

Ano 13 - Nº 2  
ago./dez. 2021  
Fortaleza-CE

# REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

Publicação Semestral  
ISSN Físico: 2527-0206  
ISSN Eletrônico: 2176-7939



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 13, Nº2 (AGO./DEZ. 2021) SEMESTRAL  
FORTALEZA-CE

ISSN FÍSICO: 2527-0206  
ISSN ELETRÔNICO: 2176-7939



Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB 3 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 13, nº2 (ago./dez. 2021) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2021.

Semestral

ISSN 2527-0206 (Físico)

ISSN 2176-7939 (Eletrônico)

Disponível também em versão eletrônica:

<http://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>

Resumo em português e inglês ou espanhol 1. Direito - Periódico. I Ministério Público do Estado do Ceará (CE).

Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC

# EXPEDIENTE

## Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

## Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Plácido Barroso Rios

## Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

### Diretoria de Ensino

Marcela Márjore Olímpio Pereira

### Técnica Ministerial

Kelviane Sombra Lima

### Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

### Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos

### Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Flávia Soares Unneberg

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark VlasticNicholas Cowdery

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

### Corpo de pareceristas

Alessander Wilckson Cabral Sales

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Carina Rodrigues de Araújo Calabria

Cláudia dos Santos Costa

Dione Cardoso de Alcântara

Douglas Elmauer

Enéas Romero de Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco Sales Martins

Gustavo Raposo Pereira Feitosa

José Evandro Alencar Correia

Lincoln Simões Fontenele

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Manuel Lima Soares

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Mariana Dionísio de Andrade

Nara Rúbia Silvia Vasconcelos Guerra

Nicholas Cowdery

Plácido Barroso Rios

Ramon de Vasconcelos Negócio

Rodrigo da Silva Brandalise

Ronald Rocha

Sheila Cavalcante Pitombeira

### Apoio técnico

Richardson Macedo de Carvalho

### Biblioteca

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo CRB3 – 1162

### Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

### Revisão ortográfica em língua estrangeira

Sonia Theophilo Rolim de Sousa

### Periodicidade semestral

### Resumo em português, inglês ou espanhol

Rua Assunção 1.200, José Bonifácio, Fortaleza-CE - CEP: 60.050-011

Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713 / [www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)

E-mail: [revistaacademica.esmp@mpce.mp.br](mailto:revistaacademica.esmp@mpce.mp.br)

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO \_\_\_\_\_ 08

### ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

**O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A PARTIR DA LEI 13.431/2017: TESES PROCESSUAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

*THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THESES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW*

*Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota*

*Anna Gabriella Pinto da Costa* \_\_\_\_\_ 13

**DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA COMETIDOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS**  
*CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN THE CRIMES OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY FUNDS PERPETRATED BY CITY MAYORS*

*Francisco Hélio Magalhães Gonçalves*

*Lucas Carvalho Rosado de Oliveira Camurça* \_\_\_\_\_ 37

**VIOÊNCIA DOMÉSTICA: REDE INTERSETORIAL DE APOIO E RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL SOCIAL DO HOMEM E DA MULHER**

*DOMESTIC VIOLENCE: INTERSECTORAL NETWORK OF SUPPORT AND RESIGNIFICATION OF MEN AND WOMEN'S SOCIAL ROLE*

*Livia Cristina Araújo e Silva Rodrigues* \_\_\_\_\_ 61

**QUEM PODE SER SUJEITO ATIVO OU PASSIVO DE HABEAS CORPUS? UMA ANÁLISE SOBRE A AMPLA LEGITIMIDADE PROCESSUAL NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS**

*WHO CAN BE THE APPLICANT OR THE ENFORCEMENT AUTHORITY IN THE HABEAS CORPUS REMEDY? AN ANALYSIS ABOUT THE BROAD PROCEDURAL LEGITIMACY IN THE CONSTITUTIONAL HABEAS CORPUS WRIT*

*Solange Maria da Conceição dos Santos*

*Maria Fernanda Santos Sugahara*

*Mariana Osterne Leite de Moura*

*Tailândia Teodoro Aguiar* \_\_\_\_\_ 81

**INSTRUMENTAL JURÍDICO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL**  
*LEGAL INSTRUMENTS TO THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL*  
Terezinha A de Albuquerque Gomes \_\_\_\_\_ 101

## **ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS**

**A TUTELA DO SUPERENDIVIDAMENTO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE OS REFLEXOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL**  
*THE PROTECTION OF OVER-INDEBTEDNESS AND THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN VIEW OF THE REFLEXES OF MINIMUM EXISTENTIAL*  
Ana Clara Ribeiro de Sousa Castro \_\_\_\_\_ 119

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**  
*THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT*  
Brena Diniz Araújo \_\_\_\_\_ 135

**IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA**  
*IMPLICATIONS OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN GUARDIANSHIP AND SUPPORTED DECISION-MAKING*  
Lilian Viana Freire  
Lívia Vilas Bôas Carr \_\_\_\_\_ 155

**OS INTERESSES COLETIVOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA E O SISTEMA DE JUSTIÇA: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020**  
*THE COLLECTIVE INTERESTS OF ENVIRONMENTAL AND URBAN PROTECTION AND THE JUSTICE SYSTEM: THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF MARANHÃO IN THE PERIOD FROM 2015 TO 2020*  
Letícia Moreira De Martini \_\_\_\_\_ 175

**TUTELA EXTRAPROCESSUAL EM LITÍGIOS COLETIVOS: LIÇÕES DO DESASTRE DO RIO DOCE (CASO SAMARCO)**  
*EXTRA-PROCEDURAL PROTECTION IN COLLECTIVE LITIGATION: RIO DOCE DISASTER'S LESSONS (SAMARCO'S CASE)*  
Marcus Aurélio de Freitas Barros  
Viktória Rincon Machado Mourão Crespo \_\_\_\_\_ 195

## APRESENTAÇÃO

Esta edição Ano 13, nº2 (ago./dez. 2021) da Revista Acadêmica do Ministério Público do Ceará, segue intensificando mudanças em busca de um maior aprimoramento científico. Depois de adotar o padrão OJS em sua gestão, a Revista já deposita o DOI (Digital Object Identifier) em cada artigo publicado. A partir desta edição, todos os artigos disponibilizados em nossa Revista Acadêmica serão registrados e identificados seguindo padrões mundialmente estabelecidos em periódicos científicos.

O Digital Object Identifier, ou, em português, Identificador de Objeto Digital, é um código único, formado por letras e números. Tem como objetivo catalogar e identificar os artigos disponibilizados em plataformas digitais. Através do DOI, torna-se mais fácil a localização de publicações no universo virtual e, por conseguinte, fortalece a divulgação e o número de leitores.

Nesta edição a Revista conta com 10 (dez) artigos, sendo 05 (cinco) internos e 05 (cinco) externos, mantendo assim em todas as suas publicações a taxa de endogenia e exogenia ínsitas aos periódicos científicos avaliados pela Qualis.

Os artigos gravitam sobre os mais variados temas da ciência jurídica, permitindo ao leitor uma pequena imersão em diversas áreas do direito, proporcionando uma leitura eclética e bastante instrutiva.

Especificamente nesta segunda edição de 2021, a Revista contempla temas instigantes, com presença cativa em inúmeros debates e estudos no cenário jurídico hodierno, tais como: O crime de estupro de vulnerável e o princípio da proteção integral a partir da Lei 13.431/2017: teses processuais e análise jurisprudencial; O acordo de não persecução penal; Implicações da convenção internacional sobre direitos das pessoas com deficiência na curatela e tomada de decisão apoiada; Tutela extraprocessual em litígios coletivos: lições do desastre do Rio Doce (caso Samarco); A tutela do superendividamento e a atuação do Ministério Público ante os reflexos no mínimo existencial; Os interesses coletivos de proteção ambiental e urbanística e o sistema de justiça: a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público do Maranhão no período de 2015 a 2020; Violência doméstica: rede intersetorial de apoio e ressignificação do papel social do homem e da mulher; Da celebração do acordo de não persecução penal nos crimes de apropriação indébita previdenciária cometidos por prefeitos municipais; Quem pode ser sujeito ativo ou passivo de habeas corpus? Uma análise sobre a ampla legitimidade processual no remédio constitucional de Habeas Corpus; Instrumental jurídico de proteção do patrimônio público cultural no Brasil.



O momento é oportuno para agradecer a confiança e apoio de nossos articulistas, do Conselho Editorial e do Corpo de Pareceristas, os quais contribuíram brilhantemente para a construção de mais um exemplar da Revista Acadêmica do Ministério Público do Ceará.

Boa leitura!

Equipe revista Acadêmica da CEAF/ESMP-CE



O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E  
O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A  
PARTIR DA LEI 13.431/2017: TESES  
PROCESSUAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

*THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS  
AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE  
PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THE-  
SES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW*



# O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A PARTIR DA LEI 13.431/2017: TESES PROCESSUAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL<sup>1</sup>

*THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THESES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW*

*Dornieri Lemos Diógenes Pinto Mota<sup>2</sup>  
Anna Gabriella Pinto da Costa<sup>3</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as teses alegadas em sede de defesa com relação ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal e da aplicação da Lei nº 13.431/2017. Inicialmente, apresentam-se considerações acerca da violência sexual e da Lei da Escuta Protegida enquanto efetivação do princípio da proteção integral. Em seguida, a partir de uma análise jurisprudencial, examinam-se ainda teses processuais de defesa do crime de estupro de vulnerável. A partir de uma pesquisa de natureza bibliográfica e jurisprudencial, constatou-se que a existência de limitações probatórias com relação ao crime de estupro de vulnerável não impede a condenação.

**Palavras-chave:** Violência sexual; Crianças e adolescentes; Lei nº 13.431/2017; Análise jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 30/08/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP), pós-graduando em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP), graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), servidor do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: dornieri@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5651682409407302>. ORCID: 0000-0003-3695-761

<sup>3</sup> Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós graduanda em Curso Especialização Interdisciplinar dos Direitos da Criança e do Adolescente pela Universidade Estadual do Ceará. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FTP. Bacharel em Direito pela UniChristus. Servidora do Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: gabi.costa@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8179270901983688> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1639-4564>

## 1 INTRODUÇÃO

A violência sexual representa um ato atentatório ao direito humano e ao desenvolvimento sexual da criança e do adolescente, praticado por uma pessoa que se encontra em uma situação de poder e de desenvolvimento sexual desigual em relação a crianças e adolescentes. De acordo com o Balanço Geral do Disque 100, disponibilizado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, entre os anos de 2011 e 2018, foram registradas 191.679 (cento e noventa e um mil e seiscentas e setenta e nove) denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil. Em 2019, a população de crianças e adolescentes no Brasil era de, aproximadamente, 53 (cinquenta e três) milhões, fazendo com que a quantidade de denúncias represente o equivalente a este quantitativo representa, aproximadamente, 0,061% da população infanto-juvenil.

Com o objetivo de efetivar o princípio da proteção integral, foi promulgada a Lei nº 13.431/2017, a qual representa um reforço dos mecanismos para o enfrentamento à violência contra crianças e adolescentes, fixando um conjunto de conceitos, regras e procedimentos atinentes ao atendimento de vítimas ou testemunhas de violência. Entretanto, neste cenário protetivo, é possível identificar teses processuais que buscam impedir, em sede de defesa do acusado, a comprovação da ocorrência do crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal.

Assim, este artigo tem como objetivo apresentar um estudo sobre as principais teses de defesa processual que alegam a impossibilidade de comprovação do crime de estupro de vulnerável. Para tanto, foi realizada pesquisa de natureza bibliográfica e jurisprudencial.

Inicialmente, conceitua-se violência de crianças e adolescentes, com ênfase na violência sexual, a partir de previsões legais. Em seguida, apresenta-se a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes e a edição da Lei nº 13.431/2017 como um subsistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes vítimas de violência.

Por fim, a partir de uma análise jurisprudencial, analisam-se determinadas teses alegadas em sede de defesa com relação ao crime de estupro de vulnerável, dentre elas a suposta nulidade processual por ausência de escuta especializada, a alegação de falsas memórias em relato de criança ou adolescente vítima de violência e a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual.

## 2 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: BREVES CONSIDERAÇÕES

A Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC) estabelece que Estados devem

envidar todos os esforços para evitar que crianças e adolescentes<sup>4</sup> sejam vítimas de qualquer tipo de violência. Do mesmo modo, o art. 227 da Constituição Federal<sup>5</sup> e o art. 5º do ECA<sup>6</sup> convocam a família, a sociedade, e o Estado a serem vigilantes e protegerem crianças e adolescentes de qualquer tipo de violência.

De forma geral, a violência contra crianças e adolescentes pode ser compreendida como todo ato, de qualquer natureza, atentatório à dignidade humana da criança ou adolescente, praticado por agente em situação de poder e de desenvolvimento desigual em relação a esta (CARVALHO, PAIVA, ROSENO, 2007). Especificamente no que diz respeito à violência sexual contra crianças e adolescentes, o conceito desenvolvido por Carvalho, Paiva e Roseno (2007, p. 109) afirma a sexualidade como um direito, bem como de garanti-lo e protege-lo de formas diferentes, de acordo com o desenvolvimento gradual da sexualidade.

De acordo com o art. 4º, inciso III da Lei nº 13.431/2017, violência sexual engloba qualquer conduta que constranja criança ou adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, incluindo a exposição do corpo em foto ou vídeo, seja por meio eletrônico ou não, que compreenda abuso sexual<sup>7</sup>, exploração sexual comercial<sup>8</sup> e tráfico de pessoas<sup>9</sup>.

Trata-se de uma violação aos direitos humanos de crianças e adolescentes, que têm o direito a um desenvolvimento harmonioso e com a sexualidade protegida de qualquer ato praticado por alguém em situação de poder e desenvolvimento sexual desigual.

### **3 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A LEI Nº 13.431/2017**

A doutrina da proteção integral, inicialmente consagrada na Convenção Internacio-

---

4 De acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança, considera-se criança sujeitos com idade entre zero e 18 (dezoito) anos, o que no Brasil representa crianças (com idade até 12 anos incompletos) e adolescentes (com idade entre 12 e 18 anos incompletos).

5 Art. 227, Constituição Federal. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

6 Art. 5º, ECA. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

7 Art. 4º, III, “a”, Lei nº 13.431/2017. Abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro.

8 Art. 4º, III, “b”, Lei nº 13.431/2017. Exploração sexual comercial, entendida como o uso da criança ou do adolescente em atividade sexual em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação, de forma independente ou sob patrocínio, apoio ou incentivo de terceiro, seja de modo presencial ou por meio eletrônico.

9 Art. 4º, III, “c”, Lei nº 13.431/2017. Tráfico de pessoas, entendido como o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da criança ou do adolescente, dentro do território nacional ou estrangeiro, com o fim de exploração sexual, mediante ameaça, uso de força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, aproveitamento de situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamento, entre os casos previstos na legislação.

nal sobre os Direitos da Criança e da ONU (1989), designa um sistema de princípios e garantias no qual crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direito, devendo ser respeitada sua condição peculiar de desenvolvimento e ter garantida a prioridade absoluta na efetivação dos seus direitos e na proteção de qualquer forma de negligência, exploração, violência ou opressão.

No Brasil, na década de 80, após forte mobilização social no período de redemocratização, a representação social<sup>10</sup> da infância e da juventude que prevaleceu nas votações da Assembleia Constituinte defendia crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direito, concretizando, assim, a quebra de paradigma da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral (PINHEIRO, 2006, p. 84).

Assim, com o advento da Constituição de 1988 e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), crianças e adolescentes passam a ser tratados enquanto sujeitos de direitos, passando a ter respeitada a condição peculiar de desenvolvimento, implicando no reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais e garantias constitucionais e admitindo a particularidade de cada fase de desenvolvimento (COSTA, 2020, p. 182).

Segundo Liberati (2006, p. 27), “pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico”. Significa dizer que, antes da Constituição de 1988, crianças e adolescentes eram considerados objetos de tutela do Estado e da família, cuja situação de vulnerabilidade ou instabilidade familiar obtinha do Poder Judiciário uma solução assistencialista e conservadora. O sistema jurídico foi atingindo, uma vez que passou a prever direitos e garantias processuais, como a observância do contraditório e ampla defesa, além de elevar a política social da infância pobre para uma política pública protetiva, e não assistencialista.

A previsão de princípios, competências e diretrizes que norteiam a política de atendimento de crianças e adolescentes resultou na instituição do chamado Sistema de Garantia de Direitos. De acordo com o art. 1º da Resolução nº 113 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA<sup>11</sup>), o objetivo desse sistema é efetivar a Doutrina da Proteção Integral através da articulação e integração de órgãos públi-

---

10 Dentre as instituições que trabalharam e contribuíram para a construção da Constituição de 1988, especificamente com a apresentação das emendas “Criança Prioridade Nacional” e “Criança Constituinte”, que ensejaram no art. 227, cita-se: o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Pastoral do Menor (MOCELIN, 2016, p. 21).

11 O CONANDA é um órgão colegiado permanente de caráter deliberativo e composição paritária, previsto no artigo 88 da ECA, composto por 28 conselheiros titulares e 28 suplentes, sendo 14 representantes do Poder Executivo Federal e 14 representantes de entidades não-governamentais que possuem atuação, em âmbito nacional, na promoção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes.



cos e organizações da sociedade civil, com a aplicação de instrumentos normativos e mediante mecanismos de promoção, defesa e controle em todos os níveis da federação.

No que diz respeito às crianças e adolescentes vítimas de violência, não havia parâmetros legais para que essa oitiva fosse realizada, embora, em âmbito internacional, a Convenção dos Direitos da Criança já garantisse o direito de a criança ser ouvida, tendo sua opinião levada em consideração em todo o processo judicial ou administrativo. Em 2000, foi adotado o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança, o qual reconheceu a importância de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência serem protegidos em todas as fases do processo judicial criminal, levando-se em consideração sua opinião, fornecendo informações e garantindo apoio e proteção (VALSANI; MATOSINHOS, 2017, p. 19).

No mesmo ano, foi aprovado e lançado pelo CONANDA o Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, tendo sido revisado e relançado em 2014. Na ocasião da elaboração e lançamento do referido Plano, foi instituído o Comitê Nacional de Enfrentamento a Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, responsável pelo seu monitoramento.

Trata-se de um conjunto de diretrizes, de longo prazo, com o objetivo de articular e integrar ações entre órgãos públicos e entidades não governamentais para cessar a violência e resguardar direitos no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 33/2010, estabelecendo orientações aos Tribunais de Justiça sobre a realização de depoimento de crianças e adolescentes a partir da implantação de um sistema de videogravação em ambiente separado da audiência, da realização de escuta de crianças e adolescentes por profissionais capacitados, dentre outras medidas. Reconheceu-se, assim, a necessidade de um tratamento especial e protetivo para crianças e adolescentes vítimas de violência, no âmbito processual.

Nessa esteira, a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, representa um reforço dos mecanismos para enfrentar a violência contra crianças e adolescentes, prevendo um conjunto de conceitos, regras e procedimentos referentes ao atendimento de vítimas de violência, estabelecendo-se, assim um subsistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, sendo primeira norma brasileira a conceituar violência contra crianças e adolescentes.

Também estabeleceu normas e diretrizes para a realização de escuta especializada e depoimento especial, com o objetivo de reduzir a revitimização de crianças e adolescentes vítimas de violência, incluindo a violência institucional, descrevendo-a como aquela praticada por instituição pública ou conveniada.

A escuta especializada, prevista no art. 7º, da Lei 13.431/17, tem como finalidade entrevistar a criança ou adolescente em um órgão da rede de proteção com o objetivo de garantir sua proteção. Logo, o relato da criança ou adolescente abrangerá apenas o necessário para garantir sua proteção física, psicológica e social. Já o depoimento especial<sup>12</sup>, previsto no art. 8º, do aludido diploma normativo, refere-se à oitiva da criança ou adolescente vítima de violência pela autoridade policial e judiciária, com o objetivo de produção de provas. Aqui, o relato da criança ou adolescente deve ocorrer apenas uma vez, com a condução de profissionais capacitados que garantam sua proteção, impeçam a revitimização e permitam a coleta de detalhes da violência sofrida.

No que diz respeito à violência sexual, o Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de fevereiro de 1940, ratifica a criminalização dos atos contra a dignidade sexual infanto-juvenil. Nesse estudo, será dada ênfase ao crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal, e algumas teses utilizadas pela defesa pra impedir a condenação pelo referido crime.

#### **4 TESES PROCESSUAIS DA DEFESA REFERENTES AO CRIME DE ESTU- PRO DE VULNERÁVEL**

Desde 2009, o Código Penal tipifica como crime de estupro de vulnerável a conjunção carnal ou outro ato libidinoso praticado contra criança ou adolescente com idade inferior a 14 (catorze) anos. Significa dizer que o legislador, com a atribuição deste critério etário, conduz ao entendimento de crianças e adolescentes não possuem a autonomia plena para o exercício do seu direito à sexualidade, impossibilitando o consentimento para uma relação sexual.

A vulnerabilidade prevista no artigo está ligada à ideia de ausência de maturidade psicológica para compreender o caráter lascivo do ato sexual. De acordo com Nucci (2008, p. 829), a vulnerabilidade contida no artigo 217-A refere-se à “capacidade de compreensão e aquiescência no tocante ao ato sexual. Por isso, continua, na essência, existindo a presunção de que determinadas pessoas não têm a referida capacidade para consentir.”

---

12 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 299/2019, determinando que os tribunais de todo o país apresentassem ao CNJ, até junho de 2020, estudos para criar varas especializadas destinadas a receber processos que envolvam crianças. Em 2020, a Resolução nº 88/2021 do CNJ recomendou aos Tribunais de Justiça dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios a utilização de ferramentas tecnológicas de baixo custo para a instalação de salas de depoimento especial de que trata a Resolução nº 299/2019. Especificamente, no que diz respeito ao Estado do Ceará, apenas na capital Fortaleza há uma sala de depoimento especial, tendo sido apresentado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará um projeto com previsão de implementação de 35 (trinta e cinco) salas, que somente deve ser concluída em 2023. Enquanto isso, existem 20 (vinte) entrevistadores forenses responsáveis por auxiliar juízes na realização do depoimento especial em todo o Estado do Ceará.

Neste cenário, há discussões jurídicas acerca deste tipo penal, as quais serão analisadas nos próximos tópicos, a partir de uma análise jurisprudencial.

#### **4.1 Da eventual nulidade da audiência de oitiva da vítima sem sala especial e sem profissional da área social.**

A tese de nulidade de audiência de oitiva da vítima por não haver sala especial ou profissional da área em suposta ofensa à lei 13.431/2017 e à Recomendação 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça não deve prosperar como tese ou argumento jurídico em razão da ausência de prejuízo à da criança ofendida, tampouco prejuízo à defesa do acusado.

Os tribunais têm enfrentado a alegação nulidade processual da audiência de oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual prestada em sede policial sem sala especial, contrariando dispositivos legais de proteção à infância. Esta tese de nulidade processual não se sustenta, pois não encontra amparo processual, não constituindo hipótese prevista no art. 564 do Código de Processo Penal, o que afasta alegativa meramente protelatória da defesa com vistas a tornar nulo crime que merece toda a reprimenda do Estado.

A falta de audiência de oitiva em sala especial não tem o condão de macular a legalidade das declarações da vítima ofendida, não havendo dispositivo legal e/ou recomendação do Conselho Nacional de Justiça, visando amenizar e diminuir as dores físicas e psicológicas das vítimas. Assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça declara que não há prejuízo em desfavor da vítima na ausência de oitiva especial, sendo, portanto, válidas suas declarações, conforme julgado:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DA VÍTIMA, DE SUA GENITORA E DO PACIENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. VÍTIMA E GENITORA QUE OPTARAM PELO DEPOIMENTO PERANTE O JUÍZO, DISPENSANDO OITIVA ESPECIAL, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 33/CNJ. AUSÊNCIA DE OITIVA DO PACIENTE PERANTE A PSICÓLOGA DESIGNADA PELO JUÍZO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto no art. 227 da Constituição Federal, na Convenção Internacional sobre os**

Direitos da Criança e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a necessidade de viabilizar maior confiabilidade na produção de provas testemunhais, na busca da verdade e na responsabilização penal de agressores, editou a Recomendação n. 33/2010, no intuito de recomendar aos Tribunais a adoção de providências para implementar procedimentos de colheita especial de prova oral, evitando-se, notadamente em casos como o presente, a revitimização do ofendido, ocorrida em decorrência de sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, seja na fase investigatória seja na processual. **2. Os mecanismos de “Escuta Especializada” estão colocados à disposição e discricionariedade das vítimas e testemunhas de violência para o seu devido resguardo, não sendo plausível o reconhecimento de suposta nulidade em virtude da sua não realização, quando a vítima ou testemunha efetivamente deseja depor perante o Juízo, como ocorreu na espécie, não se podendo retirar a validade das declarações colhidas perante o magistrado, mormente quando respeitados o contraditório e a ampla defesa. 3. Nos termos do parecer do Ministério Público Federal, a inquirição especial a que alude a Recomendação n. 33/CNJ constitui “medida de proteção que deve ser utilizada, exclusivamente, em benefício da vítima, não sendo razoável admitir - diferentemente daquilo que pretende aqui a Defesa - que a ausência de tal procedimento seja tomada em seu desfavor”. 4. Na hipótese, nenhum benefício à defesa adviria da realização de entrevista do paciente com a psicóloga designada pelo Juízo, haja vista que, como ressaltado pela profissional, “a entrevista [teria o objetivo] de ouvi-lo a respeito do suposto ocorrido e não uma função psicodiagnóstica”, de maneira que, consoante consignou o Tribunal de origem, nada mais poderia ser obtido além do que se obteve com a instrução, notadamente o interrogatório do paciente e a “longa e detalhada prova oral defensiva”. 5. O princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, o que não ocorreu na espécie. 6. Habeas corpus denegado. (HC 422.635/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019) (Grifos nossos)**

Desta feita, qualquer inconformismo com relação a estas alegações merece atuação em ação civil coletiva por parte dos órgãos legitimados no art. 5º da Lei

7.347/1985 e, portanto, fora da órbita do processo penal, de modo que devem ajuizar ação cível adequada para resguardar interesses e princípios dispostos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, obrigando o Poder Público a cumprir os dispositivos reclamados.

Ainda nesse sentido, o parágrafo único do art. 2º e o art. 16 da lei 13.431/2017 destaca:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios desenvolverão políticas integradas e coordenadas que visem a garantir os direitos humanos da criança e do adolescente no âmbito das relações domésticas, familiares e sociais, para resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, abuso, crueldade e opressão.

Art. 16. O poder público poderá criar programas, serviços ou equipamentos que proporcionem atenção e atendimento integral e interinstitucional às crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, compostos por equipes multidisciplinares especializadas. Parágrafo único. Os programas, serviços ou equipamentos públicos poderão contar com delegacias especializadas, serviços de saúde, perícia médico-legal, serviços socioassistenciais, varas especializadas, Ministério Público e Defensoria Pública, entre outros possíveis de integração, e deverão estabelecer parcerias em caso de indisponibilidade de serviços de atendimento.

Portanto, não se vislumbra qualquer nulidade no depoimento da criança ou adolescente vítima de infração penal, devendo o Poder Público desenvolver política para resguardar as vítimas dos danos outrora sofridos em consonância com os direitos e garantias destacadas no art. 5º da Lei 13.431/2017.

Ser resguardado e protegido de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções; ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível e ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial são alguns dos principais direitos reconhecidos a crianças e adolescentes vítimas de violência.

