada como condição de possibilidade de fruição de direitos e garantias; mais, como forma de remoção dos obstáculos que se colocam no caminho do efetivo gozo de direitos, devendo-se falar, por conta disto, da *segurança de direitos* mais do que *direito a segurança* (TORRE, 2014).

Vai nesta direção Cerrina Feroni, ao sustentar a segurança como direito fundamental constitucional, eis que *un valore superprimario, un bene inscindibilmente legato alla vita, alla incolumità fisica, al benessere dell'uomo e alla qualità della sua esistenza, nonché alla dignità della persona* (FERONI, 2007, p. 22). A partir daqui, não estamos mais falando de segurança tão somente como objeto de serviço público estatal à garantia da paz social (em algumas circunstâncias privada também), pois nos encontramos diante de um direito a existência digna protegida, indispensável a fruição dos demais direitos de que o indivíduo – e mesmo a coletividade – são titulares.

Estes elementos a que estamos nos referindo podem ser facilmente vislumbrados tanto nas Constituições democráticas atuais como em políticas públicas de Estados Democráticos, todos comprometidos com a equalização dos interesses individuais e coletivos/sociais, potencializando cenários de desenvolvimento e efetivação de direitos e garantias sem exclusão. Aqui não há a substituição de prerrogativas individuais, mas suas potencializações a fim de que possam ser fruídas de maneira integrada com a Comunidade em que são exercidas, sob pena de criarmos tensões e conflitos insuperáveis – nomeadamente em conjunturas de riscos e perigos os quais já nos referimos.

Empregando definição de segurança de caráter restritivo, ou seja, limitada ao seu tradicional perfil preventivo e repressivo e, portanto, tomada no sentido de garantia da ordem pública, é possível concordarmos

com o fato de que ela não se caracteriza tão somente assim, mas se coloca com o escopo que pode justificar meios restritivos de liberdade, configurando, pois, razões de limite de direitos reconhecidos pelo sistema normativo. Neste sentido, parece-nos mais adequado referirmo-nos ao tema da definição da relação entre segurança e direitos fundamentais em termos de proporcionalidade e equilíbrio dos limites introduzidos para perseguirmos os escopos postos.

E como se dá a relação entre este Direito Fundamental Social a Segurança e o Direito Fundamental Individual a Privacidade nestes cenários? É o que passamos a tratar.

4. DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: SINERGIAS NECESSÁRIAS

O direito à privacidade vem sendo cada vez mais ampliado na doutrina jurídica internacional, justamente em face do excesso de exposição que as relações sociais contemporâneas possuem com as novas tecnologias de comunicação e a realidade virtual (JIMÉNEZ, 2001). Neste aspecto, toma relevo a tutela das liberdades pessoais conectadas a inviolabilidade de domicílio, dos dados pessoais, fiscais, financeiros, o segredo das comunicações, dentre outros.

Basta vermos as contribuições neste particular das principais Cartas de Direitos internacionais, tais como: (i) a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em seu art.12; (ii) a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, em seu art.8º; (iii) a Convenção nº108, sobre proteção das pessoas no que tange ao tratamento automatizado de dados e caracteres pessoais, adotada pelo Conselho da Europa em 1981; (iv) a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, em seus arts.7 e 8; (v) o Tratado de Lisboa, em seu art.16, de 2007.

Em termos históricos, uma das configurações originais do direito à privacidade encontra-se reconduzido ao conhecido *right to be let alone*, o direito de estar só, teorizado por Warren e Brandeis no final do século XIX, nascendo ali como direito a reserva pessoal em face de agressões externas. (WARREN; BRANDEIS, 1890). Esta perspectiva mais antiga, lado a lado foi se constituindo significados novos, nomeadamente em face do desenvolvimento tecnológico das comunicações e relações intersubjetivas e institucionais, ampliando de forma impactante o tempo e o espaço de suas ocorrências, assim como a capacidade de memória dessa historicidade.

Nos dias atuais, os aspectos da tutela da privacidade e intimidade encontram-se muito integrados com a proteção de dados pessoais, pelo fato de que tais dados representam pressupostos irrenunciáveis ao desenvolvimento da pessoa humana e, ao mesmo tempo, estão conectados com demandas de Mercado, pois alimentam infundáveis segmentos de atividades industriais e comerciais que pagam valores imensos por informações de seus consumidores, formatando-se, neste âmbito, zonas de potenciais conflitos entre interesses distintos (SOLOVE, 2004).

Em tais cenários as mutações ocorrem inclusive sobre os objetos de tutela jurídica envolvendo o direito à privacidade e intimidade, pois da tradicional liberdade negativa (livre de ingerência externa), passa a ser integrada como bem tutelado o direito de autodeterminação informativa relacionada ao indivíduo e sujeito de direito. Ou seja, passa-se a reconhecer a todo o cidadão a faculdade de escolher o que deseja fazer com os seus dados pessoais – e o que não deseja também.

Esta expansão do conteúdo do direito à privacidade tem se dado, também, através do diálogo constante entre juízes e legisladores, evidenciando as repercussões de tutelas ampliadas e de multiníveis, como evidencia, provocado pelos atos de terrorismo e em sede internacional, a Diretiva 2016/681, da União Europeia, no tocante a aquisição e conservação do chamado *Passenger Name Record - PNR*, que consiste na formação de enorme data-base que armazena dados de todos os indivíduos que usam voos no âmbito do território europeu. Tais dados referem-se aos itinerários da viagem, informações sobre os bilhetes de passagens, contatos fornecidos pelo viajante, bem como a modalidade de aquisição e pagamento da viagem e informações sobre sua bagagem.

Lembremos ainda do escândalo *Datagate*, ocorrido em março de 2018, na Itália, quando a Procuradoria de Roma, através da delegação em crimes de informática e relacionados à privacidade, abriu processo contra o Facebook pelo possível uso ilegal de dados dos usuários italianos por terceiros. Neste assunto, Roberto Cosa chama a atenção para o fato de que: *È prassi comune, quando si affronta il problema della sicurezza dello Stato rispetto alle minacce asimmetriche derivanti da criminalità organizzata, da integralismi ideologico-religiosi e dai nuovi modelli di reato anche cibernetici, parlare di contrapposizione tra strumenti attraverso i quali si cerca di attenuare il rischio e il diritto alla riservatezza, conquista di democrazia ed elemento indefettibile di libertà costituzionale* (COSA, 2013).

Outro exemplo bem presente é o de França após o massacre ocorrido junto a redação de Charlie Hebdo e no supermercado Hyper

Cacher, na periferia parisiense, em janeiro de 2015, quando o Conselho de Ministros francês apresentou projeto de lei para a reforma geral dos serviços secretos e do sistema de interceptação telefônica, assim como a conservação dos dados de tráfico telemáticos públicos e privados, solicitando ao Parlamento que examinasse de forma acelerada tal demanda, aprovando a Lei 2015-912, de 24 de julho de 2015.

Veja-se que, antes de enviar para o Conselho de Ministros, o governo consultou a *Commission Nationale Informatique et Libertés – CNIL*, autoridade de proteção de dados francesa, que fez várias críticas aquele projeto de lei, apontando preocupações atinentes: (i) a indeterminação e a falta de critérios na individualização dos tipos de dados de navegação que os serviços secretos poderiam captar diretamente junto aos fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas, pois estar-se-ia tratando de acervo de metadados quase que ilimitados a serem acessados de forma automática por agentes do governo; (ii) ao silêncio do texto normativo quanto a forma de conservação dos dados captados e armazenados no âmbito das operações de vigilância.⁹

Do mesmo modo o Parlamento da Gran Bretanha levou a cabo a proposta do *Investigatory Powers Bill*, (apelidada de *Snoopers’ Charter*/ Carta dos Bisbilhoteiros), em 29 de novembro de 2016, ampliando em muito os poderes de vigilância eletrônica da comunidade de inteligência do Reino Unido e da sua polícia.

De igual sorte na Alemanha, em 21 de outubro de 2016 (dois meses após o atentado de Mônaco), o *Bundestag* aprovou lei federal de ampliação dos poderes da sua agência para a segurança interna (BND), nomeadamente para ampliar as possibilidades de interceptação de conversas via internet de estrangeiros para fins de *prevenção de atos de terrorismo*, ou seja, ampliando em muito o poder subjetivo das autoridades competentes para realizarem invasões de privacidade, gerando discutível diferenciação entre cidadãos alemães e estrangeiros.¹⁰

9 Ver o site <https://www.cnil.fr/fr/publication-de-lavis-sur-le-projet-de-loi-relatif-au-renseignement>, acesso em 03/09/2019. Após, o governo Valls decidiu instituir, através do Decreto 2016-1460, de 28 de outubro de 2016, o chamado *Titres Électroniques Sécurisés- TES*, que é um único database contendo fotos, dados biométricos e digitais, endereços físicos e de postagem eletrônica dos cidadãos franceses, conforme demonstra o documento acessado no sítio <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cid-Texte=JORFTEXT000033318345&categorieLien=id>, em 03 set. 2019.

10 As reformas dão permissão explícita ao BND para realizar operações de espionagem em instituições da União Europeia e nos demais países-membros, com o pretexto de obter “informações de importância para a política externa e a segurança”

Podemos afirmar que, em nível europeu, a própria jurisprudência tem evidenciado reflexão profunda sobre estes temas – e decisões conseqüências -, consolidando franco e produtivo diálogo entre Parlamento e Judiciário, evidenciando percepção menos absolutista sobre o direito de privacidade e intimidade, nomeadamente diante de cenários ou situações de perigos e riscos, iminentes e trágicos, em termos de Sociedade.¹¹

Neste sentido, ao Corte de Justiça da União Europeia - UE emitiu pronunciamentos de impactos relevantes no que tange a políticas de segurança pública dos Estados Membros, dentre as quais revela-se paradigmática a sentença no caso Google (Google Spain SL; Google Inc.) x Espanha (Agencia Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González), de 2014, eis que restou afirmado a importância de proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental como premissa da ordem constitucional contemporânea, podendo sofrer aberturas diante de demandas de ordem pública previamente demarcadas por autoridades competentes e nos termos da lei permissiva.

Para a Corte, a finalidade da Diretiva da UE que trata deste assunto consiste em garantir a disponibilidade de dados privados para fins de avaliação, apuração e acusação de crimes graves, conforme as definições de cada Estado Membro em suas legislações domésticas, com o intento de contribuir no enfrentamento contra a criminalidade que causa graves riscos, perigos e danos a comunidade, com conseqüências trágicas, o que contempla a ideia de segurança pública tópica. Todavia, tais possibilidades deveriam estar sintonizadas com as demais normativas e diretrizes

da Alemanha. Além disso, permite que o BND coopere com serviços de inteligência estrangeiros, como a NSA, para propósitos específicos, incluindo o suposto “combate ao terrorismo”, o apoio às Forças Armadas alemãs em missões internacionais ou a coleta de informações relativas à “segurança” de alemãs no exterior. Ver o a decisão do Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, 20 aprile 2016, in www.bundesverfassungsgericht.de, acesso em 10/09/2019. Ver também o texto de GERMAN, Christiano. *As novas leis de segurança na Alemanha e nos Estados Unidos: os efeitos para a comunicação local e global*. In <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/as%20novas%20leis%20de%20seguran%20na%20alemanha%20e%20nos%20eua.pdf>, acesso em 10 set. 2019.

- 11 Lembrando que, com a entrada em vigor da Diretiva Europeia 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, instituiu-se a toda Comunidade regime geral de proteção de dados pessoais, adotando critérios de necessidade, pertinência e não excessividade em face das finalidades perseguidas e limitando, em termos genéricos, a conservação dos mesmos ao período necessário ao atingimento dos fins para os quais foram recolhidos. Ver o texto de CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

da EU, notadamente as atinentes aos Direitos e Garantias Fundamentais asseguradas a toda a cidadania.

Por conta disto, várias críticas foram surgindo sobre a possibilidade investigativa referida, dentre as quais: (i) as diretivas previam o recolhimento e conservação de enorme quantidade de dados pessoais sem estabelecer critérios para diferenciação entre os vários mecanismos de comunicação, tampouco diferenciava os tipos de suspeitos/criminosos envolvidos; (ii) no que diz com a coleta dos dados recolhidos pelas ações investigativas/invasivas, as diretivas não estabeleciam critérios de proporcionalidade que deveriam pautar tais ações pelas autoridades públicas autorizadas, em especial atinentes ao uso delas; (iii) inexistiam disposições normativas claras sobre o tempo de conservação e uso dos dados coletados. Para estes déficits a Corte foi demarcando parâmetros e disposições vinculantes as autoridades respectivas para que as violações a autodeterminação informativa fossem as menores possíveis.

De importante referência aqui o conhecido *Acórdão Schrems*, proferido em 6 de Outubro de 2015, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia que, dentre outras coisas, invalidou a chamada *Decisão Porto Seguro (Safe Harbour Decision)*, Decisão 520/2000/CE, que até então regulava as transferências de dados pessoais da UE para as organizações norte-americanas que subscrevessem os princípios consagrados no seu anexo I. Por força da Decisão Porto Seguro, foi permitido o livre fluxo de informações pessoais dos Estados-Membros da UE para empresas estabelecidas nos EUA desde que estas subscrevessem os princípios adotados pelo art.1º, nº 3. Não respeitados estes comandos, a transferência não se operaria por conta dos ricos na proteção de dados, e em face das diferenças existentes entre os regimes dos países envolvidos. Embora facultativa a assinatura desta Decisão, seus comandos eram vinculantes para todas as empresas que atuassem ao seu abrigo.

Maximillian Schrems fundou, em 2011, a organização não-governamental *Europe versus Facebook*, que se dedica a divulgar e a contestar praticas controversas em matéria de proteção de dados pessoais e respeito pela privacidade dos usuários do facebook.¹² Schrems solicitou ao facebook

12 O grupo surgiu quando, no decurso de pesquisas realizadas para trabalho académico, Schrems descobriu que o Facebook armazena e utiliza os dados pessoais dos seus utilizadores, inclusive informações que estes pensavam ter eliminado. Recentemente (19/12/2019), todavia, Henrik Saugmandsgaard, advogado geral do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), disse que o uso das chamadas cláusulas contratuais padrão pelo Facebook e outras empresas para transferir informações para o exterior são válidas, conforme notícia veiculada no site <https://www.cnn.com>.

para que lhe enviasse cópia de todos os dados que possuísse sobre si, tendo recebido da empresa um CD com mais de 1.200 páginas, contendo todos os seus movimentos no Facebook desde da sua adesão em 2008, e as amizades feitas e desfeitas, os eventos a que tinha sido convidado e as respostas que deu, os endereços de e-mails de contatos dos seus amigos, e todas as conversas e mensagens, inclusive as que tinha apagado.

Schrems encaminhou a *Data Protection Commissioner* irlandês (Comissário irlandês para a Protecção de Dados) denuncia, acusando a empresa norte-americana de reter os dados que os seus utilizadores tinham eliminado e de não lhe ter enviado todas as informações que detém sobre ele, editando informações pessoais que o Facebook lhe tinha entregado para publicar na página online do Europe versus Facebook, o que motivou vários usuários dessa rede social a solicitarem igualmente o envio dos seus dados. Para além disto, ele sustentou que a Agência de Segurança Nacional norte-americana (*National Security Agency - NSA*) tinha acesso indiscriminado dos dados pessoais dos cidadãos europeus que estavam na posse do Facebook Inc, por conta do programa designado “PRISM”, que lhes permitia adquirir em massa esses dados por razões de espionagem e segurança nacional, sendo esta a queixa que deu origem ao Acórdão Schrems.

Na Hungria estes cenários se repetiram também, notadamente em face da decisão da Corte Europeia de Direitos do Homem que, aliás, tem imposto fortes barreiras de restrição as políticas de segurança dos países-membros que apresentam restrições ou permissivos de invasão aos direitos de intimidade e privacidade dos cidadãos. Estamos falando da sentença da Corte no caso Szabó e Vissy x Hungria, de 12/01/2016, que censurou os atos de polícia dos órgãos de segurança deste país, nomeadamente os constituídos no *Police Act*, aprovado pelo Parlamento em 2011, logo após os atentados de Paris. A decisão da Corte censurou o sistema invasivo de perseguição, interceptação comunicacional, física e virtual, introduzido pelo ato referido sem a previsão adequada de garantias a tutela de direitos das pessoas atingidas e interessadas, pois colocava em prática atividades de investigação indiscriminada, deliberada tão somente por decisão do Ministro da Justiça, sem que fosse necessário comprovar, antecipada e posteriormente, a necessidade e proporcionalidade das medidas, e dificultando o controle jurisdicional prévio e a posteriori.

Sobre esta decisão da Corte, Elena Malfatti refere que: *È giusto infatti sottolineare come il giudice dei diritti abbia voluto rimarcare la per-*

com/2019/12/19/schrems-vs-facebook-legal-advisor-to-eu-supreme-court-gives-opinion.html, acesso em 26 fev. 2020.

durante valenza dei principi di necessità, finalità e proporzionalità proprio in un momento fortemente critico, quando i diritti inviolabili della persona appaiono sotto l'attacco dei nemici della democrazia, ma sono altresì – e come conseguenza – esposti al rischio di sospensione/minimalizzazione da parte delle stesse autorità pubbliche (MALFATTI, 2018, p. 32).

Por certo que há interesses econômicos imensos nestes casos, os quais fazem o Mercado da realidade virtual apelar à tutela judicial da privacidade para defender-se de demandas de acesso da força pública em prol da segurança social, daí porque o fenômeno da regulamentação internacional e nacional do acesso a dados sensíveis de pessoas físicas e jurídicas tem aumentado muito em toda a parte, fomentado por políticas públicas de emergência envolvendo-os para os fins de garantir níveis mais elevados de ordem e paz nas comunidades, o que tem exigido permanentes avaliações sobre as equações necessárias e possíveis entre privacidade e interesses públicos indisponíveis. Neste sentido, conforme informação de Andy Müller, países africanos estariam ganhando infraestrutura de internet dos chineses – com cabos de fibra óptica e *switches* de *backbone* –, que não cobrariam nada por isto eis que teriam acesso a dados das pessoas físicas e jurídicas que seriam os usuários destes presentes (ASSANGE et al., 2012).

No Brasil, a nova legislação sobre proteção de dados, Lei nº13.709/2018, que versa sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive nos meios digitais**, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, avançou nos níveis de proteção destes bens, atribuindo várias responsabilidades aos gestores e usuários de dados que dão maior segurança as pessoas físicas e jurídicas no país.

Todavia, em seu art.4º, inciso III, a mesma norma, ao não submeter determinadas situações a Lei, *autorizou o acesso a dados para os fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, evidenciando a preocupação acertada com o enfrentamento da criminalidade que, muitas vezes, se oculta em situações de aparente legalidade ou através de estratégias complexas e sofisticadas como a lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta e evasão de divisas.*

Registre-se que o tratamento de dados pessoais previsto neste inciso III, será regido por legislação específica, *que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.* Por certo que aqui já temos outros

desafios que é o de densificar materialmente – e no caso concreto – os níveis e possibilidades das *medidas proporcionais e estritamente necessárias* ao escopo da norma, matéria a ser aferida, também, pelo devido processo legal e decisão judicial.

Queremos avaliar, a partir de agora, como estes temas se conectam com o Direito Penal e Processual Penal.

5. DIREITO A PRIVACIDADE X DIREITO A SEGURANÇA: CONTRIBUIÇÕES DO DIREITO PENAL E DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Já tivemos oportunidade de dizer que na Sociedade em que vivemos – com os níveis de criminalidade que temos – revela-se evidente a necessidade de se buscar ferramentas eficientes para o combate de atos e práticas violadoras de direitos e garantias tanto individuais como de ordem pública, sob pena das consequências serem muito sérias e incontornáveis, o que implica mudanças de paradigmas tradicionais do Direito, e do Direito Penal em especial, dentre os quais, o de contarmos com mais normas de prevenção geral positiva, pois, diante de riscos e potenciais danos catastróficos iminentes da vida humana, do meio ambiente, do interesse público, há que se agir preventivamente para evitar a consolidação de prejuízos irrecuperáveis – inclusive em termos de eficiência das investigações policiais e persecução penal (LEAL, 2018).

Daqui decorrem algumas inovações do Direito Penal e Processual Penal mais contemporâneos, dentre elas as que dizem respeito à teoria da imputação objetiva, os novos estudos sobre o concurso de agentes, as configurações típicas dos chamados delitos de perigo e cumulativos, e as teses sobre os novos bens jurídicos penais difusos e coletivos. Veja-se que os tipos penais de perigo, as normas penais em branco e a tipicidade aberta – muito próprios deste nosso tempo –, entre outras configurações do Direito Penal sobre os quais falamos, têm escopo nitidamente preventivo, pois focados na garantia da estabilidade das relações sociais e institucionais, e mesmo do sistema normativo enquanto parâmetro de segurança e confiança, o que sinaliza certo desgaste nas orientações causais e finalistas clássicas enquanto metodologias de procedimento e de abordagem do fenômeno criminoso.

Paralelo a isto, os crescentes recursos as novas tecnologias de investigação estão criando amplíssimos campos de tensões entre os direitos fundamentais individuais – dentre eles o de privacidade e intimidade – e

o direito fundamental social a segurança pública (como vimos demonstrando até aqui). Como nos lembra Nicolichia, isto se dá em face: *la naturale conseguenza dell'inarrestabile progresso tecnologico caratteristico dell'epoca che stiamo vivendo ma, dall'altro lato, molto si deve al vistoso spostamento dell'asse delle indagini penali dalla tradizionale sfera della repressione verso quella della prevenzione, secondo una tendenza riconducibile alle ben note esigenze di contrasto di gravi fenomeni criminosi al centro dell'allarme sociale nel mondo occidentale* (NICOLICCHIA, 2018, p. 03).

A questão é que temos de aprimorar, sempre, os controles de desvios de finalidade e abusos de poder no uso público das medidas referidas, principalmente as que se dão em prol da segurança e do combate à criminalidade – aliás, como também vimos nos embates entre empresas privadas gerenciadoras de dados pessoais e o Estado. Daí porque a Convenção de Budapeste, fonte internacional de referência a investigações tecnologicamente assistidas, é explícita ao designar o *critério de proporcionalidade* enquanto parâmetro hermenêutico geral destas possibilidades, tendo como escopo justamente a salvaguarda de direitos fundamentais.

Todos esses cenários reclamam nossa atenção para a tomada de estratégias democráticas e de direito que possam dar conta dos desafios que se apresentam, principalmente no que tange à instrução da prova em crimes complexos.

Por tais elementos é que o país instituiu, por exemplo, sigilos em relação à proteção de vítimas e testemunhas, nos termos da Lei Federal nº 9.807/1999, em especial em seu art. 7º, incisos IV e VIII, determinando que a preservação da identidade, imagem, dados pessoais, ou do paradeiro de testemunhas protegidas, deva ser garantida quando inseridas em programa de proteção, com o objetivo de assegurar a vida e a integridade física destas.

Por outro lado, e para outros fins destinados a persecução penal, é interessante que a Corte de Cassação Italiana impôs restrição a privacidade e intimidade de suspeito e investigado de crime, admitindo que fosse utilizada a captação de informações do seu celular e correio eletrônico, através de mecanismo intrusivo chamado *trojan* (na forma de vírus enviado por e-mail), registrando assim as comunicações ilícitas levadas a efeito pelo suspeito com seus comparsas. (CASSAZIONE PENALE, 2016).

No Brasil, no conhecido caso Marielle Franco, vereadora do Psol, Rio de Janeiro, que foi assassinada brutalmente, junto com seu motorista, Anderson Gomes, no dia 14/03/2018. Durante as investigações, o poder judiciário carioca determinou ao Google a quebra de sigilo de todos os que passaram pelo pedágio da via Transolímpica, no Rio de Janeiro, num inter-

valo de 15 minutos, do dia 2 de dezembro de 2018, sob o argumento de que, nesta data e local, câmeras de segurança registraram um carro semelhante ao usado no assassinato. O Google recorreu ao STJ alegando que a determinação de quebra não poderia ser cumprida por se tratar de ordem genérica, bem como contestando a ordem judicial para listar todos os usuários que usaram sua ferramenta de busca para pesquisar o nome de Marielle Franco e outras cinco expressões ligadas a ela, entre os dias 10 e 14 de março, dia do crime, sob o argumento de ser abusiva (FOLHA, 2020).

Neste caso Marielle, o Ministério Público do Rio de Janeiro também teria solicitado ao Facebook fornecimento de dados de 82 aparelhos celulares ligados a milicianos que integram grupo de matadores de aluguel, pois estas pessoas teriam ligação com a sua morte e do motorista, sendo que a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manteve a decisão que determinou a quebra de sigilo, tendo o Facebook recorrido ao Superior Tribunal de Justiça.

Do mesmo modo, em investigações de lavagem de dinheiro, há regra específica de sigilo (art. 10, inciso V, da Lei 9.613/1998). Esta impede o sujeito obrigado, detentor da informação sobre operação potencialmente suspeita, de revelar a terceiros que registrou informe junto ao Conselho de Controle de Atividades Financeira (COAF), ou ao Banco Central, para prevenção da reciclagem de capitais.

Mais recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria, que é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira, sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário.¹³ E isto sem sombra de dúvidas é um avanço no enfrentamento notadamente dos crimes de lavagem de dinheiro, crime organizado e os vários tipos de corrupção que temos no país.

Já a Lei nº 12.737/2012 inovou – mesmo que de forma tímida – na criação do tipo penal de *invasão de dispositivo informático* (art. 154-A, do Código Penal). Apelidada de Lei Carolina Dieckmann, tipifica como crimes infrações relacionadas ao meio eletrônico, como invadir computadores, violar dados de usuários ou *derrubar sites* prevendo como crime a *invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de*

13 No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1055941, julgado em 28/11/2019, conforme notícia no site do STF, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431123&caixaBusca=N>, acesso em 27 fev. 2020.

computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

A apuração deste delito, entretanto, somente se procede mediante representação, salvo se o crime for cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, ou contra empresas concessionárias de serviços públicos, conforme os termos do também criado art. 154-B, do Código Penal nacional.

Já a Lei nº 13.718/2018 criou no país a figura penal que tem como ação criminosa a divulgação de cena de estupro, ou de estupro de vulnerável, cena de sexo ou de pornografia, nos termos do art. 218-C, do Código Penal brasileiro.

Tratamento similar vem recebendo da jurisprudência brasileira o caso da chamada pornografia de vingança (*revenge porn*), caracterizada justamente pela exposição de dados e informações audiovisuais que expõem indignamente pessoas sem sua permissão – e não importa, ao fim e ao cabo, as razões pelas quais isto é feito. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre isto.

6. NOTAS CONCLUSIVAS

Segurança e privacidade são temas que se confrontam desde há muito, ganhando tensionalidades novas nestes tempos de realidades, comunicações e exposições virtuais exageradas. Diante do advento de inéditas modalidades de criminalidades e mesmo relações interinstitucionais e intersubjetivas as mais diversas (lícitas e ilícitas) – terrorismo, tráfico de drogas, de órgãos humanos, de pessoas, lavagem de dinheiro, corrupção, comércio virtual -, a privacidade e a intimidade enquanto direitos fundamentais individuais reclamam adequação conformativa em face de outros direitos fundamentais sociais como a segurança pública, fazendo com que se potencializem instrumentos de prevenção e controle de interesses indisponíveis da comunidade por parte de autoridades públicas competentes (FERONI, 2008).

A todo tempo os limites de proteção e invasão de tais direitos são colocados a prova na Sociedade de Riscos e Perigos que vivemos, justamente porque muitos destes são incontroláveis por parte dos poderes pú-

blicos, pela Sociedade e Mercado – cujos protagonismos e protagonistas encontram-se em permanente interação-, fazendo com que tenhamos de encontrar equações fundamentadas e garantidoras das disposições normativas aplicadas a espécie.

No particular, o direito à privacidade e intimidade continuam sendo fundamentais a pessoa humana, sempre, todavia, em determinadas situações autorizadas por lei, e de periclitada da segurança pública, ou de interesse legal/legítimo do Estado de Direito, podemos ter autorizações controladas de acesso, por autoridades competentes, a dados e informações pessoais daquela natureza para fins específicos, durante prazo certo e determinado.

Qualquer interferência, física ou virtual, nestes espaços da vida humana, constituem invasão de Direito Fundamental; esta premissa é inafastável, eis que atingem direitos personalíssimos, revelando a outrem informações sobre a conduta, opiniões e sentimentos em tese indevassáveis. Todavia, como vimos, há determinadas situações/condições normativas e fáticas que autorizam o Estado – e somente ele – de realizar ou permitir aquela invasão, nomeadamente para tutelar determinados valores e bens jurídicos indisponíveis, como os que envolvem a segurança pública e a prevenção/responsabilização de crimes.

E aqui está a natureza também política deste problema, pois a linha demarcatória entre liberdade dos cidadãos e a possibilidade de sua defraudação legítima em face do exercício autorizado da força coativa do Estado deve ser constituída pelo Parlamento, através do devido processo legal (constitucional e infraconstitucional), como órgão representativo da soberania popular nas Democracias Representativas; não pode ser estabelecida discricionariamente por decisões judiciais de caso em caso. E é com base nas normas jurídicas vigentes e acima referidas que se tem enfrentado estas questões, sempre sujeitas a variáveis conjunturais as mais diversas, exigindo do sistema jurídico que dê respostas adequadas aos problemas que vão surgindo.

REFERÊNCIAS

ASSANGE, Julian, APPELBAUM, Jacob, MÜLLER-MAGUHN, Andy and ZIMMERMANN, Jérémie. **Cypherpunks: freedom and the future of the internet**. New York: OR Books LLC, 2012.

BALDASSARRE, Antonio. **Privacy e Costituzione: l'esperienza statunitense**. Roma: Bulzoni, 1974.

BALDUCCI, Paola. **Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e Legge ordinária**. Milano: Giuffrè Editore, 2002.

BRENNER, Susan W. Cybercrime, cyberterrorism and cyberwarfare. **Revue Internationale de Droit Penal**, v. 77, p. 453-471, 2006.

BRICOLA, Franco. Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza. **Rivista Internazionale de Diritto e Processo Penale**. v.43, 1967.

BUTTARELLI, Giovanni. **Banche dati e tutela della riservatezza: la privacy nella società dell'informazione**. Milano: Giuffrè, 2007.

CALIFANO, Licia. **Privacy: affermazione e pratica di un diritto fondamentale**. Collana Crispel. Napoli: Editoriale Scientifica, 2016.

CAMON, Alberto. **Le intercettazioni del processo penale**. Bologna: Giuffrè, 1996.

CAPONE, Arturo. **Intercettazioni e Costituzione – problemi vecchi e nuovi**. In Rivista Cassazione Penale, n.º, marzo de 2017. Roma: Giuffrè, 2017.

CASTRO, Catarina Sarmento e. **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005.

COCCO, Giovanni (a cura di). **I diversi volti della sicurezza - Atti del convegno**. Collana Università degli studi di Milano, 4 giugno 2009. Milano: Giuffrè, 2012.

COSA, Roberto. Il caso Datagate e la realtà italiana. **Rivista Sicurezza e Giustizia**. Disponível em: https://www.sicurezzaegiustizia.com/wp-content/uploads/2013/10/SeG_III_MMXIII_TRE.pdf. Acesso em 20 fev. 2020.

FERONI, Cerrina. La sicurezza: un valore superprimario. **Percorsi costituzionali: quadrimestrale di diritti e libertà**. Roma: Rubbettino, 2008.

FINOCCHIARO, Giusella. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems. **Diritto dell'informazione e dell'informatica**. Vol.31, nº4-5, 2015.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Il diritto costituzionale alla sicurezza. **Forum on line di Quaderni costituzionali**. Disponível em: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/440.pdf. Acesso em 06 ago. 2019.

GERMAN, Christiano. **As novas leis de segurança na Alemanha e nos Estados Unidos**: os efeitos para a comunicação local e global. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/as%20novas%20leis%20de%20%20seguran%C3%A7a%20na%20alemanha%20e%20nos%20eua.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

HALL, Matthew and HEARN, Jeff. **Revenge Pornography** – gender, sexualities and motivations. New York: Routledge, 2018.

FOLHA. **Google e Promotora brigam na Justiça por dados de usuários em caso Marielle**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/01/google-e-promotoria-brigam-na-justica-por-dados-de-usuarios-em-caso-marielle.shtml>. Acesso em 27 fev. 2020.

JIMENEZ, Cinta Castillo. Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información. **Revista Derecho y Conocimiento**, v. 1, p. 35-48, Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/60634513.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019.

LANA, Alice de Perdigão. **Mulheres expostas**: revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. O acesso a informação no processo penal enquanto condição de possibilidade do devido processo legal e do amplo direito de defesa: a sutil distinção entre provas documentadas e provas documentadas analisadas. **IV Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis**. Porto Alegre: FMP, 2018.

LEAL, Rogério Gesta. **Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**. Porto Alegre: FMP, 2017.

LÓPEZ CARBALLO Daniel. **Responsabilidades derivadas del tratamiento y explotación de los datos personales**. Disponível em: <http://dlcarballo.com/2017/01/27/responsabilidades-derivadas-del-tratamiento-y-explotacion-de-los-datos-personales/>. Acesso em 23 jul. 2019.

MALFATTI, Elena. **I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea**. Torino: Giappichelli, 2018.

MARINELLI, Claudio. **Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova**. Roma: Giappichelli, 2007.

MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

NICOLICCHIA, Fabio. Il principio de proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processual rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova. **Diritto Penale Contemporaneo**. Disponível em: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5784-il-principio-di-proporzionalita-nell-era-del-controllo-tecnologico-e-le-sue-implicazioni-processual>. Acesso em 22 out. 2019.

PIZZETTI, Franco. **Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali**. Il Regolamento europeo. Torino: Giappichelli, 2016. v.2.

RUBINSTEIN, Ira. Big Data: The End of Privacy or a New Beginning? **Public and Legal Theory Research Paper Series**. New York: New York University Press, 2012.

SCHWARTZ, Paul M. and SLOVE, Daniel J. The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information. **New York University Law Review**, v.86. New York: New York University Press, 2011.

SOLOVE, Daniel J. **The digital person: technology and privacy in the information age**. New York: New York University Press, 2004.

TORRE, Alessandro (a cura di). **Costituzioni e sicurezza dello Stato**. Rimini: Maggioli Editore, 2014.

UGHELINI, Denis. **Intercettazioni: caratteri, limiti e prospettive di una controversa materia**. Padova: Università degli Studi di Padova, 2014.

VACIAGO, Giuseppe e RAMALHO, David Silva. Online searches and online surveillance: the use of trojans and other types of malware as means of obtaining evidence in criminal proceedings. **Digital evidence and electronic signature Law Review**, v. 13, 2016.

VECCHI, Benedetto. **La Democrazia blindata dei Big Data**. Disponível em: <http://www.euronomade.info/?p=12085>. Acesso em 23 jul. 2019.

VERGOTTINI, Giuseppe de. La difficile convivenza fra libertà e sicurezza. La risposta delle democrazie al terrorismo. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, nueva serie, año XXXVII, n. 111, p. 1185-1211, sep./dic. 2004.

WARREN, Samuel D. & BRANDEIS, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Intorno ala decisione nel caso Schrems: la sovranità digitale e il governo Internazionale delle reti di telecomunicazione. **Rivista Diritto dell'informazione e dell'informatica**, v. 31, n. 4-5, 2015.

ZICCARDI, Giovanni. **Trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica**. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2015.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR SIN MIEDO, ANSIEDAD, DESESPERANZA. ANÁLISIS INTERDISCIPLINAR

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE¹

1. INTRODUCCIÓN

En principio, es preciso dejar constancia que los derechos fundamentales de los grupos vulnerables, tales como: a elegir y ser elegidos, intervenir en la opinión y debate de la política nacional, vienen siendo vulnerados de manera sistemática como histórica.

1 Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinar de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Miembro del Comité Editorial de la EDUCS- Editora da Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidade Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Colaborador Extranjero del Grupo de Investigação de Investigação Metamorfose Jurídica y Colaborador do projeto de pesquisa Constitucionalismo e Meio Ambiente: Sustentabilidade, Direitos Fundamentais e o Socioambientalismo na Sociedade Consumocentrista; ambos vinculados ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade de Caixas de Sul (Brasil). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Colombia). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (Colombia). Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Autor y coautor de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia. CoDirector de los Tratados: Lavado de Activos, Litigación Oral Estratégica, Derecho Probatorio, entre otros. kimblellmen@outlook.com; <http://lattes.cnpq.br/0707774284068716>.

Prueba de ello, tenemos que recientemente el Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral (PEE) de las Elecciones Generales 2021 (EG-2021) exhortó a los medios de comunicación a promover la intervención de los grupos en situación de vulnerabilidad para garantizar la participación política en igualdad de condiciones en el proceso electoral. Así, los invoca a incentivar y asegurar la visibilidad de los postulantes que representan estas minorías en los debates, entrevistas y otras secciones que destinen a la cobertura del proceso electoral. Tal pronunciamiento ocurre tras verificar la ausencia de aspirantes que son parte de la citada población (indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, mujeres, personas que viven con VIH y comunidad LGBTI), en espacios públicos, como radio, televisión y prensa escrita. Ante ello, el colegiado resalta la necesidad de contar con unas elecciones que reflejen la diversidad existente en el país. Se trata de la décima exhortación que dirige la instancia ética, la cual se encarga de velar por el cumplimiento de los compromisos del PEE en las actuales elecciones (JURADO NACIONAL DE ELECCIONES, 2021).

Indudablemente, ello nos lleva a un profundo análisis, reflexión y compromiso, a efectos de afrontar sin ambages la referida problemática en que se incurre de manera sistemática como tradicional en contra de los integrantes de los grupos vulnerables.

Empero, en la presente entrega planteamos que ante una coyuntura no solamente propia de un periodo electoral, los consabidos y preocupantes grupos vulnerables no terminan siendo exclusivamente tales, sino más, bien la totalidad de ciudadanos electores.

Los objetivos serán, el determinar la trascendencia y reconocimiento constitucional del derecho fundamental propuesto (a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza).

Seguidamente, exponer las aristas de la problemática suscitada debido a su no reconocimiento en dicha sede en el ordenamiento jurídico. Las metodologías a utilizarse serán de orden cualitativo y cuantitativo.

Finalmente, la justificación queda establecida en la urgente como insoslayable necesidad de contar con el reconocimiento constitucional de derecho fundamental, al que hemos denominado: a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza.

La hipótesis que manejamos para el presente trabajo, se basa en que en tanto no se encuentre reconocido constitucionalmente el referido derecho fundamental y no se supere la crisis del sistema electoral, se continuará contando no solamente con gran número de candidatos, sino que además, los mismos no reunirán el perfil requisito esperado para cumplir

la importante gestión encomendada. Ello, en razón, que sus motivaciones para presentarse como candidatos devienen en absolutamente diferentes, puesto que las mismas resultan ser más bien político partidarios y/o personales, lo que finalmente deviene inevitablemente en una gestión lamentable y corrupta.

2. PREOCUPANTE ESCENARIO ELECTORAL

- Inexistencia de un Código Electoral
- Inexistencia de partidos políticos fuertes, representativos de la voluntad popular
- Precaria democracia interna de los partidos políticos
- Inexistencia de una jurisdicción judicial electoral permanente
- Inexistencia de una cultura política ciudadana
- Nula concientización e identificación con la majestad y prevalencia del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza.

3. EL ELECTOR COMO GRUPO VULNERABLE EN SENTIDO AMPLIO

Como señalamos al inicio, se entiende como grupos vulnerables a los indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, mujeres, personas que viven con VIH y comunidad LGBTI (lesbianas, homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales).

No obstante, consideramos que a ellos se les debe adicionar el grupo de electores que no forman parte de los grupos vulnerables.

El fundamento de la inclusión de los electores no vulnerables, a un grupo consolidado de grupos vulnerables radica, en que ante la imposibilidad de encontrar ambos sub grupos, opciones que verdaderamente sean las más idóneas para elegir en elecciones de gobiernos: locales, regionales, congresales, devengan en vulnerables luego de terminar siendo elegidos cualquiera de los candidatos que serían inelegibles, ante la existencia de candidatos idóneos, con perfiles democráticos, identificados con los derechos fundamentales, ideas libertarias, que representen progreso, desarrollo y consolidación de la democracia de los pueblos.

Culminada una elección en dichas circunstancias, el elector termina convirtiéndose en vulnerable de los desaciertos y atrocidades de la gestión pública de quienes terminen siendo elegidos. Contrariamente a lo

que se tendría que esperar de ellos, esto es, la conducencia de la unimismancia de la gestión pública con la quintaesencia y mística volcadas en favor de la población y en ningún extremo en su contra.

4. GESTIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

Es sabido que la corrupción que existe en la gestión pública no es de los últimos años y está lejos de extinguirse. Pero, ¿qué hacemos contra ello? ¿Los funcionarios y servidores públicos están preparados para enfrentar los actos de corrupción? ¿Dónde está la ética pública? ¿Dónde están los valores?. Una de las desviaciones principales en definitiva está en la ética pública, la misma que si bien se encuentra en la letra, es decir en las normas y en las reglamentaciones, no está arraigada en los funcionarios de las instituciones públicas ni en los encargados de dirigir a las entidades del Estado quienes, muchas veces, tampoco tienen en claro los objetivos nacionales e institucionales de sus centros de trabajo. Ante esta realidad, ¿cómo se puede pensar en mejorar la gestión pública del país? (LEONARTE, 2015).

En el portal de la Asociación denominado “UTERO”, y en el diario la República de Fecha 17 de Julio del presente año, salió publicado lo siguiente: “... 1,395 candidatos a regidores, consejeros, Alcaldes y Presidentes Regionales, habían purgado sentencia penales y civiles de los más diversos: 871 por juicio de alimentos y 113 por peculados. Asimismo, 7 candidatos sentenciados por homicidio; 13 por narcotráfico, 5 por terrorismo, etc. Del mismo modo, 2,131 postulantes se encuentran en el Registro Nacional de Condenas. Según el JNE anunció que 345 tienen condenas vigentes, 11 condenados por terrorismo, 18 condenados por no pasar pensión; y además, existen 18 candidatos que son golondrinos.” Queda pues en la ciudadanía saber cuál es la opción que representa transparencia y honestidad; para de esa manera, poder elegir a nuestros representantes ediles dentro del marco de la limpieza política. Evitando que la corrupción y las personas con antecedentes lleguen a ocupar los sillones municipales, porque de lo contrario estaremos siendo gobernados por autoridades que harán de las instituciones públicas “su chacra” o “su caja chica” (PAREDES VILLARREAL, 2021).

Al respecto, es de señalar que resulta sumamente penoso tener que apostrofar que la gestión de corrupción parece constituirse en el lugar común de los candidatos, enfocada principalmente a sustraer sistemáticamente recursos económico provenientes de las arcas del Estado.

Similar situación se configura en el escenario de elecciones generales, llámese para candidatos a Presidencia y Congreso de la República.

5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR SIN MIEDO, ANSIEDAD, DESESPERANZA

En el presente acápite pasamos a desarrollar el presente derecho al que hemos denominado; Derecho fundamental, a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza. El mismo que le asiste a la totalidad de grupos vulnerables, que comporta a un grupo más amplio a los que por definición se tiene por grupos vulnerables.

Sostenemos que debemos entender como tales, al otro grupo vulnerable integrado por aquellos ciudadanos que no forman parte de los grupos vulnerables convencionales.

El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, cobra sustento y vigencia a partir de una situación que se genera de manera silenciosa, casi encubierta, innegable como preocupante.

Y es que el miedo, ansiedad, desesperanza, cobra vida y asecha sistemática al elector del grupo vulnerable en sentido in extenso, lato (reiteramos, de no solamente de los consabidos grupos vulnerables), principalmente al momento de decidir su voto. Ello, en tanto se configura multiplicidad de opciones o candidatos que no aseguran u otorgan precisamente al elector, la tranquilidad, esperanza, sosiego

Lo señalado se configura, en la identificación o línea política antidemocrática que representan los candidatos increíblemente de mayor aceptación y opciones de lograr una victoria electoral.

Este nuevo derecho fundamental, rige de manera permanente, no solamente en los periodos electorales, en la medida que el accionar de los partidos políticos no se circunscribe a los espacios y tiempos electorales. Así, también, los políticos no dejan de actuar políticamente en escenarios no electorales.

6. ABRAZA LA NATURALEZA DE DERECHO CONTINENTE

- A la paz y tranquilidad
- A la correcta gestión pública
- A la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas.

- Al libre desarrollo de los pueblos
- Al mejor derecho del elector
- A la legitimidad del derecho a elegir

7. EXPLICACIÓN INTERDISCIPLINAR DE LA VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A ELEGIR SIN MIEDO, ANSIEDAD, DESESPERANZA

7.1. JURÍDICA

- Crisis de valores
- Equivocada concepción de éxito
- Concepción de las arcas del Estado como un botín
- Desconocimiento y cuasi nula identificación con los derechos fundamentales y derecho constitucional
- Desconocimiento de los principios elementales de la gestión pública y administración

7.2. ADMINISTRACIÓN

Así, se inobserva el valor público, el mismo que constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no). Así, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía.

Así, el valor público, asume en resumidos términos, que: “[...] *la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso,*

asume que al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno” (BERTUCCI, 2005).

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza: “(...)el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”.

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública.

Entonces, “*Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero-Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción” (CHAVES, 2016).*

Lo curioso, es que con dos principios benéficos, la gestión pública en predios del derecho deportivo sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones (CHAVES, 2016).

7.3. FILOSOFÍA

El presente punto resulta ser de particular importancia y trascendencia, puesto que en principio se ha podido observar que se ha legislado o asumido políticas de Estado, con una mirada o enfoque solamente des-

de las entidades públicas o privadas; dejando en el olvido a los administrados y justiciables, pero sobre todo la efectiva salvaguarda del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza y la lucha contra la corrupción principalmente.

Entonces, para empezar podemos reflexionar acerca del porqué de las decisiones insuficientes, parciales, incompletas, que se manifiestan al no legislar correctamente por ejemplo el tema materia del presente trabajo.

A continuación, huelga a propósito, ocuparnos de responder a las basilares preguntas que a propósito caen de maduras: i) ¿Es únicamente responsabilidad del legislador?, ii) ¿Por qué resulta siendo una constante dicho accionar en cada cosa que deseemos llevar a cabo?, iii) ¿Por qué tan ajena y errática puede sernos la empresa de marras?, iv) ¿Por qué tiene o puede demorar tanto tiempo en alcanzarse lo que tanto supuestamente se busca y se tiene que buscar, sin terminar consiguiéndose?, v) ¿Por qué tanto tienen que padecer los justiciables y administrados para que puedan abrazar un trato más equitativo en el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, vi) ¿Por qué no la tenemos clara de inicio?, vii) ¿Por qué no ocurre ello en Europa y aquí sí, por ejemplo?.

En ese orden de pensamiento, podemos ensayar una resolución a las mismas, achacando a nada menos que a motivos de naturaleza de una suerte de nuestro ADN latino.

Es así que la respuesta parece apuntar a razones muy profundas, a nuestra construcción, a algo que sencillamente no podemos evitar, pues, resulta siendo parte de nuestra propia naturaleza.

Así, analizando a fondo (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas, ya que no tuvimos las edades del “Renacimiento”, ni “Ilustración” (nos saltamos con garrocha de la edad Antigua a la Moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de sí mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV.

He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo y gran docente Juan Carlos Valdivia Cano, en su revelador y agudo ensayo “la enfermedad del amor”), el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de *tutti frutti* de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana,

instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de manera integral total o completa son (por ejemplo: cuando nuestra cultura occidental define la palabra amor lo hace idealísticamente única y unánimemente como algo, noble, sublime y maravilloso -amor platónico- y no por lo que realmente es en su totalidad, se olvida así de los celos, la traición, el tedio, la mentira, el poder, el desencuentro, la cachetada, el escándalo, el odio, la muerte.

Nuestra cultura, continúa Valdivia Cano, no entiende que finalmente el amor es un problema cronológico, es solo cuestión de tiempo. El amor es una enfermedad crónica (no es que los amantes estén enfermos, sino que Eros mismo lo está), y así, tarde o temprano (los celos siempre diligentes descifrarán los decepcionantes signos amorosos) el amante probará el avinagrado sabor de la lucidez (dicha lucidez está empedrada de desilusiones). Alguien dirá, ¿no hay o no existe el amor puro (o solo el de la parte bonita)?, “ese amor ando buscando, afirman frecuentemente no pocos”. Fernando Savater responde por cierto afirmativamente, pero refiere que solo el amor de King Kong (el más alto, grande, que todo lo espera y todo lo dá –a cambio de nada– único y “verdadero” amor que solo apareció en la pantalla grande), Así, no ser platónico es ir más allá de Platón, entonces, es aceptar que el Danubio no es azul, es sucio, marrón, agua con barro y aceite (por decir lo menos). Por eso, Valdivia Cano considera además, que en asuntos de amor mejor situado que Platón está Zarathustra (“amor: en los medios la guerra, y en el fondo odio eterno entre los sexos”).

Luego, a la luz de las carencias² occidentales y peruanas reseñadas, huelga citar a Ortega y Gasset (“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”), para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura, trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás.³

2 Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

3 A propósito, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a si mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco;

Finalmente, dejamos constancia que solo planteamos un término como ejemplo, aparentemente sencillo (amor), con lo cual se pudo ver el desastroso “problema” que desencadenó (amor platónico); así, imaginemos lo que ocurre cuando se investiga, discute, analiza y “reflexiona” — reiteramos que reflexionar proviene de renacer/volver a pensar/aprender de los errores; es decir, del aprendizaje otorgado por la época del Renacimiento europeo, la misma que no tuvimos— acerca de temas jurídicos como lo es, verbigracia, la presente entrega en la que abordamos someramente las etapas de la evolución del derecho peruano.

8. CONCLUSIONES

El derecho fundamental, al que hemos denominado, a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, se constituye en un capital derecho que les asiste a la totalidad de grupos vulnerables en sede electoral (es decir, a la población en su conjunto), y tiene vigencia y aplicación no solamente en periodos electorales.

La crisis de valores es un factor que ha contribuido a la vulneración del referido derecho fundamental.

El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, abraza la naturaleza de un derecho continente, pues, comporta la intervención y relación con adicionales derechos fundamentales, *verbi gratia*: i) A la paz y tranquilidad, ii) A la correcta gestión pública, iii) A la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas, iv) Al libre desarrollo de los pueblos, v) Al mejor derecho del elector, vi) A la legitimidad del derecho a elegir

El derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, reviste también los principios de la admiración: i) De buena fe, ii) Buena administración, iii) Valor público. Y además, una relación con la filosofía.

El pendiente reconocimiento del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, contribuye no solamente a perjudicar

pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia “conócete, acéptate y superate” y “para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento acerca de dónde te encuentras”, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

la elección de la ciudadanía, sino que además, genera sistemática sustracción de recursos económicos pertenecientes al Estado y así también, al avance y recrudescimiento de la corrupción.

9. SUGERENCIAS

El reconocimiento legal y constitucional del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza

Capacitación a los actores de la administración de justicia electoral y del sistema electoral, respecto del derecho fundamental a elegir sin miedo, ansiedad, desesperanza, que les asiste la totalidad de electores, en los extremos señalados.

Inclusión en los niveles educativos, de asignaturas de difusión y fomento: de derechos fundamentales electorales, valores, cultura política no partidaria, ciudadanía responsable.

La urgente dación de un Código Electoral.

La urgente implementación de jurisdicción judicial electoral permanente.

REFERÊNCIAS

BERTUCCI, Guido. **Gobierno digital y valor público**. México, 2005. Disponível em: http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/fileart-ton102_multimedia.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

CHAVES, José Ramón. **Principio de buena administración**: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad. Espanha, 2016. Disponível em: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. Acesso em: 11 ago. 2021.

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES. **Tribunal de honor exhorta a prensa a promover intervención de candidatos de grupos vulnerables**. Lima, 2021. Disponível em: https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/cdc25b56-89af-4cd0-b32f-25d4d773d826.pdf. Acesso em: 11 ago. 2021.

LEONARTE, Juan Carlos. **Corrupción en la gestión pública**. Lima, 2015. Disponível em: <https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2015/09/28/corruption-en-la-gestion-publica/>. Acesso em: 11 ago. 2015.

PAREDES VILLARREAL, Percy J. **Candidatos corruptos y elecciones municipales**. Disponível em: <http://cpap.pe/articulos/candidatos-corruptos-y-elecciones-municipales>. Acesso em: 11 ago. 2021.

LGPD E O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: O USO INDEVIDO DE DADOS E O DEVER DE INDENIZAR NO ÂMBITO TRABALHISTA

ISADORA DIAS DA SILVA¹

GIOVANNA MENELLI DE OLIVEIRA²

ALISSON JORDY MARTINS DA SILVA³

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito Fundamental à privacidade como fundamentos para a condenação de indenização pelo uso indevido de dados em contratos de trabalho. O problema a ser examinado é entender como a LGPD e o Direito Fundamental à privacidade podem auxiliar nas indenizações quando há o uso indevido de dados em contratos de trabalho. O objetivo da pesquisa é esclarecer o que como se dará a proteção ao Direito Fundamental de privacidade em face às novas diretrizes da LGPD nos contratos de trabalho, e como a sua violação poderá gerar indenização a ser paga pelo empregador.

A presente investigação caracteriza-se por ser uma pesquisa qualitativa e descritiva, utilizando-se do método indutivo. O procedimento

-
- 1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Sociedade da informação e “Fake Democracy”: os riscos à liberdade de expressão e à democracia constitucional. Bacharelada em Direito. E-mail: isadora_diass@hotmail.com.
 - 2 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Patologias Corruptivas. Advogada. E-mail: gmenelli@gmail.com.
 - 3 Mestrando em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Transparência, Direito Fundamental de Acesso e Participação na Gestão da Coisa Pública. Advogado Público Municipal. E-mail: adv.alissonmartins@gmail.com.

técnico de pesquisa é o bibliográfico, em que se realiza consultas em livros, periódicos, revistas, sites de notícias e jurisprudência da matéria em questão, além de análises reflexivas de teóricos e estudiosos do direito civil, processual civil e do trabalho.

O artigo inicia-se com uma breve explicação acerca do surgimento da LGPD brasileira, a sua importância no cenário atual, e a sua base constitucional. Após, no terceiro tópico, faz-se uma explanação sobre o uso indevido de dados de funcionários. Por fim, explica-se como a jurisprudência nacional está aplicando a LGPD para condenar o empregador a indenizar o empregado quando há o uso ilegal de seus dados.

2. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O mundo está migrando sua forma de tratamento e uso de informações pessoais por terceiros. Estes dados coletados servem como base e parâmetro para serem utilizados em diversos setores e serviços, fomentando as atividades econômicas e mercantis, tornando evidente sua relevância para a sociedade contemporânea, sem que isso signifique ausência de validade e uso destes subsídios nos tempos pretéritos. (DONEDA, 2020).

Neste contexto de relevância informacional, surge a Lei Federal nº 13.709/2018 (Brasil, 2018), também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), cujo objetivo é regulamentar a proteção de dados pessoais que sejam coletados e tratados, realizado tanto por pessoas físicas quanto jurídicas, seja pelas vias telemáticas ou, ainda, em processos físicos. (GROSSI, 2020). Além disso, a Lei visa também coibir a prática de tratamentos irregulares de informações de pessoas naturais e estabelecer os critérios e parâmetros para consecução da correta coleta e retenção.

Afere-se, neste diapasão, que os dados e informações de pessoas naturais passaram a compor especial categoria de direitos e negócios jurídicos que demandaram, e ainda perquirem, uma maior atenção estatal no sentido de regulamentação protecionista. Neste sentido, Crespo (2021) esclarece que o Poder Público também foi abarcado pelas diretrizes e apontamentos da nova legislação, ao passo que, não só em suas políticas públicas, como em outras responsabilidades legais, este deverá realizar o tratamento de dados pessoais, em respeito ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, é necessário esclarecer que o Brasil não foi o pioneiro a implementar em seu ordenamento jurídico uma legislação como a LGPD. A sua criação e elaboração no cenário pátrio originada das exi-

gências estabelecidas pela *General Data Protection Regulation*⁴ (União Europeia, 2016), também conhecida como *GDPR*.

Segundo Pessoa (2020), a norma de eficácia europeia, ao entrar em vigor, determinou que as empresas estabelecidas dentro da União Europeia têm o dever de observar as suas diretrizes, mesmo que a coleta e o tratamento de dados ocorram em local diverso. E, no mesmo sentido trilado pela União Europeia, no Brasil houve o envio do Anteprojeto de Lei 5.276/2016 (Brasil, 2016), o qual foi apensado ao já existente Projeto de Lei nº 4.060/2012 (Brasil, 2012), aprovado pelo Senado Federal em 10 de julho de 2018, que deu origem à Lei Federal nº 13.709/2018 (Brasil, 2018), também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que passou a vigorar apenas após 18 (dezoito) meses.

Deve-se ressaltar, no entanto, que a intimidade e a vida privada são direitos fundamentais garantidos pelo Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). E, do mesmo modo, a honra e a imagem das pessoas também se incluem no mesmo contexto normativo. Deve-se levar em conta, ainda, que o Código Civil (Brasil, 2002) assegura o direito à respectiva indenização pela violação destes direitos, mesmo se não existisse, dentro do ordenamento jurídico, uma legislação especialmente desenvolvida para a atividade de coleta e do tratamento destes dados.

Neste sentido, a LGPD (Brasil, 2018) faz uma distinção entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Enquanto os primeiros referem-se as informações da pessoa natural que podem ser utilizadas para identificá-la, os dados sensíveis vão além, trazendo consigo a indicação, dentre outros, da religião, etnia, dados genéticos ou biométricos. O legislador, portanto, cuidou de realizar tal individuação, eis que os dados sensíveis vão além de uma possível identificação da pessoa natural, podendo causar uma discriminação ilícita.

Sendo assim, para que seja possível realizar qualquer atividade de tratamento de dados, deverão ser observados pelos agentes responsáveis (controlador e operador) os princípios explícitos na LGPD (Brasil, 2018). Dentre estes, alguns são de especial relevância, tais como a finalidade dos dados coletados (propósito legítimo e específico), sua adequação com a fins almejados, a necessidade (devendo restringir-se aos dados estritamente necessários, não podendo exceder a finalidade a que se destinam).

A Lei também traz a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), cuja função primordial é desenvolver a proteção dos dados pessoais, atuando como órgão fiscalizador dotado de poder de polí-

4 Em tradução livre: Regulamento Geral sobre Proteção de Dados.

cia administrativa (possibilitando a aplicação de penalidades pelo descumprimento das normas atinentes à LGPD). A sua atuação se dará, em regra, junto aos agentes de tratamento, elaborando mecanismos para o registro de reclamações e denúncias. Ademais, para este órgão também figurou o papel de desenvolver o papel educativo quanto as nuances legais da proteção de dados, além de políticas sobre a sua atuação. (FERREIRA, 2020).

Como exemplo de diretrizes da ANPD, pode-se citar a realização de audiência pública realizada pelo órgão, cujo objetivo foi debater proposta normativa disponível ao público. Tal audiência contou com a participação e exposição de instituições inscritas, além de ter contado com a sua divulgação pelas vias telemáticas, especialmente pelo canal do órgão no *Youtube*. (BRASIL, 2021).

3. O USO INDEVIDO DE DADOS DE FUNCIONÁRIOS

O artigo 7º da LGPD dispõe dos dez requisitos que permitem o tratamento de dados pessoais. E, apesar de muitos acreditarem que o consentimento do titular, previsto no inciso I, é o mais importante, esta é uma ideia equivocada, pois pode levar à crença de que existe hierarquia entre tais hipóteses. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2020).

No âmbito do direito do trabalho, conforme aborda Luiz Fernando Calegari, no artigo de Henrique Correia e Paulo Henrique Martinucci Boldrin (2020), há constante contato do empregador com dados pessoais de colaboradores, podendo este contato ser dividido em fases. Em um primeiro momento, há uma situação pré-contratual, quando ocorre o acesso aos dados do candidato à vaga por meio da análise de seu currículo e de possíveis questionamentos para o preenchimento de fichas cadastrais. Depois, já durante a vigência do contrato entre o empregador com a figura do empregado, há o constante contato daquele com dados bancários, filiação em sindicato, exames médicos ocupacionais, entre outros referentes ao empregado. Já quando ocorre o desligamento do empregado, algumas informações deste que foram armazenadas serão utilizadas para fins trabalhistas e previdenciários.

Na Europa, desde 2018 vige a *General Data Protection Regulation* (União Europeia, 2018), a qual serviu de inspiração para a LGPD no Brasil. A Lei europeia prevê, assim como a brasileira, o dever do correto armazenamento e uso de dados. Neste sentido, no artigo 1º da GDPR, descreve os objetos e a matéria que devem ser tutelados pela Lei. No in-

ciso I, traz a definição de dados processuais, sendo estes dados referentes às pessoas naturais, assim como as regras da movimentação livre desses dados. No inciso II, o artigo dá ênfase à regulamentação da proteção dos direitos fundamentais e liberdades das pessoas naturais, particularmente no que diz respeito ao direito de terem seus dados pessoais protegidos.

No inciso IV do artigo 4º, a Lei traz a definição de outro conceito, denominado de *profiling* (perfil). De acordo com a Lei, *profiling* significa qualquer forma de coleta de dados e seu uso na avaliação de certos aspectos pessoais relativos ao titular dos dados, tais como desempenho no trabalho, situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, entre outros.

A LGPD, norteadada pela Lei europeia, traz a possibilidade de que, quando for necessário o cumprimento de certa obrigação legal ou regulatória, o controlador possa tratar os dados pessoais sem ter o consentimento do titular. Um exemplo disso é quando a empresa necessita informar os dados do empregado para cumprir determinação trabalhista ou previdenciária. Porém, no momento da contratação, o empregado deve ser informado da possibilidade do uso de seus dados para estas finalidades, obedecendo ao princípio da informação. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2020).

Um caso emblemático ocorreu na Alemanha com empresa H&M, a qual monitorava os seus funcionários, armazenando e utilizando dados pessoais deles com a finalidade de auxiliar a chefia nas tomadas de decisões, como demissões e promoções. Nesse caso, a coleta de dados ocorria desde informações dadas no próprio ambiente laboral, como em reuniões, e fora da empresa, como por conversas informais entre os funcionários, por meio do *whats app*. As informações coletadas não eram pertinentes ao trabalho, mas de cunho pessoal, como questões referentes a relacionamentos, religiões e crenças.

Devido ao tamanho da invasão na privacidade e o isso indevido dos dados de seus funcionários, a empresa foi condenada a pagar a segunda multa mais alta já aplicada na Europa, a qual totalizou o valor de R\$ 230 milhões (Arbulu, 2020). Com isso, é possível notar que monitorar funcionários e armazenar informações não pertinentes ao trabalho não é aceitável, ou seja, condutas como esta não estão abarcadas no conceito de *profiling*.

É de grande necessidade saber, portanto, que a utilização de dados deve estar justificada tanto no âmbito profissional como no pessoal, devendo ser coletado apenas dados que estejam no legítimo interesse do controlador. Nesta questão, a LGPD trouxe um rol exemplificativo no artigo 10, o qual impõe que sejam cumpridos os princípios da finalidade, necessidade e transparência.

O legítimo interesse existe quando há uma ligação relevante e adequada entre o titular dos dados e o controlador, entendendo-se o titular como cliente ou prestador de serviços daquele responsável pelo tratamento de seus dados. Na Europa ainda se fala que o legítimo interesse deve ser lícito, claro, efetivo e real. (TEIXEIRA; ARMELIN, 2020).

Infelizmente, o uso irregular de dados de empregados não é algo exclusivo de outros países. No Brasil, o Tribunal Superior do Trabalho (2020) julgou um Recurso de Revista a respeito de um fato envolvendo o uso indevido da imagem de um funcionário da empresa Localiza. Neste caso, o funcionário pediu indenização pelo uso de sua imagem em propagandas, alegando que nunca havia dado o seu consentimento para tal fim. A Localiza, em sua defesa, afirmou que a participação dos funcionários em comerciais era voluntária e muito disputada. O TST condenou a empregadora a pagar uma indenização de 5 mil reais ao funcionário.

Outro caso ocorrido no Brasil envolveu a utilização irregular de dados de colaboradores, ocorrida entre a Cooperativa dos Citricultores Ecológicos do Vale do Caí LTDA e o Sindicato de Trabalhadores das Indústrias de Alimentação de Montenegro. O sindicato entrou com a ação alegando o mal uso dos dados dos empregados, uma vez que ocorreu o compartilhamento indevido de dados pessoais para outras empresas. O Tribunal Regional da 4ª Região (2020), ao julgar mérito da ação sob a tutela da LGPD, pediu que fossem informados os fornecimentos de dados tratados, os países para os quais os dados foram transferidos, a indicação de decisões automáticas feitas por dados, entre outros. A defesa da empresa sustentou não existirem provas da ocorrência de qualquer incidente com os dados pessoais de funcionários, negando todas as demais acusações.

No mérito, o juízo alegou que antes do surgimento da LGPD, já se utilizava o artigo 7º, inciso XXVII, da CF para resguardar a proteção à dignidade e à privacidade do titular, diante da automação. Além disso, o artigo 170, inciso III, da CF assenta a função social da propriedade, sendo os dados pessoais enquadrados como propriedade, devido a sua constituição como novo insumo da economia globalizada e tecnológica.

Ademais, destacou-se as bases principiológicas da LGPD, tais como finalidade, livre acesso, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e prestação de contas, constantes no artigo 6º da Lei. E advertiu-se que a reclamada não trouxe provas de implantação de qualquer regra da LGPD.

Concluiu-se que nenhuma das alegações da empregadora excluía o direito dos titulares de, por exemplo, ter acesso as suas informações. Desta forma, o pedido foi parcialmente provido, uma vez que o dano

moral não seria presumido e não haveria como fazer prova dos demais pedidos, reconhecendo a inadequação da empresa à LGPD, obrigando-a nomear um encarregado para o tratamento das informações, e comprovar cumprimento de obrigações e implementação de práticas relacionadas à segurança e sigilo de dados.

Desse modo, pode-se considerar que tanto a GDPR quanto a LGPD, impõem a obrigação de demonstrar a necessidade do uso dos dados de funcionários, assim como declaram a importância de estar em conformidade com os demais princípios e dispositivos da Lei. E, como a Lei determina que gera indenização o uso indevido de dados, o tópico seguinte tratará deste tema.

4. INDENIZAÇÃO EM CASO DE USO INDEVIDO DE DADOS DO EMPREGADO PELO EMPREGADOR

A Constituição Federal (Brasil, 1988), em seu artigo 5º, inciso X, assegura a indenização por dano material ou moral em caso de violação à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. Além disso, o Código Civil (Brasil, 2002), em seu artigo 927, traz a previsão de reparação para quem causar dano a outra pessoa por meio de um ato ilícito, sendo este caracterizado, conforme o artigo 186, como a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e cause dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

A responsabilidade civil emerge do descumprimento de uma obrigação ou pela não observância de uma norma regulatória da vida. Conforme ensina Flávio Tartuce (2019), a regra imposta pelo Direito Civil brasileiro é a da responsabilidade civil subjetiva, sendo necessário, para a sua caracterização, haver a prática de uma conduta, seja ela comissiva ou omissiva, culpa em sentido amplo, nexo de causalidade e dano.

Conforme ensinam Elizabete Geremias e Rodrigo Garcia Schwarz (2016), o nexo de causalidade pode ser caracterizado como o liame entre a conduta e o dano, de modo a constatar-se que o último decorreu exclusivamente como consequência do primeiro. Já o dano pode ser entendido no sentido material e no sentido moral, sendo o primeiro definido como o prejuízo financeiro sofrido pela parte lesada, compreendendo os danos emergentes e os lucros cessantes, e o segundo como a violação de um ou mais elementos que dizem respeito à condição humana, como honra, imagem, dados pessoais, liberdade, entre outros.

Neste sentido, Renata Carlos Steiner (2016) explica que o dano pode ser caracterizado como uma lesão a um interesse juridicamente protegido. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de responsabilidade civil, contempla normas gerais e abstratas que permitem que seja feita uma interpretação de dano para além de uma violação a um interesse exclusivamente patrimonial.

Entretanto, não são apenas atos ilícitos que são capazes de produzir um dever de reparação, podendo atos lícitos também gerá-lo caso exista previsão legal expressa, conforme ensina Rafael Marinangelo (2016). Deve-se levar em conta, porém, as exceções previstas pelo Código Civil no seu artigo 188, inciso I, de que não são considerados atos ilícitos aqueles “praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.”