Não se admite que a vítima menor tenha contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangi-

mento, devendo a autoridade policial e judiciária preservar o local para impedir contato com o agente agressor, conforme disposto no art. 9º e 10 da lei.

#### **4.2 “Falsas memórias” em relato de criança ou adolescente vítima de violência**

Também é possível identificar, em tese de defesa, a tentativa de desqualificar as declarações da principal vítima de estupro de vulnerável sob o fundamento da pouca idade. Ainda que haja discussão relevante sobre o tema, o magistrado deve observar, durante o curso do processo, os indícios, as provas testemunhais, o depoimento da vítima que, na maioria dos casos, trazem riqueza de detalhes.

O ato libidinoso consiste numa conduta criminosa que tem sua materialidade difícil de ser constatada, pois, em muitos casos, o sujeito passivo do crime não deixa vestígios físicos na vítima, como rompimento de hímen, edemas, vermelhidões, auferidos por perícia médica, mas sim graves danos psicológicos. De acordo com Masson (2017, p. 65-66) o ato libidinoso é o revestido de conotação sexual, a exemplo do sexo oral, do sexo anal, dos toques íntimos, da introdução de dedos ou objetos na vagina ou no ânus, da masturbação etc.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento acerca das declarações da vítima de estupro de vulnerável como prova que embasa a condenação, uma vez, em grande parte dos casos, os delitos são perpetrados às escondidas e podem não deixar vestígios *in verbis*:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. PEDIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. VIA INCOMPATÍVEL. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. AUSENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. O estupro de vulnerável se consuma independentemente da conjunção carnal e de vestígios, conforme jurisprudência consolidada. In casu, o exame de corpo de delito ocorreu sete dias depois dos fatos, ocasião em que haviam desaparecido as lesões corporais na vítima - então com 4 anos de idade - outrora visualizada por parentes. 4. A Corte estadual afastou a tese de negativa de autoria, valendo-se dos depoimentos colhidos em assentada - relato da perita judicial e testemunhos**

**dos parentes -, da oitiva da própria criança pela autoridade policial e das lesões reportadas no laudo técnico (hiperemia em genitais externos e em orla himenal compatível com vulvovaginite inespecífica), vinculadas ao tipo de agressão referido na exordial. (...) (AgRg no HC 581.956/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 21/09/2020) (Grifou-se)**

O legislador quis reprimir condutas que violam a dignidade sexual de crianças, merecendo a reprimenda necessária do Estado garantidor dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, não prevalecendo o *in dubio pro reo*, sendo incabíveis, portanto, a culpa e responsabilização imputadas à vítima, desqualificando-a como única prova do crime de estupro de vulnerável.

A tese de falta de indícios da existência do crime não deve prevalecer, quando a segura palavra da vítima, os depoimentos testemunhais e os relatórios de profissionais especialistas na saúde mental oferecerem suporte probatório suficiente para a condenação criminal, de modo que a oitiva da vítima deve ser realizada por meio de depoimento especial, procedimento que deve ser realizado uma única vez (art. 11, §2º, da Lei 13.431), preservando a integridade da prova e a memória da parte ofendida.

Não raras vezes, o decurso do tempo faz desaparecer ou alterar o depoimento real e instantâneo da vítima, de modo que a lei visa a evitar maiores traumas e o fenômeno do processo de revitimização, que, geralmente, ocorre com as reiteradas declarações das vítimas em outras fases processuais.

#### **4.3 Desclassificação do crime de estupro de vulnerável para importunação sexual**

Uma discussão necessária consiste na conduta praticada pelo infrator do tipo penal inscrito no art. 217-A (estupro de vulnerável)<sup>13</sup> do Código Penal que não pode ser confundida com a descrição própria do art. 215 (importunação sexual)<sup>14</sup> do mesmo diploma normativo. Em uma breve análise hermenêutica, é elementar da norma penal do estupro de vulnerável praticar ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo, portanto, a reduzida idade para configuração do crime, ausente a especificidade de idade quanto ao crime de importunação sexual presente no art. 215 que não exige limite máximo para a tutela jurídica da dignidade sexual de crianças menores do limite fixado pela lei.

---

13 Art. 217-A, Código Penal. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

14 Art. 215-A, Código Penal. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Portanto, não se mostra viável a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual em eventual ação penal pela defesa de um acusado de estupro contra menor de 14 anos, já que o legislador assim não o desejou, uma vez que a norma não foi revogada, sendo a primeira específica para menores de catorze anos, conforme julgados do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 215-A DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RESSALVA DE ENTENDIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criada a figura da importunação sexual, prevista no art. 215-A do Código Penal. No entanto, tem prevalecido o entendimento de não ser possível o reenquadramento de condutas como a descrita nestes autos, envolvendo pessoa menor de 14 anos. 2. Ressalvo meu ponto de vista, porém mantenho o entendimento de ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 584.799/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020) (Grifou-se)**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL E AMEAÇA. INDEFERIMENTO MOTIVADO DA PRODUÇÃO DE LAUDO PSICOSSOCIAL DA VÍTIMA E DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA NO LOCAL DOS FATOS. FACULDADE DO MAGISTRADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO DA MODALIDADE TENTADA. INVIABILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL COM MENOR DE 14 ANOS. CRIME CONSUMADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. (...)** 3. **Na hipótese, as instâncias ordinárias indeferiram motivadamente as diligências defensivas consistentes na realização de laudo psicossocial da**



vítima, menor de 14 anos à época dos fatos, e da produção de laudo pericial no local dos fatos, o que demonstra a inexistência de ilegalidade. 4. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, tipificado no art. 215-A do Código Penal, uma vez que referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e, ao contrário, o tipo penal imputado ao paciente (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos de idade. Precedentes. Ressalva do ponto de vista do Relator. 5. A prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra vulnerável constituiu consumação do delito de estupro de incapaz, não havendo se falar em tentativa ou desclassificação da conduta. Precedentes (HC 568.088/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 2/6/2020, DJe de 10/6/2020). 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 561.399/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020) (Grifou-se)

Em relação à autoria e responsabilidade penal do criminoso, as declarações da vítima e as provas testemunhais são suficientes para embasar condenação, uma vez que são crimes praticados longe da presença de terceiros, de modo que a palavra da vítima, apesar de contar com pouca idade, ganha especial relevo, principalmente quando são coerentes e seguras mesmo após grande lapso tempo entre depoimento em sede policial e em juízo.

Em sentido contrário, vale ressaltar decisão isolada da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo. A matéria intitulada “Estupro de vulnerável só ocorre quando há conjunção carnal, diz TJ-SP”<sup>15</sup>, publicada no site Consultor Jurídico, veiculou um caso, que tramita em sigilo, no qual o réu fora condenado em primeira instância a 18 anos de detenção depois de molestar sexualmente sua sobrinha, tendo o Tribunal reformado a sentença, para condenar o homem a um ano e quatro meses, em regime aberto. A pena foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

Para a corte paulista, se não houve “conjunção carnal”, não haveria enquadramento ao crime de estupro de vulnerável, mas sim ao crime de importunação sexual, contrariando, portanto, jurisprudência já consolidada do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e

---

15 Estupro de vulnerável só ocorre quando há conjunção carnal, diz TJSP. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/estupro-vulneravel-ocorre-quando-conjuncao-carnal-tj-sp>. Acesso em: 12 mar 2021.

pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, conforme HC 134.591. O Tribunal firmou entendimento sobre o assunto por meio da súmula 593, *in verbis*:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Não se sustentam decisões *contra legem*, vez que em razão do princípio da especialidade o crime de importunação sexual é praticado sem a elementar da reduzida idade da vítima praticados mediante violência ou grave ameaça, com finalidade lasciva, sucedâneo ou não da conjunção carnal, evidenciando-se com o contato físico entre agressor e ofendido<sup>16</sup>.

O entendimento do STJ destaca ainda que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos art. 213 e art. 217-A do CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e vítima<sup>17</sup>. Nesse sentido, colaciona-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará sobre o crime de estupro de vulnerável:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CRIME CONTINUADO. ART. 214 C/C ART. 224, A C/C ART. 71, TODOS DO CP. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR. DESCABIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA

16 No mesmo sentido: AgRg no AREsp 1516556/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019; HC 471852/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019; AgRg nos EDcl no AREsp 1225717/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019; AgRg no REsp 1671953/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 04/12/2017; REsp 1365215/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 10/08/2017; AgRg no REsp 1567620/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016.

17 No mesmo sentido: AgRg no REsp 1819419/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019; RHC 70976/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016. REsp 1829139/PR (decisão monocrática), Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2020, publicado em 22/06/2020; RE nos EDcl no AgRg no REsp 1819419/MT (decisão monocrática), Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, MINISTRO PRESIDENTE DO STJ, julgado em 21/05/2020, publicado em 25/05/2020; AREsp 1626775/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2020, publicado em 22/05/2020; AREsp 1549733/MS (decisão monocrática), Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, MINISTRO PRESIDENTE DO STJ, julgado em 20/08/2019, publicado em 27/08/2019; (Vide Informativo de Jurisprudência N. 587)

DELITIVA COMPROVADAS. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. PENA DE 7 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA APLICAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVO-SO. RETIFICAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. **A palavra da vítima, em crimes desse jaez, normalmente praticados na clandestinidade e sem testemunhas presenciais, ganha especial relevância, servindo de elemento de convicção quando em harmonia com as demais provas colhidas, como ocorreu no caso em tela.** (...) 3. Descabe falar-se em desclassificação da conduta para a figura da contravenção penal do art. 65 da LCP, vez que tais condutas típicas não se confundem, e a consumação do delito de atentado violento ao pudor contra vulnerável restou comprovada. (...) 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-CE - APR: 00110353420088060001 CE 0011035-34.2008.8.06.0001, Relator: LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES, Data de Julgamento: 06/10/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: **06/10/2020**) (Grifou-se)

Vale repisar recente entendimento do STJ, o HC 478.310, da relatoria do Ministro Rogério Schietti, julgado em 09/02/2021, quando o acusado dos atos libidinosos pratica o crime ainda que não tenha tido contato físico com a vítima, através de meios eletrônicos, devendo ser enquadrado na conduta típica do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em concurso com o art. 217-A do Código Penal, a saber:

Art. 241-A, ECA. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Estupro de vulnerável

Art. 217-A, Código Penal. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Desta forma não cabe a tese de atipicidade de conduta em razão da falta de contato físico entre o acusado e a vítima, conforme entendimento majoritário da doutrina e da

jurisprudência, de forma que o contato físico direto é prescindível para consumação da infração penal e conseqüentemente para a manutenção do decreto prisional do acusado, constatado pelo nexo causal entre o ato praticado pelo acusado, destinado à satisfação da sua lascívia, e o efetivo dano à dignidade sexual sofrido pela ofendida.

Por outro lado, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça afastou, de forma excepcional, a presunção de ocorrência de estupro de vulnerável no caso de um adolescente condenado por manter relações sexuais com menor de 14 anos, *in verbis*:

**PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPCIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE DISTINGUISHING. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. (...) DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. (...) 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) 3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção. 4. A condenação de um jovem de 20 anos, que não**

**oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 14 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. (...) (HC n. 94163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009). (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1919722/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) (grifos nossos)**

*In casu* o ministro Reynaldo Soares da Fonseca afastou a tipicidade material penal em virtude da aplicação de um *distinguishing* ao caso concreto, ponderando a relevância social de uma pena de 14 anos de reclusão e o princípio da dignidade da pessoa humana, priorizando ainda a entidade familiar, o que acabaria, se a decisão não fosse revista, por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados materialmente e emocionalmente cujo relacionamento fora aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar.

A decisão judicial acertada leva em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, aspecto distinto da mera “subsunção” fria do caso concreto ao texto da norma (“moldura da norma”), o que poderia gerar profundas injustiças, desvirtuando a finalidade da lei penal e violando diversos outros princípios, como o da absoluta proteção da criança e do adolescente, já que do relacionamento sobreveio um filho, tendo sido inclusive aprovado pelos pais da vítima, e o da ofensividade (ou lesividade).

## 5 CONCLUSÃO

Analisou-se que o princípio da proteção integral trazida pela Lei 13. 431/17 está em consonância com os entendimentos jurisprudenciais firmados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), de modo que a escuta especializada e o depoimento especial condizem com o sistema de garantia de direitos de crianças e adolescentes, considerando que eles precisam ser ouvidos por profissionais especializados na área, evitando a revitimização do dano físico e/ou psicológico outrora sofrido.

Discutiu-se, ainda, teses processuais alegadas em sede de defesa do crime de estupro de vulnerável, como eventual nulidade da audiência de oitiva da vítima sem sala especial e sem profissional da área social, alegação da tese defensiva de “falsas memórias” em relato de criança ou adolescente vítima de violência e a tese da desclassificação do

crime de estupro de vulnerável para importunação sexual, de sorte que a jurisprudência atual do STJ firmou entendimentos que atendem aos princípios de tutela de crianças e adolescentes como vítimas de infrações penais que atentam contra a dignidade sexual.

Desta forma, a partir dessas teses, concluiu-se que as limitações probatórias do crime de estupro de vulnerável não impedem a condenação pelo delito, principalmente quando diz respeito à ausência de escuta especializada ou a partir da alegação de “falsas memórias” da criança ou do adolescente vítima de violência, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ainda que a prova material do crime de estupro de vulnerável seja de difícil constatação por ausência de prova pericial, principalmente em atos libidinosos, o magistrado deve ter sensibilidade de julgar a questão com base em demais indícios presentes nos autos, pois a infração penal é praticada, na maioria das vezes, sob coação e mediante grave ameaça, longe do olhar de qualquer testemunha, situação agravada por ausência de órgãos de perícia em municípios mais afastados dos grandes centros urbanos.

A lei 13.431/17 busca precipuamente preservar a criança ou adolescente vítima de violências diversas em um ambiente adequado e multidisciplinar cujos órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão procedimentos necessários à revelação espontânea da violência como reza § 2º do art. 4º da norma.

No que tange à conduta do art. 215 (importunação sexual) não há espaço para maiores digressões ou discussões, vez que o dispositivo é norma geral ante o caráter específico do art. 217-A, não podendo haver desclassificação em virtude do recorte etário conferido pelo legislador, o que impede interpretações diversas, já que a jurisprudência entende que haverá crime independentemente de violência ou grave ameaça, bem como de eventual consentimento da vítima.

Portanto, a análise do caso concreto será o ponto inicial para um julgamento justo e condizente à prática, ou não, do crime de estupro de vulnerável, de modo que a ausência de salas especiais em milhares de municípios brasileiros não pode ser óbice para o devido processo legal nem tampouco causa de nulidade processual.

## **THE CRIME OF RAPE IN VULNERABLE VICTIMS AND THE TOTAL PROTECTION PRINCIPLE FROM THE PERSPECTIVE OF LAW 13.431/2017: PROCEDURAL THESES AND JURISPRUDENTIAL REVIEW**

### **ABSTRACT**

This article aims to analyze possible legal implications regarding the crime of rape in vulnerable victims, mentioned by art. 217-A of the Penal Code and the enforcement of

Law nº. 13.431/2017. Initially, considerations about sexual violence and the protected listening's law are presented as the accomplishment of the principle of total protection. Then, based on a jurisprudential review, procedural theses for the defense of the crime of rape in vulnerable victims are examined. From the perspective of a bibliographic and jurisprudential researches, it was found that the existence of evidence limitations related to the crime of rape in vulnerable victims does not prevent the criminal conviction.

**Keywords:** Sexual abuse; Children and Teenagers; Law nº 13.431/2017; Jurisprudential review.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 10 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm) Acesso em: 10 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069 de 13 de julho e 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 18 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm) Acesso em: 18 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.431 de 04 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm) Acesso em: 18 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 581.956 – São Paulo.** Agravo regimental no habeas corpus. Writ indeferido liminar-



mente. Pedido contrário à jurisprudência consolidada. Estupro de vulnerável. Absolvição. Desclassificação para importunação sexual. Via incompatível. Regime prisional fechado. Ilegalidade. Ausentes circunstâncias judiciais desabonadoras. Pena fixada no mínimo legal. Agravo parcialmente provido. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 08 setembro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/920171662/agrg-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-581956-sp-2020-0115332-7> Acesso em: 12 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 312577 – Rio Grande do Norte**. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Art. 217-a. Incompetência de juízo da infância e juventude. Inexistência. Tese de insuficiência de provas para a condenação. Necessidade de reapreciação de matéria fático-probatória. Depoimento da vítima e prova testemunhal apta a embasar a condenação. Agravo regimental não provido. Relator Ministro Moura Ribeiro, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24869899/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-312577-rn-2013-0098882-8-stj/certidao-de-julgamento-24869902> Acesso em: 12 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 584.799 – Goiás**. Agravo regimental no habeas corpus. Estupro de vulnerável. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desclassificação. Art. 215-a do código penal. Impossibilidade. Ressalva de entendimento. Agravo regimental improvido. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868700855/agravo-regimental-no-habeas-corpor-agrg-no-hc-584799-go-2020-0125368-7> Acesso em: 12 mar 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 490.514 – Rio Grande do Sul**. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação. Estupro de vulnerável. Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal. Incompatibilidade com a via do writ. Absolvição ou desclassificação da conduta. Revolvimento fático-probatório. Penal. Agravo regimental em habeas corpus. Estupro de vulnerável. Ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Desclassificação para o crime de importunação sexual. Impossibilidade. Violência presumida. Relator Ministro Ribeiro Dantas. 04 de junho de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28%22490.514%22+E+HC+E+AGRG+E+NO%29%29+E+%2215766+95765065%22.COD.&thesaurus=&p=true>. Acesso em: 13 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 422.635/SP – São Paulo**. Estupro de vulnerável. Ausência de realização de avaliação psicológica da vítima, de sua genitora e do paciente. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrência. Vítima e genitora que optaram pelo depoimento perante o juízo, dispensando oitiva especial, nos termos da Recomendação n. 33/CNJ. Ausência de oitiva do paciente pe-



rante a psicóloga designada pelo juízo. Prejuízo não demonstrado. Constrangimento ilegal não evidenciado. Relator. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/870630597/habeas-corporus-hc-422635-sp-2017-0281009-6> Acesso em: 12 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 568.088 – São Paulo**. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Inadequação da via eleita. Crimes de estupro de vulnerável e ameaça. Indeferimento motivado da produção de laudo psicossocial da vítima e da realização de perícia no local dos fatos. Faculdade do magistrado. Desclassificação para o crime de importunação sexual. Impossibilidade. Precedentes. Reconhecimento da modalidade tentada. Inviabilidade. Prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com menor de 14 anos. Crime consumado. Inexistência de constrangimento ilegal. Writ não conhecido. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859839238/habeas-corporus-hc-568088-sp-2020-0072942-8/inteiro-teor-859839246> Acesso em: 12 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 478.310 – Pará**. Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Qualquer ato de libidinagem. Contato físico direto. Prescindibilidade. Contemplanção lasciva por meio virtual. Suficiência. Ordem denegada. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172222732/habeas-corporus-hc-478310-pa-2018-0297641-8/inteiro-teor-1172222743> Acesso em: 12 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1919722/SP**. Agravo Regimental no Recurso Especial 2020/0307577-5. Penal e Processo Penal. Agravo Regimental No Recurso Especial. 1. Estupro de Vulnerável. Resp Repetitivo 1.480.881/PI e Súmula 593/STJ. Particularidades do Caso Concreto. Necessidade de Distinção. 2. Art. 217-a do CP. Simples Presunção de Impossibilidade de Consentir. Critério Meramente Etário. Responsabilidade Penal Subjetiva. Necessidade de Compatibilização. 3. Ausência de Tipicidade Material. Inexistência de Relevância Social. Formação de Núcleo Familiar com Filho. Hipótese de Distinguishing. 4. Condenação que Revela Subversão Do Direito Penal. Colisão Direta com o Princípio Da Dignidade da Pessoa Humana. Prevalência Do Justo. 5. Derrotabilidade Da Norma. Possibilidade Excepcional e Pontual. Precedentes do STF. 6. Ausência De Adequação E Necessidade. Incidência da norma que se revela mais gravosa. Proporcionalidade e Razoabilidade Ausentes. 7. Pretensão acusatória contrária aos anseios da vítima. Vitimização Secundária. Desestruturação de Entidade Familiar. Ofensa maior à dignidade da vítima. 8. Princípios Constitucionais. Necessidade de Ponderação. Intervenção na nova unidade familiar. Situação muito mais prejudicial que a conduta em si. 9. Existência de união estável com filho. Absoluta proteção da família e do menor. Absolvição Penal que

se impõe. Atipicidade material reconhecida. 10. Agravo Regimental a que se nega provimento. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=202003075775> Acesso em: 30 ago. 2021.

CARVALHO, Fernando Luz; PAIVA, Leila; ROSENO, Renato. **Estudo Proteger e Responsabilizar**. O desafio da resposta da sociedade e do Estado quando a vítima da violência sexual é criança ou adolescente. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2007.

CEARÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**. Penal e processual penal. Apelação criminal. Crime contra a liberdade sexual. Atentado violento ao pudor. Vítima menor de 14 anos. Crime continuado. Art. 214 c/c art. 224, a c/c art. 71, todos do cp. Absolvição. Desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Descabimento. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Regime prisional inicial fechado. Pena de 7 anos de reclusão. Ausência de motivação para aplicação de regime mais gravoso. Retificação para o regime semiaberto. Recurso conhecido e parcialmente provido. Relatora Desembargadora Ligia Andrade de Alencar Magalhães. 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941020955/apelacao-criminal-apr-110353420088060001-ce-0011035-342008806000.1> Acesso em: 12 mar. 2021.

COSTA, Anna Gabriella Pinto da. Os 30 compromissos da infância e da juventude: Ministério Público cearense e a defesa de direitos de crianças e adolescentes. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; SPOSATO, Karyna Batista; FREITAS, Raquel Coelho de. (Orgs). (Org.). **A Luta pela Proteção Integral**: Edição comemorativa dos 30 anos do ECA. 1ed.Porto Alegre: Fundação Fênix, 2020, v., p. 181-200.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte especial (arts.121 ao 361) 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Processo penal juvenil**: a garantia da legalidade na execução de medida socioeducativa. São Paulo: Malheiros, 2006.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**, vol 3: parte especial, arts. 213 a 359H – 7. Ed. ver, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2017.

MOCELIN, Márcia Regina. **Adolescência em Conflito com a Lei ou a Lei em Conflito com a Adolescência**. Paraná: Appris, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral, parte especial. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINHEIRO, Ângela. **Criança e adolescente no Brasil**: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

VALSANI, Anna Gesteira Bäuerlein Lerche. MATOSINHOS, Izabella Drumond. Depoimento sem dano e as inovações trazidas pela Lei nº 13.431/2017. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará** – Ano 9, nº 2 (Jul./Dez. 2017)

DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO  
PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES DE  
APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA  
COMETIDOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS

*CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL  
PROSECUTION AGREEMENT IN THE CRIMES  
OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY  
FUNDS PERPETRATED BY CITY MAYORS*



# DA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA COMETIDOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS<sup>1</sup>

*CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT  
IN THE CRIMES OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY FUNDS  
PERPETRATED BY CITY MAYORS*

*Francisco Hélio Magalhães Gonçalves<sup>2</sup>  
Lucas Carvalho Rosado de Oliveira Camurça<sup>3</sup>*

## RESUMO

O presente artigo tem por escopo tecer considerações teóricas e práticas acerca da celebração do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal e introduzido através da Lei Federal nº 13.964/2019, em favor de prefeitos municipais, nas hipóteses em que cometem o crime previsto no art. 168-A do Código Penal Brasileiro (apropriação indébita previdenciária).

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal; Prefeitos municipais; Apropriação indébita previdenciária.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo exsurgiu de reflexões despertadas pela ocorrência, infelizmente comum em diversos municípios brasileiros, do crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A do Código Penal, cometido por Prefeitos em prejuízo

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 07/10/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Técnico Ministerial do Ministério Público do Ceará, Assessor Jurídico I lotado na Procuradoria dos Crimes Contra a Administração Pública, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (Unifor).E-mail: heliomg20@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0308859561821086>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8468-2701>

<sup>3</sup> Técnico Ministerial do Ministério Público do Ceará, Assessor Jurídico I lotado na Procuradoria dos Crimes Contra a Administração Pública, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Especialista em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza (Unifor).E-mail: lucas.camurca@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3227387764525984>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9011-7207>

direto aos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos servidores municipais das respectivas Administrações.

O dispositivo supracitado informa constituir ilícito penal o ato de deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional.

O objetivo deste artigo, confeccionado mediante pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, é traçar um panorama favorável à atuação do Ministério Público na prevenção e repressão aos atos que sejam compatíveis com as tenazes do supracitado art. 168-A do Código Penal brasileiro, cometidos por Prefeitos Municipais.

No segundo tópico, são abordadas considerações gerais sobre o tema. No terceiro, são trazidas questões específicas, como as da ausência de repasse de contribuições patronais, do parcelamento das contribuições para a seguridade social recolhidas de servidores públicos e não repassadas ao RPPS tempestivamente e da constituição do crédito tributário. No quarto, são tecidos comentários acerca do instituto do Acordo de Não Persecução Penal. No quinto, é feito o cotejamento entre a possibilidade de assinatura do ANPP e os crimes previstos no art. 168— do Código Penal. No sexto ponto, tem-se a conclusão.

## **2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA: CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Conforme já explanado, o Código Penal Brasileiro elenca em seu art. 168-A e incisos, introduzidos através das alterações promovidas pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, diversas condutas danosas ao sistema previdenciário, as quais, uma vez praticadas, dão ensejo à atuação do *jus puniendi* estatal, posto que caracterizadoras do crime de apropriação indébita previdenciária.

Ante a evolução do sistema previdenciário em vigor no Brasil, a matéria passou a encontrar guarida na Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujo art. 95, alíneas *d*, *e* e *f*, assim dispunham:

Art. 95. Constitui crime: (...)

- d) deixar de recolher, na época própria, contribuição ou outra importância devida à Seguridade Social e arrecadada dos segurados ou do público;
- e) deixar de recolher contribuições devidas à Seguridade Social que tenham integrado custos ou despesas contábeis relativos a produtos ou serviços vendidos;
- f) deixar de pagar salário-família, salário-maternidade, auxílio nata-

lidade ou outro benefício devido a segurado, quando as respectivas quotas e valores já tiverem sido reembolsados à empresa.

Com o advento da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, referido dispositivo fora expressamente revogado, passando o tema a ser tratado mediante a inserção do art. 168-A e respectivos parágrafos e incisos no Código Penal Brasileiro, consubstanciando-se o crime em deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, implicando em sanção de reclusão, de dois (02) a cinco (05) anos, além de multa.

A jurisprudência pátria, tratando das inovações trazidas pela inserção do aludido dispositivo no Código Penal, é assentada no entendimento de que a dicção da lei afastou a exigência do dolo específico para caracterização do tipo penal, tornando despiciendo o chamado *animus rem sibi habendi*, ou seja, o especial fim de agir para prejudicar ou fraudar o regime previdenciário, senão veja-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE.

1. Para a configuração de apropriação indébita de contribuição previdenciária, não há necessidade da comprovação do dolo de se apropriar dos valores destinados à previdência social.

2. Sentença condenatória, proferida há mais de cinco anos, pode ser considerada como mau antecedente.

3. Não trazendo o agravante tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, é de se manter a decisão agravada na íntegra, por seus próprios fundamentos.4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1083417/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013).

Impende acentuar que certa doutrina tem considerado equivocada a inserção dos aludidos tipos penais no Título II do Código Penal, que abrange os crimes contra o patrimônio, como se os delitos em questão se resumissem a meras modalidades de apropriação indébita. Isso porque o empregador/gestor municipal não recebe para si as importâncias arrecadadas a título de contribuição previdenciária: por não dispor livremente do numerário, a materialidade do delito não se perfaz com a apropriação, pelo empregador/gestor, dos valores, mas pela mera omissão em não recolher o mon-

tante aos cofres do regime previdenciário.<sup>4</sup>

Ademais, em oposição à natureza eminentemente privada que permeia os bens jurídicos tutelados pelos crimes contra o patrimônio inseridos no Título II do Código Penal, a apropriação indébita previdenciária, ante a indubitável natureza jurídica tributária de que se revestem as contribuições que custeiam a seguridade social<sup>5</sup>, constitui verdadeiro delito patrimonial de caráter público, razão pela qual o tipo penal previsto no art. 168-A guarda insofismável natureza de crime contra a ordem tributária.

Tal tem sido o tratamento dispensado pela lei ao delito em liça, transplantando à seara das contribuições sociais normatização análoga à já existente em relação às outras modalidades tributárias, extinguindo a punibilidade do delito quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, consoante dicção do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.

Referido dispositivo, segundo o STJ, teria o condão de possibilitar a extinção da punibilidade, inclusive, nos casos em que a quitação dos débitos e acessórios ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme o aresto a seguir:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PAGAMENTO DO TRIBUTO. CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ARTIGO 9º, § 2º, DA LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário

4 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 361). 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 349.

5 PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições**: teoria geral, contribuições em espécie. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.21.



redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite. 2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado. 3. Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003.

(STJ, HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017).

Ante a aplicação conferida pelo STJ, o supracitado dispositivo legal não estipula distinção, aplicando-se a débitos referentes a todas as modalidades de contribuições sociais, inclusive as de natureza previdenciária, o que, pela lógica, parece-nos suplantam as regras previstas nos §§ 2º e 3º do art. 168-A do Código Penal, segundo as quais a punibilidade se extingue pela quitação dos débitos caso esta ocorra tão somente antes do início da ação fiscal.

Em relação às hipóteses em que o agente opta pela assinatura de acordo de parcelamento dos débitos, a disciplina é trazida pelo caput do art. 9º da já mencionada lei 10.684, de 30 de maio de 2003, cujo texto prevê a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. O STF tem aplicado o aludido dispositivo nas situações acima mencionadas:

Ementa: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas aos empregados. Condenação por infração ao art. 168-A, cc. art. 71, do CP. Débito incluído no Programa de Recuperação Fiscal - REFIS. Parcelamento deferido, na esfera administrativa pela autoridade competente. Fato incontestável no juízo criminal. Adesão ao Programa após o recebimento da denúncia. Trânsito em julgado ulterior da sentença condenatória. Irrelevância. Aplicação retroativa do art. 9º da lei nº

10.684/03. Norma geral e mais benéfica ao réu. Aplicação do art. 2º, § único, do CP, e art. 5º, XL, da CF. Suspensão da pretensão punitiva e da prescrição. HC deferido para esse fim. Precedentes. No caso de crime tributário, basta, para suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, tenha o réu obtido, da autoridade competente, parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

(STF, HC 85643/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, DJ 01-09-2006 PP-00021 EMENT VOL-02245-04 PP-00887 RTJ VOL-00201-02 PP-00616).

Ainda na disciplina do instituto, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, ao crime de apropriação indébita previdenciária, não se aplica o princípio da insignificância, dado o elevado grau de reprovabilidade da conduta típica, cuja prática põe em risco a existência do próprio sistema previdenciário, senão veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. VALOR DO DÉBITO. IRRELEVÂNCIA. CONDUTA ALTAMENTE REPROVÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Ambas as Turmas que compõem o Supremo Tribunal Federal entendem ser inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, tendo em vista a elevada reprovabilidade dessas condutas, que atentam contra bem jurídico de caráter supraindividual e contribuem para agravar o quadro deficitário da Previdência Social.

2. A Terceira Seção desta Corte Superior concluiu que não é possível a aplicação do princípio da insignificância aos crimes de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, independentemente do valor do ilícito, pois esses tipos penais protegem a própria subsistência da Previdência Social, de modo que é elevado o grau de reprovabilidade da conduta do agente que atenta contra este bem jurídico supraindividual.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1783334/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEX-

O Superior Tribunal de Justiça, de outra banda, tem aplicado o Princípio da Insignificância naqueles casos em que a importância das contribuições previdenciárias não repassadas seja inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), descontados os juros e as multas:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona em reconhecer a aplicação do princípio da insignificância ao delito de apropriação indébita previdenciária quando, na ocasião do delito, o valor do débito com a Previdência Social não ultrapassar o montante de R\$ 10.000, descontados os juros e as multas. Precedentes. Ressalva do relator.

2. Recurso especial não provido.

(STJ - REsp: 1419836 RS 2013/0387344-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 13/06/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2017).

Tecidas estas considerações acerca da apropriação indébita, passemos agora às particularidades do crime em questão nos casos em que os Prefeitos Municipais deixam de repassar, aos regimes próprios de Previdência dos municípios, os valores relativos às contribuições patronais, bem ainda, aquelas descontadas na folha de pagamento dos servidores públicos das edilidades.

### **3 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA NO ÂMBITO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA (RPPS) DOS MUNICÍPIOS**

Em que pese o extensivo tratamento que o tema da apropriação indébita previdenciária tem recebido, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, na seara do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), especialmente quando tem, na qualidade de agentes, os empregadores da iniciativa privada, faz-se necessária também a abordagem da prática do delito em questão na seara do regime previdenciário próprio dos servidores públicos (RPPS), onde tem recebido, por parte especialmente da jurisprudência, tratamento diferenciado.

Afigura-se plenamente possível afirmar que Prefeitos Municipais possam figurar como agentes do delito de apropriação indébita previdenciária, tanto se o crime for

cometido contra o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), naqueles municípios desprovidos de regime previdenciário próprio, caso em que sua apuração e repressão competirá à Justiça Federal (art. 109, I, CF e Súmula 208-STJ<sup>6</sup>), bem ainda se praticado em prejuízo do RPPS, hipótese abarcada pela competência residual da Justiça Estadual.

O Prefeito Municipal, frise-se, é o gestor público por excelência no âmbito municipal e o principal responsável por sua governança, incumbindo a si gerir e fiscalizar a execução administrativa, além do trabalho desenvolvido por seus secretários, já que estes representam sua *longa manu* na circunscrição territorial do município, razão pela qual têm o dever de zelar pela correta destinação dos recursos arrecadados a título de contribuição previdenciária dos servidores públicos da edilidade, sob pena de, pela omissão, concorrer pela prática do delito sob enfoque, bastando aquela para caracterizar a prática, conforme já explanado.

No entanto, infelizmente, nossos tribunais não tem entendido desta forma. O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Quinta Turma, na linha do entendimento proferido em acórdão da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região na Apelação Criminal nº 249/BA (processo nº 0000249-56.2009.4.01.3302), posicionou-se no sentido de que os Prefeitos Municipais somente respondem por apropriação indébita previdenciária nos casos em que a verba arrecadada a título de contribuições é desviada em proveito pessoal dos gestores, bem ainda, quando restar comprovada a efetiva participação do Prefeito Municipal na prática da conduta delituosa. Veja-se:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO DESCRIÇÃO DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO DO PREFEITO NO CRIME DENUNCIADO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular 182 desta Corte Superior. 2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que a peça vestibular acusatória não descreveu, suficientemente, como teria ocorrido a participação do denunciado no possível crime de apropriação indébita previdenciária. 3. “O simples fato de o réu ser ex-Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo

---

<sup>6</sup> Súmula 208-STJ: “Compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal”. Aprovada em 27/05/1998, publicada no DJ em 03/06/1998.

criminal por crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de gestor da municipalidade, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva” (HC 53.466/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 22/05/2006) 4. Se a inicial acusatória não descreve minimamente as condutas delituosa supostamente praticadas, ela é considerada inepta, pois impede o exercício da ampla defesa pelo acusado, que deve se defender dos fatos narrados, ainda que sucintamente, na exordial. 5. Agravo regimental não conhecido. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. AgRg no REsp 1166311 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0224170-2. Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 – QUINTA TURMA Data do Julgamento: 15/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 22/03/2012.

Com a devida vênia, o entendimento acima não merece prosperar, haja vista o desvio de verbas públicas em proveito próprio dos gestores caracterizar não a apropriação indébita previdenciária, mas sim o crime de peculato, tipificado no art. 312 do Código Penal, sujeito a tenazes que variam de dois (02) a doze (12) anos de reclusão, ainda mais severas que aquelas previstas no art. 168-A do mesmo diploma.

Insta salientar que o peculato possui natureza penal diferenciada da apropriação indébita previdenciária: enquanto neste não é exigido o dolo específico de prejudicar o regime previdenciário mediante a abstenção do dever de repassar as contribuições arrecadadas, perfazendo-se, tão somente, com a omissão, cuida-se aquele de crime comissivo próprio, que exige, na qualidade de elemento subjetivo, a presença do dolo específico de desviar, em proveito próprio, as verbas ou bens públicos (peculato-desvio) ou de, deliberadamente, utilizar o bem público como se seu fosse (peculato de uso).

Por tudo que já foi explanado acima, resta claro que, a despeito dos entendimentos jurisprudenciais recentes sobre a matéria, que, para dizer o mínimo, podem contribuir com a impunidade dos gestores municipais perante delitos praticados com considerável frequência nos municípios, nada obsta que os Prefeitos Municipais possam ser incurso

e processados nas tenazes do art. 168-A do Código Penal. Como já frisado, os Alcaldes arcam com o dever legal de zelar pela manutenção do regime previdenciário local, no que seu vilipêndio, dada a gravidade, influi negativamente no direito de toda a coletividade de servidores públicos das edificações.

### **3.1 A (não) ocorrência do crime de apropriação indébita previdenciária ante a ausência de repasse das contribuições patronais**

Conforme já explanado, as contribuições sociais destinadas ao custeio da previdência social deságuam em duas principais categorias: a) as contribuições previdenciárias patronais, devidas pelo empregador, cuja competência tributária se encontra prevista no art. 195, I, da Constituição Federal e b) as contribuições previdenciárias dos segurados, previstas no art. 195, II, da Carta Magna.

É consabido que, na sistemática brasileira de recolhimento das aludidas contribuições, compete ao empregador transmitir aos cofres do regime de previdência os montantes arrecadados, tanto os relativos aos tributos em que ele próprio seja o sujeito passivo da obrigação tributária (ou seja, as contribuições de natureza patronal), quanto aqueles resultantes do desconto em folha de pagamento dos empregados, que nessa hipótese figuram na qualidade de sujeitos passivos (ou seja, no caso das contribuições sociais dos segurados).

Nesse diapasão, percebe-se a existência de duas situações notoriamente distintas, quando não há os repasses: a) quando o empresário/empregador deixa de recolher as contribuições previdenciárias que ele próprio, na qualidade de sujeito passivo originário da obrigação tributária, deve carrear aos cofres públicos, e b) quando o tomador de serviços, muito embora responsável pelo recolhimento e repasse, deixa de transmitir aos cofres da Previdência as contribuições recolhidas mediante desconto em folha de pagamento de seus empregados/segurados, os quais, na qualidade de sujeitos passivos do crédito tributário, restam prejudicados pela omissão do empregador.

Atentando-nos à primeira prognose, o empresário/tomador de serviços desempenha toda a cadeia típica do recolhimento de tributos: não apenas é o sujeito passivo da obrigação tributária, como também lhe compete estipular o montante tributário a ser recolhido, mediante cotejo da legislação vigente, e carrear a quantia devida aos cofres do regime previdenciário, bastando à autarquia previdenciária verificar e homologar o lançamento tributário (lançamento por homologação), quando então será resolvida a obrigação.

Ora, é cediço que, no caso de não recolhimento do Imposto de Renda ou seu recolhimento fora dos prazos estipulados em lei, materializa-se infração tributária de natureza

meramente administrativa, e não penal, cujas sanções encontram-se disciplinadas pelos arts. 994 e seguintes do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018, incluindo multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso (art. 994, caput), mais multa de até 20% (vinte por cento) sobre o montante devido (art. 994, § 2º).

Dada a proximidade entre as hipóteses acima mencionadas, tanto qualificada doutrina quanto os nossos Tribunais têm aduzido inexistir tipicidade penal nos casos em que o tomador de serviços deixa de recolher as contribuições previdenciárias patronais, posto ser ele, *in casu*, assim como na hipótese mencionada atinente ao Imposto de Renda, o próprio sujeito passivo da obrigação tributária. Veja-se, a este propósito, o acórdão abaixo:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA E PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, DO CÓDIGO PENAL). INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO RECONHECIDA. CRIME SOCIETÁRIO. CRIME DO ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE NÃO CONFIGURADA. CONTRIBUIÇÕES PATRONAIS E VERBAS PAGAS EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTAS, SEM COMPROVAÇÃO DE DESCONTOS. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 385, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O recolhimento dos valores descontados dos empregados e não repassados ao INSS antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade do acusado. 2. In casu, conforme se verifica das informações do INSS, somente o Lançamento de Débito Confessado LDC nº 35.263.085-0 configuraria, em tese, o crime de apropriação indébita previdenciária, descrito no art. 168-A, do Código Penal. Ocorre que referido débito foi quitado, razão pela qual não constou na denúncia, por extinta a punibilidade. 3. O Ministério Público Federal, contudo, ofereceu denúncia em relação aos LDCs nºs 35.263.086-8 e 35.263.087-6 não quitados, entendendo que se referiam a débitos de empregados. 4. Ocorre que o Lançamento de Débito Confessado LDC nº 35.263.086-8 corresponde a contribuições devidas pelo empregador ao INSS, com alíquota de 20% sobre a folha de pagamento do período de jan/99 a dez/99 . **Representam débitos relativos aos valores das contribuições devidas pela própria empresa ABC Farmácia LTDA, que não foram recolhidos aos cofres da Previdência Social, constituindo, portanto contribuição patronal.** 5. **Tal dívida não configura o delito do artigo 168-A do CP, pois este dispositivo exige que a empresa faça a retenção das contribuições devidas por terceiros**

**contribuintes (empregados, cooperados ou autônomos) e não proceda ao devido repasse ao INSS.** 6. O Lançamento de Débito Confessado LDC nº 35.263.087-8, por sua vez, trata de valores devidos pela própria empresa com base no levantamento da folha de pagamento do período de fev/97 a dez/98 e contribuições da empresa e do empregado sobre valores pagos em reclamações trabalhistas no ano de 1997. 7. No que se refere à cobrança de contribuições sobre valores pagos aos empregados em ações trabalhistas, tal circunstância significa que não houve o pagamento do salário no tempo devido, logo, não houve a retenção das contribuições previdenciárias do empregado e muito menos a apropriação previdenciária. Quanto ao valor pago posteriormente na Justiça do Trabalho, o delito também não se perfaz, uma vez que não há evidências de que o acusado tenha realizado o desconto de contribuições sociais das verbas condenadas a pagar ao empregado na Justiça do Trabalho. 8. **Merece, portanto ser reformada a v. sentença apelada, neste aspecto, para absolver o apelante, uma vez que os Lançamentos de Débitos Confessados (LDCs) apontados na denúncia não se referem a contribuições recolhidas dos empregados, mas a contribuições patronais e verbas em que não houve o efetivo desconto da contribuição sobre o salário do empregado.** 9. Apelação provida. (TRF-1 - APR: 00237076820064013800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Data de Julgamento: 08/04/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 06/06/2014) (grifos nossos).

Nas palavras de Ivan Kertzman,

Caso a empresa não tenha disponibilidade de recursos para efetuar o pagamento do valor integral (parte patronal, terceiros e valores retidos), deve, com a finalidade de evitar a ocorrência de crime, pagar, ao menos, as quantias retidas. A ausência de recolhimento da parte patronal e de terceiros não constitui crime, nem Infração sujeita a auto de infração. Neste caso, há, apenas, a obrigação de recolher o valor do débito, acrescido de multa e juros.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. ampl. e atualiz. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 305.



Não por acaso, a exigibilidade das contribuições previdenciárias patronais tem sido objeto de frequentes flexibilizações, ante as numerosas dificuldades enfrentadas pelos gestores municipais ao efetuar seu recolhimento. É o caso, por exemplo, da previsão insculpida no art. 5º, caput, da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, segundo o qual os débitos oriundos de contribuições patronais, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser objeto de acordo para pagamento parcelado em até cento e oitenta (180) prestações mensais, observadas as condições fixadas no diploma normativo.

Da mesma forma, a Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabelece normas gerais de enfrentamento da pandemia do Novo Coronavírus, em seu art. 9º, determinou a suspensão dos pagamentos dos refinanciamentos de dívidas dos Municípios com a Previdência Social com vencimento entre 1º de março e 31 de dezembro de 2020, dispositivo que foi regulamentado pela Portaria nº 14.816, de 19 de junho de 2020, a qual, em seu art. 1º, § 1º, II, estipula que poderão ser objeto da aludida suspensão os pagamentos das contribuições patronais, desde que haja lei municipal específica autorizadora.

### **3.2 A (im)possibilidade de parcelamento das contribuições previdenciárias descontadas em folhas de pagamento pelos prefeitos municipais.**

De outra banda, tem-se também a situação em que, embora não seja o sujeito passivo do crédito tributário, repousa no empresário/tomador de mão de obra o encargo de descontar, diretamente da folha salarial dos segurados empregados, as parcelas devidas por estes a título de contribuição previdenciária, com o subsequente repasse aos cofres do regime de previdência social, para custeio dos benefícios e serviços a que fazem jus os contribuintes.

Nessa hipótese, verifica-se gravíssimo prejuízo aos segurados, os quais, além de se verem privados de seu poder aquisitivo mediante descontos em folha, de natureza compulsória (o que evidencia o caráter tributário da exação), tampouco usufruem dos benefícios previdenciários a que fazem jus, posto que a aludida abstenção redunde em déficit atuarial do sistema, danificando sua saúde financeira e impossibilitando as concessões.

É cediço que a Previdência Social é regida pelo princípio da contributividade, segundo o qual, para fazer jus aos benefícios e serviços por ela oferecidos, faz-se necessário revestir-se, o trabalhador, da qualidade de segurado, o que se obtém mediante pagamento das contribuições destinadas ao custeio do sistema. Aquele que não contribui despo-se da condição de segurado, não fazendo jus à proteção do sistema.

Entrementes, sendo o empregador/tomador de mão de obra o responsável pelo recolhimento das contribuições dos segurados a ele vinculados pelo liame empregatício,

caso este deixe de efetuar os repasses, muito embora reste presumida a condição de segurado dos trabalhadores, não há dúvidas que, considerando que tais parcelas representam parcela substancial do equilíbrio financeiro e atuarial que deve permear o sistema, o dano causado pela simples omissão é massivo, razão pela qual tal fato, puro e simples, já caracteriza o tipo penal do art. 168-A do CPB.

Dada a importância vital das contribuições dos segurados para o custeio do sistema, bem ainda, o duplo dano de que decorre a omissão de seus repasses, além da relevância penal de que decorre a conduta, a legislação pátria, via de regra, não prevê hipótese de parcelamentos ou renegociações de tais créditos.

Cite-se, como exemplo, a Lei Federal nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que veda expressamente em seu art. 14, I, com redação dada pela Lei nº 11.941/2019, a concessão de parcelamento de débitos relativos a tributos passíveis de retenção na fonte, de desconto de terceiros ou de subrogação.

Na mesma linha, a já mencionada Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, ao dispor sobre parcelamento de débitos perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em seu art. 5º, estende tal possibilidade apenas às contribuições patronais, excluindo aquelas retidas mediante desconto em folha dos segurados:

Porém, em que pese a especial proteção de que tais contribuições gozam no ordenamento, a Portaria nº 333, de 11 de julho de 2017, do Ministério da Fazenda, que alterou dispositivos da Portaria nº 204, de 10 de julho de 2008, do Ministério da Previdência Social, estabeleceu excepcional situação em que se possibilitou o parcelamento de contribuições previdenciárias dos segurados, fazendo inserir o art. 5º-A, cuja redação diz:

Art. 5º-A Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, mediante lei autorizativa específica, firmar termo de acordo de parcelamento, em até 200 (duzentas) prestações mensais, iguais e sucessivas, de contribuições devidas pelo ente federativo, de contribuições descontadas dos segurados ativos, aposentados e pensionistas, bem como de outros débitos não decorrentes de contribuições previdenciárias, relativos a competências até março de 2017.

§ 1º Poderão ser incluídos quaisquer débitos, inclusive os que tenham sido objeto de parcelamentos ou reparcelamentos anteriores.

§ 3º A lei do ente federativo poderá autorizar a redução dos juros, respeitado como limite mínimo a meta atuarial, e das multas relativas aos débitos a serem parcelados.

Tal dispositivo prevê a possibilidade de adoção, por Prefeitos e Governadores, do regime de parcelamento, porém apenas diante da conjunção de três requisitos: a) a auto-

rização legislativa estadual e municipal, mediante diploma específico; b) o limite máximo de 200 (duzentas) prestações mensais, iguais e sucessivas; c) que o montante devido seja relativo a competências até março de 2017.

Ausentes quaisquer desses pressupostos, não há falar em parcelamento das contribuições descontadas em folha de pagamentos, devidas e não repassadas, o que impossibilita a suspensão da persecução penal aos aludidos gestores públicos.

### 3.3 A necessária constituição do crédito tributário

A exemplo do que ocorre na iniciativa privada, as contribuições previdenciárias destinadas ao regime próprio se enquadram na modalidade de lançamento denominada pela doutrina “por homologação”, disciplinado no art. 150 do Código Tributário Nacional, em que se atribui ao sujeito passivo (administrador/gestor/empregador) o dever de, mediante orientação da legislação específica, efetuar o recolhimento antecipado dos tributos, sem o prévio exame da autoridade administrativa responsável, a qual, em momento posterior, homologará o ato, ocasião em que restará aperfeiçoado o lançamento, extinguindo-se o crédito tributário (art. 150, § 2º, CTN).

Complementa Ricardo Alexandre, acerca do lançamento por homologação:

Como o crédito decorre da obrigação, não seria possível legitimamente efetuar lançamento se a obrigação estivesse extinta. Por isso, o CTN assevera que não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito. A obrigação permanece intacta e, se o fisco entender necessário lançar de ofício alguma diferença, poderá fazê-lo.<sup>8</sup>

O STJ, a esse respeito, reconhece a natureza homologatória do lançamento das contribuições previdenciárias dos servidores públicos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DESCONTADA NA FONTE. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Recurso especial de Paulo Lemos dos Santos já julga-

<sup>8</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 13ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 470.

do conforme decisão de fls. 346/354, contra a qual não interposto recurso (fl. 359). 2. Recurso especial da União que ultrapassa a barreira de admissibilidade recursal, tão-somente no tocante à discussão sobre a natureza do lançamento do tributo, no caso, contribuição previdenciária de servidor público. 3. Nos termos da jurisprudência da Primeira Seção, a contribuição previdenciária é tributo sujeito a lançamento por homologação, não tendo a simples retenção na fonte o condão de transmudar a natureza do lançamento da exação (de lançamento por homologação para lançamento de ofício). Precedentes: EREsp 1.096.074/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 9/6/2010, DJe 16/6/2010; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/3/2006, DJ 10/4/2006, p. 111. 4. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1224723/SC, Rel. Ministro SERGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 10/09/2019).

Nesse diapasão, pode se afirmar que o crédito tributário resta constituído definitivamente, nas hipóteses de lançamento por homologação, quando a autarquia ou órgão previdenciário, tendo procedido à revisão dos tributos lançados, detecta inconsistências ocasionadas ou pela ausência de repasses de determinadas verbas que o gestor sabia serem devidas, ou pelo recolhimento a menor, o que impede a homologação (com a qual se extinguiria o crédito tributário) e possibilita o lançamento de ofício, desde que respeitado o prazo decadencial do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, que prevê 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça procedeu à edição, em maio de 2010, da Súmula nº 436, que assim vaticina: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.”

Na dicção do aludido verbete, com o fornecimento pelo gestor, no caso dos regimes previdenciários próprios dos municípios, de documentos como o Demonstrativo de Informações Previdenciárias e Repasses (DIPR), acompanhado da Declaração de Veracidade e do Relatório de Irregularidades, ou ainda eventual declaração do órgão previdenciário ou do próprio gestor reconhecendo o débito fiscal, já se materializa o crédito tributário, o que poderia caracterizar, com ainda mais facilidade, a ocorrência do crime de apropriação indébita previdenciária.

#### 4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES GERAIS, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS

Regulamentado em nosso ordenamento jurídico através do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 (lei do “pacote anticrime”), o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) já tinha respaldo na praxis ministerial desde 2017, através da Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Isso possibilitava ao *parquet* concentrar a persecução penal judicial nos casos mais graves, reduzindo as demandas judiciais na área criminal e avançando ao implementar no direito penal e processual penal pátrios características típicas da justiça negociada e da autocomposição, a exemplo do que se verifica no instituto do plea bargain, característico dos países em que vigora o sistema do common law. Como aduzem Rogério Sanches Cunha e Rennê do Ó Souza,

Sobretudo em países do Common Law, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes.<sup>9</sup>

O art. 28-A do Código de Processo Penal enumera os requisitos aptos a conferir, ao Ministério Público, a possibilidade de propor o Acordo de Não Persecução Penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime e que a conduta punível: a) tenha sido confessada formal e circunstancialmente pelo investigado; b) não tenha sido praticada mediante violência ou grave ameaça e c) tenha pena mínima inferior a quatro (04) anos, consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (§ 1º).

A esse respeito, cumpre colacionar o entendimento constante do enunciado nº 29, emitido em conjunto pelo CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) e pelo GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal) o qual dispõe que

para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição

---

9 CUNHA, R.S. et al. **Acordo de não persecução penal**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, pp. 202.

aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup>.

Em tese, todos os tipos penais enquadrados nos requisitos acima podem ser objeto de Acordo de Não Persecução Penal, realizado diretamente entre o Ministério Público e o Investigado e homologado pela autoridade judiciária, desde que mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa e alternativamente, segundo os incisos I a V do art. 28-A.

O mesmo art. 28-A, em seu § 2º, enumera, em seus incisos I a IV, as hipóteses em que é vedada a celebração do Acordo de Não Persecução Penal: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo e d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Nos termos do art. 28-A, § 13, o cumprimento integral do Acordo de Não Persecução Penal tem o condão de operar a extinção da punibilidade, o que confere à norma regulamentadora do acordo caráter misto de norma penal e processual penal. Isso possibilita que seja aplicada retroativamente aos processos em curso anteriores à sua entrada em vigor (art. 5º, XL, CF), na medida em que o Acordo se afigura mais benéfico que eventual sentença penal condenatória. Conforme aduzem Ali Mazloum e Amir Azloum,

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu

---

10 BRASIL. **Enunciados interpretativos da lei anticrime (lei nº 13.694/2019)**. Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM). Disponível em [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTICRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em 20/08/2020, às 16:19 horas.

a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas.<sup>11</sup>

Caso o Acordo de Não Persecução Penal seja descumprido, a doutrina pátria é assente no sentido de que a confissão formulada no bojo da avença não poderá ser utilizada como prova na propositura da ação penal pelo Ministério Público. Salienta Rogério Sanches Cunha que “não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.<sup>12</sup>

É dizer, na medida em que tal confissão não foi colhida sob as regras que permeiam a ação penal, ou seja, segundo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, teria natureza jurídica similar à da confissão realizada na esfera policial, atraindo a aplicação do art. 155 do Código de Processo Penal.