Já no que diz respeito ao quantum indenizatório, Código Civil (Brasil, 2002) estabelece, no artigo 944, que este deve ser medido pela extensão do dano. Ainda, em seu parágrafo único, o artigo prevê que o juiz poderá, utilizando-se da equidade, reduzir a indenização caso haja excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Desta forma, conforme Geremias e Schwarz (2016), quando não for patrimonial a lesão, ou seja, disser respeito à personalidade, não há norma jurídica para a aferição da quantia indenizatória, cabendo ao juiz fixar os danos morais de modo a conferir ao ofendido alguma forma de reparação ao sofrimento que lhe foi infringido.

Para Steiner (2016), é possível ocorrer a recomposição do dano de três formas. Pode ser pela restituição *in natura*, quando procura-se eliminar o evento que resultou no dano. Por meio de indenização em pecúnia, na qual o pagamento serve para compensar o dano ocorrido, ou seja, substituir o prejuízo causado ao lesado. Ou por meio da combinação das duas anteriores.

Disposições acerca de danos extrapatrimoniais também estão previstas no Título II-A do Decreto-Lei 5.152 (Brasil, 1943). O artigo 223-B dispõe que configura dano extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, possuindo estas direito à reparação. O artigo 223-C estabelece que a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são bens inerentes à pessoa física, sendo estas juridicamente tuteladas. Da mesma forma, o artigo 223-E determina serem os responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos aqueles que tenham colaborado para a ofensa a um bem jurídico tutelado, na pro-

porção da ação ou omissão. E o artigo 223-F permite que a reparação dos danos possa ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

O juiz, conforme estabelece o artigo 223-G da CLT, ao apreciar o pedido de reparação deverá considerar, dentre outros, a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão, a extensão e a duração dos efeitos da ofensa, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, o grau de dolo ou culpa, o esforço para minimizar a ofensa, e o grau de publicidade da ofensa. E, no §1º do mesmo artigo, a Lei dispõe que o julgador, caso decida pela procedência do pedido, deve fixar a indenização conforme os parâmetros previstos nos incisos I à IV, sendo vedada a cumulação.

No caso da Lei 13.709 (Brasil, 2018), o artigo 6º dispõe dos princípios que devem ser observados durante o tratamento de dados pessoais. Dentre eles, a Lei determina a responsabilidade e o dever de prestar contas, para que seja demonstrada a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância das normas previstas na Lei.

Já o artigo 42 da Lei impõe a obrigação de reparar o dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, caso este ocorra durante o tratamento de dados pessoais. Além disso, para assegurar uma efetiva indenização dos danos, a LGPD também trouxe no §1º, inciso I, do artigo 42, a previsão de que o operador responde solidariamente pelos danos causados durante o tratamento de dados quando houver descumprimento das normas constantes na Lei, ou no caso deste não ter seguido as instruções lícitas do controlador. E, no inciso II, determina que os controladores respondem solidariamente quando estiverem envolvidos de forma direta no tratamento dos dados em que houve a geração de danos.

Nesse sentido, a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2020), no processo de número 0010398-61.2019.5.03.0024, teve a oportunidade de se debruçar sobre o cabimento de condenação, a título de danos morais, pela invasão da privacidade de empregado em decorrência de publicidade de dados sigilosos por parte do empregador. No caso, a vítima foi alvo de constrangimentos e humilhações após a empresa disponibilizar, para livre acesso no sistema, o relatório de exames médicos atinentes ao empregado, o qual constatava que o reclamante possuía pensamentos suicidas e era usuário de drogas.

Na decisão, o Tribunal alegou que a Constituição Federal de 1988 garante a proteção à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

pessoas, de modo a dar efetividade ao direito fundamental à dignidade humana. Desta forma, a exposição dos dados sigilosos de cunho pessoal do empregado, dentre os quais constavam as dificuldades de saúde e outros fatos ocorridos durante o contrato de trabalho, para livre a qualquer outro empregado, são suficientes para caracterizar o dano moral.

Na mesma linha, a Nona Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (2021), no processo de número 0010337-16.2020.5.03.0074, condenou o empregador a indenizar por danos materiais e morais a divulgação o número de telefone particular da empregada no site de vendas da empresa:

NÚMERO DE TELEFONE PARTICULAR DA EMPREGADA. DIVULGAÇÃO NO SITE DE VENDAS DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. CABIMENTO. A caracterização do dano moral pressupõe violação à dignidade pessoal - art. 1º, III da Constituição Federal -, mediante vulneração da integridade psíquica ou física da pessoa, bem como aos direitos *fundamentais previstos na Constituição da República. E o art. 5º, X, da CR/88 prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*. A inserção do número de telefone do empregado, no site da empresa, sem prova inequívoca de autorização, implica divulgação de dado pessoal, que afronta sua vida privada. Configurados os elementos essenciais ao dever de indenizar (ato ilícito, dano e nexos de causalidade) em relação ao direito à privacidade, correta a condenação da empregadora. (grifos do autor).

De acordo com as informações constantes no processo, a inserção desautorizada do número da reclamante no site da loja permitiu que fosse possível a sua identificação quando um cliente entrasse em contato com ela, configurando divulgação ilícita de dado pessoal. Desta forma, o Tribunal entendeu que a reclamada violou, de forma substancial, as cláusulas constantes no contrato de trabalho, desrespeitando os direitos de intimidade e privacidade da empregada. Restaram configurados, portanto, os elementos essenciais ao dever de indenizar.

Em outra decisão, desta vez proferida pela 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre (Justiça do Trabalho, 2021), no processo de número 0020713-35.2020.5.04.0009, o reclamante alegou ter sido vítima de exposição constrangedora e indevida, diante de colegas e supervisores por

meio da intranet corporativa, de dados pessoais e valores que deveria receber em processo judicial, passando o reclamante a ser alvo de piadas no local de trabalho. Segundo a juíza, a divulgação dos dados na intranet, por si só, dá ensejo a dano extrapatrimonial, uma vez que atenta contra princípios de proteção de dados, tais como a privacidade, autodeterminação informativa, inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e dos direitos humanos.

Apesar das sanções da LGPD terem entrado em vigor apenas em agosto de 2021, as três decisões mencionadas ilustram como vem sendo aplicada a indenização por danos morais nesses casos. Desta maneira, pode-se concluir que o uso indevido de dados de funcionários enseja à reparação a título de danos morais pelo empregador, uma vez que este tem o dever legal de proteção dos dados.

5. CONCLUSÃO

A nova era digital trouxe uma maior possibilidade de uso de dados pessoais por terceiros, o que ocasionou a necessidade de regulamentação jurídica sobre o tema. E, assim como na União Europeia com a GDPR, o Brasil criou a LGPD a fim de efetivar e proteger direitos dos titulares de dados.

A nova legislação tem como principal objetivo a proteção da intimidade, honra, imagem e vida privada da pessoa, que são direitos fundamentais já previstos pela Constituição Federal de 1988. No que tange à LGPD e aos direitos fundamentais, a Lei traz a diferenciação entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Sendo os primeiros relacionados à identificação da pessoa, como RG e CPF, e os segundos relacionados à aspectos como orientação sexual, religião, etnia, etc.

A relevância disso dá-se a partir do entendimento de que os objetos previstos como dados ditos sensíveis, quando mal utilizados, podem servir para discriminar alguém. Nesse sentido, é imperioso demonstrar a necessidade da utilização dos dados para a atividade, ou seja, o seu emprego deve estar adequado à finalidade permitida pela Lei, de forma que a coleta, utilização e armazenamento das informações sejam embasadas num propósito legítimo.

Com a lógica exposta, é possível observar, no caso ocorrido com a empresa H&M, que tanto a coleta, a retenção e o uso de dados de funcionários se mostraram irregulares por diversas razões, mas principal-

mente por não ter sido demonstrada a necessidade de tais condutas para a atividade efetuada pela empresa. Isso porque muitas das informações eram de cunho estritamente pessoal do trabalhador, não tendo qualquer relação com o serviço desempenhado.

Apesar da LGPD não trazer regulamentação expressa sobre o uso de dados de funcionários, estes podem ser coletados e utilizados para cumprimento de normas legais como, por exemplo, questões previdenciárias e trabalhistas. No entanto, deve sempre ser obedecendo o princípio da informação, diferente do que ocorreu no caso H&M, no qual a empresa se utilizava dos dados de natureza íntima e pessoal para auxiliar a chefia em demissões ou promoções.

A utilização inadequada ou ilícita de dados possibilita a demanda por indenização, uma vez que viola direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Porém, sendo a regra a responsabilidade civil subjetiva, é necessário demonstrar a ocorrência do dano, do nexo de causalidade e da culpa em sentido estrito. E, quanto ao valor da indenização, cabe ao juiz considerar certos aspectos de cada caso, como a natureza do bem jurídico, os reflexos pessoais e sociais que a ação ou omissão trouxe titular do direito, o grau de dolo ou culpa, a extensão e publicidade da ofensa, entre outros.

Destarte, conclui-se que o uso indevido de dados de funcionários enseja a reparação do dano pela empresa, com a finalidade de reparar ou minimizar os prejuízos do titular dos dados pessoais. Isso porque a conduta viola não só o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados, mas também, e principalmente, direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, além do disposto no Código Civil e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ARBULO, Rafael. Lojas H&M é multada em quase R\$ 230 milhões por monitorar funcionários na Europa. **Olhar Digital**, 2020. Disponível em: <https://olhar-digital.com.br/2020/10/06/noticias/lojas-h-m-e-multada-em-quase-r-230-milhoes-por-monitorar-funcionarios-na-europa/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Presidência da República. **A anpd informa nova data de audiência pública sobre norma de fiscalização**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/a->

-anpd-informa-nova-data-de-audiencia-publica-sobre-norma-de-fiscalizacao. Acesso em: 21 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24 jul. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em 22 jul. 2021.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho. **Meu site jurídico**, 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protacao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CRESPO, Marcelo. Proteção de dados pessoais e o poder público: noções essenciais. *In*: CRAVO, Daniela Copetti; CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; RAMOS, Rafael (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados e o Poder Público**. Porto Alegre: Escola Superior de Gestão e Controle Francisco Juruena, p. 16-28, 2021. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/ebook_lgpd_e_poder_publico_23052021.pdf. Acesso em: 27 jul. 2021.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERREIRA, Rafael Freire. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD. *In*: LÓSSIO, Claudio Joel Brito (org.). *et al.* **Cibernética jurídica**: estudo sobre o direito digital. Campina Grande: Eduepb, p. 241-251, 2020.

GEREMIAS, Elizabete; SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Responsabilidade civil e indenização por dano moral no direito do trabalho: a aplicação da doutrina dos punitive damages. Curitiba: **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 2, n. 2, p. 175-194, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/1239/1669>. Acesso em: 24 jul. 2021.

GROSSI, Bernardo Menicucci (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise preliminar da lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial**. Porto Alegre: Fi, 2020.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **ATSum nº 0020713-35.2020.5.04.0009**. 9ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Juíza do Trabalho: Barbara Fagundes, julgado em 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0020713-35.2020.5.04.0009/1>. Acesso em: 25 jul. 2021.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **ACC nº 0020043-80.2021.5.04.0261**. Vara do Trabalho de Montenegro. Juíza do Trabalho Substituta: IVANISE MARILENE UHLIG DE BARROS, julgado em 13 de julho de 2021. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0020043-80.2021.5.04.0261/1>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

PESSOA, João Pedro Seefeldt. **O efeito Orwell na sociedade em rede: cibersegurança, regime global de vigilância social e direito à privacidade no século XXI**. Porto Alegre: Fi, 2020.

STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-20082016-121314/publico/Renata_Carlos_Steiner_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 22 jul. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 14. ed., v. 2, 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio; Armelin, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: Comentada artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm. 2. ed., 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **ROT nº 0010398-61.2019.5.03.0024**. Segunda Turma. Relatora: Maria Cristina Diniz Caixeta, julgado em 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010398-61.2019.5.03.0024/2>. Acesso em: 24 jul. 2021.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **ROT nº 0010337-16.2020.5.03.0074**. Nona Turma. Relator: Ricardo Marcelo Silva, julgado em 09 de junho de 2021. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010337-16.2020.5.03.0074/2>. Acesso em: 25 jul. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Empresa consegue reduzir indenização por uso indevido de imagem de empregado**, 2019. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/empresa-consegue-reduzir-indenizacao-por-uso-indevido-de-imagem-de-empregado>. Acesso em: 27 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation, 2016/679**. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento 2016/679, de 27 de abril de 2016**. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 10 ago. 2021.

POVOS INDÍGENAS E A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS NA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT

SÉRGIO TIBIRIÇÁ AMARAL ¹

MARIA FERNANDA DE TOLEDO PENNACCHI TIBIRIÇÁ AMARAL²

-
- 1 Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar, Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. Professor do Programa de Pós-Graduação de Mestrado/Doutorado da ITE-Bauru. Professor Titular das disciplinas das disciplinas de Teoria do Estado e Direito Internacional Público e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Coordenador do Grupo de Pesquisa da Toledo Presidente Prudente “Estado e Sociedade”. Membro da Asociación Mundial de Justiça Constitucional e vogal para o Brasil. Membro fundador da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e Asociación Mundial de Justicia Constitucional.E. E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br.
 - 2 Bacharel em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário, desde 2019. Advogada militante. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo IBET/Toledo. Bolsista do Conselho Nacional de Pesquisa do Ministério da Educação do Brasil (CNPq) por dois anos: em 2014/2015 com a temáticas Ativismo Judicial como garantia do Estado Democrático de Direito e 2015/2016 sob a temática Liberdade de Expressão e os Direitos relativos à manifestação do pensamento na Rede Mundial de Computadores. Autora de artigos científicos em Congressos, Simpósios e Eventos Internacionais, bem como um capítulo no livro Democracia, Liberdade e Justiça Social – Fundamentos para a Teoria Jurídica do Reconhecimento, e também um capítulo no livro Democracia, Cidadania e os Direitos da Personalidade: uma releitura contemporânea. Estagiária do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos da Toledo, atuando na área cível, entre junho de 2014 e maio de 2016; estagiária no Escritório Pinheiro e D’arce Pinheiro Advogados Associados, entre março de 2017 e março de 2018; estagiária na Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de Presidente Prudente, entre janeiro de 2019 e outubro de 2019. Membro titular da equipe da Faculdade de Direito de Presidente Prudente que no de 2016 participou do IX Congresso Internacional de Direito Processual Constitucional, em Bogotá (Colômbia). Membro da equipe da Faculdade de Direito de Presidente Prudente, como membro da pós-graduação, da competição do Julgamento do Tribunal Penal Internacional de Nuremberg.

1. INTRODUÇÃO

A abordagem versou sobre os direitos dos povos originários, ou seja, aqueles que habitavam a América antes de Cristóvão Colombo. O recorte se dá no território brasileiro e apreciação se baseia nos instrumentos protetivos na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos. Há abordagem mais específica que trata sobre a possível denúncia do Brasil na Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais (Nº 169), que é um tratado internacional adotado pela Conferência Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho em 1989. Essa Convenção Nº 169 busca superar práticas discriminatórias que afetam os povos indígenas e também assegurar que participem na tomada de decisões que impactam o modo de vida. O Brasil, hipoteticamente, pretende deixar o tratado, sendo que o artigo abordou a importância do documento da OIT e as possibilidades formais de uma denúncia, com os requisitos para a saída do Brasil.

O Brasil possui uma vasta extensão de terras demarcadas, havendo conflitos com as comunidades pela posse da terra, que são hábitat desses povos originários. Há uma proteção na Constituição, nas leis internas e nos tratados internacionais da Organização dos Estados Americanos, Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho. São documentos complexos que se completam para preservar os locais onde enterram seus mortos, praticam sua religião e buscam alimentos. São direitos e garantias individuais como estabelece o parágrafo 2 do artigo 5.º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Trata-se de uma proteção aos vínculos individuais com a terra, sem os quais as comunidades, passam a ser marginalizadas e ameaçadas de extinção. Uma proteção ampla em nível internacional também é fundamental para fiscalização dos direitos dessas minorias.

A Constituição é apenas o ponto de partida para a defesa dos povos originários, mas há tratados, como visto, visam uma série de direitos individuais protegidos que vão do território ao idioma, passando pelo direito usos costumes e a não discriminação.

A Convenção n. 169 busca superar práticas discriminatórias que afetam os povos originários e assegurar que participem da tomada de decisões que impactam suas vidas. Por outro lado, o número dos países que ratificaram a referida convenção demonstra problemas.

Os tratados são avanços dos direitos humanos dos povos indígenas, seja em nível individual seja em nível coletivo. Há direitos fundamentais como o de direito à livre-determinação. Está garantida a organização coletiva e o caráter pluricultural e multilíngue dos povos originários, bem como a autoidentificação das pessoas que se consideram como tais. Essa é uma proteção especial aos povos que vivem de forma voluntária, isolados de outras civilizações e tem contato com a civilização.

A revogação de um tratado por parte do Brasil, ou seja, a denúncia do Tratado da OIT representa um retrocesso para povos originários no Brasil, o que consta como conclusão. Também se defende que a saída do Brasil da referida convenção da Organização Internacional do Trabalho teria que passar por um referendo parlamentar, com votações na Câmara e Senado. Defende-se que o tratado é “cláusula pétrea” e configura democracia participativa para os povos, sobretudo no que tange à livre-determinação e ao direito/dever de consulta às comunidades tradicionais sem qualquer tipo de discriminação.

2. OS POVOS ORIGINÁRIOS NO BRASIL

Necessário discorrer sobre a legislação interna brasileira, a fim de demonstrar uma ampliação dos direitos e até mesmo na mudança nomenclatura. A Lei n.º 6001, de 19 de dezembro de 1973 definiu ‘índios’: “os povos que habitavam a América Pré-Colombiana”, sendo que atualmente a denominação correta é a de “povos originários” ou “povos que habitavam a América pré-colombiana”.

No Brasil são 206 ou até 305 povos ou etnias (mais de mil nações), com cerca de 274 línguas faladas³, sendo que o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não atualizado devido a pandemia, registra que cerca de 17,5% da população indígena não fala português.

Os traços culturais são diferenciados, mas os idiomas desses povos originários podem ser divididos em quatro grupos, ou troncos linguísticos: Caraíba ou Cariba, Naruaki ou Naipure, tronco macro “G” e Tupy-Guarani. Existem línguas isoladas que não fazem parte desses grupos, como as faladas pelos Ianomâmis, que estão numa reserva de 9,4 milhões de hectares, um território que é maior que Portugal.

3 Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3.html>.

Atualmente vivem em território brasileiro mais de 896 mil índios, representando cerca de 0,4% da população brasileira, segundo dados do último Censo de 2010. Os resultados do Censo Demográfico 2010 revelam que 817 mil pessoas se autodeclararam indígenas e que o crescimento no período 2000/2010, 84 mil indígenas, representando 11,4%, não foi tão expressivo quanto o verificado no período anterior, 1991/2000, 440 mil indígenas, aproximadamente 150%⁴. Há ainda os que vivem isolados e apenas são calculados sem serem visitados. Destes, 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais, cerca de 0,47% da população total do país.

Eles vivem no território nacional, principalmente em 688 Terras Indígenas e em áreas urbanas, sendo que são 547 áreas demarcadas, algo em torno de 94,3 milhões de hectares, ocupando cerca de 11 a 15 por cento do território brasileiro. Há também 77 referências de grupos indígenas não-contatados, das quais 30 foram confirmadas⁵. Sessenta por cento dos povos originários está na Amazônia Legal e ocupam 12,33 do território. Os membros das várias etnias, seres humanos originários do continente no Brasil tem suas complexidades como indivíduos, tendo seu desenvolvimento biológico, psicológico, histórico e social. Possuem sua identidade cultural que está, influenciada na maior ou menor interação social com os demais brasileiros. A interação interna na tribo é muito mais intensa pelo fato de uma convivência em comunidades proporcionar certa uniformidade, ou seja, o saber indígena é transmitido de geração a geração, indiscriminadamente. Todos aprendem a caçar, conhecem os seus mitos tribais e cultivam suas crenças, embora o cristianismo se faça presente devido aos anos de contato cultural. Os costumes são repassados cotidianamente, pois o processo de aprendizagem é natural e feito na convivência. Importante ressaltar que alguns grupos estão espalhados por países, o que pode ser constatado por exemplo pelo idioma da etnia tupi-guarani que é falado na Argentina, na Bolívia, no Brasil e no Paraguai, onde é a segunda língua oficial.

Um estudo científico publicado por José Martínez Cobo⁶, aponta que em muitos Estados das Américas não há definições legais das populações originárias e também faltam definições sobre os seus territórios,

4 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>.

5 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/pegunrtas-frequentes>.

6 Disponível em: https://cendoc.docip.org/collect/cendocdo/index/assoc/HASH01e9/b366d043.dir/RapCobo_xviiiland_en.pdf.

enquanto em outros as definições são provenientes de diferentes instrumentos ou entes governamentais. Os dispositivos trazem definições legais ultrapassadas como “povos indígenas”, o que as vezes é reparado nos tratados.

Nesse sentido, a Convenção é importante e talvez por isso a maioria dos países que assinaram são do continente, pois há definições legais de políticas para as comunidades tradicionais e um aporte importante que diz que são esses grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social e religiosa.

Os povos originários são “minorias”. A principal exceção é no antigo extra território do império Inca localizado no planalto andino, a Bolívia cuja população indígena declarada é de 62% dos 11,3 milhões de bolivianos. Entre eles, principalmente os povos aimará e quíchua, estes descendentes dos incas.

Ser minoria exige no Brasil que sejam feitas ações afirmativas, que são políticas públicas visando acabar com a desigualdade. Ainda esses povos são hipossuficientes, cuja significação do termo pode variar conforme o contexto cultural vigente em determinado lugar. Mas, em geral, refere-se a um conjunto de pessoas que, ainda que não sejam minorias em termos numéricos, estão em uma situação de desvantagem ou vulnerabilidade e têm menos poder que o grupo dominante. Afirma-se ainda que esses grupos se diferenciam do restante da população em razão de características linguísticas, culturais, religiosas, entre outras. No Brasil, os povos originários se enquadram nas duas definições: minorias e hipossuficientes.

Além dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais no Brasil, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por meio de tratados, assegura aos grupos que habitavam a América pré-colombiana uma série de direitos específicos em razão das peculiaridades do seu modo de vida. O Brasil ratificou todos os tratados sobre o assunto, sendo que os direitos individuais fazem parte do núcleo duro.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, formado pela Comissão e pela Corte, indica que não é necessária uma definição precisa para o fim de se proteger os direitos humanos, haja vista que uma definição estrita e fechada sempre correrá o risco de ser muito ampla ou restritiva⁷.

7 Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>.

Como esclarece Norberto Bobbio (2004, p. 45) “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. Há uma vedação ao retrocesso.

O artigo I.1 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas esclarece que a Carta se aplica aos povos indígenas das Américas. O art. I.2 afirma que “a auto identificação como povos indígenas será um critério fundamental para determinar a quem se aplica a presente Declaração”.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, segundo informações de Fergus Mackey⁸ já prevê sua aplicação aos povos tribais, tais como, entre outros, os Morrons da Guiana e da Jamaica, os Afro-Equatorianos, os Quilombos no Brasil e os Cimarrones na Colômbia. Há um conjunto de critérios objetivos e subjetivos que serão conjuntamente aplicados para identificar os povos originários e tribais, meramente para distinguir essas populações. Dada a diversidade de pessoas e objetivos a ser protegida, a Convenção da OIT usa os mesmos conjuntos de direitos para ambos os grupos, indígenas e tribais.

3. DIREITOS CULTURAIS E À IDENTIDADE ÉTNICA

A Declaração sobre os Povos Indígenas ajuda a definir os critérios para os direitos culturais, ao ensino bilingue e o direito à identidade étnica que serão abordados nestes capítulo. O direito à identidade como etnia deve ser entendido como o direito individual, portanto, “cláusula pétrea” de ser reconhecido como povo originário, ou como direito coletivo de uma comunidade tribal (no caso do grupo). Portanto, relacionando-se com os conceitos de identidade étnica de cada uma das tribos e às definições de conjunto desses diferentes povos que habitavam a América Pré-colombiana, as duas definições identificam os sujeitos desses direitos.

A Conferência Internacional do Trabalho em 1989 adotou a Convenção consciente da necessidade de assegurar os direitos culturais e a identidade étnica. Isso porque as histórias desses povos foram marcadas por discriminação, marginalização e genocídio. A Convenção reafirma que esses povos têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que todos os outros seres humanos, entre os quais os culturais. Ao mesmo tempo, isso implica também que os costumes indígenas não

8 Disponível em: <https://epub.sub.uni-hamburg.de/epub/volltexte/2013/19458/pdf/doc106.pdf>

podem ser justificados, se violarem os direitos humanos universais. Não se pode esquecer, que o tratamento se tornou direito no final do século XX, em especial com a Constituição de 1988, que trouxe a previsão de direitos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Hoje, os critérios para definição desses povos adotados pela Fundação Nacional do Índio⁹ se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, em seu artigo 1º. afirma que:

1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial; b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

Uma coletividade pode se auto identificar como membro, sendo índios “todos os indivíduos que são por ela reconhecidos enquanto membros desse grupo étnico”. Para essa conceituação, que se reflete no plano jurídico-administrativo, não tem importância alguma saber se tal população apresenta características ‘primitivas’, se mantém os traços físicos ou a carga genética de populações pré-colombianas, ou ainda se preserva os elementos de sua cultura original. Deve-se verificar a aplicação de um ‘status jurídico’, que não se articula com critérios biológicos nem com a persistência de padrões culturais, mas tão somente com uma autodefinição coletiva.

Importante ressaltar que há membros dessas várias etnias nos Parlamentos (Congresso Federal, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais) e outros que como advogados frequentam os tribunais superiores, ocupam cargos na FUNAI, são parte do Exército Brasileiro e alguns são empresários que pilotam até suas próprias aeronaves. A proteção especial não está diretamente ligada às características de primiti-

9 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/licitacoes-e-contratos/selecao-pessoal/53-10-licitacoes-e-contratacoes/coordenacoes-regionais-museu/97-pergunta-3>.

vidade contidas na imagem genérica que se tem sobre esses povos. Não existem razões para se acreditar que os povos originários devam continuar vivendo da mesma maneira que seus antepassados, mas há o direito ao livre desenvolvimento cultural e o direito à uma educação compatível com as peculiaridades das respectivas comunidades que são específicas.

Os povos originários por vezes sofreram um processo de aculturação, as vezes como política do Estado brasileiro, por meio da negação de suas culturas particulares e da imposição da “cultura ocidental”.

Toma-se como base a Constituição de 1988, onde foram reconhecidos expressamente o direito das comunidades indígenas à, seus costumes, organização social, línguas, crenças e tradições, cabendo à União o dever de proteger e fazer respeitar todos estes bens (Art. 231, caput): “Os valores culturais de cada povo, seus usos, costumes e tradições, identificam-no e distinguem-no dos demais, sendo esta identidade representada por bens, materiais ou imateriais, que se tornam juridicamente protegidos em virtude da lei”.

Ainda com base na Lei Maior surge a proteção dos direitos culturais desses povos originários se insere, também, na proteção mais ampla acerca do patrimônio cultural brasileiro, conforme dispõe o art. 216 *caput* da Lei Maior: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Portanto, novamente estamos diante de “cláusulas pétreas”, que não podem ser discutidas, inclusive no artigo 3 da Convenção: “Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos”.

Essa proteção constitucional dos direitos culturais dos povos originários é algo complexo, pois envolve o modo de vida e não apenas elementos mais conhecidos como danças, artesanatos, músicas, mitos, práticas religiosas, entre outros. Nesse contexto, há celeumas sobre o direito indígena de preservar sua cultura como o direito à caça de animais, por exemplo. O preceito assegura às comunidades a organização social e suas práticas culturais, bem como a caça e a pesca para sub existência.

A cultura dos povos que habitavam a América vai além desses traços mais evidentes, pois também faz parte a organização social, regras de conduta interna, entre outros direitos individuais, como as definições das lideranças, os chefes tribais. Alguns desses traços podem revelar-se de

difícil compreensão dentro do direito positivo brasileiro. Outro exemplo é a tradição poligâmica do povo Caiapó, que ocupa a região central do país, entre os rios Xingu e Tocantins, nos estados do Pará e Mato Grosso. No direito de família brasileiro, pode-se dizer que a monogamia é uma das vigas mestras, sendo a poligamia crime que consta do Código Penal.

A poligamia é prática tradicional dos “Caiapós”, mas não se tem notícia de processo criminal denunciando índio pela prática, pois a aceitação do comportamento se baseia na interpretação sistemática e psicológica da Constituição.

Um exemplo mais polêmico é a prática do infanticídio entre alguns povos originários. Ana Valéria Araújo Leitão (2003, p.237) revela que o povo Tapirapé, do estado do Mato Grosso, teve como prática e regra interna que nenhuma mulher podia ter mais do que três filhos vivos, de maneira que quando uma quarta criança nascia, esta era imediatamente enterrada após o parto. Essa determinação cultural foi seguida por todas as mulheres da comunidade até 1954, quando a prática começou a diminuir devido à influência dos missionários católicos que começaram atuar nas aldeias. Existem outros povos na Amazônica que também cometeriam infanticídio.

A Constituição e a legislação infraconstitucional brasileira preservam à vida digna e repudiam qualquer prática considerada homicida. Nunca houve nenhuma denúncia de infanticídio contra integrantes dos povos originários.

A educação formal foi um veículo de discriminação importante, porque a educação tem a capacidade de influir sobre os costumes e sobre a maioria das manifestações ideológicas e culturais de seus educandos. Um tipo de educação institucional indiferente e padronizada para as especificidades culturais significa uma educação errada, que anula a identidade étnica dos educandos originários porque desconsidera suas culturas, o que contraria a Convenção da OIT. Não reconhece os idiomas e a organização social de suas comunidades. A instituição da escola nos grupos serviu de instrumento de imposição de valores alheios e negação de identidade e culturas diferenciadas¹⁰. As crianças originárias se sentiam desconfortáveis na sala de aula, pois eram obrigados a estudar, onde sua língua própria não era reconhecida, onde sua cultura era desprezada. Isso afetava a autoestima. Um trágico exemplo dos efeitos desse tipo de tratamento verifica-se no alto número de suicídios. O caso dos Guarani Kaiowá, do Mato Grosso do Sul, é dramático há algum tempo (PREZIA, HOORNAET, 2000, p.213).

10 Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Apresentacao%20miolo.pdf>.

Fica assegurado na Constituição aos povos originários o direito a uma educação intercultural e bilíngue, que permita a sua sobrevivência enquanto povos diferenciados culturalmente. A educação deve garantir aos membros das comunidades o acesso a uma educação que lhes permita o desenvolvimento como seres humanos. A autodeterminação não pode ser pensada apenas no sentido de soberania e de constituição de Estados independentes, pois existem mais de quinze mil culturas no mundo que reivindicam reconhecimento e autodeterminação.

As várias etnias como parte do povo brasileiro têm o direito de participar da vida do Brasil, em todos os seus aspectos, e isso é possível por meio de uma “inclusão com sensibilidade para as diferenças” (HABERMAS, 2018, p. 166). A escola passa a ser um instrumento de valorização das línguas, dos saberes, das tradições e da história dos povos, deixando de impor os valores culturais da sociedade majoritária.

Promulgada em 1996, a nova “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (Lei nº 9.394) reafirma as identidades étnicas por meio da valorização de suas memórias históricas e determina que sejam elaborados programas integrados de ensino e pesquisa, os quais deverão contar com a participação das próprias comunidades originárias, com a finalidade de desenvolver currículos específicos que incluam os conteúdos culturais de cada tribo. A LDB ainda estabelece a elaboração e a publicação de material didático específico e diferenciado, além do treinamento e formação de pessoal especializado para atuar nessa área. A escola passa a ser um espaço próprio da comunidade, para um efetivo intercâmbio de elementos entre as diversas culturas. Proporciona a recuperação de suas memórias reafirmação de suas identidades étnicas e a valorização de suas línguas e ciências

4. AS TERRAS ANCESTRAIS COLETIVAS E SEUS RECURSOS NATURAIS

Os povos originários espalhados por todo o território nacional não compreendem a posse das suas terras ancestrais da mesma maneira do que estabelecido no Código Civil, por exemplo, mas também com fundamento a Convenção nº 169 baseada no respeito às culturas e aos modos de vida dos povos indígenas e reconhece os direitos deles à terra e aos recursos naturais, e a definir suas próprias prioridades para o desenvolvimento. Esse é um ponto fundamental dos direitos coletivos e individuais para o entendimento das comunidades às terras que tradicionalmente ocupam, como “cláusula pétrea” presente na Convenção da

OIT. A maioria dos brasileiros tem a posse de terras como significado patrimonial, que se refere a direitos reais de poder sobre a coisa, para os indígenas a terra representa seu *habitat*, o local onde desenvolvem suas vidas e sobrevivem como povo.

O Brasil tem uma extensão territorial de cerca de 851 milhões de hectares, 8.547.403 quilômetros quadrados. As terras indígenas brasileira ocupam uma área de 991.498 quilômetros de extensão, maior que o território da França (543.965 quilômetros quadrados) e da Inglaterra (13.423 quilômetros quadrados) juntos¹¹.

Nos termos da legislação vigente (CF/88, Lei 6001/73 – Estatuto do Índio, Decreto n.º 1775/96 e tratados), as terras indígenas podem ser classificadas em quatro modalidades: 1) Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas, 2) Reservas Indígenas, 3) Terras Dominiais e 4) Interditadas. Existem atualmente 52 áreas, sendo que dessas 39 estão regularizadas¹².

“Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas” são as do artigo 231 da Constituição, direito originário, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96, enquanto que as “Reservas Indígenas”, por sua vez, são as terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. Também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as de ocupação tradicional.

Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional. São denominadas de “Terras Dominiais” as de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Finalmente são áreas “Interditadas” pela Funai aquelas destinadas à proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área.

A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96¹³, bem como todas as etapas do procedimento demarcatório das terras tradicionalmente ocupadas, abaixo descritas, vindo depois da “In-

11 Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/terras-indigenas.htm>.

12 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>.

13 Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>.

terdição”. Para um melhor entendimento da questão das terras é necessário conhecer a terminologia utilizada pela própria FUNAI, que “delimitadas”, “declaradas”, “homologadas” e as “regularizadas”.

As terras “declaradas” já obtiveram Portaria Declaratória pelo Ministro da Justiça e estão autorizadas para serem demarcadas fisicamente, com a materialização dos marcos e georreferenciamento por parte dos engenheiros. As “homologadas” possuem os seus limites materializados e georreferenciados, cuja demarcação administrativa foi homologada por decreto Presidencial.

As “regularizadas” são aquelas que, após o decreto de homologação, foram registradas em Cartório em nome da União e na Secretaria do Patrimônio da União. Além dessas, existem as que estão “em estudo” para a realização de avaliações e pesquisas antropológicas e históricas, além de estudos fundiários, cartográficos e ambientais que fundamentam a identificação e a delimitação das terras indígenas.

As “delimitadas” tiveram os estudos aprovados pela Presidência da Funai, com a sua conclusão publicada no Diário Oficial da União e do Estado, e que se encontram na fase do contraditório administrativo ou em análise pelo Ministério da Justiça, para decisão acerca da expedição de Portaria Declaratória da posse tradicional indígena. Existem as que estão “em estudo” para a realização de avaliações e pesquisas antropológicas e históricas, além de estudos fundiários, cartográficos e ambientais.

O continente americano, maior massa territorial do planeta no sentido norte-sul, é composto por grandes bacias hidrográficas e terras férteis, situação que permitiu diversos povos indígenas e tribais se formassem ao longo dos tempos, aos quais buscaram estabelecer-se em áreas ricas em recursos naturais vivos e inertes, incluindo campos com fauna e muita biodiversidade, que varia da Floresta Amazônica ao Pantanal, passando pela Mata Atlântica, no caso do Brasil. De acordo com “*Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil*”, o desejo de tais recursos pela sociedade não indígena tem resultado historicamente na remoção, destruição e até mesmo o extermínio de muitas comunidades tradicionais. (§ 179).

A questão dos povos originários tem ganhado espaço no Direito Internacional Público, como o Convênio nº 169 da OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, sustenta, em seu artigo 13.1, que os Estados “deverão respeitar a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos indígenas, sua relação com as terras ou territórios, (...) e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”. O

artigo 14.1 reconhece aos povos originários o direito de propriedade e de posse sobre suas terras que tradicionalmente ocupam.

Dentro das terras tradicionais, os povos originários devem ter reconhecido o direito à autonomia, para conduzir suas vidas a seu modo específico, o que não significa dizer da mesma maneira dos seus antepassados. As terras visam assegurar às comunidades possibilidades de sobrevivência com dignidade humana, o que pressupõe liberdade para desenvolver sua cultura, tradições, rituais religiosos e seus modos de organização econômica tendo em vista o momento presente do século XXI.

5. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA

A necessidade protetiva dos organismos internacionais fica demonstrada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, nos julgamentos da Corte sobre as comunidades originárias que estabelecem a relação diferente com suas terras ancestrais, pois estas servem para existência e não há práticas mercantilistas. A interpretação autêntica dos tratados da OEA é instrumento de defesa diante das violações por parte do Estado.

Na jurisprudência da Corte IDH desde o caso Comunidade Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua surge a tradição comunitária sobre a propriedade coletiva da terra, de forma que a terra não pertence a um só indivíduo, mas ao grupo.

A Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas, por sua vez, reconhece que para os povos tradicionais suas formas de controle e uso de terras e recursos naturais são uma condição necessária à sobrevivência, ao desenvolvimento, à organização social e ao bem-estar, tanto individual quanto coletivo. Portanto, trata-se de uma relação com a propriedade “*sui generis*” segundo os artigos XVIII e XXIV.

A Declaração traz direitos intrínsecos que derivam da estrutura econômica, política e cultural dos povos originários, como os direitos sobre os territórios, as terras tradicionais e recursos naturais; de outro, não esclarece que estes direitos intrínsecos derivam, na verdade, do status jurídico de povos com direito à livre determinação.

O Capítulo V “Direitos Sociais, Econômicos e de Propriedade”, artigo XXIV da Declaração trata das formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural, direitos às terras, territórios e recursos, com a previsão de manter e fortalecer o relacionamento espiritual, cultural e material com terras, territórios e recursos, bem como o reconhecimento

e proteção jurídica e ainda regimes especiais. Os dispositivos são esclarecedores, pois a Declaração consolidou a jurisprudência da Corte, sobre a relação das comunidades ancestrais com sua propriedade tradicional.

Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, parecerista da Corte IDH”, no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, disse:

Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. (§ 83) (g.n.).

Da definição elencada decorre entender que o território habitado pelos povos corresponde, também, aos espaços geográficos utilizados para suas atividades culturais e de subsistência. A modalidade de posse aqui explanada se estende a circunstâncias mais abrangentes e dinâmicas, as quais preenchem a identidade cultural das comunidades indígenas. Os sinais da posse estão presentes também na relação entre essas populações e a sua propriedade ancestral.

O direito às terras, territórios e recursos naturais é elencado no parágrafo segundo do art. XXIV da Declaração Americana sobre Direitos Indígenas. Ocorre que, se por um lado, estabelece o viés tradicional da ocupação e utilização da propriedade, por outro, o dispositivo não agrega a real base do direito indígena sobre suas propriedades ancestrais que é a ocupação imemorial ou a pré-existência indígena.

José Afonso da Silva (2011, p.858) o termo tradicionalmente refere-se “ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção” e pondera, ainda, que a expressão também se relaciona com a maneira em que eles se relacionam com a terra.

Na Jurisprudência do Corte IDH traz o dever de se considerar e respeitar os direitos originários, históricos e a presença física das comunidades, as quais se organizam de formas diferenciadas nos territórios tradicionais, desde tempos imemoriais (Caso Comunidade Indígena Kichwa de Sarayaku, § 83, item d)

No parágrafo terceiro, a Declaração tratou da abrangência da posse indígena, com observância à autodeterminação das comunidades. Sem, entretanto, excluir outras formas de ocupação ou utilização dos territórios e recursos naturais. Neste caso, a Declaração segue uma tendência que a Corte já havia consolidado em sua jurisprudência ao estabelecer um conceito amplo de terra e territórios indígenas. Tem-se firmado, nos precedentes do Tribunal, conforme expôs Jo M. Pasqualucci (2006, p. 296) que aqueles espaços utilizados para as atividades culturais ou de subsistência das comunidades indígenas, tais como via de acesso, devem ser acrescentados ao espaço do território tradicional.

A Corte IDH sob a presidência de Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Mayagna Awas Tingni*, estabeleceu dois pressupostos para o conceito de terra coletiva, quais sejam: há o território que a comunidade considera comum, embora internamente haja mecanismos para repartir a utilização e ocupação eventuais entre os seus membros e que não permitem alienação a pessoas que não sejam membros da comunidade; e, também, há áreas que são somente para uso coletivo, também denominadas de *commons*, as quais não se dividem em parcelas. É comum as comunidades indígenas possuírem uma parte usada coletivamente, como *commons*, e ainda outra parte dividida e distribuída em unidades domésticas/familiares.

Não se pode, por sua vez, analisar o clamor indígena por um viés reducionista, em que se veem, meramente, as questões da posse e da produção. Deve-se, entretanto, interrelacioná-las com a forma peculiar em que as comunidades sobrevivem. Isto, porque, as terras ancestrais são instrumentos para preservar a cultura indígena e, por conseguinte, mantê-la viva durante as gerações porvindouras. E a produção, por sua vez, geralmente, restringe-se àquilo que é necessário para a subsistência das famílias. Isto foi considerado, com acuidade, pela jurisprudência do Tribunal Interamericano. (*Yakye Axa* § 21, V, d).

Em análise, levando em conta a manifestação do perito José Alberto Braunstein, a Corte, em decisão sobre a comunidade *Yakye Axa* (§ 38), traçou que a ocupação nem sempre é evidente pelo modo cultural de produção, isto, pois, as comunidades tradicionais não manifestam a ocupação pela transformação massiva da natureza, seja pelo desmatamento seja pela formação de pastagem. A ocupação se manifesta, por sua vez, de forma sutil, uma vez que os sinais da posse estão marcados de forma permanente na memória histórica destes povos. Fica patente, então, que há peculiaridades na maneira como as comunidades indígenas ocupam as

terras ancestrais, que se difere, por sua vez, da ocupação não índia, a qual, na maioria das vezes, se dá por práticas de transformação massiva da natureza. No caso, incluem-se, como exemplo, a transformação das florestas em pastagens ou a devastação da mata para instalação de monocultura.

O parágrafo quarto, por sua vez, trata da temática do reconhecimento e proteção jurídica das terras, territórios e recursos naturais, com significativa mudança naquilo que se entendia como propriedade antes da Declaração.

A Corte decidiu que durante os trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não faria referência a “propriedade privada”, mas sim a “uso e gozo dos bens”. No entanto, segundo Jo M. Pasqualucci (2006, 297), a expressão “privada” somente foi deletada do inglês, mas em outros idiomas, o termo, ainda, persistia. Os avanços formais na Declaração sobre Direitos Indígenas estão no reconhecimento do direito à propriedade em sua dimensão coletiva. A jurisprudência da Corte se utilizava do artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que trazia, tão somente o alcance do direito à propriedade privada.

A Corte IDH já vinha materializando, por uma interpretação dinâmica e sistemática, que os direitos humanos são complementares e que a propriedade privada não é absoluta e pode sofrer restrições e limitações de seu exercício, incluindo a proteção em tratados no âmbito das Nações Unidas, como a Convenção da OIT. Convenção Americana determinava que os dispositivos do Pacto devem ser interpretados junto a outros instrumentos de proteção dos direitos humanos que compõem o *corpus iures* internacional. Por conseguinte, fazendo-se uma interpretação dinâmica e sistemática haveria uma proteção em tratados e dispositivos internos, sendo utilizado o princípio pro-humanidade. Os órgãos do SIDH têm se atentado ao direito dos povos tribais à propriedade comunal sobre suas terras e recursos naturais, como um direito em si, assim como da garantia de outros direitos básicos. Para a Comissão Interamericana, o gozo efetivo da propriedade comunal é determinante para a proteção de uma unidade econômica e a proteção dos direitos humanos de uma coletividade que baseia o seu desenvolvimento econômico, social e cultural na relação com a terra.

A Convenção Americana e a jurisprudência da Corte proveem as pautas para definir as restrições gerais admissíveis ao gozo e exercício destes direitos, as quais deverão ser estabelecidas pela *domestic law* dos Estados. (Yakye Axa (§ 140/146))

6. A EXPLORAÇÃO DAS TERRAS ANCESTRAIS

A Declaração sobre os Povos Indígenas optou por regular a exploração das terras ancestrais no artigo XXIX, que trata do Direito ao Desenvolvimento. Isto, porque a exploração das terras ancestrais afeta diretamente o direito ao desenvolvimento das comunidades índias. Uma vez que, de forma ou de outra, a presença física de outros povos prejudica a livre dedicação dos índios às atividades econômicas tradicionais, o que prejudica a própria sobrevivência desses povos.

A Convenção da OIT no artigo 15 1: Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

Esse novo momento exigiu uma reinterpretação do princípio da autodeterminação povos, de forma a conciliar o exercício desse direito pelos povos indígenas, com a preservação da integridade territorial do Estados. Até mesmo porque a constituição de Estados independentes a partir de cada um dos povos indígenas existentes a nível mundial, representaria uma multiplicação, sem precedentes, do número de Estados.

Um processo de “alargamento” do conteúdo do direito à autodeterminação que, paulatinamente, deixou de ser sinônimo necessário de independência, soberania e secessão, para incluir também, outras possibilidades. A Convenção Nº 169 superou não apenas as práticas discriminatórias que afetam os povos originários, mas assegurar que participem na tomada de decisões que impactam suas vidas por meio dos princípios fundamentais de consulta e participação que são a pedra angular da Convenção.

São as alternativas que busquem uma coexistência pacífica entre grupos étnicos e a população, de modo a garantir-lhes o direito à autonomia no interior de suas terras demarcadas, e também, o direito de participar nas decisões políticas do Estado, sobretudo naquelas que lhes afetem direta ou indiretamente.

Trata-se do direito à autodeterminação sendo tomado como um instrumento para assegurar tanto a paz entre os Estados, no sentido de impedir a ingerência de uns nos outros, como a paz dentro dos Estados, no sentido de acomodar a diversidade étnica através de uma coexistência digna (sem subjugação) entre os diferentes grupos. Os conflitos envolvendo as comunidades indígenas decorrem, quase sempre, em razão da exploração ilegal, por não índios, dos territórios ancestrais. Por essa razão, a Comissão Interamericana, em documento “*Derecho de los Pueblos*

Indígenas y Tribales Sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales”, esclareceu que é fundamental que se considere a situação e experiência históricas, culturais, sociais e econômicas das comunidades para pleno e efetivo gozo dos direitos humanos.

É concedida voz aos anseios das comunidades ancestrais, com o fim de preservar e assegurar os direitos sobre a propriedade ancestral, mas também aos Estados, conforme caso Kichwa Sarayaku. Essas opiniões são essenciais para a preservação das comunidades locais antes de explorar os solos ancestrais, como garantir o direito à consulta; a realização de estudo de impacto ambiental; e, se houver impacto, compartilhar, razoavelmente, os benefícios que se produzam da exploração dos recursos naturais. Caso tais procedimentos não sejam observados, a exploração vai estar eivada de ilegalidade. (§ 157)

Nesse sentido, a Declaração Americana sobre os Povos Indígenas estabeleceu que os Estados devem celebrar consultas e, ainda, cooperar, de boa-fé, com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de se obter o consentimento livre e informado das comunidades ancestrais antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou recursos naturais (Artigo XXIX.5). O dispositivo citado segue o artigo 32.2 da Declaração da ONU sobre Direito dos Povos Indígenas de 2007, na tendência de trazer requisitos prévios para que se realizem explorações nos territórios índios traz a obrigação de efetuar um processo adequado e participativo.

A Declaração não contempla a participação dos Povos Indígenas nos benefícios da exploração que terceiros realizem nos territórios ancestrais, conforme esclarece o *Observatorio Ciudadano*. A não participação nos benefícios da exploração deslegitima, a princípio, a integral fruição do direito que as comunidades possuem sobre os seus territórios ancestrais, uma vez que na hipótese em que um terceiro explore e tenha lucro sobre a propriedade alheia, deve, por outro lado, reparar e remunerar os reais proprietários¹⁴, seja em razão do lucro obtido seja em razão de eventuais danos ao bem utilizado.

Muito embora, a própria jurisprudência da Corte já havia estabelecido que a distribuição do lucro se daria quando houvesse impacto ambiental, assim, os lucros seriam distribuídos como forma de justa indenização, em conformidade com o artigo 21 da Convenção Interamericana. Essa divisão, pela jurisprudência da Corte, dá-se conforme a pró-

14 Nota explicativa - Ou possuidores na hipótese em que os índios tenham as terras em usufruto.

pria comunidade resolver e determinar, enquanto a empresa, pública ou privada, por sua vez, fica responsável, conforme a escolha dos próprios membros, pela distribuição àqueles que serão os beneficiários da referida compensação, segundo os costumes e tradições dos habitantes do território ancestral. (§ 176).

No caso de o Estado não ter titulado as terras indígenas, é possível que sobrevenham conflitos para obter o controle das terras ou das reservas naturais sobre elas. Tal situação já foi apreciada pela Corte Interamericana e, sem embargos, esse tipo de conflito, frequentemente, ocorre sobre a aquiescência dos Estados. Muitas vezes, conforme caso *Mayagna*, o governo concede para terceiros a exploração sobre determinada área, consentindo que se explore as reservas naturais nas terras que historicamente estão na posse dos povos indígenas ou mesmo naquelas que já foram, até mesmo, demarcadas. Concorre, também, com o exposto, que esses contratos podem ser lucrativos para os governos nacionais que, por sua vez, facilitam o acordo.

7. A POLÊMICA CONVENÇÃO DA OIT E A DENÚNCIA

O Brasil discute em 2021 por meio de um projeto de Decreto Legislativo do Deputado Alceu Moreira uma autorização ao Presidente da República para denunciar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto Legislativo 143, de 20 de junho de 2002, e internalizada pelo Decreto 5.051, de 19 de Abril de 2004.

O tratado, como visto, representa um consenso alcançado pelos constituintes tripartites (governos, organizações de trabalhadores e de empregadores) da OIT sobre os direitos dos povos indígenas e tribais nos Estados-membros em que vivem e as responsabilidades dos governos de proteger esses direitos¹⁵. Formalmente, há necessidade de o Presidente contar com a anuência do Congresso, mas passa-se a relatar os argumentos para denúncia.

O deputado explica que a assinatura de tratados e convenções internacionais está regida pelos artigos 49, I, e 84, VIII, da Constituição no tocante às competências do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O art. 49, I, da CF/88 dispõe que compete ao Congresso: “resolver definitivamente sobre tratados”. Por sua vez, o art. 84, VIII, prevê que é compe-

15 Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_753001/lang--pt/index.ht.

tência do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda (2015, p.351-357) lecionava ao tempo da Constituição de 1967, com a Emenda 1 de 1969, que uma a denúncia de tratados pelo Poder Executivo, sem autorização do Parlamento, viola a vontade popular. Esse caminho tecnicamente é o correto, embora não se concorde com a denúncia, o que pensa a maioria da doutrina capitaneada por Valério Mazzuoli (2007, p.100).

A Convenção foi um consenso alcançado pelos constituintes tripartites (governos, organizações de trabalhadores e de empregadores) da OIT sobre os direitos dos povos indígenas e tribais nos Estados-membros em que vivem e as responsabilidades dos governos de proteger esses direitos¹⁶.

Um processo de duas leituras nas Conferências Internacionais do Trabalho realizadas em 1988 e 1989, a Convenção 169 foi adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra, em junho de 1989. É o único tratado no sistema multilateral aberto à ratificação que trata de forma específica e abrangente dos direitos dos povos indígenas e tribais.

A doutrina confirma que processo de internalização de um tratado no Brasil, segue o seguinte rito: discussão e adoção do texto, assinatura do documento pelo Presidente ou pleno potenciário submissão do texto assinado ao Congresso para sua análise e emissão de Decreto Legislativo sobre sua aceitação; e, por fim, ratificação pelo Presidente por Decreto, vindo depois promulgação, publicação e depósito.

Há um julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal na ADI 1625/DF, o qual já possui 5 votos pela necessidade de participação do Congresso Nacional na denúncia de tratados e convenções internacionais. Por isso, a proposta de Decreto Legislativo apresentado tem o intuito de autorizar, o Presidente da República a denunciar a Convenção 169 da OIT.

Nas alegações do Deputado, uma está ligada ao lapso temporal previsto no art. 39, item 1, da Convenção: “Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro”.

A Convenção dispõe que a cada 10 anos, o país que a ratificou possui o período de um ano para denunciá-la, sob a condição de, se não o fizer, ficar vinculado ao seu texto por mais 10 anos e assim sucessiva-

16 Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_753001/lang--pt/index.htm.

mente. Tendo em vista que entrou em vigor internacionalmente em 05 de setembro de 1991, o próximo prazo para denúncia é de 05 de setembro de 2021 a 05 de setembro de 2022.

Há ainda alegações de cunho doutrinário na qual é citado uma versão do deputado sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal na PET 3.388/RR (Caso Raposa Serra do Sol), que segundo o Deputado afirma que a legislação brasileira não necessita de nenhuma complementação, pois é suficientemente protetiva aos indígenas. Trata-se de uma interpretação peculiar do STF, pois o autor diz que a Convenção ao estabelecer, por exemplo, a restrição de acesso do Poder Público e dos particulares nas terras indígenas sem o consentimento desses indivíduos, acaba por inviabilizar o projeto de crescimento do Brasil. Diante da dificuldade de acessar terras indígenas, tem-se, segundo a exposição de motivos, o absurdo de um estado da Federação (Roraima) não estar interligado ao Sistema Interligado Nacional (SIN) de produção de transmissão de energia elétrica e importar energia da Venezuela.

A principal dificuldade para integrar o estado ao sistema elétrico nacional é a impossibilidade de acesso às terras do ente da federação para implementação das obras necessárias em razão da quantidade de terras indígenas na região norte, que impedem a chegada de agentes públicos e agentes particulares para instalar a infraestrutura necessária. Cita as seguintes obras paradas por conta de questões indígenas e ligadas à Convenção 169 da OIT: i. Construção do Terminal Mar Azul em Santa Catarina, que está paralisado em razão da emissão da licença de instalação, que depende de questões indígenas; e ii. BR 080 que passa pelo Estado de Goiás e Mato Grosso e se encontra estagnada por discussão do Plano Básico Ambiental Indígena. Por isso, a defesa da denúncia.

Outro ponto criticado da Convenção são os da autoatribuição e da autoidentificação, segundo o artigo 1º item 2 da Convenção 169: “2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente convenção.” Para o deputado, a consciência da identidade indígena ou tribal deve ser considerada como critério para a determinação dos grupos, mas não deve ser critério único.

Em nível internacional, a convenção é bastante polêmica, pois apenas 17 dentre os 185 membros assinaram a convenção, mas traz direitos e garantias individuais. Os outros 168 países não o fizeram, por não aceitar nem admitir qualquer restrição sobre suas soberanias nacionais, sendo que Inglaterra não possui em sua história a ocupação milenar por

povos originários. Destes 15 países são latino-americanos: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela.

8. CONCLUSÕES

De positivo na busca pela denúncia apenas o reconhecimento que o Presidente da República precisa da participação do Parlamento no procedimento de deixar um tratado multilateral, o que faz com que se respeite o paralelismo que deve existir entre os atos jurídicos de assunção dos compromissos internacionais com aqueles relativos à sua extinção. Não se trata de um tratado bilateral ou um acordo executivo nos quais o Chefe do Executivo teria talvez competência para deixar o instrumento Internacional, a fim de buscar os interesses do Estado. Além disso, pelo princípio da proibição de retrocesso, o Brasil não poderia abandonar o tratado ratificado, mesmo porque traz direitos individuais protegidos pelo artigo 60 d Lei Maior.

Sobre o aspecto formal, trata-se de observar o comando constitucional (art. 1º, parágrafo único) segundo o qual *todo o poder emana do povo*, incluindo-se nesta categoria também o poder de denunciar tratados mesmo que no presidencialismo a mesma pessoa ocupe a Chefia de Estado e Chefia de Governo. Isso independente do julgamento da referida ADI 1.625/DF, de acordo com a tese de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, a qual reputamos como correta à luz do texto constitucional de 1988, embora tenha sido trabalhada a égide de uma constituição anterior.

Bem, outros dois aspectos devem ser considerados nesta apreciação acadêmica. Deve se destacar que a própria convenção dispõe que a consulta aos povos originários deve se dar por suas instituições representativas, no caso, a Funai, que deve ouvir as tribos sempre, pois a democracia é o governo da maioria com respeito às minorias. Portanto, como posição adotada pela Corte IDH, os povos originários, hipoteticamente, já que apresentam culturas e tradições diferentes também precisariam ser consultados.

A interpretação de que isso seria abdicar da soberania do Estado nas Terras Ancestrais e tornar impossível governar um país com centenas de “Terras Indígenas” com um grau de autonomia maior que o dos Estados-membros da Federação não nos parece correta. No caso de conflito entre a Convenção deve prevalecer os artigos 20, 176 e 231 (§6º) da Constituição, que é superior, além de se tratar de cláusulas pétreas.

Como foi visto, a proteção dos povos originários brasileiros, depois de muitas lutas e avanços, ganhou uma garantia internacional de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas e de terem respeitados o seu estilo de vida tradicional e organização, diferentemente do restante da população do país. O desenvolvimento deve ser alcançado sem prejuízo de direitos coletivos e individuais longamente conquistados em nível internacional, sob pena de um retrocesso inaceitável às categorias de pessoas protegidas por essa convenção internacional que são ao mesmo tempo minorias e hipossuficientes.

É, em suma, princípio geral de Direito aquele segundo o qual é vedado retroceder em matéria de direitos humanos ainda mais nas cláusulas pétreas. Portanto, como há uma proteção entrelaçada e participação importante na Convenção da OIT, a retirada de direitos configuraria violação às “cláusulas pétreas” previstas no artigo 60, que veda a discussão de matérias tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

O tratado internacional de proteção dos direitos dos povos originários e tribais Convenção são complementares à Constituição de 1988. Disso surge um potencial ético e transformador, que deve promover um diálogo entre os governantes e as minorias.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASSELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALBUQUERQUE, Antônio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

A construção da Teoria do Indigenato: do Brasil colonial à Constituição republicana de 1988 - disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-construcao-da-teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-a-constituicao-republicana-de-1988,43728.html#_ftnref69 acesso em: 17 fev. 2021.

Análisis: Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas de la OEA – disponível em: http://www.iwgia.org/noticias/buscar-noticias?news_id=1371. Acesso em: 10 jun. 2021.

ARAÚJO, Ana Valéria Nascimento. Direitos culturais dos povos indígenas aspectos dos seu reconhecimento. In: Santilli Juliana (org). **Os direitos indígenas e a Constituição Brasileira**. Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1993.

ARAÚJO, Ana Valéria Nascimento (org). **A defesa dos direitos indígenas no Judiciário: ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.

AYLWIN, José. **Derechos Humanos Y Pueblos Indígenas Tendencias Internacionales Y Contexto Chileno**. Ed. Universidad de La Frontera, Temuco, Chile, 2004.

BARILE, Daniel. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua Jurisprudência**. Birigui, 2013.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BURGENTHAL, Thomas. **International Human Rights**. Minnesota. *West Publishing*. 1988.

CARRASCO, Morita. **Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina**. Buenos Aires, Argentina.

Carta de la Organización de los Estados Americanos (a-41) - Estado de Firmas y Ratificaciones. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos_firmas.htm Acesso em: 29 jun.2021.

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas, sentença de 29 de março de 2006

Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005

Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001.

Caso do Povo Saramaka vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007.

Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de junho de 2012.

Cobo, José Martínez. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*. www.un.org › martinez-cobo-study.

Corte IDH. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai.** Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010.

Corte IDH. **Caso Povo Indígenas Kuna de Madungandí e Emberá de Bayano e seus Membros vs. Panamá.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 14 de outubro de 2014.

Convencion Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (b-32) - disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos_firmas.htm acesso em: 29 ago. 2021.

Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/292/>. Acesso em 05 jun. 2020.

CIRINO DE QUEIROZ, Paulo Eduardo. **A construção da Teoria do Indígenato: do Brasil colonial à Constituição republicana de 1988.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-construcao-da-teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-a-constituicao-republicana-de-1988,43728.html>. Acesso em 13 set. 2021.

Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Doc. 56/09 de 30 diciembre 2009. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.VII.htm> Acesso em 05 dez. 2020.

DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o judiciário.** disponível em: http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf Acesso em 20 fev. 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

Fin a 17 años de espera para los pueblos indígenas – disponível em http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16. Acesso em: 14 jun. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Luis Alberto Oliveira; SILVA, Petronilha B. Gonçalves. **O jogo das diferenças: O multiculturalismo e seus contextos**. 3.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

GONZÁLEZ, Hugo Armando Camacho. **Escuela, tradición oral y educación propia entre los tikuna del trapezio amazónico colombiano**. Manaus: Museu Amazônico, N° 5, jan./ dez, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Unesp, 1 ed., 2018.

HENKIN, Louis et al. **Human rights**. New York: New York Foundation Press, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HEPPLE, Bob. **Labour Laws and Global Trade**. Oxford: Hart Publishing, 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2009

League of Nations attempted to maintain global peace. Disponível em: <http://geography.about.com/od/politicalgeography/a/The-League-Of-Nations.htm> Acesso em: 7 jul. 2021.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. **Direitos culturais dos povos indígenas: aspectos do seu reconhecimento**. In: Juliana Santilli Os Direitos Indígenas e a Constituição – Núcleo de Direitos Indígenas, Porto Alegre, 1993.

LUCIANO, G. dos S. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade - SECAD em parceria com o Museu Nacional, Laboratório de Pesquisas em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento - LACED, 2006. 227 p. (Coleção Educação para todos, 12). (Vias dos saberes, n. 1). Obra com apoio da Fundação Ford e da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0015/0015465_por.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

MACKEY, Fergus. **Guide to Indigenous Peoples' Rights in the Inter-American Human Rights System**. Copenhagen. 2002.

MACKEY, Fergus. **Mary and Carrie Dann v. United States, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., Doc. 5 rev. 1 at 860 (2002)**. Disponível em: <https://www1.umn.edu/humanrts/cases/75-02a.html> Acesso em 21 out 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais: (com comentários à Convenção de Viena de 1969)**. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**, São Paulo, Typ. Hennies Irmãos, 1912.

OLIVEIRA, João Pacheco. **Muita terra para pouco índio? Uma introdução (crítica) ao indigenismo e à atualização do preconceito**. In: SILVA, Aracy L. da, GRUIPIONI, Luís D. B. (Orgs.). A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus. Brasília: MEC; MARI: UNESCO, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations Final report submitted by the Special Rapporteur, Mr. José Martínez Cobo**, 1982. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/MCS_v_en.pdf Acesso em: 11 jan. 2021.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. **Fórum Internacional sobre Direitos Humanos e Direitos Sociais** / organização e realização Tribunal Superior do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Evolution of International Indigenous Rights in the Inter-American Human Rights System**. 2006. Disponível em: <http://hosted.law.wisc.edu/wordpress/wilj/files/2012/02/pasqualucci.pdf> Acesso em: 08 maio 2021.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. 2. ed. University of South Dakota, School of Law. 2013. ISBN 978-1-107-00658-4. Disponível em: http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=87IANxkSnJ4C&oi=fnd&pg=PR15&dq=livro+the+evolution+of+international+indigenous+rights+in+the+inter-american+human+rights+system+&ots=MtBDCdhYXM&sig=t5mJFHSnwxip_8kP-S1o9ow08WK0#v=onepage&q&f=false Acesso em: 19 maio 2021.

PENNINGS, Frans. e BOSSE, Claire (Eds). **The Protection of Working Relationships – A Comparative Study**. The Netherlands: Kluwer International BV, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13 ed., rev. e atual. São Paulo. 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Curso de Direito Internacional Público**, 9ª ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PREZIA, Benedito, HOORNAET, Eduardo. **500 anos de resistência**, São Paulo: Editora FTD, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RICHARD, Katherine Schulz. **The League of Nations: From 1920 to 1946**. Routledge; Edição: 1.

SANTILLI, Juliana. **As Minorias Étnicas e Nacionais e Sistemas Regionais (Europeu e Interamericano) de Proteção dos Direitos Humanos**. Acesso em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/regionais/santilli_minorias_sist_regionais_dh.pdf Acesso em 24 jan. 2021.

SOUZA FILHO, C. F. Marés. **O Direito Envergonhado: O direito e os índios no Brasil**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf> Acesso em: 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1997-2003. 3 v.

TRINDADE, Otávio A. D. Cançado. **A carta das nações unidas: uma leitura constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

Understanding the Indigenous and Tribal Rights - Handbook for ILO Tripartite Constituents. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205225.pdf Acesso em: 19 abril 2021.

What is the IACHR. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/what.asp> acesso em: 25 jul. 2020.

WUCHER, Gabi. **Minorias: proteção internacional em prol da democracia**, São Paulo, J. de Oliveira, 2000.

TULLY, James. **Strange multiplicity: constitutionalism in an age of diversity**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

O LIMITE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NA COLABORAÇÃO PREMIADA

CAROLINE VENTURINI DE ARAÚJO FERREIRA¹

FABIO ROQUE SBARDELLOTTO²

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é analisar o compartilhamento de provas no âmbito da colaboração premiada, diante da expansão da justiça negocial em nosso país, procurando compatibilizar o necessário respeito aos direitos do cidadão submetido ao processo penal e a efetividade exigida no ambiente penal e processual penal.

A partir de sua recente proliferação como instituto voltado à obtenção de provas, verificam-se consequências que carecem de enfrentamento e adequação para evitar a ocorrência de insegurança jurídica para as partes que compõem o acordo, principalmente no que diz respeito ao compartilhamento de provas. Essas provas podem ocasionar reflexos sancionatórios em outras ações e, como se sabe, o colaborador é parte essencial nesses acordos, podendo resultar vulnerável em vista disso. Renuncia ele muitos direitos fundamentais, notadamente o contraditório e a ampla

1 Mestranda em Direito Mestrando pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduada em Direito pela UFRGS. Advogada. Endereço eletrônico: adv.carolineferreira.poa@gmail.com

2 Fábio Roque Sbardellotto é doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), especialista em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) e bacharel em Direito pela Unisc. É presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) e coordenador do curso de pós-graduação em Direito e Processo Penal da FMP. Professor de Direito Penal e Processo Penal do curso de graduação da FMP e de Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis do mestrado da FMP. Coordenador do grupo de pesquisa “Garantias Processuais dos Bens Públicos Indisponíveis”, cadastrado no CNPq. Orcid: 0000-0002-4061-9524.

defesa, atraindo sobre si o manto da culpabilidade. Por isso, assume uma postura ativa no espectro da persecução penal, sendo responsável pela ocorrência de todos os desdobramentos daí exsurgidos.

Sabe-se que o instituto da Colaboração Premiada surge no contexto jurídico entre garantias e efetividade, em que o Estado de Direito necessita de ser eficiente na aplicação da lei penal quando do cometimento de crimes, ao mesmo tempo, insere-se no contexto indispensável do resguardo dos direitos fundamentais dos cidadãos. Por isso, o compartilhamento das provas, produzidas nesse ambiente, merece atenção redobrada, pois o colaborador apresenta às autoridades públicas provas importantes mediante a promessa de prêmios relacionados à sanção, podendo irradiar os efeitos de sua atuação positiva para outros ambientes que desbordam da relação a que está submetido. Nos termos da Lei 12.850/2013, a despeito de seus distintos objetivos, a principal função probatória da colaboração é instruir o processo, visando à melhor persecução penal de coimputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente ao colaborador, com o objetivo de obter provas para punir outros imputados.

Resta evidente, portanto, que o compartilhamento de provas acarreta gravoso impacto sobre outros réus e corréus delatados, o que condiciona uma análise acerca dos limites do acordo homologado.

Aqui reside a necessidade de compatibilizar a efetividade do processo penal com a observação do conjunto de direitos e garantias instituídas na nossa Lei Maior, a fim de evitar que eventuais mazelas na utilização do instituto consensual com vistas à efetividade da persecução penal, em cotejo com a relativização de direitos fundamentais, possam gerar máculas ao processo que comprometam todo o sistema criminal.