Daí porque, diferentemente do caso acima, descumprido o Acordo de Não Persecução Penal, caso a confissão ocorra durante a audiência de instrução e julgamento, não há razão para recusá-la como meio de prova, posto que colhida no transcurso do processo judicial e dentro dos ditames que regem o devido processo legal, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. art. 5º, LIV e LV, da CF).

Ademais, a confissão realizada durante a audiência de instrução e julgamento, da mesma forma, reputa-se perfeitamente válida para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, desde que cumpridos os demais requisitos legais para sua assinatura.

## **5 FIRMATURA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS CRIMES PREVISTOS NO ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Conforme já explicitado, os delitos tipificados no art. 168-A, parágrafos e incisos, do Código Penal preveem, como consequências penais, reclusão de dois (02) a cinco (05) anos e multa, características que, em tese, compatibilizam as condutas com a possibilidade de assinatura de Acordo de Não Persecução Penal, desde que não tenham sido cometidas mediante violência ou grave ameaça, na dicção do art. 28-A e respectivos incisos, do Código de Processo Penal.

Porém, o gestor só fará jus ao acordo caso seu status não esteja inserido entre as vedações previstas nos incisos I a IV do § 2º do art. 28-A, especialmente as hipóteses

---

11 MAZLOUM, Ali et al. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acessado em 20/08/2020, 16:12hs.

12 CUNHA, *op. cit.*, p. 129.

dos incisos II e III, a saber: a) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; b) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Portanto, é necessário ter em mente que, muito embora a lei faculte a possibilidade de adesão do investigado ao ANPP, faz-se imperiosa a aferição das aludidas vedações, mormente em se tratando de Prefeitos Municipais, os quais, no mais das vezes, praticam em demasiada reincidência, condutas compatíveis, em tese, com o dispositivo em comento.

Vale salientar, nesse diapasão, a controvérsia acerca da obrigatoriedade de assinatura do Acordo de Não Persecução Penal, ante as novidades trazidas pelo tema. O melhor tratamento ao tema nos parece aquele dado pelo STJ, no AgRg no RHC 74.464/PR, em se tratando da controvérsia acerca da natureza jurídica da suspensão condicional do processo, decidindo nos seguintes termos:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MENÇÃO AO FATO DE QUE O RECORRENTE OSTENTA AO MENOS 3 (TRÊS) OUTRAS APREENSÕES DE MERCADORIAS DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA REGISTRADAS NOS ÚLTIMOS 5 (CINCO) ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se nega provimento ao recurso em habeas corpus, quando não evidenciado constrangimento ilegal decorrente da ausência de proposta de suspensão condicional do processo. 2. **No caso, o Ministério Público Federal deixou de oferecer proposta de suspensão condicional do processo**, ao argumento de que o recorrente possui ao menos 3 (três) outras apreensões de mercadorias de procedência estrangeira registradas nos últimos 5 (cinco) anos, a denotar que sua conduta social demonstra não estar adimplido o requisito previsto no art. 77, II, o Código Penal, c/c o art. 89 da Lei n. 9.099/1995. 3. **Este Superior Tribunal tem decidido que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto**, desde que o faça



de forma fundamentada (AgRg no AREsp n. 607.902/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 17/2/2016). 4. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no RHC: 74464 PR 2016/0208584-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 02/02/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/02/2017) (grifos nossos).

Com efeito, doutrina de escol tem, ante as semelhanças que permeiam a suspensão condicional do processo e o Acordo de Não Persecução Penal, estendido o entendimento supracitado ao novel instituto, considerando-o verdadeiro poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem incumbe fundamentar eventual recusa à celebração. Nas palavras de Aury Lopes Jr. e Hygina Josita,

O MP não é obrigado a ofertar o acordo mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo, até mesmo porque o agente tem direito a saber a razão da recusa pelo MP para ter como desenvolver sua argumentação no pedido de revisão que poderá fazer junto ao Órgão Ministerial Revisional para o qual poderá dirigir um pedido de reconsideração, com remessa dos autos (art. 28, § 14, CPP). Isso se chama exercício do direito a ampla defesa.<sup>13</sup>

Portanto, parece-nos razoável, em último caso, que o Ministério Público afira a presença das condições propícias à formalização do Acordo de Não Persecução Penal, mediante acurada análise das peças de informação disponíveis e verificada a conduta do Prefeito Municipal.

## 6 CONCLUSÃO

Como se pode perceber, perfaz-se, em tese, plenamente possível a assinatura de Acordo de Não Persecução Penal em desfavor de Prefeitos Municipais que hajam sido incurso nas tenazes do art. 168-A, parágrafos e incisos, da Lei Penal Substantiva.

Para tanto, é preciso que haja uma análise valorativa detalhada, de modo a verificar o preenchimento dos requisitos legais para sua assinatura e a ausência de vedações expressas do art. 28-A do Código de Processo Penal e respectivos parágrafos, bem ainda, o caráter pedagógico e reparador que deve permear a adoção da medida.

---

13 LOPES JÚNIOR, Aury et al. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20/08/2020, 19:42hs.

# CELEBRATION OF THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN THE CRIMES OF EMBEZZLEMENT OF SOCIAL SECURITY FUNDS PERPETRATED BY CITY MAYORS

## ABSTRACT

This paper aims to present theoretical and practical considerations on the celebration of the non-criminal prosecution agreement, as seen on the Criminal Procedure Code on article 28-A, introduced by Federal Act 13.964/2019, in favor of city mayors, in the hypotheses when they commit the crime foreseen on Brazilian's Criminal Code on article 168-A (embezzlement of social security funds).

**Keywords:** Non-criminal Prosecution Agreement; City Mayors; Embezzlement of Social Security Funds.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 13<sup>a</sup> ed. rev, atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. **Enunciados interpretativos da lei anticrime (lei nº 13.694/2019)**. Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM). Disponível em [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM\\_-\\_ANALISE\\_LEI\\_ANTI-CRIME\\_JANEIRO\\_2020.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTI-CRIME_JANEIRO_2020.pdf). Acesso em: 20 ago.2020.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 a 361). 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 12. ed. rev. ampl. e atualiz. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury *et al.* **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 ago.2020.

MAZLOUM, Ali *et al.* **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 20 ago.2020.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIOÊNCIA DOMÉSTICA: REDE  
INTERSETORIAL DE APOIO E  
RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL SOCIAL  
DO HOMEM E DA MULHER

*DOMESTIC VIOLENCE: INTERSECTORAL  
NETWORK OF SUPPORT AND RESIGNIFICATION  
OF MEN AND WOMEN'S SOCIAL ROLE*



# **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: REDE INTERSETORIAL DE APOIO E RESSIGNIFICAÇÃO DO PAPEL SOCIAL DO HOMEM E DA MULHER<sup>1</sup>**

*DOMESTIC VIOLENCE: INTERSECTORAL NETWORK OF SUPPORT AND RESIGNIFICATION OF MEN AND WOMEN'S SOCIAL ROLE*

*Livia Cristina Araújo e Silva Rodrigues<sup>2</sup>*

## **RESUMO**

O objetivo deste artigo é analisar a violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto problema social, econômico e cultural. Partiu-se do estudo sobre a divisão de classes sociais, que fundamenta a opressão e a exploração econômica de determinadas categorias sobre outras. Por meio da discussão teórica e fontes secundárias, foram analisados o papel econômico-social, a divisão do trabalho e as funções domésticas como forma de violência simbólica contra as mulheres. Assim, foram apresentadas as iniciativas para a criação de políticas públicas, fundamentais para o processo de ressignificação dos papéis sociais do homem e da mulher, a fim de propiciar a igualdade de gênero.

**Palavras-chaves:** Violência doméstica; Classes sociais; Divisão sexual do trabalho; Rede intersectorial de apoio.

## **1 INTRODUÇÃO**

A proposição de soluções para o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher requer o estudo sobre o conhecimento histórico, sociológico e econômico de tal problema social, sobre os perfis dos envolvidos no conflito e sobre as políticas públicas desenvolvidas para o enfrentamento desta forma de violência.

Neste trabalho, a proposta é compreender os personagens sociais inseridos no problema, sob o aspecto das categorias social, econômica e cultural em que se enqua-

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 24/08/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Especialista em Direito Público e Direito Constitucional. Mestranda em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará. Foi servidora do Tribunal de Justiça do Ceará e assessora de Juiz do Pleno do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Atualmente é Promotora de Justiça do Ministério Público do Ceará. E-mail: [lcristina.araujos@gmail.com](mailto:lcristina.araujos@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4392982055843572>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5619-4532>.

dram, a fim de detectar as origens das relações de desigualdade e exploração entre homem e mulher.

Discorre-se também sobre as discussões teóricas acerca da diversidade de gênero e da divisão sexual do trabalho, demonstrando que o tratamento desigual estabelecido entre homens e mulheres no desempenho de funções sociais, profissionais e no ambiente doméstico e familiar, caracteriza uma forma de violência simbólica contra estas últimas.

Ademais, verifica-se que a dominação masculina ocasiona não apenas a violência ficta, mas é responsável pela violação da integridade física e psicológica da mulher. Tal realidade impulsionou vários movimentos sociais visando a promoção social da figura feminina e o combate à violência doméstica, o que ocasionou um avanço na legislação de proteção a essas vítimas e a criação de políticas públicas para atendimento dos envolvidos no conflito.

Nesse contexto, sustenta-se a importância do funcionamento intersetorial da rede de atendimento às vítimas de violência conjugal, com atuação de vários profissionais voltados à repressão dos crimes, prevenção dos conflitos e reeducação dos agressores, a fim de promover não apenas o combate à violência física e psicológica contra a mulher, mas também para provocar a reflexão sobre o papel social do homem e da mulher, inclusive no ambiente doméstico e familiar, visando à ressignificação das relações de gênero e o equilíbrio entre os sexos opostos.

## **2 COMPREENDENDO OS PERSONAGENS SOCIAIS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Para buscar soluções voltadas ao combate da violência doméstica, é imperiosa a compreensão dos personagens sociais envolvidos no conflito (vítimas e agressores), a partir da desigualdade de classes sociais e da origem da relação de exploração entre homem e mulher.

José Alcides Figueiredo Santos sustenta, invocando a teoria social marxista, que a noção de classe está associada aos sistemas de desigualdade econômica, sob diferentes aspectos. Segundo o autor, o marxismo não só valoriza a perspectiva de explicação relacional das oportunidades econômicas, como também se interessa pela variação histórica dos sistemas de desigualdade (SANTOS, 2008).

O elemento distintivo da teoria social encontra-se na definição de classe social como fundamento da opressão econômica e da exploração. As relações de classe envolveriam a distribuição desigual de direitos e poderes sobre os recursos produtivos básicos da sociedade e os resultados de seu uso. A partir da natureza dos poderes e direitos exercidos sobre os recursos produtivos, ao ser social se apresentam oportunidades, dilemas e

opções nas esferas de trabalho e de consumo. As relações de classe geram um conflito social baseado na discrepância entre o que as pessoas possuem e o que fazem com o que possuem (*op. cit.*).

Desta forma, a exploração caracterizar-se-ia pelo fato de um grupo se beneficiar economicamente à custa de outro, mediante apropriação dos frutos do trabalho do grupo explorado. A atividade de trabalho, portanto, é dirigida e controlada dentro da organização social da produção.

Para a teoria marxista, como o explorador depende do fruto de trabalho do explorado, este retém um tipo de poder social, ainda que no interior da exploração, que pode ser usado na luta por seus interesses. O conceito de classe estaria, portanto, centrado na noção de exploração, vinculando-se a questões acerca dos interesses materiais das pessoas, das bases do conflito social e das possibilidades de mudança histórica (SANTOS, 2008).

Desta forma, ao se combater a desigualdade entre as classes sociais, fomentando, sobretudo, as mesmas oportunidades de trabalho, de estudo e de acúmulo de capital para homens e mulheres, os conflitos familiares (e, portanto, a violência doméstica) tenderiam a diminuir. Porque ampliando-se as ofertas de trabalho e de capacitação, a mulher poderia se inserir mais facilmente no mercado de trabalho e passar a contribuir com a renda familiar, conferindo-lhe independência financeira, melhorando a sua autoestima e equilibrando o papel do homem e da mulher no meio social e na relação doméstica.

Para promover uma reflexão na sociedade visando ao direcionamento de políticas públicas voltadas à proteção dos direitos da mulher e à garantia de sua maior participação social, é imperiosa a compreensão acerca das teorias explicativas da desigualdade de gênero, responsável pela materialização de diversas formas de violência contra a mulher, incluindo a disparidade na divisão sexual do trabalho.

A diversidade de gênero sempre foi objeto de discussão na literatura filosófica e sociológica, no sentido de tentar explicar as diferenças de tratamento entre homens e mulheres no trabalho social, na ocupação de espaços públicos e privados e no próprio ciclo de vida.

Ao discorrer sobre a dominação masculina, Pierre Bourdieu (2002) sustenta a chamada “violência simbólica” presente na ordem social, que se mostra insensível e invisível às suas próprias vítimas, seja pelo seu desconhecimento, pelo seu reconhecimento ou pelo sentimento existente nas relações entre homem e mulher.

Relata o autor, que a dominação masculina se observa da seguinte forma:

A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a

divisão social do trabalho, distribuição bastante restrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo lugar de assembleia ou de mercado, reservada aos homens, e a casa, reservada às mulheres; ou, no interior desta, entre a parte masculina, com o salão, e a parte feminina, com o estábulo, a água e os vegetais; é a estrutura do tempo, a jornada, o ano agrário, ou o ciclo de vida, com momentos de ruptura, masculinos, e longos períodos de gestação, femininos. (BOURDIEU, 2002, p. 09).

Afirma também que a própria diferença biológica entre os sexos, ou seja, entre o corpo masculino e o corpo feminino, inclusive a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode-se mostrar como justificativa natural da diferença social construída entre os gêneros, a refletir, principalmente, na divisão social do trabalho. Reportando-se à análise da sociedade camponesa de Cabília, no início do século XX, afirma o autor:

Inscrita nas coisas, a ordem masculina se inscreve também nos corpos através de injunções tácitas, implícitas nas rotinas da divisão do trabalho ou dos rituais coletivos ou privados (basta lembrarmos, por exemplo, as condutas de marginalização impostas às mulheres com sua exclusão dos lugares masculinos). As regularidades da ordem física e da ordem social impõem e inculcam as medidas que excluem as mulheres das tarefas mais nobres (conduzir a charrua, por exemplo), assinalando-lhes lugares inferiores (a parte baixa da estrada ou do talude), ensinando-lhes a postura correta do corpo (por exemplo, curvadas, com os braços fechados sobre o peito, diante de homens respeitáveis), atribuindo-lhes tarefas penosas, baixas e mesquinhas (são elas que carregam o estrume e, na colheita das azeitonas, são elas que as juntam no chão, com as crianças, enquanto os homens manejam a vara para fazê-las cair das árvores), enfim, em geral tirando partido, no sentido dos pressupostos fundamentais, das diferenças biológicas que parecem assim estar à base das diferenças sociais. (*op.cit.*)

Para Heleieth Saffioti, o conceito de gênero é muito mais amplo que a noção de patriarcado e a desigualdade entre homens e mulheres não é natural, tendo sido construída pela tradição cultural. Senão, vejamos:



(...) o gênero é a construção social do masculino e do feminino. O conceito de gênero não explicita, necessariamente, desigualdades entre homens e mulheres. Muitas vezes, a hierarquia é presumida. O uso deste conceito pode, segundo Scott (1988), revelar sua neutralidade, na medida em que não inclui, em certa instância, desigualdades e poder como necessários. (...) o conceito de gênero como muito mais amplo que a noção de patriarcado ou, se se preferir, viriarcado, androcentrismo, falocracia, falo-logocentrismo. (...) A desigualdade, longe de ser natural, é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais. A diferença nas relações entre homens e entre mulheres é que essa desigualdade de gênero não é colocada previamente, mas pode ser construída e o é com frequência. (SAFFIOTI, 1999, p. 82).

Segundo Joan Scott, os primeiros debates entre as feministas marxistas abordavam as mesmas temáticas:

(...) a rejeição do essencialismo daqueles que defendem que “as exigências da reprodução biológica” determinavam a divisão sexual do trabalho pelo capitalismo; o caráter fútil da integração dos “modos de reprodução” nos debates sobre os modos de produção (que reprodução permanece uma categoria oposta e não tem um estatuto equivalente ao de modo de produção); o reconhecimento que os sistemas econômicos não determinam de forma direta as relações de gênero e que de fato a subordinação das mulheres é anterior ao capitalismo e continua sob o socialismo; a busca, apesar de tudo, de uma explicação materialista que exclua as diferenças físicas e naturais (SCOTT, 1989, p. 11).

José Alcides Santos ressalta que a desigualdade de gênero no trabalho e na renda manifesta-se em praticamente todos os países do mundo, e que tal realidade tem despertado um grande esforço de investigação e interpretação tanto na literatura econômica quanto na sociológica (SANTOS, 2008).

Sustenta o autor que há um processo de “discriminação alocativa”, que faz com que a mulher seja diferencialmente alocada em posições que oferecem menores retornos financeiros. Além disso, existe uma “discriminação valorativa” identificada pelos estudos de valor comparável, que demonstram que as mulheres recebem menores recompensas apesar de estarem em situações de emprego similares e possuírem requisitos de qualifi-

cação e outras características semelhantes aos dos homens. Neste sentido, as formas de discriminação alocativa e valorativa promovem a segregação de homens e mulheres em diferentes ocupações (*op. cit.*).

Segundo Santos, a situação do trabalho da mulher no Brasil encontra-se marcada por elementos de continuidade e mudanças. Os fatores de continuidade estão presentes na concentração das mulheres em empregos de menor remuneração no setor de serviços, sobretudo no segmento informal e mais desprotegido do mercado de trabalho. Por outro lado, enquanto avanço nas mudanças, observa-se o aumento da participação de mulheres em ocupações intelectuais de melhor remuneração, bem como em cargos de comando, profissões de prestígio e como proprietárias de negócios no comércio e em serviços (*op. cit.*).

Salienta o autor que, apesar do progresso ocupacional, as divergências sexuais de renda persistem, sendo que tais diferenças de ganhos não podem ser atribuídas a discrepâncias em termos de números de horas trabalhadas e de escolaridade, sendo, pois, resultado dos processos de discriminação.

Com base na tese geral marxista do reforço mútuo das formas de opressão de classe e aquelas não baseadas em classe, é possível diagnosticar que as mulheres, em comparação aos homens, estão relativamente mais representadas nas categorias de classe exploradas e economicamente oprimidas, e relativamente menos representadas nas localizações de classe privilegiadas (*op. cit.*).

De acordo com Hirata e Kergoat (2007), o termo “divisão sexual do trabalho” aplica-se na França para definir a distribuição diferencial de homens e mulheres no mercado de trabalho, nos ofícios e nas profissões, considerando as variações no tempo e no espaço dessa distribuição e a análise de como ela se associa à divisão desigual do trabalho doméstico entre os sexos.

Os objetivos são mostrar que essas desigualdades são sistemáticas e articular a descrição dessa realidade como uma reflexão sobre os processos mediante os quais a sociedade utiliza essa diferenciação para hierarquizar as atividades e, portanto, os sexos, a fim de criar um sistema de gênero (HIRATA e KERGOAT, 2007).

Os primeiros ensaios na França acerca do termo “divisão sexual do trabalho” intencionavam não apenas denunciar as desigualdades. Sob o impulso do movimento feminista, buscava-se uma forma de “repensar o trabalho” (*op. cit.*).

Segundo as autoras, a divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos. Esta forma é modulada histórica e socialmente, tendo como características a designação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva, além da apropriação pelos homens das funções com maior valor social adicionado (políticos, religiosos, militares etc.). Essa

forma particular da divisão social do trabalho fundamenta-se em dois princípios organizadores: princípio de separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e o princípio hierárquico (o trabalho do homem é mais valioso que o trabalho da mulher). Estes princípios são comumente aplicados em processos legitimados por ideologia naturalista, que reduz as práticas sociais a “papéis sociais sexuados”, caracterizando um destino natural da espécie (*op. cit.*).

Hirata e Kergoat defendem a existência de três modelos que definem a divisão sexual do trabalho. O modelo tradicional, onde o papel na família e a função doméstica são assumidos inteiramente pelas mulheres, enquanto o papel de “provedor” seria atribuído aos homens. O modelo de conciliação, segundo o qual cabe quase que exclusivamente às mulheres conciliar vida familiar e vida profissional. E o modelo de delegação, que, segundo as autoras, seria aquele emergencial que substituiu ou se sobrepôs ao modelo de conciliação da vida familiar e profissional na França. A adoção repentina desse modelo foi reflexo da polarização do emprego das mulheres e do crescimento da categoria de profissões de nível superior e executivas. As mulheres passaram a ter ao mesmo tempo a necessidade e os meios de delegar a outras mulheres as tarefas domésticas e familiares<sup>3</sup>.

Além dos três modelos propostos por Hirata e Kergoat, as autoras ressaltam a realidade presente em outros países, como o Japão, no qual as mulheres têm que fazer uma escolha entre a vida profissional e familiar, não podendo sequer conciliar os dois papéis. Somente quando os filhos já se encontram em idade mais avançada, as mulheres japonesas podem assumir um trabalho com carga horária parcial, a fim de se dedicarem, compativelmente, à casa e à família (*op. cit.*).

Por fim, as autoras ressaltam a maneira espantosa como as mulheres, ainda que conscientes da opressão e da desigualdade da divisão do trabalho doméstico a que estão sujeitas, continuam a se incumbir do essencial do trabalho do lar. Mesmo que se utilizem da delegação, um de seus limites está na própria estrutura do trabalho doméstico e familiar: a gestão de todo o trabalho delegado é sempre da competência daquelas que o delegam (HIRATA e KERGOAT, 2007).

Tais definições acerca do papel social do homem e da mulher, baseadas na divisão de classes (que gera opressão e exploração econômica) e em fatores culturais (processos de discriminação) que determinaram a desigualdade na divisão social do trabalho, caracterizam a chamada violência simbólica que vitimiza as mulheres desde as sociedades primitivas e têm reflexos ainda nos dias atuais.

Ademais, segundo Bourdieu (2002), a dominação masculina é responsável não ape-

---

<sup>3</sup> Observe-se que a delegação dos trabalhos familiares e domésticos ocorre de uma mulher para outra mulher, mais uma marca da definição sexual do trabalho com base no princípio da separação, definido por Hirata e Kergoat (2007).

nas pela violência simbólica, mas por outras formas de violência exercida pelo homem contra a mulher, dentre elas a psicológica e a física.

Relata também o paradoxo existente na dominação masculina, no sentido de que representa um privilégio masculino que alberga uma cilada, provocando tensões permanentes sobre os homens, ao lhes impor o dever de afirmar em toda e qualquer circunstância a sua virilidade, mediante violência real ou potencial, principalmente, perante outros homens.<sup>4</sup>

Ao se reportar à violência de gênero, Heleieth Saffioti enfatiza o limite tênue entre a quebra de integridade e obrigação de suportar o destino de gênero traçado para as mulheres, ressaltando que este limite será estabelecido de forma individual, a partir da experiência vivenciada por cada mulher. Neste sentido:

Sobretudo em se tratando de violência de gênero, e mais especificamente intrafamiliar e doméstica, são muito tênues os limites entre quebra de integridade e obrigação de suportar o destino de gênero traçado para as mulheres: sujeição aos homens, sejam pais ou maridos. Desta maneira, cada mulher colocará o limite em um ponto distinto do *continuum* entre agressão e direito dos homens sobre as mulheres. Mais do que isto, a mera existência desta ternidade representa violência. Com efeito, paira sobre a cabeça de todas as mulheres a ameaça de agressões masculinas, funcionando isto como mecanismo de sujeição aos homens, inscrito nas relações de gênero. Embora se trate de mecanismo de ordem social, cada mulher o interpretará singularmente. Isto posto, a ruptura de integridades como critério de avaliação de um ato como violento situa-se no terreno da individualidade. Isto equivale a dizer que a violência, entendida desta forma, não encontra lugar ontológico. (SAFFIOTI, 1999, p. 84).

Sustenta a autora que, nas relações entre homem e mulher, o poder apresenta duas faces, a da potência e a da impotência. Nesse contexto, as mulheres são socializadas para

---

4 “Como a honra – ou a vergonha, seu reverso, que, como sabemos, à diferença da culpa, é experimentada diante dos outros –, a virilidade tem que ser validada pelos outros homens em sua verdade de violência real ou potencial e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de “verdadeiros homens”. Inúmeros ritos de instituição, sobretudo os escolares ou militares, comportam verdadeiras provas de virilidade, orientada no sentido de reforçar solidariedades viris. Práticas como, por exemplo, os estupros coletivos, praticados por bandos de adolescentes – variante desclassificada da visita coletiva ao bordel, tão presente na memória dos adolescentes burgueses – têm por finalidade pôr os que estão sendo testados em situação de afirmar diante dos demais sua virilidade pela verdade de sua violência, isto é, fora de todas as ternuras e de todos os enternecimentos desvirilizantes do amor, e manifestar de maneira ostensiva a heteronomia de todas as afirmações da virilidade, sua dependência com relação ao julgamento do grupo viril”. (BOURDIEU, 2002, p. 32).

conviver com a impotência e os homens, sempre vinculados à força, são preparados para o exercício do poder. Todavia, quando os homens vivem momentos de impotência, eles tendem a praticar a violência. Por tal motivo, formula-se a hipótese de que a violência doméstica aumenta em função, por exemplo, do desemprego (SAFFIOTI, 1999).

### **3 DOS AVANÇOS NO COMBATE À VIOLÊNCIA CONJUGAL**

Diante desse panorama de desigualdade econômica, social e cultural entre homem e mulher, que cria bases para a materialização da violência doméstica, diversos movimentos sociais foram liderados visando a promoção social da figura feminina e o combate à violência conjugal, o que ocasionou um avanço na legislação de proteção a essas vítimas e a criação de políticas públicas para atendimento dos envolvidos no conflito.

Em sua obra, Bourdieu (2002) ressaltava as mudanças já observadas na realidade inflamada pela diversidade de gênero, impulsionadas, sobretudo, pelos movimentos feministas, ressaltando o crescimento da ocupação de espaços públicos e privados pela mulher, mormente o acesso ao ensino secundário e superior e ao trabalho assalariado, bem como a redução de tarefas domésticas e de funções de reprodução, mediante adoção de técnicas anticonceptivas, além da postergação da decisão de casamento, paralela a um número maior de divórcios e diminuição de novos casamentos.

Acompanhadas destas conquistas femininas, observou-se, na década de 1990, um impulsionamento internacional no combate à violência contra a mulher, através de uma série de ações, como conferências e reuniões mundiais, objetivando a elaboração de instrumentos e a implementação de medidas para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra as mulheres.

Dentre os instrumentos firmados, destacam-se a Recomendação nº 19 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, convenção aprovada em 1979 pelas Nações Unidas), publicada em 1992; a II Conferência Nacional de Direitos Humanos, realizada em 1993, em Viena, a qual incorporou a consideração de que “a violência contra as mulheres é uma violação dos direitos humanos”; a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, realizada em junho de 1994, em Belém do Pará; a Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, na China, em 1995; e a reunião conhecida como Beijing + 5, que integrou uma Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas, cinco anos após a IV Conferência Mundial (CAVIEDES, 2002; VIANNA, 2004).

Nesse processo, destaca-se a criação das Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAMs), até hoje consideradas uma inovação institucional brasileira na área da violência, com importante repercussão em outros países da América Latina. Desde

a criação da primeira delegacia deste tipo em 1985, na cidade de São Paulo, têm sido significativas as suas transformações, muitas delas identificadas em estudos que também mostraram o caráter histórico e diferenciado na atuação das DEAMs no Brasil (MACHADO, 2002). As DEAMs acabaram personalizando os seus atendimentos e reduziram com isso o receio que muitas mulheres tinham de ir à polícia.

Desde a criação das DEAMs, as políticas públicas brasileiras de combate à violência contra a mulher já percorreram uma trajetória de quase três décadas. Nesse percurso, ganha ênfase o processo de consolidação da Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que, sancionada em agosto de 2006, trata da violência doméstica e conjugal contra a mulher de maneira específica.

O referido diploma legal foi resultado, principalmente, da crítica feminista feita aos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs) brasileiros, regulamentados a partir de 1995 através da Lei Federal nº 9.099. Segundo as organizações feministas, o tratamento da violência doméstica contra a mulher no âmbito dos Juizados Especiais Criminais assumia um caráter despenalizador, visto que este tipo de violência estava sendo considerado um crime de menor gravidade, com aplicação de medidas imputadas como inadequadas. As penalidades aplicadas aos agressores, em geral, limitavam-se ao fornecimento de cestas básicas de alimentos, serviços prestados à comunidade e participação em grupos terapêuticos (ROMEIRO, 2007; SORJ & MORAES, 2008).

Em 2004, um projeto foi enviado à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, no qual se propunha a alteração dos procedimentos instituídos pelos Juizados Especiais Criminais no tratamento dos crimes de violência conjugal. Do conjunto dessas intensas manifestações e articulações resultou a “Lei Maria da Penha”, que dispõe sobre a criação de Varas e Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência para aplicar as medidas cabíveis nos casos de violência conjugal. Desta forma, a violência doméstica contra a mulher foi retirada da esfera de atuação dos JECRIMs.

O cenário atual, no Brasil, é caracterizado justamente pela inserção institucional desses movimentos sociais, em busca da continuidade das políticas implementadas a partir da criação da Lei Maria da Penha. No plano legislativo, em fevereiro de 2012, o Congresso Brasileiro, através da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, constituiu a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), presidida pela deputada Jô Moraes (PCdoB), com o objetivo de visitar cada Estado da Federação para descobrir lacunas na aplicação da Lei Maria da Penha.

Quanto ao Poder Judiciário, pode-se destacar, por exemplo, a criação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2012, de um manual de rotina para os Juizados de Violência Doméstica e Familiar, a fim de uniformizar as práticas jurídicas.

Por sua vez, o Ministério da Justiça, através da Secretaria de Políticas para Mulheres

e do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, também elaborou, em 2010, normas técnicas para regulamentar o serviço nas delegacias especializadas do país. A própria Secretaria de Políticas para as Mulheres tem sido a principal instância encarregada de acompanhar a implementação da lei, de modo proativo, ao mesmo tempo em que medeia as divisões orçamentárias aos Estados brasileiros, por meio das assinaturas dos respectivos pactos e políticas nacionais. Não se deve esquecer, igualmente, da massiva participação da sociedade civil nesse processo, consubstanciada, por exemplo, na atuação do Observatório da Lei Maria da Penha, órgão composto por diversas organizações não governamentais e instâncias de pesquisa acadêmica.

#### **4 CONSTRUINDO A REDE INTERSETORIAL DE APOIO E PROMOVENDO A REFLEXÃO SOBRE O PAPEL SOCIAL DO HOMEM E DA MULHER**

A par dos avanços na legislação de proteção às vítimas de violência conjugal e da criação de órgãos especializados na repressão aos crimes praticados contra a mulher no contexto da violência doméstica e familiar, observa-se um enfoque para a construção de uma rede intersetorial de atendimento às vítimas e aos agressores.

O Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra a Mulher, lançado pela Presidência da República em 2007, concretiza a ideia de rede como um conjunto de serviços especializados, que se dedicam a atender as mulheres, mas também a capacitar agentes públicos e promover campanhas e projetos educativos, reunindo serviços tais quais: Delegacias da Mulher, Casas Abrigo, Centros de Referência, Serviços de Apoio Jurídico, Defensorias Públicas, Serviços de Segurança e Saúde.

Nesse contexto, merece destaque o conjunto sistematizado de serviços psicossociais, integrados entre si e com os Sistemas de Saúde, de Segurança e de Justiça.

Em pesquisa feita por Télia Negrão com a rede de atendimentos de Porto Alegre, a autora reforça a importância do rompimento hierárquico entre cada ator social e de sua participação conjunta para responder às expectativas da sociedade, feito um “emaranhado de nós”. Neste conjunto, a autonomia dos membros e sua parcela de conhecimento é importante, favorecendo a troca e se alimentando por meio de um “sentimento de pertencimento” de cada sujeito (NEGRÃO, 2004).

Urge destacar, todavia, as principais adversidades relatadas por assistentes sociais e psicólogos a respeito da incompreensão sobre o trabalho que realizam, ou sobre a dificuldade na articulação com os serviços jurídicos. Revelam que, quanto ao atendimento realizado no centro de assistência social, o seu papel estaria sendo realizado de forma objetiva e prioritária, no tocante a acolher, prestar atendimento e orientar as mulheres. Deste modo, a equipe de assistência psicossocial demarcou o limite de sua atuação,



contrastando sua posição com a incompreensão que se produz sobre o serviço do centro como um todo.

Diferentemente dos serviços estruturados dentro do fórum ou da delegacia, por exemplo, outro obstáculo para a inserção do centro de assistência social na política pública municipal são as mudanças político-partidárias. Afinal, a escolha da direção do centro está vinculada às alterações estruturais na secretaria municipal correspondente, embora as servidoras em regra sejam do quadro efetivo da Prefeitura.

É preciso chamar a atenção para o fato de que, ao mesmo tempo em que há investidas massivas pelo Executivo Federal a fim de implementar a Lei nº 11.340/06, a instituição de políticas locais para assegurar o cumprimento de direitos constitucionais nem sempre segue o mesmo ritmo (ARANTES, 2004). Os conflitos são reativados a cada mudança nas secretarias municipais e, com isso, os projetos são reavaliados, sendo reestruturados de acordo com os novos interesses do governo que assume.

Diante de tais entraves para se inserir definitivamente em uma perspectiva de rede composta por elos considerados fracos, os serviços psicossociais, por vezes, se integram aos serviços jurídicos e esta dimensão integrada de intervenção veio privilegiada, saliente-se, no texto da Lei nº 11.340/06.

Trata-se de modelo inspirado na realidade espanhola, por meio da Ley Integral 2004. O conceito de intervenção sociojurídica, segundo CARBÓ (2008, p. 02), é:

*(...) dispositivo socio jurídico' consistente en medidas preventivas y de tratamiento desde diferentes instituciones sociales (de salud, servicios psicossociales, jurídicas, asociaciones) reguladas por una ley específica (ley orgánica o ley integral 2004 contra la violencia de género). Este dispositivo ha permitido la creación de unidades especializadas en servicios sociales, asociaciones, comisarias, así como juzgados específicos para atender a este tipo de víctimas con la finalidad de acogerlas y acompañarlas en esta difícil situación vital de ruptura de la dependencia con el agresor y ayuda posterior.*

O referido dispositivo sociojurídico consiste em medidas preventivas e de tratamento por diferentes instituições sociais (de saúde, serviços psicossociais, jurídicas, associações) reguladas por uma lei específica (lei orgânica ou lei integral 2004 contra a violência de gênero). Tal mecanismo permitiu a criação de unidades especializadas em serviços sociais, associações, delegacias, assim como juizados especiais para atender a esse tipo de vítimas com a finalidade de acolhê-las e acompanhá-las na difícil situação de ruptura da dependência com o agressor e posterior ajuda.



Em sua leitura da Lei Maria da Penha, Wânia Pasinato propõe que a composição do texto normativo passe por três diferentes eixos de atuação – punição, proteção e prevenção, reforçando a necessidade de, para além de modificar textos legais, alterar também as práticas institucionais das pessoas que integram a rede de atendimentos (PASINATO, 2010).

Acredita-se que a implementação do Juizado Especializado tende a reforçar o vínculo institucional do Poder Judiciário e do Ministério Público com as instâncias psicossociais, favorecendo o atendimento integral das mulheres.

Por meio de seus encaminhamentos e de sua própria concepção acerca da violência conjugal, a rede de atendimentos, em sua dimensão extrajurídica, procura instituir uma visão acolhedora que absorva a demanda que chega à Delegacia e ao Fórum, mas que, por conta das dificuldades anteriormente colocadas, em determinadas situações, não surte os efeitos esperados pelas mulheres vitimadas. O esforço deve ser colocado, de qualquer forma, na necessidade de se vencer a leitura exclusivamente jurídica do fenômeno. Quando, em verdade, a maioria dos casos atendidos é, justamente, de violências psicológicas, demandando necessariamente a pronta atuação da rede psicossocial.

Ainda com relação ao papel fundamental desenvolvido pelos serviços de assistência social e psicológica, impende ressaltar que a Lei nº 11.340/06 indica medidas preventivas, assistenciais, educativas e de proteção à mulher e aos filhos. Tal acompanhamento psicossocial foi instituído não apenas para as vítimas, mas também para o agressor, através da sua participação em programas de recuperação e reeducação, e por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (art. 22, VI e VII).

Nesta toada, tem-se que os Grupos de Reflexão, instituídos para atendimento de agressores no âmbito da violência doméstica, criam a oportunidade de ampliação e diversificação dos papéis dos agentes enquanto homens e o vislumbre de outras possibilidades para as mulheres, isto é, apresenta possibilidades de ressignificarem as suas identidades de gênero (FEITOSA ANDRADE & BARBOSA, 2008).

As iniciativas de atendimento aos homens autores de violência doméstica são motivadas pela possibilidade de uma reeducação que atinja as subjetividades e as identidades desses homens. Trata-se, principalmente, de promover o reconhecimento da responsabilidade pela violência perpetrada, ressignificando assim as suas próprias relações de gênero. O objetivo, em última instância, é atingir a autodefinição identitária do homem agressor, e, também, introduzir novas ideias e formas de compreensão sobre os papéis sociais masculino e feminino.

Conforme se observa, a criação da rede composta por profissionais de diversos segmentos, voltados à repressão dos crimes, prevenção dos conflitos e reeducação dos agressores, apresenta-se como importante mecanismo de combate à violência domé-

tica, promovendo, inclusive, uma reflexão sobre o papel social do homem e da mulher.

Ademais, ao se combater a desigualdade de classes e de gênero, fomentando, sobretudo, as mesmas oportunidades de trabalho, de estudo e de acúmulo de capital para homens e mulheres, a violência doméstica tende a diminuir. Com efeito, havendo ampliação das ofertas de trabalho e de capacitação, a mulher pode se inserir com mais facilidade no mercado e passar a contribuir com a renda familiar, conquistando independência financeira, melhorando a sua autoestima e equilibrando o papel de gênero no meio social e na relação doméstica.

A mudança dos padrões culturais que estabelecem a desigualdade de gênero, a opressão e a exploração da classe social feminina só pode ser concretizada através de uma redefinição do homem e da mulher enquanto seres sociais isonômicos.

## 5 CONCLUSÃO

No presente artigo explanou-se acerca das teorias explicativas sobre a origem e as formas de violência contra a mulher, partindo-se da desigualdade de classes sociais e das discussões sobre a diversidade de gênero e divisão sexual do trabalho.

Discorreu-se sobre o contexto histórico da desigualdade econômica, social e cultural entre homem e mulher, repercutindo na ocupação de funções sociais, profissionais e no ambiente doméstico e familiar, em clara situação de exploração e opressão das mulheres, em comparação aos homens.

Essa discrepância, que se manifesta na segregação de funções (trabalho de homem e trabalho de mulher), diferença de remuneração (mesmo quando ambos desempenham idêntica atividade) e sobrecarga de trabalho (profissional e doméstico) sobre a mulher, representa uma modalidade de violência simbólica e material, cuja dominação masculina, por vezes, evolui para a violência física e psicológica contra as vítimas.

Como tentativa de solucionar (ou minimizar) essa problemática social, enfatizou-se a relevância da adoção de políticas públicas voltadas ao atendimento intersetorial das vítimas de violência conjugal, incluindo o acompanhamento psicossocial dos envolvidos no conflito, como forma de promover não apenas a repressão à violência física e psicológica contra a mulher, mas também para provocar a reflexão sobre o papel social do homem e da mulher.

Sustentou-se que, para promover uma mudança dos padrões culturais e obter o tratamento isonômico nas relações sociais, domésticas e familiares entre homem e mulher, é preciso haver uma ressignificação das funções desempenhadas por cada um. Somente a conquista dos espaços públicos e privados, a inserção no mercado de trabalho em condições de igualdade e a distribuição equitativa das tarefas domésticas e familiares,

serão capazes de propiciar o equilíbrio entre homem e mulher e abolir todas as formas de violência contra esta última.

## **DOMESTIC VIOLENCE: INTERSECTORAL NETWORK OF SUPPORT AND RESIGNIFICATION OF MEN AND WOMEN'S SOCIAL ROLE**

### **ABSTRACT**

This paper aims to analyze domestic and family violence against women, as an economic, cultural and social problem. It develops from the study of the division of social classes, which justifies the imposition and economic exploitation of certain groups over others. Through theoretical discussions and secondary sources, it was investigated the social-economic role, the work division and the household tasks as a way of masked violence against women. Therefore, it was presented the initiatives to create public policies, essential to the resignification process of men and women's social roles, in order to provide gender equality.

**Keywords:** Domestic violence; Social Classes; Work division for gender; Intersectoral support of network.

### **REFERÊNCIAS**

ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Pensando a Psicologia aplicada à Justiça. *In*: GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte (Orgs.). **Psicologia Jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: NAU, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kührner – 2ª ed. - Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Temático prevenção de violência e cultura de paz III. Painel de indicadores do SUS nº 5. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2008.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos/Casa Civil. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. [Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a

Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm).

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos/Casa Civil. Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, que estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.778.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.778.htm).

CARBÓ, Pilar Albertín. **Mujeres imigradas que padecen violencia en la pareja y sistema socio jurídico: encuentros y desencuentros**. Portularia, v. 9. Huelva: Universidad de Huelva, 2008. Disponível em: <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/4194/b1553716x.pdf?sequence=2>. Acesso em: 22 jun. 2021.

CAVIEDES, Elizabeth. 2002. **Violencia contra las mujeres en américa latina y el caribe español 1990-2000: balance de una década**. 1ª ed. Santiago de Chile: Isis Internacional. p. 73.

CEPIA/CEDIM. **Violência contra a mulher: um guia de defesa, orientação e apoio**. 3. Ed. Rio de Janeiro: CEPIA/CEDIM, 2000.

COLETIVO FEMINISTA SEXUALIDADE E SAÚDE. **O que devem saber os profissionais de saúde para promover os direitos e a saúde das mulheres em situação de violência doméstica**. São Paulo: Projeto Gênero, Violência e Direitos Humanos: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP, 2000.

FEITOSA ANDRADE, Leandro & BARBOSA, Sérgio Flávio. **A lei Maria da Penha e a implementação do grupo de reflexão para homens autores de violência contra mulheres em São Paulo**. Comunicação apresentada no Encontro Fazendo Gênero 8 – Corpo, Violência e Poder. ST 42 – Gênero, violência e direitos humanos. Florianópolis, de 25 a 28 de agosto de 2008.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. **Novas configurações da divisão sexual do trabalho**. Genre, Travail, Mobilités, Centre National de la Recherche Scientifique. Tradução: Fátima Murad. Cadernos de Pesquisa, v. 37, n. 132, set./dez. 2007.

MACHADO, Lia Z. 2002. **Atender vítimas, criminalizar violências: dilemas das delegacias da mulher**. Série antropologia. Nº 319, p.1-23. Brasília: UNB.

NEGRÃO, Télia. Nós e rupturas da rede de apoio às mulheres. *In*: STREY, Marlene N.,

- AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; JAEGER, Fernanda Pires (Orgs.). **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 215-258.
- PASINATO, Wânia. **Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e a Rede de serviços para atendimento de mulheres em situação de violência em Cuiabá, Mato Grosso**. Salvador: NEIM/UFBA, 2010.
- ROMEIRO, Julieta. **A institucionalização das políticas de combate à violência conjugal no Brasil: inovações e controvérsias**. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.
- SANTOS, José Alcides Figueiredo. Classe Social e Desigualdade de Gênero no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 51, nº 2, 2008.
- SAFFIOTI, Heleith. **Gênero, Patriarcado e Violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.
- \_\_\_\_\_. Já se mete a colher em briga de marido e mulher. **Revista São Paulo em perspectiva**, nº 13(4), 1999.
- SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. *Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history*. New York, Columbia University Press. 1989.
- SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. Presidência da República. **Pacto nacional pelo enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres**. 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- \_\_\_\_\_. **Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 20 fev. 2021.
- SORJ, Bila & MORAES, Aparecida F. 2008. Paradoxes of the expansion of women's rights in Brazil. In: NITSCHACK, H. et al. (ed.). **Brazil and the Americas. Convergences and Perspectives**. 1ª ed. Madrid: Iberoamericana; Frankfurt: Vervuert.
- VIANNA, Adriana & LACERDA, Paula. 2004. **Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual**. Rio de Janeiro: CEPESC. p. 246.



QUEM PODE SER SUJEITO ATIVO OU  
PASSIVO DE HABEAS CORPUS? UMA  
ANÁLISE SOBRE A AMPLA LEGITIMIDADE  
PROCESSUAL NO REMÉDIO  
CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS

*WHO CAN BE THE APPLICANT OR THE ENFORCEMENT  
AUTHORITY IN THE HABEAS CORPUS REMEDY? AN  
ANALYSIS ABOUT THE BROAD PROCEDURAL LEGITIMACY  
IN THE CONSTITUTIONAL HABEAS CORPUS WRIT*





# QUEM PODE SER SUJEITO ATIVO OU PASSIVO DE HABEAS CORPUS? UMA ANÁLISE SOBRE A AMPLA LEGITIMIDADE PROCESSUAL NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DE HABEAS CORPUS<sup>1</sup>

*WHO CAN BE THE APPLICANT OR THE ENFORCEMENT AUTHORITY IN THE  
HABEAS CORPUS REMEDY? AN ANALYSIS ABOUT THE BROAD PROCEDURAL  
LEGITIMACY IN THE CONSTITUTIONAL HABEAS CORPUS WRIT*

*Solange Maria da Conceição dos Santos<sup>2</sup>*

*Maria Fernanda Santos Sugahara<sup>3</sup>*

*Mariana Osterne Leite de Moura<sup>4</sup>*

*Tailândia Teodoro Aguiar<sup>5</sup>*

## RESUMO

O artigo visa a analisar a legitimidade processual da ação de *Habeas Corpus*, a partir do que dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, e os artigos 647 e 654 do CPP, assim como pela jurisprudência dos tribunais pátrios. Essa investigação foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica, com o uso de referências teóricas, como livros, artigos científicos, leis e jurisprudência, especialmente casos judiciais acerca da legitimidade ativa do *Parquet* e da pessoa jurídica. A partir da análise, concluiu-se que o *Habeas Corpus* pode ter como impetrante qualquer pessoa, seja física ou jurídica, tendo em vista que a legislação brasileira não impõe nenhuma qualificação especial nesse sentido, fato que expressa a chamada legitimidade ampla e irrestrita, determinante para

1 Data de Recebimento: 30/08/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

2 Professora Mestre do curso de Administração da Universidade Estadual do Ceará - UECE, Doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará - UECE, Bolsista CAPES, e-mail: solangemcsantosadv@hotmail.com, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6824522798743760>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1541-038X>

3 Advogada licenciada, assessora jurídica da 1ª Promotoria de Justiça de Combate aos Crimes Contra a Ordem Tributária de Fortaleza, bacharela de Direito pela Universidade de Fortaleza, cursando Pós-Graduação em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/UECE), e-mail: sugaharamf@gmail.com, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7950315261632620>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6305-9614>

4 Advogada licenciada, Costa & Brito advocacia, bacharela em Direito pela UniChristus, cursando Pós-Graduação em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/UECE), e-mail: marianaosterne@hotmail.com, ID Lattes 3287121896603552, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3772-3937>

5 Advogada licenciada, estagiária de pós-graduação do Tribunal de Justiça do Ceará, bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará, cursando Pós-Graduação em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional *Lato Sensu* pela Escola Superior do Ministério Público (ESMP/UECE), e-mail [tailandiateodoro@gmail.com](mailto:tailandiateodoro@gmail.com), currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5025300343166574>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5123-4219>

o acesso à justiça. Observou-se, no mesmo sentido, que não há óbice para que figurem como impetrados, além das autoridades públicas, tais como juízes e promotores, também os particulares.

**Palavras-chave:** *Habeas Corpus*; Legitimidade Ativa e Passiva; Legitimidade universal; Ministério Público.

## 1 INTRODUÇÃO

A liberdade de locomoção é um dos direitos sagrados do ser humano, não podendo sofrer quaisquer restrições ou limitações, salvo por previsão de lei em sentido contrário, devendo, portanto, ser objeto de tutela por parte das instituições e pela própria vítima do abuso.

Como forma de proteção do referido direito, a Constituição Federal outorga a qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, a garantia do *Habeas Corpus*, prevendo, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, que sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, será concedido o remédio constitucional do *Habeas Corpus*, o *writ of mandamus*.

Semelhantemente, em seu artigo 647, o CPP disciplina a figura do *Habeas Corpus*, asseverando que o remédio será cabível sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar, demonstrando a preocupação do legislador na tutela do direito de locomoção.

Partindo desse pressuposto, o *Habeas Corpus* caracteriza-se como uma ação autônoma de impugnação, com previsão constitucional, que não incide de forma exclusiva no âmbito criminal, mas visa também a impugnar quaisquer atos administrativos, judiciais e até mesmo particulares (LIMA, 2020). Em razão de algumas peculiaridades acerca do referido remédio constitucional, pode-se indagar se as pessoas jurídicas, que são consideradas como uma ficção e não podem, por via consequencial, ser tolhidas de seu direito de locomoção, estão impedidas de impetrar o *Habeas Corpus*.

Esse tema está intimamente relacionado com a legitimidade ativa desse instrumento de tutela da liberdade de locomoção. Visa-se analisar, portanto, se é necessário que hajam requisitos para a impetração do referido remédio constitucional pela pessoa jurídica, como a pertinência temática entre os fins estatutários da pessoa jurídica com o objeto do *Habeas Corpus* e, conseqüentemente, com a liberdade de locomoção com a aquele que se afigura como paciente, à luz da jurisprudência majoritária, especialmente a dos tribunais superiores.

Ainda é salutar discutir a legitimidade e o papel do Ministério Público, à luz de suas atribuições previstas na Constituição Federal e na legislação específica, tal como a lei 8.625/1993. Buscou-se analisar com especial ênfase a legitimidade ativa do *Parquet*, exposta em decisões judiciais de tribunais superiores, em casos de conflitos de interesse com o paciente, a exemplo do HC 91.510/RN, levando-se em consideração a incumbência institucional do Ministério Público de defender direitos individuais indisponíveis, assim como a liberdade de locomoção.

A pesquisa tem por objetivo explicitar que o *Habeas Corpus* pode ter como impetrante qualquer pessoa, seja física ou jurídica, tendo em vista que a legislação brasileira não impõe nenhuma qualificação especial nesse sentido, expressando, por conseguinte, a chamada legitimidade ampla e irrestrita, determinante para o acesso à justiça. Mais especificamente, por meio de uma pesquisa descritiva e bibliográfica, mediante a utilização de livros e periódicos, cotejando com a análise de decisões judiciais e textos normativos, propõe-se a demonstrar que não há óbice para que figurem como impetrados, além de autoridades públicas, juízes, promotores e particulares.

Realizar-se-á um estudo bibliográfico de obras nacionais acerca da legitimidade ativa e passiva do remédio constitucional, tecendo breves comentários sobre a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* coletivo, detalhando, ainda, para a legitimidade ativa e passiva da pessoa jurídica, do *parquet*, da autoridade policial, do magistrado e, por fim, do particular. Para atingir os fins do estudo, é preciso adentrar numa análise jurisprudencial, avaliando em que medida os Tribunais Superiores estão se debruçando sobre o tema, de sorte a verificar a harmonia com as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

Para responder à pergunta central sobre os sujeitos do *writ* ora estudado, pretende-se fazer uma abordagem mais ampla sobre a legitimidade processual do *Habeas Corpus*, estudando, em primeiro lugar, os impetrantes do remédio, tecendo também considerações acerca dos pacientes, e acerca daqueles que podem ser considerados o polo passivo da ação, ou seja, as autoridades coatoras, e então, por fim, concluir se a perspectiva doutrinária e judicial majoritariamente adotada é ou não compatível com o princípio da ampla defesa e os fins do Estado Democrático de Direito.

## 2 LEGITIMIDADE ATIVA DO HABEAS CORPUS

Na dicção da doutrina de Tourinho Filho (2009), *Habeas*, de *habeo*, *habes*, *habui*, *habutum*, *habere*, significa ter, possuir, apresentar, e *corpus* (*corpus*, *oris*), que se traduz por corpo ou pessoa. A expressão “*writ of Habeas Corpus*”, por sua vez, emana ordem para apresentar a pessoa que está sofrendo o constrangimento em sua liberdade. No

Brasil, o *Habeas Corpus*, com origem na Inglaterra, foi introduzido na legislação ainda na época imperial, em 1832 (DE CAMARGO, 2004). O remédio constitucional tem previsão na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LXVIII, e constitui-se em uma ação autônoma, distinta de um mero recurso.

Para assegurar o direito de locomoção, a legitimidade ativa para impetrar *Habeas Corpus* vem disciplinada pelo artigo 654, *caput*, do Código de Processo Penal, afirmando que o referido remédio constitucional pode ser utilizado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Depreende-se desse dispositivo que essa garantia constitucional poderá ser impetrada por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, independentemente de habilitação legal ou representação de advogado, sendo, inclusive, dispensada a formalidade de instrumento procuratório (CAPEZ, 2021).

Ao conferir legitimidade à qualquer pessoa e, considerando a falta de necessidade de habilitação técnica para impetração, Rangel (2020) entende que a intenção do legislador foi a de criar a chamada Ação Popular de *Habeas Corpus*, de modo que o indivíduo, seja natural ou estrangeiro, maior ou menor de idade, tem a prerrogativa de impetrar o referido instrumento processual em favor de quem quer que seja.

Além disso, Lopes Júnior (2020) confere ao *Habeas Corpus* o atributo da personalidade:

O HC é um atributo da personalidade, em que qualquer pessoa, independentemente de habilitação, capacidade política, civil, processual, sexo, idade, nacionalidade e, inclusive, estado mental, pode utilizar. Não se faz qualquer limitação, nem aquelas necessárias para atuar no processo em geral (*legitimación ad causam y ad processum*) ou capacidade civil. (LOPES JÚNIOR, 2020).

No que se refere à desnecessidade de capacidade postulatória, o Estatuto da OAB dispõe expressamente no seu art. 1º, §1º, que não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de ordem de *Habeas Corpus* em qualquer instância ou tribunal.

Na visão do Supremo Tribunal Federal e, nos termos da doutrina de Lima (2020), o remédio heróico não abrange apenas o *Habeas Corpus* em si, mas também eventual recurso interposto em desdobramento a ele.

Diante de tais aspectos, depreende-se que qualquer pessoa é legitimada a impetrar ordem de *Habeas Corpus*, independentemente de qualquer qualificação especial, já que o CPP não faz nenhuma exigência nesse sentido, nem mesmo a Constituição Federal, caracterizando a legitimação ampla e irrestrita do referido instrumento processual e

demonstrando a vontade do legislador de conferir máxima proteção ao bem jurídico tutelado (direito de ir e vir).