Portanto, o presente trabalho estrutura-se com o desiderato prospectar se as provas obtidas na colaboração premiada podem ser compartilhadas, e qual o limite do compartilhamento de provas obtidas na colaboração premiada.

Por isso, a partir do método dedutivo, além de análise doutrinária, exame da jurisprudência dos tribunais superiores é considerado na presente pesquisa.

2. CONCEITO DE COLABORAÇÃO PREMIADA

O instituto da colaboração premiada é paradigmático quando se trata de analisar as perspectivas do modelo processual penal que se apre-

senta a partir dos grandes desafios de enfrentamento das relações sociais cada vez mais complexas e heterogêneas.

Por isso, Wedy e Klein apontam que:

as mutações observadas na sociedade contemporânea são um grande desafio às tradicionais estruturas do processo penal, ao mesmo tempo em que sugestionam e propulsionam intervenção penal cada vez mais intensa. É neste contexto que se insere o instituto da colaboração premiada, uma prática de origem no sistema da *commom law*, com características acentuadas do da *plea bargaining* (WEDI; KLEIN, 2019, p. 281).

Na visão de Esteves:

a colaboração premiada, juntamente com o acordo de leniência, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal compõem o sistema brasileiro de efetivação da justiça criminal negocial, modelo que se tem revelado algo relativamente novo no cenário jurídico nacional (FILIPPETTO; ESTEVER, 2020, p. 327).

O modelo da justiça negocial no ordenamento jurídico pátrio não decorreu, necessariamente, de um voluntarismo nacional, porquanto o Brasil assumiu compromissos internacionais no sentido de internalizar tais instrumentos ao se tornar signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Transnacional (Convenção de Palermo), por meio do Decreto 5.015, de 12.3.2004, bem como da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), por intermédio do Decreto 5.687, de 31.1.2006.

Nesta conjuntura, Sexberger e Milhomem asseveram que:

a colaboração premiada flerta com a temática consensual, constituindo-se em um mecanismo de grande valia no enfrentamento da macrocriminalidade. Tratando-se de temática típica do direito penal premial, tal instituto ocorre quando o coautor e/ou partícipe em infração penal oferece ao Ministério Público ou à autoridade policial informações que possam ser eficazes para o alcance de um ou mais dos objetivos legais, obtendo em compensação uma benesse (SEXBERGER; MILHOMEM, 2021, p. 58).

Equivale dizer que a colaboração premiada é um mecanismo pelo qual determinada pessoa, tendo supostamente violado norma de natureza penal, contribui com as investigações ao revelar detalhes da empreitada criminosa, como por exemplo os nomes de coparticipantes, localização da vítima (se houver) ou expõe particularidades que ajudam a recuperar os bens que foram perdidos por conta do crime. Em troca, o acusado/investigado pode receber alguns benefícios, como: o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia e, se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

São inegáveis, pois, os benefícios que podem ser transacionados com o colaborador, o que torna o instituto da colaboração premiada uma ferramenta de intensa valia para as investigações criminais e a efetividade da persecução penal, ao mesmo tempo em que se constitui em opção tentadora a boa faixa de criminalidade.

Em sua conformação, há características que a identificam e estruturam, destacando-se que a confissão deve ser sempre espontânea, ou seja, de forma voluntária a partir da iniciativa do próprio acusado ou investigado. A voluntariedade é considerada o mais importante pressuposto da colaboração premiada quanto ao polo ativo. Quer dizer que o colaborador jamais deve ser forçado, coagido, ameaçado para proceder à atividade colaborativa.

Nesse sentido, Callegari apregoa:

a relevância da voluntariedade, como condição de higidez do acordo, o que pressupõe também o esclarecimento do agente sobre este requisito. Trata-se de agregar ao consenso a plena lucidez do colaborador acerca de todas as vicissitudes do instituto. A precariedade do esclarecimento pleno disponibilizado ao colaborador fragiliza a necessária voluntariedade, comprometendo a validade da colaboração (CALLEGARI, 2019, p. 30).

Sendo o instituto um negócio jurídico, deve ser consensual, porque depende da vontade das partes. Neste caso, o consensualismo soma-se ao voluntarismo. Isso porque, além da iniciativa unilateral que condiciona o colaborador a optar pelo movimento ativo no sentido da provocação do Estado com vistas ao esclarecimento das infrações penais, pressupõe aceitação bilateral. Equivale afirmar que se abre margem para

o exercício da dialética acerca do conteúdo da colaboração, desde que obedecidos os pressupostos contidos na Lei n.º 12.850/13.

Para o ato de firmar o contrato de colaboração, deve o acusado ou investigado estar, obrigatoriamente, acompanhado de advogado, com procuração específica para o ato, o que garante o necessário resguardo técnico ao colaborador (par. 5º do art. 3º-B, bem como par. 1º do art. 3º-C, ambos da Lei n.º 12.850/13), bem como elimina ou, no mínimo, mitiga qualquer insinuação acerca de eventual precariedade do voluntarismo e da capacidade postulatória.

Todas as informações prestadas pelo colaborador são elementos informativos, pois não são considerados prova válida *de per se*, na medida em que não foram submetidos ao contraditório e à ampla defesa. Por isso, não basta delatar. As informações prestadas pelo colaborador devem ser corroboradas por elementos que delas advieram, ratificando-as.

A colaboração, por sua vez, não serve sequer como indício, já que indícios já são considerados elemento de prova, e a colaboração, sozinha, não pode ser valorada sequer para o recebimento de eventual denúncia ou queixa, muito menos na hipótese de posterior sentença condenatória. (parágrafo 16 do art. 4º da Lei 12.850/13) (CAPEZ, 2016, p. 121). Ou seja, com relação ao valor probatório, é imprescindível a existência de um conjunto de provas que possa estar em harmonia com o conteúdo da delação.

Badaró, com muita propriedade, discorre que:

vige a regra de corroboração, o que vincula o conteúdo da colaboração processual à confirmação por outros elementos de prova. Logo, a presença e o potencial corroborativo desse outro elemento probatório é *'conditio sine qua non'* para o uso da delação premiada para fins condenatórios (BADARÓ, 2015, p. 456).

Assim, indispensável a necessidade de confirmação das informações originárias da delação, pois esta não é apta para produzir a condenação, por si só, tratando-se de mera fonte de provas.

Sendo negócio jurídico, o Ministério Público ou a autoridade policial não são obrigados a aceitar os termos da proposta. A análise será no caso concreto.

Neste sentido, Greco Filho preconiza que:

não há efeitos automáticos da colaboração, vinculando seus benefícios à avaliação de várias circunstâncias, tais como a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a

repercussão da infração penal, assim como a eficácia da própria colaboração. Tais conjunturas deverão ser levadas em consideração também pelo juiz, ao dosar o benefício, o que ocorrerá na sentença de mérito (GRECO FILHO, 2013, p. 40).

3. NATUREZA JURÍDICA DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Sobre a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada, não faltaram iniciativas para defini-la.

Sob o enfoque dos seus resultados, verificaram-se dois posicionamentos predominantes. Em um primeiro sentido, trata-se de considerá-la um meio de prova. Em caminho menos denso, vislumbra-se sua natureza como apenas um meio de obtenção de prova. Isso porque, essencialmente, o instituto proporciona o desvelar de evidências que o Estado, à primeira vista e por si só, não teria alcançado ou mesmo remotamente conseguiria obter. E seus reflexos são irradiados sobre o desiderato da ação penal, nomeadamente a busca da verdade processual que permite elucidar fatos e proporcionar aos cidadãos a resolução de litígios de natureza penal.

Com vistas a dirimir esta bipolaridade de entendimentos, Badaró cogita a possibilidade de uma posição *mista, eclética e conciliatória*. Neste sentido:

a colaboração premiada seria um meio de obtenção de prova, partindo da necessidade de que sejam descobertos e levados ao processo outros elementos de corroboração da declaração *hetero-incriminatória*, não sendo ela suficiente para um julgamento meritório. Ao mesmo tempo, uma vez formalizada, a versão do colaborador se agrega às demais evidências apuradas para conformar um conjunto de elementos de convicção aptos à homologação judicial, o que a torna meio de prova (BADARO, 2018, n.p.).

No âmbito do Ministério Público Federal, a 2ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, depois de terem sido firmados diversos acordos dessa natureza, notadamente no âmbito da Operação Lava Jato, firmaram a Orientação Conjunta n. 1/2018, que em seu art. 1º trata especificadamente do instituto, nos seguintes termos:

O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos, os quais são atendidos desde que advenha um ou mais

dos resultados previstos no art. 4º da Lei 12.850/2013 e pode ser celebrado em relação aos crimes previstos no Código Penal e na legislação extravagante.

Após período inicial de controvérsia acerca da natureza jurídica da colaboração premiada, com o advento da Lei n.º 13.964/19 (identificado como Pacote Anticrime), que acrescentou um capítulo específico para o instituto na Lei n.º 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado), houve arrefecimento da polêmica, porquanto o tratamento conferido a partir de então conseguiu agregar as teses preponderantes para consagrar o entendimento no sentido de se tratar de um negócio jurídico e meio de obtenção de prova. Tal posicionamento está explícito no conteúdo do artigo 3º-A, que a define como sendo *negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos*.

Portanto, um dos elementos fulcrais que sedimenta a compreensão acerca da natureza jurídica da colaboração premiada diz com o entendimento pelo qual se trata de um verdadeiro negócio jurídico, já que possui como elemento nuclear de seu suporte fático a exteriorização de vontade das partes envolvidas no acordo e a assinatura de compromisso bilateral. De um lado, o Delegado de Polícia ou o Órgão Ministerial; de outro, o investigado/acusado/celebrante acompanhado de seu advogado. A vontade das partes é da essência do instituto, exercendo influência também na eficácia do acordo, já que lhes é outorgado o poder de deliberar sobre seus efeitos.

Nesse sentido, Miragem assevera que:

sendo um negócio jurídico, não pode a colaboração premiada afastar-se dos deveres inerentes à boa-fé objetiva, “fonte autônoma de deveres jurídicos” e que “implica a exigência nas relações jurídicas, do respeito e da lealdade com o sujeito da relação impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro (MIRAGEM, 2018, p. 132).

Diante desse cenário, o princípio da boa-fé age como fundamento da confiança e da segurança jurídica, baseado na ética negocial e difundindo seu campo de atuação nas mais diversas áreas do direito.

A Suprema Corte assentou que tendo o colaborador cumprido sua contraprestação, deve-se honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração premiada, sendo concedidas as sanções premiaias acordadas em respeito à segurança jurídica, a proteção da confiança e à boa-fé.

Sabe-se que em troca da colaboração ao Estado, que se dá por meio de renúncia a importantes direitos fundamentais, o celebrante deixa de exercer seu direito de defesa com o fito de auxiliar a persecução penal, mas na confiança de que se colaborar efetivamente, receberá a *benesse* acordada.

Com isso, deve-se prezar por uma cultura de legalidade dos benefícios, de modo a assegurar a correspondência entre aquilo que fora proposto no acordo e a conseqüente concretização, em absoluto respeito ao princípio da segurança jurídica.

Outro viés da natureza jurídica do instituto da colaboração premiada consiste em se tratar de meio de obtenção de prova, consoante expresso no artigo 3º-A da Lei n.º 12.850/13, destinando-se à *aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou declarações) dotados de capacidade probatória, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito*. Relevante perceber que o instituto da colaboração premiada é meio de obtenção de prova, enquanto que os depoimentos do colaborador constituem meios de prova. Estes, para se mostrarem hábeis ao convencimento judicial, devem vir corroborados por outros meios de prova idôneos. Por isso, não há confundir a natureza jurídica do instituto da colaboração premiada com a confissão que a compõem. Esta, por sua vez, está contida e é pressuposto do instituto, mas não é suficiente para sua plenitude conteudística (BRASIL, 2017).

Assim sendo, o tema da prova constitui um dos alicerces sobre o qual se funda o processo no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Paulino:

trata-se de questão central no ambiente das ciências criminais, porquanto necessita de compatibilização com o necessário desenvolvimento da persecução penal eficaz e o resguardo dos direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos (PITON, 2019, p. 352).

Tamanha a complexidade gerada a partir do conteúdo da prova no processo que Cernelutti já demonstrava suas preocupações com a pretensa busca pela certeza, afirmando que:

tantas vezes ouviu falar que certeza é o estado de ânimo que procura não tanto a percepção, mas através dela a intuição, na qual a certeza é algo imediato. Entretanto, quanto mais amadureceu sua experiência de jurista, menos esta convicção o persuadiu. Isto porque, antes de tudo, não podemos ter a certeza de que qualquer coisa é sem sabermos o que é. Equivale dizer que, depois de ter-

mos visto e tocado algo, judicializamos e consideramos provado. O juízo, entretanto, é totalmente intuitivo a partir do senso de finitude do ser humano, e a natureza humana nos adverte de que para ter certeza do julgamento devemos ser mais do que somos. Então, seguimos em busca de testes que se operam no processo por meio da prova (CARNELUTTI, 1958, p. 126).

É neste sentido que Streck apregoa:

ser possível ao jurista falar em verdade, mas na verdade possível, ou seja, aquilo que se dá na fusão entre *consciência e mundo*, porquanto a verdade não é uma essência do objeto nem uma construção da consciência, mas a necessária interlocução destes dois fenômenos. Em outras palavras, a verdade *não é o resultado da construção de um sujeito consciente, mas sim, aquilo que emerge de uma compreensão, linguística e historicamente situada* (STRECK, 2012, p. 375-376).

A despeito de toda a heterogeneidade inerente à temática da prova como elemento fulcral da decisão e do processo, preocupam-nos, neste trabalho, os desdobramentos resultantes da possibilidade de compartilhamento de elementos de convicção obtidos pela via da colaboração premiada.

4. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS NA COLABORAÇÃO PREMIADA E SEUS LIMITES

Decorrente da recente profusão do instituto da colaboração premiada no sistema de persecução penal brasileiro, tema que ainda suscita dúvidas diz respeito ao compartilhamento das provas obtidas a partir dos acordos dessa natureza efetuados. Em que pese a Lei 12.850/2013, notadamente a partir dos incrementos motivados pela Lei n.º 13.964/13, tenha inovado significativamente na regulamentação do instituto, ainda há muitos vácuos a serem enfrentados quanto aos limites da transmigração probatória, haja vista seus reflexos em outros processos e na esfera dos direitos de eventuais réus e corréus delatados caso não sejam respeitados os limites do acordo homologado.

No contexto da colaboração premiada, instituto negocial consensual, tendo em vista sua natureza de meio para obtenção de provas, exsurge proeminente a questão dos limites do compartilhamento dos

elementos de convicção verificados em decorrência da confissão do colaborador e sua utilização para formar convicção em outras demandas, nomeadamente de natureza penal.

Nesse caminhar, inegável que o processo penal deve ser o meio pelo qual são assegurados os direitos, garantias e liberdades individuais fundamentais, que devem compatibilizar-se com o necessário mister estatal de elucidação dos fatos e promoção de ações penais justas.

Mesmo assim, Da Silva assevera que:

a despeito da necessidade de uma proteção amplíssima dos direitos fundamentais do cidadão, há uma tendência ao aumento no número de colisões entre direitos fundamentais, o que leva o campo jurídico a uma necessidade de sua restrição quando se fizer necessário para a solução de colisões. Arremata, por isso, que *todo direito fundamental é, portanto, restringível* (SILVA, 2009, p. 253).

Uma visão mais restritiva é apresentada por De Carli, por entender que:

o compartilhamento das provas obtidas por meio da colaboração premiada somente é possível em outros processos caso os membros do Ministério Público lotados em outras jurisdições tenham participado dos termos da colaboração, sendo imprescindível que a colaboração tenha sido homologada judicialmente (DE CARLI, 2017, p. 122).

Por outro lado, num cenário mais aberto, Dutra apregoa que:

à semelhança da interceptação telefônica, que deve ser genuinamente determinada para fins penais, nada impede que o acervo probatório carreado seja compartilhado para fins não penais, desde que correlatados – ação civil pública, ação de improbidade administrativa, procedimento administrativo disciplinar etc. (SANTOS, 2016, p. 167).

Sobre o tema do compartilhamento de provas, em sentido extrapenal, observa-se existência da súmula 591 do Superior Tribunal Justiça, no sentido de que:

é permitida a prova emprestada no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo com-

petente e respeitados o contraditório e ampla defesa”, sendo que também não há impedimento que esse contraditório seja exercido posteriormente à produção da prova, mesmo que não tenha ocorrido sua produção.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o tema da prova emprestada decorrente da colaboração premiada é tratado de forma abrangente e alargada, sendo admitida sua transmissão a outros feitos. Veja-se emblemática decisão neste sentido:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. REDIRECIONAMENTO DE TERMOS DE DEPOIMENTO FIRMADO EM ACORDO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. REFERÊNCIA À EVENTUAL POSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO PELO NOVO JUÍZO DESTINATÁRIO. VIABILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. O compartilhamento de elementos de informação é amplamente admitido pela jurisprudência desta Corte, providência que, por si só, não representa qualquer determinação para apuração de fatos e, portanto, não importa em duplicidade de procedimentos. Precedentes. 2. Incumbe à autoridade judiciária apreciar o compartilhamento de termos de depoimento integrantes de procedimento a si destinados, podendo autorizá-lo, quando presentes fundadas razões. 4. Agravo regimental desprovido (BRASIL, 2019).³

Não é diverso o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que tem chancelado o compartilhamento de provas no âmbito da colaboração premiada e sua utilização como prova emprestada.

Neste sentido, no julgamento do RHC 111.882/PB, restou assente a conclusão no sentido de que é manifesta a possibilidade de compartilhamento de informações diante da conexão entre as investigações, bem como é amplamente admitida no ordenamento pátrio a prova emprestada, desde que respeitado o contraditório e ampla defesa (BRASIL, 2020).

Observa-se, pois, que no âmbito jurisprudencial o compartilhamento das provas obtidas, incluindo aquelas derivadas da colaboração premiada, é admitido de modo irrestrito.

Por outro lado, partindo do entendimento de que o instituto da colaboração premiada ocorre em ambiente negocial consensual, o com-

3 No mesmo sentido: Pet 7065 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 30/10/2018, Acórdão Eletrônico Dje-037, Divulg. 19-02-2020, Public. 20-02-2020.

partilhamento de provas colhidas, pressupõe a existência de segurança jurídica quanto aos limites da circulação desses elementos de convicção, confrontando-os com a necessária e importante proteção dos direitos fundamentais dos envolvidos. Isso porque o celebrante traz à tona provas que se fazem necessárias à elucidação dos fatos e, com isso, deposita toda sua confiança na contraprestação acordada.

Partindo dessas considerações, Vasconcellos entende que:

o compartilhamento de provas deve estar em observância com a lógica da justiça negocial, e em respeito à segurança jurídica do instituto, somada à boa-fé, previsibilidade e respeito à confiança depositada pelo colaborador nas autoridades envolvidas. Conclui que as provas produzidas pelo delator em razão do acordo não podem ser utilizadas para impor sanções mais gravosas em outros processos ou esferas do Direito que não respeitem os termos do acordo homologado, o que pressupõe haver formal consentimento do colaborador para o compartilhamento. Apregoa a necessidade de muita cautela para a transmigração de provas a partir da colaboração premiada, pois a possibilidade de compartilhamento irrestrito, além de colocar em risco a efetividade do acordo em si, acarreta desvio de finalidade. Dessa forma, a boa-fé objetiva deve conduzir esse procedimento (VASCONCELLOS, 2019, p 23).

Sobre o tema, Gomes Filho afirma que:

ao estabelecer os estreitos parâmetros de tais atividades, é evidente a intenção do legislador em assegurar que a obtenção de provas seja realizada de forma compatível com os direitos fundamentais decorrentes, como intimidade, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações (arts. 5º, X, XI e XII da CF) (GOMES FILHO, 2016).

Percebe-se, pois, neste posicionamento, maiores restrições quando observado o posicionamento dos Tribunais Superiores, porquanto condiciona a validade, eficácia e legitimidade do compartilhamento de provas a partir da colaboração premiada quando em consonância com os limites do acordo premial.

Com o advento da Lei n.º 13.964/19, que regrou objetivamente o instituto da colaboração premiada, novo ingrediente foi inserido de maneira clara, contribuindo para tornar menos árido o tema, porquanto o artigo 7º, parágrafo 3º, da Lei n.º 12.850/13, com a novel redação, dispõe

que os depoimentos do colaborador devem ser mantidos em sigilo tão somente até o recebimento da denúncia ou queixa-crime.

Assim sendo, afigura-se plausível extrair ilação no sentido de que o compartilhamento de provas obtidas por meio da colaboração não viola o necessário sigilo, que deve ser mantido apenas até o acatamento da inicial acusatória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da colaboração premiada tem assumido relevantes contornos recentemente no âmbito do processo penal brasileiro, prática que demandou aperfeiçoamento legislativo, o que ocorreu a partir de melhores contornos formatados por meio da Lei n.º 13.964/19, que aperfeiçoou a Lei n.º 12.850/13. Com isso, dissipou-se a celeuma existente em torno da natureza jurídica deste instituto negocial, resultando definido como sendo um negócio jurídico e meio de obtenção de provas.

Ocorre, entretanto, que a repercussão das provas obtidas por meio da contribuição premial em outros processos é tema ainda passível de reflexões, na medida em que aberto para duas interpretações.

A primeira, verificada no âmbito dos tribunais superiores, que admitem o compartilhamento das provas obtidas em virtude da colaboração premiada de maneira irrestrita, evidentemente mediante obediência dos pressupostos inerentes ao princípio do devido processo legal.

Em contrapartida, observam-se resistências a esse posicionamento, a partir da suposta necessidade de restrição dos efeitos da colaboração premiada interpartes, a pretexto do primado da boa-fé objetiva e da segurança jurídica.

Partindo de todas as considerações aventadas, deve-se ressaltar que o acordo de colaboração premiada é instituto consensual, que deve cercar-se de todas as garantias legais para sua validade e eficácia. É bilateral, porquanto contribui para a elucidação de fatos relevantes derivados de infrações penais, o que confere absoluta relevância para os objetivos e deveres da persecução penal estatal em benefício de toda a sociedade. Em contrapartida, também é benesse que se apresenta facultativa aos autores de infrações penais, possibilitando relativa, ou quase absoluta, imunização frente ao sancionamento decorrente da violação de normas de natureza penal. Com este jaez, oferece-se aos imputados opção colaborativa amplamente favorável, retirando grande parte do estrépito processual.

Diante destas perspectivas, e seguindo a orientação dos Tribunais Superiores, o compartilhamento de provas obtidas a partir do instituto da colaboração premiada, nos limites da negociação interpartes, deve respeitar o contraditório e a ampla defesa no ambiente em que utilizadas, assim como todas as demais garantias processuais inerentes ao sistema constitucional acusatório. Sob este prisma, não se vê óbice à transmissão probatória compartilhada, porquanto condicionada ao respeito aos direitos fundamentais do acusado, mas também em razão de ser instrumento lícito para o exercício da persecução penal orientada por tais preceitos.

Nesta dialética, considerando o tema da prova como elemento fulcral para o processo penal, persistem muitos desafios para que se possa encontrar caminho sólido a permitir uma construção alvissareira diante da necessidade de compatibilizar a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e a necessária efetividade estatal no enfrentamento da crescente criminalidade e violência.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: RT, 2015.

BADARÓ, Gustavo. *Colaboração Premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?* In **Colaboração Premiada**. E-book. Maria Thereza de Assis Moura e Pierpaolo Cruz Bottini (Coordenadores). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL, **Ministério Público Federal**. Procuradoria-Geral da República. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Estudo Técnico 01-2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs-Estudos%20Tecnico%202001-2017.pdf>. Acesso em 15 ago. 2021.

CALLEGARI, André Luis. **Colaboração Premiada: lições práticas e teóricas: de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAPEZ, Rodrigo. O acordo de colaboração premiada na visão do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Jurídicos**. São Paulo, ano 17, n. 44. jul-set. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto& Processo**. Nápoli: Morano Editore, 1958.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DE CARLI, Carla V. Principais questões sobre a competência para a homologação do acordo de colaboração premiada. In: MOURA, Maria Thereza A; BOTTINI, Pierpaolo. **Colaboração Premiada**. São Paulo: RT, 2017.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Limites ao compartilhamento de provas no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo, v. 122, p. 43/61, ago, 2016.

FILHO, Vicente Greco. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Editora Saraiva, 1ª edição, 2013.

FILIPPETTO, Rogério. ESTEVES, Gustavo Henrique Alves. **Colaboração premiada: Visão a partir do garantismo e do modelo cooperativo de processo**. Revista dos Tribunais, vol. 1011/2020, jan/2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria Geral da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 18ª edição, 2021.

Ministério Público Federal. **Orientação conjunta n. °1/2018** – acordos de colaboração premiada. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>. Acesso em 23.10.2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: direito das obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.132 /134.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: Emodara, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015.

STF, Pet 6138 AgR-segundo, Relator(a): Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 21/02/2017.

STF, Pet 6827 AgR-AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/02/2019, Acórdão Eletrônico Dje-043, Divulg. 28-02-2019, Public. 01-03-2019.

STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 21.

STJ, Súmula 591, Primeira Seção, j. 13.09.2017, DJE 18.09.2017.

STJ, RHC 111.882/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, Dje 20/10/2020.

STRECK, Lênio Luiz. Revista dos Tribunais, vol. 921/2012, p. 359 – 392, Jul/2012.

VASCONCELLOS, Vinicius G. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. 2ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Compartilhamento de provas na colaboração premiada: limites à persecução penal baseada nos elementos de autoincriminação produzidas pelo delator. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 87, maio-jun. 2019.

WEDI, Miguel Tedesco. KLEIN, Maria Eduarda Vier. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 156/2019.

O DIREITO À PRIVACIDADE DO CONSUMIDOR NA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E NO USO DA PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE

ISADORA LEITÃO WILD SANTINI PICARELLI¹

1. INTRODUÇÃO

O texto aborda sobre o uso dos dados pessoais dos consumidores para a construção de um perfil de consumo, visando que por meio do rastro de informações deixadas pelo consumidor no uso de diversos sites, comércio eletrônico, redes sociais, seja este induzido a adquirir bens de consumo relacionados a suas predileções de acordo com o perfil de consumo baseado em seus dados pessoais.

O problema de pesquisa é se o uso da publicidade comportamental online viola o direito à privacidade do consumidor. E se objetivou estudar sobre a vulnerabilidade do consumidor, a proteção dos seus dados pessoais, e se este uso para fins de marketing direcionado com seus dados pessoais viola ou não a privacidade e o direito de personalidade do consumidor, que não consentiu com este uso específico.

A metodologia foi uma pesquisa de abordagem dedutiva, com objetivo geral exploratório, para esclarecer sobre o uso de dados na publicidade direcionada com os dados pessoais, e se usou o procedimento técnico da pesquisa bibliográfica.

1 Mestranda em Direito na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade, Interesses Públicos x Interesses Privados, coordenado pelo professor José Tadeu Neves Xavier. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Estagiária. E-mail: isadorawildpicarelli@gmail.com.

2. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MEIO DIGITAL

No presente momento, a sociedade civil vivencia a era das redes sociais, onde, comumente se constata diversos anúncios publicitários, direcionados para o consumidor conforme os interesses que ele indica em suas pesquisas prévias ou em páginas que tenha apreciado em suas redes sociais.

Assim, o impacto das atuais estratégias publicitárias, que estimulam o consumo sem o elemento da vontade clara do consumidor, indica uma vulnerabilidade, que o presente artigo procura escrever, a fim do direito não ficar alheio a essa transformação social no mundo digital, na sociedade das redes, termo usado pelo sociólogo Manuel Castells.

Na era das redes, a sociedade está interconectada, por meio de tecnologias que tem estrutura para se expandir, gerando mais comunicação e informação, de forma digitalizada e interativa, que transcende fronteiras e é baseada em nível global. Para Castells, “na sociedade em rede, a virtualidade é a refundação da realidade através de novas formas de comunicação socializável” (CASTELLS; CARDOSO, 2005, p. 24).

A sociedade interage por meio de aparelhos tecnológicos, que permitem um acesso a um fluxo intenso e rápido de informações e conhecimento, sobre assuntos locais e globais, em uma comunicação inédita, com conectividade em uma velocidade acelerada, funcionando como um novo ambiente social (LIMBERGER; HORN, v. 135, 2021, p. 06), e acessado por diversos instrumentos tecnológicos, como computadores, celulares, smartwatch, tablets, entre outros.

No livro *A praça e a Torre*, de Niall Ferguson (FERGUSON, 2018, p. 59-60), o autor elucida que o *Homo Sapiens* é um primata cooperativo, que se comunica e age de forma coletiva, na sua comunidade, além de aprender e compartilhar informações coletivamente. Temos essa natureza que de colaborar entre si, de compartilhar, desenvolvemos a linguagem falada, estrutura cerebral com o neocórtex mais desenvolvido, de forma que o homem, que é um animal social, consegue se comunicar para mais indivíduos, e as redes sociais são uma excelente ferramenta para essa comunicação.

Um das redes sociais mais conhecidas e utilizadas, o FaceBook, começou com o intuito de não ser lucrativo, de ter a missão social de fazer o mundo ser mais conectado, com as pessoas compartilhando informações globalmente, em uma comunidade global interconectada.

A rede social possui feed com postagens de amigos, notícias, imagens, aplicativos, e o algoritmo conecta o conteúdo que o usuário costuma dar like em postagens, além de permitir anúncios patrocinados, pelos próprios

usuários da rede social. Assim, a rede virou uma fonte de renda publicitária, e “permite aos anunciantes disparar mensagens direcionadas aos usuários, feitas sob medida para ir de encontro das preferências que já tinham revelado através das suas atividades no Facebook” (FERGUSON, 2018, p. 695).

O Facebook é uma rede social gratuita, sem restrição geográfica e os usuários se conectam com base em seus interesses similares, como em um clube social, mas com a tecnologia e os fins lucrativos com publicidade (FERGUSON, 2018, p. 701).

Atualmente, existem 2,90 bilhões de usuários ativos mensalmente (STATISTA, 2021), que são as contas que logaram em menos de trinta dias, e esses usuários usam pelo menos uma das redes vinculadas ao Facebook (Facebook, Whatsapp, Instagram e Messenger). Diariamente, são 1.91 bilhões de usuários ativos, segundo Relatório do Segundo Trimestre de 2021, lançado em julho, pelo Facebook (FACEBOOK, 2021). O Brasil é o terceiro país que mais utiliza o Instagram, com 110 milhões de usuários ativos (STATISTA, 2021).

Ainda, de acordo com a pesquisa feita pela Datareportal Global Overview Report (KEMP, 2021), publicada em janeiro de 2021, existem 4.20 bilhões de usuários ativos de redes sociais no mundo, sendo 53.6% da população global, de 7.83 bilhões de pessoas. A pesquisa também mostra que em média, os brasileiros, colombianos e sul africanos gastam 10 horas por dia online, usando internet, e esse uso é dividido em assistir streaming, programas de televisão, redes sociais, lendo mídia online, ouvindo música, podcasts, e em jogos.

Assim, com as inovações tecnológicas sendo cada dia mais desenvolvidas e integradas no dia a dia dos consumidores, de forma que atualmente, a conectividade transformou as interações sociais, que não são mais limitadas por fronteiras, já que é possível a comunicação rápida em qualquer lugar do globo.

2.1. A PUBLICIDADE NO MEIO DIGITAL

O comércio eletrônico, principalmente com a pandemia causada pelo vírus COVID-19, e com a necessidade de isolamento social para maior segurança sanitária, acabou sendo uma alternativa muito adotada pelos consumidores (KEMP, 2021), e o comércio eletrônico, apesar da crescente aplicação de vacinação na população, diminuição do isolamento social, e conseqüentemente, reabertura de lojas físicas, é provável que o mercado digital seja muito utilizado, em razão da praticidade para a escolha dos produtos e serviços.

De acordo com a pesquisa realizada pelo UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) (UNITED NATIONS PUBLICATIONS, 2021, p. 48.), o comércio eletrônico teve seu uso acelerado com a pandemia do COVID-19, e no Brasil, o número de consumidores comprando produtos e serviços online em 2018, foi 44%, e durante a pandemia, o número subiu para 66% dos consumidores. Importante apontar que o comércio eletrônico abarca produtos, serviços e conteúdos digitais, como programas, jogos, música, vídeos, livros, etc.

Assim, com a pandemia, o uso de recursos tecnológicos foi essencial para as atividades do dia a dia, visto a necessidade de isolamento social, e o fechamento de lojas, shoppings, empresas, tanto por motivo de Lockdown, como por crise financeira, a sociedade, adotou o uso de comércio eletrônico, uso de redes sociais para continuar em contato com amigos e familiares, streaming de filmes e séries de televisão para se divertir e o uso de videoconferências para reuniões e aulas online.

Desta forma, com o aumento do uso de recursos tecnológicos, outras questões importantes começaram a surgir, levantando preocupações como: a necessidade de vigilância eficaz com plataformas digitais seguras para as transações financeiras online no comércio eletrônico, e o tratamento dos dados pessoais dos consumidores.

Com o uso de atividades no meio digital, como acesso em websites e comércio eletrônico, o consumidor provoca “rastros ou vestígios por meio de dados, estruturados ou não, os quais são objeto de observação, quantificação, mensuração e qualificação de uso” (LIMBERGER; HORN, v. 135, 2021, p. 04).

Esses dados pessoais dos consumidores são utilizados para uma modelação artificial dos hábitos e predileções dos consumidores, sendo então, construído perfis de consumo. Assim, o consumidor sofre uma “customização absoluta no mercado de consumo, por meio do emprego de tecnologias já existentes que prometem a revelação completa do consumidor” (LIMBERGER; HORN, v. 135, 2021, p. 03).

Essa vigilância ocorre principalmente em redes sociais e aplicativos, onde não existe uma remuneração para o uso, mas existe a informação dos dados pessoais e as predileções dos consumidores. Os dados pessoais dos consumidores são processados com essas informações pelos algoritmos, que usam esses dados para estabelecer os hábitos do consumidor em perfis de consumo, e a exposição dos dados dos consumidores pode ser percebida pelo uso de publicidade, propaganda e marketing personalizado (LIMBERGER; HORN, v. 135, 2021, p. 07).

Dessa forma, o fornecedor tem informação privilegiada, com informações dos consumidores, que ficam expostos no mercado de consumo. Essa vigilância dos dados, pode comprometer a autodeterminação e a liberdade de escolha, e o poder de decisão do consumidor.

A publicidade é desenvolvida visando agradar o maior número de consumidores, para os influenciarem a adquirir um produto ou serviço. Para Fabrício Germano Alves:

A situação do consumidor perante a comunicação de natureza publicitária parece ser de vítima de sua própria incapacidade crítica ou suscetibilidade emocional, o que faz com que se torne um dócil objeto de exploração de uma publicidade muitas vezes obsessora e obsidional, respondendo à mensagem publicitária sem resistência, adquirindo ou utilizando produtos ou serviços meramente em virtude da fantasia criada em torno deles, sem considerar a sua qualidade ou mesmo a sua necessidade (ALVES, 2013, p. 73-74).

Para proteger os consumidores de compras sem uma necessidade real, agindo somente em razão da emoção causada pelos anúncios publicitários, se regulamentou a atividade publicitária, criando o dever do fornecedor de passar informações das características dos produtos e serviços oferecidos, para que o consumidor possa fazer uma compra consciente, com os direitos nas práticas comerciais protegidos pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

O conceito de publicidade na Diretiva 84/450 do Conselho das Comunidades Europeias (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2021), definiu no artigo 2º que: “publicidade: qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações;” e o veículo de comunicação da publicidade pode ser por meio de conteúdos digitais.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR, 2021), no artigo 28, estabelece que o anúncio publicitário deve ser claramente distinguido como tal, e condena publicidades subliminares, e proveitos publicitários indevidos e ilegítimos, em qualquer veículo de comunicação.

Ainda, o parágrafo único do artigo 31 define que:

Consideram-se indevidos e ilegítimos os proveitos publicitários obtidos:

a. mediante o emprego de qualquer artifício ou ardil;

- b. sem amparo em contrato regular celebrado entre partes legítimas, dispondo sobre objeto lícito;
- c. sem a prévia concordância do Veículo de comunicação e dos demais titulares dos direitos envolvidos.

Segundo Bruno Ricardo Bioni (BIONI, 2021. p. 13.), por meio das informações geradas pelos consumidores, o mercado procura se modelar conforme as avaliações dos consumidores, que são o elo final da cadeia de consumo, e o consumidor tem um papel ativo no processo de produção. Bioni explica que existe a publicidade direcionada, que é o método de abordagem visando atingir um público específico, mais inclinado a adquirir o bem ofertado, para aumentar as chances de venda do produto no mercado de consumo, e se divide em publicidade contextual, segmentada e comportamental.

Em uma publicidade contextual, se “correlaciona a temática de um determinado ambiente [...] ao objeto anunciado. Contextualiza-se, pois, a abordagem ao potencial consumidor, levando-se em conta o meio na qual é promovido o bem de consumo” (BIONI, 2021. p. 15.). Já a publicidade segmentada foca no público-alvo da oferta, seus consumidores e o ambiente onde esse grupo de consumidores vai predominar.

Na publicidade comportamental online, existe maior personalização na abordagem publicitária e o perfil do consumidor. Um exemplo de uma ferramenta usada para este fim, é o rastreamento dos Cookies, onde se rastreia “a navegação do usuário e, por conseguinte, inferir seus interesses para correlacioná-los aos anúncios publicitários” (BIONI, 2021. p. 17.). Desta forma, é possível ter ciência dos interesses do consumidor e os bens que a pessoa tem mais tendência de adquirir, e se reduz os custos da ação publicitária, pois “a comunicação com o público-alvo daquele produto ou serviço é praticamente certa, ocasionando maior probabilidade de êxito quanto à indução ao consumo” (BIONI, 2021. p. 17.). Outra forma para a construção do perfil de consumo, é por meio das redes sociais, que direcionam as publicidades condizentes com o perfil do usuário, em razão do comportamento do consumidor e seu perfil de preferências de bens de consumo.

Em 2010, foi realizada uma pesquisa sobre como os consumidores viam a publicidade comportamental, e 18% responderam que viam como positivo, pois viam apenas publicidade de assuntos relevantes, que tinham interesse, 64% concordaram que o fato de alguém rastrear as atividades online era invasivo e 40% disseram que seriam mais cuidadosos

online se soubessem que seus dados são coletados (McDONALD; CRANOR apud STRANDBURG, 2013, p. 105).

Em outra pesquisa, também realizada em 2010, questionaram se os usuários da Internet tomam algumas medidas para proteger sua privacidade em resposta à publicidade comportamental. E 50% relataram ler as políticas de privacidade “frequentemente” ou “às vezes”, 63% relataram apagar cookies “frequentemente” ou “às vezes” e 56% relataram terem ponderado sobre uma ou mais compras online devido à privacidade ou preocupações com segurança (HOOFNAGLE apud STRANDBURG, 2013, p. 106).

Ainda, outra pesquisa relatou que apenas 15% relataram que publicidade comportamental os impediria de usar um site (STRANDBURG, 2013, p. 106), e existe um argumento, apontado por Katherine J. Strandburg (STRANDBURG, 2013, p. 106), de que o fato de os usuários continuarem a se sujeitar ao rastreamento online, apesar de expressar desconforto sobre isso, é uma base para o argumento de que os usuários aceitam a coleta de dados online como um preço pago pelo acesso a produtos e serviços online.

A customização dos anúncios publicitários, por meio do uso dos dados pessoais dos consumidores, e o marketing direcionado, pode ser entendida como uma violação ao direito de personalidade, a autodeterminação informativa e a falta de controle do uso dos dados pessoais dos consumidores? Ou poderia ser entendido que afeta a privacidade?

O estudo sobre o direito à privacidade não é recente, sendo debatido em diferentes momentos históricos sobre a proteção dos direitos individuais da vida e da propriedade, sendo definido de tempos em tempos sobre a propriedade tangível e intangível que caberia tutela. Atualmente, com o uso da tecnologia e os dados pessoais, fica mais evidente a necessidade de o direito à privacidade ser refletido no meio acadêmico.

Em 1890, os autores Samuel Warren e Louis Brandeis escreveram sobre o direito “to be let alone”, e foi o primeiro texto abordando sobre o direito legal de privacidade. Eles defendiam que o direito de privacidade era um direito constitucional, disposto na 4ª Emenda Americana e que a lei deveria abranger em sua proteção, os pensamentos, emoções e sensações, a fim de proteger a privacidade individual das pessoas, pois,

The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual; but modern enterprise and invention

have, through invasions upon his privacy, subjected him to mental pain and distress, far greater than could be inflicted by mere bodily injury. (WARREN; BRANDEIS, v. 04, n. 05, 1890, p. 196).

Os autores apontam que existe uma diferença entre o direito à privacidade e o direito à intimidade pessoal, pois este último protege escritas como cartas, diários pessoais ou produções artísticas, que expressam pensamentos, sentimentos e emoções, para que tenha a segurança de não ser publicado sem que o autor assim o desejar (WARREN; BRANDEIS, v. 04, n. 05, 1890, p. 205).

Assim, se se protege a privacidade individual em casos de invasão da mídia, de um fotógrafo ou instrumento que grave vídeo e som, ou “to emoticons and sensations expressed in a musical composition or other work of art as to a literary composition” (WARREN; BRANDEIS, v. 04, n. 05, 1890, p. 206). e logo, se entende que a proteção à privacidade pessoal poderia se estender para pensamentos, emoções e sensações, mesmo que seja expresso em documentos escritos, conversas, atitudes ou expressões faciais.

A legislação sobre o direito à privacidade, segundo os autores, não tem outro princípio para proteção sobre a aparência pessoal, falas, atos, relações pessoais e domésticas.

Outrossim, o direito à privacidade pontuava sobre o uso de tecnologia pelo Estado, de forma inadequada, violando direitos dos cidadãos, como o uso, na época, que o governo americano havia grampeado ilegalmente o telefone de um suspeito, e Brandeis (BRANDEIS UNIVERSITY, 2013). já alegava que se essa prova fosse usada em um tribunal, iria expor a um júri as ocorrências mais pessoais do suspeito, de dentro de sua casa, e o autor buscava proteger a privacidade e segurança dos cidadãos, contra invasões por meio de tecnologia.

Lawrence Lessig (2006, p. 231), entende que acerca da privacidade e do controle de dados, os usuários devem ter controle da informação deles mesmos, pois isto estaria de acordo com os valores da sociedade, das pessoas terem a opção de poder controlar suas informações privadas, e seria adequado para tanto, que as autoridades públicas dessem esse suporte necessário, para que isso possa ser efetivado.

Logo, o direito à privacidade também diz respeito a proteção dos dados pessoais, a proteção da dignidade humana, a liberdade de escolha e a soberania do consumidor, em relação as estratégias do marketing direcionado conforme os perfis de consumo construídos com base nos dados pessoais.

3. EXISTE UM LIMITE DA PUBLICIDADE NO MEIO DIGITAL?

Nas três leis que podem ser relacionadas ao caso: o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados e o Código de Defesa do Consumidor, podem ser utilizadas, em nome do diálogo das fontes, e a proteção dos direitos dos consumidores, eles vulneráveis na relação de consumo.

O Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014) (BRASIL, 2014) possui o princípio da proteção da privacidade, dos dados pessoais, inviolabilidade da intimidade e vida privada, e a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) define no artigo 5º, inciso I, como dados pessoais “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”, e apesar da legislação não mencionar critérios objetivos da definição de dados pessoais, esse critério é estabelecido no caso concreto, mas, pode-se entender que os hábitos de consumo poderiam ser classificados como dados pessoais, já que são informações de preferências de consumo da pessoa natural, vinculados a pessoa singular.

O artigo 7º, inciso I, e o artigo 8º, mencionam que para o tratamento dos dados pessoais, o titular deve consentir, em uma manifestação livre e informada, para o uso dos dados em uma finalidade específica.

O Código de Defesa do Consumidor, possui garantias como dever de transparência, informação e identificação nas comunicações de marketing. A publicidade comportamental online e direcionada por meio do uso dos dados pessoais dos consumidores, pode afetar a autodeterminação e o pensamento de modo livre, “sem que elementos externos influenciem no processo reflexivo e moral” (GAZOTTO; EFING, v. 135, 2021, p. 07).

O consumidor é a parte vulnerável da relação consumerista, e se entende que a vulnerabilidade é inerente a todo o consumidor, de acordo com o artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. A compreensão do consumidor como a parte hipossuficiente é fundado no entendimento de que o consumidor não tem os mesmos recursos técnicos e científicos que o fornecedor, em casos que necessita comprovar eventuais vícios e irregularidades nos produtos e serviços, pois não detém o conhecimento técnico e o controle sobre o produto ou serviço ofertado pelo fornecedor.

No Brasil, o tema da publicidade comportamental online direcionada por meio do uso de dados pessoais e perfis de consumo dos usuários, é recente, mas, um caso recente do uso de publicidade nas redes sociais, que podem atingir os direitos do consumidor, como por exemplo, o direito de informação.

Na Alemanha, a Bundesgerichtshof, a Corte infraconstitucional alemã, condenou a influenciadora digital Luisa-Maxime Huss por publicidade clandestina e concorrência desleal (Processo BGH ZR 90/20). Ela publicou um produto, marcando a empresa fabricante, por meio de Tap Tags, que são as marcações dos perfis de usuários, que ficam visíveis quando o seguidor clica na postagem, e recebeu uma contraprestação pela postagem, sem informar isso na postagem ou no contexto em geral do post, sem deixar claro que a postagem tinha natureza comercial, e incidiu no §2, inciso 1, n. 1, da Lei da Concorrência Desleal (UWG).

Assim, sem a informação que a publicidade foi patrocinada, que houve uma contraprestação para que o influenciador publicasse sobre o serviço ou produto em seu perfil, “fica difícil para o seguidor distinguir o que é opinião pessoal do que é publicidade” (FRITZ, 2021), e o influenciador digital deve informar aos seguidores que a postagem foi patrocinada.

No Brasil, a questão sobre o uso dos dados pessoais para a personalização do perfil de consumo, com finalidade de marketing, não se sabe se poderia ser considerado uma prática abusiva, como no caso apresentado acima, mas, poderia vir a ser considerado que a prática possa violar a privacidade, já que não houve consentimento do uso dos dados para tal finalidade.

A fim de proteger os dados dos consumidores no comércio eletrônico, existe o Projeto de Lei nº. 3514/2015 (BRASIL, 2015), que possui previsão sobre a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, e o acesso ao consumidor nessas fontes, protege a liberdade de escolha do consumidor, vedando a prática de discriminação e assédio de consumo, protege a autodeterminação, com previsão de sanções para o descumprimento. O projeto não menciona especificamente sobre o tema da customização das preferências dos usuários, com o uso dos dados pessoais, mas defende a liberdade de escolha do consumidor, que poderia vir a ser entendido para este tema apresentado.

4. CONCLUSÃO

O texto tratou sobre o paradigma tecnológico e como a era da sociedade em rede interage, por meio de instrumentos tecnológicos, que possibilitam a conectividade sem fronteiras, sendo a comunicação rápida, dinâmica e global.

Ainda, se aponta como o impacto das atuais estratégias publicitárias, que estimulam o consumo sem o elemento da vontade clara do

consumidor, por meio do uso dos dados pessoais, podem de certa forma, violar o direito à privacidade e a personalidade do consumidor, que é induzido no mercado de consumo de acordo com o perfil de consumo construído com os dados de suas preferências.

As redes sociais são essenciais atualmente para a comunicação, e ainda, utilizadas no mercado de consumo para a modelação do perfil de consumidor do usuário logado, que por meio das páginas, influencers, likes em postagens e em lojas de sua preferência, é estimulado a adquirir bens relacionados a essas predileções do usuário.

Existe um termo chamado “Glass Consumer”, da autora Susanne Lace², que significa que atualmente, como tudo que fazemos deixa um rastro, e nossas informações pessoais são vistas tanto pelo poder público, como pelas empresas privadas, e é como se o consumidor fosse de vidro, pois sabem tanto as informações pessoais, que é como se pudessem nos ver através de nós mesmos, como por meio de um vidro.

Hoje, por meio do uso de redes sociais, e com tanta informação produzida pelo uso dos dados pessoais, e os rastros deixados, pelos cookies, pelos sites que são clicados, lidos, as postagens, páginas, perfis que são curtidos pelo usuário, isso poderia ser entendido como uma desistência tácita do nosso “right to be alone”? Contudo, nosso direito à privacidade, como dito em 1890 por Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, é fundamental ao indivíduo. Logo, se torna importante o debate do limite do uso dos dados pessoais, inclusive para o uso de personalização das predileções dos usuários, que possuem a liberdade de escolha dos bens no mercado de consumo, e as induções por meio do marketing online e da publicidade comportamental online não pedem um consentimento do uso dos dados pessoais para tal fim.

Se o consumidor deseja manter somente para si as informações da sua vida privada, como pode o uso de dados ser regulamentado de forma que se crie uma relação de confiança entre o consumidor com os fornecedores privados, de que seus dados pessoais podem ser usados apenas com seu consentimento expresso para o fim de customizar seu perfil de consumo e o marketing ser dirigido de acordo com este perfil?

Os consumidores cada dia mais estão mais atentos sobre a privacidade e segurança dos seus dados pessoais, principalmente após a criação das leis brasileiras sobre o tema, como o Marco Civil da Internet e a Lei de Proteção Geral de Dados. Os consumidores se preocupam com o

2 O termo “Glass Consumer”, foi criado por Susanne Lace, diretora sênior do Conselho Nacional do Consumidor no Reino Unido. Seu livro sobre o tema se chama *The Glass Consumer: Life in a Surveillance Society*.

que acontece com suas informações pessoais, e seu armazenamento. Os fornecedores, por outro lado, estão mais cuidadosos com o tratamento dos dados, para proporcionar maior controle dos dados pelos consumidores, e garantir segurança e privacidade.

É importante que se informe claramente para o consumidor sobre o armazenamento e uso desses dados, atendendo o direito fundamental do acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV, Constituição Federal e artigo 4º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor), defesa do consumidor, e boa-fé objetiva (artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), para que a relação consumerista seja pautada na lealdade e na transparência.

Outrossim, também é preciso garantir que seja possibilitado que haja o consentimento expresso do consumidor para os fins específicos do uso dos dados pessoais, para proporcionar o aumento de confiança entre o consumidor e fornecedor, para que as partes tenham maior comunicação e comunicação entre si, e a garantia da privacidade e da segurança dos dados pessoais dos consumidores facilitará essa confiança na relação consumerista.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fabrício Germano. **Proteção constitucional do consumidor no âmbito da regulação publicitária**. Natal: Espaço Internacional do Livro, 2013.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRANDEIS NOW. To be let alone: Brandeis foresaw privacy problems: What would the privacy-law champion make of surveillance programs like PRISM?. **Brandeis University**, jul. 2013. Disponível em: <https://www.brandeis.edu/now/2013/july/privacy.html>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CONAR**. Código e Anexos. Disponível em: <http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **PL 3514/2015**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 19 set. 2021.

CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. A sociedade em rede: do conhecimento à política. *In*: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à ação política.** Conferência promovida pelo Presidente da República, mar. 2005. p. 17-30.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Diretiva 84/450, de 10 de setembro de 1984.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31984L0450&from=PT>. Acesso em: 19 set. 2021.

FACEBOOK INVESTOR RELATIONS. **Facebook Reports Second Quarter 2021 Results.** FACEBOOK. Disponível em: <https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2021/Facebook-Reports-Second-Quarter-2021-Results/default.aspx>. Acesso em: 18 set. 2021.

FERGUSON, Niall. **A praça e a torre: redes, hierarquias e a luta pelo poder global.** São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

FRITZ, Karina Nunes. BGH diz que nem toda postagem de produtos por influenciadores digitais é publicidade. **MIGALHAS**, 14 set. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/351584/bgh--toda-postagem-de-produtos-por-influenciadores-e-publicidade?U=94B2A4BEC11B&utm_source=informativo_click&utm_medium=1928&utm_campaign=1928. Acesso em: 17 set. 2021.

GAZOTTO, Gustavo Martinelli Tanganeli; EFING, Antônio Carlos. **Os limites toleráveis do neuromarketing nas relações jurídicas de consumo.** Revista de Direito do Consumidor. v. 135, mai./jun. 2021. Base de dados Revista dos Tribunais Online. p. 375-396.

KEMP, Simon. **Digital 2021: Global Overview Report.** DATAREPORTAL, 27 jan. 2021. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report>. Acesso em: 19 set. 2021.

LESSIG, Lawrence. **CODE.** Nova Iorque: Basic Books, 2006. p. 231.

LIMBERGER, Têmis; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Sociedade de consumo de plena conectividade**: o novo padrão de vulnerabilidade complexa do consumidor a partir dos tecnodados. *Revista do Direito do Consumidor*. v. 135, mai./jun. 2021, p. 151-178.

STATISTA RESEARCH DEPARTMENT. Number of monthly active Facebook users worldwide as of 2nd quarter 2021 (in millions). **STATISTA**, 10 set. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>. Acesso em: 18 set. 2021.

STATISTA RESEARCH DEPARTMENT. Leading countries based on Instagram audience size as of July 2021 (in millions). **STATISTA**, 7 set. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/578364/countries-with-most-instagram-users/>. Acesso em: 18 set. 2021.

STRANDBURG, Katherine J. **Free Fall: The Online Market's Consumer Preference Disconnect**. University of Chicago Legal Forum. 2013. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1511&context=uclf>. Acesso em: 20 set. 2021.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **COVID-19 and e-commerce: a global review**. Nova Iorque: United Nations Publications, 2021. p. 48. Disponível em: <https://unctad.org/webflyer/covid-19-and-e-commerce-global-review>. Acesso em: 19 set. 2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The right to Privacy**. *Harvard Law Review*, v. 04, n. 05, dez, 1890.

SOCIEDADES MULTICULTURAIS E O DIREITO PENAL: O FENÔMENO DOS CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS

LUANNA RENNHACK SAMPAIO¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática dos crimes culturalmente motivados e o papel do direito penal na solução dos mesmos.

A globalização e, em consequência, a diversidade cultural surgem como um grande desafio para as sociedades modernas. Isso porque, nas chamadas sociedades multiculturais há a coexistência de uma pluralidade de culturas em um mesmo território. Tal contexto social faz com que se instaure situações conflituosas que, por diversas vezes, podem incidir no âmbito penal. Surge, nesse desiderato, os crimes culturalmente motivados. Neste sentido, busca-se estudar como a determinação cultural influencia na formação da identidade e da conduta do homem e como a mesma pode ser tratada à luz do Direito Penal nos casos de conflitos culturais penalmente relevantes, frutos da diversidade cultural.

Assim, pergunta-se como a determinação cultural pode ser tratada à luz do Direito Penal brasileiro, em termos de responsabilização penal do agente criminoso. Em outros termos, questiona-se como poderia se dar a utilização do “fator cultural”, enquanto estratégia legal de defesa, no sistema penal brasileiro. Não obstante, partindo-se do pressuposto da legitimidade da utilização

1 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais dos bens públicos indisponíveis, coordenado pelo Prof. Fábio Roque Sbardelotto. Bolsista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mímica, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior; E-mail para contato: luannarennhack@gmail.com.

da defesa cultural, indaga-se quais os possíveis limites ao uso do argumento do fator cultural. Isto é, como garantir a observância ao direito a cultura e, ao mesmo tempo, evitar a proteção insuficiente de demais direitos fundamentais.

Nesta senda, trabalha-se, com a hipótese da possibilidade da utilização do argumento defensivo da determinação cultural (fator cultural) no sistema penal brasileiro nos casos de crimes culturalmente motivados. Abordando, assim, suas alternativas no plano da estrutura do delito (tipicidade, culpabilidade e ilicitude) e da dosimetria da pena. Não obstante as possibilidades dentro das categorias penais já existentes, defende-se a possibilidade e conveniência da criação de uma causa legal expressa para tratar do referido tema. Do mesmo modo, defende-se a hipótese de que o reconhecimento da diversidade cultural não é e nem será absoluto, devendo-se, assim, estabelecer limites à tolerância, a fim de salvaguardar os direitos humanos fundamentais.

Deste modo, a pesquisa foi desenvolvida em três partes, para além de Introdução e Considerações finais. A primeira parte trata da relação entre o homem, a cultura e a sociedade. Nesse sentido, estuda-se a cultura, abordando questões conceituais e investigando como ela se mostra peça central na formação da conduta e da identidade dos seres humanos e, ainda, averigua-se o fenômeno da diversidade cultural e os desafios que ela impõe nas sociedades multiculturais. Na segunda parte, explorar-se os conflitos culturais penalmente relevantes, determinando sua conceituação, bem como traz-se à baila casos paradigmáticos na jurisprudência internacional. Em um terceiro momento, estudam-se os modelos penais de reação à diversidade cultural, quais sejam: assimilacionista (igualitário e discriminatório) e multiculturalista (forte e fraco). Mais que isso, investiga-se as formas de tratamento oferecidas pelo Direito Penal na busca por uma solução justa e eficaz destas situações, bem assim as propostas de soluções originárias para a resolução dos conflitos culturais penalmente relevante.

Para tanto, o método utilizado no presente artigo é o hipotético-dedutivo, sendo a pesquisa de natureza básica. Ademais, será realizada precipuamente análise qualitativa, através de verificação bibliográfica e jurisprudência internacional.

2. A INFLUÊNCIA DA CULTURA NA CONDUTA HUMANA E OS DESAFIOS QUE A DIVERSIDADE CULTURAL TRAZ ÀS NAÇÕES MODERNAS

A cultura sempre esteve presente na evolução dos seres humanos e, enquanto modo de pensar e de viver de determinado grupo em um certo pe-

ríodo histórico, mostra-se inerente a todos aqueles que vivem em comunidade. Nesse sentido, com as evoluções sociais, políticas, jurídicas, econômicas, impulsionadas principalmente pelo fenômeno da globalização, a realidade ganha novos contornos e significados e a diversidade cultural passa a ser uma característica intrínseca das sociedades contemporâneas. Logo, é inegável que a cultura na qual um indivíduo se encontra inserido apresenta um papel significativo na formação de sua identidade, isto é, sua percepção de mundo, seus valores e seus comportamentos em sociedade. Assim sendo, em um primeiro momento, mostra-se oportuno tecer algumas considerações acerca do termo cultura. Para tanto, utilizar-se-á a definição antropológica do termo.

Cultura é, portanto, um agrupamento de costumes, valores, e normas que orientam o modo de vida de uma determinada comunidade em um determinado período histórico (ÁVILA, 2017, p. 46). Ainda, segundo Roque Laraia (2001, p. 25), até o início do século XIX, o termo germânico *kultur* era utilizado para designar todos os aspectos espirituais de uma comunidade; já *civilization*, na França, as realizações materiais. Foi com Edward Tylor (1871), criador da Antropologia, que foi possível a sintetização da terminologia no vocábulo inglês *culture*, para designar em sentido amplo “todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade”. (LARAIA, 2001, p. 25).

Importante destacar que, para Tylor, a concepção de cultura se mostrava como um elemento estático, único, assimilado pelo homem quando integrante de uma dada sociedade (ANTONELLO, 2020, p. 28-29). Esse modelo apenas foi superado no século XX, com os estudos de Franz Boas (1858-1949), que deu origem à concepção antropológica do relativismo cultural (MORAES, 2017, p. 37). Deste modo, percebeu-se a diversidade interna existente nos grupos sociais e a comunicação com culturas diversas, sendo a cultura, assim, um sistema aberto e passível de propagação (ANTONELLO, 2020, p. 29).

Nesta senda, percebe-se que cultura é, portanto, de inegável importância para o ser humano, na medida em que, enquanto criação de uma comunidade, é meio pelo qual os indivíduos se reconhecem, se identificam e são identificados. Logo, cultura exerce um papel fundamental na formação do indivíduo e na forma como ele se relaciona com os demais à sua volta. Explica Kymlicka (1995, p. 134) que a cultura, enquanto “cultura social”, confere aos indivíduos membros, modos de viver dotados de sentido em um amplo espectro de atividades humanas (vida social, formativa, religiosa, econômica, etc.) e, citando Rawls, aponta que

vínculos culturais que o ser humano cria são vínculos fortes e dificilmente renunciáveis (KYMLICKA, 1995, p.153).

De igual sorte Donavan e Garth (2007, p. 124) apontam que a cultura oferece aos indivíduos um modelo de formas padrão para o seu comportamento estar dentro de uma ampla variedade de contextos sociais e existenciais. Para tanto, embora a cultura não seja totalmente determinante, ela fornece soluções prontas para os problemas de vida mais comumente encontrados e, especialmente, de vida em grupo. Logo, afastar-se de tais suposições requer “trabalho” de um tipo pessoal e provocador de ansiedade, principalmente devido à lacuna entre rejeição do modelo de grupo e formulação convicta da solução idiossincrática (ou, alternativamente, a adoção do pré-fabricado conjunto cultural de uma nova sociedade). Assim sendo, para os autores (DONAVAN, GARTH, 2007, p. 124) é pouco provável que diversas pessoas venham a rejeitar mais do que uma pequena fatia dos traços culturais que adquiriram durante a primeira infância. Isso porque, embora todos os humanos vivam em uma cultura, é a cultura na qual uma pessoa nasceu e foi criada que tem a mais poderosa influência formativa, tanto na amplitude das áreas da vida afetadas quanto na profundidade das estruturas de personalidade envolvidas (DONAVAN, GARTH, 2007, p. 124).

Resta claro, portanto, que a “pertença” cultural tem papel decisivo na formação da identidade dos seres humanos, na medida em que contribuem para a percepção que os outros possuem do indivíduo e para a construção de sua identidade, uma verdadeira “ancoragem para a auto-identificação” (KYMLICKA, 1995, p. 157). Ainda, segundo Augusto Silva Dias (2018, p. 131), dizer que a cultura não influencia a vida e o comportamento dos indivíduos seria negar a evidência difundida pela sociologia e pela antropologia, de que os processos de socialização (ou enculturação) imprimem tradições, crenças e usos, com um maior ou menor grau de vinculação, que influenciam a formação da identidade individual.

Hodiernamente, as sociedades têm sofrido as consequências de um mundo em constante evolução e interação entre povos, em razão do que autores chamam de globalização. Esse fenômeno traz mudanças em diversas searas da vida contemporânea, seja em tanto seu aspecto econômico quanto em seus aspectos sociais, culturais, políticos e jurídicos.

Com efeito, a diversidade cultural é, para além de uma realidade e uma necessidade ao desenvolvimento e a evolução do homem, um desafio. Afinal, a existência plural de culturas em uma mesma comunidade gera, inevitavelmente, choques culturais e, conseqüentemente, conflitos.

Conforme explica Torrão (2014, p. 68), o contexto histórico atual é marcado pelo crescimento das movimentações comerciais no contexto global e a progressiva sujeição dos Estados aos poderes econômicos, no que se define como sendo macro mercado supranacional, e, desse modo, traz implicações aptas em reduzir a aspiração política da modernidade que compreendia o Estado como instância suprema de controle e regulação. Tal arranjo leva a emergência de uma nova configuração global abrangendo tanto as relações políticas e econômicas dela decorrentes, quanto às relações humanas oriundas do intenso fluxo de indivíduos possuidores de singularidades culturais distintas. Nesta toada, pode-se afirmar que ao final do século XX se nota um crescimento de sociedades plurais e multiculturais, inseridas no cenário globalizado (HAAS, 2011, p. 2).

Mais especificamente com relação às sociedades multiculturais, pode-se afirmar que estas fazem um retrato da realidade fática, onde existe um aglomerado de culturas distintas convivendo no âmago de uma mesma sociedade, de um mesmo espaço geográfico (ANTONELLO, 2020, p. 42). Logo, as sociedades multiculturais podem ser entendidas como sociedades que se caracterizam pela “coexistência de culturas distintas em uma mesma base territorial, compreendendo tanto as sociedades multiétnicas (grupos étnicos diversos possuidores de patrimônios culturais plurais) quanto às sociedades multinacionais (oriundas da criação de Estados-nação)” (ANTONELLO, 2021, online). Do mesmo modo, citando Stuart Hall, Meirelles afirma que o conceito de sociedade multicultural é essencialmente qualificativo e compreende, no contexto da sociedade, a existência de diversas comunidades culturais que apresentam características e problemas de governabilidade, as quais pressupõem uma convivência e uma tentativa de construção de uma vida em comum (MEIRELLES, 2014, p. 15).

Ainda, Touraine (1995, p.16) ressalta que a sociedade plural ou sociedade multicultural não se traduz na fragmentação da sociedade em diversas comunidades, “encerradas em si mesmas que somente estariam ligadas entre si pelo mercado ou, inclusive, pela segregação”, mas sim que o seu sentido estaria justamente na “combinação em um território dado de uma unidade social e de uma pluralidade cultural mediante intercâmbios e comunicações entre atores que utilizam diferentes categorias de expressão, análise e interpretação” (TOURAINÉ, 1995, p. 16). Nesta senda, diante dos diversos modos de viver consubstanciados em um mesmo espaço geográfico em razão da globalização, a diversidade cultural se instala de forma avassaladora, trazendo, muitas vezes, repulsa, distanciamento e preconceito aos grupos minoritários (HAAS, 2011, p. 9).

Diante deste cenário, muito se tem discutido acerca dos desafios impostos por essa diversidade, no que se refere à gestão da cultura em um Estado multicultural. Isso porque, diversas são as situações conflituosas que podem surgir nas sociedades complexas e heterogêneas da contemporaneidade, formadas por variadas crenças, costumes, religiões, em razão das divergências estruturais entre as culturas em constante interação (ANTONELLO, 2021, online). Do mesmo modo, Dias (2018, p. 67) assevera que os desafios mais delicados que as sociedades multiculturais enfrentam, “na perspectiva da prevenção de conflitos e do desenvolvimento pacífico da convivência social, são os de acomodação da diferença e da integração do forasteiro”. Assim sendo, a diversidade cultural impõe inúmeros desafios nas mais variadas áreas da sociedade, sendo que um destes desafios é o de assegurar a proteção ao ser humano em sua totalidade, não apenas sua igualdade formal, por meio de políticas universalistas, mas também políticas específicas destinadas à grupos sociais específicos de acordo com suas necessidades, garantindo a implementação dos direitos humanos de forma efetivamente universal e indivisível, acrescida do valor da diversidade (ARRUDA, 2013, p. 40). Afinal, a proteção da pluralidade humana e da diversidade cultural significa proteger a própria identidade do sujeito, tendo em vista que a base fundante desta identidade é construída, pelo menos em parte, meio de subsídios obtidos ao longo da história cultural e dos referenciais comunitários (COELHO, 2008, p. 79)

Nesta senda, conforme abordado anteriormente, a diversidade cultural é um aspecto inegável das sociedades contemporâneas assim como os conflitos culturais que dela decorrem. Nesse sentido, a gestão multicultural se mostra um desafio inevitável às nações pós-modernas. Ainda, um dos principais desafios se mostra no campo do direito penal, uma vez que certos conflitos culturais acabam por ter incidência na ordem jurídico-penal de uma determinada sociedade. Assim sendo, explorar-se-á, no próximo capítulo, a temática dos crimes culturalmente motivados, estudando sua conceituação e casos paradigmáticos.

3. CRIMES CULTURALMENTE MOTIVADOS: CONCEITUAÇÃO E CASOS PARADIGMÁTICOS

Uma vez delimitado o conceito de cultura e a relação dela no que se refere a determinação da conduta humana, passa-se à análise das condutas culturais penalmente relevantes, isto é, os crimes culturalmen-

te motivados. Em um primeiro momento, entende-se pertinente estudar sua conceituação e, após, abordar alguns casos relevantes que visam trazer contornos mais nítidos a esse novo desafio que os Estados modernos devem enfrentar.

Os crimes culturalmente ocorrem quando “o conflito normativo é dirimido através da violação de normas jurídico-penais do país de destino em cumprimento das regras do próprio código etnocultural cujo sentido diverge daqueles” (DIAS, 2018, p. 16). Para Van Broeck (2001, p.5) este tipo de delito pode ser entendido como “um comportamento realizado por um membro pertencente a um grupo étnico minoritário, que é considerado ofensivo às normas do sistema da cultura dominante”. Este mesmo comportamento do agente, no entanto, dentro deste grupo cultural minoritário a que pertence, é tolerado ou aceito como um comportamento normal, ou ainda é aprovado, suportado e até encorajado em determinadas circunstâncias.”