Nestes termos, é importante fazer a distinção de impetrante, aquele que pede a concessão da ordem de Habeas Corpus, e paciente, que é aquele que sofre ou que está ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder (LIMA, 2020). Assim sendo, é possível que impetrante e paciente sejam a mesma pessoa, mas, nas hipóteses em que isso não ocorre, haverá uma verdadeira substituição processual, já que o impetrante estará agindo em juízo, em nome próprio, mas na defesa de interesse alheio (LIMA, 2020).

Nesse contexto, será demonstrado nos subtópicos seguintes os principais sujeitos que detêm legitimidade ativa para o manejo do remédio constitucional em questão, especialmente a pessoa jurídica, o *Parquet*, o juiz de direito e o delegado de polícia, fazendo-se, primeiramente, uma breve abordagem sobre a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* coletivo e sobre a legitimidade ordinária e extraordinária a partir das lições de Válder Kenji Ishida.

## **2.1 Breve análise da possibilidade de impetração de *Habeas Corpus* coletivo**

Afirma Lima (2020) que, na sociedade de massa em que vivemos, não é incomum que um mesmo ato ou evento danoso repercuta na esfera jurídica de um grande número de pessoas, originando múltiplas violações de direitos similares, como é o caso da liberdade de locomoção.

À semelhança do que ocorre em relação a outros direitos individuais, a violação à liberdade de locomoção também pode ir além da esfera individual de determinada pessoa, atingindo um amplo contingente de pessoas. Nessa situação, o ato ilegal de constrangimento à liberdade de locomoção dos indivíduos assume uma dimensão coletiva. Indaga-se, por conseguinte, se seria razoável impor a cada um deles que ingressasse em juízo com um Habeas Corpus, ou se seria viável a impetração do *writ* de maneira coletiva (LIMA, 2020).

Pode-se citar como exemplo o caso da portaria editada pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude de Cajuru/SP, instituindo toque de recolher para crianças e adolescentes, que se encontrassem nas ruas após as 23 horas, em locais próximos a prostíbulos e pontos de vendas de drogas e na companhia de adultos que estivessem consumindo bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes. Nesse caso, ante a pluralidade de sujeitos atingidos, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem pleiteada pela defensoria pública, de forma coletiva, em razão da portaria ter extrapolado o que disciplina o art. 149 do ECA.

A fundamentação legal para o cabimento do *writ* coletivo pode ser extraída do art. 654, §2º, do CPP, que disciplina a competência de juízes e tribunais para expedir ordem de *Habeas Corpus* de ofício. Além disso, o art. 580, do mesmo diploma processual, permite que a ordem concedida seja estendida para todos aqueles que se encontram em uma mesma situação (LIMA, 2020), dispositivo que analogicamente disciplina a extensão de efeitos benéficos de recurso interposto por um dos réus, em caso de concurso de agentes (art. 29 do Código Penal).

Dessa forma, Lima (2020) dispõe que a ideia do *Habeas Corpus coletivo*, assim compreendido como aquele que tem por paciente uma coletividade determinada ou, ao menos determinável, tem por objetivo não apenas otimizar a tramitação de tais demandas, mas também conferir uma tutela jurisdicional mais célere e eficiente, o que de fato é coerente com o direito fundamental de razoável duração do processo, à luz do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88.

## 2.2 Legitimidade ordinária e extraordinária

Segundo Ishida (2015), a legitimação ativa ordinária para impetração do *Habeas Corpus* diz respeito ao sujeito que tem o direito de locomoção violado. Assim, em regra, a legitimidade *ad causam* ativa é pertencente ao titular do direito subjetivo, pois se trata de um direito fundamental da personalidade, não permitindo-se, assim, quaisquer limitações. Ou seja, neste caso, o paciente do *writ* irá figurar também na condição de impetrante na mesma demanda.

De outro lado, o referido autor, Ishida (2015), aduz também que essa legitimidade ativa pode ser conferida a outra pessoa, não podendo, todavia, se confundir com o titular do direito subjetivo a ser tutelado. Neste caso, trata-se da legitimação ativa extraordinária, a partir da qual se gera uma presunção da anuência do paciente, uma vez que o referido remédio constitucional só irá beneficiá-lo, havendo, assim, essencial compatibilidade de interesse entre as partes interessadas.

Contudo, ainda segundo Ishida (2015), havendo convergência entre os interesses do impetrante com os do paciente, o *writ* não deverá ser conhecido. O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 470, §1º<sup>6</sup>, e os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 192, §3º<sup>7</sup>, e do Superior Tribunal de Justiça, em seu

---

6 Art. 470. O *Habeas Corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. O Superior Tribunal Militar pode concedê-lo de ofício, se, no curso do processo submetido à sua apreciação, verificar a existência de qualquer dos motivos previstos no art. 467. § 1º O pedido será rejeitado se o paciente a êle se opuser.

7 Art. 192. Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações. § 3º Não se conhecerá de pedido desautorizado pelo paciente.

art. 202, §1<sup>o</sup>, dispõem nesse sentido.

## 2.3 Legitimidade ativa da Pessoa Jurídica

No que se refere à pessoa jurídica, para Pontes de Miranda (1979), esta não pode ser paciente do remédio constitucional em estudo, pois o *Habeas Corpus* protege, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, o que não lhe diz respeito. Por outro lado, é possível que a pessoa jurídica figure na condição de impetrante na ordem de *Habeas Corpus*, isso porque, o art. 654, *caput*<sup>9</sup>, do CPP, ao mencionar “qualquer pessoa” em seu texto, confere uma legitimação ampla e irrestrita ao manejo do remédio constitucional em apreço.

Nesse sentido, Rangel (2020), ao discorrer acerca da possibilidade da pessoa jurídica impetrar ordem de *Habeas Corpus*, apresenta três motivos que justificam tal afirmação, quais sejam: o primeiro, relacionado ao fato de que o legislador não restringiu o alcance da norma, razão pela qual não cabe ao intérprete fazê-lo; o segundo, aduz que, por se tratar de regra concessiva de direito, admite-se a sua interpretação extensiva e analógica, assim como a sua aplicação por analogia; por fim, o terceiro, faz menção ao art. 75, VIII, do Código de Processo Civil, o qual determina que serão representados em juízo, ativa e passivamente, “a pessoa jurídica, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores”.

Diante de tais argumentos, o referido autor conclui pela existência de viabilidade jurídica para impetração deste remédio constitucional por parte da pessoa jurídica “(...) em favor de qualquer pessoa física e, em especial, daquelas que integram seus quadros.” Ou seja, o autor conclui pela desnecessidade de pertinência temática entre os fins constitutivos da entidade e o direito à liberdade de locomoção do paciente.

Sobre essa temática, importante mencionar os seguintes julgados nos quais esta é abordada expressamente:

PROCESSUAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS REQUERIDO POR PESSOA JURÍDICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. CONDUÇÃO COERCITIVA. POSSIBILIDADE.

---

8 Art. 202. Instruído o processo e ouvido o Ministério Público em dois dias, o relator o colocará em mesa para julgamento, na primeira sessão da Turma, da Seção ou da Corte Especial, ou, se a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, poderá decidir monocraticamente. § 1º Opondo-se o paciente, não se conhecerá do pedido.

9 Art. 654. O **Habeas Corpus** poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.



1. É POSSÍVEL A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS POR PESSOA JURÍDICA EM FAVOR DE UM DE SEUS SÓCIOS, POIS NÃO SE DEVE ANTEPOR RESTRIÇÕES A UMA AÇÃO CUJO ESCOPO FUNDAMENTAL É PRESERVAR A LIBERDADE DO CIDADÃO CONTRA QUAISQUER ILEGALIDADES OU ABUSOS DE PODER.

(...)

(STJ - RHC 3716 / PR 1994/0017737-2 - 5ª Turma - Relator: Ministro Jesus Costa Lima - Data de Julgamento: 29/06/1994 - Data de Publicação: 15/08/1994)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU A SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. **I - Responsabilidade penal da pessoa jurídica, para ser aplicada, exige alargamento de alguns conceitos tradicionalmente empregados na seara criminal, a exemplo da culpabilidade, estendendo-se a elas também as medidas assecuratórias, como o Habeas Corpus. II - Writ que deve ser havido como instrumento hábil para proteger pessoa jurídica contra ilegalidades ou abuso de poder quando figurar como co-ré em ação penal que apura a prática de delitos ambientais, para os quais é cominada pena privativa de liberdade.** (STF - HC 92921 / BA - 1ª Turma - Relator: Ministro Ricardo Lewandowski - Data de Julgamento: 19/08/2008 - Data de Publicação: 26/09/2008)

Da análise pura e simples destes dois julgados, no entanto, extrai-se que as pessoas jurídicas impetraram a ordem de *Habeas Corpus* em favor dos seus sócios, o que dá a entender que os seus fins estatutários devem estar relacionados com a condição ou atividade desenvolvida pelo paciente, a fim de que a pessoa jurídica possa figurar no polo ativo da demanda.



Contudo, isso é uma questão polêmica, já que, conforme dito, o art. 654, *caput*, do CPP, emana a ideia de legitimação ativa ampla e irrestrita para impetração de ordem de *Habeas Corpus*, razão pela qual é possível compreender que não há necessidade de pertinência temática dos fins estatutários da empresa com a condição do paciente ou a natureza da impetração.

Diante do exposto, vimos que a pessoa jurídica pode ser impetrante do *writ*. Contudo, indaga-se: o referido ente pode ser considerado paciente na ação constitucional do *Habeas Corpus*? Uma vez que o referido remédio tutela a liberdade de locomoção dos indivíduos, a pessoa jurídica não poderia figurar como paciente. No entanto, a questão tornou-se polêmica e chegou ao Supremo Tribunal Federal, no qual sua Primeira Turma, no HC 92921 BA, decidiu que realmente, a pessoa jurídica, por impossibilidade lógica, não pode ser paciente do referido remédio.

Na demanda pertencente ao *Habeas Corpus* supracitado, havia a possibilidade de responsabilização de uma empresa por crime ambiental, nos termos da lei 9605/1998, imputação esta permitida pelo art. 225 § 3º da Constituição Federal de 1988, que aduz que: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. No mesmo sentido, é o art. 3º da lei 9605/1998<sup>10</sup>, que autoriza à submissão desses entes, quando a infração penal for cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica.

No entanto, mesmo se condenadas, as pessoas jurídicas não serão submetidas a penas de privação de liberdade, mas sim, de multa, restritivas de direito e de prestação de serviços à comunidade, nos termos do art. 21<sup>11</sup> da Lei de Crimes Ambientais. Ou seja, a legislação não prevê a hipótese de prisão pena, e, até mesmo, de prisão cautelar para as entidades. Dessa forma, a decisão do STF baseou-se em uma análise global e coerente do ordenamento jurídico, excluindo o cabimento de *Habeas Corpus* nos casos em que o paciente apresentado no *mandamus* é pessoa jurídica.

## 2.4 Legitimidade ativa do *Parquet*

Conforme o artigo 127 da Constituição Federal, ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais e

---

10 Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

11 Art. 21 Lei 9.605/1998 “Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são: I - multa; II - restritivas de direitos; III - prestação de serviços à comunidade.”

indisponíveis. Dessa forma, em suas funções institucionais, a liberdade dos indivíduos, considerada direito fundamental, também pode ser tutelada pelo *Parquet*. Acerca da legitimidade ativa do Ministério Público para impetração de *Habeas Corpus*, no plano infraconstitucional, verifica-se que há expressa autorização do art. 654 *caput*, o qual aduz “*O Habeas Corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.*”. Além disso, na Lei 8625/1993, conhecida como Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LOMP), há expressa permissão, como a do art. 32, inciso I, que diz:

Art. 32. Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, **competete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: I - impetrar habeas-corpus** e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes; (*grifos nossos*).

A previsão na lei 8625/1993 está dentro da parte da lei<sup>12</sup> que disciplina os órgãos de execução do ministério público. Essa atuação dos promotores se refere a eles enquanto representantes da instituição. Dessa maneira, o promotor de justiça deve utilizar-se desse remédio constitucional apenas dentro de sua esfera de atribuição. Em síntese, deve ser respeitado o princípio do “promotor natural”. Tal princípio serve de base para vedação de designações casuísticas dos membros do *Parquet*, ou seja, que membros, fora dos critérios previstos em lei, possam atuar *ad hoc*.

Dessa forma, seja pelos dispositivos supramencionados, seja pela questão já abordada da legitimidade universal, não há dúvidas de que o Ministério Público tem sim legitimidade ativa para impetrar *Habeas Corpus*, embora tecnicamente não seja considerado uma pessoa jurídica (MAZILLI, 2000), mas um ente despersonalizado, um órgão relacionado à ente ao qual é vinculado.

No entanto, é preciso observar que a instituição deve fazer uso desse remédio apenas quando houver interesse processual legítimo em proteger a liberdade de locomoção do paciente. O tema, por vezes, é discutido pela jurisprudência pátria, mas, de modo geral, a conclusão dos julgados é no sentido de que o referido remédio não pode ser utilizado como uma via transversa para atender a eventual interesse pertencente à acusação. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>, que diz:

12 CAPÍTULO IV da Das Funções dos Órgãos de Execução.

13 STF, 1ª Turma, HC 91.510/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – Dje 241 18/12/2008.

**O Ministério Público possui legitimidade processual para defender em juízo violação à liberdade de ir e vir por meio de Habeas Corpus. É, no entanto, vedado ao Parquet utilizar-se do remédio constitucional para veicular pretensão que favoreça a acusação.** O reconhecimento da incompetência do juízo ou a declaração de inconstitucionalidade de resolução há de ser provocada na via processual apropriada. Atuação ministerial que fere o devido processo legal e o direito à ampla defesa. Habeas corpus não conhecido. (grifos nossos).

No precedente supracitado, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte impetrou o *writ* em favor de dois pacientes, alegando incompetência do juízo de origem, em virtude de, supostamente, uma resolução do Tribunal de Justiça local (Res. 19/2005/TJRN) tê-la alterado em contrariedade à Constituição do referido estado e em desarrajo com a Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Rio Grande do Norte. No entanto, a Primeira Turma da Egrégia Corte entendeu que o intento real do impetrante era a declaração de inconstitucionalidade da Resolução 19/2005/TJRN em face da Constituição Estadual, revelando-se o *Habeas Corpus* como via inadequada para tanto. Neste julgado, os pacientes foram regularmente intimados, porém, não se manifestaram sobre a impetração.

Nesse contexto, a exemplo do que ficou consignado no HC 91.510/RN, pode ocorrer de o *Habeas Corpus* ser impetrado contra os interesses do paciente, questões as quais, não raro, são debatidas pelo Judiciário<sup>14</sup>. Como exemplo, foi a situação em que o Ministério Público impetrou a ação alegando incompetência absoluta do juízo. No entanto, sabe-se que a incompetência absoluta pode ser alegada a qualquer momento processual, e o paciente talvez esteja sem se manifestar aguardando a prescrição, porque isso é do seu interesse, caracterizando-se esta situação uma contradição de intenções entre paciente e impetrante.

Ante o exposto, pode-se afirmar que não há óbice para que o Ministério Público seja impetrante de *Habeas Corpus*, mas devem restar claramente demonstrado, na situação concreta, que seu intento se coaduna com o melhor interesse daquele que está sofrendo ou na ameaçado de sofrer ofensa à liberdade de locomoção, requisito este que merece ser analisado pelo órgão julgador.

---

<sup>14</sup> No mesmo sentido, em que foram detectadas discordâncias de interesse entre o impetrante ministerial e o paciente, STF - HC: 75347 MG, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 03/12/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-03-1998 PP-00003 EMENT VOL-01901-02 PP-00304; TRF-2 - HC:00076767420184020000 RJ 0007676-74.2018.4.02.0000, Relator: GUSTAVO ARRUDA MACEDO, Data de Julgamento: 14/08/2019, 1ª TURMA ESPECIALIZADA e STF - HC: 172403 RS - RIO GRANDE DO SUL 0024209-80.2019.1.00.0000, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 13/09/2019, Data de Publicação: DJe-202 18/09/2019.

## 2.5 Legitimidade ativa da autoridade policial e do magistrado

O delegado de polícia e o juiz podem ser impetrantes de *Habeas Corpus*, mas com algumas particularidades. Ambos não podem fazer uso do remédio na qualidade de representantes de suas respectivas instituições, nada impedindo que possam fazê-lo na condição de pessoas físicas (LIMA, 2020), em virtude da legitimidade ampla e irrestrita do art. 654 CPP.

Todavia, no que pertine ao caso do magistrado, é preciso fazer uma distinção da possibilidade de este conceder *Habeas Corpus* de ofício, ou seja, sem necessidade de provocação do paciente, mas isto apenas quando a autoridade coatora estiver submetida à competência jurisdicional do referido magistrado. O *Habeas Corpus* de ofício tem previsão no art. 654 par. 2º do CPP, que aduz 654 par. 2º do CPP<sup>15</sup>.

Como exemplo disso, é o caso de quando alguém interpõe recurso, o qual é indeferido ou mesmo até não é conhecido, e mesmo assim o magistrado ou tribunal concede o *mandamus* de ofício<sup>16</sup>.

## 3 LEGITIMIDADE PASSIVA

Com as considerações acerca da legitimidade ativa do *Habeas Corpus*, passa-se a analisar quem tem qualidade para figurar no pólo passivo da demanda.

O legitimado passivo no âmbito do *Habeas Corpus*, isto é, a autoridade coatora, é a pessoa responsável pela violência ou coação ilegal à liberdade de locomoção do paciente. Sendo assim, é imperioso distinguir a figura da autoridade coatora, pessoa responsável pelo constrangimento ilegal, da figura do detentor, pessoa esta que executa fisicamente a privação da liberdade, nos termos do artigo 658<sup>17</sup>, do Código de Processo Penal (LIMA, 2020).

Ainda na dicção de Lima (2020), as duas figuras mencionadas acima não se confun-

15 “§ 2o Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de Habeas Corpus, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

16 EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO MINISTERIAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS EM SUA MAIORIA. RECONHECIMENTO EM “HABEAS CORPUS” DE OFÍCIO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. CONCEDIDO “HABEAS CORPUS” DE OFÍCIO.

1. A fixação da pena-base tem como parâmetro as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, sendo que a pena variará conforme a quantidade de circunstâncias desfavoráveis ao réu. 2. Existindo somente uma circunstância judicial desfavorável ao acusado, a pena-base deve ser fixada em patamar pouco superior ao mínimo legal. 3. **Havendo circunstâncias indevidamente analisadas em desfavor dos réus, é possível a correção de ofício, em recurso ministerial.** 4. Negado provimento ao recurso. Concedido “Habeas Corpus” de ofício. (grifos nossos) TJ-MG - APR: 10027110118836002 Betim, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 21/08/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/08/2014

17 Art. 658. O detentor declarará à ordem de quem o paciente estiver preso.

dem, uma vez que o detentor não é parte no processo, de modo que, imaginando uma situação hipotética, caso uma prisão decretada por um juiz tenha sido levada a efeito, o fato de o paciente estar recolhido em estabelecimento penitenciário, não transforma o diretor deste em parte legítima para ocupar o polo passivo da demanda, qualidade esta que pertence ao juiz que determinou a segregação.

A competência para julgamento do *mandamus*, em grande parte dos casos, pode ser determinada pela identificação daquele que é considerado a autoridade coatora, a qual constitui-se o impetrado. As regras de competência do *Habeas Corpus* podem ser extraídas do texto constitucional, mormente nos arts. 102, inciso I, alínea i' (no qual se firma a competência como do Supremo Tribunal Federal), 105 inciso I alínea c' (no qual a competência cabe ao Superior Tribunal de Justiça, 108, inciso I, alínea c', em que há hipóteses em que o *Habeas Corpus* competirá ao Tribunal Regional Federal, e, por fim, o art. 109, inciso VII, que diz respeito à competência da Justiça Federal, quando a autoridade coatora não esteja diretamente sujeita à outra jurisdição. Por sua vez, no que tange à justiça estadual, o critério de atribuição de competência permanece como residual.

É salutar ressaltar a inovação promovida pela Lei 13.964/2019, conhecida como Pacote-Anticrime, no diploma processual penal, em que se estabeleceu que a competência para os *Habeas Corpus* impetrados antes do oferecimento da denúncia seria do juiz das garantias, de acordo com o art. 3º-B, inciso XII<sup>18</sup>, dispositivo o qual está com sua eficácia suspensa, conforme medida cautelar determinada pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 do Distrito Federal.

A figura do juiz das garantias visa a proteger os jurisdicionados antes do início da fase judicial da persecução penal, bem como evitar que a morosidade na investigação possa prejudicar a celeridade processual. Por enquanto, não houve modificação efetiva das regras de competências, e, por exemplo, quando a autoridade coatora for o delegado de polícia, caberá ao juiz de 1º grau o julgamento do *mandamus*, com a inteligência do art. 650 § 1º do CPP<sup>19,20</sup>.

Assim, feitas essas considerações, nos subtópicos seguintes serão demonstrados os entendimentos relativos à possibilidade do *Parquet* e do particular, de figurarem no polo passivo da demanda de *Habeas Corpus*.

---

18 Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XII - julgar o Habeas Corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;

19 Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de **Habeas Corpus**: (...) § 1º A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.

20 HABEAS CORPUS. DELEGADO DE POLÍCIA COMO AUTORIDADE COATORA. NÃO CONHECIMENTO. Tratando-se de Habeas Corpus impetrado contra ato ilegal atribuído a Delegado de Polícia, a competência para analisar a presente medida é do Juiz de Direito, nos termos do art. 650, § 1º, do CPP, o qual estabelece que a competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (Habeas Corpus Nº 70080758287, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 27/02/2019).

### 3.1 Legitimidade passiva do *Parquet*

Mais comumente, vê-se os magistrados ocupando o polo passivo do *Habeas Corpus*, mas é certo que o *Parquet* também pode ser apontado como autoridade coatora na prática, uma vez que este pode praticar atos administrativos, não jurisdicionais, capazes de causar constrangimento na liberdade de locomoção dos indivíduos, como nos casos de requisição de instauração de inquérito policial para apurar conduta atípica ou em relação à punibilidade já, há muito, extinta (LIMA, 2020), como no caso em que ocorrer a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Outra situação em que o remédio constitucional em questão poderá ser impetrado é nos casos em que o Delegado de Polícia instaura o inquérito policial e o remete ao Ministério Público, o qual, ato contínuo, oferece denúncia, sendo esta recebida pelo juiz. Neste caso, a autoridade coatora em eventual *Habeas Corpus* será o membro do Ministério Público e não o delegado de polícia responsável pela instauração do inquérito policial (RANGEL, 2020).

Além disso, o referido autor afirma que, nestes casos, deverá ser analisado o ato praticado pelo Promotor de Justiça, tendo em vista que, se este ato se refere apenas ao encaminhamento das peças de informação à autoridade policial, determinando que esta providencie as medidas que entender cabíveis, sem fazer menção expressa à requisição de instauração de inquérito policial, porém, o delegado de polícia assim proceda, abrindo margem à possibilidade de decretação de prisão em desfavor da pessoa investigada, a autoridade coatora será a autoridade policial e não o membro do *Parquet*.

### 3.2 Legitimidade passiva do particular

Um aspecto que pode vir a deixar dúvidas é acerca da possibilidade do particular figurar no polo passivo do *writ*, ante o que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIX, no que se refere ao mandado de segurança, asseverando que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder deve ser autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Ocorre que, a Carta Magna, no que se refere ao *Habeas Corpus*, dispõe apenas que a violação ou a coação deve advir de ilegalidade ou abuso de poder, demonstrando a ausência de ressalvas quanto à natureza do coator. Nesse sentido, é possível a impetração de *Habeas Corpus* por ato de particular (LIMA, 2020).

Rangel (2020) dispõe sobre as controvérsias doutrinárias no que tange a admissibilidade ou não da impetração de *Habeas Corpus* se o constrangimento ilegal decorrer de ato praticado por particular. Nesse sentido, o referido autor filia-se à corrente relativa

à admissibilidade, com base em três motivos. O primeiro, afirma que, não obstante os artigos 649<sup>21</sup>, 650, § 1<sup>o</sup><sup>22</sup>, 653, parágrafo único<sup>23</sup>, 655<sup>24</sup>, 660 §§ 3<sup>o</sup> e 5<sup>o</sup><sup>25</sup>, 662<sup>26</sup> e 665<sup>27</sup>, todos do CPP, mencionarem autoridade coatora, a Constituição Federal no seu art. 5<sup>o</sup>, LXVIII, somente menciona “ilegalidade ou abuso de poder” em seu texto, não fazendo qualquer restrição à origem do ato (se ilegal ou com abuso de poder), razão pela qual a lei processual penal deve ser interpretada a partir do que dispõe o texto constitucional.

O segundo motivo, afirma o autor que, por se tratar de regra concessiva de direito, admite-se a sua interpretação extensiva e analógica, bem como a analogia, devendo, assim, a interpretação da norma ser liberal e em consonância com o espírito do legislador ao criá-la.

E o terceiro motivo refere-se ao fato de que na redação da Carta Magna, no caso do mandado de segurança, o legislador especificou a autoridade responsável pela prática de ato ilegal ou com abuso de poder, por outro lado, ao tratar do *Habeas Corpus*, não o fez, dando a entender que a ilegalidade poderia ser emanada por ato de particular. Assim, o constituinte “(...) teria reservado a ilegalidade ao particular e o abuso de poder à autoridade pública.”

Por fim, importa destacar que outras autoridades podem ser consideradas coatoras, que não integrantes da Polícia Judiciária, membros do Ministério Público ou do Poder Judiciário, de modo que o constrangimento à liberdade de locomoção pode estar atrelado a uma autoridade do Poder Executivo ou Legislativo, podendo-se citar como exemplo uma prisão decretada por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, no âmbito do Poder Legislativo, em flagrante violação ao disposto no art. 5<sup>o</sup>, LXI, da CF/88, que só admite a decretação da prisão em flagrante por uma CPI (LIMA, 2020).

---

21 Art. 649 CPP. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

22 Art. 650 CPP. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de Habeas Corpus: § 1<sup>o</sup> A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.

23 Art. 653 CPP. Ordenada a soltura do paciente em virtude de Habeas Corpus, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação. Parágrafo único. Neste caso, será remetida ao Ministério Público cópia das peças necessárias para ser promovida a responsabilidade da autoridade.

24 Art. 655 CPP. O carcereiro ou o diretor da prisão, o escrivão, o oficial de justiça ou a autoridade judiciária ou policial que embaraçar ou procrastinar a expedição de ordem de Habeas Corpus, as informações sobre a causa da prisão, a condução e apresentação do paciente, ou a sua soltura, será multado na quantia de duzentos mil-réis a um conto de réis, sem prejuízo das penas em que incorrer. As multas serão impostas pelo juiz do tribunal que julgar o Habeas Corpus, salvo quando se tratar de autoridade judiciária, caso em que caberá ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Apelação impor as multas.

25 Art. 660 CPP. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas. § 3<sup>o</sup> Se a ilegalidade decorrer do fato de não ter sido o paciente admitido a prestar fiança, o juiz arbitrar o valor desta, que poderá ser prestada perante ele, remetendo, neste caso, à autoridade os respectivos autos, para serem anexados aos do inquérito policial ou aos do processo judicial. § 5<sup>o</sup> Será incontinenti enviada cópia da decisão à autoridade que tiver ordenado a prisão ou tiver o paciente à sua disposição, a fim de juntar-se aos autos do processo.

26 Art. 662 CPP. Se a petição contiver os requisitos do art. 654, § 1<sup>o</sup>, o presidente, se necessário, requisitará da autoridade indicada como coatora informações por escrito. Faltando, porém, qualquer daqueles requisitos, o presidente mandará preenchê-lo, logo que lhe for apresentada a petição.