De igual forma, explica De Maglie (2019, p. 68) que esse é um comportamento penalmente relevante no qual determinada ação de um sujeito que pertence a um grupo minoritário é considerada crime pelas normas da cultura dominante, ou hospedeira, mas em seu grupo de pertença é tolerado ou, até mesmo incentivado. Ainda, a autora traz alguns exemplos de ações que podem ser consideradas crimes culturalmente motivados, ou, na linguagem anglo-saxã, *cultural offenses*: poligamia, posse e uso de determinadas substâncias entorpecentes para finalidades terapêuticas, matrimônio entre parentes próximos, ritos matrimoniais com violência sexual ou seqüestro de pessoas, entre outros (DE MAGLIE, 2019, p. 40).

De igual sorte, La Fuente (2012, p. 65) assevera que esses crimes em específico revelam, sob à ótica do direito penal, uma situação de pluralismo jurídico. Nesse contexto, duas são as circunstâncias típicas que podem ocorrer: 1) vários grupos normativos influenciam simultaneamente um indivíduo, nesse caso o conflito de normas forma um elemento constitutivo da personalidade do ofensor; ou 2) o indivíduo pode simplesmente não estar ciente da norma do grupo que está tentando regular esse comportamento, nesse caso, os elementos primários de sua personalidade derivam de um grupo cultural que não conhece as normas de comportamento da sociedade que estabelece a punição. Ao seu turno, Rodríguez (2007, p. 24) ressalta que é requisito para esta classe de crimes que a conduta seja perpetrada por um indivíduo que faça parte de uma cultura considerada minoritária e que se considere que o comportamento apresentado pelo sujeito não seja crime no seu âmbito cultural, seja por

ser atípico, justificado ou desculpado, mas que, no entanto, é sim criminalizado dentro do sistema penal da cultura majoritária; ou, ainda, sendo crimes em ambas as culturas, eles têm um tratamento criminal diferente em cada uma.

Mais que isso, De Maglie (2019, p. 196-197) entende ser necessário a verificação em três passos a fim de que se possa determinar se um fato é culturalmente motivado ou meramente um ato isolado e, desse modo, determinar a incidência ou não do argumento baseado na Defesa Cultural. As três fases seriam: do motivo cultural; da coincidência de reação e do confronto entre culturas; e apenas após essas três fases se poderia concluir pela existência de um crime culturalmente motivado (DE MAGLIE, 2019, p. 198). Rodríguez também discorre sobre as fases de comprovação do crime culturalmente motivado de maneira similar. Nesse sentido, alega o autor (2007, p. 24) que a verificação de uma ofensa culturalmente motivada dependerá da verificação da presença de três pressupostos: 1) de ordem subjetiva, que seriam os fatores psíquicos que influenciaram a conduta; 2) de ordem objetiva, que se verificaria através da coincidência cultural entre o ato do sujeito e a expectativa do grupo cultural a que pertence; e 3) de antagonismo entre a norma e cultura, isto é, de conflito efetivo entre a cultura de origem do indivíduo e a norma do lugar onde o mesmo se encontra (RODRÍGUEZ, 2007, p. 24).

Nesta toada, inúmeros são os exemplos de condutas culturais penalmente relevantes. Pode-se citar, entre os mais conhecidos, a prática da mutilação genital feminina, o infanticídio ritualístico indígena e os assassinatos para resguardar a honra familiar. Ainda, Vita (2008, p. 177) traz à baila, também, como práticas de minorias culturais incompatíveis com os sistemas jurídicos dominantes a recusa em garantir oportunidades educacionais igualitárias para as mulheres, o casamento forçado de meninas em idade púbere (e geralmente com homens bem mais velhos), a poligamia, o incesto, a recusa a autorizar transfusões de sangue em crianças (ainda que venha a pôr em risco a vida do indivíduo necessitado) e os sacrifícios de animais em rituais que violam normas que vedam os maus tratos.

Para apreciar a dimensão do problema que se está a tratar e para avaliar as dificuldades que questões desta natureza impõem às sociedades modernas, é muito ilustrativo trazer à baila casos paradigmáticos na jurisprudência internacional. Nesta senda, De Maglie (2019, p. 116) apresenta o famoso caso Chen: Lu Chen, um imigrante chinês teve imputado contra si a prática do crime de homicídio, em 1987, na Cidade de Nova York, por ter matado sua esposa a marteladas após a descoberta de trai-

ção conjugal. No caso em tela, os advogados de Chen trouxeram a cultura de origem do imputado como argumento para penalização mais branda, invocando as “pressões culturais” do grupo de pertença. Isso porque, segundo a tradição chinesa, não é aceitável a infidelidade de uma esposa para com seu marido, devendo a mulher ser severamente punida e, se o esposo não reagir à traição da mesma, será considerado um fracasso perante a comunidade (VALE, 2015, p. 4). Assim, levando em consideração que Chen morava nos Estados Unidos a cerca de um ano na época do delito e só tinha contato com outros chineses, o assassinato de sua esposa era a única forma de evitar a vergonha perante sua comunidade. Destarte, restou decidido no julgamento, que “Dong Lu Chen é o produto da sua cultura (...). A cultura não exclui a responsabilidade, mas é algo que o fez perder o controle mais facilmente. Foi o fator explosivo”. E, ao final, Chen foi condenado a cinco anos de liberdade condicional, sem que lhe fosse imputada pena de prisão (DE MAGLIE, 2019, p. 125-126).

Já o caso Moua se refere ao ocorrido com Kong Moua, então com 21 anos, que acreditava estar seguindo as práticas matrimoniais habituais dos Hmong quando teve relações sexuais com sua noiva SenXiong (DONAVAN e GARTH, 2007, p. 120). Mas SengXiong, então com dezenove anos, aparentemente rejeitou essa tradição e alegou que ela havia sido estuprada. Ambas as partes nasceram e foram criadas em Laos e imigraram para os Estados Unidos após chegarem à adolescência. A acusação de estupro de Moua foi complicada pela prática de Hmong de “casamento por captura”, pelo qual “o homem deve levar a mulher para a casa de sua família e mantê-la lá por três dias para consumir o casamento. A mulher deve protestar, para provar sua virtude e o homem deve a todo custo consumir a relação. Para o observador externo, o ritual de casamento seria indiscernível de uma agressão sexual real (DE MAGLIE, 2019, p. 127). A Corte aceitou a defesa de Moua, reduzindo sua imputação de *rape* para *false imprisonment*, com base na teoria do erro de fato ou de compreensão (LA FUENTE, 2012, p. 84). Aqui o argumento cultural desempenhou um papel decisivo no resultado favorável do processo. Neste caso, Moua foi condenado a três meses de prisão e multado em mil dólares, dos quais novecentos foram dados a Xiong como reparação (DONAVAN e GARTH, 2007, p. 120).

Por fim, pode-se citar o caso, também ocorrido nos Estados Unidos, de Mohammed Kargar, um refugiado afegão que, juntamente com sua família, passou a viver no continente americano. Kargar contratou uma jovem vizinha como babá e na presença da mesma beijou o pênis de seu filho de um ano e meio (LA FUENTE, 2010, p. 90). A jovem contou

mais tarde a sua mãe sobre o que aconteceu, que se lembrou de ter visto um evento semelhante no álbum de fotos de Kargar, então ela relatou à polícia. Kargar nunca negou os fatos, afirmando que beijar o pênis do próprio filho é, dentro de sua cultura, uma expressão de afeto paterno e que não tem conotação sexual, completamente aceitável na lei islâmica (DONAVAN, GARTH, 2007, p. 119). Apesar do que foi afirmado, foi acusado do crime de abuso sexual, tendo sido condenado em primeira instância, apesar de ter ficado claro que não havia sentido sexual em seu ato e que se tratava de uma expressão cultural, com base no entendimento da conduta dentro do crime. No entanto, a Suprema Corte do Estado reverteu a decisão, destacando a natureza cultural e não sexual do comportamento de Kargar, acolhendo, assim, a tese da defesa de *minimis defense*, ou seja, carência de ofensividade da conduta (DE MAGLIE, 2019, p. 130).

Nesta senda, uma vez abordados importantes casos que ilustram a questão dos crimes culturalmente motivados e os desafios que eles trazem à sociedade e ao sistema jurídico de um país, passar-se-á ao estudo dos modelos de reação à diversidade cultural. Para tanto, abordar-se-á modelos de direito penal assimilacionista e multiculturalista, bem como suas vertentes. Mais que isso, explorar-se-á as soluções jurídico-penais possíveis de serem aplicadas em situações em que a cultura é fator determinante para o cometimento do delito.

4. MODELOS PENAIIS DE REAÇÃO À DIVERSIDADE CULTURAL E SOLUÇÕES JURÍDICO-PENAIIS POSSÍVEIS

Em relação aos modelos de direito penal que buscam responder aos conflitos culturalmente motivados, pode-se citar os seguintes: assimilacionista, multicultural fraco e multicultural forte (DE MAGLIE, 2019, p. 69-70).

De Maglie (2019, p. 69-70) explica que o modelo assimilacionista é totalmente insensível diante da diversidade cultural, encarando a mesma com indiferença ou, até mesmo, com intolerância. Mais que isso, esse modelo se divide em duas importantes vertentes: assimilacionista-igualitário e assimilacionista-discriminatório. De igual forma, explica Dias (2018, p. 72) que “o modelo assimilacionista tende a adotar uma política criminal de intolerância ou de indiferença para com a diversidade cultural, funcionalizando o Direito Penal à consecução do fim político-ideológico da afirmação do ideário republicano e laico.” Assim, a identidade comunitária é irrelevante, vista mais como um obs-

táculo à integração do que como condição do que um fator de realização do indivíduo (DIAS, 2018, p. 72).

O modelo assimilacionista igualitário é marcado pela indiferença em relação ao fator cultural, legitimando-se na interpretação formal do princípio da igualdade. Aqui se tem a leitura “fria” do princípio da igualdade, e, nesse sentido, o modelo de direito penal correspondente trata, sem fazer distinções, tanto o autor do crime culturalmente motivado, quanto aquele que age não amparado por motivo cultural (DE MAGLIE, 2019, p. 69). Como exemplo desse modelo podemos citar o sistema jurídico-penal da França. Já o modelo assimilacionista-discriminatório é adotado, por exemplo, na Itália. Nesse sistema “a ausência de adequação à cultura do sistema anfitrião pode desencadear até mesmo reações hiperpunitivas” (DE MAGLIE, 2019, p. 70), como é o caso da criminalização da mutilação genital feminina, delito introduzido no art. 583 do Código Penal italiano e que pune mais do que os crimes de lesão já previstos.

Já o modelo multicultural adota uma postura mais tolerante com relação à diversidade cultural, “que se manifesta não só no acolhimento dispensado ao fator cultural, admitindo, inclusive, a previsão formal da motivação cultural como atenuante modificativa da pena e a criação de isenções legais [...], mas também no reconhecimento de jurisdições multiculturais (DIAS, 2018, p. 72-74). No chamado sistema multicultural fraco, as pretensões de reconhecimento da defesa cultural são acolhidas, sem, contudo, comprometer os princípios fundamentais sobre os quais se funda o direito penal. Assim sendo, a solução sistemático-sancionatória aberta à diferença étnico-cultural é, aqui, procurada dentro das categorias penais tradicionais, que são reinterpretadas de modo a recepcionar estes novos delitos” (DE MAGLIE, 2019, p. 70). A versão forte do modelo multicultural é “tal forma tolerante e aberto às culturas “outras”, que não se coloca sequer o problema de uma sua eventual voluntária integração no quadro do sistema dominante” (DE MAGLIE, 2019, p. 70), aqui pode-se citar como exemplo o instituto da *cultural defense*, que pode chegar a excluir a responsabilidade do *cultural offender*.

Logo, o modelo multicultural forte se mostra plenamente aberto à diversidade cultural, colocando-a como uma categoria autônoma de exclusão ou diminuição da responsabilidade (ANTONELLO, 2020, p. 92). Assim, a *cultural defense* seria invocável por um agente que pertencesse a um grupo étnico minoritário, com cultura, costumes e usos diferentes ou, até mesmo, opostos, ao do Estado hospedeiro. Ainda, para que a *cultural defense* “se fizesse valer”, o agente deveria demonstrar que “o comporta-

mento ilícito foi realizado em razão do razoável convencimento de agir de boa-fé, baseado na sua herança ou tradição cultural” (DE MAGLIE, 2019, p, 149). Deste modo, o argumento cultural seria enquadrado no campo das *excuses*. Os limites que esse modelo impõe são os atos que atentem contra os direitos humanos invioláveis e os crimes em que a violência, física ou psicológica, são elementos presentes. Logo, esse modelo não busca uma exacerbada valorização e proteção do direito a cultura em detrimento de demais direitos essenciais ao ser humano, como por exemplo o direito à vida, à liberdade sexual, à incolumidade física (ANTONELLO, 2020, p. 93). Ainda, esse modelo apresenta duas versões: ampla e restrita. As versões diferem entre si no tocante à hipótese de solução apresentada para a questão cultural (DE MAGLIE, 2019, p. 158).

No Brasil, não obstante a questão indígena, que parece trazer contornos à forma como o Estado lidaria com a colisão de culturas no campo penal, por meio da adoção de um modelo assimilacionista-igualitário (ANTONELLO, 2021, online), poucas são abordagens doutrinárias acerca da temática. Do mesmo modo, a jurisprudência não se mostra uniforme no que se refere a qual seria a solução para casos penais dessa natureza. Carecendo-se, nesse sentido, uma formalização do argumento da determinação cultural enquanto tese defensiva.

Nesta toada, Faria (2014, p. 128-129) alerta que em países cuja estrutura é marcada pelo multiculturalismo, como por exemplo o Canadá, a Austrália, os Estados Unidos, a África do Sul, o Brasil, além de diversos países do Continente Europeu, o problema da relação entre a prática do costume e o ordenamento jurídico-penal geral deve ser tratado com profundidade, utilizando-se, inclusive, de soluções legislativas. Assim sendo, o direito penal moderno necessita regulamentar e harmonizar as diversidades culturais dos indivíduos sob sua égide, garantindo uma proteção efetiva aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Dias (2006, p. 13) afirma que se deve analisar como um delito culturalmente motivado pode influenciar em cada elemento do núcleo central da teoria do crime, qual seja: a necessidade de um fato típico, ilícito e culposo para que se possa atribuir a alguém a prática de um delito. Entre os atributos do fato punível, dois são os mais aptos para acolher os usos ou costumes em sede de aplicação do direito penal: a tipicidade e a culpabilidade. A tipicidade, por intermédio das chamadas ações socialmente adequadas e a culpa, aqui compreendida em sentido amplo, abrangendo “não só o momento da censura ou atribuição de um demérito pessoal ao agente, mas também a própria imputação subjetiva (a tí-

tulo de dolo ou de negligência)” (DIAS, 2006, p. 13). Ávila (2017, p. 295, tradução nossa) ainda aponta que “a doutrina coloca a “exceção cultural” na área da culpa, como é o caso da jurisprudência. No entanto, existem propostas que apontam para outras áreas do sistema criminal [...]”

Mais especificamente, pode-se afirmar que a solução no plano da tipicidade se dá, como já mencionado anteriormente, no campo da atipicidade em razão da adequação social da conduta. Isto é, questiona-se se os delitos, embora pudessem ser enquadrados enquanto condutas típicas previstas na legislação penal não seriam casos em que se encontraria presente o instituto da adequação social da conduta. Isso porque, os agentes que praticam os crimes com base em motivações culturais observaram regras costumeiras e intrínsecas à sua cultura e, nesse sentido, forma de vida (DIAS, 2006, p. 17). Assim, sendo, Faria explica que o costume seria, sob este viés, parte de um sentido histórico, social e cultural de coisas, que permitiria excluir a tipicidade de uma conduta que formalmente preenche todos os elementos do tipo penal em questão (FARIA, 2005, p. 802-803).

Não obstante, essa solução não se mostra livre de críticas. Dias (2006, p. 17) aponta que “os costumes ou usos não podem produzir ações socialmente adequadas desligados de uma valoração global do facto. Para essa valoração global concorrem, em meu entender, um sentido social e um sentido constitucional do facto realizado.” Isto é, uma conduta que viole a integridade de alguém, à liberdade sexual, à vida, não pode ser compreendida como socialmente adequada, afinal, mesmo que aceita e incentivada em alguns casos por um grupo social minoritário, ela é vista pela generalidade da população como uma ação que viole direitos fundamentais. Nesse sentido, esclarece Faria (2005, p. 816-817) que adequação social deve ser um conceito de natureza geral, e não local. Deve se revelar como um comportamento adequado à consciência ético-social historicamente desenvolvida aceito pela população como um todo e não apenas por uma parcela minoritária da mesma. Partilha do mesmo entendimento Carvalho (2002, p. 149), que afirma que, em sendo os crimes culturalmente motivados ofensivos aos bens jurídicos fundamentais penalmente tutelados, esses crimes não poderão ser entendidos como socialmente adequados e, nessa esteira, a tipicidade não estaria afastada.

Ainda no plano da tipicidade outra solução é apresentada. Segundo Ávila (2017, p. 297, tradução nossa), “em outros casos, foi feita referência ao princípio da lesividade como um possível argumento para excluir certas práticas culturais do âmbito da tipicidade [...]” Assim, que ocorrerá com a análise sobre a ofensividade da conduta posta em prática

pelo autor cultural. De Maglie (2019, p. 218) explica que o princípio da lesividade seria relevante naqueles casos em que a conduta do sujeito, embora formalmente típicas, não seriam substancialmente aptas a ferir o bem jurídico tutelado. Deste modo, leciona Zaffaroni *et al.* (2010, p. 212) que a existência e tutela penal do bem jurídico somente tem relevância se analisando, conjuntamente, com a ofensividade mínima que se exige para a caracterização da tipicidade material do delito. Assim, haveria a atipicidade da conduta quando o ânimo do autor do fato culturalmente motivado, embora se comportando de modo típico, não era o de ofender o objeto protegido pela norma penal da cultura dominante. Ou seja, haveria uma ausência de vontade do agente em realizar todos os elementos de um tipo objetivo (ANTONELLO, 2020, p. 71).

Porém, a aplicação dessa solução, segundo Ávila (2017, p. 298), embora interessante, poderia trazer problemas importantes de segurança jurídica. Isso porque a tipicidade passaria a depender do significado que ela tivesse dentro de cada cultura a que pertence o perpetrador de crime por motivação cultural.

No campo da ilicitude se estuda o descumprimento de um dever jurídico imposto e a respectiva causa de justificação apresentada (ÁVILA, 2017, p. 298). Nesta senda, as excludentes de ilicitude encontram-se previstas no art. 23 do Código Penal brasileiro, sendo elas: estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito.

Deste modo, com relação aos crimes culturalmente motivados, pergunta-se se o delito cultural, mesmo que venha a violar um bem jurídico penalmente tutelado, poderia ter sua ilicitude excluída em razão da previsão constante no art. 23, inciso III, do Código Penal. Isto é, exercício regular de um direito, mais especificamente o direito à cultura e à diversidade cultural, constitucionalmente tutelado (DIAS, 2006, p. 22). Dias (2006, p. 22) afirma que se trataria, portanto, “um problema clássico de conflito de interesses, cuja resolução constitui o objecto da teoria da justificação ou da exclusão da ilicitude do facto.” Tal proposta é alvo de críticas pela doutrina. Nesse sentido, Dias afirma que:

A posição exposta é inaceitável por três ordens de razões. Primeiro, porque é muito discutível que a defesa da universalidade dos direitos constitua uma manifestação de eurocentrismo. Segundo, porque o direito à própria cultura não é um direito absoluto que lhe confira prevalência sobre todos os direitos que com ele colidam. Terceiro, porque mesmo que atribuamos uma dimensão co-

lectiva ao direito à cultura, não é aceitável que ele possa afirmar-se contra os seus membros, negando-lhes a possibilidade de criticar a sua cultura ou de escolherem outra (exit right) [...]. A cultural defense não pode conduzir à formação de «nichos jurídicos» onde seja permitida a ofensa a bens jurídicos tão essenciais (ligados aos direitos em causa) (DIAS, 2006, p. 24-27).

No mesmo sentido, Kymlicka (1995, p. 214) entende que um “alargamento” exacerbado do direito à cultura e a tolerância quanto à possibilidade de auto regulação dos grupos sociais minoritários, levaria ao fracionamento, ou fragmentação, das sociedades democráticas, afinal práticas como a excisão, os casamentos por rapto, o canibalismo, o infanticídio ou a morte da mulher adúltera, a violência sexual dentro do casamento, a mutilação genital feminina, seriam tolerados e admitidos com base em uma ideia de não interferência. Carvalho (2002, p. 148) também possui posicionamento similar na medida em que sustenta que a defesa cultural teria o seu o seu limite de validade nos fundamentos normativos da Constituição do Estado hospedeiro.

Por fim, a solução no plano da culpabilidade se daria no sentido da censurabilidade pessoal do agente (DIAS, 2006, p. 29). Assim, trabalhar-se-ia com a ideia da exclusão da responsabilidade penal do agente na medida em que se entenderia que o autor cultural não possuiria capacidade de compreender sua própria conduta (ANTONELLO, 2021, online). Nesta toada, afirma Ávila (2017, p. 301, tradução nossa) que “[...] a maioria das soluções apela à influência da identidade cultural na possibilidade de motivação pela norma, seja como possível causa de imputabilidade, seja por erro de proibição.”

Assim sendo, parte da doutrina se pergunta se a determinação cultural de uma pessoa pode implicar na sua incapacidade de compreender a ilegalidade da conduta, de forma análoga aos casos de anomalia ou alteração psíquica permanente que impedem o sujeito de compreender a ilegalidade do ato ou causam alterações na percepção (ÁVILA, 2017, p. 301). Deste modo, o autor cultural seria considerado um agente imputável, nos termos do art. 26, *caput*, do Código Penal, que dispõe ser isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento ao tempo da prática da ação ou omissão.

Foi nesse sentido que os Códigos Penais da Bolívia e da Colômbia passaram a ver a questão cultural, adotando essa solução para os de-

litos praticados pelos índios. Entretanto, a inimizabilidade não é fundamentada em uma anomalia psíquica ou na imaturidade resultante da menor idade, mas em uma “incapacidade de compreender a valoração jurídica de formas de comportamento que na sua sociedade são olhadas com indiferença, toleradas ou recomendadas e que no grupo maioritário e criador da lei são censuradas como ilícitas” (DIAS, 1996, p. 14).

Todavia, essa solução é criticada pela doutrina, na medida em que implica um duplo efeito negativo. Isso porque:

não somente se abate irremediavelmente sobre o grupo étnico de pertença do sujeito ativo, porque a prova do fato culturalmente motivado implica a afirmação de que a comunidade de pertença teria se comportado do mesmo modo que se comportou o agente, mas possui uma repercussão também sobre o autor individual, que sai do caso processual impune, mas com aquela carga de desconfiança e medo que frequentemente acompanha as absolvições por enfermidade mental. Em última análise, a solução em exame implica uma dupla consequência negativa, seja sobre o grupo, seja sobre o indivíduo: um custo redobrado, social e individual, que não chega a contrabalançar o efeito positivo da não punibilidade (DE MAGLIE, 2019, p. 272).

No mesmo sentido é o entendimento de Carvalho (2002, p. 148), que aponta que essa seria uma proposta racista, pois consideraria que os indígenas, ou outros autores culturais, sofreriam de um atraso na sua evolução neuropsicológico-intelectual; e paternalista, partindo do pressuposto que se deve ser sempre compreensivo e indulgente com esses agentes porque se encontram distantes dos padrões culturais dos países e populações ditas civilizadas.

Outra solução se dá por meio da análise do plano da consciência da ilicitude, isto é, da censurabilidade ou não do desconhecimento da antijuridicidade que reveste o fato (CARVALHO, 2002, p. 149). Assim, explica Ávila (2017, p. 303, tradução nossa) que “outra grande corrente que se inclina a contemplar o condicionamento cultural [...] sustenta que o mais adequado é resolver esses pressupostos a partir do conceito de erro de proibição.”

Deste modo, conforme já abordado anteriormente, as regras costumeiras e os imperativos tradicionais exercem um importante papel na formação da identidade de uma pessoa e, nesse sentido, não podem ser ignoradas (DIAS, 2006, p. 30). Nesta lógica, algumas condutas “sobretu-

do aquelas que são praticadas por pessoas que chegaram há pouco tempo ao país de destino e não tiveram ainda oportunidade de conhecer e compreender os valores pelos quais se rege aí a vida social, podem constituir casos de erro sobre a ilicitude” (DIAS, 2006, p. 29-30). O erro sobre a ilicitude, ou erro de proibição, está previsto em quase todas as legislações penais ao redor do mundo. No ordenamento brasileiro, encontra-se no artigo 21 do Código Penal.

Logo, erro de proibição é aquele que recai sobre a compreensão da ilicitude da conduta. Quando invencível, isto é, mesmo com a devida diligência o sujeito não teria conseguido compreender a ilicitude da conduta, a consequência será a de excluir a culpabilidade e, portanto, a responsabilidade penal do agente; quando vencível irá atenuar a pena do delito doloso (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2011, p. 511). Nesta senda, caso o sujeito não o sujeito não sabia, e nem teria podido saber, que sua conduta é ilícita, ele não será considerado culpável. Ou seja, o sujeito só atua com culpa quando conhece, ou teria como conhecer, o caráter antijurídico de sua conduta e, nesse sentido, deve ser responsabilizado penalmente. Há, também, os casos em que o agente sujeito conhece a contrariedade da conduta em relação à norma penal, todavia não lhe era exigível entender a regra em questão. Nas palavras de Ávila (2017, p. 304), essa solução poderia ocorrer de duas formas: o erro direto “que recai [...] sobre a representação da valoração jurídica do ato conforme a norma proibitiva” e o erro indireto “que ocorre quando o sujeito crê estar atuando amparado por uma causa de justificação” (2017, p. 304, tradução nossa).

Zaffaroni, rechaçando a solução da inimputabilidade, apresenta a solução baseada no “erro de compreensão culturalmente condicionado”. Essa solução seria uma especificação do erro de proibição, servindo para os casos em que, embora haja o conhecimento da proibição, não é exigível ao agente a respectiva interiorização porque ela é estranha à sua cultura (ZAFFARONI, 1985, p. 549).

Por fim, ainda analisando os elementos constitutivos da culpabilidade, percebe-se que outra possível solução estaria dentro do instituto da inexigibilidade de conduta diversa. Conforme esse entendimento, ao analisar a prática cultural da Farra do Boi, Martins (2017, p. 79) aponta que a mesma é uma manifestação cultural extremamente comum no meio em que o farrista nasce e é socializado, e, nesse sentido, em sendo expressão de sua cultura faz surgir ao indivíduo uma “situação de conflito existencial em que se sinta coagido, tal como verdadeiro necessitado, a se orientar pelo bem que mais estima, ou seja, a preservação da prática

cultural, em detrimento da preservação do animal” (MARTINS, 2017, p. 79). Ou seja, em decorrência da forte pressão existente no meio da sua comunidade pela manutenção de tal tradição, o indivíduo encontra-se “particularmente predisposto a fazer prevalecer uma estrutura de valores éticos que destoa da ordem de valores definida em abstrato pelo Direito (MARTINS, 2017, p. 79).” A pressão cultural, portanto, faz com que o âmbito de autodeterminação do sujeito seja limitado, não sendo possível, assim que se exija um comportamento conforme o Direito. Ou seja, nesta espécie delitiva não são raros os casos em que o agente, mesmo sabendo se tratar de um fato ilícito para a cultura dominante, pratica o ato mesmo assim, por medo dos castigos que pode vir a sofrer por parte de seu grupo de pertença (CARVALHO, 2002, p. 152). Ou, ainda, conforme explica Faria (2014, p. 136), por dos chefes e dos demais membros do grupo, que impõem o cumprimento da regra costumeira.

Depreende-se, portanto, que a questão cultural ainda permanece um problema em aberto. Explica De Maglie (2019, p. 181) que “o debate sobre a formalização da *cultural defense*” aberto a mais de 20 anos, encontra-se, ainda hoje em curso. Trata-se de uma discussão que não dá sinais de enfraquecimento [...]. A busca por uma *right answer* [...] não é tão fácil nesse contexto” (DE MAGLIE, 2019, p. 181). Nesta toada, difícil parece ser a tarefa de garantir uma solução justa e eficaz aos casos de crimes culturalmente motivados. Se por um lado, o Estado Democrático de Direito deve garantir que o sistema de direitos que não seja indiferente frente às desigualdades sociais e às diferenças culturais, isto é, que não se despreze o fator cultural, por outro lado, que essas condutas ofendem a bens jurídico-penais fundamentais, como a vida, a integridade física, a liberdade sexual, sendo que uma posição inerte por parte do Estado acabaria por trazer uma insegurança à ordem jurídica e aos cidadãos como um todo.

De igual sorte, Renteln (2004, p. 186) assevera que não há uniformidade na maneira como a cultura é tratada pelos tribunais, trazendo, assim, resultados diferentes inclusive para crimes semelhantes. Explica a autora (RENTELN, 2004, p. 186) que, mesmo nos casos em que o sistema legal poderia ser mais compreensivo, as minorias étnicas geralmente são coagidas a se conformar, como é o caso, por exemplo, dos indivíduos do Oriente Médio que são presos por mascar *khat* (embora os efeitos exatos dessa substância sejam desconhecidos e essa tradição exista há séculos). Ressalta-se que isso não significa dizer que toda tradição cultural deve ser tolerada, afinal, a consideração de evidências culturais não requer necessariamente que os tribunais permitam a continuação de todas as

práticas culturais. Isso porque, mesmo que haja evidências convincentes da existência de uma tradição, não há garantias de que ela afetará o desfecho do caso sob análise. Afinal, quando uma prática cultural interfere nos direitos de grupos vulneráveis, ela pode ter que ceder. Logo, deve-se ressaltar a importância de pesar outros direitos humanos contra o direito à cultura, se um costume envolve um dano genuíno, pode ser necessário limitá-lo, do contrário, o direito à cultura deve garantir a proteção do modo de vida (RENTELN, 2009, p. 819). Não obstante, a preponderância dos dados desmente o compromisso das democracias com o valor da diversidade cultural.

No mesmo sentido, Kymlicka (2014, p. 2) aponta que é inevitável que o direito penal nas sociedades multiétnicas modernas, em busca de objetivos legítimos voltados para o futuro, proíba algumas atividades que fazem parte das práticas de alguns grupos. Porém, partindo do pressuposto de que a cultura é constitutiva da identidade, em uma sociedade pluralista as políticas governamentais devem apoiar o florescimento de identidades múltiplas. A fim de garantir que as minorias étnicas tenham a dignidade e os direitos que lhes são devidos, algum tipo de defesa cultural formal é essencial (RENTELN, 2004, p. 187).

Sendo assim, não se pode perder de vista que apesar do direito à cultura não ser “ilimitado ou irrestrito, devendo ponderar-se com os demais direitos em situações de conflito, deve-se reconhecer o pluralismo cultural existente na nação e respeitar os diversos grupos que compõem a sociedade” (ANTONELLO, 2021, online), a fim de que se possa garantir a coexistência harmônica em comunidade, bem como a proteção suficiente de todos os direitos fundamentais envolvidos nos conflitos culturais.

Para tanto, não parece bastar a mera formalização da *cultural defense*, seja por meio de um erro de proibição específico ou por intermédio de outra solução a ser encontrada, é necessário que se garanta, também, proteção suficiente de todos os direitos fundamentais e que se evite abusos do uso do argumento cultural enquanto tese defensiva. Nesse sentido é o esforço teórico elaborado por Renteln, e também por De Maglie, na busca por uma causa legal originária para tratar da temática, propostas essas que serão abordadas a seguir.

Assim sendo, Renteln (2004, p. 187) explica o porquê da necessidade do estabelecimento de uma “defesa cultural” oficial no direito penal. Expõe a autora que o objetivo de uma defesa cultural é permitir que os réus apresentem evidências sobre sua cultura e sua relevância para com o caso sob julgamento (RENTELN, 2004, p. 187). Nesse sentido, “uma de-

fesa cultural bem-sucedida permitiria a redução (e possível eliminação) de uma carga, com uma redução concomitante da punição. A justificativa por trás de tal afirmação é que o comportamento de um indivíduo é influenciado em grande medida por sua cultura que ou 1) o indivíduo simplesmente não acreditava que suas ações infringiam qualquer lei, ou 2) o indivíduo se sentiu compelido a agir de acordo com maneira que ele fez. Em ambos os casos, a culpabilidade do indivíduo é diminuída” (RENTELN, 2004, p. 187, tradução nossa).

Logo, uma vez motivo pode ser legitimamente considerado em processos criminais, então, devido ao poder da enculturação, os tribunais devem levar em consideração os motivos culturais. Se os motivos culturais forem admissíveis em tribunal, isso permitiria a criação de uma defesa cultural formal. Deve-se decidir se a defesa cultural deve exonerar o réu total ou parcialmente (RENTELN, 2004, p. 191). Para isto, Renteln propõe o emprego da defesa cultural como uma escusa parcial, afinal a punição deve ser adequada ao crime. Assim sendo, se o motivo é relevante para a determinação da culpa, então é indiscutivelmente injusto excluir a consideração do motivo cultural, deixando o réu sujeito à punição mais severa. Nas palavras da autora:

Isso equilibraria os requisitos de justiça individual e acomodação cultural com as demandas concorrentes da ordem social e do Estado de Direito. O equilíbrio é melhor alcançado pelo estabelecimento de uma defesa cultural como uma escusa parcial. Desta forma, os júris poderiam decidir se os fatores culturais foram determinantes no comportamento de um réu e, em caso afirmativo, se isso é suficiente para justificar uma acusação menor. Ou seja, empregar a defesa cultural como uma escusa parcial permitiria aos tribunais uma melhor adequação a punição ao crime, que certamente é um dos objetivos do sistema de justiça criminal (RENTELN, 2004, p. 188, tradução nossa).

Isso serviria para “preservar a ilusão da ilegalidade geral da ação (e, portanto, presumivelmente para dissuadir outros), enquanto adapta a punição à culpabilidade moral do réu” (RENTELN, 2004, p. 190). As vantagens das escusas parciais são evidentes, já que permitem que a lei acomode a motivação do réu sem exigir condenação inadequada ou absolvição completa. A atual escolha binária entre culpa ou inocência é muito simplista para acomodar as sutilezas do mundo real. Ao fornecer alternativas, as escusas parciais permitiriam mais flexibilidade. Mais importante

ainda, permitiriam que o júri, depois de ouvir todas as provas, determinasse o grau apropriado de culpabilidade (RENTELN, 2004, p. 190).

Já De Maglie propõe uma causa de não punibilidade originária para a solução de conflitos étnico-culturais que apresente as seguintes características:

(A) Deveria tratar-se de uma causa de exclusão da pena pessoal. Ela deveria, por isso, ser construída sobre a figura do *autor do crime culturalmente motivado*.

(B) Mais especificamente, como se insistiu muitas vezes, para afastar as objeções sistemáticas, em particular aquelas centradas no princípio taxatividade, e evitar aporias político-criminais, o legislador deveria adotar uma *noção restrita* de crime culturalmente motivado, modelada sobre o elemento normativo extrajurídico cultura, a se conceber de modo limitado, circunscrito à dimensão rigorosamente *étnica* do termo. Essa definição de cultura não poderá ser simplesmente referida àquela do autor do crime, mas deverá, também, ser relacionada a cultura do *grupo étnico* do qual faz parte o sujeito agente, cujas características, já precisadas, deverão vir à tona. Por isso, a prova da existência de um crime culturalmente motivado deverá passar por três fases de verificação, bem distintas e separadas entre elas, colocadas, segundo a sequência gradual já ilustradas, em sucessão lógica e cronológica.

(C) Por sua vez, no que se refere aos crimes cobertos pela causa de não punibilidade em exame, deve-se reiterar com firmeza que estão excluídos do âmbito do benefício da impunidade todos os comportamentos que, embora sendo reconduzíveis à categoria dos crimes culturalmente motivados, implicam uma violação nas chamadas imunidade fundamentais. [...]

(D) Finalmente, seguindo as indicações provenientes do estudo comparado, a operabilidade da causa de não punibilidade “cultural” será subordinada à superação, por parte do sujeito, da chamada “prova da razoabilidade” da adesão à cultura de origem. Como se viu, trata-se de uma verificação tendente a aferir se a obediência do imputado aos padrões culturais do grupo de referência foi ou não “razoável.” (DE MAGLIE, 2019, p. 311-313).

Sem uma defesa cultural formal, sob a configuração de uma escusa legal originária, os direitos dos grupos étnicos minoritários não serão respeitados. Isso porque, raramente os tribunais parecem dispostos a permitir que argumentos culturais sejam apresentados no tribunal. Como resultado, o padrão que se percebe é que os tribunais condenam

indivíduos que agiram com base em imperativos culturais, mas impõem pouca ou nenhuma punição. Logo, caso uma defesa cultural formal fosse adotada seria possível evitar a manipulação generalizada que corre solta no sistema jurídico (RENTELN, 2004, p. 201).

Em suma, deve-se buscar a implementação de uma política criminal no sistema jurídico brasileiro que promova o pluralismo o cultural e crie mecanismos que possibilitem a defesa do direito à cultura, não desprezando, deste modo, as diferenças culturais. Mas que, ao mesmo tempo, venha a proteger suficientemente os demais direitos fundamentais, preservando os valores e as estruturas normativas do Estado hospedeiro.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura enquanto modo de pensar e de viver de determinado grupo em um certo período histórico é, enquanto aspecto de formação do homem e de sua identidade, um fator indispensável da estrutura do ser humano. Desse modo, conforme restou demonstrado, é inegável que a cultura na qual um indivíduo se encontra inserido apresenta um papel significativo na formação de sua identidade, isto é, sua percepção de mundo, seus valores e seus comportamentos em sociedade.

Ainda, com as evoluções sociais, políticas, jurídicas, econômicas, impulsionadas principalmente pelo fenômeno da globalização, a diversidade cultural se torna uma realidade intrínseca das sociedades multiculturais. Nesta toada, a pluralidade de culturas em uma mesma comunidade indiscutivelmente acarreta conflitos oriundos dos choques ocorridos entre grupos sociais. Com efeito, a gestão multicultural, nos mais diversos âmbitos da vida civil, torna-se um dos principais desafios das nações contemporâneas. No campo do Direito, mais especificamente do Direito penal, não é diferente. Novas realidades surgem e antigas realidades são alteradas e, com isso, constatou-se o fenômeno da expansão do Direito penal, na busca por oferecer soluções a estas novas demandas.

Assim sendo, os chamados crimes culturalmente motivados impõem ao Direito a necessidade de oferecer uma resposta que possa garantir a coexistência pacífica de todos em sociedade, bem como a proteção suficiente de direitos fundamentais em conflitos. Para tanto, múltiplos são os modelos de direito penal no que se refere aos meios de reação à diversidade cultural. Da mesma forma, diversas são as soluções apontadas pela doutrina e pela jurisprudência nos casos de conflitos multiculturais,

como por exemplo as baseadas em exclusão da tipicidade em razão da adequação social da conduta ou da culpabilidade por meio do erro culturalmente motivado.

Percebe-se que não há uniformidade na maneira como a cultura é tratada pelos tribunais de diversos países, trazendo, assim, resultados diferentes para crimes semelhantes. De igual forma, no Brasil, segundo restou demonstrado, essa questão ainda é pouco debatida e não se encontra regulamentada qual seria o modelo adotado para responder aos crimes culturalmente motivados. Igualmente, carece-se de regulamentação e formalização a forma como argumento da determinação cultural poderia ser utilizado enquanto tese defensiva.

Nesta senda, difícil é a tarefa de assegurar a observância do fator cultural, não desprezando, deste modo, as diferenças culturais e, ao mesmo tempo, proteger suficientemente os demais direitos fundamentais, preservando os valores e as estruturas normativas do Estado. Nesse sentido, não se pode perder de vista que, muito embora o direito à cultura e a diversidade devam ser observados e respeitados pelo Estado, estes não são ilimitados e devem ser ponderados com os demais direitos em conflito, a fim de que se possa assegurar uma resposta justa e eficaz à essas situações que se apresentam.

Para tanto, não parece bastar a mera formalização da *cultural defense*, seja por meio de um erro de proibição específico ou por intermédio de outra solução a ser encontrada, é necessário que se garanta, também, proteção suficiente de todos os direitos fundamentais e que se evite abusos do uso do argumento cultural enquanto tese defensiva. Conclui-se, assim, pela importância da implementação de uma defesa cultural formal, sob a forma de uma escusa legal originária. Afinal, é necessário que se tenha uma política criminal no sistema jurídico brasileiro que promova o pluralismo o cultural e crie mecanismos que possibilitem a defesa do direito à cultura, não desprezando, deste modo, as diferenças culturais. Mas que, ao mesmo tempo, venha a proteger suficientemente os demais direitos fundamentais, preservando os valores e as estruturas normativas do Estado hospedeiro. Objetivo esse que não parece ser alcançada pelas propostas de reinterpretção das categorias penais tradicionais (excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade), mas sim por meio da criação escusa legal originária aplicável aos casos de delitos culturalmente motivados.

REFERÊNCIAS

ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. **Crimes culturalmente motivados:-** Sistema Jurídico e os Direitos das Minorias sob a Ótica do Multiculturalismo. 1. ed. Porto: Juruá, 2020.

ANTONELLO, Anuska Leochana Menezes. Crimes culturalmente motivados e modelos de direito penal: o tratamento jurídico-penal conferido aos povos indígenas. **DireitoNet**, 2021. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12010/Crimes-culturalmente-motivados-emodelos-de-direito-penal-o-tratamento-juridico-penal-conferido-aos-povos-indigenas>. Acesso em: 10 set 2021.

ARRUDA, Andreia Aparecida D'oreira. **Os Quilombolas:** Democracia e culturalismo como respeito à diferença. Pouso Alegre: FDSM, 2013.

ÁVILA, Fátima Cisneiros. **Derecho penal y diversidad cultural:** los comportamientos culturalmente motivados. 2007. Tese (Doutorado em Ciências Sociais e Jurídicas) – Faculdade de Direito de Málaga. Málaga, p. 382. 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 18 set. 2021

CARVALHO, Américo Taipa de. Direito à diferença étnico-cultural, liberdade de consciência e direito penal. Revista Direito e Justiça, Lisboa, v. 16, t. 1, 2002.

COELHO, Teixeira. **A cultura e seu contrário:** cultura, arte e política pós-2001. São Paulo: Iluminuras, 2008.

DE MAGLIE, Cristina. **Crimes culturalmente motivados:** Ideologias e modelos penais. Tradução de Stephan Doering Darcie. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DIAS, Augusto Silva. **Crimes culturalmente motivados:** O direito penal ante a “estranha multiplicidade” das sociedades contemporâneas. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

DIAS, Augusto Silva. Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. **Anais [...].** Jornada de Comemoração dos

15 anos da Faculdade de Direito de Bissau, mar. 2006. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-Faz-sentido-punir-o-ritual-do-fanado-Reflexoes-sobre-a-punibilidade-da-excisao-clitoridiana.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 6, p. 209-230, 1996. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Dias-Augusto-Silva-PROBLEMAS-DO-DIREITO-PENAL-NUMA-SOCIEDADE-MULTI-CULTURAL-O-CHAMADO-INFANTICIDIO-RITUAL-NA-GUINE-BISSAU.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

DONAVAN, James M.; GARTH, John Stuart. Delimiting the Culture Defense. **QLR**, vol. 26, n. 1, p. 109-146, 2007.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. O costume e o direito penal no século XXI. In: BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico Costa (org.). **Multiculturalismo e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2014.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no Direito Penal**. Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

HAAS, Ingrid Ferreira. Globalização e multiculturalismo: impactos da diversidade. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 1, n. 14, p. 1-22, 2011.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14a ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

LA FUENTE, Oscar Pérez De. Delitos Culturalmente Motivados. Diversidad Cultural, Derecho e Inmigración. **European Journal Of Legal Studies**. v. 5, n. 1, p. 65-95, 2012. Disponível em: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/15761/1/delitos_EJLS_perez_2012.pdf. Acesso em: 13 set. 2021.

MARTINS, Charles Emil Machado. A ‘farra do boi’ e os crimes culturalmente motivados um olhar crítico sobre a decisão do STF, por ocasião do RE nº 153.531/SC. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 82, p. 35-84, jan./abr., 2017.

MEIRELLES, Adriano Olinto. Dilemas de um estado (democrático) Multicultural: O direito como reconhecimento cultural nas sociedades democráticas contemporâneas. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**, [s.l], v. 4. n. 1, p.13-32, 2014. Disponível em: <http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/2/2>. Acesso em: 09 jun.2021.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Crimes culturalmente motivados: cultural defense nos casos de violência sexual contra a mulher**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. 175 p.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2011.

RENTELN, Alison Dundes. **The cultural defense**. Oxford: Oxford University Press, 2004. 404 p.

RENTELN, Alison Dundes. The Cultural Defense: Challenging The Monocultural Paradigm. In: FOBLETS, Marie-Claire; RENTELN, Alison Dundes (orgs.). **Multicultural jurisprudence**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009.

RODRÍGUEZ, Raúl Carnevali. “El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno”. **Revista de Política Criminal**. N. 3, p. 1-28, 2007.

TORRÃO, Fernando. **Direito penal, globalização e pós-modernidade (deconstrução do paradigma liberal?)**. In: BELEZA, Teresa Pizarro; CAEIRO, Pedro; COSTA PINTO, Frederico de Lacerda (Orgs). **Multiculturalismo e direito penal**. Lisboa: Almedina, p. 59-96, 2014.

TOURAINÉ, Alain. ¿Que és una sociedad multicultural? Falsos e verdadeiros problemas. In: **Revista Claves de Razón Práctica**. Madrid: Progreso, n. 56. p. 14-25, 1995.

VALE, Ionilton Pereira do. A defesa cultural no âmbito do Direito Penal e Processual Penal: uma visão do direito comparado como paradigma para aplicação no direito brasileiro. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.8, n. 2, p. 758-773, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/16899/12724>. Acesso em: 12 set. 2021.

VAN BROECK, Jeroen. Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences). **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justi-**

ce, [S.l.], v. 9, n. 1, 2001. Disponível em: <http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

VITA, Álvaro. **O liberalismo igualitário**: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WYMLICKA, Will. **Multicultural Citizenship**: A liberal theory of minority rights. Oxford: Oxford University Press, 1995.

WIMLICKA, Will; LERNESTEDT, Claes; MATRVERS, Matt. Introduction: Criminal Law and Cultural Diversity. In: WIMLICKA, Will; LERNESTEDT, Claes; MATRVERS, Matt (org.). **Criminal Law and Cultural Diversity**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 1-14.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal -Parte General**, 4ª ed., ed. Ediar, Buenos Aires, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *et al.* **Direito penal brasileiro**, v. 2, 1. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

AS VÍTIMAS DE CRIMES COM VIOLÊNCIA À PESSOA E O DANO MORAL *IN RE IPSA*: UM OLHAR À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ANA ADELAIDE BRASIL SÁ CAYE¹

CARLA CARRION FRÓS²

LUANNA RENNHACK SAMPAIO³

1. INTRODUÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa constitui-se fundamento da República Federativa do Brasil, sendo invocado pelo Superior Tribunal de Justiça quando do reconhecimento ao direito à indenização, pelo autor do delito, às vítimas de crimes praticados no âmbito da violência doméstica, ao fixar a tese de que, nestes casos, o dano moral é presumido, *in re ipsa*, sendo dispensada a produção probatória (RESP n.º 1.675.875). A

-
- 1 Promotora de Justiça, MP/RS. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior.
 - 2 Promotora de Justiça, MP/RS. Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior.
 - 3 Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Garantias Processuais dos bens públicos indisponíveis, coordenado pelo Prof. Fábio Roque Sbardelotto. Bolsista e pesquisadora do Grupo de Pesquisa René Girard e o Direito: Rivalidade Mimética, Ódio e Violência, coordenado pelo Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior.

compreensão da dignidade humana permite a sua observância às vítimas das infrações penais, não só enquanto sujeitos possuidores de direitos e de obrigações, mas especialmente porque titulares de bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado.

O objetivo do presente estudo é analisar, sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana, as premissas argumentativas trazidas na citada decisão do Superior Tribunal de Justiça e verificar a possibilidade de ampliação do entendimento às vítimas dos crimes praticados com violência à pessoa, após o regular curso processual, sendo determinada à indenização por dano moral *in re ipsa*, em sentença penal condenatória.

Cuida-se de pesquisa que segue o método hipotético dedutivo para, nos primeiros tópicos, apresentar a dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional de especial relevância à democracia, com base na valorização e tutela da pessoa, e para compreender a vítima enquanto sujeito que sofre abalo à dignidade por conta da ação criminal praticada com violência contra si. No quarto e quinto tópicos verificar-se-á o dever de indenizar a vítima decorrente da ação criminosa e, partindo-se da premissa argumentativa do Superior Tribunal de Justiça, na tese fixada no RESP n.º 1.675.875, de que a prática de infração penal atinge a dignidade da pessoa humana, abordar-se-á a possibilidade da extensão deste posicionamento às vítimas de crimes praticados com violência à pessoa.

Finalmente, o artigo demonstra que a compreensão do abalo sofrido pela vítima de delito praticado com violência a pessoa perpassa as circunstâncias de dissabores sociais, atingindo-a na sua dignidade, sendo passível o recebimento de indenização por dano moral *in re ipsa* como forma de tratamento isonômico e de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DA PROTEÇÃO À VÍTIMA

A dignidade humana possui o seu conceito vinculado à moral, ao bem, à conduta correta e à vida boa, com raízes na ética e na filosofia moral, uma visão de mundo que confere ao ser humano um local de destaque é apresentada na construção de ideias antropocêntricas trazidas por Cícero, Pico Della Mirandola e Immanuel Kant, repousando a dignidade da pessoa humana no berço secular dessa filosofia, atribuindo valor intrínseco a cada indivíduo com capacidade de escolha e de determinação acerca do

seu destino. Ao longo do século XX, especialmente no período pós Segunda Guerra, foi sendo incorporada nas Constituições democráticas, a exemplo da Constituição do México, de 1917, e em documentos internacionais como a Carta das Nações Unidas, de 1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no sentido de apropriação de um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais (BARROSO, 2016).

A Constituição Federal de 1988, dispõe, em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por fundamentos: a dignidade da pessoa humana”, sendo retratada como símbolo de um valor supremo da democracia, o princípio dentre os princípios constitucionais, (SARMENTO, 2016).

Nesse sentido, a inserção da dignidade humana como princípio fundamental exprime a formatação de norma jurídico-positiva dotada de *status* constitucional e material, por conseguinte, sua eficácia perpassa a descrição de conteúdo ético e moral possuindo valor jurídico fundamental da comunidade (SARLET, 2019, p. 82), sob este prisma importante se faz o destaque a princípio de Dworkin (2002, p. 36), como um padrão a ser observado decorrente de “uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Desse modo, o ordenamento jurídico vigente expressa o papel de destaque da proteção da pessoa como valor a ser observado pelo Estado.

Esse princípio, de natureza axiológica, a expressar os valores fundamentais da comunidade está consolidado na Constituição Federal como uma ideia central a inspirar todo o ordenamento jurídico (CITTADINO, 2009, p. 227); ainda que não se olvide da banalização conceitual, advinda de contornos onde o intérprete confere conteúdo que melhor lhe apraza, pode se afirmar a sua caracterização como valor implícito ou explícito nas democracias constitucionais, com serventia de fonte de direitos e deveres e interpretativa atuando como elo de núcleo de direitos fundamentais como liberdade e igualdade, conferindo norte cognitivo à exegese do caso concreto (BARROSO, 2016).

O presente estudo não pretende abarcar os contornos conceituais advindos à subjetividade do termo dignidade humana, importa à reflexão proposta reconhecer que constitui um núcleo essencial dos direitos fundamentais, possuindo, na lição de Sarmento (2016, p. 92) os seguintes componentes:

Valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou metas coletivas, a igualdade,

que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a autonomia, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o mínimo existencial, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o reconhecimento, que se conecta como respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas.

Barroso (2016, p. 87-89) apresenta à concepção de dignidade humana o valor comunitário, representado pelo elemento social da dignidade, a delinear a correlação do indivíduo com os demais cidadãos, bem como com o mundo que o cerca, possuindo três objetivos de cunho protecionista: a tutela de direitos e dignidade de terceiros, a tutela do próprio indivíduo e a tutela de valores sociais compartilhados; prossegue, no que pertine à proteção do direito e dignidade de terceiros, com a assertiva de que à salvaguarda de valores e interesses relacionados a bens jurídicos tutelados a sociedade civilizada possui a capacidade de imposição de sanções.

A importância conferida à dignidade humana está estribada no Supremo Tribunal Federal como “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país”, constituindo progresso civilizatório, ao qual deve-se somar incremento de conteúdo para garantia da sua eficácia social (SARMENTO, 2016, p. 14).

Assim, necessários o exame e a reflexão sobre a dignidade das vítimas de crimes perpetrados com violência à pessoa, por certo que no momento da prática da infração penal são elas atingidas sob aspectos materiais e morais que devem ser levados em consideração pelo intérprete da lei quando da análise dos fatos.

3. A VÍTIMA ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS DECORRENTES DA AÇÃO CRIMINOSA

O início da “descoberta” da vítima no sistema criminal judicial derivou da necessidade de uma melhor compreensão da gênese da ação quando da prática de crime, centrada no autor da infração penal, empreendendo-se esforços ao seu controle (DOERNER; LAB, 2012, p. 7); a figura da vítima não possuía um estudo sistemático autônomo, sendo objeto de análise na compreensão do delito.

No período pós Segunda Guerra Mundial, verifica-se o surgimento das primeiras pesquisas sobre etiologia e características da vitimização, através dos estudos de Von Henting, em 1984, Mendelsohn, em 1956, e Wolfgang, em 1957 e 1958 (GOODEY, 2005, p. 14). Em 1985, a Organizações das Nações Unidas – ONU na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, de 1985, da ONU - Organizações das Nações Unidas (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021), conceituou vítimas como sendo:

As pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021).

Nota-se que o momento histórico da promulgação da Constituição Federal brasileira possui correlação com a Declaração acima referida, ambos retratando o fenômeno decorrente da retomada de consciência de valores humanitários, inaugurada no pós Segunda Guerra Mundial; corolário dessa concepção é o interesse pelas vítimas, refletido no formato da sua conceituação que abarca a expansão do abalo de ordem material, conferindo atenção também à pessoa que padece de atentado a sua moral, aos seus direitos fundamentais, entendendo-se essencial à proteção da sua dignidade.

Com efeito, o estudo da vítima na atualidade compreende o crime e as consequências da vitimização, bem como a sua interação com o sistema de justiça criminal, abrangendo análises de caráter preventivo e os seus direitos (DAIGLE, 2018, p. 44). Desse modo, o direito penal e o processo penal, com escopo que ultrapassa a repreensão delitiva, devem atender aos anseios de tutela e eficácia dos direitos fundamentais dos ofendidos que necessitam da proteção das garantias insculpidas na Constituição Federal com a cognição da valorização do ofendido como sujeito de direitos (MAZZUTTI, 2016, p. 94).

Maia Neto (2014, p. 61) ressalta a necessidade de se revistar o papel da vítima no processo penal, para além do informante da polícia ou de espécie de testemunho sem muito valor; trazendo à colação a Recomendação R (85) 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, sobre a Posição da vítima no marco do Direito Penal e do Pro-

cedimento Penal aduz a primordialidade de revisões e reformas legislativas de modo a se conferir ampliação na margem de reparação ao ofendido, equiparando a falta de amparo à vítima a negação de justiça.

A importância atribuída à vítima é salutar no avanço ao combate à criminalidade, valorizando a sua dignidade abalada com a prática da infração penal e conduzindo, como consequências ao seu autor, ao dever de reparação do dano sofrido.

4. O DEVER DE INDENIZAR A VÍTIMA E O DANO MORAL *IN RE IPSA*

O envolvimento das vítimas no sistema de justiça criminal e a criação de métodos que fornecessem serviços e mecanismos de alívio do sofrimento foram inseridos em legislações de compensações e de indenizações por suas perdas; a Nova Zelândia, em 1963, aprovou a primeira legislação de compensação, seguida da Inglaterra, em 1964. Nos Estados Unidos, as previsões legislativas iniciaram na Califórnia, em 1965, em Nova York, no ano de 1966, no Havaí, em 1967, e em Massachusetts, em 1968 (DOERNER; LAB, 2012, p. 19).

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, de 1985, da ONU - Organizações das Nações Unidas, na concepção de integral proteção às vítimas de crimes, assentou a obrigação de restituição e reparação (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2021):

Os autores de crimes ou os terceiros responsáveis pelo seu comportamento devem, se necessário, reparar de forma equitativa o prejuízo causado às vítimas, às suas famílias ou às pessoas a seu cargo. Tal reparação deve incluir a restituição de bens, uma indenização pelo dano ou prejuízo sofrido, o reembolso das despesas realizadas em consequência da vitimização, a prestação de serviços e o restabelecimento de direitos.

O Código de Processo Penal dispõe, no artigo 387, inciso IV, que, na sentença condenatória, o magistrado “fixará o valor mínimo para reparação os danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Com efeito, após o regular curso processual, em caso de condenação do autor da ação delituosa sobrevém o dever de indenização à vítima.

Diante do reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça do alcance da norma aos prejuízos materiais e morais decorrentes da prática do crime, não se pretende abordar o estudo doutrinário sobre a natureza dos prejuízos conferida pela legislação processual penal, ressaltando-se a advertência de Lima (2021, p. 321) de que:

Não se pode perder de vista que um dos escopos da reforma processual de 2008 foi exatamente o de resgatar a importância da vítima no processo penal. Por isso mesmo, visando afastar o longo caminho de liquidação da sentença penal condenatória, que antes era obrigatório, passou o art. 387, inciso IV, do CPP, a prever que o magistrado penal já possa fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido e efetivamente provados no curso do processo penal.

Maia Neto (2014, p. 357 e 358) apresenta as seguintes situações a serem observadas quando da avaliação de indenização às vítimas:

1. Perda da vida
2. Dor e sofrimento (físico e mental)
3. Perda de liberdade (locomoção restringida)
4. Perda de ganhos com a incapacidade de trabalho
5. Perda danos de sua propriedade
6. Danos especiais, gastos em geral pela ocorrência do crime

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no sentido de que o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal dispõe sobre a possibilidade de o magistrado determinar o dever de indenização por dano material e moral na sentença criminal, fixando, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.675.874 – MS (2017/0140304-3) a seguinte tese:

Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.
(grifo do autor)

Verifica-se o avanço na orientação do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o abalo na honra e na intimidade das vítimas de crimes perpetrados com prevalência das relações domésticas passíveis de

indenização, sendo presumida a ofensa moral que advém da prática da infração penal, ou seja, comprovada a ação criminosa o dano moral é dela decorrente. A tese fixada reflete a consonância com a legislação vigente, no sentido de ampliar-se o escopo de tutela da vítima em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

5. O RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.675.874 À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao contemplar a viabilidade de indenização por dano material e moral *in re ipsa*, desde que deduzidos os pedidos na denúncia ou na queixa-crime, fulcrou-se o Superior Tribunal de Justiça nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais, bem como na proteção à unidade familiar, prevista no artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal, refutando a violência perpetrada contra a mulher, possuindo o julgado a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART.397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO *IN RE IPSA*. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600.

2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar),

criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal.

4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa.

5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio.

6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.

7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa.

8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos.

9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o *onus probandi* é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.

10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. (RESP 1.675.874).

Em seu voto, o relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz, pontua a *quaestio iuris* sob dois aspectos: a necessidade de indicação de um montante mínimo, pelo postulante, e a necessidade de produção probatória para comprovação de danos morais sofridos pela vítima de violência doméstica, iniciando a argumentação no sentido de que o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal contempla a possibilidade de indenização por duas espécies de dano: material e moral e, no caso da violência de gênero

Malgrado não caiba, neste âmbito, questionar as raias da experimentação e da sensibilização fundadas na perspectiva de cada um, urge, todavia, sem mais, manter os olhos volvidos ao já não mais inadiável **processo de verdadeira humanização das vítimas de uma violência** que, de maneira infeliz, decorre, predominantemente, da sua simples inserção no gênero feminino.

As dores sofridas historicamente pela mulher vítima de violência doméstica são incalculáveis e certamente são apropriadas em grau e amplitude diferentes. Sem embargo, é impositivo, posto que insuficiente, reconhecer a existência dessas dores, suas causas e consequências. É preciso compreender que **defender** a liberdade humana, sobretudo em um **Estado Democrático de Direito**, também **consiste em refutar, com veemência**, a violência contra as mulheres, defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou minimizem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher (RESP 1.675.875, p.14).

Discorre o relator ser pacífico no Tribunal o entendimento de que os danos materiais e morais são passíveis de indenização fixada em sentença condenatória, mormente em casos afetos à violência doméstica,

em relação aos quais se revela natural e cultural a vulnerabilidade feminina. Prossegue, asseverando “os avanços legislativos e jurisprudenciais a revelar que o padrão sistemático de omissão e negligência em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher vem sendo pouco a pouco derrubado” (RESP 1.675.874, p. 15).

Desse modo, o Ministro afirma que, quando do oferecimento da denúncia, deve o pedido de indenização ser formulado, pelo Ministério Público ou pela ofendida, expressamente, sendo necessário que o Tribunal avance o entendimento sobre a possibilidade de dispensa probatória do dano moral sofrido pela vítima de violência doméstica. Com base na Lei n.º 11.340/2006, assevera sobre a possibilidade de decisão do montante “relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil reparação, deriva da própria prática criminosa experimentada”, a indicar a falta de razoabilidade na exigência de instrução probatória para se aferir o grau de humilhação e todo o sofrimento infringido à vítima, exigindo que da comprovação da própria imputação criminosa decorra a evidência dos danos psíquicos dela resultantes, e conclui sobre a prescindibilidade de dilação probatória, acrescentando ao argumento, exemplos em que o Tribunal afastou a necessidade da produção da prova e considerou *in re ipsa* casos advindos de relações cotidianas, como a inscrição indevida em cadastro de devedores e interrupção do fornecimento de água (RESP 1.675.874).

Cumpra-se atentar que o curso processual deve obediência ao devido processo legal; sobre o tema, importante a lição de Streck e Motta (2016, p. 118) refletindo sobre a dignidade moral da pessoa humana no Código de Processo Civil brasileiro (aplicável ao Código de Processo Penal, por força do artigo 15 do Código de Processo Civil), discorrendo acerca do tratamento jurídico conferido ao devido processo legal, alçado à condição de princípio jurídico, vinculando, material e formalmente, as decisões à Constituição, “a ideia nuclear é de que todo o exercício do poder público deve ser formado por um processo que atenda aos direitos fundamentais”; desse modo, o dever de indenização por dano moral *in re ipsa* pressupõe o curso de um processo penal que comprovou a autoria e a materialidade do crime.

Traçando como base os pressupostos de obediência ao devido processo legal e ao princípio da dignidade humana pretende-se expandir a compreensão de que a indenização por dano moral *in re ipsa* possa ser fixada às vítimas de delito perpetrado com violência.

Conforme Maia Neto (2014, p. 346), o Estado, através do Direito Penal, confere maior atenção aos crimes violentos, impondo reprimenda

mais elevada, como nos praticados com requintes de crueldade e àqueles que ocasionam danos físicos e morais às vítimas; nesses casos os direitos humanos possuem dupla função: “limitar a repressão do Estado contra os autores de crimes violentos, através do asseguramento das garantias processuais” e proteger, de forma efetiva, às vítimas através da participação no processo que contemple a reparação pelos danos sofridos.

A Lei nº 104/09, de Portugal, dispõe sobre o Regime de Concessão de Indenização às Vítimas de Crimes Violentos e de Violência Doméstica – Lei nº 104/09; nota-se que a legislação portuguesa aproximou as vítimas de crimes violentos das de crimes perpetrados no âmbito da violência doméstica, inserindo no capítulo I a consideração sobre os crimes violentos e sobre os crimes de violência doméstica e prevendo nas disposições seguintes a forma pela qual se efetivará a indenização às vítimas; considera-se que a proximidade deriva do abalo psíquico advindo da infração penal, uma vez que o grau de sofrimento impetrado aos bens jurídicos penalmente tutelados possui a semelhança de extravasar o âmbito do prejuízo material, atingindo o ofendido na sua integridade, na sua dignidade (PORTUGAL, 2021).

No Brasil, não existe legislação específica sobre o rol de crimes violentos; porém a legislação penal, na parte especial do Código Penal: título I – dos crimes contra a pessoa, título II – dos crimes contra o patrimônio (capítulo II – do roubo), e título VI – da dignidade sexual (capítulo – I dos crimes contra a liberdade sexual); e legislação específica, como a Lei nº 8.072/1990 – que dispõe sobre os crimes hediondos, já apontam o sentido de o legislador conferir aumento das reprimendas a essas ações delituosas praticadas com violência à pessoa e a alteração da Lei nº 11.719/2008, incluiu o referido inciso IV no Código de Processo Penal, conferindo amplitude na tutela da vítima. Na mesma linha é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, de retomada gradual na proteção da vítima no processo penal, até mesmo porque, conforme fundamenta o Ministro-relator Reynaldo Soares da Fonseca:

[...] esta própria Corte já considerou despicinda a produção de prova específica para a postulação de indenização por dano moral, considerando-se *in re ipsa* casos advindos de relações do cotidiano, como, entre outros, a **inscrição indevida em cadastro de débitos inadimplentes (AgInt no ARESp n. 1.127.900/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., DJe 31/10/2017)**; a **interrupção do fornecimento de água, pela concessionária do serviço público, como forma de compelir o usuário a pagar débitos pretéritos**

(AgRg no REsp n. 1.562.905/MG, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, 2ª T., DJe 9/10/2017); o **protesto indevido de título de crédito** (AgRg no AREsp n. 764.776/PR, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 3ª T., DJe 6/10/2016); o **extravio de talonários de cheques** pela instituição financeira (AgRg no AREsp n. 482.722/SP, Rel. Ministro **Raul Araújo**, 4ª T., DJe 19/12/2014); a **impossibilidade de registro de diploma de curso não reconhecido pelo MEC** (REsp n. 631.204/RS, Rel. Ministra **Nancy Andrighi**, 3ª T., DJe 16/6/2009); o **atraso de voo e extravio de bagagem** (AgRg no Ag n. 442.487/RJ, Rel. Ministro **Humberto Gomes de Barros**, 3ª T., DJ 26/11/2007, p. 164); e até a **multa de trânsito indevidamente cobrada** (REsp n. 608.918/RS, Rel. Ministro **José Delgado**, 1ª T., DJ 21/6/2004).

Ora, se a jurisprudência da Corte dispensa a produção de prova do dano moral para a indenização postulada em ações como as mencionadas, que não implicam necessariamente a humilhação e o desprezo do ser humano, ao menos no grau e na extensão de uma violência doméstica contra a mulher, seria inconciliável com a lógica, com o tratamento isonômico e com a razoabilidade jurídica exigir tal comprovação no âmbito da postulação de indenização por dano moral nesta última situação. (RESP n.º 1.675.874, p. 23 e 24)

Assim, argumenta-se a possibilidade de ampliação do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça às vítimas dos crimes violentos, por certo que quando da prática da infração penal sofrem elas abalos de ordem moral; a vulnerabilidade a que estão expostas quando a ação violenta é cometida requer que o Tribunal volte o seu olhar aos fundamentos de tratamento isonômico e razoabilidade, interpretando o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da dignidade humana vem sendo incorporado aos julgados do Superior Tribunal de Justiça como valor à proteção dos direitos fundamentais da vítima; fixando o entendimento, no RESP 1.675.874, de que nos delitos praticados no âmbito da violência doméstica o dano moral é presumido, devendo ser postulado pelo Ministério Público ou pela ofendida, quando do oferecimento da ação penal, sendo dispensada a produção probatória.

Verifica-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.675.874, foi ao encontro das decisões já consolidadas em

matéria de direito do consumidor na proteção da dignidade da pessoa humana; quando os fatos da vida social geram adversidades aos indivíduos que exorbitam o cotidiano diário, como a bagagem extraviada em voo ou a cobrança de uma multa indevida, sobrevém direito à indenização por dano moral, não sendo necessária a produção de prova do abalo sofrido pelo cidadão, o qual decorre da comprovação do fato.