27 Art. 665 CPP. O secretário do tribunal lavrará a ordem que, assinada pelo presidente do tribunal, câmara ou turma, será dirigida, por ofício ou telegrama, ao detentor, ao carcereiro ou autoridade que exercer ou ameaçar exercer o constrangimento.



## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da legitimidade ativa e passiva do remédio constitucional de *Habeas Corpus* é fundamental para se assegurar o acesso dos indivíduos ao Judiciário, em caso de ameaça ou efetiva afronta à garantia de liberdade.

Neste íterim, impende destacar que as pessoas jurídicas podem ser sim legitimadas ativas da ação constitucional de *Habeas Corpus*. No que diz respeito às pessoas jurídicas de direito privado, entendemos que estas, ainda que não estejam regularmente constituídas, com o registro de seus atos constitutivos ou ainda quando os seus fins estatutários não estão intrinsecamente relacionados ao paciente, com fundamento na legitimação ampla e irrestrita conferida a esse remédio constitucional, diante da proteção ao bem jurídico liberdade de locomoção.

Importante frisar que a legislação processual penal não fixou requisitos específicos, não podendo o intérprete reduzir seu âmbito de aplicação para tanto.

É com base na mesma questão de legitimidade universal, mormente prevista no art. 654 do CPP, que qualquer pessoa física também terá legitimidade ativa para a referida ação constitucional, bem como o próprio Ministério Público, que, embora sem personalidade, é órgão de natureza pública, defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais, como aduz o art. 127 da Carta Magna.

Por sua vez, no que se refere à legitimidade passiva, a Carta Magna dispõe apenas que a violação ou a coação deve advir de ilegalidade ou abuso de poder, demonstrando a ausência de ressalvas quanto à natureza do coator, demonstrando que não apenas membros da Polícia Judiciária, do Ministério Público ou do Poder Judiciário podem figurar no polo passivo do *writ*, mas também particulares e outros membros do Poder Executivo e Legislativo.

### **WHO CAN BE THE APPLICANT OR THE ENFORCEMENT AUTHORITY IN THE HABEAS CORPUS REMEDY? AN ANALYSIS ABOUT THE BROAD PROCEDURAL LEGITIMACY IN THE CONSTITUTIONAL HABEAS CORPUS WRIT**

#### **ABSTRACT**

The article aims to analyze the procedural legitimacy of the Habeas Corpus remedy, based on the article 5, LXVIII, of the Federal Constitution of 1988, and articles 647 and 654 of the CPP (Code of Criminal Procedure), as well as the jurisprudence of the Brazilian courts. This investigation was carried out through bibliographical research,



using theoretical references such as books, scientific articles, laws and jurisprudence, especially judicial cases concerning the legitimacy as an applicant by the Public Prosecutor and the legal entity. From the analysis of the data, it was concluded that the Habeas Corpus writ can have as a petitioner any person, whether natural or legal entity, considering that Brazilian legislation does not impose any special qualification in this regard, a fact that expresses the so-called broad and unrestricted legitimacy, determinant for access to justice. Likewise, it was observed that there is no obstacle to appear as the enforcement authority, in addition to other public authorities, such as judges and prosecutors, also a natural person.

**Keywords:** Habeas Corpus Writ; Active and Passive Legitimacy; Universal legitimacy; Public Prosecutor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 13.105**, de 16 de mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 27 ago. 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. **Lei nº 8.906**, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Federal Nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 20 de out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **RHC 3716 / PR 1994/0017737-2**, Relator: Ministro Jesus Costa Lima, Data de Julgamento: 29/06/1994, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 92921 / BA**, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 19/08/2008, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/09/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91510/RN**, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de julgamento: 18/12/2008, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298**. Decisão Monocrática do Ministro Luiz Fux no exercício da presidência, ad referendum do Plenário, em 22 jan. 2020. Relator: Min. Luiz Fux. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DF, 2020b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

DE CAMARGO, Mônica Ovinski. O Habeas Corpus no Brasil Império: liberalismo e escravidão. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 25, n. 49, p. 71-94, 2004.

ISHIDA, Válder Kenji. **Prática jurídica de Habeas Corpus**. 1. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao ministério público**. São Paulo. Saraiva. 3ª ed., 2000.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **História e prática do Habeas Corpus**, Borsoi, 1979, pág. 443.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Habeas Corpus Nº 70080758287**, Quarta Câmara Criminal, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 27/02/2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/687725161/habeas-corpus-hc-70080758287-rs>>. Acesso em: 23 de ago. 2021.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTRUMENTAL JURÍDICO DE PROTEÇÃO  
DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL

*LEGAL INSTRUMENTS TO THE PROTECTION  
OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL*



# INSTRUMENTAL JURÍDICO DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL<sup>1</sup>

## *LEGAL INSTRUMENTS TO THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL*

*Terezinha A de Albuquerque Gomes<sup>2</sup>*

### RESUMO

O artigo expõe alguns dos instrumentais jurídicos de proteção individual e coletiva do patrimônio cultural no Brasil. Ainda problematiza a importância da atuação do Ministério Público e da participação popular para sua preservação. Em relação à metodologia de trabalho, utiliza-se de pesquisa bibliográfica e documental, tendo por base leis, livros e artigos científicos, extraídos das plataformas digitais Ebscohost; Vlex e Scielo. Procedeu-se, ainda, a uma pesquisa qualitativa, de caráter exploratório. Por fim, verificou-se que a previsão constitucional é ampla, em todas as esferas de atuação do legislador, sendo necessário uma ação conjunta do Ministério Público, Poder Público e da sociedade.

**Palavras-chave:** Patrimônio cultural; Legislação; Educação; Ação civil pública; Participação popular.

### 1 INTRODUÇÃO

A proteção dos bens culturais é um modo de se rememorar a história de um povo e de preservar sua identidade. Já, no aspecto jurídico, os valores econômico, social e cultural também justificam a proteção desse patrimônio, cujo encargo compete em primazia ao poder público, em razão da necessidade de reconhecimento e distinção, uma vez que podem ser de caráter material ou imaterial. Daí, a importância de difundir os mecanismos de proteção individual e coletiva, previstos no sistema jurídico brasileiro.

Ao se incorporar uma visão mais simbólica e subjetiva da vida, em substituição aquela mecanicista do mundo industrializado, surge uma preocupação mais dirigida

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 30/08/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Mestra em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), promotora de justiça no Estado do Ceará, titular da 8ª Promotoria de Justiça de Drogas; e-mail: terezinhaalbuquerque@edu.unifor.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6132-9094>.

a preservação do patrimônio histórico cultural, em especial, com vistas ao lazer e ao turismo, bem como em vista daqueles valores de identidade e memória.

Logo, procurar-se-á, no presente trabalho, expor os principais mecanismos de preservação dos bens de valor histórico, artístico e cultural, nas esferas individual e coletiva, no Brasil, bem como abordar a participação popular nesse processo, em especial, destacando o papel do Ministério Público nessa seara.

Portanto, os objetivos consistem em analisar quais os instrumentos de proteção jurídica do patrimônio cultural que podem evitar ou reparar os danos causados aos bens culturais, no Brasil e os meios postos a disposição do órgão ministerial para conscientizar a população acerca da necessidade de seu envolvimento nesse intento.

Em relação à metodologia, a pesquisa tem abordagem qualitativa, com base em pesquisa bibliográfica e documental. Utiliza-se, para tanto, de leis, livros, artigos das bases *Ebscohost*, *SciELO Vlex*, relacionados ao tema. Quanto aos objetivos, será descritiva. No que diz respeito à natureza, será exploratória.

O presente trabalho, portanto, possui conteúdo direcionado ao papel constitucional do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, no que pertine à proteção dos direitos culturais, que são de caráter coletivo. Poderá ainda ser utilizado como base para grupos de discussão, além de elaboração de projetos institucionais.

Em relação à metodologia de trabalho, propõe-se uma pesquisa bibliográfica e documental, cuja abordagem tem caráter descritivo analítico.

Por fim, conclui-se, dentre outros resultados finais, que a educação é um fator indispensável a ser utilizado pelo Poder Público e pelo Ministério Público para fomentar a conscientização da população acerca da importância de se resguardar sua história e identidade, por meio dos instrumentos legais de proteção ao patrimônio cultural. Isso porque a maior parte desses é ainda desconhecida da população, mas pode ser efetivada de forma direta por alguns meios ou indireta, com auxílio do Ministério Público, nesse último caso.

## **2 OS MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO AOS BENS CULTURAIS NO BRASIL E OS CONFLITOS EXISTENTES**

O elastecimento, já no século XX, da definição de patrimônio histórico para patrimônio cultural colaborou para o reconhecimento de bens antes tidos como menores, ou hierarquicamente inferiores, em razão da origem humilde e rudimentar ou, por não ser

possível sua mensuração financeira, como no caso dos bens culturais imateriais.<sup>3</sup>

Ao mesmo tempo, foi possível a formação de uma nova conjuntura mais adequada à reunião de todos os bens de uma mesma área, sem deixar de reconhecer os atributos de característica estética, cultural e social de cada um deles (FUNARI;PELEGRINI, e-book).

A previsão do § 1º do art. 216, da Constituição Federal de 1988, estabelece que ‘o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação’. Logo, se percebe a presença já do resguardo do patrimônio cultural imaterial normatizado em referida regra do artigo 216 da Constituição Federal.

Vislumbra-se, assim, que a preservação resguardada constitucionalmente alcança não somente a conservação, mas também a vedação ou limitação ao uso e até mesmo sua alienação, a fim de impedir possível aniquilamento ou extinção do bem (SILVA; SARTORI, 2015). Isso em todos os âmbitos, seja de esfera federal, estadual e municipal. Logo, os meios ordinários de proteção, decorrentes de atos legislativos ou administrativos, são os registros; os inventários; o zoneamento; a servidão; o tombamento e a desapropriação.

Há também as medidas de contenção de natureza administrativa ou penal, que estabelecem sanções como multas; restrição ou privação de bens e direitos. Já, em relação aos aspectos apontados por José Afonso da Silva, como vigilância, fiscalização, reparo, restauração, enquadram-se melhor como efeitos diretos daquelas medidas de proteção (PAIVA, 2010).

O Art. 216- A da Constituição Federal, no seu inciso X, estabelece como princípio norteador dessa preservação, a democratização dos processos decisórios com participação e controle social. Isso porque o ambiente ocupado pela população interessada também propicia interações sociais que auxiliam, naquele processo educacional de preservação da cultura.

Por outro lado, as modificações trazidas pelo desenvolvimento econômico, mesmo que planejado, podem gerar conflitos que precisam ser apaziguados. Daí, o conceito de mediação interligado ao de pacificação social, como mecanismo integrante do contexto ora estudado. (IPHAN, 2006).

No que pertine a destruição de bens culturais, o que se torna mais perceptível é a ação

---

3 Patrimônio imaterial, segundo a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, são práticas, representações, expressões, que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer; celebrações; formas de expressão cênicas, plásticas, musicais ou lúdicas; e lugares como mercados, feiras e santuários que abrigam práticas culturais coletivas.

dirigida às construções e às moradias urbanas, em razão do impacto da industrialização. Concomitantemente, percebe-se, além do desenvolvimento do turismo e do lazer; o fracionamento das cidades em bairros, que funcionam como pólos socioeconômicos e especulação financeira, conforme a região; a poluição sonora e ambiental; o aumento da destruição das estruturas e prédios (CAMARGO, 2004).

Tudo isso encontra-se interligado às pressões sociais e ao movimento de êxodo do campo para as cidades, em busca de emprego e maiores oportunidades. Ao mesmo tempo em que o desenvolvimento sustentável orienta o incentivo e o desenvolvimento de atividades produtivas no próprio local de origem.

Esse paradoxo gera a irregular ocupação dos espaços públicos seja por grandes empreendimentos ou mesmo conglomerados de pessoas decorrentes do deslocamento destas da zona rural para zona urbana, o que traz um desequilíbrio de mostragem quanto à identificação do patrimônio cultural com seus respectivos representantes (IPHAN, 2006). Passa-se a expor os mecanismos colocados a disposição dos interessados envolvidos.

## 2.1 O Registro e o Inventário

Inobstante os termos patrimônio material e imaterial sejam intrinsecamente inseparáveis, exceto para fins de estudo, no que pertine a vinculação existente entre os dois (SANT'ANNA, 2006), o Registro possui precedentes que remontam ao período colonial e ao período do Brasil-Império.

As iniciativas foram direcionadas a princípio, aos bens culturais materiais<sup>4</sup>, em razão do princípio da autenticidade, sem que se tenha atentado para necessidade de resguardo dos bens culturais imateriais, cuja preocupação somente teve início já no século XX, com a criação do órgão administrativo responsável por sua proteção, futuramente, intitulado Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. Isso, porque estes últimos tinham por estrutura base a continuidade histórica e não mais aquela vertente documental.

Ocorre que, atualmente, a regulamentação direta do art. 216 da Constituição Federal por meio do Decreto Federal 3.551, de 04 de agosto de 2000<sup>5</sup>, estabeleceu, dentre outros pontos, o registro de bens culturais de natureza imaterial e a criação do Programa Nacio-

---

4 Patrimônio material, consoante o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN, inclui bens culturais classificados segundo sua natureza, conforme os quatro Livros do Tombo: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico; belas artes; e das artes aplicadas.

5 Esta regulamentação do Registro acabou sendo replicada pelos estados e municípios, em razão da competência comum da União, Estados e Municípios para realizar a proteção desses bens, conforme regra do art. 23 da Constituição Federal.



nal do Patrimônio Imaterial. Até porque os bens materiais são hoje melhor resguardados pelo instituto do tombamento, que será melhor descrito a seguir.

O Inventário, da mesma forma, também é destinado para, de forma mais célere, discriminar e encontrar o local, onde estão situados os bens que compõem o patrimônio cultural nacional. São úteis também para traçar metas públicas e evitar a comercialização ilegal de bens culturais (PAIVA, 2010).

## **2.2 O zoneamento**

O Zoneamento é um mecanismo de proteção urbana realizado, a rigor, pelo Poder Público municipal, para fins de proteger a propriedade privada, que pode ter por fins questões de ordem industrial, ambiental ou urbanística.

Com base no Decreto n. 4.297/02, tem por finalidade e utilidade basilar o planejamento econômico-racional do uso do solo, em face da escassez dos recursos naturais decorrentes da industrialização das cidades.

## **2.3 A servidão**

A servidão administrativa designa um ônus real imposto a coisa alheia, pelo Poder Público, que, no caso do patrimônio cultural, serve ao fim social de que é dotado esses bens imóveis. Nela não há restrição ao direito de propriedade, mas ao proveito ou benefício de que goza o proprietário (PAIVA, 2010). Nesse caso, há previsão legal de indenização, pelos eventuais prejuízos causados (art. 40, do Dec.-Lei 3.365/41).

## **2.4 O tombamento**

O tombamento é além de uma interferência administrativa realizada pelo Poder Público, na propriedade, cujo fim voltar-se antes de tudo para sua manutenção e proteção, já que é um instrumento para indicar o valor cultural do bem afetado (PAIVA, 2010, p.76). Logo, é um mecanismo que veda a sua destruição, por parte do possuidor ou proprietário, sem o consentimento do ente estatal, caso queira proceder inclusive, a qualquer restauração, no bem tombado (SILVA; SARTORI, 2015, p. 05). Um exemplo desse instituto está previsto no artigo 216, § 5º, da CF/88, onde é dito que serão “tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos...”

Realizado, a nível federal pelo IPHAN – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, é precedido de um procedimento administrativo prévio, que será homolo-

gado ou não pelo Ministério respectivo, com seu registro em livro de tomo específico. Tanto o Poder Executivo como Legislativo podem proceder ao tombamento de bens da sua esfera de atuação (PAIVA, 2010, p.76).

## 2.5 A Desapropriação

A desapropriação é a expropriação, pelo Poder Público, do bem do particular, que, em regra, será indenizado, pela perda do direito de propriedade, em favor da coletividade, nas situações de utilidade pública (Dec-Lei 3.365/41); de interesse social (Lei 4.132/62), ou para realização de reforma agrária (CF/1988, arts. 184,185). Nas duas primeiras hipóteses, é indispensável que o ato administrativo seja fundamentado, mesmo que o particular não possa discutir a discricionariedade daqueles motivos (PAIVA, 2010, p. 87).

Em se tratando de utilidade pública, no caso dos bens culturais, pode-se exemplificar os seguintes fins da desapropriação:

- (...) *k*) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l*) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
- m*) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; ... (Dec-Lei 3.365/41, art. 5º);

O caso de interesse social pressupõe, pela legislação, da mesma forma, além da previsão legal, contida no art. 2º, inc. VII, da Lei 4.132/62, que diz respeito a possibilidade de fruição do local para fins turísticos, e o interesse público, a razoabilidade da medida, já que, por se tratar, de ato extremo, o de expropriação, é possível, sua oneração e utilização para aqueles objetivos, por outros meios (PAIVA, 2010, p. 88).

Segundo SILVA e SARTORI (2015, p. 05), esse mecanismo decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Mas, há situações que ele resulta de uma sanção imposta, por força da prática de ilícitos penais, como é o caso de plantações psicotrópicas. Nesses casos, conforme o dispositivo não haverá qualquer indenização, sem prejuízo de outras penalidades cabíveis.

Tal previsão consta do art. 243 da Constituição Federal, no qual é explicitado que:

‘As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem encontradas culturas “ilegais” de plantas psicotrópicas ou a exploração do trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular...’

Outros parágrafos desse mesmo dispositivo constitucional estabelecem que a lei favorecerá a divulgação desses bens e a punição, em caso de ofensa, no exercício do direito de gozo e fruição. Da mesma forma, o inc. X, do art. 216-A da CF/88, prevê, a regra da participação e controle social, incluída pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012.

### **3 A ATUAÇÃO PROTETIVA DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL**

Como múnus imposto constitucionalmente, não somente ao poder público, mas aos cidadãos em caráter individual<sup>6</sup>, que podem atuar na proteção ao patrimônio cultural, o Ministério Público possui encargo decorrente de sua função institucional. Os instrumentos corriqueiros no qual se percebe uma atuação mais habitual, pelo *parquet*, são aqueles em que o órgão ministerial atua, no processo civil, como *custo legis*, como nos casos de desapropriação, tombamento, e como órgão acusatório, nas infrações penais.

Para tanto, adota-se, no presente artigo, o posicionamento mais atualizado, para fins didáticos, no sentido da autonomia dos direitos culturais, sendo esses também direitos humanos de caráter fundamental<sup>7</sup>, nos termos do §2º do art. 5º da Constituição Federal. Daí, tem-se que o art. 215 Constituição Federal da assegura ‘a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais’

Logo, abre-se a reflexão acerca da necessidade de maior incentivo por meio do Inquérito Civil Público e da Ação Civil Pública, e de outros mecanismos previstos na Lei complementar 75, de 20 de maio de 1993, em seu art. 5º, inc. III, alínea “c”, que estabelece que cabe ao MP a defesa do patrimônio cultural, bem como da Lei complementar estadual que da mesma forma assim o faz, em relação a conscientização educacional acerca do tema.

Ressalte-se que, como direito difuso, de caráter transindividual, cuja titularidade não se pode determinar, no termos do art. 81, parágrafo único, I, da Lei 8.078/90, cabe ao Ministério Público sua proteção, conforme o que foi legislado concorrentemente pela União, Estados e DF (art. 24, inc.VII da CF), diante dessa divisão decorrente do

---

6 Pode-se citar como exemplo a propositura da ação popular.

7 Adota-se nesse trabalho a Teoria dos Direitos Culturais do doutrinador Humberto Cunha Filho, ou seja, distinto do enquadramento tradicional que vincula esses a definição de meio ambiente cultural.

federalismo vertical ou de cooperação, atualmente adotado no Brasil. Do qual não está excluído nenhum dos entes estatais, como é o caso dos municípios, pois a esses é dado o encargo de proteger o patrimônio histórico cultural local (art. 30, inc. IX da CF).

Mas, conciliar desenvolvimento sustentável e proteção do patrimônio cultural não é encargo único do órgão ministerial. Antes alcança em primeiro lugar, o Poder Público e a coletividade, cuja tarefa depende de uma cooperação de ação, não única, mas contínua, na medida em que se exige o prolongamento histórico daquelas crenças e significados incorporadas como marca de um povo e assim considerada para uma coletividade, que o reconhece como tal (FRANÇA, 2015), além da satisfação dos interesses envolvidos.

Na América Latina, a discussão política, em torno do assunto, na atualidade, gira em torno da revitalização dos centros históricos, que além de registrarem e trazerem a marca de um povo, servem como instrumentos de circulação de riquezas e otimização dos custos que envolvem a preservação dos bens culturais (FUNARI; PELEGRINI, e-book).

A competência comum e solidária dos entes federativos na proteção desses bens não exclui, mas ressalta a necessidade de fiscalização por meio do Ministério Público das ações que precisam ser implementadas por cada interessado.

Logo, como garantir a conservação e a manutenção do patrimônio cultural pressupõe além da ação do Poder Público e de instituições privadas, a do próprio cidadão, que precisa ser educado acerca da importância da preservação desses bens. Embora crescente o estímulo a Educação Patrimonial, esta exige uma troca contínua de conhecimento, viabilizada preferencialmente pelo ente estatal responsável, de forma a envolver estudantes e representantes das organizações e comunidades, responsáveis pelas práticas ou expressões culturais (IPHAN, 2006).

Pode-se citar como mecanismos de disseminação dessa idéia, a realização de reuniões, audiências públicas e aulas acerca dos direitos e deveres da comunidade para com o patrimônio cultural; a difusão por meio de panfletos, propagandas turísticas ou outros meios de comunicação, acerca das vantagens e das obrigações que podem ser trazidas para a comunidade, no caso do desenvolvimento de atividades vinculadas a exploração comercial daquele bem ou manifestação cultural (FRANÇA, 2006).

Os Parâmetros Curriculares Nacionais estabeleceram como critério norteador da educação escolar, no Brasil, os princípios da dignidade da pessoa humana; da igualdade de direitos; da participação e da co-responsabilidade pela vida social. Isso diante da necessidade de atuação conjunta com a sociedade, para que as escolas possam realizar trabalhos que busquem desenvolver a liberdade e a independência responsável dos alunos, mediante ações de colaboração e engajamento social (BRASIL, 1997).

Assim, no âmbito escolar, em razão de ser considerado como tema transversal<sup>8</sup>, o Patrimônio cultural está inserido dentro daqueles assuntos que precisam ser desenvolvidos em conjunto com outras disciplinas regulares, no cronograma escolar do ensino fundamental e médio.

Isso porque as áreas reconhecidas como patrimônio cultural, ocupadas por obras históricas, órgãos públicos, comunidades tradicionais, ao se comunicar com os diversos ambientes de ensino, permitem uma interação de aprendizagem, que favorece o processo de identificação da sua população com aquele ambiente. Dessa forma, incorpora-se a idéia de “cidade viva”, da qual exsurge do próprio cotidiano das pessoas. (IPHAN, 2006).

Prova disso é que, para ampliar o caráter democrático e resguardar nossas origens culturais, o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena, no ensino fundamental e médio, foi assegurado pela Lei de Diretrizes Básicas da Educação - Lei 9394/96.

#### **4 OS MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS BENS CULTURAIS, NA ESFERA PENAL**

A Constituição Federal de 1988, no § 4º, do art. 216, prescreve: ‘...Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. Além dos meios de caráter extraordinário, de natureza cível, como ação popular, ação civil pública, ainda se tem os mecanismos ordinários da tutela dos bens culturais, conforme ensinamento do professor Carlos Magno de Souza Paiva (2010). No presente estudo, optou-se em descrever apenas a tutela penal, de caráter ordinário.

##### **4.1 Do Dano**

Em relação ao crime de dano, o art. 163, §1º, IV do Código Penal exige como requisito para configuração do crime de dano qualificado, que o objeto seja tombado ou possua certo valor. Essa imposição constitui uma barreira para a prevenção de delitos, nessa área. Até porque o art. 165 do mesmo diploma legal possui idêntica exigência (FLACH, 2015).

Contudo, na seção IV, da Parte dos Crimes contra o Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural, da Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, tem-se o disciplinamento posterior e mais abrangente acerca da matéria. Isso até a publicação e vigência das

---

<sup>8</sup> Termo utilizado pelo Ministério da Educação para compreensão de temas direcionados para a construção da realidade social e dos direitos e responsabilidades relacionados com a vida pessoal e coletiva e à afirmação do princípio da participação política.

propostas de alteração do Novo Código Penal<sup>9</sup>. Logo, por enquanto, tem-se a seguinte previsão de crimes:

**Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:**

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

**Pena** - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

**Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:**

**Pena** - reclusão, de um a três anos, e multa.

**Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:**

**Pena** - detenção, de seis meses a um ano, e multa. (grifo nosso).

## 4.2 Da Pichação

O art. 65 da Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais estabelece que:

**Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:** (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011).

**Pena** - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011).

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de

---

<sup>9</sup> O atual Projeto de Reforma do Código Penal coloca referidos crimes no título “Dos Crimes contra interesses metaindividuais”, junto ao Capítulo “Dos Crimes contra o meio ambiente”, mais precisamente na seção dos “Dos Crimes contra o Ordenamento urbano e o Patrimônio Cultural”.

6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.408, de 2011).

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (Incluído pela Lei nº 12.408, de 2011). (grifo nosso).

Percebe-se que as penas aplicáveis não alcançam o efeito preventivo necessário para proteção da maioria dos bens culturais. A maioria das sanções não tem pena máxima superior a dois anos e permite diversos benefícios ao infrator. Isso em razão dos ditames da Lei 9.099/95- Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e da Lei 10.259/01- dos Juizados Especiais Federais, quando o crime atingir bens jurídicos da União, de suas autarquias, ou fundações públicas federais ou na órbita de atuação da Justiça Federal. Autores como Schneider Flach (2015) defendem o aumento de referidas penas. Sugere, na ocasião, que se considere a importância do bem atingido para toda a população e o alcance do dano.

### **4.3 Do Tráfico de Patrimônio Cultural**

A conduta abrange exportação, apropriação e comercialização de bens culturais, em especial, de obras de arte. O Ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se, em grande parte, da Convenção da UNESCO de 1970, que estabelece regras mais específicas para tutela desses bens (SOARES).

Segundo a autora, as previsões do Código Penal que mais se adequam a referida ação delitiva é a receptação qualificada, do art.180, §1º, ou o contrabando e descaminho. Estes atualmente previstos, nos arts. 334, §1º, inc. III e 334-A, §1º, inc. III incluídos pela Lei 13.008/14. Consta ainda no Dec-Lei n. 3.688/41, o art. 48 da Lei de Contravenções Penais, que estabelece pena para o “Exercício do comércio de coisas antigas e obras de arte”. É possível ainda a prática dos crimes de estelionato, contrabando e receptação simples de referidos bens, conforme se denota pelos tipos dos artigos 171, 180, 334 e 334-A do CP.

#### 4.4 Do Regime de Proteção do Patrimônio Arqueológico

Embora nos arts. 23, III e 216, V da Constituição Federal de 1988 não conste as jazidas arqueológicas ou pré-históricas, nem a dos bens a elas afixados, o inc. X, do art. 20 declara como bens da União, mais que os recursos minerais, o subsolo (inc. IX), as cavidades subterrâneas, os sítios arqueológicos e pré-históricos (SILVA, 2001).