Sob esta perspectiva, o estudo em tela propõe que o efetivo resgate à tutela das vítimas, no sistema criminal judicial, traz à compreensão o fato de que a prática de crimes com violência à pessoa acarreta sofrimentos à vítima que atentam aos seus direitos fundamentais, passíveis de indenização pelo agente causador, diante dos abalos na sua integridade física e mental, ferindo-a na sua dignidade.

Desse modo, argumenta-se sobre a possibilidade de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que já avançou na consolidação do entendimento de que fatos do cotidiano causam danos morais em relação aos quais o sofrimento se presume, aplicando-se às vítimas de crimes praticados no âmbito da violência doméstica, refletir-se também aos fatos decorrentes de ações criminosas praticadas com violência à pessoa, uma vez que atingem a sua dignidade, devendo advir a obrigação de indenização por dano moral *in re ipsa*; a convicção de que o indivíduo que tem sua mala perdida pela companhia aérea durante uma viagem tem sofrimento de ordem moral deve ser ampliada à vítima que tem uma arma apontada para sua cabeça ao estacionar o seu automóvel na via pública ou àquela que ao voltar do trabalho tem a sua dignidade sexual atentada, por exemplo.

Com efeito, o presente estudo almeja a contribuição ao debate, a fim de que se possa ampliar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça da dispensa de produção probatória quando postulada a indenização por dano moral às vítimas de crimes praticados com violência permitindo que a elas se confira tratamento isonômico, fulcrado no princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humano no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Planalto, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cpenal.htm>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cppenal>. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Planalto, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n.º 1.675.874 – MS**. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 257, p. 392 Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 jun. 2021.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAYGLE, Leah. **Victimology**. Second edition. England: Library of Congress. Thousand Oaks, CA: SAGE, 2018.

DOERNER, Willian G.; LAB, Steven P. **Victimology**. Sixty edition. USA: Elsevier, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes. 2002.

GOODEY, Jo. **Victimis and Victimology: research, policy and practice**. England: Person Education Limited: 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª edição rev. Atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2021.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **Direitos Humanos das vítimas de crimes: Filosofia penal e teoria crítica à luz das reformas processuais penais.** Curitiba: Juruá, 2014.

MAZZUTTI, Vanessa De Biasso. **Vitimologia e direitos humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima.** Curitiba: Juruá, 2012.

PORTUGAL. **Lei n.º 104/09.** Aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt>. Acesso em: 30 jun. 2021.

PORTUGAL. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, de 1985, da ONU - Organizações das Nações Unidas.** Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt> . Acesso em: 23 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 10ª Ed. rev. atual. e ampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

STRECK, Lênio; MOTTA, Francisco Borges. Para Entender o Novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 112-128, jul./dez. 2016, disponível em <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/999>, acesso em 10, jun. 2021.

PRÁTICAS CORRUPATIVAS EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NO CONTEXTO PANDÊMICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

CHAIENE MEIRA DE OLIVEIRA¹

ROGÉRIO GESTA LEAL²

1. INTRODUÇÃO

A pandemia causada pelo coronavírus trouxe significativos impactos na sociedade em matéria de saúde pública considerando os milhares casos de infectados e de vítimas fatais da doença, mas também influenciou as relações sociais e a administração pública como um todo, de modo que todas as esferas passaram por adaptações neste período. No âmbito das licitações não foi diferente na medida em que considerando a necessidade de atendimento das demandas originadas pela pandemia, foram alterados institutos jurídicos sobre o assunto, a fim de facilitar a compra de medicamentos e contratação de serviços, por exemplo. É neste contexto que com o presente trabalho objetiva-se analisar quais são os impactos das práticas corruptivas nos procedimentos licitatórios no período pandêmico e como pode ocorrer a sua prevenção e combate.

A temática relaciona-se com a corrupção em procedimentos licitatórios durante a pandemia causada pelo coronavírus, estando delimita-

1 Universidade de Santa Cruz do Sul. Grupo de Estudos: Estado, Administração Pública e Sociedade. Advogada. Servidora pública municipal. Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas com bolsa CAPES modalidade II (2021-2025). E-mail: chaienemo@outlook.com.

2 Universidade de Santa Cruz do Sul. Grupo de Estudos: Estado, Administração Pública e Sociedade. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. E-mail: gestaleal@gmail.com.

da ao contexto brasileiro no período de 2020 a 2021 com foco em práticas corruptivas envolvendo contratos administrativos celebrados entre a administração pública e a iniciativa privada. Considerando o contexto pandêmico vivenciado ao longo do último ano, bem como as modificações introduzidas nos processos de licitação, os quais impactam diretamente nos contratos celebrados entre a administração pública e a iniciativa privada, questiona-se: quais são os impactos das práticas corruptivas nos procedimentos licitatórios e como pode ocorrer a sua prevenção e combate?

Para responder ao problema de pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo tendo em vista que partindo dos pressupostos gerais sobre a temática da corrupção passa-se a uma análise específica da ocorrência de práticas corruptivas nos processos de licitação no contexto da pandemia causada pelo coronavírus no Brasil visando a prevenção e combate destes atos. Quanto ao método de procedimento, optou-se pelo monográfico e, as técnicas de pesquisa resumem-se a consulta a livros, artigos, periódicos, teses, dissertações, legislação, dentre outros meios.

A hipótese é no sentido de que as práticas corruptivas impactam não somente o procedimento licitatório em que ocorrem, mas também, afetam o ordenamento jurídico como um todo colocando em risco as relações estabelecidas entre a administração pública e a iniciativa privada, bem como a confiança nas instituições. A prevenção e o combate perpassam desde a utilização da legislação específica sobre a temática, bem como demandam esforços conjuntos entre Estado e sociedade por meio de medidas jurídicas e ações como políticas públicas voltadas à erradicação das práticas corruptivas.

A justificativa, em termos teóricos, centra-se na necessidade da realização de estudos sobre a temática que possibilitem a sua melhor compreensão, bem como a atualização dos institutos jurídicos e sociais vigentes, os quais foram profundamente alterados diante do contexto da pandemia causada pelo coronavírus. Em termos práticos, surge a necessidade de identificação de eventuais déficits nesta prevenção e combate às práticas corruptivas para que seja possível a identificação de atos ilícitos e a responsabilização dos responsáveis.

Os objetivos específicos, em conformidade com a divisão dos capítulos, são em um primeiro momento delimitar a conceituação e características da corrupção no cenário brasileiro; verificar as modificações relacionadas aos procedimentos licitatórios diante da pandemia causada pelo coronavírus e por fim, investigar quais são os impactos das práticas corruptivas nos procedimentos licitatórios e como pode ocorrer a sua prevenção e combate diante de uma análise no contexto brasileiro.

2. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO NO BRASIL: ASPECTOS CONCEITUAIS E INTRODUTÓRIOS

Neste primeiro tópico, pretende-se delimitar a conceituação e características da corrupção no cenário brasileiro trazendo em um primeiro momento algumas conceituações propostas por autores nacionais e estrangeiros e contextualizando o fenômeno no contexto pátrio. Inicialmente, denota-se que uma das maiores dificuldades é estabelecer um conceito sobre o que pode ser considerado como uma prática corruptiva tendo em vista as múltiplas faces que esta assume de acordo com o local, o contexto a até mesmo sobre qual prisma está sendo realizada determinada análise. Por esse motivo, serão trazidos alguns conceitos sem esgotar as possibilidades de discussão sobre o tema, mas para fins de entendimento e continuidade da pesquisa.

Cumprе salientar que a dificuldade em estabelecer uma conceituação precisa não é exclusividade dos doutrinadores brasileiros, mas também estrangeiros, conforme passa-se a analisar. Neste sentido, Leal (2013) afirma que há uma dimensão simbólica do que significa a corrupção em termos democráticos sendo que esta independe dos efeitos práticos ou se ocorreu a consumação de algum benefício ou não tendo em vista que a discussão está centrada nas bases principiológicas das relações sociais e ainda na confiança em relação às instituições representativas.

Por sua vez, Etzioni (1984) entende que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento mau ou perverso de modo que o ato de corromper é fazer com que uma situação favorável se torne desfavorável. O autor define ainda que a corrupção não é perpetrada somente por agentes públicos, mas também por agentes privados, podendo ser entendida como o uso dos bens públicos para obter vantagens particulares. Ou seja, em sua obra, é evidenciado que não se trata de um problema exclusivamente público ou restrito aos tipos penais previstos nas legislações internas, tratando de um fenômeno de múltiplos fatores e formas de ocorrência.

Nesta mesma linha, Rose-Ackerman (2001a) define que a corrupção pode ser compreendida como um comportamento desonesto, o qual envolve posições políticas como forma de obter ganhos particulares. Como exemplo, a autora narra a situação em que os políticos desonestos em conjunto com os agentes públicos se ajudam mutuamente para obter vantagens. Pelo fato de suas ações serem ilegais, eles precisam confiar que os beneficiários não irão revelá-las. Ou seja, a corrupção dependeria da

ação conjunta entre estes agentes visando a obtenção de vantagens irregulares contrárias à lei e aos princípios.

Por sua vez, Garcia (2013) define a corrupção como um fenômeno social, a qual surge e se desenvolve de acordo com as características do local na qual está inserida, possuindo variações de acordo com o contexto histórico, econômico e também social. Para o autor, a corrupção não pode ser analisada isoladamente, devendo sempre ser verificada em conformidade com as características da sociedade em que está presente.

Corroborando tal entendimento, Nascimento (2014) afirma que diante da dificuldade de conceituar o fenômeno da corrupção, há de ser levado em consideração não somente o contexto, mas também a abordagem, seja jurídica, econômica, cultural, sociológica, antropológica, policial, política, filosófica ou jornalística. Assim, para o autor, não há possibilidade de analisar a corrupção enquanto fenômeno isolado ou fora de contexto, sendo que sua análise depende dos fatores supramencionados.

Destaca-se, conforme a conclusão trazida por Furtado (2015) que a dificuldade em conceituar determinado fenômeno é típica das ciências sociais, sendo que nesta área, muitas vezes se torna mais fácil quando a análise é feita a partir de situações fáticas. Assim, com base nestas análises, a corrupção estaria conectada ao abuso de poder, ao desvio das finalidades públicas e também ao uso do dinheiro e bens públicos para fins particulares.

Ainda, o autor identifica três aspectos distintos que se relacionam com a ideia do que é definido como corrupção, o primeiro deles relaciona-se com a importância dada ao descumprimento dos deveres inerentes aos servidores públicos, ou seja, está relacionado com a ideia de desvio da função pública. O segundo critério utilizado é de ordem econômica, relacionando-se com a relação entre oferta e demanda e aos meios anormais ocorridos no âmbito dos processos econômicos. Por fim, o terceiro é aquele que define a corrupção em razão do interesse público.

Observa-se que a intensificação das relações entre o Estado e o mercado tem gerado novos desafios no que tange a prevenção e ao combate às práticas corruptivas, isto porque tais relações são complexas e demandam a adoção de medidas pontuais por parte da administração pública em conjunto com a sociedade.

Neste contexto, Rose-Ackerman (2011b) ao relacionar a corrupção encontrada no setor privado e no setor público, define que a corrupção descreve uma relação entre o Estado e o setor privado. Nesta relação, em algumas vezes os funcionários estão caracterizados enquanto atores

mais dominantes, em contraponto, em outros casos, tal papel é exercido pelos atores privados quando estes detêm das forças mais poderosas. É o poder de negociação destes grupos que define qual é o impacto da corrupção na sociedade e também como é realizada a distribuição dos benefícios irregulares entre subordinadores e subordinados.

Expostas as considerações preliminares acerca do fenômeno da corrupção, passa-se a analisar as modificações na legislação brasileira geradas pela pandemia no âmbito dos procedimentos licitatórios.

3. AS MODIFICAÇÕES OCASIONADAS PELA PANDEMIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Neste segundo tópico, objetiva-se verificar as modificações relacionadas aos procedimentos licitatórios diante da pandemia causada pelo coronavírus, estando a delimitação de análise restrita ao contexto brasileiro nos anos de 2020 a 2021, a partir das flexibilizações introduzidas pelas Medidas Provisórias nº 926 e 961, convertidas nas leis 14.035/2020 e 14.065/2020 respectivamente, dentre outras medidas analisando o impacto destas alterações na legislação brasileira como um todo

Em um primeiro momento, denota-se que a Lei 13.979/2020 dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 destacando desde o início do texto legislativo que as medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade. O art. 3º define que para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências: I - isolamento; II - quarentena; III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos; III- A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; dentre outras medidas.

Faz-se necessário, ainda que de forma objetiva, tecer algumas considerações sobre as modificações ocorridas no âmbito da legislação brasileira, sem prejuízo do restante do texto legal, considerando o espaço para abordagem e foco da pesquisa. A Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020, convertida na Lei 14.035 de 2020, altera a Lei nº 13.979 de 2020 dispondo sobre os procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública do coronavírus.

Dentre as suas disposições, destacam-se, no que se refere a licitações e contratos administrativos, a previsão do art. 4º, o qual prevê que é dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata a referida lei. O parágrafo 3º do referido artigo, dispõe que excepcionalmente será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços ou insumos de empresas que estejam em situação de idoneidade declarada ou com o direito de licitar ou contratar com o poder público suspenso desde que esta seja, de modo comprovado, a única fornecedora do bem ou serviço adquirido.

Talvez este artigo seja um dos mais polêmicos na medida em que para celebrar contratos com a administração pública, a empresa precisa ter comprovada a sua idoneidade sob pena de gerar prejuízos ao erário público, bem como ferir os princípios basilares da administração pública brasileira insculpidos no texto constitucional. Neste sentido, questiona-se: até que ponto as flexibilizações introduzidas diante do contexto pandêmico podem alterar a ordem legislativa vigente? Não há uma resposta simples para a pergunta, sendo preciso analisar cada situação concreta, mais um motivo que aumenta a necessidade de o controle social atuar em conjunto com as demais modalidades de controle da administração pública.

Por sua vez, o art. 4º-A versa sobre a aquisição de bens e a contratação de serviços, a qual se refere o *caput* do art. 4º dispondo que estas não são restritas a equipamentos novos, desde que o fornecedor seja responsável pelas plenas condições de uso e funcionamento dos bens. Enquanto que o art. 4º-B do referido diploma legal, elenca que nas hipóteses de dispensa de licitação, presumem-se que estejam comprovadas as seguintes condições de ocorrência de situação de emergência; necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; existência de risco a segurança tanto de pessoas como de obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens públicos e particulares e; limitação da contratação à parcela necessária para atender a situação de emergência.

Na sequência, o art. 4º-C tem a previsão de que para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da situação de emergência não será exigida a elaboração de estudos preliminares no caso de tratar de bens e serviços comuns, bem como segundo o art. 4º-D, o gerenciamento de riscos da contratação será exigível tão somente durante a gestão do contrato. Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da situação de emergência, será admitida a apresentação do termo de referência ou projeto

simplificado, nos termos do art. 4º-E. Sobre o termo de referência ou projeto, o §1º e seus incisos, bem como os parágrafos 2º e 3º dispõem sobre a sua formatação e requisitos.

Outro aspecto relevante quanto a transparência, centra-se na constatação de que no momento em que todas compras e contratações que sejam realizadas com dispensa de licitação nos termos da Lei nº 13.979/2020 deverão ser detalhadas e ter as informações sobre o nome do contratado, número do CNPJ, prazo contratual, valor e respectivo processo de contratação ou compra divulgados na internet em até cinco dias de contrato. Além disso, ao longo de sua execução, também será obrigada a divulgação dos valores pagos e a pagar, saldos bloqueados se for o caso, a quantidade entregue em cada unidade da federação se a compra for nacional, bem como possíveis aditivos.

Sobre as mudanças trazidas pela Medida Provisória nº 926, posteriormente convertida em lei com alguns vetos, e flexibilização das regras para a contratação com o poder público, o relator Wellington Fagundes, destacou, relacionando com a atuação dos órgãos de controle, que as regras mais flexíveis de contratação por parte do poder público tem se mostrado necessários durante o período de calamidade enfrentado pelo país, o que por sua vez exige uma atuação mas diligente por parte dos órgãos de controle.

Quanto a Medida Provisória nº 961 de 6 de maio de 2020, convertida na Lei 14.065/2020, esta autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, além de adequar os limites de dispensa de licitação ampliando o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, publicado em 20 de março de 2020.

Dentre as suas disposições, destaca-se a previsão do art. 1º, o qual autoriza a administração pública de todos os entes federativos, de todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos, a dispensar a licitação nas hipóteses tratadas nos incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, nos limites previstos em lei sendo para obras e serviços de engenharia até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), desde que não se refram a parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. E para outros serviços e compras no valor de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para alienações, desde que não se refram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Ainda, é autorizado o pagamento antecipado nas licitações e contratos desde que represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço; ou propicie significativa economia de recursos. É autorizada também a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462/2011, para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações sendo que o §2º do art. 1º da Medida Provisória nº 961 de 2020 estabelece medidas e cautelas a serem adotadas pela Administração Pública aptas a reduzir o risco de inadimplemento contratual.

Com base na leitura do texto legal, denota-se que o seu objetivo é de facilitar a ação dos gestores públicos durante a pandemia considerando que muitos fornecedores diante do cenário vivenciado exigem o pagamento antecipado dos bens ou serviços. Além disso, há produtos que são necessários com maior rapidez, podendo citar como exemplo medicamentos, equipamentos de proteção individual, serviços hospitalares dentre outros.

Acerca das licitações e a escolha dos objetos ou serviços a serem licitados, é importante observar que a competência dos Tribunais de Contas não é de escolher o objeto, mas sim, depois de escolhido pelo administrador, verificar a sua qualidade e requisitos para atingir a finalidade pública desejada. Também é preciso verificar se a quantidade está correta, avaliar o seu custo e benefícios, mas sem impor alterações ao objeto em si. O fato é que se tratando de licitações públicas, não apenas no contexto de pandemia e com as flexibilizações estudadas neste tópico, o controle e a participação dos cidadãos é indispensável, ressaltando que tal previsão também é encontrada na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 14.133 de 2021.

Expostas algumas das principais alterações em termos legislativos provocadas pela pandemia no âmbito das licitações, sobretudo no que tange à flexibilização de alguns institutos, alteração de valores e formas de procedimentos, passa-se a investigar a ocorrência de práticas corruptivas na celebração destes contratos.

4. CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E SUA OCORRÊNCIA NO CONTEXTO PANDÊMICO

Neste terceiro e último tópico, o objetivo é investigar quais são os impactos das práticas corruptivas nos procedimentos licitatórios e como pode ocorrer a sua prevenção e combate diante de uma análise no con-

texto brasileiro. Considerando a complexidade e número de ocorrências sobre a temática, este estudo terá como base o relatório divulgado pelo Tribunal de Contas da União (2021), no qual foram constatadas irregularidades em aquisições destinadas ao combate à pandemia. O acompanhamento em análise foi feito quanto a aquisições feitas com recursos federais por órgãos e entidades das três esferas de governo, excetuando as realizadas pelo Ministério da Saúde.

As irregularidades identificadas pelo Tribunal de Contas da União possuem relação com órgãos e entidades das três esferas de governo, com exceção daquelas realizadas pelo Ministério da Saúde e por entidades a ele vinculadas, as quais foram analisadas em procedimento separado, no que se refere a aquisições com recursos federais destinados ao enfrentamento da pandemia de Covid-19.

Dentre as principais irregularidades encontradas destacam-se: fragilidades na seleção do fornecedor, fragilidades na avaliação/pesquisa do preço de mercado, falta de transparência das compras do Covid-19, adiantamento de pagamento sem os cuidados adequados, sem exigência de garantias ou sem a devida avaliação da habilitação e qualificação do fornecedor, ausência de justificativas e critérios para a contratação.

O período de fiscalização foi entre 20 de abril de 2020 a 31 de março de 2021 tendo como foco a economicidade, motivação, aderência legal, bem como a transparência dos processos de aquisição. O relator dos processos, ministro Jorge Oliveira ressaltou sobre a necessidade da realização do trabalho, o qual teve origem não apenas diante do valor elevado dos recursos envolvidos, mas também das flexibilizações temporárias ocorridas na pandemia (explicadas no tópico anterior), além das graves repercussões sanitárias, sociais, humanas e econômicas das matérias envolvidas.

O relator observou ainda que mesmo com a flexibilização do regime jurídico ainda continuaram a existir procedimentos sem a observância dos trâmites legalmente previstos com indícios de ocorrência de desvios de recursos públicos, destacando que a ação dos gestores ainda que deva priorizar o combate à pandemia e preservação da saúde não justifica o mal emprego das verbas destinadas ao combate da emergência sanitária.

Nesta mesma linha, em entrevista à Folha de São Paulo (2021, online), o dirigente da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), Drago Kos, afirmou que “os gastos emergenciais dos governos na pandemia criaram um terreno propício para situações de corrupção”, complementando que “essas preocupações não são limitadas ao Brasil somente. No mundo inteiro, a necessidade de combater a

pandemia foi caracterizada por esforços de governos em busca de material médico e equipamento de proteção feitos de duas maneiras: a mais fácil e a mais rápida.”

Com isso, é preciso que haja um acompanhamento constante com uma resposta preventiva por parte das autoridades de fiscalização diante da existência de um ambiente propício à disseminação das práticas corruptivas em todas os países, os quais já se encontram fragilizados diante das inúmeras e graves consequências causadas pela pandemia do coronavírus ao longo dos últimos anos. Caso tais medidas não sejam adotadas ou se mostrem insuficientes, há um forte temor por parte da organização de que a corrupção se torne um problema ainda mais grave e de difícil combate.

Em pesquisa sobre as relações estabelecidas entre a pandemia e a corrupção, Florêncio Filho e Zanon (2020) concluíram que de uma forma geral a implementação das medidas sugeridas ao longo do estudo, tais como auditorias e adoção de programas de integridade por parte da iniciativa privada, é preciso atentar-se também ao aspecto da multi-institucionalidade para a coordenação conjunta entre os níveis federativos, bem como entre os membros da sociedade civil e Estado.

Em tempos de pandemia, o Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência (IDCT) entrevistou a subcontroladora da Corregedoria Geral do Estado (CGE), Nicolle Bleme), a qual ressaltou que “com relação ao papel do controle social no período em que passamos, isto é, de pandemia, eu destacaria que um deles é o acompanhar de perto os gastos do Estado para enfrentamento à COVID-19”.

A entrevistada destacou ainda que a principal forma dos órgãos ligados ao controle social estimularem a participação dos cidadãos é por meio do enfrentamento do fenômeno das notícias falsas, ampliando a transparência e a abertura dos dados oficiais gerando maior credibilidade e confiança em relação às instituições públicas.

Sobre a corrupção de uma forma geral, mas principalmente no que tange aos processos licitatórios, os quais evidenciam as relações estabelecidas entre a administração pública e a iniciativa privada, o controle social assume um papel fundamental que também foi acentuado no contexto pandêmico. Isso ocorre no momento em que tal modalidade de controle da administração pública, conforme mencionado por Malafaia (2011), se refere a participação da sociedade tanto no acompanhamento quanto na verificação das ações da gestão pública na execução de políticas públicas e demais ações estatais, avaliando os objetivos, processos e resultados.

De uma forma ampla, trata-se de ações conjuntas realizadas entre o Estado e a sociedade, as quais objetivam o compartilhamento de responsabilidades visando aumentar a eficácia das políticas públicas. O autor afirma que o controle social da administração pública é uma representação da participação social no controle dos atos do Estado, tendo sua origem nas primeiras democracias do mundo de modo que seu alcance foi sendo ampliado com o passar dos anos, dentre outros motivos, pelas crises de confiança em relação aos agentes estatais.

O que se verifica diante destas constatações é que embora a corrupção seja um problema secular na administração pública, bem como a pandemia tenha ocasionado em desafios ainda maiores para os gestores públicos, há meios disponíveis para sua prevenção e combate não podendo a situação calamitosa originada pela pandemia constituir um impasse na busca por negócios mais éticos e responsabilização dos agentes corruptores.

Considerando que que as transações econômicas e financeiras não ocorrem somente na iniciativa privada, mas também entre as empresas e a administração pública, as normas legais e de condutas éticas devem ser observadas de maneira ainda mais detalhada. Este tema se torna evidente nos procedimentos licitatórios nos quais há uma relação não apenas financeira envolvendo a administração pública e os agentes privados, mas envolve também a confiança no cumprimento das obrigações contratuais quanto ao objeto e valores definidos. Por tais motivos, denota-se que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico OCDE, ao divulgar recomendações a serem seguidas pelos países, preocupou-se em elaborar diretrizes para os contratos públicos e também sobre integridade de forma geral.

Sobre tais recomendações, merece destaque a Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública (2017), na qual consta a informação de que os contratos públicos, apesar de representarem por volta de 13% do PIB nos países da OCDE e 1/3 das despesas gerais do governo, continuam sendo uma fonte inexplorada na busca da prosperidade econômica e também social ao mesmo tempo em que permanecem burocráticos, em muitos casos ineficientes e também vulneráveis à corrupção. Por tais motivos, a recomendação da OCDE é no sentido de que os contratos públicos precisam observar, além das normas legais específicas do país em que estão sendo firmados, as normas de integridade, transparência, participação das partes interessadas, acessibilidade, compras eletrônicas, fiscalização e controle.

Em tempos pandêmicos a partir das alterações legislativas e necessidade urgente de atendimento das demandas, não há tempo para o poder público atuar sozinho na elaboração e acompanhamento de todos os contratos sendo que as recomendações da OCDE se tornam de extrema relevância. Diante destas considerações sobre a ocorrência da corrupção nos procedimentos licitatórios, momento em que foram trazidos alguns dados e considerações doutrinárias, passa-se a conclusão.

5. CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, objetivou-se analisar quais são os impactos das práticas corruptivas nos procedimentos licitatórios no período pandêmico e como pode ocorrer a sua prevenção e combate. Considerando o espaço para abordagem, passa-se desde logo a responder ao problema de pesquisa, o qual questionou: quais são os impactos das práticas corruptivas nos procedimentos licitatórios e como pode ocorrer a sua prevenção e combate? De uma forma sintetizada, é possível afirmar que a corrupção traz impactos não apenas para o procedimento licitatório no qual a prática ocorre, mas sim, para todo o ordenamento jurídico como um todo gerando não apenas gastos públicos elevados como também colocando em risco a confiança nas instituições e os direitos fundamentais.

Especificamente no contexto da pandemia, os direitos fundamentais, sobretudo o direito à saúde foram profundamente afetados pela crise sanitária sendo que os atos ilícitos constituem um problema a mais a ser enfrentado pelos agentes públicos, necessitando de medidas legislativas e políticas públicas para sua prevenção e combate.

A hipótese inicial restou confirmada no sentido de que as práticas corruptivas impactam não somente o procedimento licitatório em que ocorrem, mas também, afetam o ordenamento jurídico como um todo colocando em risco as relações estabelecidas entre a administração pública e a iniciativa privada, bem como a confiança nas instituições. A prevenção e o combate perpassam desde a utilização da legislação específica sobre a temática, bem como demandam esforços conjuntos entre Estado e sociedade por meio de medidas jurídicas e ações como políticas públicas voltadas à erradicação das práticas corruptivas.

Desse modo, é preciso um esforço conjunto entre Estado e sociedade, o qual perpassa por normas específicas sobre o tema, sistemas de controle eficazes, instituição de programas de integridade pela admi-

nistração pública e pela iniciativa privada, bem como a atuação conjunta entre as esferas pública e privada. A partir desta análise preliminar pretende-se continuar com os estudos no sentido de identificar de forma específica quais ilícitos corruptivos foram predominantes e que ações foram adotadas no Estado do Rio Grande do Sul pelo Tribunal de Contas e quais procedimentos foram judicializados pelo Tribunal de Justiça, momento no qual poderão ser propostas diretrizes de atuação.

Expostas as considerações sobre o tema pretendido, respondido ao problema de pesquisa, confirmada a hipótese inicial e cumpridos os objetivos específicos, encerra-se o presente artigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Medida provisória nº 961, de 6 de maio de 2020**. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv961.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei 14.035 de 11 de agosto de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14035.htm. Acesso em 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei 14.065 de 30 de setembro de 2020.** Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos realizados no âmbito da administração pública; adequa os limites de dispensa de licitação; amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14065.htm. Acesso em 20 set. 2021.

ETZIONI, Amitai. **Capital corruption.** The new attack on American Democracy. New Jersey: Transaction Inc, 1984.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Corrupção na pandemia pode ser tarefa para anos, diz dirigente da OCDE.** 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/07/corruptao-na-pandemia-pode-ser-tarefa-para-anos-diz-dirigente-da-ocde.shtml>. Acesso em 22 set. 2021.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio; ZANON, Patricie Barricelli. COVID-19 e corrupção: políticas de controle em face às medidas emergenciais. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 14, Nº 2, Edição Especial “Covid-19”. 2020.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil:** estudos de caso e lições para o futuro. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa.** 7. ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

INSTITUTO DE DEFESA DA CIDADANIA E DA TRANSPARÊNCIA (IDCT). **Qual o papel do controle social em tempos de pandemia e Eleições 2020?.** 2020. Disponível em: <https://idct.org.br/qual-o-papel-do-controle-social-em-tempos-de-pandemia-e-eleicoes-2020/>. Acesso em 22 set. 2021.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade:** causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

MALAFAIA, Fernando César Benenvenuto. **Controle social e controle externo podem interagir?** Avaliação as práticas do TCE-TO no estímulo à participação cidadã. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) Fundação Getúlio Vargas Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. 2011.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. O controle da corrupção no Brasil e a lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. In. **Lei Anticorrupção Empresarial - Aspectos Críticos À Lei Nº 12.846/2013.** São Paulo: Fórum, 2014.

OCDE. **Recomendação do Conselho da OCDE sobre Integridade Pública.** 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>. Acesso em 23 set. 2021.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Trust, honesty, and corruption:** reflection on the state-building process. Yale Law School: Program for Studies in Law, Economics, and Public Policy. 2001a.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **La corrupción en los gobiernos:** causas, consecuencias y reforma. Traducción de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2001b.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **TCU constata irregularidades em aquisições destinadas ao combate à pandemia.** 2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-constata-irregularidades-em-aquisicoes-destinadas-ao-combate-a-pandemia.htm>. Acesso em 22 set. 2021.

CRIMES DE ÓDIO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

DÉBORA BERVIG¹

VENÂNCIO ANTÔNIO CASTILHOS DE FREITAS TERRA²

1. INTRODUÇÃO

A ordem contemporânea enfrenta o desafio das crescentes hostilidades, intolerâncias e do fortalecimento dos crimes de ódio. Avançam doutrinas de superioridade baseadas em diferenças, sejam de origem, nacionalidade, raça, etnia, gênero, diversidade sexual, idade, dentre outras categorias. A diferença é tomada como fator a aniquilar direitos, em nome da supremacia de uns em detrimento de outros, na perversa ideologia a hierarquizar humanos.

O termo ódio vem sendo empregado indiscriminadamente na realidade pátria para identificar uma pluralidade de situações, ou seja, essa terminologia encontra-se vulgarizada. Por muitas vezes, há confusão entre palavras correlatas, como a ira e outros estados emocionais, sendo estas situações que se sinalizam distintas, as quais, inclusive, exigem uma resposta estatal diferenciada, não necessariamente relativa ao ramo jurídico-penal. Pode-se afirmar, ainda, que a vulgarização desse termo conduz a uma categorização ampla de comportamentos como sendo crimes de ódio, os quais, por vezes, não os são.

De uma forma geral podemos definir os crimes de ódio e restringi-los a situações delimitadas e circunscritas a critérios específicos. Isto

1 Advogada, inscrita na OAB/RS sob o número 109.692. Acadêmica do Mestrado em Tutelas à Efetivação dos Direitos Públicos Incondicionados na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). E-mail: debora_brvg@hotmail.com.

2 Advogado. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Acadêmico do Mestrado Acadêmico em Direito e da Pós-Graduação em Direito de Famílias e Sucessões na Fundação Escola Superior do Ministério Público. E-mail: venancioterra@hotmail.com.

é, refere-se tão somente a circunstâncias que envolvem práticas delitivas por motivos de ódio preconceituoso (ALMEIDA, 2013). Os crimes de ódio são o resultado de uma equação complexa que engloba o indivíduo, o grupo, os comportamentos e, por fim, toda uma cultura que vai sendo aprendida e enraizada.

Nesta esteira, pretende-se, com esse trabalho, analisar o conceito de crimes de ódio sobre a perspectiva da violação dos direitos humanos e fundamentais, com o fito de contribuir para uma mudança de paradigmas e para a desconstrução de preconceitos, resgatando o potencial ético e transformador que o direito há de ter. O método empregado no objeto em estudo é o hipotético-dedutivo e comparativo, a partir de análise bibliográfica, doutrinária e da legislação existente sobre o tema.

2. CRIMES DE ÓDIO

Primeiramente, faz-se necessário conceituar o multiculturalismo, o qual, comumente, refere-se às intensas mudanças demográficas e culturais que têm “conturbado” as sociedades contemporâneas. Por conta da complexa diversidade cultural que marca o mundo de hoje, há significativos efeitos, tanto negativos como positivos, que se evidenciam em todos os espaços sociais, decorrentes de diferenças relativas à raça, etnia, gênero, sexualidade, cultura, religião, classe social, idade, necessidades especiais ou a outras dinâmicas sociais. Não há como deixar de oferecer alguma resposta a essas inescapáveis pluralidades. Multiculturalismo envolve a natureza dessa resposta (MOREIRA; CANDAU, 2013).

Na América Latina e, particularmente, no Brasil a questão multicultural apresenta uma configuração própria. O continente da América do Sul é um continente construído com uma base multicultural muito forte, onde as relações interétnicas têm sido uma constante através de toda a sua história, uma história dolorosa e trágica, principalmente no que diz respeito aos grupos indígenas e afrodescendentes (CANDAU, 2013).

A formação histórica brasileira está marcada pela eliminação física do outro ou por sua escravização, que também é uma forma de negação da alteridade. A problemática cultural nos coloca, de modo privilegiado, diante dos sujeitos históricos que foram massacrados e que souberam resistir, de modo que continuam, hoje, afirmando suas identidades e lutando por seus direitos de cidadania plena, enfrentando relações de poder assimétricas, de subordinação e exclusão (CANDAU, 2013).

Cumprido ressaltar que o multiculturalismo não nasceu nas universidades e no âmbito acadêmico em geral, mas das lutas dos grupos sociais discriminados e excluídos dos movimentos sociais, especialmente os referidos às questões étnicas. O multiculturalismo, na sociedade brasileira, como já foi destacado, é diferente daquele das sociedades europeias ou da sociedade estadunidense (CANDAUI, 2013).

Desde os primórdios da humanidade verifica-se, a existência de ódio e aversão de determinados indivíduos para com outros e de alguns grupos em relação a distintas coletividades (SANTOS, 2010). Portanto, adentrando ao conceito de crimes de ódio, mostra-se necessário diferenciar ódio de ira. Inicialmente, a ira resulta de coisas que afetam particularmente o sujeito encolerizado e, por tal razão, manifesta-se sempre contra um indivíduo determinado. Por outro lado, o ódio apresenta-se mais profundo e constante, podendo direcionar-se tanto para um indivíduo quanto para um grupo social. Em realidade, o ódio pode manifestar-se de diferentes maneiras, as quais dependem da história particular que lhe deram causa. Assim, o ódio não é algo com que se nasce, mas é forjado e adquirido ao longo da trajetória dos indivíduos, podendo ter aparição pelo modo com que os outros o tratam, bem como pela manipulação dos sentimentos, eventualmente, forjada por uma liderança governamental, religiosa ou de outro tipo (SOUZA, 2020).

Nos crimes de ódio, as vítimas são escolhidas consoante ao preconceito de cada agressor que, orientado por ideias preconcebidas e pela repulsa referida, coloca-se numa posição hostil contra um grupo em particular. As expressões mais comuns deste tipo de crime são agressão física, assassinatos, torturas, danos de propriedade, intimidação através de ameaças e/ou comentários. Para que estes crimes possam ser julgados, importa perceber o que está em causa e o que distingue esse crime dos demais. A distinção, no fundo, prende-se à motivação para cometer o crime: se um homicídio for resultado de uma briga, de um acaso, tratar-se-á apenas de um homicídio; quando este é motivado pela raça, cor, nacionalidade, sexualidade, passa a ser um crime de ódio, porque a base e a motivação do crime foi um preconceito. Em suma, crime de ódio será toda a conduta que tenha por base o preconceito do infrator em face do pertencimento da vítima a determinado grupo social. É, geralmente, baseada em preconceitos fundados na raça, nacionalidade, religião gênero e orientação sexual (ALMEIDA, 2013).

Acredita-se que a primeira aparição do termo crime de ódio (*hate crime*) em texto escrito sobreveio com a apresentação, pelos con-

gressistas norte-americanos, do *Hate Crime Statistic Act of 1990* (HCSA) perante o Congresso Norte Americano. Este aprovou esta legislação em 23 de abril de 1990, designando ao Departamento de Justiça norte-americano a tarefa de coletar e publicar dados quanto à natureza e números de crimes cometidos em razão de raça, religião, orientação sexual ou etnia da vítima. A implementação desse banco de dados foi o primeiro passo para a *Hate Crimes Sentencing Enhancement Act of 1994* (HCSEA), transformada em lei na Seção 2800 do *Violent Crime Control e Enformecent Act of 1994*. Com o advento das mencionadas leis federais, o uso do brocardo *hate crime* alastrou-se e diversos estados norte-americanos passaram a criminalizá-lo, sobretudo através da influência de organizações em defesa dos interesses dos indivíduos excluídos (SOUZA, 2020).

Em termos jurisprudenciais, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1993, no caso *Wisconsin vs. Mitchell*, entendeu que o governo, embora não esteja autorizado a reprimir crenças abstratas, pode coibir um leque de motivos reprováveis, vez que os crimes de ódio seriam mais graves do que aqueles praticados sem motivo de preconceito, eis que mais propensos a provocar represálias, infligir danos emocionais nas vítimas e incitar agitação da comunidade. Naquela decisão, a Corte confirmou, por unanimidade, a constitucionalidade de uma lei do Estado de Wisconsin, a qual estabelecia o aumento de pena na hipótese em que o ofensor escolhe sua vítima em razão de uma característica própria do grupo a que este pertença (SOUZA, 2020).

De acordo com o explicitado até aqui, firmados os apontamentos quanto à origem desse conceito, há de notar-se que inexistente uma definição única para crime de ódio (*hate crime*). O emprego da palavra ódio para designar as situações preconceituosas deve-se muito mais à abrangência do vocábulo do que propriamente do ódio entendido enquanto paixão, vez que também podem ser considerados crimes de ódio aquelas condutas motivadas pelo preconceito, pela intolerância e pela animosidade. Alguns autores observam que a nomenclatura ideal para esses tipos de crimes, ao invés de crime de ódio, seria a de crime de preconceito (*bias crime*), o qual corresponderia à “[...] manifestação criminoso de preconceito [...]” (SOUZA, 2020, p. 54). Nesse sentido, um crime de ódio restará configurado se presente o causal link, isto é, o liame entre uma conduta criminoso e o motivo preconceituoso (SOUZA, 2020).

Verifica-se que os preconceitos podem ser exteriorizados por pessoas que atuam individualmente, mas, também, por grupos organizados de ódio (*hate groups*), os quais são formados por indivíduos unidos

por uma identidade comum, qual seja confrontar aqueles com os quais não se identificam. Constatou-se, nos Estados Unidos, que a relação entre os *hates groups* e os *hate crimes* pouco se evidencia, todavia, identificou-se fortes demonstrativos de que problemas econômicos, podem estar atrelados a esse tipo de crime. Ainda que essa relação não esteja comprovada, pode-se afirmar que, ao que parece, a formação dos grupos de ódio contribui para que os crimes de ódio passem a ser vistos como um problema social (SOUZA, 2020).

A insurgência dos Estados Unidos contra atos provocados pelos *hate groups* e por atores individuais, sobretudo por influência dos gestores atípicos da moral, resultou na criminalização do que, hoje, se convencionou denominar de *hate crimes*, isto é, “[...] a ofensa criminal que é motivada, parte ou no todo, pelo preconceito do ofensor contra a raça, religião, orientação sexual, etnia, gênero, ou identidade de gênero [...]” (SOUZA, 2020, p. 57). Não obstante as diferenças entre as definições reveladas por cada país, os crimes de ódio são essencialmente condutas criminais motivadas pelo preconceito (SOUZA, 2020). Assim, expostas as observações acerca da origem e definição de crime de ódio (*hate crime*), faz-se necessário analisar a violação dos direitos humanos e fundamentais a partir da prática dos crimes de ódio.

3. OS DISCURSOS DE ÓDIO

Iniciando o ensaio sobre o discurso de ódio, nos reportamos ao conceito apresentado por Winfried Brugger, que consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em detrimento a determinados grupos, na maioria das vezes, formados pela minorias (BRUGGER, 2007).

O referido autor menciona, ainda, que:

[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou dissuadir pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião ou que tem capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER, 2007, p. 118).

Não obstante, o discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista,

baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade (SILVA *et al.*, 2011).

Verbi gratia, quando uma pessoa dirige um discurso de ódio à outra, a dignidade da vítima é vulnerada em sua dimensão intersubjetiva, no respeito que cada ser humano deve, necessariamente, ao outro. Mas ocorre apenas isso, pois a despeito do discurso odioso, o dano é maior ainda: porque é atacada a dignidade de todo um grupo social, não apenas a de um indivíduo. Ainda que este indivíduo tenha sido diretamente atingido, aqueles que compartilham a característica ensejadora da discriminação, do preconceito, ao entrarem em contato com o discurso odioso, compartilham a situação de violação. Destarte, é produzida a denominada vitimização difusa. Não se afigura possível distinguir quem, nominal e/ou numericamente, são as vítimas. Aquilo que se sabe é que há pessoas atingidas e que tal se dá por conta de seu pertencimento a um determinado grupo social (SILVA *et al.*, 2011).

Eugenio Raúl Zaffaroni (2017), em magistral pensamento, reflete sobre o ódio e os seus alvos, pois:

Quien no es capaz de ver la máscara de persona del otro, es porque no sabe quién es y debe definirse odiando. Quién soy? No sé, pero no soy el negro, el gordo, el flaco, el gay, el pobre, el índio, el minusválido, el enfermo, el judío, el islámico, el otro. Hasta no faltan quienes no ven la máscara de persona en la mujer, aunque nacieron de vientre femenino. Sigo sin saber quién soy pero debo afirmarme – justamente por eso – no ser el que odio. Más debo odiar cuanto más inseguro estoy acerca de quién soy (ZAFFARONI, 2017, p. 14).

Nesse campo, segundo Sigmund Freud:

Não se pode negar que o odiar, originalmente, caracterizou a relação entre o eu e o mundo externo alheio com os estímulos que introduz. [...] Logo no começo, ao que parece, o mundo externo, os objetos e o que é odiado são idênticos (FREUD, 2004, p. 158).

Já para o seu “colega” Lacan:

A dimensão imaginária é enquadrada pela relação simbólica, e é por isso que o ódio não se satisfaz com o desaparecimento do ad-

versário. Se o amor aspira ao ser do outro, o ódio quer o contrário, seja o seu rebaixamento, seja a sua desorientação, o seu desvio, o seu delírio, a sua negação detalhada, a sua subversão. É isso que o ódio, como o amor, é uma carreira sem limite (LACAN, 1986, p. 316).

Factualmente, a linguagem não deve ser compreendida apenas como junção de palavras, pois a linguagem pode condicionar o pensamento, não na sua materialidade física, mas como uma atitude que partirá dos sujeitos para com outros sujeitos. Nesta afinidade, surge o imperativo reconhecimento do outro e conseqüentemente o respeito (SANTOS, 2016, p. 37).

Em tempos de sociedade da informação, as redes sociais realizam papel fundamental nas relações humanas, algo que ficou mais explicitado com a Pandemia da Covid-19. Porém, as mesmas redes sociais que servem para unir, também servem como palco para verdadeiras batalhas onde a principal arma é o veneno do ódio acumulado pelas pessoas.

Assim, compartilhamos o conceito de rede social:

Rede social é, basicamente, um conjunto de relações resultantes da articulação de grupos de pessoas, ou instituições sociais, segundo motivações específicas mais ou menos duráveis no tempo. Uma rede social pode se desdobrar por localidades contíguas ou distantes e aglutinar outras redes sociais (MATOS, 2011, p. 174).

De acordo com Pierre Bourdieu, os grupos dominantes presentes na sociedade, utilizam-se de um sistema simbólico como instrumento de distinção. Na verdade, eles hierarquizam os indivíduos através da linguagem e do conhecimento. Porém, essa categorização sequer é percebida, pois os indivíduos que não têm o mínimo conhecimento de como funciona esse processo de segregação, não percebem como funciona (BORDIEU, 1989).

Ademais, as redes sociais também se estruturam nestes parâmetros e reproduzem essas dinâmicas de denominação e poder através de linguagem. Entretanto, como as redes sociais utilizam o predomínio da imagem, pois é através da imagem que o discurso se intensifica e forma outros padrões que reforçam estigmas sociais. É mister aludir o fato de que as redes sociais são constituídas por atores sociais, cujas conexões, fazem com que os sujeitos do mundo digital estejam em constante encontro com a lateralidade, e esse encontro pode se demonstrar perturbador e violento, levando, conseqüentemente, ao encontro do ódio. Portanto, o ódio pode se tornar um problema social, a partir do momento que deixa

de ser um sentimento e passa a ser externado pela linguagem que utiliza o estigma produzido socialmente (SANTOS, 2016).

De matriz norte-americana, a expressão *Hate Speech* popularizou-se no Direito Comparado como sendo o discurso de ódio, o qual pode ser definido como “[...] a manifestação verbal ou simbólica de opinião depreciativa a respeito de pessoa ou grupo em razão de elementos constitutivos de sua identidade [...]” (MEDRADO, 2018, p. 28).

A título de exemplo, podemos citar a célebre réplica que Ronald Dworkin realizou à crítica que lhe foi dirigida por Jeremy Waldron:

Se o argumento de Waldron para a censura do discurso de ódio é confiar na política atual, ele deve enfrentar o que realmente é dito e temido. “O holocausto foi inventado pelos judeus em proveito próprio”. “Os muçulmanos são todos terroristas e devem ser evitados”. “O Islã não contribuiu com nada de valor para a cultura do mundo”. “A imigração de raças alienígenas destruirá a cultura indígena que nós, que desenvolvemos e abraçamos essa cultura, temos o dever de proteger”. “Todos devem ser enviados de volta de onde vieram”. Nenhuma dessas declarações equivocadas implica que algum ser humano não seja melhor do que um animal ou que deve ser exterminado como uma barata. Nenhuma implica que alguém, inerentemente, não tenha o status ou dignidade de um ser humano (DWORKIN, 2012, p. 343).

A História nos conta que o ódio se notabilizou no pós-Segunda Guerra como epítome do ódio racial extremo, aspecto verbal de uma ideologia de extermínio que tem na cruz suástica sua expressão simbólica, na câmara de gás um famigerado *modus operandi* e em Adolf Hitler o seu líder supremo, na penumbra dos casos difíceis da sociedade contemporânea pode se apresentar de modo muito mais sutil e insidioso, sendo confundido com o exercício do direito de crítica ou com a singela ruptura do padrão politicamente correto dominante (MEDRADO, 2018).

De acordo com Sarmiento, o discurso de ódio consistiria em:

Manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de “*hate speech*” (SARMENTO, 2009, p. 40).

Em que pese a questão do discurso de ódio ou desprezo já ter

sido objeto de diversas decisões judiciais e posições doutrinárias, seja no Brasil, seja no exterior, tanto no que se refere ao discurso de ódio racial, quanto ao discurso de ódio religioso. Ambos são relevantes para a temática abordada, e costumam vir através do “*hate speech*”. Apesar disso, o conflito gravita em torno da colisão dos direitos fundamentais: direito à liberdade de expressão e a possibilidade de realizar manifestações ofensivas a uma raça, religião ou grupo de pessoas (VITORELLI, 2017).

Entendemos que onde o ódio, bem como os discursos de ódio se fizerem presentes, não existe liberdade de expressão, porque ninguém tem o direito de desferir, gratuitamente, aversão e ódio ao semelhante.

Após os horrores do nazismo, quase todos os países do ocidente aprovaram normas vedando e, de um modo geral, criminalizando o *hate speech*. No plano da liberdade de religiosa, não se inclui no conceito de *hate speech* o proselitismo religioso, ou seja, a tentativa de conversa de um não crente, ou de alguém que professe outra fé, desde que para tanto não faça uso de meios impróprios (VITORELLI, 2017).

Por fim, nos vemos obrigados a trazer as brilhantes palavras de Daniel Sarmento que arremata, com maestria, a questão:

É chegada a hora de concluir. Em síntese, o caminho adotado pelo Brasil, que aceita as restrições à liberdade de expressão voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas, parece-nos correto, tanto sob o ponto de vista jurídico como moral. Ele está em plena consonância com a normativa internacional sobre direitos humanos e com a jurisprudência constitucional da maioria das democracias liberais modernas – os Estados Unidos, neste particular, é que representam a exceção. Contudo, num país como o nosso, em que a cultura da liberdade de expressão ainda não deitou raízes, há que se ter cautela e equilíbrio no percurso deste caminho, para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto (SARMENTO, 2009, p. 58).

Após ter trabalhado com o ódio e com os discursos de ódio, nos vemos obrigados a adentrar na esfera da tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais, ainda mais que vivemos à luz de um Estado Democrático de Direito, onde condutas odientas não são toleradas.

4. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Tratar sobre Direitos Humanos, hoje, é assumir uma prerrogativa de direitos e liberdades fundamentais, individuais e coletiva, em que prevalece o conceito de dignidade humana. Neste sentido, pode-se afirmar que estes direitos têm o escopo necessário de assegurar a todos os seres humanos os direitos que lhe são imanentes, inalienáveis e indisponíveis (MELO, 2010).

Não há consenso doutrinário para definir esses direitos de forma adequada. Para Ingo Sarlet (2018), direitos humanos são aqueles direitos positivados na esfera do direito internacional, os quais guardam relação com os documentos de direito internacional e independem de positivação em determinada ordem constitucional; revelam inequívoco caráter supranacional. Por outro lado, os direitos fundamentais possuem delimitação espaço-temporal, correspondendo, então, aos direitos humanos previstos em documentos constitucionais (SILVA; MASSON, 2015).

Sob a perspectiva dos direitos humanos, o ódio discriminatório corrói o idioma da alteridade como essência mesma dos direitos humanos – ver no outro ser um merecedor de igual consideração e profundo respeito. O lema da alteridade é pilar estruturante da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A declaração surgiu como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo, de modo que, se a Segunda Guerra significou ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar esperança de sua reconstrução (SOUZA, 2020).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos endossa a universalidade dos direitos humanos ao reconhecer que a condição de pessoa é requisito único e exclusivo para ter direitos. Repudia, inclusive, a equação nazista que condicionava a titularidade de direitos à pertença ariana, amparada na doutrina da supremacia racial. Reconhece a dignidade humana como um componente intrínseco de toda e qualquer pessoa por sua unicidade, diversidade e valor infinito. Endossa a indivisibilidade dos direitos humanos ao adotar uma perspectiva integral de direitos, aliados, ineditamente, o valor da liberdade ao valor da igualdade, compondo direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, em sua indivisibilidade, inter-relação e interdependência (SOUZA, 2020).

Violações de direitos humanos são fomentadas por um forte componente cultural: alimentam-se de uma ideologia de negação a direitos. A violência do racismo, do sexismo, da xenofobia, da homofobia e de outras formas de intolerância é nutrida pela cultura da violência racial,

sexista, xenófoba e homofóbica, que nega ao outro a condição plena de sujeito de direito (SOUZA, 2020).

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), consagra os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Seu artigo 1º, III, afirma como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana; o artigo 3º, IV, fixa como um dos objetivos fundamentais da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação; de acordo com o artigo 4º, VII, concernente às relações internacionais, o Brasil repudiará ao terrorismo e ao racismo; o artigo 5º, X, assegura que “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988, doc. eletrônico). O artigo 5º, XLII, da Constituição Federal é um importante indicativo da etapa de especificações dos Direitos Humanos no Brasil. Esta etapa de especificação, no ordenamento jurídico nacional, é inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que traz dispositivos específicos dedicados à criança, ao idoso, aos índios, às mulheres, à população negra e às pessoas com deficiência física (MELO, 2010).

Os direitos fundamentais à vida e à igualdade foram estabelecidos entre os princípios fundamentais no artigo 5º caput da Constituição Federal. Vislumbra-se, dessa forma, que a Constituição repudia qualquer forma de preconceito ou discriminação. Mesmo que a Constituição Federal de 1988 não tenha feito referência direta ao princípio da universalidade e a despeito de ter atribuído a titularidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, a Constituição (BRASIL, 1988, doc. eletrônico) anuncia: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (SARLET, 2018).

No sistema pátrio brasileiro, podem ser identificados como crime de ódio apenas as causas de aumento prevista no §2º, inciso II, do artigo 149, bem como a qualificadora denominada feminicídio, prevista no artigo 121, §2º, inciso VI, ambos do Código Penal (BRASIL, 1940). A tipificação do feminicídio foi um importante passo de um longo caminho a ser trilhado pelo ordenamento jurídico brasileiro na criminalização dos crimes de ódio, pois, ao elevar este fenômeno, a categoria jurídico penal conferiu maior visibilidade para essa população. Assim, atrelada a outras medidas e ações públicas extrapenais, pode contribuir para mudança de paradigmas e desconstrução de preconceitos (SOUZA, 2020).

De acordo com Daniel Sarmento:

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana pressupõe a da espécie humana, mas que o inverso não ocorre. No conceito moderno de dignidade humana presente nas constituições contemporâneas e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, essas duas noções estão presentes. A dignidade da espécie humana consiste no reconhecimento de que o ser humano ocupa uma posição superior e privilegiada entre todos os seres que habitam o nosso mundo. Distintas razões foram empregadas para justificar essa superioridade, sendo as mais frequentes o uso da razão, o livre arbítrio e, no âmbito religioso, a criação à imagem de Deus. Já a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração (SARMENTO, 2016, p. 27).

Entretanto, o mesmo Sarmento, de certo modo, polemiza ao afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana não possui caráter tão absoluto assim, na medida em que fundamenta a sua posição no próprio cenário carcerário pátrio:

No Brasil contemporâneo, a prisão importa, na prática, em grave violação à dignidade humana do preso, que tem de se sujeitar, quase sempre, ao encarceramento em condições desumanas e degradantes, que são generalizadas em nosso sistema carcerário. Não tenho dúvidas de que esse fator tem de ser considerado pelos juízes por ocasião da decisão sobre a decretação da prisão provisória e no momento de aplicação da pena – o que a maioria, infelizmente, não faz. Afinal, se nas democracias constitucionais a prisão tem de ser usada como *ultima ratio* em razão do valor da liberdade de ir e vir para a pessoa humana, no atual cenário de degradação generalizada dos cárceres, a medida só deveria ser empregada em situações realmente excepcionais (SARMENTO, 2016, p. 96).

Vale lembrar que Immanuel Kant, desde muito tempo, já referia que a dignidade se apresenta como a qualidade peculiar, notadamente, insubstituível da pessoa humana, pois:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor

de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (KANT, 1995 *apud* SARLET, 2002, p. 33).

Nesse estreito, segundo o Professor Ingo Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. Tudo, portanto, converge no sentido de que também para a ordem jurídico-constitucional a concepção do homem-objeto (ou homem-instrumento), com todas as consequências que daí podem e devem ser extraídas, constitui justamente a antítese da noção de dignidade da pessoa, embora esta, à evidência, não possa ser, por sua vez, exclusivamente formulada no sentido negativo (de exclusão de atos degradantes e desumanos), já que assim se estaria a restringir demasiadamente o âmbito de proteção da dignidade (SARLET, 2002, p. 61).

Em 2014, foi apresentado, perante a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7582/2014, de autoria da Deputada Maria do Rosário. O projeto propõe-se a definir crimes de ódio e intolerância, bem como apresenta mecanismos para coibi-los. A importância de tal Projeto revela-se no fato de ser a primeira tentativa legislativa brasileira de incorporar, explicitamente, os termos “crimes de ódio” e “discurso de ódio”. Tal projeto visa coibir algumas lacunas legislativas, as quais verificariam ante a necessidade de proteção de determinados grupos que são acometidos por agressões e violações de direitos humanos (BRASIL, 2014). Todavia, o presente projeto ainda segue em tramitação para sua aprovação. Há uma verdadeira confusão em algumas hipóteses, as quais incorrem em desencontros legislativos. Faz-se assim, necessária uma melhor reflexão quanto ao ódio em face do sistema penal brasileiro.

Por fim, ao lado da luta por igualdade formal e igualdade material, adериu-se, também, a um desejo de reconhecimento de identidades por intermédio do reconhecimento da dignidade individual e do respeito

para todo indivíduo. A luta pelo reconhecimento leva o atual desenho social ao surgimento de inúmeros projetos antidiscriminatórios, o que significa um grande avanço para o combate ao cenário preconceituoso em que permeia a realidade tanto brasileira como mundial.

5. CONCLUSÃO

A partir do que foi apresentado neste ensaio, chegamos às seguintes conclusões:

- a) crimes de ódio referem-se tão somente a circunstâncias que envolvem práticas delitivas por motivos de ódio preconceituoso;
- b) a vulgarização da terminologia dos crimes de ódio conduz a uma categorização ampla de comportamentos como sendo crimes de ódio, os quais, por vezes, não os são;
- c) no Brasil, a questão multicultural apresenta uma configuração própria. O continente da América do Sul é um continente construído com uma base multicultural muito forte;
- d) nos crimes de ódio, as vítimas são escolhidas consoante ao preconceito de cada agressor que, orientado por ideias pré-concebidas e pela repulsa referida, coloca-se numa posição hostil contra um grupo em particular;
- e) crimes de ódio serão toda a conduta que tenha por base o preconceito do infrator em face do pertencimento da vítima a determinado grupo social. Geralmente, são baseados em preconceitos fundados na raça, nacionalidade, religião gênero e/ou orientação sexual;
- f) verifica-se que os preconceitos podem ser exteriorizados por pessoas que atuam individualmente, mas, também, por grupos organizados de ódio (*hate groups*);
- g) os discursos de ódio, assim como o próprio ódio, advêm de ideias preconcebidas, cuja exteriorização demonstra a sua aversão ao semelhante;
- h) no cenário contemporâneo, verdadeiros criminosos infiltram-se nas redes sociais para desferir ódio ao semelhante, criando verdadeiras redes do ódio. Tamanha perversidade passa imune aos olhares da maioria das pessoas que sequer percebem o que, realmente, está ocorrendo;
- i) sob a perspectiva dos direitos humanos, o ódio discriminatório corrói o idioma da alteridade como essência mesma dos direitos humanos – ver no outro ser um merecedor de igual consideração e profundo respeito;

- j) o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, consagra os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos;
- k) a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca de cada ser humano, sendo inegociável, inalienável, justamente, porque é inerente à condição humana. Deste modo, não podemos dispô-la, jamais;
- l) os direitos fundamentais à vida e à igualdade foram estabelecidos entre os princípios fundamentais da Constituição Federal. Dessa forma, a Constituição repudia qualquer forma de preconceito ou discriminação;
- m) o combate à cultura da negação e violação aos direitos requer o fortalecimento a afirmação e promoção de direitos. Daí, a urgência em potencializar a ideologia emancipatória dos direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sara Alexandra de Carvalho e. **Os bastidores dos crimes de ódio: dimensões sociais e identitárias**. 2013. Dissertação (Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade) - Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Portugal, 2013. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/29294>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.582/2014**. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los, nos termos do inciso III do art. 1º e caput do art. 5º da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>. Acesso em: 2 dez. 2020.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista Direito Público**, Brasília, DF, v. 4, n. 15, p. 117–136, 2007.

CANDAU, Vera Maria. Multiculturalismo e educação: desafios para a prática pedagógica. *In*: MOREIRA, Antonio Flávio; CANDAU, Vera Maria (orgs.). **Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 13–37.

DWORKIN, Roland. Reply to Jeremy Waldron. *In*: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (orgs.). **The content and context of the hate speech**. New York: Cambridge University Press, 2012. (Trecho citado, com tradução livre, à p. 343).

FREUD, Sigmund. Pulsões e destinos da pulsão: escritos da psicologia do inconsciente. *In*: FREUD, Sigmund. **Obras Psicológicas Completas de Freud**. Rio de Janeiro: Imago, 2004. (trabalho original publicado em 1915). v. 1, p. 133–173.

LACAN, Jaques. **O seminário, Livro 1: os escritos técnicos de Freud**. Rio de Janeiro: JZE, 1986.

MATOS, Ralfo. Territórios e redes: dimensões econômico-materiais e redes sociais especiais. *In*: DIAS, Leila Christina; FERRARI, Maristela (orgs.). **Territorialidades humanas e redes sociais**. Florianópolis: Insular, 2011. p. 167–188.

MEDRADO, Flávio Augusto Barreto. **Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microsistema penal do discurso do ódio**. Salvador: Juspodivm, 2018. (Coleção Ciências Criminais).

MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet: estudo da Lei nº 7.716/89**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/>. Acesso em: 5 dez. 2020.

MOREIRA, Antonio Flávio; CANDAU, Vera Maria (orgs.). **Multiculturalismo: diferenças culturais e práticas pedagógicas**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Marco Aurélio Moura dos. **O discurso do ódio em redes sociais**. São Paulo: Lura Editorial, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o problema do Hate Speech. *In*: CHAVES, Cristiano (org.). **Leituras Complementares ao Direito Civil**: o direito civil-constitucional em concreto. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 1–58. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 22 set. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Rosane Leal da *et al.* Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445–468, 2011.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (orgs.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Tradução: Carlos Luiz Strapazzon. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 179–214.

SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. **Crimes de ódio**: racismo, feminicídio e homofobia. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto da igualdade racial e comunidades quilombolas**: lei 12.288/2010, decreto 4.887/2003. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. (Leis Especiais para Concursos).

ZAFFARONI, E. Raúl. Prólogo. *In*: FERNÁNDEZ, Aníbal; CARMELLO, Carlos. **Los Profetas Del Odio**. Buenos Aires: Galerna, 2017. p. 11–17.

O PROCESSO ESTRUTURAL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CONFLITOS SOCIAIS

DIEGO DE ÁVILLA RODRIGUES¹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de direitos fundamentais, contemplando desde liberdades individuais até direitos sociais. Ocorre que a concretização dos direitos fundamentais, especialmente daqueles denominados direitos sociais, não se faz sem um agir positivo do Estado, o que requer vontade política e disponibilidade orçamentária.

Diversas questões emergem quando considerado o amplo ajuizamento individual de ações que buscam a garantia de tais direitos fundamentais, especialmente com relação à necessidade de destinação de parcela do orçamento público para implementação das decisões e à eficiência das soluções propostas na concretização do direito fundamental.

O processo estrutural começa a ser estudado e aplicado em solo nacional como uma alternativa para a resolução de problemas sociais complexos, especialmente, mas não somente, no que se refere à concretização de direitos sociais.

Nesse norte, o estudo objetiva, através de método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, identificar alguns dos problemas decorrentes do ajuizamento massivo de ações que buscam concretizar os direitos fundamentais e apurar se a utilização dos proces-

1 Acadêmico do Mestrado em Direito Fundação Escola Superior do Ministério Público, vinculado ao Grupo de Pesquisa “Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade Interesses Públicos *versus* Interesses Privados”. Servidor Público do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade IDC e em Direito Público pela Faculdade IMED; e-mail: dieavilla@gmail.com.

struturais pode ser uma alternativa viável e mais eficiente para o tratamento judicial da busca pela concretização dos direitos fundamentais.

A hipótese trabalhada é de que o tratamento estrutural de problemas sociais complexos, ainda que possa não garantir o direito a cada indivíduo que busque o judiciário, corretamente utilizado, pode representar uma solução mais adequada à cessação da violação de direitos fundamentais, para o presente e para o futuro.

2. PROBLEMAS DECORRENTES DO TRATAMENTO INDIVIDUAL DAS AÇÕES ENVOLVENDO DIREITOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS

A Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço no que se refere à proteção dos Direitos Fundamentais. Elaborada em um período pós ditadura militar, preocupou-se em garantir direitos mínimos aos cidadãos, não apenas no que se refere ao resguardo de suas liberdades e integridade física e mental, mas, também, criando deveres a serem observados pelo Estado, que passou a ter o papel de garantir condições mínimas de vida digna a todos os cidadãos (PIOVESAN, 2006, p. 111-112).

Nesse contexto, a Constituição incluiu, no rol de direitos fundamentais, tanto direitos negativos, que impedem ou limitam o agir estatal (como são exemplos os incisos II e III do artigo 5º da CF/88), quanto direitos positivos, que exigem uma ação do Estado para sua concretização, caso dos direitos sociais.

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de estabelecer no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. (PIOVESAN, 2006, p. 113)

Há de se salientar que, nos termos do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos sociais, por integrar o rol de direitos fundamentais, possuem aplicabilidade imediata, inexistindo necessidade de legislação posterior, a fim de que possam ser exigidos do ente estatal.

Desta forma, a previsão da carta magna, mais do que determinar que o ente estatal não prejudique os direitos sociais, impõe um

dever positivo ao Estado, tornando a sociedade credora deste direito (ALVES, 2013, p.106-107).

Porém, a observância aos direitos sociais exige vontade política e, principalmente, disponibilidade orçamentária, ainda mais considerando-se que a efetivação de tais garantias deve ser realizada pelo poder público de forma gratuita ou tendencialmente gratuita.

Nesse sentido, esclarece Cláudia Elisandra de Freitas Carpenedo (2007, p. 62):

Com efeito, o Estado, para atender aos quase que sem número de preceitos de justiça social elencados da Carta de 1988, depende da disponibilização de recursos públicos. A garantia do direito à moradia (a construção de casas populares), à educação (a disponibilização de toda a estrutura escolar necessária para o ensino gratuito), à saúde (criação e manutenção do Sistema Único de Saúde), enfim, todas as tarefas afetas à concretização dos direitos sociais prestacionais estão diretamente vinculadas ao dispêndio de valores por parte do destinatário da norma (no caso, o Estado, em todas as suas esferas).

Entretanto, ainda que a realização de políticas públicas e a alocação de recursos do orçamento a elas relativo sejam atribuições dos poderes executivo e legislativo, tem se verificado, diante da ineficiência administração pública, ou mesmo da escassez de recursos, que não permite a atenção a todos, o ajuizamento de ações individuais ou coletivas, a fim de que o Judiciário supra a omissão estatal, garantindo os direitos fundamentais sociais (ALVES, 2013, p. 107).

Este ajuizamento de ações em busca da garantia dos direitos sociais, inobstante objetivar a concretização do direito constitucional ao cidadão que demanda, pode ocasionar maiores distorções, na medida em que acaba por beneficiar aqueles que buscam o judiciário, em prejuízo daqueles que permanecem aguardando a implementação de uma política pública pelo poder executivo. Ou, ainda, em virtude da falta de conhecimento técnico dos operadores do direito, especialmente quanto ao orçamento público, pode gerar verdadeiro desperdício de recursos, garantindo tratamentos sem eficácia comprovada, por exemplo, comprometendo parcela do orçamento do ente federado, que teria outra destinação.

É nesse sentido o alerta do professor Timm (2011, p. 268):

[...] A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um univer-

so de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deveriam atender.

Neste ponto, vale observar algumas situações de distorções criadas pela judicialização individual de conflitos, com o objetivo de garantia dos Direitos Sociais, a fim de demonstrar, tal como já afirmado, que, em que pese a garantia ao cidadão que busca o Judiciário do seu Direito Fundamental, as demandas individuais acabam criando distorções e impedindo, em larga escala, uma implementação eficiente de políticas públicas, voltadas à garantia daquele mesmo direito social ou de outros tão importantes e relevantes quanto o buscado individualmente.

Importante destacar, neste ponto, que, ainda que a noção de eficiência não corresponda logicamente à de justiça, a ineficiência, necessariamente, conduz a uma injustiça, pois alguém que poderia estar obtendo o mesmo benefício sem prejudicar a outrem está causando esse prejuízo.

Nas palavras de Ivo Teixeira Gico Júnior (2010, p. 23):

Eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido Pareto-eficiente, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto. Note-se que uma alocação Pareto-eficiente não necessariamente será justa segundo algum critério normativo, todavia, uma situação Pareto-ineficiente certamente será injusta, pois alguém poderia melhorar sua situação sem prejudicar ninguém, mas não consegue. [...]

Tal conceito parece aplicável, especialmente, às políticas públicas, onde, inclusive, há a necessidade constitucional de eficiência, prevista como um dos princípios que devem ser observados pela Administração Pública².

Nesse sentido, confira-se a lição de Luciano Benetti Timm (2008, p. 59):

A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais e fazer eleições que por vezes podem soar 'trágicas', mas sempre dentro da realidade de que existirão necessidades sociais que não poderão ser atingidas em sua totalidade pelos governos. E

2 Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

o gasto com prioridades sociais, que atendam a um maior número de beneficiários mais necessitados, evitando o desperdício, tenderá a ser a melhor solução e, portanto, a mais justa.

Ademais, em se tratando de políticas públicas, uma utilização ineficiente dos recursos acarretará, certamente, em severo prejuízo a diversos cidadãos, que dependem daquela política, para subsistir ou melhorar sua condição de vida.

Ou seja, uma vez que o Estado define uma política pública, seja de que área for, sem ingressar no mérito da medida, deve-se primar pela sua eficiência, sob pena desperdiçar recursos públicos, que poderiam ser mais bem alocados naquela ação ou em outra, beneficiando diversas outras pessoas.

Especificamente tratando sobre o Direito à Saúde e, mais especificamente ainda, acerca da judicialização de pedidos de medicamentos, tem se observado, ao longo dos anos, um crescimento exponencial de demandas, buscando a concessão de medicamentos, seja por estarem fora da lista daqueles concedidos pelos entes públicos ou, ainda que previstos em lista, destinados a outras patologias (uso *off label*), seja por se tratar de medicamentos experimentais ou ainda não aprovados pela ANVISA.

Tais ações, justamente em virtude da existência e exigibilidade do Direito Social, têm obtido, em sua grande maioria, decisões favoráveis, inclusive com análise de casos pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, aonde foi firmada tese relativa ao Tema 793³, tendo ocorrido, ainda, recente julgamento relativo ao Tema 06⁴, no qual, embora se reconheça

3 “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”

4 Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com

a impossibilidade de obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos experimentais, são estabelecidos critérios para a concessão de medicamento, sem registro no órgão sanitário, de forma excepcional⁵.

Entretanto, como já referido, em que pese as decisões judiciais garantam, no caso, o acesso à medicação, e, em última análise, o Direito à Saúde da parte, comprometem parcela cada vez maior do orçamento público, que é escasso por natureza, e que possuiria outra destinação.

De fato, a preocupação com o crescente ajuizamento de demandas individuais relacionadas à saúde é tão grande, que o Tribunal de Contas da União (2017) realizou auditoria operacional, através da Secretaria

eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”. (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020).

- 5 Neste ponto, talvez seja interessante esclarecer que não é o objetivo deste estudo analisar a correção ou não de tais decisões pelo Supremo Tribunal Federal, tampouco explicitar seus fundamentos ou os critérios para concessão de medicamentos. As decisões são trazidas apenas para contextualizar a problemática advinda da judicialização individual dos direitos sociais, quando visualizados os reflexos ao restante da sociedade e, especialmente, ao orçamento público.

de Controle Externo da Saúde, que foi submetida ao plenário daquele Tribunal⁶, em 16/08/2017, e constatou dados alarmantes.

Salienta-se, por exemplo, de forma geral, os gastos do Ministério da Saúde em decorrência das decisões judiciais, que, entre os anos de 2008 e 2015, tiveram aumento drástico, passando de R\$70.154.252,00 (setenta milhões, cento e cinquenta e quatro mil e duzentos e cinquenta e dois reais) para R\$1.013.331.821,30 (um bilhão, treze milhões, trezentos e trinta e um mil, oitocentos e vinte e um reais e trinta centavos), ou seja, os gastos aumentaram mais de 14 vezes em 08 anos.

Ainda, como já referido, os gastos acima apontados referem-se, apenas, àqueles decorrentes da aquisição de medicamentos pelo Ministério da Saúde para o cumprimento de decisões judiciais, não estando contabilizados, por exemplo, valores relativos a medicamentos já disponíveis em programa diverso (deferidos judicialmente para tratamento de doença diferente daquela prevista pelo ente público), tampouco depósitos judiciais e pagamentos diretos a beneficiários, ou gastos com transporte das medicações.

Dentro desse contexto, os gastos com alguns medicamentos específicos chamam à atenção: em 2014 e 2015, os gastos com, unicamente, os medicamentos Soliris e Naglazyme, que não constam na lista de fornecimento do SUS, totalizaram R\$381 milhões⁷ e R\$537 milhões, respecti-

6 AUDITORIA OPERACIONAL. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA (FOC). JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. IDENTIFICAR O PERFIL, O VOLUME E O IMPACTO DAS AÇÕES JUDICIAIS NA ÁREA DA SAÚDE, BEM COMO INVESTIGAR A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PARA MITIGAR SEUS EFEITOS NOS ORÇAMENTOS E NO ACESSO DOS USUÁRIOS À ASSISTÊNCIA À SAÚDE. CONSTATAÇÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS, DE CARÁTER CURATIVO, COM ALTA PROBABILIDADE DE ÊXITO. GASTOS CRESCENTES, QUE SALTARAM DE R\$ 70 MILHÕES EM 2008 PARA R\$ 1 BILHÃO EM 2015. DEFICIÊNCIAS DE CONTROLE. PAGAMENTOS POR FÁRMACOS SEM REGISTRO NA ANVISA OU JÁ DISPONIBILIZADOS PELO SUS. FALTA DE ADOÇÃO DE RECOMENDAÇÕES DO CNJ. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTOS DE RESSARCIMENTO INTERFEDERATIVO. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA E ARQUIVAMENTO. (Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017).

7 Apenas para se ter uma ideia do que representam esses gastos, esses R\$381 milhões correspondem a: a) 30% dos valores empenhados liquidados na ação 20AE – Promoção da assistência farmacêutica e insumos estratégicos na atenção básica (repasse de recursos destinados ao custeio de medicamentos e insumos de uso da atenção básica e aquisição pelo Ministério da Saúde de insulinas e outros medicamentos e insumos, como os do Programa Saúde da Mulher); b) 233% da ação 4368 – Promoção da assistência farmacêutica e insumos para programas de saúde estratégicos

vamente, correspondendo a 55% e 53% do total gasto pelo Ministério da Saúde para cumprimento das determinações judiciais de fornecimento de medicamentos, nos respectivos anos.

Outro problema que parece claro, além do comprometimento orçamentário já detalhado, é que a busca individual das garantias sociais ocasiona um benefício àqueles que buscam o judiciário, em detrimento de quem estava aguardando a política social, o que prejudica, justamente, os mais necessitados, que, diversas vezes, sequer possuem conhecimento suficiente acerca da possibilidade de ajuizamento de demanda para garantia daquele direito.

Veja-se, nesse sentido, ainda tendo por base o caso da saúde, que o valor de R\$381 milhões, acima mencionado, no ano de 2014, a um total de, apenas, 382 pacientes, o que representou um custo médio anual, por paciente, de R\$941.541,19 (novecentos e quarenta e um mil, quinhentos e quarenta e um reais e dezenove centavos), no caso do medicamento Soliris, que sequer era aprovado pela ANVISA, e de R\$1.081.594,78 (um milhão, oitenta e um mil, quinhentos e noventa e quatro reais e setenta e oito centavos), relativamente ao fármaco Naglazyme.

Outro exemplo claro dessa distorção causada pelo ajuizamento de demandas individuais é trazido por Edilson Vitorelli (2018, p. 154-155), envolvendo a situação das vagas em creches no estado de São Paulo, no qual a Defensoria Pública, em que pese legitimada para ajuizamento de ação coletiva, propôs aproximadamente 61 mil ações individuais, de 2014 a maio de 2017, numa média de cerca de 20 mil ações ao ano.

Em que pese a solução do caso individual possa trazer uma ilusão de solução do problema, na prática, as demandas têm prejudicado àquelas mães que aguardam a concretização da política pública, como, no exemplo dado pelo autor referido, da genitora que decidiu procurar a Defensoria Pública, após vez seu filho cair da quinta para a vigésima sétima posição na fila por vaga em creche, em virtude dos deferimentos judiciais.

Portanto, as decisões judiciais em demandas individuais que buscam a concretização de direitos fundamentais, em que pese possam

(aquisição pelo Ministério da Saúde de medicamentos e insumos para o controle de doenças como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de chagas, tabagismo e outras doenças endêmicas); e c) 8% da ação 4705 – Apoio financeiro para aquisição e distribuição de medicamentos do componente especializado da assistência farmacêutica (aquisição centralizada e repasse financeiro para garantia do acesso aos medicamentos do componente especializado, os chamados medicamentos ‘de alto custo’). - Comparativo extraído do Acórdão 1787/2017 – TCU – Plenário, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017.

garantir o direito ao autor da demanda, acabam por, além de não resolver o problema estrutural existente, prejudicando a alocação de recursos públicos, bem como a concretização das políticas idealizadas pela administração pública.

Nesse sentido, diante da necessidade de buscar um método alternativo para a solução desses conflitos, com uma forma de processo que possa, justamente, analisar o problema em sua complexidade, sob o prisma de toda a coletividade atingida, com espaço para participação de diversos setores da sociedade e do governo, a fim de que se busque uma melhor solução, não somente a um ou outro indivíduo, mas que garanta a adequada estruturação do direito fundamental, permitindo o seu pleno exercício pela sociedade, o Brasil começa a estudar e aplicar o processo estrutural⁸.

3. A ORIGEM DO PROCESSO ESTRUTURAL

O processo estrutural tem sua origem ligada à Suprema Corte americana, especialmente ao período em que esteve sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren, no qual ficou conhecida como *Civil Rights Court*, por decidir, ao longo de cerca de duas décadas, diversas questões que caminham até hoje na história daquela sociedade. Entre esses julgamentos está o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, que é comumente apontado como origem das *structural reforms*, que hoje, no Brasil, são o cerne do debate e da pesquisa sobre processos estruturais (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 18).

No caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte americana, em uma primeira decisão, 347 US 483 (1954), declarou inconstitucionais as leis estaduais e locais que permitiam ou impunham a existência de escolas separadas para crianças negras e brancas (PUGA, 2021, p. 93). A decisão, assim, deu fim ao sistema *separate but equals*, que permitia a segregação entre negros e brancos (JOBIM; ROCHA, 2021, p. 862), e que vinha sendo reafirmada por aquele tribunal sucessivas vezes, sendo paradigmático o caso *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896), no qual havia sido reconhecido que a segregação racial (que no caso con-

8 Como exemplo de aplicação do processo estrutural no Brasil, pode-se citar a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.733.412 – SP, que reformou decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, para determinar o retorno dos autos à origem em demanda que buscava a realização de reforma e melhorias em hospital público, reconhecendo o feito como estrutural. (BRASIL, 2019)

creto envolvia a separação de negros e brancos em diferentes vagões de trem), por si só, não era discriminatória.

Objetivando contextualizar a situação vivenciada naquele período da história americana e das decisões da Suprema Corte, Mariela Puga (2021, p. 94-98) salienta que, após a abolição da escravidão naquele país, à população negra foram garantidos direitos civis, como propriedade e liberdade de contratar, e políticos básicos, como votar e ser eleitos. Entretanto, essa situação durou pouco tempo, com a realidade dos afrodescendentes voltando a piorar, especialmente nos estados do sul do país, com a exploração da mão de obra negra, principalmente de analfabetos. As normas do período eram pensadas de forma a não contradizer a Constituição, especialmente no tocante à igualdade, mas, na realidade, permitiam práticas sociais restritivas a direitos civis, econômicos e políticos. Havia, ainda, uma crescente onda de violência desencadeada por ideias de “supremacia branca” ou de “perigo da dominação negra”. E é nesse contexto que surge a regulamentação de espaços delimitados e demarcados para negros e brancos, com a propagação do ideal “separados mas iguais”. Na prática, essas regras permitiam a realização de políticas públicas diferenciadas, com, no caso das escolas, por exemplo, significativos maiores investimentos nas escolas para brancos. Tais diferenças eram vistas, pela Suprema Corte, como reflexos da realidade, contra os quais o tribunal nada poderia fazer.

Em que pese se pudesse argumentar que a segregação racial nas escolas, naquele contexto histórico, objetivaria promover a educação igualitária das crianças de todas as ancestralidades, evitando, talvez, conflitos étnicos dentro das escolas, ainda que, como já destacado previamente, na prática, a segregação permitisse a desigualdade de condições, a Suprema Corte dos Estados Unidos acabou por reconhecer que a segregação culminava por introduzir um sentimento de inferioridade nas crianças negras, que poderia marca-las para toda a vida⁹.

Nesse sentido, confira-se trecho da decisão da Suprema Corte americana:

Such considerations apply with added force to children in grade and high schools. To separate them from others of similar age and

9 Sobre as diferentes condições nas escolas dos Estados Unidos e a decisão proferida no caso *Brown*, recomenda-se, ainda, o filme “Separados mas Iguais” (*Separate but Equal*, Direção: George Stevens, Jr. Artisan, 1991. Califórnia. 1 DVD, 193 min.), que parte da situação vivenciada pelo jovem *Briggs* no estado da Carolina do Sul e retrata a atuação do então advogado da NAACP Thurgood Marshall e os bastidores da Suprema Corte até a decisão proferida no caso *Brown*.

qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone. The effect of this separation on their educational opportunities was well stated by a finding in the Kansas case by a court which nevertheless felt compelled to rule against the Negro plaintiffs:

‘Segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children. The impact is greater when it has the sanction of the law, for the policy of separating the races is usually interpreted as denoting the inferiority of the negro group. A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn. Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to retard the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racially integrated school system.’

Whatever may have been the extent of psychological knowledge at the time of *Plessy v. Ferguson*, this finding is amply supported by modern authority. Any language in *Plessy v. Ferguson* contrary to this finding is rejected.

We conclude that, in the field of public education, the doctrine of “separate but equal” has no place. Separate educational facilities are inherently unequal. Therefore, we hold that the plaintiffs and others similarly situated for whom the actions have been brought are, by reason of the segregation complained of, deprived of the equal protection of the laws guaranteed by the Fourteenth Amendment.¹⁰ (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1954).

10 “Tais considerações aplicam-se com força adicional às crianças nas escolas primárias e secundárias. Separá-los de outras de idade e qualificações semelhantes apenas por causa de sua raça gera um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade, que pode afetar seus corações e mentes de uma forma que provavelmente nunca será desfeita. O efeito dessa separação em suas oportunidades educacionais foi bem declarado por uma conclusão no caso do Kansas por um tribunal que, no entanto, se sentiu compelido a decidir contra os demandantes negros: ‘A segregação de crianças brancas e negras nas escolas públicas prejudica as crianças negras. O impacto é maior quando tem a sanção da lei, pois a política de separação das raças costuma ser interpretada como denotando a inferioridade do grupo negro. Um sentimento de inferioridade afeta a motivação de uma criança para aprender. A segregação com a sanção da lei, portanto, tende a retardar o desenvolvimento educacional e mental das crianças negras e a privá-las de alguns benefícios que receberiam em um sistema escolar racialmente integrado.’ Qualquer que tenha sido a extensão do conhecimento psicológico na época de *Plessy v. Ferguson*, essa descoberta é amplamente apoiada pela autoridade moderna. Qualquer inferência em *Plessy v. Ferguson* contrária a esta conclusão é rejeitada. Concluímos que, no campo da educação pública, a doutrina do “separados mas iguais” é indevida. Insta-

Entretanto, logicamente, não bastava apenas uma decisão da Suprema Corte para colocar fim ao sistema de segregação nas escolas públicas. Ao contrário, havia a necessidade de adoção de diversas medidas para tornar real o decidido pela corte, como a adoção de novos procedimentos para matrícula de alunos, novos critérios para construção, reforma de escolas e contratação de professores, revisão do sistema de transporte escolar, modificações curriculares, entre outras. É nesse sentido que a Suprema Corte foi chamada a se manifestar em mais uma oportunidade, na decisão que ficou conhecida como *Brown v. Board of Education of Topeka II*, 349 US 294 (1955), na qual delegou aos juízes federais a tarefa de reconstruir e intervir no sistema educacional, causando um rompimento com o tradicional sistema processual norte americano, para suprir as necessidades reais que se apresentavam (FISS, 1979, p. 02 e 03).

Nessa segunda decisão, a Corte deixou clara a autonomia dos juízes federais de cada localidade no sentido de apurar a melhor forma de implementação gradual da decisão, destacando, contudo, a necessidade de que o fim da segregação racial, em concreto, ocorresse da forma mais ágil possível, seguindo, ainda, alguns critérios, tais como: equidade, adequação e boa-fé; conforme se observa do trecho que segue:

Full implementation of these constitutional principles may require solution of varied local school problems. School authorities have the primary responsibility for elucidating, assessing, and solving these problems; courts will have to consider whether the action of school authorities constitutes good faith implementation of the governing constitutional principles. Because of their proximity to local conditions and the possible need for further hearings, the courts which originally heard these cases can best perform this judicial appraisal. Accordingly, we believe it appropriate to remand the cases to those courts.

In fashioning and effectuating the decrees, the courts will be guided by equitable principles. Traditionally, equity has been characterized by a practical flexibility in shaping its remedies and by a facility for adjusting and reconciling public and private needs. These cases call for the exercise of these traditional attributes of equity power. At stake is the personal interest of the plaintiffs in admission to public schools as soon as practicable on a nondiscriminatory basis. To effectuate this interest may call for elimination

lações educacionais separadas são inerentemente desiguais. Portanto, sustentamos que os autores e outros em situação semelhante para os quais as ações foram propostas estão, em razão da segregação reclamada, privados da igual proteção das leis garantidas pela Décima Quarta Emenda.” (Tradução livre).

of a variety of obstacles in making the transition to school systems operated in accordance with the constitutional principles set forth in our May 17, 1954, decision. Courts of equity may properly take into account the public interest in the elimination of such obstacles in a systematic and effective manner. But it should go without saying that the vitality of these constitutional principles cannot be allowed to yield simply because of disagreement with them.

While giving weight to these public and private considerations, the courts will require that the defendants make a prompt and reasonable start toward full compliance with our May 17, 1954, ruling. Once such a start has been made, the courts may find that additional time is necessary to carry out the ruling in an effective manner. The burden rests upon the defendants to establish that such time is necessary in the public interest and is consistent with good faith compliance at the earliest practicable date. To that end, the courts may consider problems related to administration, arising from the physical condition of the school plant, the school transportation system, personnel, revision of school districts and attendance areas into compact units to achieve a system of determining admission to the public schools on a nonracial basis, and revision of local laws and regulations which may be necessary in solving the foregoing problems. They will also consider the adequacy of any plans the defendants may propose to meet these problems and to effectuate a transition to a racially nondiscriminatory school system. During this period of transition, the courts will retain jurisdiction of these cases.¹¹ (SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS, 1955).

-
- 11 “A implementação completa desses princípios constitucionais pode exigir a solução de diversos problemas escolares locais. As autoridades escolares têm a responsabilidade primária de elucidar, avaliar e resolver esses problemas; os tribunais terão que considerar se a ação das autoridades escolares constitui uma implementação de boa-fé dos princípios constitucionais que os regem. Devido à sua proximidade com as condições locais e à possível necessidade de novas audiências, os tribunais que originalmente ouviram esses casos podem realizar melhor esta avaliação judicial. Dessa forma, acreditamos ser apropriado devolver os casos a esses tribunais. Na formulação e execução dos decretos, os tribunais serão guiados por princípios equitativos. Tradicionalmente, a equidade tem se caracterizado por uma flexibilidade prática na formulação de remediações e por uma facilidade para ajustar e reconciliar as necessidades públicas e privadas. Esses casos exigem o exercício desses atributos tradicionais de poderes equitativos. Em jogo está o interesse pessoal dos demandantes na admissão às escolas públicas assim que possível, sem discriminação. Para efetivar esse interesse, pode ser exigida a eliminação de uma variedade de obstáculos para que a transição dos sistemas escolares opere de acordo com os princípios constitucionais estabelecidos em nossa decisão de 17 de maio de 1954. Os tribunais de equidade podem levar em consideração o interesse público na eli-

Desta forma, ainda que exista debate doutrinário quanto a se a decisão proferida em *Brown* teve caráter estrutural¹², as decisões judiciais não apenas declararam a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas, mas, para tornar efetiva a decisão, passaram a avaliar e determinar meios de intervenção nas estruturas e burocracias públicas de forma a fazer cessar o referido sistema de segregação racial.

Os processos estruturais, portanto, propõem um rompimento com a doutrina tradicional de processo civil, fundada nas partes (autor e réu), em seus interesses colidentes (lide) e na resolução de um conflito particular ou reparação de um dano individual, para um processo com foco em alterar a realidade social para o presente, tanto quanto seja possível, e para o futuro, ainda que de forma gradual, a fim de fazer cessar violações sistemáticas a direitos fundamentais.

Naturalmente que, para tanto, há necessidade de uma modificação de procedimentos e da visão do processo como um todo, o que envolve desde a representação processual das partes, possibilidade de intervenção de terceiros, realização de audiências públicas, métodos de coerção

minação de tais obstáculos de maneira sistemática e eficaz. Mas, isso sequer deveria ser necessário dizer, a vitalidade desses princípios constitucionais não pode ceder simplesmente por causa de desacordo com eles. Ao sopesar essas considerações públicas e privadas, os tribunais exigirão que os réus deem um passo rápido e razoável para o cumprimento total de nossa decisão de 17 de maio de 1954. Uma vez feito esse início, os tribunais podem considerar que é necessário mais tempo para executar a decisão de maneira eficaz. O ônus recai sobre os réus para estabelecer que esse tempo é necessário no interesse público e é consistente com o cumprimento integral de boa-fé na data mais próxima possível. Para tanto, os tribunais poderão considerar os problemas relacionados à administração, decorrentes da condição física da planta escolar, do sistema de transporte escolar, de pessoal, da revisão dos distritos escolares e das áreas de atendimento nas unidades compactas, para definir um sistema de determinação da admissão nas escolas públicas sem distinção racial, e revisar leis e regulamentos locais que podem ser necessários para resolver os problemas anteriores. Eles também considerarão a adequação de quaisquer planos que os réus possam propor para atender a esses problemas e efetuar uma transição para um sistema escolar não discriminatório racialmente. Durante esse período de transição, os tribunais manterão a jurisdição sobre esses casos.” (Tradução livre).

- 12 Exemplificando a controvérsia: Vitorelli (2021a, p. 75-76) defende que *Brown* não é um exemplo de processo estrutural, mas que, em algumas localidades, a sua implementação, por iniciativa dos juízes, adquiriu tal característica, pois a Corte teria referido apenas “o que”, sem dizer o “como”, deixando de fixar parâmetros concretos para implemento da decisão; Marco Félix Jobim (2021, p.112-113), por outro lado, afirma que, em *Brown II*, a Corte, além de determinar que o cumprimento pelos juízes federais ocorresse “with all deliberate speed”, expôs condições a serem impostas pelos juízes, defendendo a decisão como estrutural.

para cumprimento das medidas determinadas, realização de acordos e fiscalização de seu cumprimento, que constituem, inclusive uma nova fase de estudo acerca da possibilidade e efetividade dos processos estruturais no sistema jurídico brasileiro.

Essa alteração na visão e no tratamento do conflito permite uma melhor compreensão das causas do problema e das soluções possíveis, possibilitando a adoção de medidas que, mesmo que possam não representar uma garantia imediata do direito, culminem em uma melhor concretização do direito à sociedade no futuro.

4. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO INDIVIDUAL DOS CONFLITOS SOCIAIS

O objeto do processo estrutural é um litígio (ou problema) estrutural complexo e multipolar, que atinge direitos fundamentais de grupo(s) de indivíduos ou de toda a coletividade. Nesse norte, importante salientar que os processos estruturais, ainda que possam ser utilizados para a concretização de direitos sociais, não se limitam a eles, podendo objetivar também a preservação de direitos fundamentais individuais¹³ e a proteção de bens públicos, como, por exemplo, do meio ambiente¹⁴.

Especificamente no que se refere aos direitos sociais, não é necessário ser um *expert* em economia para compreender que, atualmente, em países como o Brasil, sua realização plena a todos os cidadãos é inviável diante das gigantescas distorções existentes nas condições da população, da miserabilidade das camadas mais pobres e da necessidade de significativos investimentos estatais para a alteração desse triste quadro.

Ainda assim, não há como desconhecer, como já dito anteriormente, que a própria Constituição Federal estabelece, no §1º do artigo 5º, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, sem excluir os direitos

13 Como exemplo, confira-se o artigo de Jordão Violin (2021, p. 637-686), que aborda a reforma do sistema prisional no Arkansas, especialmente para dar fim às condições de encarceramento, no sentido de garantir, entre outros direitos, a integridade física dos presos.

14 A título exemplificativo, vale conferir a célebre obra de Sérgio Cruz Arenhart (2021, p. 1047-1070), em que o autor relaciona os processos estruturais à Ação Civil Pública do Carvão, que buscava a impor às rés (mineradoras de carvão e União) a realização e a concretização de um projeto de recuperação ambiental da região degradada pelo exercício da atividade de mineração.

sociais, o que tem levado o poder judiciário, reiteradas vezes, a garanti-los por meio de demandas individuais.

É nesse sentido que Sérgio Cruz Arenhart (2021, p. 1047) reconhece a insuficiência das atuais formas de resolução de conflitos no processo civil, tanto para demandas individuais quanto para demandas coletivas, por não fornecerem um ferramental adequado à correta avaliação das políticas públicas, para, na sequência (ARENHART, 2021, p. 1054) ressaltar que o debate deve centrar-se não na possibilidade dessa intervenção, mas na forma como tais questões devem ser levadas e tratadas pelo judiciário.

Objetivando, justamente, analisar as formas de garantia dos direitos sociais pelo judiciário, David Landau (2012, p. 189-247) desenvolveu um estudo de caso comparando as experiências no tratamento de tais direitos na Colômbia, em contraste, ainda, com outros países, tais como Brasil, Argentina e África do Sul, separando as decisões em quatro categorias: ações individuais, ordens negativas, aplicação de forma fraca e aplicação estrutural¹⁵.

Na primeira categoria, considerou aqueles casos em que o cidadão, de forma individualizada, busca a concretização de um direito social frente ao judiciário, salientando que as cortes parecem familiarizadas com esse tipo de tratamento, pois, por objetivar a garantia do direito ao autor, se assemelham mais com a atividade judicial do que administrativa ou política, o que gera pouca resistência ou questionamento quanto à legitimidade da decisão, bem como, individualmente consideradas, as medidas parecem não gerar grande impacto orçamentário, ainda que a realidade possa ser diversa, quando considerado o número elevado de tais decisões. Para o autor, esta forma de tratamento dos direitos sociais, em que pese objetive a garantia dos direitos às camadas mais necessitadas da população e tenha poucos custos para a corte, pois aparenta preservar a independência dos poderes, possui pouco resultado prático, no sentido de alterar a realidade. Ademais, além de não promover alteração social significativa, tais decisões acabam por beneficiar, justamente, as camadas intermediárias e altas da população, inclusive porque possuem maior consciência de seus direitos. (LANDAU, 2012, p. 199-201).

Como ordens negativas, o autor considerou as decisões dos tribunais que fulminavam legislações que objetivavam interferir em direitos sociais de forma indevida, salientando que sua utilização não provoca alteração social, mas, antes, objetiva justamente manter a realidade atual,

15 Na língua original: *individualized enforcement, negative injunctions, weak-form enforcement e structural enforcement* (LANDAU, 2012, p. 201).

destinando-se mais à preservação de direitos de primeira geração e à proteção de liberdade individuais. Salienta, nesse sentido, que essa forma de defesa não atinge as camadas mais baixas, que muitas vezes nada possuem para buscar garantir, mas geralmente se referem a benefícios já adquiridos pelas classes média e alta. Ainda, sinala que as cortes, em busca de apoio institucional, tendem a tomar decisões mais populistas, especialmente direcionadas à classe média, para manutenção de seu apoio (LANDAU, 2012, p. 199-201).

Ao definir a “aplicação de forma fraca” dos direitos sociais, o autor se utiliza do exemplo do caso *Grootboom*, na África do Sul, no qual a corte reconheceu que o governo havia violado a constituição, ao não desenvolver uma política pública para promover moradia às camadas mais pobres e necessitadas, mas determinou, apenas, que os poderes públicos deveriam desenvolver e promover um programa de moradias, destinando uma quantidade razoável do orçamento dos programas para as necessidades imediatas da população, sem garantir de forma imediata o direito ao demandante (LANDAU, 2012, p. 196-197). Para o autor, esta forma de tratamento dos direitos sociais, em que pese objetive a garantia dos direitos às camadas mais necessitadas da população e tenha poucos custos para a corte, pois aparenta preservar a independência dos poderes, possui pouco resultado prático, no sentido de alterar a realidade. (LANDAU, 2012, p. 201).

Por fim, considera “aplicação estrutural” as decisões que, reconhecendo a violação dos direitos sociais, emanam ordens amplas e específicas, objetivando uma verdadeira reforma institucional, por um longo período de tempo. Para o autor, decisões dessa modalidade possuem, como pontos positivos, a possibilidade de dirigirem-se às camadas mais necessitadas e de, efetivamente, promover uma alteração na realidade social. Entretanto, geram um elevado custo para os tribunais, especialmente pela ampla contestação quanto à sua legitimidade. (LANDAU, 2012, p. 201).

Vale salientar que Mark Tushnet (2021, p. 57-66), em texto destinado especificamente a responder ao artigo de Landau, afirma que as diferenças entre as consequências reais das “decisões fracas” e das decisões estruturais podem não ser tão significativas.

Primeiramente, Tushnet (2021, p. 60-61) ressalta que, diferentemente das ações individuais, onde um cidadão postula a concessão de um medicamento, por exemplo, os benefícios aos direitos sociais e econômicos tendem a levar tempo para ser implementados. Após, afirma a necessidade de critérios para avaliação dos reflexos das decisões, salientando que, no caso *Grootboom*, em que pese a autora não tenha obtido o direito à mora-

dia, a decisão produziu uma aceleração na política de atenção às pessoas sem teto, perguntando-se porque tal aceleração não seria “suficiente”.

Após, o autor ainda destaca que, na sua opinião, a experiência americana indica que as decisões estruturais mais fortes e específicas são precedidas por “decisões fracas”, elencando algumas razões para tanto:

The specificity that transforms weak-form remedies into structural injunctions occurs for two reasons. Political resistance leads to judicial frustration as the courts observe what they regard as foot-dragging. Judicial frustration leads to increasing specificity, again to make monitoring compliance easier. In addition, courts observe how their decrees are being implemented and learn about particular strategies that work as well as those that work less well. As experience accumulates, more detailed decrees become possible.¹⁶ (TUSHNET, 2021, p. 63).

César Rodríguez Garavito (2017, p. 124-129), inclusive analisando alguns dos mesmos casos trazidos pelos autores mencionados anteriormente, aponta para a necessidade de soluções dialógicas, com participação de organismos não governamentais e de diversos representantes da sociedade, além de um acompanhamento forte da corte após a decisão, para a sua efetiva implementação.

Garavito (2017, p. 124-129) analisa três decisões da Corte Constitucional Colombiana para desenvolver suas conclusões, são elas as sentenças: T-025/2004, que trata da situação de parcela da população colombiana obrigada a deixar os locais onde vivem em virtude da violência, T-760/2008, que versa sobre o sistema de saúde colombiano, e T-153/1998, que trata sobre o problema da superpopulação carcerária naquele país.

O autor destaca, analisando as três situações, que a decisão que tem atingido melhores resultados foi aquela proferida na sentença T-025/2004, que trata da situação das “pessoas desalojadas”¹⁷, salientando que a Corte

16 As especificidades que transformam as “decisões fracas” em “decisões estruturais” ocorrem por dois motivos. A resistência política leva à frustração judicial da medida o que os tribunais observam e consideram uma forma de retardamento. A frustração judicial leva ao aumento da especificidade, novamente para facilitar o monitoramento do cumprimento. Além disso, os tribunais observam como seus decretos estão sendo implementados e aprendem sobre estratégias específicas, tanto daquelas que funcionam bem quanto daquelas que não funcionam tão bem. Conforme a experiência se acumula, decretos mais detalhados se tornam possíveis. (Tradução livre).

17 Na língua original “*personas desplazadas*”.

Constitucional proferiu ordens moderadas (aqui em discordância, ao menos aparente, do posicionamento de Landau), a que se seguiu um cumprimento forte, com participação de organismos políticos, governamentais ou não, inclusive internacionais, fixação de indexadores e, quando necessárias, ordens mais específicas da corte, o que tem gerado um impacto forte na realidade daquele país. (GARAVITO, p. 2017, p. 124-129).

O problema da “população desalojada” forçadamente é grave na sociedade colombiana, com diversas pessoas tendo que deixar as suas residências, ao longo de vários anos, em virtude do conflito armado existente naquele país, especialmente nos anos em que não houve cessar fogo entre o governo e as FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), por diversos motivos, tais como: ameaças diretas e indiretas, massacres, assassinatos de familiares, amigos e vizinhos, além de recrutamento forçado. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 67-70).

Com parcela da população sendo forçada a deixar suas residências, empregos e familiares, naturalmente, surgem diversos problemas sociais, como a necessidade de dar abrigo a essas pessoas, alimentação, saúde, educação e emprego, além de buscar garantir-lhes o direito de retornar com segurança às suas propriedades.

Por algum tempo, o governo colombiano, por seu executivo e legislativo, promoveram uma extensa regulamentação normativa sobre o problema, realizando algumas políticas públicas, sem, contudo, obter eficácia prática¹⁸, o que levou a Corte Constitucional a chamar para si o papel de avaliar e coordenar as políticas públicas atinentes aos “deslocados” e mesmo a desencadear a efetivação de políticas públicas objetivando garantir a essa parcela da população direitos fundamentais mínimos. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 79).

Em sua decisão, Sentença T-025/04, a Corte Constitucional da Colômbia reconheceu estado de coisas inconstitucional na situação da “população desalojada” avaliando a multiplicidade de pessoas em situação de vulnerabilidade pela ausência ou insuficiência das políticas públicas realizadas pelo governo, determinando uma série de ações, simples e complexas, objetivando colocar fim a essa situação de violação de direitos fundamentais, se não imediatamente, progressivamente.

De fato, assim como no caso *Brown*, não bastou a declaração da corte acerca do estado de coisas inconstitucional para a solução concreta do problema existente, mas foi o início do movimento daquele tribunal

18 Sobre as regulamentações realizadas e os efeitos prévios à decisão da Corte colombiana confira-se César Rodríguez Garavito e Diana Rodríguez Franco (2010, p. 66-79).

no sentido de tentar modificar a realidade daquelas pessoas. Se, nessa primeira decisão, houve a constatação do estado de coisas inconstitucional e a determinação de ordens mais genéricas, na continuidade do caso, foram estabelecidos novos parâmetros e indexadores, que levaram a ordens mais específicas, principalmente relacionadas às parcelas mais carentes da “população deslocada”, como crianças e portadores de necessidades especiais. A atuação da corte deu um salto qualitativo e de visibilidade no tratamento do tema, ainda que não o tenha resolvido completamente, nos anos subsequentes. (GARAVITO; FRANCO, 2010, p. 86-90).

Desta forma, no tocante à solução de litígios estruturais, parece evidente que o juiz deve privilegiar as soluções dialógicas, obtidas mediante acordos e, especialmente, consensuais entre as partes integrantes da lide e os *experts* nos temas submetidos a julgamento, devendo considerar, inclusive, o interesse político existente para dar ou não cumprimento à decisão, especialmente quando proferir decisões mais gerais ou “fracas”.

Porém, em caso de persistência dos impasses, não pode o julgador se omitir de proferir decisão. Nestas situações deverá estar consciente de suas próprias limitações, completamente inteirado do tema e das soluções possíveis de implantação, sob pena de se tornar apenas uma voz bem-intencionada, proferindo decisão sem qualquer eficácia concreta. (ARENHART, OSNA E JOBIM, 2021, p. 201-202).

Ainda, não basta proferir determinada decisão e aguardar que se torne realidade, há a necessidade de acompanhamento próximo das medidas determinadas ou acordadas, com a possibilidade de novas audiências, inclusive públicas, decisões e acordos, modificando os parâmetros ou prazos anteriores, a fim de acompanhar a realidade e efetivar a implementação das mudanças sociais buscadas.

Como salienta Vitorelli (2021b, 379), não há como garantir a eficácia da transformação social por meio da via processual, especialmente quando ausente apoio de autoridades políticas e da população. Por outro lado, com o auxílio de atores externos, como organismos internacionais e associações, bem como com participação popular e boa vontade das autoridades, há a possibilidade de alteração da realidade pela via processual.

Desta forma, a adequada compreensão e utilização do processo estrutural pode contribuir para a busca de uma solução dos problemas causados pelo tratamento individual hoje dado pelo judiciário pátrio aos direitos fundamentais sociais, contribuindo para uma cultura que incentive o diálogo e o tratamento coletivo dos litígios, com uma maior racionalização na busca de uma solução desses conflitos (SARLET, 2021, p. 635).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou um amplo rol de direitos fundamentais, conferindo-lhes aplicação imediata, o que tem criado diversos problemas concretos no tocante à tratativa da exigibilidade de tais direitos mediante utilização de demandas judiciais no Brasil.

O tratamento individualizado dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, pouco contribui para uma mudança social efetiva, podendo, ainda, agravar as distorções que busca corrigir. Mediante a ilusão de estar fazendo justiça no caso concreto, as decisões em demandas individuais acabam privilegiando aqueles que buscam o Judiciário e causando impactos severos no orçamento público, desconsiderados quando da decisão.

Desta forma, os processos estruturais constituem uma alternativa viável para análise mais ampla dos conflitos sociais, especialmente mediante participação de múltiplas partes afetadas e da garantia de um procedimento que objetive ouvir uma multiplicidade de interessados e, também, atores externos.

O julgador, ao deparar-se com um caso estrutural, deve privilegiar as soluções dialógicas, permitindo e incentivando a realização de acordos e o consenso. Entretanto, não pode se omitir de decidir, quando perceber que não há possibilidade de consenso ou mesmo que os direitos em jogo não estão sendo adequadamente tratados.

Nessas situações, o juiz deverá deixar clara a motivação de sua decisão, especialmente para não atrair críticas quanto à legitimidade democrática das ordens por ele emanadas, baseando-se sempre no texto legal e constitucional, deixando de lado motivações puramente políticas pessoais.

Ainda, deve acompanhar o cumprimento do decidido, sem receio de readequar as soluções encontradas, mediante novos acordos ou decisões, a fim de garantir que o direito constitucional seja alcançado aos mais necessitados.

A utilização do processo estrutural permite um melhor tratamento judicial dos litígios complexos existentes na sociedade, na medida em que permite analisar a situação em sua completude e não apenas caso a caso. Os impactos das decisões, tanto na realidade quanto no orçamento público, devem ser considerados para a tomada de decisão, o que garante um tratamento mais isonômico à população e, também, que o alcance do decidido chegue aos mais necessitados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucélia de Sena. A judicialização do direito fundamental à saúde e a necessidade da adoção de critérios preestabelecidos. **Juris Plenum: Doutrina, Jurisprudência, Legislação**, Caxias do Sul, RS, v.9, n.52, p. 105-116, jul. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo e JOBIM, Marco Félix. **Curso de Processo Estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.733.412 – SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de São Paulo. Relator: Ministro OG Fernandes. Julgado em 17/09/2019. DJe 20/09/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese 793**. Recurso Extraordinário 855178, Relator: Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, DJe-050, disponibilizado em 13-03-2015, publicado em 16-03-2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**, Relator: Min. Marco Aurélio Melo, Relator para o Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, DJe-267, disponibilizado em 06-11-2020, publicado em 09-11-2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787/2017 – Plenário**, Processo: 009.253/2015-7, Sessão: 16/8/2017. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em 05/07/2021.

CARPENEDO, Cláudia Elisandra de Freitas. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para a sua concretização. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre: v.31, n.65, p. 59-86, jan./jun. 2007.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025/04**. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em 30/06/2021.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of The United States. **347 US 483 (1954)**. Disponível em <https://www.docsteach.org/documents/document/opinion-brown-v-board-Brown>. Acesso em 30/06/2021.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of The United States. **349 US 294 (1955)**. Disponível em <https://www.docsteach.org/documents/document/judgment-brown-v-board>. Acesso em 30/06/2021.

FISS, Owen. Foreword: The Forms Of Justice. **Harvard Law Review**. vol. 93, nov. 1979. Base de dados Hein Online.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Como la Corte Constitucional transformo el despalazamiento forzado em Colombia**. Bogotá: Dejusticia, 2010.

GARAVITO, César Rodriguez. Mas allá del cumplimiento: cómo analizar y aumentar el impacto de los tribunales. In: LANGFORD, Malcolm et al. (Org.). **La lucha por los derechos sociales**. Los fallos judiciales y la disputa política por su cumplimiento. Bogotá: Dejusticia, 2017. p. 98-135.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília: v. 1, n. 1, p. 7 - 33, jan./jun., 2010.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes na Jurisdição Constitucional**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

LANDAU, David. The Reality of Social Rights Enforcement. **Harvard International Law Journal**. vol. 53, n. 1, 2012. Base de dados Hein Online.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4, p. 111-128, 2006.

PUGA, Mariela. La Litis Estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial – Notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255-272.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e ‘reserva do possível’. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55-68.

TUSHNET, Mark. A Response to David Landau. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

VITORELLI, Edilson. Processo Estrutural e Processo de Interesse Público: Esclarecimentos conceituais. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**. São Paulo, vol. 7/2018, p. 147 – 177, jan./jun. 2018. Base de dados RT online.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021a.

VITORELLI, Edilson. Litígios Estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz e JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos Estruturais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021b.

TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA E A IMPUTAÇÃO PENAL NA LAVAGEM DE DINHEIRO

LAURA BUBLITZ DE CAMARGO¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata acerca dos limites impostos à utilização da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil, estudando para tanto o elemento subjetivo previsto legalmente no crime de lavagem de dinheiro, bem como quais são os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico e jurisprudências pátrias sobre a questão.

Para tanto, é feita uma análise acerca da teoria da cegueira deliberada, dentro do seu contexto de surgimento no direito inglês e norte-americano, bem como o que se busca com a utilização desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Após, importante análise é feita acerca do crime de lavagem de dinheiro, buscando remontar sua origem no Brasil, principais mudanças legislativas, tipos penais, e, finalmente, o elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais, passando, por fim, ao enfrentamento da questão central do presente artigo: a teoria da cegueira deliberada e a imputação penal na lavagem de dinheiro. O assunto é de extrema relevância dado o surgimento e ganho de força da teoria da cegueira deliberada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no tocante aos crimes de lavagem de dinheiro.

1 Possui Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Fez o Curso de Aperfeiçoamento Preparatório à Carreira da Magistratura, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS). Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Cursa Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Área de Concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, sob a orientação do Professor Rogério Gesta Leal. Atualmente é advogada no Escritório Aquino Camargo Advogados. Endereço eletrônico: laurabublitzcamargo@gmail.com.

Com o estudo acerca da matéria pode-se entender que, no Brasil, a referida doutrina tem sido utilizada frequentemente como sucedâneo do dolo eventual, sobretudo como forma de compatibilizar o instituto com o elemento subjetivo do crime de lavagem de capitais. A questão é altamente complexa, entretanto, grande parte da doutrina defende que, em nome de um discurso utilitarista, tem-se admitido a aplicação da teoria da cegueira deliberada para a imputação de responsabilidade penal a título de culpa, a pretexto de tornar mais eficiente a persecução penal do crime de lavagem de capitais.

Desta forma, importante abordar a questão para discutir a problemática referente à compatibilidade, ou não, de aplicarmos, no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da cegueira deliberada nas infrações penais de reciclagem de ativos.

2. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria da cegueira deliberada ou *willful blindness* encontra os primeiros precedentes na Inglaterra, mais precisamente no caso *Regina v. Sleep*, no ano de 1861, referente a um indivíduo acusado de malversação de coisa pública, por ter embarcado em seu navio um barril com diversos parafusos de cobre, contendo em todos eles o símbolo do Estado, verdadeiro proprietário dos objetos. No referido caso, embora o indivíduo tenha assegurado desconhecer a propriedade estatal dos parafusos de cobre, fora condenado em primeira instância, sob o argumento de “ter ele se esquivado intencionalmente de obter informações sobre a real origem dos bens, quando poderia fazê-lo, optando por cegar-se voluntariamente” (GIACOMO, 2020)

Assim, entende-se por Teoria da Cegueira Deliberada quando o agente possui possibilidade ou previsibilidade, ainda que mínima, de saber que o que está praticando é ilícito, todavia, por livre e espontânea vontade, coloca-se em sentimento de negação e cega-se para tirar proveito da situação, auferindo vantagens indevidas (ALMEIDA, 2020).

De acordo com Bernardo Feijoo Sánchez (2005), a doutrina da cegueira deliberada trata o sujeito que provoca deliberada e intencionalmente sua própria ignorância, a fim de “facilitar ou tornar mais cômoda sua decisão moral”. Isidoro Blanco Cordero, por sua vez, tratando do tema, explica que, por força da *willful blindness doctrine*, se uma pessoa realiza um plano de ação sem nenhuma investigação e opta por ignorar

a realidade, “o direito lhe imputa o conhecimento do que poderia haver conhecido” (CORDERO, 2012, p. 692).

A teoria popularizou-se também no direito norte-americano. Em 1899, os tribunais dos Estados Unidos passaram a adotar a Teoria da Cegueira Deliberada, utilizando-a de forma pioneira no julgamento denominado *Spurr v. United States*. No mencionado caso, um gerente de um banco americano recebeu cheques de um indivíduo, sem certificar-se sobre a existência de fundos na conta. No ordenamento jurídico norte-americano, para ser configurada como crime a conduta do gerente, seria necessários o conhecimento e a intenção de violar o regulamento de emissão de cheques. Os jurados foram instruídos no sentido de que, caso tenha se colocado proposital e voluntariamente em situação de cegueira, poderia o gerente ser condenado como se tivesse o conhecimento verdadeiro acerca da ilicitude dos fatos (ALMEIDA, 2020).

Logo, tanto no direito inglês quanto no norte-americano, a Teoria da Cegueira Deliberada passou a ser compreendida como uma forma semelhante de conhecimento sobre o fato, fazendo cumprir a lei entre as lacunas legislativas. Importante ressaltar que tal compreensão foi possível em razão dos dois países adotarem o sistema *common law*, cabendo ao julgador decidir livremente em cada caso concreto, sem precisar se ater totalmente à preceitos positivados (ALMEIDA, 2020).

No ordenamento jurídico estadunidense, a partir da segunda metade do século XX, a *willful blindness doctrine* foi aplicada em diversas ocasiões por tribunais inferiores, destacando-se, nos anos de 1970, os casos de tráfico de drogas. Nos precedentes *Turner v. United States* e *United States v. Jewell*, de 1976, restou consolidado o entendimento de que quem é consciente da “alta probabilidade” da existência de um crime e não faz o necessário para confirmar tal existência merece o mesmo tratamento daquele que possui a plena certeza sobre o delito (KLEIN, 2012).

No Brasil, a Teoria da Cegueira Deliberada foi adotada pela primeira vez no ano de 2005, quando indivíduos adquiriram onze veículos de luxo de uma concessionária, na cidade de Fortaleza/CE, oferecendo dinheiro em espécie como forma de pagamento, sendo que, horas antes da referida compra, o Banco Central da cidade havia sido assaltado e foi subtraída exorbitante quantia em dinheiro.

Diante desses fatos, os funcionários da concessionária foram denunciados por lavagem de dinheiro e, posteriormente, condenados em primeira instância, sob o fundamento de que eles “optaram por não enxergar a ilicitude diante dos seus olhos, cegando-se de maneira deliberada para tirar proveito da situação” (ALMEIDA, 2020).

Em sede recursal, entretanto, no julgamento da Apelação Criminal 5520/CE, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região reconheceu que a condenação em primeira instância se deu com base na estrangeira Teoria da Cegueira Deliberada, e argumentou que sua utilização beira a responsabilidade objetiva, fortemente combatida no direito penal brasileiro, sustentando, ainda, que a conduta praticada pelos funcionários não se enquadra na modalidade do dolo eventual (ALMEIDA, 2020).

Em que pese rechaçada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região, a Teoria da Cegueira Deliberada começou a ganhar mais adeptos no país, estando predominantemente presente em julgamentos de crimes de lavagem de capitais, como na denominada Operação Lava-Jato, e, também, em processos pela prática de diferentes delitos, tais como receptação, tráfico de drogas, latrocínio, dentre outros.

Guilherme Lucchese (2018, p. 125) assinala que, embora tenha surgido construção jurisprudencial no sentido de equiparar a Teoria da Cegueira Deliberada com o dolo eventual, a doutrina aponta a existência de incoerências dos seus requisitos configuradores com os ditames do ordenamento jurídico brasileiro. O citado autor defende não ser possível um comparativo entre os elementos subjetivos do crime no direito norte-americano e brasileiro, vide que o direito americano sequer reconhece a figura do dolo da forma como é tido no direito brasileiro.

Nesse sentido, Lucchesi (2018, p. 125) entende não ser possível simplesmente transplantar a teoria da cegueira deliberada para países de matrizes penais completamente distintas sem que antes seja efetuado um esforço moderado com um método para análise do direito comparado.

No direito penal brasileiro, a teoria da cegueira deliberada aparece com enfoque em casos emblemáticos na jurisprudência pátria, como o furto ao banco central e o caso do mensalão, sendo o foco principal acerca da utilização da teoria da cegueira deliberada dentro do direito brasileiro se dá pela problemática acerca do elemento subjetivo do crime, vez que no direito pátrio não há uma teoria, tanto da culpa como do dolo, capaz de recepcionar ou abarcar o uso da concepção de cegueira deliberada.

Fernando Naisser (2017) assevera que ao buscar-se uma condenação correta em sede criminal ou sancionatória em geral, é preciso que as bases que fundamentam as decisões sejam adequadamente utilizadas sob pena de se prejudicar o Estado Democrático de Direito e o devido processo legal. É preciso regras para tal aplicação uma vez que atribuir normativamente a alguém a figura do dolo exige certos requisitos.

Nesse sentido, Sydow (2017, p. 54) aponta que são necessários alguns requisitos para a aplicação da teoria: dentre os quais: a) que se trate de um agir para não receber uma informação relevante ou um não agir para esclarecer uma informação relevante; b) que essa informação relevante componha um tipo penal em um de seus aspectos subjetivos (tipicidade ou relação de causalidade); c) que essa conduta gere uma ideia de reprovação obtida caso o agente seja descoberto; e d) que essa informação esteja disponível.

Ragués i Vallès (2012, p. 157), por sua vez, enfatiza que só se pode dizer que decidiu ignorar deliberadamente o sujeito que está em condições de conhecer. O autor acrescenta, ainda, como requisito para um conceito jurídico-penal do instituto, o dever de obter a informação ignorada – exigência está, segundo ele, “própria de qualquer modelo de imputação subjetiva em que vigora o princípio da culpabilidade”. Só se pode ter responsabilidade pela falta de conhecimento, assim, caso haja um dever de conhecer aquilo que se ignorou, nada obstante o jurista se contente com a simples “inobservância do dever geral de atentar aos riscos associados à realização de comportamentos potencialmente lesivos a interesses alheios”.

De acordo com a doutrina, a teoria da cegueira deliberada tem por finalidade resolver uma específica situação lacunosa criada a partir da premissa de que o indivíduo escolhe o grau de conhecimento que deseja ter e por tal decisão responde.

Sydow (2017, p. 22) explica que a teoria trabalha com a problemática de duas possíveis situações: a primeira, em que um agente se coloca em situação de cegueira em relação a um ou mais elementos do tipo, em momento anterior à prática da conduta e, quando a conduta ocorre no futuro, encontra-se (ou assim afirma) desprovido de conhecimento acerca de tal (tais) elemento – denominada “cegueira deliberada em sentido estrito”; e a segunda, em que o agente não se coloca em situação de ignorância em relação a um ou mais elementos do tipo mas, suspeitando da existência de tal elemento, deixa de diligenciar no sentido de afastar sua dúvida ou corrigir seu desvio evitando, assim, conhecimento e eventualmente responsabilidade – denominada “ignorância deliberada”.

Sebastian Mello e Camila Ribeiro Hernandez (2017) explicam que, levando em consideração que o princípio da legalidade exige a presença e representação, pelo autor, de todos os elementos integradores da conduta prevista, então o não conhecimento – ainda que em decorrência de uma auto colocação em estado de não consciência – esvaziaria o conteúdo típico do injusto em certas situações. Isso porque a existência de elemento subjetivo, dentro da concepção finalista, é elementar para

a configuração do tipo, especialmente quando este não previu punição para a conduta culposa.

Nesse sentido, importante lembrar a previsão expressa no Código Penal, art. 18, inciso I, que conceitua dolo como “a consciência e a vontade dirigida à prática da conduta típica, bem como a vontade que, embora não diretamente voltada ao resultado previsto como provável, consente no advento desse ou assume o risco de produzi-lo”. O artigo 20 do mesmo diploma legal, por sua vez, apresenta que o erro como “a falsa percepção da realidade” sobre elemento constitutivo do tipo penal exclui o dolo, sendo então possível concluir que, do mesmo modo, a ignorância também o excluiria (BRASIL, 1940).

Assim, a maior crítica a aplicação da teoria no Brasil está associada a ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista a definição de dolo no Código Penal brasileiro, o que pode ser comprovado pela leitura conjunta dos artigos 18, inciso I, e 20, *caput*, do referido diploma legal, que exigem – seja para o dolo direito, seja para o dolo eventual – o efetivo e atual conhecimento dos elementos integrantes do tipo (BRASIL, 1940).

Assim, para a maior parte da doutrina brasileira o “conhecimento potencial dos elementos do tipo objetivo” não configura o dolo eventual, ao menos da forma como foi prevista a figura em nossa legislação (SILVA; LAUFER, 2015).

Nesse sentido, Ragués i Vallès (2012, p. 196) explica, de forma didática, que,

nos sistemas jurídicos em que se optou por definir legalmente o dolo exigindo, de maneira direta ou indireta, conhecimento de determinados elementos típicos, afirmar que é conhecedor quem atua em um estado de ignorância a respeito de tais elementos parece impossível sem forçar a letra de lei para além do desejável: tratar-se-ia de uma autêntica ‘*contradictio in terminis*’ dificilmente aceitável por um princípio da legalidade que queira conservar uma mínima vigência.

Dessa forma, vê-se que a doutrina aponta que devem ser tomados alguns cuidados quando se é importada uma teoria de outro ordenamento jurídico, sobretudo quando se trata de sistemas completamente diversos, vez que não podem ser simplesmente sobrepostos determinados conceitos sem que se faça o estudo acerca do impacto causado.

Nesse sentido, observa-se que, embora seja apontada como dificultosa a prova nos crimes de lavagens de capitais no Brasil, não se pode

admitir que a falha decorrente desta lei, que não abarca determinados casos, possa ensejar na importação de uma teoria que busca uma verdadeira responsabilização penal objetiva, sob pena de estar se incorrendo em verdadeira usurpação de competência do poder judiciário, que estará inovando no mundo jurídico, tarefa que é atribuída essencialmente ao Poder Legislativo (GIACOMO, 2020).

Desse modo, ao aplicar-se a teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, estar-se-ia entregando uma carta branca na mão dos magistrados, não tendo qualquer requisito objetivo para aplicação deste instrumento, ficando a cargo da persuasão racional do juiz a decisão de entender pelo conhecimento, ou pelo não conhecimento motivado do agente (GIACOMO, 2020).

3. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

O Brasil assumiu o compromisso jurídico internacional de criminalizar a lavagem de dinheiro quando assinou a Convenção de Viena, incorporada ao direito interno através do Decreto n. 154/1991. Entretanto, a Lei n.º 9.613 apenas foi sancionada em 3 de março de 1998. Em 2012, a Lei n. 12.683 introduziu profundas alterações no texto em vigor, dentre as quais a eliminação do rol de crimes antecedentes (HERNANDES; MELLO, 2017).

A redação original da Lei 9.613/1998 elencava um rol limitado de crimes que poderiam ensejar em posterior lavagem de dinheiro, o que dificultava bastante a aplicação da norma. Com a significativa mudança trazida pela lei 12.863/2012, esse rol foi extinto, bastando agora a simples ocorrência de qualquer conduta típica como crime para que possa ensejar o crime de lavagem de dinheiro.

Em que pese a flexibilidade conferida com a alteração, o que se vê na prática ainda é uma dificuldade para condenar os agentes pelo crime de lavagem de dinheiro.

A expressão lavagem de capitais corresponde ao conjunto de operações que tem por objetivo conferir aparência de licitude a bens, recursos e valores provenientes de uma infração penal, com a sua consequente reinserção no sistema econômico-financeiro. Nuno Brandão indica que “O branqueamento de capitais é a atividade pela qual se procura dissimular a origem criminosa de bens ou produtos, procurando dar-lhes uma aparência legal” (BRANDÃO, 2002, p. 15).

A Lei n.º 9.613/1998 incrimina as condutas relacionadas com o processo de lavagem em seu artigo 1º, apresentando quatro comportamentos típicos distintos: a) ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (*caput*); b) usar de meios para ocultar ou dissimular os proveitos de origem ilícita (§ 1º, incisos I a III); c) utilizar recursos advindos de fonte criminosa na atividade econômica ou financeira (§ 2º, inciso I); e d) participar de entidade destinada à lavagem de capitais (§ 2º, inciso II) (BRASIL, 1998).

O tipo do artigo 1º, *caput*, exige algum ato de mascaramento do valor procedente da infração penal anterior, não se confundindo com o mero aproveitamento do produto do crime. Isto é, o ato de usufruir dos recursos advindos da conduta delitiva, propósito natural daquele que pratica um ilícito com resultado patrimonial, por não ofender diretamente a ordem econômica, não configura a lavagem.

Importante ressaltar que todos os tipos da Lei n. 9.613/1998 são delitos acessórios, já que não haverá reciclagem de ativos se não ocorrer uma infração em momento anterior que gere bens ou valores aptos a serem “lavados” (DE CARLI, 2011, p. 183). Assim, o crime ou contravenção precedente é elemento normativo de todas as modalidades de lavagem de dinheiro, devendo a denúncia ser instruída com indícios suficientes de sua existência (artigo 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998).

Os delitos elencados no § 1º do artigo 1º da lei exigem a comprovação do dolo específico do agente de ocultar ou dissimular a utilização dos bens, direitos ou valores provenientes da infração penal precedente. Dirigem-se, então, aos partícipes da conduta principal, sendo que, em todos os casos, é exigida a demonstração da consciência sobre a origem criminosa dos bens para que o tipo penal reste caracterizado (HERNANDES, MELLO, 2017).

Assim, comete lavagem de dinheiro aquele que concorre para a ocultação ou dissimulação valendo-se, com esse propósito, de meios destinados a alterar a natureza ilícita dos valores envolvidos. A referida prática pode ocorrer com a conversão dos ditos valores em recursos lícitos (inciso I), com a aquisição ou com a negociação desses ativos (inciso II), ou, ainda, com o superfaturamento de importações ou exportações (inciso III).

Já o § 2º do artigo traz outras duas formas derivadas do crime de lavagem de dinheiro, incriminando a atuação de quem utiliza, na atividade econômica ou financeira, recursos de origem ilícita (inciso I), bem como do agente que participa de entidade tendo conhecimento de

que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática daquele delito (inciso II).

3.1. ELEMENTOS SUBJETIVO NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

No sistema penal brasileiro, se admite a caracterização do crime de lavagem de dinheiro quando presente o elemento subjetivo dolo, seja o dolo direito ou dolo eventual. Entretanto, há debate acerca do elemento subjetivo no crime de lavagem de dinheiro, pois parte da doutrina entende não ser cabível o dolo eventual para o crime de lavagem de dinheiro, sendo possível apenas imputar este a título de dolo direto. Neste sentido, o problema residual se dá na forma de interpretação do artigo, bem como de sua redação, vez que não deixa isso claro.

Gustavo Badaró e Pierpaolo Bottini (2012, p. 93-94) defendem que seria imprescindível a consciência completa acerca da ilicitude, pois caso fosse admitido o dolo eventual no crime, teria de ser feito de maneira expressa. Em sentido contrário, Baltazar Junior (2006, p. 405-406) assevera ser “suficiente que o dolo atinja a existência do crime antecedente, não se exigindo que o lavador conheça especificamente como se deu a conduta anterior”.

Ante o exposto, depreende-se que a crítica de parte da doutrina que não admite a imputação do crime a título de dolo eventual se faz principalmente por esta previsão não estar expressamente contida no tipo penal, sendo qualquer interpretação feita nesse sentido uma forma de ampliação do tipo. De outra banda, a doutrina que entende cabível a imputação a título de dolo eventual, usa como base principal a exposição de motivos da lei, bem como a análise de que se o crime não admite a forma culposa, na prática fica deveras difícil fazer a imputação deste a título de dolo direto, pois a prova do dolo é difícil.

Aduz Sérgio Fernando Moro (2010, p. 70) que “de todas as dificuldades probatórias, nada se compara à prova do elemento subjetivo. Prová-lo é algo difícil em todo crime.” O referido autor destaca que em alguns casos o elemento objetivo pode acabar inferindo no elemento subjetivo, de forma que poderia se subtrair a intenção criminosa do agente. Aponta, ainda, que isso pode ser dar pela recomendação de órgãos que tratam do assunto, tal como FATF, Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003, de acordo com essas convenções o elemento ob-

jetivo poderia ser usado a fim de qualificar o elemento subjetivo no crime de lavagem. A segunda solução apontada por Moro seria o incremento do aparato de meios investigativos do poder público:

Os métodos de investigação modernos, quebra de sigilo bancário, interceptação telefônica, delação premiada, infiltração de agentes, são especialmente importantes para crimes complexos como o de lavagem de dinheiro. O motivo é evidente, pois, quanto maior a complexidade do crime, mais difícil será compreendê-lo e prova-lo. A obtenção e “informação de dentro” da organização criminosa é, usualmente, essencial para provar o crime (MORO, 2010, p. 73).

4. OS LIMITES AO USO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

O crime de lavagem de dinheiro é altamente complexo, restando evidente que a comprovação dos fatos e das provas são de extrema dificuldade, tanto de serem adquiridas, quanto de fornecer um parâmetro para imputação objetiva. Parte da doutrina entende que é imprescindível, para atribuição ao agente do crime de lavagem de dinheiro, que esse tenha o pleno conhecimento de que o dinheiro provém de origem ilícita.

Ocorre que, atualmente, se tem a figura do lavador profissional, que é justamente o indivíduo que trabalha com lavagem de dinheiro, nesta medida, se tem que o “bom lavador” é justamente aquele que evita fazer quaisquer perguntas, ficando deveras complicado atribuir a esse agente um conhecimento pleno da origem ilícita, pois, via de regra, o “lavador profissional” não procura saber essa verdade (GIACOMO, 2020).

Assim, diante da enorme dificuldade de atribuir-se o elemento subjetivo do dolo direto ao agente que praticou a conduta, sendo a prova também de difícil comprovação, vez que é complexo fazer a avaliação do subconsciente do agente, surge a teoria da cegueira deliberada, que, como visto anteriormente, em linhas gerais, busca atribuir ao indivíduo uma responsabilização quando ele age deliberadamente a fim de não conhecer a origem ilícita do bem para beneficiar-se disso posteriormente.

Conforme faz questão de ressaltar a doutrina, importante não confundir o instituto com situações de legítimo desconhecimento das

circunstâncias fáticas ou objetivas advindas da ignorância verdadeira (SYDOW, 2017, p. 72).

Na cegueira deliberada em sentido amplo, a conduta em si – em algum elemento do tipo que a compõe – é desconhecida e o modo pelo qual surge tal desconhecimento é ou por desídia ou por uma composição artificial da realidade fática (SYDOW, 2017, p. 72).

Por interpretação analógica e inspiração nos precedentes estrangeiros, a literatura penal e a jurisprudência brasileiras tem admitido a aplicação da teoria e igualado este grau de culpabilidade ao dolo eventual, especialmente nos crimes de lavagem de dinheiro. Nesta hipótese, a situação estaria configurada quando “o agente, apesar de ter condições de aprofundar seu conhecimento sobre os fatos, ou seja, sobre a origem ou natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos, escolhe permanecer alheio a esse conhecimento”. (MORO, 2007, p. 100).

O problema é que, dada a fungibilidade do objeto do crime, sempre seria possível duvidar da procedência de determinado bem ou capital, situação que importaria aos profissionais que atuam nos setores sensíveis da economia incessante investigação sobre toda e qualquer operação que efetivem.

Outrossim, bem expõe Sebastian Mello e Camila Hernandes (2017, p.455) que se o requisito do conhecimento do autor acerca do elemento subjetivo do tipo puder ser satisfeito pela prova de mera suspeita da existência de circunstâncias, então o sujeito ficaria induzido a superar a situação de ignorância em situações reais, posto que aos tribunais bastaria a demonstração de que existia algum grau de suspeita possível e uma probabilidade alta de que essa suspeita mal investigada poderia configurar uma circunstância relevante à causação de um delito.

Nesse sentido, Ana Luiza Klein conclui que representa uma violação ao princípio da legalidade igualar o conhecimento à probabilidade de conhecimento dos elementos normativos e descritivos do tipo objetivo, pois isto significa uma inevitável ampliação do conceito de dolo, com a criação de categorias *praeter legem* (KLEIN, 2012).

Spender Sydow (2017, p. 229) menciona o problema alusivo à possibilidade de utilização do instituto como forma de esquivar-se de uma aprofundada fundamentação quanto ao elemento subjetivo do crime. De acordo com o autor, ao afirmar que o agente tinha “intenção de não querer saber”, deve o julgador demonstrar concretamente tal circunstância, sob pena de tornar a decisão não adequadamente fundamentada e, no que se refere à aplicação da cegueira deliberada, arbitrária.

Robson Galvão e Christian Laufer (2015) argumentam que é evidente que, em qualquer situação, sempre será possível ao agente conhecer mais a fundo as circunstâncias do caso concreto. O problema não reside em não se aprofundar no conhecimento, mas no grau de conhecimento presente no momento da prática da conduta típica – existentes provas ou sérios indícios de lavagem, poderá haver dolo eventual, independentemente de o agente ir além na investigação. Por outro lado, na ausência de elementos hábeis capazes de suscitar uma fundada consciência ou representação sobre os elementos do tipo, não há dolo, porquanto o conhecimento exigível para a sua configuração deve ser atual, e não potencial.

Desse modo, diante de todas as dificuldades apresentadas, alguns autores buscam enumerar requisitos claros e seguros para que, no caso concreto, seja possível igualar a cegueira deliberada ao dolo eventual, conforme a previsão contida no Código Penal brasileiro. Assim, Pierpaolo Bottini (2013) sugere algumas cautelas na aplicação do instituto, aduzindo ser necessária a) a criação consciente e voluntária de mecanismos que obstem o conhecimento de sinais sobre a procedência criminosa dos bens e/ou valores; e b) a representação, pelo agente, da possibilidade da evitação recair sobre atos de mascaramento.

Em sede de conclusão, válido ressaltar que a aplicação da teoria da cegueira deliberada, de forma indiscriminada, para os crimes tipificados na Lei n.º 9.613/1998 não parece recomendável e enfrenta fortes críticas doutrinárias, vez que vai de encontro a um sistema penal pautado pelos princípios da legalidade e da culpabilidade, especialmente quando os impactos acerca da importação dessa teoria ainda carecem de estudos e debates mais aprofundados.

Dessa maneira, tem-se que, embora a teoria da cegueira deliberada seja utilizada no ordenamento jurídico pátrio, não encontra respaldo que a justifique, de modo que sua utilização acaba por acarretar, em alguns casos, uma responsabilidade penal quase objetiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da cegueira deliberada surgiu para suprir lacunas existentes no estudo do elemento subjetivo do tipo, especialmente no delito de lavagem de capitais, o qual foi construído levando em consideração institutos positivos como intenção e consciência, deixando de abarcar, por outro lado, as hipóteses em que o agente alega ignorância de circuns-

tâncias objetivas por incúria de investigá-las ou pela criação de estratégias para nunca adquirir tal conhecimento.

De acordo com grande parte da doutrina, não é possível admitir que situações de desconhecimento sejam tratadas como casos de dolo, especialmente porque este requer a representação de todas as circunstâncias objetivas que integram o delito.

Outrossim, no tocante ao delito de lavagem de capitais a aplicação da teoria da cegueira deliberada recai sobre a acirrada discussão quanto à aceitação do dolo eventual em face das condutas tipificadas na Lei n.º 9.613/1998.

Ante o exposto, conclui-se que é indispensável, sob pena de grave violação aos princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, que sejam adotadas, pelo menos, limitações ao uso da teoria no ordenamento pátrio como forma de evitar que o instituto sirva como uma “carta branca” ao magistrado, desobrigando-o de apontar, de forma fundamentada e com base em elementos concretos, os indícios de conhecimento do agente quanto à procedência ilícita dos bens ou valores e a assunção do risco de produzir o resultado lesivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Vieira de. **Teoria da Cegueira Deliberada no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Jul. 2020. Disponível em: <https://alinevieiral.jusbrasil.com.br/artigos/879372035/teoria-da-cegueira-deliberada-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 27 jun 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico internacional de drogas, lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.
Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 03 mar. 1998.

BOTTINI, Pierpaolo. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. **Consultor Jurídico**, 30 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CORDERO, Isidoro Blanco. **El delito de blanqueo de capitales**. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2012.

DE CARLI, Carla Veríssimo. O controle penal da lavagem de dinheiro – Dos crimes: aspectos objetivos. In: DE CARLI, **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GIACOMO, Jeferson Callegarim Della. **Os limites ao uso da teoria da cegueira deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil**. Dez. 2020. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11968/Os-limites-ao-uso-da-teoria-da-cegueira-deliberada-nos-crimes-de-lavagem-de-dinheiro-no-Brasil>. Acesso em 27 jun 2021.

HERNANDES, Camila; MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. O delito de lavagem de capitais e a teoria da cegueira deliberada: compatibilidade no direito penal brasileiro? In: **Conpedi Law Review**, 2017.

KLEIN, Ana Luiza. **A doutrina da cegueira deliberada aplicada ao delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro**. Porto Alegre: Editora Universitária da PUCSRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/4.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da teoria da cegueira deliberada no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons. 2018.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NAISSER, Fernando. Teoria Importada: Cegueira deliberada só pode ser aplicada se preencher oito requisitos. **Conjur**. Jun. 2017, Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-14/opinioao-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-oito-requisitos. Acesso em 27 jun. 2021.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. InDret. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, jul. 2012. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/899.pdf>. Acesso em: 21 jun 2021.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. La teoría de la ignorancia deliberada em derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. In Dret. **Revista para el Análisis del Derecho**, Barcelona, n. 3, jul. 2005.

SILVA, Robson A. Galvão; LAUFER, Christian. A cegueira deliberada na lava-jato. **Empório do Direito**, 15 nov. 2015. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/a-cegueiradeliberada-na-lava-jato-por-robson-a-galvao-da-silva-e-christian-laufer/>. Acesso em: 21 de jun. 2021.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

A FUNÇÃO SOCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS NA EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR INTERMÉDIO DO ÍNDICE DE EFETIVIDADE DA GESTÃO MUNICIPAL (IEG-M)¹⁻²

BETIELI DA ROSA SAUZEM MACHADO³

RICARDO HERMANY⁴

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, trouxe em sua estrutura a previsão de princípios e direitos sociais direcionados para o bem-estar social e a universalização

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
 - 2 Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
 - 3 Doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva (2021). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II (2020). Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). ORCID: <<http://orcid.org/0000-0003-3489-6741>>. E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.
 - 4 Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/ Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-8520-9430>>. E-mail: <hermany@unisc.br>.

dade. Além disso, passou a prever os Tribunais de Contas com competências jamais concedidas anteriormente, nas Constituições passadas. Com isso, atribuiu dentre as funções o poder de decidir sobre a correção das ações do Estado que causam danos ou abuso ao erário.

Salienta-se que os Tribunais de Contas passaram a ser os guardiões da utilização das estruturas complexas que servem as necessidades da população. Desse modo, muito além da função fiscalizadora, voltada para as dimensões contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, as Cortes de Contas também dispõem de competência para diagnosticar questões sociais e mobilizar discussões sobre a definição da agenda, por meio do controle e avaliação de políticas públicas.

Desta forma, o tema e objetivo geral do artigo volta-se para a análise do Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEG-M), o qual é um o indicador que vem sendo utilizado pelos Tribunais de Contas brasileiros para o acompanhamento da gestão pública municipal e controle das políticas públicas, sendo necessário realizar-se uma abordagem sobre as variantes aplicáveis ao indicador. Nesse sentido, apresenta-se como problema: o Índice de Efetividade da Gestão Municipal pode identificar por meio de suas variáveis os problemas da gestão das políticas públicas dos entes locais, sendo utilizado como uma ferramenta para a concretização da função social dos Tribunais de Contas pelo viés da eficiência?

Para responder ao problema da pesquisa proposto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, sendo que o presente artigo parte da análise geral do papel dos órgãos de contas - premissa maior - para a observância de dados específicos, relacionados ao Índice de Efetividade da Gestão Municipal - premissa menor. Além disso, utiliza-se o método de procedimento hermenêutico, pois é o que melhor se adapta para a correta interpretação dos textos, possibilitando a realização de uma análise consistente. E a técnica de pesquisa é a bibliográfica, documental indireta, tendo em vista que se utiliza livros, periódicos, dissertações, teses e legislação sobre as temáticas abordadas na pesquisa.

A pesquisa justifica-se por motivos teóricos e práticos, visto que carecem de debates sobre o controle de políticas públicas pelo viés da eficiência. Além disso, divide-se o trabalho em três objetivos específicos: primeiro, analisar as competências e o papel dos Tribunais de Contas brasileiro; segundo, estudar a função social dos órgãos de contas e o controle de políticas públicas; terceiro, averiguar o índice de efetividade da gestão municipal como um mecanismo para a execução do controle e avaliação de políticas públicas.

Apresenta-se como hipótese: que os Tribunais de Contas por intermédio das auditorias operacionais ou de inspeção, têm analisado os aspectos de economia, eficiência, eficácia e efetividade das políticas públicas, bem como esse controle pode se dar através de indicadores sociais, como no caso do Índice de Efetividade da Gestão Municipal, visando atingir a eficiência e o interesse público.

2. O CONTROLE EXTERNO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

As atividades desenvolvidas pela Administração pública são extensas e abrangem um conjunto de tarefas, procedimentos, atos e rotinas que visam a concretização do interesse público, a qual tem como objetivo o de atingir os conteúdos indicados na norma e salvaguardar o interesse da coletividade. Para tanto, estipula a estrita legalidade e medidas de controle efetivas para suas ações. Ao contrário do setor privado, a Administração deve seguir as diretrizes estabelecidas em lei, ou seja, quando os gestores públicos exercem suas prerrogativas e atribuições, só podem realizar aquilo que é permitido em lei, sendo-lhe vedado comportar-se como se particular fosse.

Além disso, vale ressaltar que os gestores não têm discricionariedade para administrar a máquina estatal e os gastos públicos, pois suas ações devem estar vinculadas ao interesse público e aos anseios sociais. Por tanto, a fiscalização torna-se necessária e está amparada na Constituição, buscando a legitimidade, legalidade, eficácia, eficiência e economicidade dos atos administrativos. A Administração, para tanto, está dotada de órgãos para fiscalização e controle, para satisfazer o interesse público, ou seja, para que este não seja violado, e para que aqueles que pratiquem atos corruptivos ou abuso de poder sejam devidamente punidos. (HERMANY; MACHADO, 2021).

De tal modo, verifica-se que o Estado Democrático de Direito, materializado no artigo 1º da Constituição, vincula o ordenamento jurídico à participação popular, ao controle e à limitação do Poder estatal, ou seja, os Poderes devem executar suas competências tendo em vista o respeito aos direitos fundamentais, por meio de constante e sistematizado controle. Dessa maneira, observa-se que não há como se falar em democracia sem a existência de controles hábeis, que além de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, evita o abuso de poder.

Fernandes (2016) destaca que existe uma estreita relação entre controle e democracia, visto que o controle, como uma função de Estado, necessita, como o regime democrático, de um grau de desenvolvimento societal e dos agentes da Administração para alcançar o seu objetivo, evoluindo constantemente, como em um ciclo de retroalimentação: democracia - controle - democracia. Costa (2006) salienta que os objetivos do Estado de Direito, desde sua origem, são indissociáveis da ideia de controle. Assim, para que haja um Estado de Direito é imprescindível que as instituições e os mecanismos sejam hábeis para assegurar a submissão à lei. Portanto, nota-se que a finalidade do controle é a de garantir que a Administração atue conforme os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, os princípios da moralidade, da legalidade, publicidade, finalidade pública, moralidade, motivação, impessoalidade, razoabilidade, economicidade e legitimidade.

Outrossim, o controle é condição *sine qua non*, tendo em vista que é necessário não só analisar o cumprimento dos princípios administrativos relacionados com a distribuição dos recursos públicos, que são obtidos principalmente por meio de tributação, mas também o maior desafio ao controle da Administração é verificar a efetividade dos direitos fundamentais, por meio da prestação de serviços públicos de qualidade, com observância dos princípios da economicidade, legitimidade e eficiência. Por conseguinte, de modo sucinto, o controle da Administração pode ser conceituado como ações destinadas a fiscalizar, verificar, auditar, supervisionar – de forma concomitante, preventiva ou posterior –, aspectos relacionados à legalidade e juridicidade, bem como atividades materiais, decisões e atos administrativos, por meio de técnicas e métodos de fiscalização próprios e planejados, para orientar, monitorar e corrigir as falhas encontradas. (DINIZ, 2015).

Quanto à pertinência dos órgãos controladores, cabe mencionar que, em suma, são três: o controle interno, que é realizado pela Administração Pública sobre seus órgãos e entidades da administração indireta; o controle social, exercido pela sociedade de forma direta e participativa em função das atividades do Estado; e o controle externo, realizado por um Poder sobre os atos administrativos praticados pelos demais Poderes. Observa-se que o controle externo é concedido por meio de delegação constitucional e é executado pelos Poderes Legislativos - Congresso Nacional, Assembleia Legislativa e Câmaras Municipais-, os quais são auxiliados pelos Tribunais de Contas⁵.

5 Ressalta-se que o referido órgão não se encontra subordinado a nenhum dos Poderes da República.

No Brasil o modelo Tribunal de Contas desenvolvido e implementado é único no mundo, pois não se compara com o modelo tradicional, tendo em vista que assume funções fiscalizadoras típicas das controladorias, bem como exerce o papel de ouvidoria e órgão consultivo. Ademais, sua estrutura organizacional e seus processos decisórios são ampliados por meio de uma mescla de formas e processos de decidir do Judiciário e do Legislativo. (RIBEIRO, 2002). Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil⁶, os Tribunais de Contas passaram a ter maiores distinções, visto que suas competências e jurisdição foram ampliadas, com atribuições nunca previstas nas Constituições anteriores. Com a extensão das competências os órgãos de contas passaram a executar, como exemplo, a função de auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional dos entes federativos, além das entidades da Administração direta e indireta, voltadas à legitimidade, à legalidade, à economicidade e a fiscalização da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas.

O Tribunal de Contas é um órgão público especializado em auxiliar e orientar o Poder Legislativo no controle externo sobre os gastos públicos, sem estar subordinado a ele (JUSTEN FILHO, 2013). Nesse sentido, esses órgãos de contas são independentes e autônomos, não pertencem a nenhum dos três Poderes da República, exercem magistratura *sui generis* como um órgão fiscalizador, prestando auxílio de natureza operacional e, em determinadas circunstâncias específicas, ao Poder Legislativo (SODRÉ, 2006).

Desse modo, destaca-se que o sistema de fiscalização contábil, financeira e orçamentária adotado pela Constituição prevê que o controle externo deve ser exercido pelo Poder Legislativo, nos termos do artigo 70. No entanto, sua execução deve ser realizada por um órgão independente na atuação e autônomo diante dos três Poderes, sendo que, de acordo com o artigo 71, o controle deve ser realizado com competências próprias, indelegáveis e exclusivas, por intermédio do Tribunal de Contas. Ressalta-se, ainda, que o controle externo previsto neste artigo não se limita ao controle *a posteriori* (posterior), mas também inclui a possibi-

6 Observa-se que as normas que determinam as funções, composição, organização e competências dos Tribunais de Contas estão explicitadas nos artigos 70 a 75 da Constituição, os quais fazem parte da Seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), do Capítulo I (do Poder Legislativo), do Título IV (da organização dos poderes). Além disso, os artigos 33, parágrafo 2º e 161, parágrafo único da Constituição, preveem mais atribuições às Cortes de Contas.

lidade de outros tipos de controle (legitimidade, economicidade, legalidade, aplicação e subvenção de receitas), realizados concomitante ou *a priori* (preventivo). (COSTA, 2006).

No Brasil existem 33 Tribunais de Contas: 1 Tribunal de Contas da União (TCU); 26 Tribunais de Contas de Estados (TCE); 3 Tribunais de Contas dos Municípios do Estado (TCM); 2 Tribunais de Contas do Município (TCM); e 1 Tribunal de Contas do Distrito Federal. Frisa-se, ainda, que apenas dois municípios possuem Tribunal de Contas próprios, recepcionados pela Constituição de 1988, tendo em vista que a Norma veda a criação de novos TCMs, conforme o artigo 31, parágrafo 4º. Desse modo, existe um TCM em São Paulo - originada pela Lei Municipal nº 7.213, de 20 de novembro de 1968; e outro no Rio de Janeiro, instituído por meio da Lei Municipal nº 183, de 23 de outubro de 1980.

Além disso, é importante observar que as competências dos Tribunais de Contas podem ser classificadas em quatro grupos: 1) opinativa e informativa, ocorre por meio da emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e nas respostas às consultas formuladas ao Tribunal; 2) fiscalizadora, no caso das auditorias e inspeções; 3) corretiva, quando indica prazo para corrigir alguma irregularidade; e 4) jurisdicional especial, quando julga as contas do Chefe do Executivo, nos termos do inciso II, do artigo 71, da Constituição (PARDINI, 1997).

O artigo 71 da Constituição assinala um rol de competências ao Tribunal Contas União (TCU), as quais, por meio do artigo 75, são estendidas aos Tribunais de Contas estaduais, nos termos da Constituições Estaduais que devem seguir, no que couber, o que foi determinado para o TCU. Ademais, o artigo 70 da Constituição prevê que a fiscalização deve analisar as dimensões relacionadas à legalidade, economicidade e legitimidade., ou seja, deve avaliar aspectos sobre os gastos públicos para além dos critérios de legalidade. (LIMA; DINIZ, 2018).

De outro modo, é importante mencionar que dentre os órgãos que exercem a função de auxílio na concretização das demandas sociais e na execução dos programas de governo encontra-se inserido o Tribunal de Contas, que realiza a defesa do indivíduo, do patrimônio público e dos valores sociais por intermédio dos mecanismos que visam implementar a transparência na gestão, combater a corrupção e o desperdício, no momento em que identificam e assinalam a correção da direção para a implementação e consolidação de políticas públicas. (CHADID, 2019).

Portanto, evidencia-se que dentre as atribuições outorgadas pela Constituição de 1988 para as Cortes de Contas brasileiras, encontra-se a de exercer a função social, a qual é executada por meio da avaliação e controle de políticas públicas. Nesse sentido, passar-se-á a análise da função social dos Tribunais de Contas, pelo viés da eficiência.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 ao atribuir funções de fiscalização aos Tribunais de Contas, também lhes confere o poder de decidir pela correção das ações do Estado que causam danos ou abuso ao erário. Salienta-se que o objetivo em termos de economia e eficiência é a fraternidade na utilização dos recursos que o Estado dispõe. Com isso, os Tribunais de Contas passam a ser os guardiões da utilização de estruturas complexas que devem servir aos anseios de toda sociedade. Dessa maneira, na função de órgãos fiscalizadores das dimensões contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, as Cortes de Contas podem diagnosticar questões sociais e mobilizar discussões em torno da definição da agenda.

Nesse ponto, é que se insere a função social dos Tribunais de Contas, a qual será realizada somente quando forem exercidas as suas funções de buscar a aplicação de todos os princípios inerentes à Administração Pública. Desta forma, a mera verificação dos aspectos legais e formais deixaram de ser e de existir nos Tribunais de Contas, tendo em vista que transformam as disposições constitucionais do princípio da eficiência de uma categoria teórica para uma pragmática e específica. Logo, para os Tribunais de Contas a função social é uma reserva de lei que permite o exercício do controle técnico - e não político - das ações da Administração Pública, além de julgar o exercício dos atos praticados que envolvam recursos estatais. (CHADID, 2019).

Os artigos 70 e 71 da Constituição exigem que os Tribunais de Contas desenvolvam atividades que garantam o desempenho de suas funções sociais e que supere o mero controle formal e documental, passando a tratar de todo o procedimento administrativo, pois somente esse âmbito pode ser compreendido e controlar a eficiência dos atos de Administração Pública voltados às políticas públicas. trazendo sossego e satisfação para as necessidades de toda população.

Desse modo, salienta-se que as demandas sociais que constituem a base da proteção dos direitos fundamentais existem em todos os países, especialmente nas áreas de educação, saúde, segurança pública, infraestrutura, assistência social, meio ambiente, transporte, economia, entre outras, os quais devem ser solucionados por meio da implementação de políticas públicas sustentáveis e melhorias realistas em médio ou longo prazo. (CHADID, 2019).

Os desafios propostos aos Tribunais de Contas foram além de suas atribuições cotidianas da fiscalização de atos e contratos, ou seja, como veículos de realização das despesas públicas, visto que incluiu a competência para a avaliação de políticas públicas, sob o olhar da eficiência⁷. Nesse sentido, observa-se que no âmbito do controle externo, a avaliação das políticas públicas ocorre geralmente pela fiscalização operacional - auditoria -, a qual centra-se em analisar o cumprimento dos programas e das ações de governo, além do seu desempenho, no que tange aos objetivos, às metas e às prioridades, assim como à alocação e ao uso dos recursos disponíveis. (IOCKEN, 2018).

É importante ressaltar que o parâmetro de eficiência inserido no texto constitucional parametriza o aspecto gerencial na fiscalização da gestão e vai além do conceito de eficácia e efetividade. Portanto, se, por um lado, o princípio da eficiência obriga a Administração Pública a reorganizar e a reestruturar a gestão da fiscalização para melhorar sua produtividade e qualidade, bem como simplificar seus procedimentos para tornar a gestão mais flexível e competitiva, por outro, busca regular a atuação dos agentes públicos, visando o mais alto nível de desempenho para obter melhores resultados. (CHADID, 2019). Além disso, a eficiência busca obter o mais alto nível de produtividade com o mínimo de recursos e executar de forma satisfatória a produção de serviços de alta qualidade com menores custos operacionais. (COSTA, 2006).

A intervenção orientadora é uma forma de planejamento estratégico sustentável a médio e longo prazo, do ponto de vista da legalidade e da eficiência, comprometido e mais seguro, minimizando os riscos de insucesso, que fazem com que os gestores públicos cometam irregularidades

7 “[...] o dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.” (MEIRELLES, 2016, p. 62).

para a correção de projetos mal concebidos. A integração de tomada de decisões levará à lei orçamentária, a partir do Plano Plurianual, competindo ao Tribunal de Contas fiscalizar o seu cumprimento. (CHADID, 2019).

Evidencia-se que com a definição do papel do Estado como o do *Welfare* (Bem-Estar), as políticas públicas sociais passaram a se traduzir em despesas de bens e serviços consumidos pelos cidadãos: educação, saúde, serviços sociais, habitação, transporte urbano e atividades culturais. Essas atribuições implicaram em uma nova renegociação orçamentária, impulsionando estudiosos e profissionais a descobrirem de *insights* que pudessem desempenhar um papel decisivo para a eficácia da política pública. (IOCKEN, 2018).

Nesse sentido, as políticas públicas devem ter um compromisso de políticas de Estado e com a coordenação simultânea de diversas áreas de atuação do Poder Público. Os esforços devem ser realizado desde a montagem da agenda até a avaliação da implementação da política pública, formando um ciclo indispensável para a mensuração de sua eficiência, tendo em vista que as escolhas malfeitas, os erros nos diagnósticos, as execuções imprecisas e os dimensionamentos irreais são graves falhas que comprometem a eficiência de uma política pública e que, consequentemente, podem agravar um problema maior, retrocedendo as metas traçadas inicialmente ou gerando outros problemas que necessitarão de outras soluções. (CHADID, 2019).

Frisa-se que é justamente pela necessidade de avaliar sistematicamente os produtos (*outputs*) e resultados (*outcomes*) dos programas de governo que a pesquisa científica norte-americana das atividades do setor público começa a constituir um novo campo do conhecimento, principalmente pela necessidade de novas funções estatais a serem beneficiadas com o conhecimento agregado no processo de formulação e implantação das políticas públicas. O debate passou a ser construído sob a ótica da ação do governo. Na abordagem americana, as concepções sobre o que se entende e o que se espera de uma “boa” política estão ligadas aos conceitos de eficácia e eficiência, de forma que ocorra um direcionamento no objeto de pesquisa da ciência política para o pragmatismo. A supervalorização da dimensão técnica, visando a identificação da melhor relação entre objetivos e instrumentos. Com isso, a teoria política prescritiva e suas indagações sobre as metas e atividades governamentais sucumbem aos anseios da prática política. (IOCKEN, 2018).

Desse modo, não é suficiente que sejam previstos apenas percentuais a serem aplicados nas áreas que são consideradas importan-

tes, para atender às necessidades da população, para implementação de políticas públicas. A natureza fundamental do conteúdo da política pública deve ser analisada, ou seja, o Poder Público deve incluir também uma análise das razões que motivaram a intervenção específica nas políticas públicas. Além de planejar as ações para o desenvolvimento da iniciativa, determinar os agentes responsáveis pela implementação dessas ações, as formas de ação disciplinar e avaliar os possíveis impactos - preventivamente, concomitante ou posterior. (MENEQUIN; FREITAS, 2013).

Desta forma, com a expansão dos procedimentos fiscalizatórios e com a análise da regularidade e legalidade na realização e aplicação das receitas, cumprido com sua função social, os Tribunais de Contas devem efetuar avaliações voltadas para o acompanhamento, contribuindo para o aprimoramento da eficiência das políticas. Fernandes (2016) destaca que os Tribunais de Contas analisam a eficiência dos seus fiscalizados, tendendo a adotar como meio de mapeamento o controle gerencial, visto que esse não se limita a realizar apenas apontamentos voltados para as despesas que foram efetuadas de acordo com critérios de validade da contabilidade, mas também podem definir contabilidade analítica dos custos, buscando resultados eficientes.

Dessa maneira, verifica-se que o controle externo com foco na eficiência requer análises mais precisas, diferentemente do diagnóstico imediato de que a Administração Pública costuma se limitar a cumprir rigorosamente à norma legal que determina, por exemplo, a compra de qualquer produto sempre pelo menor preço. No entanto, nem sempre o menor preço ou a maior quantidade significa eficiência, visto que o mero cumprimento de aspectos relacionados à legalidade não supre as faltas da atividade administrativa na implementação das políticas públicas. (CHADID, 2019). Nesse sentido, os Tribunais de Contas buscam colaborar com o processo decisório das políticas na perspectiva do princípio da eficiência, ou seja, por meio dos mecanismos de controle são elaborados *feedback* para os gestores, podendo assim redirecionar as ações programadas. (FERNANDES, 2016).

Destaca-se, ainda, que na atuação sob a ótica da eficiência é necessário que as Cortes de Contas empreguem ferramentas para identificar as irregularidades, visando a correção do ato e, conseqüentemente, cumprindo o direito fundamental a ser concretizado pela política pública. De tal forma, para se atingir a função social é imprescindível as atuações a

priori e concomitantes por meio do compartilhamento de informações, atuação em conjunto com os órgãos responsáveis pelo controle e por indicadores - com o índice de efetividade da gestão municipal (IEG-M). Com isso, passar-se-á ao estudo do IEG-M como ferramenta para efetivação da eficiência das políticas públicas.

4. O ÍNDICE DE EFETIVIDADE DA GESTÃO MUNICIPAL COMO MECANISMO DE CONTROLE

Os gestores brasileiros estão enfrentando mudanças na condução das políticas públicas, tanto pelo aumento das reivindicações da população quanto pela atual situação econômica, que tem gerado impactos significativos na vida dos cidadãos. De tal forma, as intervenções, ações e operações realizadas por autoridades públicas, independentemente de sua esfera e da sua natureza, provocam impacto no modo em que o Estado se torna parceiro ou não dos interesses sociais. Desse modo, ressalta-se que o atual cenário sinaliza para a necessidade de uma gestão pública pautada em resultados que sejam eficientes e atendam às necessidades da população, cuja análise das necessidades sociais revela forte enfoque na qualidade da prestação dos serviços públicos.

Os Tribunais de Contas após avaliarem os relatórios, os encaminham aos órgãos gestores e fazem recomendações para aperfeiçoar as ações e políticas governamentais e fortalecer os setores considerados estruturantes. Estas recomendações são objeto de um Plano de Ação, o qual estipula as medidas, os responsáveis e o cronograma para a sua implementação. Ressalta-se que o Plano de Ação é utilizado como subsídio para monitorar o cumprimento, por parte dos gestores, das recomendações e dos resultados delas decorrentes. Embora possa se tornar evasivo, as Cortes de Contas brasileiras, visando encontrar atos inovadores para os atores políticos e sociais, atentando para as necessidades locais em termos de gestão de problemas, soluções e recursos necessários à implantação de políticas públicas, para que possam adotar um caminho rumo ao desenvolvimento sustentável, além dos Tribunais de Contas cumprirem com sua função social, voltada para a eficiência de políticas públicas.

Desta forma, verifica-se que na seara da aplicação das políticas públicas, os indicadores sociais são medidos utilizadas para permitir a

operacionalização de conceitos abstratos ou de requisitos de interesse planejado. Assim, os indicadores apontam, aproximam, indicam, traduzem em termos operacionais que terão como base as dimensões sociais de interesse definidas por escolhas teóricas ou políticas. Além disso, observa-se que os indicadores servem para apoiar as atividades de planejamento público e a formulação de políticas sociais nos diferentes campos de governo, permite ao poder público e da sociedade civil monitorar as condições de vida e bem-estar das pessoas e permitir uma investigação mais aprofundada dos determinantes das mudanças sociais e dos diferentes fenômenos sociais (MILES, 1985; NAÇÕES UNIDAS, 1988).

É importante destacar que a seleção dos indicadores utilizados para o processo de formulação e avaliação de políticas públicas deve estar pautada na adesão a um conjunto de atributos ideais e pela lógica estrutural de aplicação, que definirão o tipo de indicadores mais adequados (JANNUZZI, 2001). Com relação a atividade de monitoramento ou de avaliação, é importante observar os indicadores de resultados com base nos indicadores de esforços e alocação de recursos, que podem medir a eficiência dos programas. O uso da Análise Envoltória de Dados (DEA) pode representar um grande avanço metodológico nesta área. (LINS; MEZA, 2000). Ademais, outro requisito do ciclo de programas, especialmente durante a fase de avaliação, é determinar seus impactos. Portanto, frisa-se que são utilizados para garantir indicadores de diferentes naturezas e características, tanto quanto possível, a conexão entre as ações planejadas e as mudanças percebidas, ou para garantir tarefas difíceis de serem realizadas nas condições de vida da população (ROCHE, 2002).

Desse modo, aborda-se o Índice de Efetividade da Gestão Municipal⁸, o qual foi criado em 2014, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e desde 2017 passou a ser adotado pela totalidade de Tribunais de Contas brasileiros, vinculados à Rede Nacional de Indicadores. Portanto, nota-se que o Índice de Efetividade da Gestão Municipal é calculado por meio das informações apuradas a partir de 7 dimensões de execução

8 “O Índice de Efetividade da Gestão Municipal – IEGM mede a qualidade dos gastos municipais e avalia as políticas e atividades públicas do gestor municipal. Apresenta, ao longo do tempo, se a visão e objetivos estratégicos dos municípios estão sendo alcançados de forma efetiva. Ele pode ser utilizado como mais um instrumento técnico nas análises das contas públicas, sem perder o foco do planejamento em relação às necessidades da sociedade.” (TRIBUNAL DE CONTAS DO PARANÁ, 2021, p. 2).

do orçamento público: educação⁹; saúde¹⁰; planejamento¹¹; gestão fiscal¹²; meio ambiente¹³; cidades protegidas¹⁴ e governança da Tecnologia da Informação¹⁵. Além das 7 dimensões, a ferramenta parte de 143 quesitos de

-
- 9 I-Educ: Mede o resultado das ações da gestão pública municipal nesta área por meio de uma série de quesitos específicos relativos à Educação Infantil e Ensino Fundamental, com foco em aspectos relacionados à infraestrutura escolar. Reúne informações sobre: Avaliação escolar; planejamento de vagas; atuação do Conselho Municipal de Educação; problemas de infraestrutura; merenda escolar, situação e qualificação de professores; quantitativo de vagas; material; uniformes escolares. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).
 - 10 I-Saúde: Mede o resultado das ações da gestão Pública Municipal neste tema por meio de uma série de quesitos específicos. Ênfase em: Processos realizados pelas prefeituras relacionados à Atenção Básica; Cobertura e ação do Programa Saúde da Família; Atuação do Conselho Municipal da Saúde; Assiduidade dos médicos; atendimento à população para tratamento de doenças, como a tuberculose, e prevenção de doenças, como a dengue; controle de estoque de insumos; cobertura das campanhas de vacinação e de orientação à população. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).
 - 11 I-Planejamento: Verifica a consistência entre o que foi planejado e o efetivamente executado, por meio da análise dos percentuais gerados pelo confronto destas duas variáveis. Possível identificar a existência de coerência entre as metas físicas alcançadas e os recursos empregados, bem como entre os resultados alcançados pelas ações e seus reflexos nos indicadores dos programas. Os dados do i-Planejamento não foram cobrados dos municípios nesta primeira aplicação do IEGM em 2016, por necessidade de terem mais tempo para se estruturarem nesse tema. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).
 - 12 I-Fiscal: Mede o resultado da gestão fiscal por meio da análise da execução financeira e orçamentária, das decisões em relação à aplicação de recursos vinculados, da transparência da administração municipal e da obediência aos limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).
 - 13 I-Ambiente: Mede o resultado das ações relacionadas ao meio ambiente que impactam a qualidade dos serviços e a vida das pessoas. Este índice contém informações sobre: resíduos sólidos; saneamento básico; educação, estrutura e conselho ambiental. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).
 - 14 I-Cidade: Mede o grau de envolvimento do planejamento municipal na proteção dos cidadãos frente a possíveis eventos de sinistros e desastres. Reúne informações sobre Plano de Contingência, identificação de riscos para intervenção do Poder Público e infraestrutura da Defesa Civil. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).
 - 15 I-Gov-TI: Mede o conhecimento e o uso dos recursos de Tecnologia da Informação em favor da sociedade. Este índice reúne informações sobre planejamento, políticas de uso de informática, segurança da informação, capacitação do quadro de pessoal

avaliação, os quais permitem uma mensuração dos serviços públicos e a efetividade das políticas públicas a medição da qualidade dos gastos e dos investimentos realizados. (INSTITUTO RUI BARBOSA, 2015).

As informações são utilizadas para elaboração de um demonstrativo de eficiência e eficácia, servindo tanto para os cidadãos quanto para os gestores como um instrumento de aferição de resultados, reavaliação de prioridades, correção de rumos, e consolidação do planejamento, além de auxiliar para o aperfeiçoamento da atividade fiscalizatória ao indicar os setores que necessitam de maior vigilância e aprofundamento. Dessa maneira, cumpre mencionar que o IEG-M permite que sejam observados os meios utilizados pelos municípios jurisdicionados no exercício de suas atividades que devem ser disponibilizadas em tempo útil, nas quantidades e qualidades adequadas e ao melhor preço (economia), de forma a entender a relação entre os meios utilizados e os resultados obtidos (eficiência), para que seja atingido o alcance dos objetivos específicos fixados no planejamento público (eficácia). (TRIBUNAL DE CONTAS DA ESTADO DO PARANÁ, 2021).

Além das ferramentas hoje disponíveis, o IEG-M também proporciona a elaboração de relatórios objetivos para as áreas sensíveis do planejamento público das instâncias administrativas da Corte de Contas e fornece dados técnicos aos fiscais. Portanto, frisa-se que a divulgação do IEG-M por meio da internet, da mídia e das redes sociais é uma importante ferramenta de transparência e controle social, pois é uma forma rápida e eficiente de fornecer aos cidadãos informações sobre a efetividade das administrações municipais e permitir que ela se torne uma extensão do tribunal, em sua missão fiscalizadora. (TRIBUNAL DE CONTAS DA ESTADO DO PARANÁ, 2021).

Ademais, esta nova tecnologia de fiscalização significa que existem diferentes atividades e divisão de responsabilidades na execução orçamentária, que devem ser cuidadosamente consideradas durante as fases de planejamento e a realização da auditoria operacional, bem como para elaboração de relatórios que serão fornecidos aos Exmos. Conselheiros e aos integrantes do controle externo. Consequentemente, é obrigação do Estado mostrar os resultados da aplicação dos recursos públicos, mas também observar os princípios morais e publicidade em que a gestão pública visa o bem comum da sociedade. (TRIBUNAL DE CONTAS DA ESTADO DO PARANÁ, 2021).

e transparência. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021, *online*).

A adoção do IEGM surge por intermédio de um termo de adesão assinado pelas Cortes de Contas com a Rede Nacional de Indicadores - INDICON, uma parceria entre o Instituto Rui Barbosa - IRB, sendo que os dados são mesclados e apresentados com os resultados apurados pelos Tribunais de Contas de todos os entes federativos e apresentados no Portal WEB do Instituto Rui Barbosa – IRB. Além disso, evidencia-se que o IEG-M é apurado anualmente, por meio de informações coletadas a partir de questionários - preenchidos pelos fiscalizados -, dados e informações extraídos do Sistema de Informações Municipais. No Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (2021) nota-se que o desde 2015 vem sendo realizada a avaliação pelo Índice de Efetividade da Gestão Municipal – IEGM, a qual iniciou-se com a avaliação do índice de desenvolvimento humano municipal e também avalia a efetividade das políticas públicas dos municípios do Estado.

É importante mencionar que o órgão de contas do Estado do Rio Grande do Sul utiliza 7 atributos do conjunto IEG-M, sendo: 1) ano; 2) município; 3) Dimensão: Educação, Saúde, Planejamento, Meio Ambiente, Defesa Civil, Gestão de TI, Gestão Fiscal; 4) Resposta: fornecida pelo Município; 5) Informação SIAPC: A resposta à questão foi obtida através de consulta aos dados enviados pelo município em remessas periódicas ao Tribunal de Contas; Exclusiva TCE: Questão adicionada para subsidiar as ações de verificação deste Tribunal de Contas. A resposta indicada não foi considerada para fins de pontuação no IEGM; 7) Nota: Altamente Efetiva (IEGM maior ou igual a 90%). Muito Efetiva (IEGM entre 75% e 89,9%). Efetiva (IEGM entre 60% e 74,9%). Em fase de adequação (IEGM entre 50% e 59,9%). Baixo nível de adequação (IEGM menor ou igual a 49,9%). (TRIBUNAL DE CONTAS DA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Além disso, o IEG-M no Brasil possui cinco faixas de resultados, definidas em função da consolidação das notas obtidas nos 07 índices setoriais, sendo que o enquadramento dos municípios em cada uma destas faixas deve obedecer aos seguintes critérios:

Nota	Faixa	Critério
A	Altamente efetiva	IEGM com pelo menos 90% da nota máxima e, no mínimo, 5 índices componentes com nota A
B+	Muito efetiva	IEGM entre 75,0% e 89,9% da nota máxima
B	Efetiva	IEGM entre 60,0% e 74,9% da nota máxima
C+	Em fase de adequação	IEGM entre 50,0% e 59,9% da nota máxima
C	Baixo nível de adequação	IEGM menor que 50%

Fonte: INSTITUTO RUI BARBOSA, 2015, p. 11.

Ressalta-se que além dos critérios citados acima, outros dois devem ser observados na definição das faixas de resultados, quais sejam: 1) realocação da nota do município no IEG-M Brasil para a faixa imediatamente inferior, quando não atingir a aplicação de 25% na Educação; 2) Índice Componente - Realocação para a faixa de resultado C – Baixo Nível de Adequação: quando não observar o disposto no artigo 29-A - referente ao total da despesa do Poder Legislativo Municipal - da Constituição Federal. (INSTITUTO RUI BARBOSA, 2015).

Destarte, os elementos apurados compõem um demonstrativo de eficiência e eficácia, servindo tanto para o gestor quanto para o município, tratando-se de uma nova tecnologia de fiscalização, aferição de resultados, reavaliação de prioridades, correção dos rumos e consolidação do planejamento. Por conseguinte, nota-se que essa ferramenta contribui para a concretização da função social dos Tribunais de Contas pelo viés da eficiência. Assim como, nota-se que os dados disponibilizados tendem a auxiliar no aprimoramento dos controles, interno e externo, permitindo que sejam utilizados como ferramentas de apoio à gestão pública, visto que com o mapeamento dos riscos e boas práticas é possível tornar a gestão mais eficiente, atingindo vários níveis de governo.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo centrou-se em analisar o Índice de Efetividade da Gestão Municipal (IEG-M), um indicador que vem sendo utilizado pelos Tribunais de Contas brasileiros para o acompanhamento da gestão pública municipal e controle das políticas públicas. Assim, realizou-se uma abordagem sobre as variantes aplicáveis ao indicador. Nesse sen-

tido, apresentou-se como problema: o Índice de Efetividade da Gestão Municipal pode identificar por meio de suas variáveis os problemas da gestão das políticas públicas dos entes locais, sendo utilizado como uma ferramenta para a concretização da função social dos Tribunais de Contas pelo viés da eficiência?

Como hipótese apresentou-se: que os Tribunais de Contas por intermédio das auditorias operacionais ou de inspeção, têm analisado os aspectos de economia, eficiência, eficácia e efetividade das políticas públicas, bem como esse controle pode se dar através de indicadores sociais, como no caso do Índice de Efetividade da Gestão Municipal, visando atingir a eficiência e o interesse público.

Além disso, dividiu-se o trabalho em três objetivos específicos: primeiro, analisar as competências e o papel dos Tribunais de Contas brasileiro. Desse modo, observou-se que com o advento da Constituição de 1988, os Tribunais de Contas passaram a ter maiores distinções, visto que suas competências e jurisdição foram ampliadas, com atribuições nunca previstas nas Constituições anteriores. Com a extensão das competências os órgãos de contas passaram a executar, como exemplo, a função de auxiliar do Poder Legislativo na fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional dos entes federativos, além das entidades da Administração direta e indireta, voltada à legitimidade, à legalidade, à economicidade e a fiscalização da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas.

Nesse sentido, os Tribunais de Contas possuem competências e mecanismos que auxiliam na implementação da transparência da gestão, o combate às práticas corruptivas e a malversação dos bens públicos, além de identificar e assinalar a correção, implementação e consolidação de políticas públicas. Ademais, cumpre ressaltar que por meio das auditorias operacionais, avaliando a economicidade, efetividades, eficácia e eficiência das políticas públicas os Tribunais de Contas tendem a induzir políticas públicas e diretrizes para correção.

No segundo objetivo específico, realizou-se um estudo sobre a função social dos órgãos de contas e o controle de políticas públicas. Desta forma, evidenciou-se que a Constituição Federal de 1988 ao atribuir funções de fiscalização aos Tribunais de Contas, também lhes conferiu o poder de decidir pela correção das ações do Estado que causam danos ou abuso do erário. Salientou-se que o objetivo em termos de economia e eficiência é a fraternidade na utilização dos recursos que o Estado dispõe, com isso, os Tribunais de Contas passam a ser os guardiões da utilização de estruturas complexas que devem servir aos anseios de toda sociedade.

Dessa maneira, na função de órgãos fiscalizadores das dimensões contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, as Cortes de Contas podem diagnosticar questões sociais e mobilizar discussões em torno da definição da agenda.

Destacou-se, ainda, que na atuação sob a ótica da eficiência é necessário que as Cortes de Contas empreguem ferramentas para identificar as irregularidades, visando a correção do ato e, conseqüentemente, cumprindo o direito fundamental a ser concretizado pela política pública. De tal forma, para se atingir a função social é imprescindível as atuações *a priori* e concomitantes por meio do compartilhamento de informações, atuação em conjunto com os órgãos responsáveis pelo controle e por indicadores - com o índice de efetividade da gestão municipal (IEG-M).

Por fim, no terceiro objetivo específico, averiguou-se como ocorre a formação e quais os aspectos abordados no índice de efetividade da gestão municipal como um mecanismo para a execução do controle e avaliação de políticas públicas. Dessa maneira, verificou-se que são utilizados 7 atributos do conjunto IEG-M na Corte de Contas Gaúcha: 1) ano; 2) município; 3) Dimensão: Educação, Saúde, Planejamento, Meio Ambiente, Defesa Civil, Gestão de TI, Gestão Fiscal; 4) Resposta: fornecida pelo Município; 5) Informação SIAPC: A resposta à questão foi obtida através de consulta aos dados enviados pelo município em remessas periódicas ao Tribunal de Contas; Exclusiva TCE: Questão adicionada para subsidiar as ações de verificação deste Tribunal de Contas. A resposta indicada não foi considerada para fins de pontuação no IEGM; 7) Nota: Altamente Efetiva (IEGM maior ou igual a 90%). Muito Efetiva (IEGM entre 75% e 89,9%). Efetiva (IEGM entre 60% e 74,9%). Em fase de adequação (IEGM entre 50% e 59,9%). Baixo nível de adequação (IEGM menor ou igual a 49,9%).

Além disso, são avaliados 143 quesitos e 7 dimensões de execução do orçamento público: educação; saúde; planejamento; gestão fiscal; meio ambiente; cidades protegidas e governança da Tecnologia da Informação. Portanto, evidenciou-se que os elementos apurados compõem um demonstrativo de eficiência e eficácia, servindo tanto para o gestor quanto para o município, tratando-se de uma nova tecnologia de fiscalização, aferição de resultados, reavaliação de prioridades, correção dos rumos e consolidação do planejamento.

O IEG-M serve como uma ferramenta para orientar os gestores municipais na implementação de processos e controles que são inquiridos nos questionários, observando dados referentes a quantidade e qualidade dos insumos aplicados (recursos financeiros, físicos e humanos) e,

consequentemente, ajudando a gestão a melhorar os resultados de suas políticas públicas. Assim, notou-se que essa ferramenta contribui para a concretização da função social dos Tribunais de Contas pelo viés da eficiência. Verificou-se, ainda, que os dados disponibilizados tendem a auxiliar no aprimoramento dos controles, interno e externo, permitindo que sejam utilizados como ferramentas de apoio à gestão pública, visto que com o mapeamento dos riscos e boas práticas é possível tornar a gestão mais eficiente, atingindo vários níveis de governo.

Com isso é possível obter uma visão holística sobre as 7 dimensões - áreas de políticas públicas - pelo viés da eficiência, o que tende a auxiliar na identificação de riscos e erros, possibilitando o ajuste habilmente, por meio do diagnóstico das boas práticas, que pode ser utilizada nos vários níveis de governo de forma cooperada, contribuindo para o desenvolvimento social e para concretizar o interesse público, tornando a gestão pública mais eficiente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 set. 2021.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CHADID, Ronaldo. **A função social do Tribunal de Contas no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

DINIZ, Gilberto Pinto Monteiro. **Estado de Direito e controle estratégico de contas.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

HERMANY, Ricardo; MACHADO, Betieli da Rosa Sauzem. O papel do tribunal de contas no exercício do controle externo como agente regulador de gestão das políticas educacionais municipais no rio grande do sul. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 45, n. 1, 2021.

INSTITUTO RUI BARBOSA. **Índice de Efetividade da Gestão Municipal**. 1. Anuário. Instituto Rui Barbosa, 2015. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/anuario-iegm-2015.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Controle Compartilhado das Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JANNUZZI, Paulo Martino. **Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fonte de dados e aplicações**. Campinas: Alínea, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional, p. 399-416. In: SACHSIDA, Adolfo (Org.). **Políticas Públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

LINS, Marcos Pereira Estellita; MEZA, Lidia Angulo. **Análise envoltória de dados e perspectivas de integração no ambiente de apoio à decisão**. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: **Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado**, n. 123, mar., 2013. Disponível em: www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html. Acesso em: 20 set. 2021.

MILES, Ian. **Social indicators for human development**. New York: St. Martin's Press, 1985.

NAÇÕES UNIDAS. **Handbook of social indicators**. Nova York: 1988.

PARDINI, Frederico. **Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle na administração pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 33, n. 93, p. 55-73, jul./set. 2002.

ROCHE, Chris. **Avaliação de impacto dos trabalhos de ONGs**. São Paulo: Cortez, 2002.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **Sociedade democrática, direito público e controle externo**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. **Índice de Efetividade da Gestão Municipal**. 2. ed. Curitiba: TCE-PR, 2021. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2021/4/pdf/00355981.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Índice de Efetividade da Gestão Municipal**, 2018. Disponível em: <http://dados.tce.rs.gov.br/dataset/iegm-2018>. Acesso em: 20 set. 2021.

A REPARAÇÃO INTEGRAL NOS CASOS DE VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS PRATICADA POR AGENTES ESTATAIS: UM ESTUDO DO MASSACRE DO CARANDIRU

GUSTAVO LEDUR¹
LAURA VOGADO LIMA²

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão a temática da reparação integral dos danos causados por violações a direitos humanos praticadas por agentes estatais, a partir da análise do paradigmático caso intitulado “massacre do Carandiru”, ocorrido em 1992 na casa de detenção Carandiru, em São Paulo. Mais especificamente, o problema de pesquisa consistiu em verificar se as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório 34/2000 (caso Carandiru) ao governo brasileiro foram efetivamente cumpridas, em atenção à concepção da reparação integral.

Para tanto, inicialmente, aborda-se a possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro diante da ratificação de Tratados e Convenções internacionais, bem como a disciplina do tema no ordenamento jurídico nacional. Ato contínuo, tece-se breves considerações sobre a reparação integral, mormente em relação às violações dos direitos humanos cometidas por agentes estatais. Em seguida, expõe-se os fatos e contexto histórico que culminaram no chamado “massacre do Carandiru”, para, finalmente, analisar, de forma pontual, se o Brasil cumpriu com as

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Endereço eletrônico: gustavoledur@hotmail.com.

2 Bacharelanda em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Endereço eletrônico: laura.vogadolima@gmail.com.

recomendações acerca da reparação integral das vítimas do caso, a partir do Relatório 34/2000 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A pesquisa utiliza o método de abordagem lógico-dedutivo, abordado qualitativamente, com caráter exploratório, através de pesquisa bibliográfica, prioritariamente, por meio de doutrina nacional e estrangeira, análise da legislação e jurisprudência pertinente ao delineamento das questões debatidas.

2. NORMATIVAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE ESTATAL POR VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui características especiais: (i) trata sobre direitos de todos, independentemente de nacionalidade, credo, opção política e outras singularidades; (ii) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, afastando-se da lógica da reciprocidade presente nos tratados tradicionais; (iii) os indivíduos podem acessar instâncias internacionais para supervisionar as obrigações dos Estados, integrando um conjunto de processos internacionais de direitos humanos. A estratégia internacional visada foi a de ampliação (sem preocupação com redundâncias, visto que vários direitos são repetidamente mencionados nos diversos tratados) da proteção internacional ao ser humano. A cada novo texto aumentava-se a garantia do indivíduo (RAMOS, 2019, p. 54).

Internacionalmente, desatacam-se diplomas como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU. Quando um Estado adere a um tratado internacional de direitos humanos, ele se compromete a protegê-lo e respeitá-lo, tornando-se garantidor das obrigações a ele impostas. As convenções e tratados internacionais possuem previsões de mecanismos que visam a supervisão e o controle, pelo Estado, dos direitos ali protegidos. Com a ratificação do Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)³ o Brasil está obrigado a não somente respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção, mas, também, a assegurar o exercício pleno desses direitos⁴.

3 A convenção foi aprovada em 1969, na Conferência de São José da Costa Rica, mas o Brasil somente aderiu à Convenção em 1992, por meio do Decreto 678, de 6/11/1992.

4 Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos: 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a ga-

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da responsabilidade civil do Estado, previsto no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, prevê a responsabilidade de que as pessoas jurídicas tanto de direito público quanto privado, respondam pelos danos causados por seus agentes a terceiros. Assim, prescinde de prova de culpa ou dolo a ação dos agentes estatais, basta que seja provado o nexo causal entre o fato administrativo e o dano (DI PIETRO, 2020, p. 836).

A Constituição vigente manteve solução que vinha sendo adotada desde a Constituição de 1946, qual seja, a responsabilidade objetiva extracontratual do Estado por danos causados no exercício de função pública a particulares (DI PIETRO, 2020, p. 837). Analisando o sistema interno de regras constitucionais concernentes ao princípio da responsabilidade civil do Estado, para os fins a que a presente pesquisa se propõe, algumas merecem especial destaque.

O art. 5.º, XLIX, preleciona: “É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, o direito à incolumidade física e moral constitui notável emanção dos direitos da personalidade, especificamente vinculada à situação do preso. Essa norma constitucional possui aplicação imediata e cogente. Encontra-se vinculada ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁵, à proteção da integridade do indivíduo⁶, bem como à vedação de qualquer forma de discriminação⁷, todos constitucionalmente previstos. Quando se traz à tona a questão do preso morto, é imperioso destacar, também, a previsão constitucional do direito à vida⁸, ao qual a é assegurada a inviolabilidade (CALDEIRA, 2000). A fim de ampliar o âmbito de proteção da

rantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

- 5 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.
- 6 Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.
- 7 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
- 8 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.

integridade física e moral dos presos, a legislação infraconstitucional também prevê que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”⁹

Há, portanto, um dever por parte dos agentes estatais de garantir a integridade física e moral dos presos¹⁰ e presas¹¹, disso decorre um direito público subjetivo, disposto na Carta Magna, cuja garantia pressupõe atuação de agentes públicos vinculados à Polícia (civil, militar e penitenciária) (CALDEIRA, 2000).

Havendo descumprimento do Estado surge o dever de reparação, tendo em vista que a conduta comissiva ou omissiva do Estado em desrespeito a um compromisso internacional prévio que causar dano, violando direitos humanos, exige medidas suficientes para cessar tal violação, corrigindo ou prevenindo-as. O *restitutio in integrum*, embora constitua ideal forma de reparação, nem sempre é possível, principalmente quando se fala em violação ao direito fundamental à vida ou integridade física do indivíduo. Como restabelecer lesões, torturas ou, em casos mais extremos, a vida? É bastante claro que, nessas situações, não é possível restaurar o *status quo*. Outras medidas de reparação, portanto, são fundamentais.

O artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece que a Corte Interamericana de Direitos Humanos garantirá ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, corrigindo a violação ou estabelecendo uma justa indenização¹². Várias formas de reparação são admitidas pela Corte, com o fito de chegar ao mais próximo possível de uma concepção de reparação integral.

9 Art. 38, Código Penal Brasileiro.

10 Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

11 Art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

12 Artigo 63.1, CADH - “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

3. O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR AGENTES ESTATAIS

A conceituação de reparação integral derivada da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (extraída do art. 63.1¹³ do referido diploma) abrange a indenização por danos materiais e imateriais, e a adoção de medidas com o objetivo de: (i) investigar fatos; (ii) restituir/resguardar direitos, (iii) bens e liberdades; (iv) promover a reabilitação física, psicológica ou social; (v) a promoção de atos com o objetivo de restaurar as vítimas; bem como (vi) a imposição de medidas com o escopo de evitar a repetição das violações (GAMBOA, 2013). De acordo com Daniel Lozoya Constant Lopes, Fábio Amado, Pedro González e Fabián Rébora, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende a reparação integral como uma forma mais humana de reparar as vítimas que sofreram violações a seus direitos, levando-se em conta o impacto que dano teve nas esferas de sua vida (LOPES; AMADO; GONZÁLEZ; RÉBORA, 2021).

Cabe destacar que a concepção acerca da reparação do dano tradicional sofreu uma reforma na comunidade internacional nos últimos anos. Esta reparação não é mais entendida como uma mera compensação econômica, mas sim uma “reparação integral”, concebida como uma forma mais ampla de reparar os danos sofridos pelas vítimas de violações a direitos humanos (GAMBOA, 2013). Esta reestruturação da concepção de reparação pode ser diretamente relacionada à alteração da noção clássica de pessoa com atributos aptos ao exercício de direitos e obrigações para o reconhecimento da necessidade de se atribuir valor e proteger os sentimentos, interesses, angústias e a integridade física das pessoas. Deixa-se, em suma, de conceber a pessoa como mera titular de direitos subjetivos patrimoniais, e passa-se a dar importância à defesa dos atributos de sua personalidade, como a intimidade, a honra, a integridade pessoal e a saúde (GARRIDO, 2013).

A temática da reparação integral guarda importante relação com uma problemática bastante atual na realidade de diversos países: a violação a direitos humanos gerada por agentes estatais e o dever de reparar as vítimas destas violações.

13 Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Em estudo intitulado “A impunidade de agentes estatais nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, Jorge Zaverucha e Rodrigo Leite realizaram a análise de um rol de sentenças prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que países foram condenados por violações praticadas por forças policiais, militares, ou outros agentes do Estado. Os autores entendem que a maioria dos crimes cometidos são legados de períodos ditatoriais, nos quais referidas práticas foram implantadas e se tornaram “instituições informais com o manto da impunidade”. Dentre os casos, encontram-se massacres de população indígena, mortes e torturas ocorridas dentro de presídios, espancamentos por policiais, entre outros (ZAVERUCHA; LEITE, 2016).

Fato alarmante é que das 96 (noventa e seis) sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos analisadas através do estudo em comento, em nenhuma o Estado cumpriu da forma devida à medida reparatória consistente em investigar, julgar e sancionar os responsáveis pelas violações de direitos humanos. Não houve, em suma, uma devida reparação integral das vítimas das violações destes direitos por parte do Estado. Os autores acertadamente destacam que “nada fere mais a democracia do que a ausência de investigação e julgamento de agentes do Estado acusados de graves violações de direitos humanos” (ZAVERUCHA; LEITE, 2016).

No Brasil, essa temática vem adquirindo uma maior importância. Em 2016, o Deputado Nilto Tatto (PT-SP) apresentou o Projeto de Lei 6.748/16, cujo objetivo é assegurar a reparação integral às vítimas de violações a direitos humanos praticadas por agentes de Estado. De acordo com a justificação do Projeto, o objetivo da implementação desta lei consiste em dar uma resposta à falta de responsabilização existente no país em relação às violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais, tais como torturas em delegacias e presídios, mortes que decorrem da atuação da polícia, entre outros.

O Projeto de Lei busca criar um diálogo entre a jurisdição interna e a internacional, a fim de que a normativa nacional esteja em conformidade não apenas com a Constituição Federal, mas igualmente com os Tratados e Convenções Internacionais que foram ratificados pelo país. Almeja-se, através deste diálogo, estabelecer mecanismos para requerimento da reparação integral por parte das vítimas na legislação pátria.

Entre os artigos 5º e 9º do Projeto de Lei fica claro que as vítimas terão direito: (i) à reparação econômica; (ii) à reparação moral e coletiva no âmbito do direito à memória e à verdade; (iii) à reparação psíquica, em razão de traumas decorrentes de violações de direitos humanos; (iv) à

reparação social, mediante acesso aos equipamentos de assistência social e a serviços jurídicos especializados; (v) à reparação em saúde, que inclui acesso a recursos da área da saúde essenciais à reabilitação.

Ou seja, vislumbra-se uma tentativa de implementar, no ordenamento jurídico pátrio, uma legislação especificamente voltada à reparação integral, entendida como aquela que transcende a mera recomposição econômica, em razão de violações a direitos humanos praticadas pelos agentes estatais. Trata-se, no momento, de uma mera conjectura, visto que o trâmite do Projeto se mostra bastante incipiente. De qualquer forma, em um país que ainda sofre bastante com esta problemática, pode-se dizer que é um passo essencial para regulamentar a questão da reparação integral nos casos de violações a direitos humanos praticadas por agentes estatais.

4. ANÁLISE DO CASO “MASSACRE DO CARANDIRU”

Previamente à exposição do caso, faz-se importante uma contextualização do período em que ocorreu, no que tange à tensão na área prisional existente à época. Em 1982, uma tentativa de escape da Casa de Detenção, resultou na morte de 13 presos, bem como de três funcionários tomados como reféns, por meio da intervenção da Polícia Militar. Já em 1986, em ação visando a repressão de uma tentativa de fuga na penitenciária de Presidente Venceslau, 14 presos foram brutalmente mortos por policiais militares e funcionários. Logo após, em 1987, na Penitenciária do Estado de São Paulo, um motim seguido de uma tentativa de fuga de presos foi violentamente reprimido, causando a morte de 28 presos e de um funcionário. Em meio a diversas ocorrências fatais e à crise que crescia a cada dia no sistema prisional ocorre episódio que representa um novo nível de barbaridade (que só seria superado pelo que ocorreu na Casa de Detenção Carandiru em 1992). Em 1989, em resposta a um motim, 50 homens foram torturados e colocados nus, em uma cela de três metros quadrados sem ventilação, onde lançaram gás lacrimogêneo. Dezoito presos morreram asfixiados e outros 12 foram hospitalizados. Em virtude desse episódio, foi encaminhada à Corte Interamericana de Direitos Humanos denúncia pelo descumprimento de direitos humanos (vida e dignidade da pessoa humana) e pela desobediência às normas sobre condições dos detentos (MACHADO; MACHADO, 2015).

Nesse contexto de violência prisional ocorre o Massacre objeto do presente artigo.

A Casa de Detenção Carandiru foi estruturada em 1954, no governo Jânio Quadros. Sua área era de 60 mil metros quadrados, era o maior presídio da América Latina. Situava-se na Zona Norte de São Paulo, integrante do chamado “Complexo do Carandiru”, do qual também faziam parte a Penitenciária Feminina e o Centro de Observação Criminológica. A penitenciária se dividia em sete pavilhões, que por sua vez dividiam-se em blocos. Ao Pavilhão 9 (local do Massacre) normalmente se destinavam os “presos de primeira viagem”, ou seja: os sem antecedentes criminais (ONODERA, 2005).

O massacre do Carandiru ocorreu em outubro de 1992, na Casa de Detenção Carandiru, em São Paulo. À data do Massacre, havia 2.069 internos no Pavilhão 9 de Carandiru, número que superava a capacidade máxima do alojamento. Todos os internos estavam sendo vigiados por apenas 15 guardas penitenciários.

Durante uma partida de futebol, dois presos do Pavilhão 9 se desentenderam. A partir disso, iniciou-se uma discussão entre detentos de gangues rivais. Em resposta à mencionada briga, os guardas trancaram o acesso ao corredor. Os presos, aglomerados, romperam as trancas e iniciaram o motim. Diante do motim, os guardas retiraram-se do local, foi chamada a Polícia Militar, além de solicitada a presença de magistrados da Vara de Execuções Penais, bem como da Corregedoria dos Presídios. Chegando estes ao local, os oficiais da Polícia Militar de São Paulo os convenceram a não intervir, afirmando que não podiam entrar no Pavilhão 9 porque os presos encontravam-se armados. Frustrada a negociação objetivada pelos magistrados, os policiais iniciaram a ocupação do pavilhão, que culminou na morte de 111 (cento e onze) presos, deixando, ainda, 35 (trinta e cinco) feridos. Dentre os mortos, 84 dos presos aguardavam julgamento. Não houve morte de nenhum policial no confronto (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Cerca de 325 policiais foram convocados para conter a rebelião, vindos de diversas guarnições, dentre elas: o batalhão de choque, o Grupamento de Ações Táticas Especiais (GATE) e o Comando de Operações Especiais (COE). As tropas invadiram a Casa de Detenção Carandiru (armadas com metralhadoras, fuzis, pistolas automáticas e acompanhados de cachorros) a tiros, resultando, já nos primeiros minutos, na morte de 22 presos. A operação não tinha planejamento prévio, por esse motivo o grupo de policiais que invadiu a Casa de Detenção não tinha conhecimento da planta do local. (SÃO PAULO, 2011)

A data ficou conhecida como o mais trágico episódio ocorrido na história do Sistema Penitenciário Brasileiro, reforçando a situação vivida pelos presos naquele período.

A Anistia Internacional publicou, em 1993, o relatório “Chegou a morte”, a fim de narrar o Massacre a partir de relatos de juízes, policiais, funcionários da unidade e presos. Dentre diversos pontos, o relatório destaca: (i) a dificuldade de realização da perícia em virtude da eliminação deliberada das provas; (ii) o descaso e conivência dos juízes que mesmo sendo capazes de impedir a intervenção policial não o fizeram, tampouco se preocuparam com a preservação das provas para apuração dos fatos; (iii) a negligência com a vida dos presos mortos e feridos, bem como com a de suas famílias; (iv) o enquadramento do Massacre dentro de uma trajetória de violência policial perpetrada por anos, enfatizando que 25% do total de mortes com violência em São Paulo no ano de 1991 foram procedentes da polícia e, ainda, que nos dois primeiros anos do governo de Fleury Filho, uma pessoa era morta pela polícia em São Paulo a cada sete horas (MACHADO; MACHADO, 2015).

Mostrou-se nítido o movimento das autoridades brasileiras no intuito de descontextualizar o Massacre, que trataram do fato como se as condições materiais que ensejaram o seu acontecimento (superpopulação carcerária, precariedade dos presídios e violência policial) estivessem desvinculadas do ocorrido e da esfera de competência das autoridades. Em afirmações mais extremas, se tem que o Massacre é culpa dos próprios presos, os “bandidos” que iniciaram a “Rebelião do Pavilhão 9”. A ausência de um esclarecimento público sobre o episódio abre, ainda hoje, espaço para posições (tanto de autoridades quanto de parcela significativa da população) que justificam ou apoiam o Massacre, defendendo a violação de direitos e o extermínio como um modelo de política pública.

5. O (NÃO) CUMPRIMENTO PELO ESTADO BRASILEIRO DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DESCRITAS NO RELATÓRIO Nº 34/2000

Após as devidas considerações acerca do que consistiu o “massacre do Carandiru”, passa-se, no presente capítulo, ao cerne do problema de pesquisa. O termo “massacre do Carandiru”, conforme elucidado no tópico anterior, é conhecido como a rebelião ocorrida na casa de detenção Carandiru, em São Paulo, em 02 de outubro de 1992, após a invasão

da Polícia Militar para conter uma rebelião iniciada por presidiários do Pavilhão 9 da casa de detenção. A atuação da polícia resultou na morte de 111 detentos, deixando também diversos feridos (CALDEIRA, 2000).

A maior parte dos presos mortos no incidente foi atingida por disparos de arma de fogo, majoritariamente em regiões da parte superior do corpo, consideradas fatais (como cabeça e coração). Além disso, diversos laudos periciais concluíram que os detentos estavam ajoelhados ou deitados quando foram atingidos pelos disparos. E, embora a Polícia Militar sustente que os presos possuíam armas no momento do incidente, a tese do confronto armado entre policiais e detentos não possui amparo em provas dos autos, tendo o Instituto de Criminalística concluído que não existem vestígios de disparos em sentidos contrários, o que seria evidência de um confronto entre vítimas e atiradores (CALDEIRA, 2000).

O caso ocorrido na Casa de Detenção Carandiru foi objeto de apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em razão da morosidade ocorrida no trâmite das ações judiciais propostas perante o Judiciário brasileiro relacionadas ao incidente. De acordo com Jorge Zaverucha e Rodrigo Leite (2016), a Comissão, integra o sistema interamericano de Direitos Humanos, pode ser considerada um órgão “quase judicial”, tendo como incumbência analisar um caso e tentar chegar a um acordo com o país, ou emitir um relatório com recomendações a este país.

Em síntese, a Comissão teve como objetivo a análise do pleito dos petionários¹⁴ e apurar se há responsabilidade do Estado Brasileiro por violação aos artigos 4, 5, 8, 25 e 1(1) da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõem sobre o direito à vida, à integridade pessoa, ao devido processo e à proteção judicial (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Após análise das particularidades do caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), através do Relatório 34/2000, entendeu que o Brasil possui responsabilidade pelo ocorrido no caso que envolveu o massacre na Casa de Detenção Carandiru, mormente pela omissão em adotar as medidas cabíveis para evitar situações de violência e erradicar motins. Além disso, a responsabilidade da República Federativa do Brasil se dá, também, pela “falta de investigação, processamento e punição séria e eficaz dos responsáveis e pela falta de indenização efetiva das vítimas dessas violações e seus familiares”.

14 Americas Watch, o CEJIL e a Comissão Teotônio Vilela – organizações voltadas à proteção dos direitos humanos.

Em seguida, a Comissão realizou diversas recomendações ao Estado brasileiro (então responsável), a saber: (i) a realização de uma investigação imparcial para fins de identificação dos responsáveis pelas violações dos direitos humanos; (ii) a adoção de medidas para indenizar as vítimas destas violações; (iii) a adoção de políticas para possibilitar o descongestionamento das casas de detenção, promover políticas de reinserção social e prevenir surtos de violência; desenvolver também políticas de treinamento do pessoal carcerário voltadas para a negociação e solução pacífica de conflitos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000).

Neste contexto, questiona-se se, após o transcurso de quase 30 anos do ocorrido na casa de detenção Carandiru, é possível dizer que o governo brasileiro cumpriu as Recomendações feitas pela CIDH, atendendo-se às noções de reparação integral?

É preciso destacar que o Relatório 34/2000 da CIDH realizou recomendações de cunho preventivo (consistentes na adoção de medidas concretas para promover o descongestionamento de casos de detenção e implementação de medidas de reinserção social e com o objetivo de evitar eventos violentos) e de cunho reparativo (consistentes na investigação e responsabilização dos agentes que praticaram os atos de violações aos direitos humanos e a indenização das vítimas do ocorrido). Em outras palavras, a primeira com o objetivo de evitar novos eventos semelhantes; e a segunda com o objetivo de reparar os danos gerados pelo fato específico.

Em relação às recomendações de cunho preventivo elencadas pela CIDH até o momento não foram implementadas no Brasil. Diversos são os fatores que permitem se chegar a esta conclusão, dentre os quais busca-se elencar os mais relevantes e que geram ampla discussão no âmbito jurídico atual.

Em trabalho publicado em fevereiro de 2020, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira, analisando dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), destacam que atualmente a população carcerária é de 726.712 presos, tendo o sistema penitenciário apenas 368.049 vagas. Justamente em razão desta problemática grave existente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, declarou o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro (JAPIASSÚ; FERREIRA, 2020).

O Ministro Marco Aurélio, Relator da ADPF nº 347, em seu voto, descreveu a precariedade da situação da população carcerária no Brasil, e confirmou que ela gera uma série de violações de direitos fundamentais

e humanos, além dos mais básicos preceitos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984). E estas violações, de acordo com o que afirmou o Ministro, não possuem um impacto apenas na esfera subjetiva individual do detento, mas também em toda a sociedade, visto que, no Brasil, sob estas condições precárias, os cárceres não servem à ressocialização (JAPIASSÚ; FERREIRA, 2020).

Em fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da ADPF nº 347. Agora, o mérito da ação será julgado, para fins de buscar uma solução para a superlotação dos presídios. O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, trouxe contribuições bastante relevantes no âmbito prático para resolver o problema da superlotação dos presídios, defendendo a imposição de elaboração de um plano pelo governo para reduzir a problemática, em período máximo de 3 anos (TEIXEIRA, 2021).

A referida superlotação dos presídios gera condições precárias insalubres, falta de espaço para alocar os presidiários e a escassez de prestações essenciais. E não apenas isso, a superlotação acarreta uma disparidade muito grande entre o número de pessoas presas e a quantidade de funcionários da administração prisional, o que, por corolário lógico, intensifica o risco de episódios de violência (seja entre os próprios presidiários, seja entre os detentos e os agentes do Estado). Ou seja, essa superlotação dos presídios configura uma problemática contemporânea, e não apenas possibilita a não observância das garantias fundamentais dos presidiários, mas igualmente compromete a segurança no ambiente prisional, cuja garantia é um dever do Estado.

Os impactos da superlotação podem ser vislumbrados em outros episódios ocorridos posteriormente ao incidente do Carandiru. O primeiro deles é o caso do presídio Urso Branco, em Rondônia, em 2002; outro, ainda mais recente, foi o episódio ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, no Estado do Amazonas, em 2017. Em ambos os episódios ocorreram dezenas de mortes no âmbito das unidades prisionais (JAPIASSÚ; FERREIRA, 2020).

Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira (2020) apontam que as opções comumente utilizadas para combater o problema da superlotação são: (i) a constrição e ampliação de estabelecimentos prisionais; e (ii) as reformas legislativas com o escopo de reduzir o número de encarcerados. Todavia, ambas as medidas, de acordo com estatísticas, não lograram êxito em combater o problema da superlotação no Brasil. O sistema prisional possuía 135.710 vagas em 2000, e 368.049 em 2016 (um aumento de 171%). Entretanto, o déficit de vagas passou de

97.045 para 358.663 neste período (ou seja, um aumento de 269,5%), de modo que, embora haja um aumento no número de vagas, há uma nítida desproporção se comparado ao aumento do número de pessoas encarceradas (JAPIASSÚ; FERREIRA, 2020).

O que se percebe é que da superlotação dos presídios brasileiros, problemática extremamente contemporânea, decorrem diversos problemas existentes nas casas de detenção, tais como a falta de condições mínimas para a manutenção de detentos, bem como a possibilidade de rebeliões e a falta de segurança. Foram justamente estes os problemas apontados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao governo brasileiro no Relatório 34/2000 (Caso Carandiru), e que ensejaram a formulação das Recomendações que tinham como objetivo evitar novos acontecimentos semelhantes.

Transcorridas mais de 2 décadas do ocorrido, não houve uma efetiva mudança da realidade. As violações às garantias fundamentais dos presidiários, e o comprometimento da segurança destes locais segue possibilitando o surgimento de novos incidentes no país, guardando semelhança com o que ocorreu na casa de detenção Carandiru.

Por fim, tampouco é possível afirmar que o governo brasileiro logrou êxito em cumprir com as recomendações da CIDH de cunho repressivo – isto é, aquelas voltadas a apurar a responsabilidade dos agentes causadores de violações a direitos humanos e a indenização das vítimas e famílias das vítimas do incidente.

Em 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos enviou um documento cobrando explicações do governo brasileiro e do governo do Estado de São Paulo acerca do não pagamento de indenizações os familiares das vítimas do Massacre do Carandiru, ocorrido em 1992. Após este grande espaço de tempo, as vítimas e familiares ainda aguardavam a punição dos responsáveis pelas ações que geraram a morte de 111 presos, e outros feridos no dia em questão (STABILE, 2016).

Posteriormente a esta indagação feita pela Comissão ao governo brasileiro, o caso teve novos desdobramentos no âmbito do Poder Judiciário nacional. Recentemente, em 02 de junho de 2021, por meio do julgamento do REsp nº 1895572/SP, o Ministro Relator, Joel Ilan Paciornik, restabeleceu a condenação de 73 policiais que atuaram no incidente da casa de detenção Carandiru. Tais policiais haviam sido condenados nos anos de 2013 e 2014 por 5 tribunais do júri, com penas que variam de 48 a 624 anos de prisão. Ocorre que, em 2018, após interposição de recursos por parte da defesa dos policiais, o Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo decidiu anular as referidas decisões do júri, afirmando que o julgamento no sentido de condenar os policiais se deu de forma contrária ao que traziam as provas existente no processo.

O Ministro Joel Ilan Paciornik dispôs que, em análise dos autos, era possível encontrar provas que corroboram tanto a tese sustentada pela defesa quanto aquela sustentada pela acusação. O voto do Ministro foi enfático no sentido de demonstrar que existiam diversas provas que sustentavam a tese acusatória, tais como: (i) os laudos de necropsia; (ii) o depoimento dos sobreviventes; (iii) o depoimento do perito; (iv) o depoimento de diretor da casa de detenção; (v) a perícia; e (vi) a sindicância realizada por três juízes corregedores. Desse modo, analisando tão somente os atos decisórios do processo (considerando a impossibilidade de reavaliação do conteúdo fático probatório pelo Superior Tribunal de Justiça), ficou evidente, segundo o Ministro, que não existe sustentação a fundamentação do Tribunal de Justiça de São Paulo de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.

O que se vislumbra é que a discussão acerca da responsabilização dos agentes que promoveram atos de violações a direitos humanos sequer encerrou até o presente momento. A controvérsia teve reviravoltas extremamente importantes nos últimos 6 anos (ou seja, quase 30 anos após o ocorrido). Não apenas a apuração da responsabilidade, mas igualmente a reparação das vítimas segue sendo uma realidade muito distante, proporcionada pela morosidade do Poder Judiciário brasileiro.

Todos estes fatores permitem inferir que até o presente momento o governo brasileiro não logrou êxito em cumprir com as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório 34/2000. Isso porque não houve, ainda, a implementação de medidas eficazes para mudar a situação dos presídios do país, que seguem sofrendo com os problemas decorrentes da superlotação. E, além disso, mesmo após o transcurso de quase 30 anos do massacre, as vítimas e seus familiares ainda aguardam uma resposta definitiva do Poder Judiciário no tocante à responsabilização dos agentes causadores das violações a direitos humanos, bem como à efetiva reparação dos danos causados, dentro de uma perspectiva de reparação integral, consistente na adoção de medidas que extrapolem a mera indenização.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise de diplomas internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, verifica-se que foram previstos diversos mecanismos com a finalidade de aumentar o âmbito de proteção dos direitos humanos, trazendo aos Estados a responsabilidade pelos atos de seus agentes e, ainda, o dever de assegurar e garantir o exercício desses direitos. Ressalta-se, nesse ínterim, o dever do Estado em reparar condutas lesivas aos direitos humanos, sendo exigidas todas as medidas que se fizerem necessárias para reparar o dano causado.

A superpopulação carcerária e submissão dos presos a condições precárias e degradantes, somadas à violência policial, demonstra o descaso em relação à vida das vítimas e de suas famílias. Não há como analisar o caso do massacre do Carandiru sem perceber a evidente falha do Estado no tocante à proteção dos direitos humanos trazidos pela Constituição. Mais especificamente em relação às recomendações de cunho preventivo e reparativo realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Relatório 34/2000, percebe-se que, após quase 30 anos do ocorrido, estas seguem sendo inobservadas pelo governo brasileiro.

Do ponto de vista preventivo, vislumbra-se que ainda em 2021, a ADPF 347, por meio da qual foi declarado o Estado de Coisas Inconstitucional dos presídios brasileiros, ainda é objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, não tendo sido implementada qualquer medida apta a conter a superlotação dos presídios, que acaba sendo o gerador de grande parte dos problemas existentes nos presídios, tais como as precárias condições estruturais e salutaras, que afrontam os direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988, e a própria disparidade entre o número de presos e agentes das casas de detenção, cenário propício para o surgimento de motins e rebeliões violentas.

Já do ponto de vista reparativo, vislumbra-se que mesmo após provocação expressa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do cumprimento das recomendações realizadas o Relatório 34/2000, o governo brasileiro não logrou êxito em agilizar a apuração da responsabilidade dos agentes causadores dos danos, bem como em indenizar as vítimas do ocorrido. Ainda em 2021, diversos processos seguem tendo desdobramentos perante o Superior Tribunal de Justiça, impossibilitando a conclusão definitiva do incidente ocorrido em 1992,

com a responsabilização dos agentes causadores dos danos, bem como a promoção da reparação das vítimas e suas famílias, em atenção à concepção de reparação integral, entendida como aquele que extrapola a mera recomposição econômica.

REFERÊNCIAS

ADPF nº 347/DF. Supremo Tribunal Federal, Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF**. Relator Marco Aurélio, julgada em 09 de setembro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, 1940.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 4.898 de 9 de dezembro de 1965**. Brasília, 1965.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 6.748 de 15 de dezembro de 2016**.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.895.572/SP**. Relator Joel Ilan Paciornik, DF: STJ, julgado em 02 de jun. de 2021.

CALDEIRA, Cesar. “Caso do Carandiru: um estudo sociojurídico (1ª parte)”, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 29, p. 129-166, janeiro-março, 2000.

CALDEIRA, Cesar. “Caso do Carandiru: um estudo sociojurídico (2ª parte)”, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 30, abril-junho, 2000, p. 143 – 188.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório N 34/00. Caso 11.291 (CARANDIRU). Brasil, 13 de abril de 2000, Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/99port/brasil11291.htm>, acesso em: 29 jul. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

GAMBOA, Jorge Calderón, La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano, em *Derechos Humanos In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, coords., La Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, coordenadores, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

GARRIDO, Diego Alejandro Sandoval, Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatriotomiales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas, **Revista de Derecho Privado**, Universidade Externado de Colombia, núm. 25, julho-dezembro, 2013, p. 235-271.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano y FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. Superlotação carcerária e sistemas internacionais de direitos humanos, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 164, fevereiro, 2020, p. 161-199.

LOPES, Daniel Loyosa Constant y AMADO, Fábio y GONZÁLEZ, Pedro y RÉBORA, Fabián. **Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência interamericana**, Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39103.pdf>, acesso em: 29 jul. 2021.

MACHADO, Maíra Rocha y MACHADO, Marta R. de Assis. **Carandiru não é coisa do passado**. São Paulo, FGV, 2015, Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/carandiru-nao-e-coisa-do-passado_1.pdf, acesso em: 29 jul. 2021.

ONODERA, Iwi. Estado e violência: um estudo sobre o Massacre do Carandiru, *X Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia*. Escuela de Historia de la Facultad de Humanidades y Artes, Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Nacional del Litoral, Rosario, 2005, Disponível em: <https://cdsa.academica.org/000-006/407.pdf>, Acesso em: 29 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**, São Paulo, Saraiva Educação, 2019.

SÃO PAULO. Relatório elaborado pela Comissão Organizadora de Acompanhamento para os Julgamentos do Caso Carandiru. **Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Câmara Municipal de São Paulo**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_massacre_carandiru.pdf, acesso em: 29 jul. 2021].

STABILE, Arthur. Comissão Interamericana cobra governos brasileiros e paulista sobre Carandiru, **Ponte.org**, 2016, Disponível em: <https://ponte.org/comissao-interamericana-cobra-governo-brasileiro-e-paulista-sobre-carandiru/>, acesso em: 29 jul. 2021.

ZAVERUCHA, Jorge; LEITE, Rodrigo. A impunidade de agentes estatais nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, **Revista brasileira de segurança pública**, v. 10, n.1, fevereiro-março, 2016, p. 88-107, Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/594/229>. acesso em: 29 jul. 2021.

ADMINISTRAÇÃO PRIVADA DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E CONTROLE PÚBLICO DA EXECUÇÃO DA PENA: ALTERNATIVA GARANTIDORA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO RESPEITO ÀS LIBERDADES

BÁRBARA BARBIERI ERIG¹

1. INTRODUÇÃO

O tema da segurança pública é amplamente discutido não só no meio acadêmico, como também no meio social. Isso porque tem-se um cenário de criminalidade elevada no país, o que acarreta insegurança à população, que demanda do Estado uma maior proteção.

Em contrapartida, deve haver também uma proteção por meio do ente estatal referente às liberdades individuais, tanto da população em geral, quanto da população que eventualmente for punida em razão da transgressão do ordenamento jurídico.

Dessa feita, o presente artigo se propõe a estudar as discussões envolvendo o direito de proteção da segurança pública e o direito das liberdades individuais. Ainda, se propõe a responder a seguinte questão: quando verificado conflito entre a segurança pública e as liberdades individuais, seria a administração privada dos estabelecimentos prisionais e controle público da execução da pena uma alternativa garantidora de ambos os direitos?

1 Bacharela em Direito e Pós-graduanda em Direito Social do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Fundação Escola Superior do Ministério Público. Mestranda e bolsista em Direito pela mesma instituição, na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Direito Fundamental à Segurança e Direito de Liberdade: a Complexa Harmonia em Matéria Penal”, sob coordenação do professor Dr. André Machado Maya. E-mail: babi.erig@icloud.com

Para responder tal questionamento, utilizar-se-á da metodologia hipotético-dedutiva, sendo a pesquisa de natureza aplicada. Ademais, utilizar-se-á precipuamente de análise qualitativa, através de verificação bibliográfica, normas constitucionais e legislações infraconstitucionais.

2. DESENVOLVIMENTO

A segurança pública é tema veiculado e discutido diariamente tanto no meio acadêmico, quanto no meio social. Isso porque, em razão do aumento dos casos e índices de criminalidade, há um clamor da sociedade por uma maior proteção estatal.

Em virtude deste cenário, questiona-se como fica a proteção das liberdades individuais quando da aplicação de medidas públicas que visem garantir uma suposta proteção geral, tendo em vista que o entendimento geral é de que, para a efetividade da segurança pública, é necessário que haja uma restrição às liberdades dos cidadãos.

Diante disso, estudar-se-á o conceito de liberdade, demonstrando-se sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro; noções gerais sobre a segurança pública, verificando-se se tal instituto pode ser considerado como direito a ser protegido constitucionalmente; bem como qual tem sido o resultado quando estes dois direitos são postos em conflito, verificando-se os motivos que levaram a esta conclusão.

2.1. NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

De acordo com Alexy (2006), o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos práticos, haja vista que seu âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado. Isto é, quase tudo aquilo que é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade, de acordo com cada percepção individual.

Vale destacar que há uma estrutura de proteção das liberdades, em que os ordenamentos jurídicos circundam cada liberdade em maior ou menor grau. Nesse sentido, tanto a proteção indireta quanto a proteção direta podem ocorrer seja por meio de normas que conferem direitos subjetivos, seja por meio de normas que não conferem direitos subjetivos (ALEXY, 2006).

Destarte, toda liberdade fundamental que existe em relação ao Estado é protegida, no mínimo, por um direito que garante direta e subjetivamente que o Estado não obstaculize o titular da liberdade a fazer

aquilo que ele é constitucionalmente livre para fazer. Ainda, cabe ao ente estatal promover uma proteção positiva, através de ações que visem efetivamente garantir as liberdades dos indivíduos (ALEXY, 2006).

No que tange ao Brasil, verifica-se que a Constituição Federal traz em seu art. 5º uma série de direitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento jurídico. Nesse desiderato, apresenta-se o direito à inviolabilidade do direito à liberdade como um direito fundamental a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, nos seguintes termos:

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: [...] (BRASIL, 1988).

Conforme dispõe Sarlet (2013), a questão da liberdade gera controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais a respeito de seu conceito. Entretanto, sua positivação em todas as Constituições brasileiras não é objeto de contestação, tendo sido, inclusive, considerada como uma vantagem institucional, ao passo que fornece um condão de reforço à proteção das liberdades, fornecendo um apoio normativo sólido em nível constitucional.

Dito de outro modo, o direito geral de liberdade funciona como um princípio geral de interpretação e integração das liberdades em espécie e de identificação de liberdades implícitas na ordem constitucional. Assim sendo, para reforçar a linha argumentativa já lançada, a positivação de um direito geral de liberdade tem a vantagem de introduzir no ordenamento jurídico uma cláusula geral que permite dela derivar, por meio de interpretação extensiva, outras liberdades que não expressamente consagradas no texto constitucional (SARLET, 2013, p. 444).

Vale dizer, ainda, que na seara do Direito Penal, as liberdades são protegidas de diversas formas: 1) através de uma autoridade político-legislativa, que é legitimada pelo consentimento da sociedade; 2) a pena pode ser cominada pela autoridade legislativa apenas sob forma de uma lei, ou seja, sua consequência tem de estar vinculada a um tipo determinado, geral e abstrato; 3) no cenário democrático-republicano são os próprios cidadãos que dão a si mesmos um Direito Penal de legalidade ou concedem poder a uma autoridade legislativa para fazê-lo; e 4) o Direito Penal da legalidade não pode tornar impossível o objetivo para o qual é utilizado, de modo

que as restrições da liberdade por meio deste devem limitar-se ao mínimo necessário para alcançar o fim desejado (GÜNTER, 2016).

A proteção a liberdade pelo Direito Penal, então, se consubstancia através de uma proteção direta, verificada na ameaça da aplicação da pena e a sua execução, em que o indivíduo terá restringida a sua liberdade; bem como proteção indireta, ao passo que são os titulares do direito à liberdade que são a si mesmos a lei penal e, portanto, aceitam ter suas liberdades restringidas, com o intuito de que, ao final, haja uma maior satisfação de seus direitos (GÜNTER, 2016).

A proteção da liberdade através do Direito Penal estatal (proteção da liberdade pelo Estado) segue de mãos dadas com a proteção da liberdade através de um Direito Penal determinado legalmente e de um Direito Penal determinado de modo democrático e republicano (parlamentar), que protege a liberdade das consequências destrutivas de uma usurpação ilegítima e arbitrária da violência penal pelo Estado (GÜNTER, 2016, p. 11).

Desta feita, tem-se que o direito à liberdade é protegido pela Constituição Federal brasileira, que prevê como um direito fundamental de todos os cidadãos. Ainda, no que tange ao Direito Penal, este também considera o direito à liberdade como de extrema importância, ao passo que a aplicação de medidas restritivas de direitos (como a restrição da liberdade àqueles que transgridam o ordenamento jurídico, por exemplo) é consubstanciada na finalidade de se garantir a máxima proteção às liberdades individuais de todos.

2.2. NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA SEGURANÇA PÚBLICA

O assunto segurança pública tem sido recorrente na doutrina, jurisprudência e, até mesmo, na legislação brasileira, tendo em vista o aumento massivo do contexto de violência que assola o país. Nesta seara, discute-se se a segurança pública pode ser considerada como um direito e, principalmente, um direito fundamental a ser assegurado pelo ente estatal.

Primeiramente, vale destacar que autores como Baratta (2004) entendem que a segurança pública não passa de um mero sentimento social. Isso porque, entende-se que a segurança apresenta duas dimensões: uma necessidade humana e uma função do sistema jurídico. Em ambas, no entanto, referem que não há conteúdo próprio.

A Constituição Federal, por sua vez traz em seu art. 5º, *caput*, e art. 6º, *caput*, a apresentação do direito à segurança como um direito fundamental, nos seguintes termos:

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. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...] (BRASIL, 1988) (grifos nossos)

Entretanto, embora não seja unânime na doutrina, a maior parte dos autores entende que há uma diferença sobre o significado do termo “segurança” previsto nestes artigos. Enquanto o primeiro diz respeito à segurança jurídica (mais precisamente no que se refere a questões processuais, por exemplo), o segundo é intitulado como um direito social e, portanto, refere-se à segurança pública (POLTRONIERI, 2016).

De igual sorte, a Constituição Federal também traz em seu capítulo III, mais precisamente no art. 144, a apresentação da segurança pública como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, descrevendo que esta deve ser exercida para a preservação da ordem pública, bem como da incolumidade das pessoas e do patrimônio (BRASIL, 1988), ou seja, neste caso trata-se da segurança no mesmo sentido ao previsto no art. 6º da Carta Magna.

Vale destacar que a respeito da interpretação desta norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, no RE 559.646-AgR julgado em 07 de junho de 2011, no sentido de que o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, que se garante mediante a implementação de políticas públicas, impondo-se ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a este serviço. Nesse sentido:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PO-

DER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL. 2011).

Destarte, cumpre referir que a segurança pública pode ser entendida como um elemento necessário à prática democrática, eis que é correspondente à manutenção da ordem pública. Isso porque através desta se garante a incolumidade das pessoas, bem como dos patrimônios públicos e privados. Nesse sentido, dispõe-se que a segurança pública é:

[...] elemento necessário à prática democrática, é indissoluvelmente compatibilizada com a manutenção da ordem pública. Através desta se garante a incolumidade das pessoas e o patrimônio público e privado. Os objetivos mencionados consubstanciam um dever do Estado para com os seus cidadãos, que têm direito à própria segurança, vinculando-se, contudo, às responsabilidades que dela decorrem. A lei disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos de segurança pública, tendo em vista a eficiência de suas atividades (CENEVIVA apud MORAES, 2010, p. 80).

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal brasileira garante a segurança como um direito fundamental individual e social, ao passo que é protegido pelo Estado de forma a garantir que todas as pessoas possam viver com dignidade, motivo pelo qual considera-se como um direito de terceira dimensão. Nesse diapasão, a segurança pública é um dever do Estado, em que há uma obrigação do poder público de agir quando for preciso (SILVA JÚNIOR; RANGEL, 2017).

Ainda, o direito à segurança pública também pode ser visto numa perspectiva restritiva de direitos e garantias, como através da utilização do instrumento do poder de polícia. E, sob o ângulo coletivo ou comunitário, a segurança pode ser vista como condição do bem comum, visto que há uma interrelação entre segurança coletiva e segurança individual, ao passo que não há como existir segurança para o indivíduo se não existir segurança para a comunidade ou para o Estado (ROMÃO, 2020).

O direito à segurança pública pode ser visto numa perspectiva limitativa e restritiva de direitos e garantias, como instrumento do poder de polícia. Ocorre que este aspecto, embora existente, intrínseco, em alguma medida, ao Estado soberano, não é elemento da concepção de segurança prevista pela Constituição de 1988, cujo núcleo axiológico se assenta na democracia e na promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, de modo que o direito fundamental à segurança garante o exercício dos demais direitos e garantias dos cidadãos (ROMÃO, 2020, p. 167).

Entretanto, em razão desta interrelação, surgem diversos problemas, em virtude da garantia da segurança pública em detrimento de certas restrições aos indivíduos. Isso porque, para que se garanta uma efetiva proteção ao direito à segurança pública, na prática, o Estado acaba por violar diversas liberdades individuais.

2.3. SEGURANÇA PÚBLICA VERSUS LIBERDADES INDIVIDUAIS: A PREVALÊNCIA DESMEDIDA DE UM DIREITO SOBRE O OUTRO

Diante do aumento dos casos de violência no contexto brasileiro, tem-se um crescimento do clamor social por aplicação de mais penalizações. Entretanto, para que isto ocorra, o Estado acaba por adotar medidas que visem aumentar as restrições às liberdades individuais.

Conforme se pode observar nas sociedades passadas, considerava-se que a liberdade (desde os primórdios da Revolução Francesa) deveria ser o bem e direito mais protegido pelo Estado. No entanto, o que o cenário atual apresenta é uma mudança de perspectiva, na seara criminal, em que o respeito às liberdades individuais deixou de ser considerado como primazia, dando lugar ao respeito pelo direito à segurança pública.

Isso porque, no entendimento de Silva Sánchez (2011), há uma expansão do Direito Penal, caracterizada pela institucionalização da insegurança, na medida em que a sociedade contemporânea globalizada, diante do avanço tecnológico e científico, do capitalismo e das novas políticas criminais, traz consigo a “sociedade do medo ou de risco”, culminando em insegurança e incertezas.

Autores como Günter (2009) atribuem essa situação de transformação da sociedade em razão do advento do atentado às Torres Gêmeas, ocorrido em 11 de setembro de 2001, visto que, conforme o doutrinador, foi evento que intensificou e acelerou o processo de arquitetura transnacional de segurança. Neste desiderato, praticamente sempre que se fala

em Direito Penal, também se fala em segurança interna, de modo que a maioria das reformas penais estão lastreadas em um pacote de medidas que visam garantir maior efetividade à proteção da segurança pública.

Em virtude deste contexto, há uma canalização das demandas sociais por mais proteção, como demandas por mais punição. Neste raciocínio, o Direito Penal se expande e se arma como resposta ao medo, com a existência de um maior número de descrições de condutas puníveis, aumento das penas, antecipação da punibilidade, e diminuição de garantias penais e processuais (SILVA SÁNCHEZ, 2011). Nos dizeres de Costa:

Como já referido, o sentimento de insegurança, de desproteção e de debilidade diante das ameaças e dos perigos desconhecidos, característicos da sociedade atual, conduzem ao pânico social e à exigência, muitas vezes difundida pelos meios de comunicação, de respostas rápidas à problemática dessa criminalidade [...] Nesse âmbito, não há como negar que a política criminal se torna política de segurança e, então, negligencia-se o aspecto da segurança da liberdade, enquanto não se vislumbra, efetivamente, uma proposta progressiva de segurança pública. Com o efeito do desenrolar da criminalidade, perpetua-se a manipulação do medo coletivo difundido, praticado com o escopo de se obterem meios e instrumentos de combate à criminalidade violenta, mediante a restrição das liberdades (COSTA, 2004, p.39-40).

Tem-se, portanto, que segurança e liberdade são tratadas como valores contrapostos, a desenhar um cenário polarizado. No âmbito penal, a concretização da segurança é, assim, facilmente associada à punição e ao encarceramento, como lado reverso da liberdade (GÜNTHER, 2016; ISENSEE, 2014).

Desta feita, a segurança passa a ser o bem mais importante protegido pelo Direito Penal, a fim de sanar – ou ao menos amenizar – esta sociedade de risco e de inseguranças. Nesse sentido, o Direito Penal passa a ter o dever de garantir a segurança dos direitos, sobretudo do direito à liberdade igual. Entretanto, o discurso atual de um “dever de proteção” ou de uma “responsabilidade de proteção” pelo Estado referente aos direitos humanos e fundamentais, atualmente exprime apenas uma trivialidade (GÜNTHER, 2016).

Conforme se pode verificar atualmente, quando entra em concorrência a segurança pública com a liberdade, o pior dos cenários, segundo Günter (2016), é de soma zero: quanto mais liberdade se concede, menos

segurança se tem, e vice-versa. Sem embargo, cada vez mais, nesta equação, se tem escolhido por dar maior proteção à segurança, visto que a segurança é um bem que permanece, eis que qualquer medida adotada pelo Estado para melhorar a novas lacunas, das quais podem resultar novos riscos e, por consequência, que apelam por mais medidas de segurança.

Vale dizer, ainda, que atualmente se verifica que o respeito pelas liberdades individuais tem sido considerado como um obstáculo à efetivação da segurança pública, em uma ideia deturpada da sociedade de que, para obter a segurança efetivamente, os indivíduos que transgredem o ordenamento jurídico podem ter seus direitos violados de maneira exaustiva. Nos dizeres de D'Ávila:

Em contextos como este, em regra, há pouco espaço para ponderações de caráter científico e, normalmente, os princípios e garantias fundamentais de direito penal passam a ser vistos como meros entraves para o combate à criminalidade. Abrem-se inúmeros espaços de conflito entre a pretensão político-criminal de segurança e a manutenção dos direitos e garantias fundamentais, nos quais, com frequência, a liberdade costuma ceder em prol da otimização dos fins de prevenção geral (D'ÁVILA, 2013, p. 67).

O resultado disto, portanto, é um enfraquecimento das garantias processuais, bem como a aplicação de medidas de vigilância a todos os cidadãos que podem ser consideradas como altamente invasivas. Ainda, há uma expansão do Direito Penal que encontra concretização não mais em um “campo de proteção antecipado” (*Vorfeldschutz*), mas em um campo de proteção ainda anterior a esta proteção já antecipada (*Vorvorfeldschutz*), no qual se propagam, de forma desenfreada, ilícitos de mera violação de dever e a punição de atos meramente preparatórios (D'ÁVILA, 2013).

Entretanto, entende-se que esta prática de expansão do Direito Penal, bem como de violação de direitos daqueles que eventualmente vierem a cometer delitos é aceita pela sociedade, visto que os cidadãos entendem que o Direito Penal e Processual Penal atingirá somente a liberdade daqueles que não pertencem à forma de vida compartilhada e, portanto, os considerados “bons cidadãos” não terão seus direitos de forma alguma afetados (GÜNTER, 2009).

Tal conclusão, portanto, é deveras criticada por boa parte da doutrina, em que se entende que a segurança pública não pode ser obtida através de qualquer meio, principalmente quando para alcançá-la sejam

necessárias violações aos direitos fundamentais, especialmente no que tange às liberdades individuais. Dispõe Leão:

Outro aspecto que merece destaque é que a segurança pública, no sentido de segurança da coletividade, não constitui uma finalidade de que possa ser obtida a qualquer preço, em detrimento dos direitos de determinadas pessoas das normas em vigor. Neste sentido, segurança pública também significa segurança jurídica e Estado de Direito, e as ações estatais encontram seus limites nas liberdades dos indivíduos. É preciso encontrar um equilíbrio entre a segurança pública e a liberdade individual, já que as estratégias de prevenção e repressão da criminalidade implicam em restrições dos direitos de liberdade [...] (LEÃO, 2007, p. 62)

Diante disso, pode-se verificar que, no conflito entre segurança pública e liberdades individuais, o atual cenário caracterizado por uma “sociedade de inseguranças” faz prevalecer o direito à segurança. Entretanto, é de extrema necessidade que as liberdades não sejam violadas de modo absoluto, sob pena de comprometer os princípios constitucionais, principalmente no que tange ao respeito à liberdade e à própria dignidade da pessoa humana.

Ou seja, deve-se realizar uma busca por uma harmonia entre dois valores fundamentais para a completa realização da dignidade da pessoa humana. Isso porque não há liberdade plena sem segurança, e tampouco há segurança sem compromisso e respeito estatal pelas liberdades individuais (BARATTA, 2004).

2.4. A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO E O EXCESSO ESTATAL NA RESTRIÇÃO À LIBERDADE

Em que pese haja a garantia constitucional de que os detentos devem ter sua dignidade humana respeitada quando da execução da pena, conforme se observa nos incisos III, XLVII e XLIX do art. 5º da Constituição Federal, o sistema penitenciário brasileiro apresenta um cenário completamente distinto. Isso porque, verifica-se que os princípios norteadores da execução penal, bem como da própria Constituição Federal, não são respeitados na prática, ao passo que os apenados são alocados em ambientes insalubres e com tratamento oposto ao recomendado pela legislação vigente.

Nesse aspecto, conforme dados obtidos pelo Conselho Nacional do Ministério Público referentes à população carcerária no ano de 2019,

verificou-se que o Brasil possui capacidade para atender 445.911 presos. Contudo, o sistema penitenciário acolhe 720.623 indivíduos, representando taxa de ocupação no montante de 161,61% (CNMP, 2020).

Tal situação de superlotação impede, ou ao menos dificulta, a efetivação dos direitos básicos dos encarcerados. Nesse desiderato, com a falta de espaço nas prisões, não são respeitados os limites individuais de cada cela, a implementação de locais apropriados para trabalho e recreação, bem como os próprios atos de higiene e de alimentação restam comprometidos em virtude do agrupamento de diversos indivíduos no mesmo local (MARTINS, 2017).

Desta forma, as péssimas condições às quais os reclusos são submetidos acabam por agravar – ilicitamente – a pena aplicada em razão do cometimento de delitos. Isto é, além de os apenados terem apenas seu direito de ir e vir restringido, acabam por terem outros direitos violados. No entendimento do CNJ:

É dizer, as pessoas encarceradas não foram excluídas do rol dos titulares desse direito fundamental, e deveriam ter condições de saúde equivalentes às aquelas oferecidas à comunidade em geral, sob pena de se admitir um agravo à pena não previsto pelo legislador (CNJ, 2017).

Portanto, tem-se que a postura do ordenamento jurídico atual é de encarceramento em massa, na tentativa de se garantir uma satisfação da segurança pública. Entretanto, o Estado não comporta o número de indivíduos aprisionados, tampouco apresenta medidas capazes de respeitar as garantias previstas aos reclusos, o que acaba por restringir as liberdades individuais de modo desproporcional.

2.5. ADMINISTRAÇÃO PRIVADA DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS E CONTROLE PÚBLICO DA EXECUÇÃO DA PENA: ALTERNATIVA GARANTIDORA DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO RESPEITO ÀS LIBERDADES

A utilização de parcerias público-privadas sobreveio com a Lei nº 11.079/2004, conceituada como um é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de prestar serviço naturalmente público, com ou sem direito à remuneração, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, consoante dispõe o art. 2º da referida Lei (BRASIL, 2004).

De acordo com o art. 4º, inciso III, da legislação supra, a atividade jurisdicional, de poder de polícia, de regulação, além das demais atividades exclusivas do Estado encontram-se indelegáveis como atribuições típicas do estado, e, portanto, não podem ser objeto de concessões em parcerias público-privadas.

No que se refere a execução de pena, tem-se um conjunto de atividades de natureza distinta: a função jurisdicional (caracterizada pelas funções precípua do Poder Judiciário, como a elaboração de sentenças judiciais), a função administrativo-jurisdicional (atividades relacionadas à concretização da função jurisdicional, como as atribuições de caráter disciplinar) e a função administrativa (GUIMARÃES, 2013).

No entanto, apesar da reconhecida indelegabilidade de competências do poder decisório e coercitivo do Estado, existem hipóteses que possibilitam aos particulares o desempenho de atividades materiais e instrumentais. Tais atividades, classificadas como preparatórias ou sucessivas, são consideradas como “serviços instrumentais” ao poder de polícia, tendo natureza meramente administrativa (MÂNICA, BRUSTOLIN, 2017).

Nesse sentido, destacam-se as atividades assistenciais previstas nos artigos 10 a 27 da Lei de Execução Penal, tais como o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços de limpeza e lavanderia, bem como a assistência à saúde e educação, visto que não apresentam nenhuma manifestação de coerção ou de atividade decisória (BRASIL, 1984).

Ao realizar a parceria com o ente público, portanto, o ente privado se obriga a prestar todos os serviços de assistência previstas na Lei de Execução Penal, como psicológica, médica, odontológica, esportiva, social, educacional e outras (ROSTIROLLA, 2015). Desta feita, ao contrário do que ocorre no sistema carcerário administrado integralmente pelo ente estatal, há uma obrigação contratual de assegurar todas as garantias aos detentos, de modo que o não cumprimento pode gerar uma rescisão.

Cita-se, como exemplo da aplicação deste modelo, o complexo localizado em Ribeirão das Neves, Região Metropolitana de Belo Horizonte, em Minas Gerais, que abrange 2.016 detentos, distribuídos em três unidades: duas para regime fechado e uma para regime semiaberto. Neste complexo penitenciário, 2.000 (dois mil) presos têm atividades educacionais, com aulas que vão da educação fundamental, passando pelo ensino técnico e universitário. Ainda, o presídio oferece 349 vagas de empregos, proporcionadas por 17 empresas (SENA, 2021).

Tem-se, portanto, que a adoção de gerenciamento dos estabelecimentos prisionais pelos entes privados faz com que os direitos assegurados aos presos sejam respeitados na prática, o que não acontece quando da execução pelo ente público. Isso porque o ente privado possui determinadas vantagens e, caso não as cumpra, perderá a concessão.

Desta feita, consoante entendimento de Sena, a adoção de uma privatização da gerência do sistema penitenciário é uma alternativa de se garantir uma política de segurança eficaz e integrada, a partir de uma busca pela adoção de um modelo prisional ideal. Nesse sentido:

A privatização do sistema penitenciário mostra-se como uma alternativa de restabelecer uma política de segurança eficaz e integrada, visando atingir um modelo prisional ideal, dentro das diretrizes da política de humanização, de controle da criminalidade e de ressocialização efetiva do detento, respeitando os direitos humanos e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (SENA, 2021).

Logo, através da adoção de parcerias público-privadas, em que o setor privado realiza a manutenção e gerência dos ambientes prisionais, mas sem deturpar a função executória da pena que é do ente público, se garante tanto a segurança pública, uma vez que os apenados serão reclusos e terão uma pena aplicada de modo correto, como também as liberdades individuais, ao passo que, para manter o contrato prestacional de serviços, o ente privado deve cumprir as garantias previstas na Lei de Execução Penal.

3. CONCLUSÃO

Conforme se depreende do exposto, tem-se que a liberdade se caracteriza por um direito que garante direta e subjetivamente que o Estado não obstaculize o titular do direito a fazer aquilo que ele é constitucionalmente livre para fazer. Ainda, é de competência do ente estatal a promoção de uma proteção positiva, através de medidas que efetivamente garantam as liberdades dos indivíduos.

De outro modo, em relação à segurança pública, verifica-se que é um elemento correlato à manutenção da ordem pública, de modo que permite ao ente estatal a aplicação de medidas restritivas de direitos e prerrogativas, sob o argumento de que haverá uma efetiva proteção aos indivíduos.

Quando em conflito estes dois direitos, entretanto, nota-se uma prevalência da segurança pública em detrimento das liberdades individuais. Isso porque, a consubstanciada em inseguranças e incertezas, de modo que busca, através público, uma solução para estes sentimentos. Em vista disso, os cidadãos acabam por autorizar e legitimar as ações do Estado em que restringem as liberdades não só dos que transgridem o ordenamento jurídico, mas de todos os indivíduos, eis que autorizam, ainda que indiretamente, que haja uma aplicação de medidas que cerceiam os demais direitos em prol de uma suposta proteção.

Vale salientar, no entanto, que em que pese o direito à segurança pública possa ser considerado como um direito fundamental a ser respeitado e garantido, é necessário que não haja restrições desmedidas dos outros direitos, principalmente no que tange às liberdades individuais, sob pena de se aplicar medidas violadoras dos demais direitos também considerados como fundamentais na Carta Magna.

Desta feita, entende-se que a utilização de parcerias público-privadas acaba por garantir um equilíbrio entre segurança pública e o respeito às liberdades individuais, ao passo que a segurança se concretiza na segregação dos indivíduos que violarem o ordenamento jurídico, como também as liberdades individuais são garantidas, visto que, para manter o contrato, o ente privado deve cumprir as garantias previstas na Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y sistema penal**. Buenos Aires: B de F, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. **Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Lex. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Lex. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 559646 AgR. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, Julgado em 07 jun. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624471>. Acesso em: 03 jul. 2021.

CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de Gestão:** supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas. [Brasília]: CNJ, 2017, p. 31. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020

CNMP. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema Prisional em Números:** capacidade e ocupação. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisonalemnumeros>. Acesso em: 25 jun. 2021.

COSTA, Renata Almeida da. **A sociedade complexa e o crime organizado:** a contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

D'ÁVILA. Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal: o problema da expansão da intervenção penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB**, v.1, n. 1, p. 65-73. 2013.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria Público-Privada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GÜNTHER, Klaus. Da liberdade à segurança: os fundamentos normativos do Direito Penal em mudança. **Revista Anatomia do Crime**, Lisboa, v. 4, n. 1, p. 9-22. 2016.

GÜNTHER, Klaus. Os cidadãos mundiais entre a liberdade e a segurança. **Revista Novos Estudos**, março 2009. Traduzido por: Pedro Maia. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/7h4RGNmKkWdvNmLcBMCP36r/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 30 mai. 2021.

ISENSEE, Josef. **El derecho constitucional a la seguridad**: sobre los deberes de protección del Estado Constitucional Liberal. Rubinzal – Culzoni editores: Buenos Aires, 2014.

LEÃO, Patrícia de Sá Leitão e. **Direito de liberdade x segurança pública**: uma ponderação de interesses à luz do princípio da dignidade da pessoa humana no sistema de prisões processuais. 2007. 106 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049151.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2021.

MARTINS, Jília Diane. **A condição do encarcerado no sistema prisional**: biopolítica e desenvolvimento como liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAYA, André Machado. **O processo penal na sociedade de risco: a perseguição penal entre os ideais de segurança e liberdade**. Revista de Estudos Criminais, nº 73, p. 197, 2019.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia. Direito (fundamental) à segurança? Uma aproximação a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados: perspectivas brasileiras e chilenas**. LEAL, Rogério Gesta; SBARDELOTTO, Fabio Roque; ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos (Orgs.). p. 237-264. E-book. Porto Alegre: FMP, 2019.

MORAES, Fabio Trevisan. **Direito fundamental à segurança e políticas pública**. 2010. 178 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>. Acesso em: 03jul. 2021.

ROMÃO, Luis Fernando de França. A segurança pública na Constituição de 1988: direito fundamental, dever do Estado e responsabilidade de todos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 75, jan/mar, 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Luis_Fernando_de_Franca_Rom_ao.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021.

ROSTIROLLA, Luciano. **A adoção das parcerias público-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos**. 2015. 104f. Dissertação

tação (Mestrado) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2015. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/96>. Acesso em: 16 jul. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SENA, Máximo Soares de. **Privatização do sistema prisional brasileiro: uma alternativa para assegurar os direitos humanos dos presos?**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56046/privatizaodo-sistema-prisional-brasileiro-uma-alternativa-para-assegurar-os-direitos-humanos-dos-presos>. Acesso em: 17 jul. 2021.

SILVA JÚNIOR, Ivanildo Geremias da; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O direito à segurança pública como direito fundamental**. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-seguranca-publica-como-direito-fundamental/>. Acesso em: 02 jul. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo, 2011.

SOUZA NETO, Cádio Pereira de. Comentários ao artigo 5º da Constituição Federal brasileira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Luiz, MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). **Comentários à Constituição Federal brasileira**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

POLTRONIERI, Willion Matheus. **Segurança pública: dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53353/seguranca-publica-dever-do-estado-direito-e-responsabilidade-de-todos>. Acesso em: 02 jul. 2021.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

JULIANA RAFFAELA DE SOUZA GALLICCHIO¹

LAURA BUBLITZ DE CAMARGO²

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento geral que a legislação pátria ainda não incorporou a investigação criminal defensiva. No Brasil, é nítida a falta de ferramentas disponibilizadas ao acusado para que possa reunir elementos necessários para fundamentar sua tese.

A Polícia Judiciária, responsável pelo modelo investigativo brasileiro, tem como atividade principal a busca de todos os elementos comprobatórios da materialidade e da autoria dos crimes. Muito tem-se discutido em relação ao tema em razão do Projeto de Lei nº 8.045/2010, (BRASIL, 2010), o qual ampara de forma explícita tal instituto.

-
- 1 Mestranda em Direito pela Fundação Escolar Superior do ministério Público na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Transindividuais. Bolsista do Grupo de Estudos do Projeto de Pesquisa Impactos das alterações do marco legal da Política Urbana Brasileira e processos de resistência em contextos legais, coordenado pela Profa. Dra. Betânia Alfonsin, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público e vinculado no CNPq ao Grupo de Estudos Tutelas à efetivação dos Direitos Transindividuais. E-mail: jgallicchio3@gmail.com.
 - 2 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Fez o Curso de Aperfeiçoamento Preparatório à Carreira da Magistratura, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS). Pós-Graduada em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Atualmente é advogada no Escritório Aquino Camargo Advogados. Cursa Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público, Área de Concentração Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, sob a orientação do Professor Rogério Gesta Leal. E-mail: laurabublitzcamargo@gmail.com.

A análise inicia na investigação criminal existente no direito comparado, mais precisamente em relação aos Estados Unidos e a Itália, ato contínuo é analisada a necessidade da implantação do referido instituto no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que a investigação criminal defensiva efetiva a possibilidade de o investigado atuar de forma paritária com a acusação, no tocante à reunião de elementos que possam acrescentar informações à investigação, sob a ótica da defesa, possibilitando ao imputado uma investigação intocável e um julgamento justo.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Como o Brasil não possui legislação sobre a matéria, se faz necessário analisar o funcionamento da investigação defensiva em outros países. De forma sumária, verifica-se a importância de tal procedimento no sistema norte-americano, pertencente ao *Common Law*, bem como o italiano, norteado pelo sistema romano-germânico (VILARES; BEDIN; CASTRO, 2014, p. 309-336).

Tatiane Zanardi conclui que é nos Estados Unidos que a investigação defensiva possui maior expressão, a Itália, após a queda do modelo inquisitivo, adotou disposições específicas acerca do tema (ZANARDI, 2016, p. 199). Por conseguinte, conforme denota Marcelo Araújo, a opção pelos sistemas processuais penais estadunidense e italiano decorre do fato de ambos serem de extrema influência para o sistema processual penal pátrio, como avalia o autor, as legislações mais desenvolvidas possuem grande preocupação e interesse com a atuação da defesa na fase investigatória (ARAÚJO, 2017, p. 235).

2.1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NORTE-AMERICANA

O direito norte-americano adota a investigação criminal defensiva, a qual disponibiliza as partes iniciativa probatória e investigatória, este procedimento, normalmente, é conduzido pela autoridade policial, entretanto, a promotoria também participa nas investigações de forma direta, assim como a defesa. Como bem aduz André Augusto Machado, é garantir que a defesa seja dotada de poderes investigatórios, colhendo todas as provas capazes de fundamentar sua tese. Porém, deverá cumprir os mesmos pressupostos das provas produzidas em juízo (MACHADO, 2010, p. 126).

Observa-se que os norte-americanos aderiram ao sistema *common law*, que utiliza os costumes e os precedentes (DAVID, 2014, p. 453), garantindo que as partes possuam gerência de produzirem as provas que acharem necessárias, para que, ao final, alcancem o objetivo almejado, a condenação ou a absolvição (MAURÍCIO; HENRIQUE, 2013, p. 10). Este sistema, conforme expõe Marcella Alves Mascarenhas Nardelli e Eurico Cunha Neto (2015, p. 139), adota a norma chamada *discovery*, tal instituto salvaguarda que as partes tenham acesso irrestrito às provas já documentadas, o que impede a autoridade de se recusar a disponibilizar.

A Constituição norte-americana abarca em seu texto que a discricionariedade na produção de provas está limitada aos princípios constantes nas emendas IV, V, VI e XIV que, de acordo com Marcelo Azambuja Araújo (2017, p. 236), tratam do direito de “não existir buscas indevidas, não criar provas contra si, direito de ser nomeado defensor e o devido processo legal”.

No tocante à defesa técnica no direito norte-americano, é de fundamental importância o julgado ocorrido no ano de 1963, no caso é *Gideon V. Wainright*, no qual ficou estabelecida a necessidade da defesa técnica em todas as etapas das investigações e do processo, pois a defesa não pode ser vista como mero objeto, mas sim garantidor dos direitos do investigado (SOUTO, 2008, p. 4-9).

A Constituição dos Estados Unidos da América, em sua emenda 6, cita que:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787, p. 10).

Gustavo Henrique Badaró (2017, p. 157) diz que a investigação defensiva decorre da sexta emenda, que assegura a defesa técnica, chamada de *right to a counsel e o duty to investigate*, é o dever do advogado de fornecer uma defesa efetiva. Diogo Malan (2012, p. 1-2), assevera que, “há uma longa tradição de preponderância do papel das partes processuais na investigação preliminar e na gestão probatória no sistema norte-americano”. Ainda nesta conjuntura, ficou consagrado o caso *Miranda v. Arizo-*

na, o qual consagrou a impossibilidade de arguir provas e depoimentos violando a quinta emenda da Constituição norte-americana, os policiais devem seguir os ditames e alertar o investigado dos direitos que lhe asseguram, pois, a falta de atenção levará a nulidade do procedimento.

Cumprir destacar que a investigação estadunidense não possui forma, sendo administrada de acordo com cada caso; enquanto não existe suspeito, não há que se falar em defesa, porém, a partir do momento que o autor é identificado, inicia-se a fase investigatória e, neste momento, surgem as garantias do acusado.

A investigação criminal defensiva é admitida nos Estados Unidos por não ser estranha ao sistema jurídico adotado pelo país, a qual atribui às partes a iniciativa investigatória e comprobatória. Verifica-se, então, que a investigação defensiva impõe ao defensor do acusado a obrigatoriedade de defendê-lo de forma assídua. Ademais, embora a atividade de investigação seja da polícia, a promotoria também poderá participar, vez que a atividade investigatória não é monopólio de apenas um órgão (NARDELLI; CUNHA NETO, 2015, p. 141).

Mediante o exposto, verifica-se que os Estados Unidos da América impõem as partes quase que um dever de investigar e apurar informações. Os advogados detêm, em suas atribuições, a obrigatoriedade de investigar, limitando suas diligências no campo da ética e da legalidade, produzindo provas lícitas que são admitidas na fase processual, procedimento este, bem diferente do adotado no sistema pátrio. Através disso, é possível concluir a importância da atuação da defesa no intuito de alcançar a verdade real, disponibilizando as partes a realização de um direito legítimo, o de se defender (MONGE, 2016, p. 173-185).

2.2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ITALIANA

Em 1988, no mesmo ano que o Brasil promulgava sua nova Constituição Federal, a Itália inovava o processo penal do país, reformando o sistema processual penal. Com isso, houve o afastamento do juiz de instrução da produção probatória, intitulado tais poderes apenas ao Ministério Público e a Polícia Judiciária, incumbindo ao juiz apenas o papel de garantidor dos direitos, de qualquer sorte era permitido a defesa requerer diligências à Polícia Judiciária (VILARES; BEDIN; CASTRO, 2014, p. 309-336).

Com a nova legislação vigente, foi alterado o sistema processual italiano, passando do sistema misto para o sistema acusatório, reforçando

a ideia do afastamento do juiz da investigação, pois a ideia do legislador era abolir o autoritarismo e os processos inquisitórios, os quais vigoravam no Código Rocco. Desta forma, o juiz poderia atuar de forma excepcional nas investigações, podendo decidir com total imparcialidade. A responsabilidade da investigação ficou a cargo do Ministério Público e da Polícia Judiciária, passando o magistrado de instrutor para garantista (FRANÇA; NETO; SANTOS, 2018, p. 163).

A introdução da temática da investigação defensiva não se deu de forma harmoniosa em razão da cultura inquisitorial que existia na época, acreditava-se ser possível a manipulação e a falsificação de elementos por parte da defesa, porém, com o tempo, verificou-se a necessidade de tal instituto para o processo penal italiano (ARAÚJO, 2017, p. 242-243). Assim, foi outorgado às partes a gestão da prova, dispondo a defesa o direito de agir proativamente, largando a inércia e transformando-se em figura ativa dentro da relação penal, agindo em defesa do investigado, produzindo provas, colhendo depoimentos testemunhais, fazendo tudo aquilo que julgar fundamental em favor do imputado (MACHADO, 2010, p. 145-147).

Foi a promulgação da Lei 397/2000, que designou que a investigação passou a ser atribuição da defesa, constando expressamente no Código de Processo Penal, deixando de ser atividade inerente apenas ao Ministério Público e à Polícia Judiciária. Como se observa no artigo 327 bis do Código de Processo Penal italiano, impõe-se que o advogado assuma de forma assídua as investigações, lhe culminando a obrigatoriedade de investigar de forma defensiva imediatamente após o feito escrito (ITÁLIA, 1988).

Em julho de 2001, o *Consiglio Delle Camere Penali* promulgou o *Regoli di comportamento del penalista*. Trata-se de um compilado com regras éticas e técnicas para o advogado quando estiver atuando nas investigações. As regras auxiliam os advogados a atuar de forma estratégica (ITÁLIA, 2001).

O início da investigação preliminar é a partir do momento em que as autoridades tomarem conhecimento do fato delituoso, caso o fato seja noticiado junto a autoridade policial, ela terá até 48 horas para comunicar o Ministério Público de forma expressa. Contudo, se tratando de fatos urgentes a comunicação poderá ser feita de forma oral (HENDLER, 1999, p. 169), após, devem as partes juntarem as provas, conforme prevê o artigo 347 do *Códice de Procedura Penale*, a notícia crime poderá ser noticiada por qualquer cidadão tanto ao Ministério Público, quanto à Polícia Judiciária. Além disso, tal atribuição pode ser executada pelos advogados, auxiliares, técnicos, peritos, investigadores, mas não pelo sujeito

passivo, pois este deverá ser amparado por seus direitos constitucionais (MACHADO, 2010, p. 146-147).

Cumprir informar que a investigação pela defesa poderá ser constituída em qualquer momento ou, ainda, em juízo, podendo ser realizada também, por defensor dativo (MACHADO, 2010, p. 146-147).

Ante o exposto, percebe-se que o advogado passou a ocupar papel fundamental no curso das investigações, tendo sua participação função indispensável pela busca da verdade real, consagrando, assim, o tema da investigação criminal defensiva adotada pelo sistema processual penal italiano (MAURÍCIO; HENRIQUE, 2013, p. 10).

3. A NECESSIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO BRASIL

Até 1988, antes da promulgação da Constituição Federativa do Brasil, adotava-se o modelo investigatório presidencialista e inquisitivo. Contudo, após o advento da Constituição Federal, que ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, passou-se a discutir com maior intensidade a possível atuação da defesa na fase preliminar.

O artigo 14 do Código de Processo Penal possibilita ao investigado apenas requerer diligências à autoridade policial, que tem poder de discricionariedade na decisão. Importante frisar-se que o Código de Processo Penal brasileiro é de 1941 (FRANÇA; NETO; SANTOS, 2018, p. 173-175).

A investigação criminal defensiva decorre de dois princípios norteadores do sistema processual brasileiro: a ampla defesa e a isonomia, os quais permitem ao imputado buscar elementos que contribuam para alcançar sua liberdade. Considerando a atuação do advogado tanto na fase processual, quanto na fase pré-processual, é possível evitar injustas acusações e ações penais infundadas (ARAÚJO, 2017, p. 234).

Tatiane Zanardi (2016, p. 193-194) explica que pelo fato do Ministério Público e da Polícia Judiciária terem suas funções direcionadas ao exercício do poder punitivo estatal, somente com uma defesa técnica, que possua permissão para averiguar as informações relatadas no inquérito policial, é possível existir equiparação entre as partes no procedimento investigatório.

Importante destacar que o investigado, enquanto figura do polo passivo do inquérito policial, é sabedor do constrangimento existente com seu nome em uma peça, chamada administrativa, tendo o advogado papel de simples expectador nas diligências investigatórias. Contudo, a fim de ga-

rantir o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e, ainda, a paridade de armas, deve o ordenamento jurídico brasileiro abranger a figura da defesa nos atos investigatórios (MAURÍCIO; HENRIQUE, 2013, p. 10).

O investigado possui pleno interesse em arguir elementos informativos que lhe sejam favoráveis, seja por motivarem o juízo de admissibilidade da acusação seja por influenciar o convencimento do julgador ao sentenciar (MALAN, 2012, p. 8). A defesa do imputado funda-se na perspectiva de refutar à acusação que lhe é incumbida, daí a necessidade de atuar de forma assídua na coleta de elementos que embasem sua absolvição (SAAD, 2004, p. 214). Nas palavras de Tatiane Zanardi (2016, p. 199): “com a aplicação do contraditório e a observância da paridade de armas na investigação, a investigação criminal defensiva ganhará força”.

Por conseguinte, pode-se dizer que a Polícia Judiciária e o Ministério Público, ao procederem com as investigações, dispendem suas atenções aos eventos que irão embasar sua futura tese de acusação, o que acaba por prejudicar o investigado, seja no momento do indiciamento, seja no oferecimento da denúncia. Neste contexto, verifica-se a real necessidade de dispor ao agente passivo a realização da investigação privada. Não é exagero afirmar que a matéria da investigação criminal defensiva deve ser considerada como de fundamental importância em todo o procedimento, pois o que se busca é uma investigação penal pautada na verdade e na elucidação dos eventos criminosos (FERNANDES, 2012, p. 12-14).

O direito fundamental a investigação defensiva objetiva a busca plena das atividades da defesa, garantindo, sobretudo, a paridade de armas no processo como um todo (MALAN, 2012, p. 3). Souza aponta como inquestionável a atuação da defesa na investigação, pois, na lógica, todos podem investigar. Não obstante, na atual conjuntura, fica a defesa de mãos atadas enquanto as investigações são realizadas pela acusação, isso, sim, é de fundamental preocupação em relação a figura do agente passivo da relação penal (SOUZA, 2004, p. 3).

Em que pese todos possam investigar, importante argumentar que, se o advogado realizar a sua própria investigação, não contará com auxílio estatal e, paralelamente a isso, tanto o promotor quanto o juiz, poderão incorrer na não admissão dos elementos produzidos pela defesa, por isso, fica nítida, a possibilidade de tal instituto, para que se possa proporcionar ao acusado uma investigação digna, pautada na verdade dos fatos e dos indícios recolhidos (MAURÍCIO; HENRIQUE, 2013, p. 28).

Nesta ótica, ressalta-se a relevância da breve informação ao imputado do fato que recai contra si, para que seja nomeado defensor e

possa analisar a necessidade de produzir atos investigatórios em favor da defesa. Importante considerar que o fator tempo é crucial para a boa condução das investigações, vez que a chance de deterioração de fatores essenciais é sempre possível (MACHADO, 2010, p. 171-173).

Importante destacar que o sistema, quando democrático, é amparado pelo contraditório, por isso, devem ser indiscutíveis os atos processuais. A defesa, na democracia, não conserva apenas uma atuação retórica. Assim, a necessidade da adoção da investigação defensiva no sistema processual penal brasileiro é fundamental, garantindo o nítido grau de democraticidade entre as partes, tanto para acusar, quanto para defender (SAMPAIO, 2014, p. 105-109).

Diante disso, a falta de uma investigação efetiva pela defesa é o fuzilamento das garantias fundamentais do imputado: o contraditório e a ampla defesa. O instituto da investigação defensiva demonstraria prestígio aos mecanismos da busca da verdade e da atividade probatória da defesa (NARDELLI; CUNHA NETO, 2015, p. 143). Existem princípios que, embora não consagrados constitucionalmente, podem ser considerados princípios constitucionais implícitos, podendo ser realizada a interpretação lógico-sistemática, para que, através disso, consiga ser possível tal incrementação jurídica (MALAN, 2012, p. 9-10).

No âmbito das atividades investigatórias, a defesa está proibida de atrapalhar a investigação estatal e destruir fontes de provas, pois isso ensejaria em ilícito penal. Neste compasso, a necessidade do advogado de impor sigilo aos dados coletados, utilizando-os estritamente para a investigação, sendo estes pressupostos desrespeitados, deve acarretar nulidade de todos os atos emanados pela defesa (MACHADO, 2010, p. 175-177).

É sabido que o acusado terá o momento oportuno para apresentar ao magistrado os elementos que julgar necessário para que este não acolha a ação. O problema é que o juiz, ao deliberar, levará em conta os elementos e indícios constituídos no inquérito policial, o que o leva a observar apenas uma das partes, neste caso, a acusação. Neste momento, é que nos deparamos com a fragilidade da defesa, impossibilitada de recolher elementos no tempo do fato, constatando a nítida disparidade de armas no declínio dos direitos individuais do sujeito passivo (MAURÍCIO; HENRIQUE, 2013, p. 10).

Assim, é imprescindível garantir a ampla defesa e o contraditório plenos já na fase de investigação preliminar, não apenas na ação penal, pois, desta forma, disponibiliza-se a ambas as partes as mesmas ferramentas que possam fomentar suas teses (MENDES; FARIA, 2015, p. 1).

É importante acrescentar ao rol de garantias legais o direito do acusado a investigação criminal defensiva, dando ferramentas que, além de garantir direitos, possibilitem ao imputado mais um direito pleno adquirido (MALAN, 2012, p. 12).

Adentrando mais ainda na esfera garantista, devido ao nítido ativismo social em busca de equidade nas relações, é pertinente preocupar-se com aquele que é visto como criminoso, através dos princípios constitucionais é possível enaltecer a investigação criminal defensiva, pois ela reforça ainda mais as garantias fundamentais e os direitos humanos (FRANÇA; NETO; SANTOS, 2018, p. 163).

O descaso doutrinário com a investigação preliminar existe há milênios. Todavia, hoje, o direito penal não é mais visto com olhos inquisitivos, possuindo como único intuito a penalização do indivíduo, a sociedade, aos poucos, foi dando espaço para o *jus libertatis* do cidadão que, perante o Estado, torna-se indefeso (AZEVEDO; BALDAN, 2004, p. 3). Abarcando este entendimento, Ferrajoli acentua que, por mais cruel que seja o sistema, o imputado e seu defensor estão amparados pelo princípio axiológico de defesa, constitucionalmente regulado (FERRAJOLI, 2010, p. 441).

Neste viés, os advogados devem ser agraciados com a benesse da investigação própria, com criação de regulamentos reconhecidos juridicamente, que culminem na competência da investigação criminal defensiva, levando a cabo todos os elementos necessários e fundamentais que possam assegurar os meios de provas por ele produzidos, com o único objetivo de avultar a importância da investigação, seja no âmbito preliminar quanto no processual (MONGE, 2016, p. 186-187).

Vislumbra-se que a matéria da investigação defensiva não deve ser tomada como uma faculdade discricionária, ao contrário, deve ser imposta como um verdadeiro dever de ação. Ademais, não é plausível permitir que o imputado fique de mãos atadas enquanto o Estado está agindo. Aury Lopes Jr (2009, p. 231-233) assegura que a injustiça existe a partir do momento que inocentes são processados e, na maioria das vezes, condenados devido a carência normativa ou, ainda, da ineficácia da aplicação das garantias penais (LOPES JR, 2009, p. 231-233).

Rogério Tucci (2011, p. 57-69) é claro ao mencionar que devem ser considerados e levados em conta todos os elementos ordinários inerentes a defesa, dentre eles a plenitude de agir. É possível avaliar que são dos fatos que se origina o direito, isso engloba o direito do acusado de se defender, tendo que respeitar apenas limitações éticas e constitucio-

nais. É para isso que existe um processo penal, para que seja feita justiça junto a sociedade.

Como cita Diogo Malan (2012, p. 279-309), o direito fundamental à investigação defensiva, pode ser duplamente fundamentado, no tocante à prova defensiva e a garantia da paridade de armas.

Por fim, é inegável considerar as vantagens que contará a defesa quando o tema for investigação criminal defensiva, porque, além de ser responsável pela gestão da prova, garantirá ao ordenamento jurídico todos os pilares fundamentais para que se consagre o alcance e sucesso do processo justo (AZEVEDO; BALDAN, 2004, p. 6-9).

3.1. REGULAMENTAÇÃO PROPOSTA DO NOVO PROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Com a possibilidade de disponibilizar instrumentos para que a defesa atue de maneira paritária com a acusação, o Projeto de Lei do Senado 156/09, que tramita na Câmara dos Deputados, através do Projeto de Lei nº 8.045/2010, contempla o instituto da investigação criminal defensiva. Diogo Malan colabora (2012, p. 11-12), dizendo que este tema é de suma importância para a operacionalidade do direito fundamental a defesa.

A reforma do processo penal pátrio é necessária, a sociedade clama por maior segurança e efetividade da justiça. Um dos pilares da reforma é referente a obrigatoriedade de garantir os direitos do imputado, o que não se contrapõe, em nenhum momento, com a garantia do processo justo, muito pelo contrário, demonstra a evolução do sistema processual penal (MORAES, 2010, p. 21-22).

Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 194) afirma que a investigação defensiva poderá ser realizada em qualquer momento da persecução, seja na fase investigatória, seja na fase processual. Não há de se confundir as atribuições da investigação defensiva com as atividades elencadas no artigo 14 do Código de Processo Penal vigente, pois esta investigação se desenvolverá de forma apartada ao inquérito policial, sendo conduzida pelo defensor, o qual delimitará as estratégias que utilizará, porém, sem sombra de dúvidas, suas atividades estarão limitadas ao plano da ética e da Constituição Federal.

Considerando os dizeres de André Augusto Machado (2010, p. 181), a inserção da investigação defensiva no sistema processual pátrio dará mais alicerces para a defesa, além de aumentar a cognição do julgador.

O novo Projeto de Lei 8.045/2010, que tem por objetivo alterar o Código de Processo penal e que traz a temática da investigação defensiva,

em seu artigo 13, informa que “é facultado ao investigado, por meio de seu advogado, defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa” (BRASIL, 2010).

A adoção deste sistema na legislação pátria dará outro significado ao modelo de investigação criminal adotado no Brasil, considerando que o acusado não seria mais afastado e tratado como estranho no processo de investigação preliminar, o que caracteriza um avanço aos direitos constitucionais (ZANARDI, 2016, p. 199).

Nesta linha de considerações, Marcelo Araújo (2017, p. 244-245) acredita ser louvável regulamentar a participação do investigado na fase investigatória, entretanto, o autor afirma que é inevitável reconhecer a timidez com que o tema foi tratado. Com a ineficácia do inquérito policial, no que tange à busca de elementos favoráveis ao imputado, deve ser oportunizado ao investigado que disponha de tais direitos, deve o legislador instituir procedimentos em conformidade com as diretrizes constitucionais (MACHADO, 2010, p. 184-186).

Por fim, cabe ressaltar que não permitir ao imputado uma investigação na qual ele possa intervir, resguardando seus direitos e produzindo elementos favoráveis à sua defesa, vai em direção contrária aos objetivos de um processo penal acusatório, não contribuindo em nada para um Estado Democrático.

4. CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como escopo a análise do instituto da investigação criminal defensiva no Brasil sob a ótica do direito comparado, mais precisamente em relação aos Estados Unidos e Itália que, embora possuam sistemas distintos, como o *commom law* e o romano-germânico, são capazes de demonstrar tamanha importância e intimidade com a matéria por adotarem a temática.

Compreende-se que possibilitar a atuação paritária da defesa com a acusação é determinante para o sucesso das investigações. Os direitos e garantias constitucionais devem ser respeitados, o imputado deve ser reconhecido como sujeito de direitos desde o início do procedimento e não apenas como mero objeto.

Em vista dos argumentos levantados, cumpre salientar a importância da inserção da investigação criminal defensiva no sistema proces-

sual penal pátrio. As incertezas sobre a temática poderão ser esclarecidas através dos sistemas estadunidense e italiano, os quais possuem todos os vetores e argumentos favoráveis à adoção de tal matéria.

Por fim, conclui-se que a investigação criminal defensiva deve ser adotada, a fim de oportunizar ao imputado efetiva atividade investigatória, caracterizando esta participação como a real paridade de armas e garantia do contraditório.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. Considerações sobre o tratamento da investigação criminal defensiva no Projeto de Lei 156/09. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n.16, jan/jun, 2017.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 11, n. 137, abr. 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 8.045, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre novo projeto do Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=trmitacao-PL+8045/2010. Acesso em: 23 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 21 jun. 2019.

CLEVE, Clémerson Merlin. Investigação criminal e Ministério Público. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 14, n. 56, p. 27-51, jul/2006.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América 1787**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: 08 mai. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA, Pablo Rodrigo. NETO, Mario Furlaneto. SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Análise crítica da investigação criminal defensiva no Brasil. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 10, n. 18, jan. /jun, 2018.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. Coordenador: Luiz Rascovski. São Paulo: Saraiva, 2012.

HENDLER, Edmundo S. **Sistemas Procesales Penales Comparados**. Buenos Ayres: AdHoc, 1999.

ITALIA. **Codice di Procedura Penale**. Disponível em: https://www.polpenuil.it/attachments/048_codice_di_procedura_penale.pdf. Acesso: 10 de mai. 2021.

ITALIA. **Regole di comportamento del penalista**. Disponível em: <http://www.camerepenali.it/public/file/documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.PDF>. Acesso em: 17 de mai. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. Salvador: Juspodium, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação Criminal Defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. v.20, n.96, p.279-309, maio/jun.2012. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/7982>. Acesso em: 5 ago. 2018.

MAURÍCIO, Bruno. HENRIQUE, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 12, p. 10, jan/abr. 2013.

MENDES, Regina Lucia Teixeira. FARIA, Vera Ribeiro de Almeida dos Santos. A admissão da prova defensiva no processo penal brasileiro-uma pesquisa empírica sobre as práticas, as representações e os discursos dos operadores jurídicos. In: **Encontro Nacional de Antropologia do direito**, IV, São Paulo, 2015, p.1. Disponível em: <http://www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BULFVSVZPIjtzOjM6IjE3MyI7fSI7czoXOiJoIjtzOjMyOiIyMmFhMDM4NzU2Ym-Q3NTc2NmJmNTc5MjYyZTZmYjcxNyI7fQ%3D%3D>. Acesso em: 19 mai. 2021.

MONGE, Sofia. **A investigação levada a cabo pela defesa**. Coordenação: Manuel Monteiro Guedes Valente. CONGRESSO DE DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL – MEMÓRIAS, V., 2016, Lisboa: Almedina, 2016.

MORAES, Maurício Zanoide. Quem tem medo do “juiz das garantias”. **Boletim IBCCRIM**, ano 18, ed. especial, p. 21-22, ago. 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Bol etimEspecialCPP.pdf>. Acesso: 23 mai. 2021.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; CUNHA NETO, Eurico da. A investigação defensiva como corolário da igualdade processual e do direito à prova. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, v. 17, n. 33, 2015.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. **Constitutional law**. 5 ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1995.

SAAD, Marcia. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SAMPAIO, Denis. **Reflexões sobre a investigação criminal defensiva: possível renovação da influência italiana pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva**. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). *Advocacia criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões**. Rio de Janeiro: Lumen: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, José Barcelos. **Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa**. Migalhas: 2004. Disponível: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI8498,41046-Poderes+da+defesa+na+investigacao+e+investigacao+pela+defesa>. Acesso em: 18 de mai. 2021.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VILARES, Fernanda Regina. BEDIN, Guilherme Augusto Campos. CASTRO, Pedro Machado de Almeida. Investigação Criminal: o projeto de código de processo penal e a investigação defensiva. **Revista brasileira de Ciências Criminais**, v. 107, mar/ abr. 2014.

ZANARDI, Tatiane Imai. Investigação Criminal Defensiva: uma prática a ser difundida. **Revista Justiça e Sistema Criminal**. Curitiba, ano 8, n.14, jun/2016, p.199. Disponível em: http://www.sistemacriminal.org/site/files/Revista_n_8.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)