Conforme previsão da Lei 3.924/61, art. 2º, para todos os efeitos, são monumentos arqueológicos:

- a) as jazidas de qualquer natureza, origem ou finalidade, que representem testemunhos de cultura dos paleoameríndios do Brasil, tais como sambaquis, montes artificiais ou tesos, poços sepulcrais, jazigos, aterrados, estearias e quaisquer outras não especificadas aqui, mas de significado idêntico a juízo da autoridade competente.**
- b) os sítios nos quais se encontram vestígios positivos de ocupação pelos paleoameríndios tais como grutas, lapas e abrigos sob rocha;**
- c) os sítios identificados como cemitérios, sepulturas ou locais de pouso prolongado ou de aldeamento, “estações” e “cerâmios”, nos quais se encontram vestígios humanos de interesse arqueológico ou paleoetnográfico;**
- d) as inscrições rupestres ou locais como sulcos de polimentos de utensílios e outros vestígios de atividade de paleoameríndios. (grifo nosso).**

Por sua propriedade ser distinta daquela do solo, a legislação especial diz que em caso de achado, deve-se comunicar de pronto ao IPHAN, aquele que descobriu o monumento arqueológico, ou o dono do solo, onde foi encontrado. É possível que haja ainda exploração de terras públicas ou privadas com esse fim, desde que haja autorização do Governo Federal, também por meio do IPHAN e do particular, no caso de terras privadas (SILVA, 2001, p. 170).

O art. 13 da Lei 3.924/6 diz ainda que os entes públicos com autorização federal poderão realizar explorações em propriedade privada, caso seja importante para os estudos de Arqueologia e Pré-História, desde que não alcancem a parte domiciliar construída. Caso haja recusa do proprietário, o terreno poderá ser declarado de utilidade pública. Em caso de considerável importância também poderá ocorrer a desapropriação, por esse mesmo motivo. É o que se denota pela leitura conjunta com a do art.5º, “h” e “i” do Dec.-Lei 3.365/41.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há uma pluralidade de normas protetivas do patrimônio cultural, nas diversas áreas do direito. Contudo a quantidade desproporcional destas dificultam a sistematização de uma proteção mais equânime dos bens de caráter cultural resguardados pela Constituição Federal. Isso em todos os âmbitos de atuação do membro ministerial. Pois além de desafio para fiscalização adequada e equânime dos direitos culturais por parte do Ministério Público, a diversidade de procedimentos administrativos, conforme o tipo de tutela, torna a proteção desses bens mais complexa, inclusive para o próprio Estado.

Por outro lado, como se constata uma constante mudança ao longo da história na valorização dos bens culturais, conforme a ordem de prioridades elegida por cada idade geracional em relação a cada tipo de patrimônio cultural, o acúmulo exagerado de normas esparsas sobre o tema dificulta uma ação conjunta dos agentes envolvidos.

Sugere-se assim, uma nova sistematização, em especial na esfera administrativa e penal, das normas de proteção aos bens de valor cultural, de preferência por meio de uma reunião legislativa mais condizente com a autonomia dos direitos culturais, já apontada no presente trabalho.

A educação como movimento de despertar de valores, tradições e responsabilidades surge como alternativa para reinserir a discussão em relação ao resguardo do patrimônio cultural nas escolas, universidades, entidades e instituições. Um exemplo já existente foi a inclusão da matéria como tema transversal, nas escolas.

Há necessidade de um procedimento verificador da origem sociocultural dos interessados, a fim de que essa questão seja levada em consideração, no deslinde dos conflitos nesse processo educacional. Isso para que a necessidade de realização, por parte dos entes envolvidos, de um planejamento estratégico conjunto que reúna todas as áreas interligadas à cultura, como é o caso do turismo, meio ambiente, educação, saúde, urbanismo e outras adjacentes (IPHAN, 2006). E desmistificar a idéia de que patrimônio cultural é sinônimo de algo antigo, obsoleto e estranho a realidade local (FUNARI;PELEGRINI, e-book).

O Ministério Público tem múnus público de atuar nos processos de interesse coletivo. Logo, também aqueles relacionados ao planejamento e proteção pelo Estado do Patrimônio Cultural. Daí, a sugestão de realização pelo Ministério Público de campanhas de conscientização para a população acerca da necessidade de proteção dos bens culturais, bem como do envio de proposituras legislativas, nessa seara, para o órgão, tanto no âmbito federal como estadual.

Logo, verifica-se, ainda, o envolvimento popular como indispensável para sistematização e otimização de ações positivas, por parte do Ministério Público, do Estado e da

sociedade, seja em projetos, ou em ações de caráter repressivo, em especial nos urbanísticos, desenvolvidos pelos entes públicos.

Isso porque a intervenção do Estado nesses projetos não se limita a questão urbanística, mas alcança inclusive problemas relativos a pontos dissociados e até técnicos, que envolvem disputas entre pessoas ou grupos representativos. Por isso importante a participação do Ministério Público também na esfera extrajudicial, por meio dos instrumentos disponíveis.

Da mesma forma, percebe-se a difícil mensuração cultural desses bens, que ainda não é levada em consideração pelo legislador pátrio, por ocasião da elaboração das leis penais. Diante disso, sugere-se uma readequação das condutas ventiladas, a fim de que sejam impostas penalidades, inclusive de caráter pecuniário, condizentes com sua importância e valor.

## **LEGAL INSTRUMENTS TO THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN BRAZIL**

### **ABSTRACT**

The paper exposes some of the legal instruments for individual and collective protection of the cultural heritage in Brazil. It also problematizes the importance of the performance of the public prosecutor and popular participation for its preservation. Regarding the work methodology, bibliographical and documentary researches were used, based on laws, books, scientific articles, extracted from Ebscohost digital platforms; Vlex and Scielo. A qualitative exploratory research was also carried out. Finally, it was found that the legislation is broad, in all spheres of operation of the legislator, requiring class action by the Public Prosecutor's Office, government and society.

**Keywords:** Cultural Heritage; legislation; Education; Class action; Popular participation.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5.out.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 nov.2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul.1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1941/3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1941/3365.htm)>.

gov.br/ccivil\_03/decreto-lei/Del3365compilado.htm> Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Decreto n. 4.297, de 10 de julho de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jul.2002. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4297.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4297.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, 23 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 12 fev. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)> Acesso em: 05 nov. 2020.

CAMARGO, Haroldo Leitão. **Patrimônio Histórico e Cultural**. 2 ed. São Paulo: Aleph, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Formas de Preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro. In: **O público e o privado** - Revista do PPG em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará – UECE. Fortaleza, CE: UECE, v. 10, 2007. Disponível em: <<http://www.seer.uece.br/?journal=opublicoeoprivado&page=article&op=view&path%5B%5D=152>>. Acesso em: 05 nov.2019.

FLACH, Michael Schneider. Considerações sobre a Proteção do Patrimônio Cultural no Projeto do Novo Código Penal Brasileiro. In: **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n.78, set-dez.2015, p. 9-14.

FRANÇA, V. M. R.N. **A Instituição de um Monumento Natural como Instrumento Complementar de Proteção da Serra dos Cristais**. Belo Horizonte, 2015. Originalmente apresentado como dissertação de mestrado, Escola Superior Dom Helder Câmara, 2015.

FUNARI, P. P.; PELEGRINI, S. C. A. A Preservação do Patrimônio Cultural na América Latina. In: **Patrimônio Histórico e Cultural**. Ciências Sociais. 1 ed. digital. Rio de Janeiro: Zchar, 2018.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Educação Patrimonial**. Históricos, Conceitos e Processos. Brasília, DF, 2014.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. **Carta de Atenas**. Nov de 1933. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/ar>

quivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **O Regime Jurídico do bem jurídico edificado no Brasil**. Ouro Preto: Ed. UFOP, 2010.

SANT'ANNA, Márcia. Relatório final das atividades da comissão e do grupo de trabalho patrimônio imaterial. In: IPHAN. Patrimônio Imaterial: O Registro do Patrimônio Imaterial: Dossiê final das atividades da Comissão e do Grupo de Trabalho Patrimônio Imaterial. Brasília: Ministério da Cultura /Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 4. ed., 2006. Disponível em: < [http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv\\_ORegistroPatrimonioImaterial\\_1Edicao\\_m.Pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/PatImaDiv_ORegistroPatrimonioImaterial_1Edicao_m.Pdf). > Acesso em: 23 ago. 2021.

SILVA, Fernando Fernandes da; SARTORI, Marcelo Vanzella. A desapropriação e a proteção dos bens culturais no Direito Brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>> - ISSN 1980-7791.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001, p.155-173.

SOARES, Anuene Dias. Delitos contra o Patrimônio Cultural: insuficiências normativas brasileiras e espanholas. In: **A Conservação do Patrimônio Cultural Brasileiro - Teoria e Prática**. Olinda, PE: Centro de Estudos Avançados da Conservação Integrada (CECI). Disponível em: <http://portalperiodicos.unoesc.edu.br>>. Acesso em: 27 nov.2019.

SOARES, A.L.R.; OOSTERBEEK, E. P. Educação Patrimonial: Um Exemplo de Teoria e Prática na Gestão do Patrimônio Cultural Brasileiro. In: **Patrimônio Cultural, Direito e Meio Ambiente: Educação Contextualizada, Arqueologia e Diversidade** (vol. III). Criciúma, SC : EDIUNESC, 2018.

VASCONCELOS, V. V.; HADAD, R. M.; MARTINS JUNIOR, P. P. Zoneamento Ecológico-Econômico: Objetivos e Estratégias de Política Ambiental. **Gaia Scientia**, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/gaia/article/view/18074>. Acesso em: 30 ago. 2021.

A TUTELA DO SUPERENDIVIDAMENTO E  
A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE  
OS REFLEXOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL

*THE PROTECTION OF OVER-INDEBTEDNESS AND THE  
PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE  
IN VIEW OF THE REFLEXES OF MINIMUM EXISTENTIAL*



# A TUTELA DO SUPERENDIVIDAMENTO E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTE OS REFLEXOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL<sup>1</sup>

*THE PROTECTION OF OVER-INDEBTEDNESS AND THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN VIEW OF THE REFLEXES OF MINIMUM EXISTENTIAL*

*Ana Clara Ribeiro de Sousa Castro<sup>2</sup>*

“[...] a sociedade de consumidores talvez seja a única na história humana a prometer felicidade na vida terrena, aqui e agora e a cada ‘agora’ sucessivo.” (Zigmunt Bauman).

## RESUMO

Averigua-se o fenômeno do superendividamento e a necessidade da tutela das situações que são fruto do desequilíbrio financeiro do consumidor; ante os reflexos no mínimo existencial. Faz-se uma análise da sociedade contemporânea e das principais causas e consequências dos fenômenos sociais e jurídicos, sobretudo o superendividamento. Trava-se um parâmetro das possíveis deliberações para solucionar esse problema, na medida em que não há na legislação interna uma tutela específica para essa questão. Ademais, pondera-se a atuação do Ministério Público, como forma de minimizar os reflexos desse fenômeno nefasto no cenário econômico e social do país.

**Palavras-chave:** Consumo; Superendividamento; Mínimo Existencial; Dignidade da pessoa humana; Ministério Público.

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 16/03/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI (2016). Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Aldemar Rosado - FAR (2017). Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade LEGALE (2021). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Faculdade LEGALE (2021). Graduada em Licenciatura plena em Letras/Português pela Universidade Federal do Piauí – UFPI/CEAD (2020). Pós-graduanda em Direito Constitucional e Administrativo pela ESAPI. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela ESAPI. E-mail: claracastro-pi@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2623907052338848>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4857-4591>.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea dita que as pessoas precisam consumir para serem aceitas; mais que isso, vende a ideia de que, para ser feliz, é necessário o consumo. Além do mais, no mundo globalizado, os próprios seres humanos são produtos: o tempo, as necessidades, os objetivos de vida, os gostos e as preferências dos indivíduos fazem parte do mercado. Diante dessa necessidade de consumir que é imposta, aliada à falta de transparência e de planejamento, bem como ao marketing agressivo, o consumidor acaba recorrendo a empréstimos de créditos e/ou a situações que o levam ao superendividamento. Assim, em razão da desarmonia entre o passivo e o ativo, mesmo querendo, muitos consumidores não conseguem adimplir suas dívidas. Nesse panorama, surge a necessidade de uma tutela, por meio de legislação, que auxilie os consumidores na prevenção e negociação de dívidas, assessorando-os em como proceder em casos de status de endividamento excessivo. No Brasil não há, ainda, nenhum instrumento no ordenamento jurídico que trate, diretamente e especificamente, sobre esse fenômeno. Há, contudo, o Projeto de Lei (PL.) nº 3515/2015, que dispõe a respeito de mecanismos de proteção ao superendividado, possibilitando a repactuação de dívidas, sem prejudicar o mínimo existencial.

O superendividamento é um fenômeno social e jurídico, sendo de suma importância a análise da sociedade que fabrica consumidores por excelência. Tal fenômeno constitui a total impossibilidade de um indivíduo, enquanto usuário, de quitar suas dívidas diante da situação em que se encontra; ocasionando um quadro de violações sistemáticas da dignidade da pessoa humana, com a ameaça, direta e indireta, da proteção dos direitos inerentes aos seres humanos, sobretudo ao seu mínimo existencial.

Assim, inicialmente, é feita uma abordagem acerca do conceito de consumidor, perpassando-se sobre as teorias que versam sobre esta figura. Logo em seguida, discorre-se a respeito do conceito de consumidor superendividado, onde se versa sobre as classificações, causas e consequências do superendividamento. Diante de tais circunstâncias, o mencionado fenômeno jurídico e social acaba por gerar inúmeros efeitos nefastos na vida do consumidor, acarretando, sobretudo, a diminuição da sua qualidade de vida e sua inquietação econômica, uma vez que já não conseguirá, com êxito, satisfazer suas necessidades básicas. É nessa toada, que se discute a imprescindibilidade da existência de uma lei que trate, previna e combata o superendividamento, fornecendo aos consumidores suporte e educação financeira.

Além do mais, ao final, são feitas considerações sobre como o Ministério Público pode intervir nesse fenômeno, na medida em que são inúmeros os reflexos no mínimo existencial dos consumidores endividados.



## 2 CONCEITO DE CONSUMIDOR

Em seu artigo 2º, caput, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) define consumidor como: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviços como destinatário final.”

Assim, pode-se concluir que ser destinatário final é considerado requisito para classificar o sujeito como consumidor, na medida em que a legislação limitou sua definição aqueles que dão fim à cadeia produtiva. Todavia, embora a necessidade de definir o destinatário final esteja ligada ao reconhecimento de quem merece a tutela do código consumerista, a lei nº 8078/90 não abordou em seu corpo normativo tal conceito; gerando interpretações diversas, restritivas ou extensivas, na doutrina e jurisprudência. Surgiram, assim, duas teorias em busca de definir o conceito mencionado alhures: Finalismo e Maximalismo.

Para a primeira, destinatário final só poderá ser o sujeito que põe fim à cadeia de produção, sendo aquele que retira o produto, consome ou utiliza, sem repassar para terceiro estranho à relação anteriormente estabelecida. O Finalismo busca, ao máximo, restringir o conceito de consumidor, bem como explica Humberto Theodoro Júnior em sua obra sobre o tema: “para os finalistas, o destinatário final a que a lei faz referência é aquele que retira o bem do mercado, dando-lhe uma destinação pessoal, sem qualquer interesse profissional. Trata-se de uma conceituação fática e econômica.” (JÚNIOR, 2017, p. 24). Portanto, para ser enquadrado como consumidor, conforme a teoria Finalista, é preciso ser destinatário fático e destinatário econômico dos produtos.

Já para a segunda teoria, pouco interessa quem seja o destinatário final; consumidor será todo indivíduo que retira o produto da linha de produção. Com isso, “o destinatário final seria somente o destinatário fático, pouco importando a destinação econômica que lhe deva sofrer o bem.” (GARCIA, 2017, p. 29). A teoria Maximalista é, sem dúvida, extensiva do conceito de consumidor.

Em contrapartida às duas teorias mencionadas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) desenvolveu uma síntese de ambas: a teoria do Finalismo Mitigado. Esta surgiu por meio de discussões na Corte Cidadã, onde, por meio de precedentes julgados nas suas Turmas, passou-se a admitir a ampliação do termo consumidor não apenas para os destinatários econômicos e fáticos, mas, também, para aqueles comprovadamente hipossuficientes e vulneráveis.

Dessa forma, para a teoria do Finalismo Mitigado, que é a prevalente no ordenamento pátrio atual, a compreensão do que vem a ser consumidor depende da comprovação da vulnerabilidade em concreto, que pode se dar em três situações: fática, técnica e jurídica.

### 3 FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO

O superendividamento é fruto da ascensão do capitalismo associado com a democratização do crédito, bem como a facilidade na obtenção de bens e serviços. Tal fenômeno pode ser descrito como uma situação de alta vulnerabilidade em que se encontra o consumidor, na medida em possui o passivo maior que o ativo, originando uma relação de desequilíbrio entre patrimônio e dívidas.

Como bem explica Cláudia Lima Marques, conceituada doutrinadora do tema, o superendividamento: “pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.” (MARQUES, 2010, p. 21).

Ademais, é importante ressaltar que o superendividamento é distinto do endividamento, pois o consumidor endividado, mesmo que possua dificuldades de quitar dívidas, o faz sem prejudicar o orçamento destinado à sua própria subsistência; já o consumidor superendividado, mesmo com negociações ou artifícios de facilitação de crédito, não consegue adimplir seu passivo sem prejudicar seu mínimo existencial.

Nessa toada, Claudia Lima Marques relata:

O endividamento ou ter alguma dívida frente ao fornecedor (supermercado, banco, cartão de crédito, loja de departamento, financeiras de carros) é um fato inerente à vida na atual sociedade de consumo, faz parte da liberdade das pessoas no mercado de hoje, do ser “consumidor” em qualquer classe social. (MARQUES, 2010, p. 17)

O superendividamento é um estado da pessoa física leiga (o não profissional ou não empresário, que pode falir), um devedor de crédito, que o contraiu de boa-fé, mas que agora encontra-se em uma situação de impossibilidade (subjéctiva) global (universal e não passageira) de pagar todas as suas dívidas atuais (já exigíveis) e futuras (que vão vencer) de consumo com a sua renda e patrimônio (ativo) por um tempo razoável (a indicar que teria de fazer um esforço por longos anos, quase uma escravidão ou por hipoteca do futuro para poder pagar suas dívidas. (MARQUES, 2010, p. 21).

A noção de superendividamento pode ser compreendida como sendo “[...] a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas do Fisco, oriundas de delitos e de alimentos)”. (LIMA, 2014, p. 32).

Para que seja caracterizado o fenômeno em comento são necessários três requisitos, quais sejam, boa-fé, pessoa física e incapacidade de pagamentos. Importante mencionar, ainda, que estas dívidas devem ser originadas de relações consumeristas, devendo-se excluir dívidas decorrente de prestações alimentícias ou de atos ilícitos, bem como multas.

Quanto à boa-fé, Cláudia Lima Marques descreve: “em regra, quando contrata-se o crédito ou adquire-se o produto ou serviços em prestações, o consumidor tem condições de honrar sua dívida. Trata-se de uma boa-fé contratual que é sempre presumida.” (MARQUES, 2010, p. 23).

Já em relação à necessidade de ser pessoa física para ser enquadrado como superendividado, deriva da análise de que as pessoas jurídicas já possuem o sistema de falência e recuperação judicial, que são instrumentos que as auxiliam justamente nos momentos de crise e insolvência, como forma de recuperação e continuação de suas atividades.

O terceiro e último requisito é a imprescindibilidade da presença da impossibilidade estrutural do cumprimento das dívidas, na medida em que o superendividado é um consumidor pessoa física e de boa-fé, que tem vontade de adimplir as suas dívidas, contudo não as faz por total impossibilidade de arcar com o ônus sem ter prejudicada a sua subsistência.

Salutar, ainda, fazer a diferenciação das espécies de superendividamento, na medida em que nem todas as situações merecem tutela pelo Estado.

O superendividamento ativo ocorre quando o consumidor, de maneira voluntária, abusa do crédito, adquirindo demasiadamente produtos e serviços fora da sua capacidade orçamentária. Em razão da má-gestão das finanças, bem como por indução de estratégias de marketing ou, ainda, movido por desejos e necessidades de consumo, o consumidor acaba adquirindo dívidas que são superiores às suas condições econômicas. Esta espécie é subdividida em ativo consciente e ativo inconsciente, bem explicado por Clarissa Costa de Lima e Káren Danilevicz Bertoncello:

A doutrina conceitua o superendividado ativo consciente como sendo o indivíduo que agiu com a intenção deliberada de não pagar, tencionando fraudar credores (é o consumidor de má-fé); o superendividado ativo inconsciente, como o devedor que agiu impulsivamente ou que deixou de formular o cálculo correto no momento em que contraiu as dívidas, também identificado como um devedor imprevidente e sem malícia. (LIMA e BERTONCELLO, 2010, p. 64-65).

A outra espécie, consiste no superendividamento passivo, que é fruto de situações imprevisíveis e extraordinárias na vida do indivíduo, impossibilitando-o de adimplir suas dívidas. Como bem explica Clarissa Costa de Lima e Káren Danilevicz Bertoncello: “indivíduo que por motivos exteriores e imprevistos sofreu uma redução brutal dos recursos devido a áreas da vida, a exemplo do desemprego, do divórcio, do acometimento de doenças, vistos como acidentes da vida”. (LIMA e BERTONCELLO, 2010, p. 64-65).

A doutrina, de uma maneira geral, defende que somente os consumidores em situações de superendividamento ativo inconsciente e passivo merecem a tutela estatal, já que o superendividado ativo consciente assume o risco de se tornar um superendividado, na medida em que conhece o seu limite orçamentário e opta por adquirir bens e serviços além das suas possibilidades, agindo de má-fé; assim, falta um dos requisitos para a constituição do superendividamento que merece tutela. O superendividado ativo consciente não apresenta o requisito da boa-fé, não podendo ser visto como um superendividado e, por essa razão, não merece receber a tutela estatal para sua recuperação.

São inúmeras as causas do superendividamento, podendo estar ligado à facilidade ao crédito, à ocultação ou até mesmo complicação de acesso às informações pelos fornecedores e às propagandas enganosas, com marketing agressivo.

Antes de tudo, a informação é fundamental no mercado de consumo, sobretudo para prevenir situações de insolvência. Os fornecedores possuem o dever de informar a respeito das características dos serviços e produtos que disponibilizam, bem como sobre cláusulas e condições de pagamento, a fim de que consumidor não se vincule a dívidas que não podem suportar. O consumidor, como parte vulnerável da relação, tem o direito de saber seus deveres de forma precisa, clara e suficiente, para que manifeste sua vontade livre e consciente de contratar.

Informações relativas a produtos e serviços é direito básico do consumidor, como se pode extrair do artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe da seguinte forma: “São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

Além disso, a democratização do crédito tem originado o hiperconsumo, que é um estímulo para surgimento do superendividamento, na medida em que são concedidos, cada vez mais, créditos livremente; ocorrendo, assim, o consumo irresponsável.

Por fim, para a análise desse fenômeno jurídico e social e suas possíveis causas, é imprescindível o estudo da sociedade de consumo, sobretudo da importância do consumo para a fluidez e fortalecimento da economia; bem como para o próprio funcionamento

da sociedade, na medida em que os indivíduos são ensinados, desde cedo, que a felicidade plena só pode ser calcada por meio da aquisição de bens.

O consumo sempre esteve presente na sociedade, na medida em que é inerente à vida social; contudo, na sociedade moderna e, sobretudo, contemporânea, passou a ter um papel fundamental nas relações sociais e, até mesmo, no próprio reconhecimento individual das pessoas enquanto seres humanos. A sociedade consumerista impulsiona a formação de grupos que se vinculam em razão de desejos e gostos, sendo excluídos aqueles que não se enquadram em determinados padrões pré-determinados. Inconscientemente, as pessoas são estimuladas a consumir, como forma de “pertencerem” e serem “aceitas” em grupos sociais.

A internet, o mundo digital, o marketing camuflado e as redes sociais são formas de manipulação do comportamento do usuário pelo controle de dados na internet. Os consumidores são verdadeiras “marionetes” nas mãos das grandes redes de fornecedores que, por meio de inúmeros artifícios, conseguem manejar o comportamento social da população, principalmente em relação ao consumo.

No mundo atual, a publicidade é fundamental nas relações de consumo, sendo indispensável para a disponibilização de informações de produtos e serviços aos consumidores. Nessa toada, fornecedores realizam vultuosos investimentos em pesquisas para conhecer o comportamento que leva o consumidor a comprar, utilizando os resultados nas estratégias de publicidade e propaganda. Assim, houve uma transformação de uma sociedade tutelada pela precaução para outra voltada para gratificação imediata fornecida pelos produtos e serviços.

A criação de pseudonecessidades produz uma sensação de insaciabilidade por parte do consumidor que, associado ao crédito como meio de promoção de vendas, a publicidade contribui para as situações de superendividamento. O marketing agressivo e seus reflexos não são os únicos responsáveis pelo fenômeno em questão, todavia constitui o principal incentivador de compras.

Outrora, as pessoas consumiam o que realmente era indispensável, os bens eram duradores e não artifícios para ditar padrões de desejos. Contudo, atualmente, o consumo tornou-se um hábito social, onde todos são instigados, a todo tempo, a serem consumidores, como bem ensina Zigmunt Bauman:

Numa sociedade de consumidores, todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como uma vocação). Nessa sociedade o consumo é visto e tratado como vocação e ao mesmo tempo um direito e um dever humano e universal que não conhece exceção. (BAUMAN, 2008, p. 73).

É nesse panorama, por meio da instigação ao consumo, que a sociedade de fornecedores produz superendividados. As relações de consumo, tidas como motores que engrenam a economia, se dão dentro de um panorama em que há um sujeito vulnerável diante de um mercado marcado pelo crédito fácil, ofertas ilusórias e marketing agressivo.

#### 4 REFLEXOS NO MÍNIMO EXISTENCIAL

O estudo do fenômeno em questão está diretamente relacionado em como aquele pode ameaçar a efetivação e concretização dos princípios inerentes ao consumidor, bem como a realização do mínimo existencial, constituindo um dos principais problemas da atualidade. Ao superendividado são dadas duas opções: o do inadimplemento das dívidas/realização do seu mínimo vital ou adimplemento das dívidas/restricção do seu mínimo existencial.

Nesse sentido, o PL. nº 3515/2015 define o superdividamento como a “impossibilidade manifesta de o consumidor, pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial.”

Foi por essa razão, que se tem tentado estabelecer um mínimo de comprometimento da renda do consumidor, como forma de possibilitar a adimplência de seus compromissos, bem como a realização da sua subsistência. Como exemplo, podemos citar a Lei nº 10820/2003, pioneira no tratamento dos consumidores endividados, que restringe o desconto da renda percebida ao patamar de 30% do total. Em seu artigo 54-E, o PL. 3515/2015 prevê este mesmo percentual como limite a ser descontado do salário percebido pelo consumidor, como se observa:

Art. 54-E. Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa natural para consignação em folha de pagamento, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a 30% (trinta por cento) de sua remuneração mensal líquida.

O direito ao mínimo existencial expressa-se nas relações consumeristas como forma de proteger a parte vulnerável da relação, garantindo a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a proteção do mínimo existencial inserido no projeto de lei acima mencionado é a efetivação e concretização da defesa do consumidor enquanto direito fundamental. É salutar a importância da preservação do mínimo vital dos indivíduos superendividados, já que estes precisam da tutela do Estado para salva-

guardar a sua dignidade, sem ter a sua subsistência prejudicada.

Os efeitos do superendividamento estão sujeitos a variações de acordo com o contexto; contudo, é possível fazer algumas constatações. Inicialmente, o superendividado pode se tornar menos produtivo ao se considerar que qualquer ganho poder ser revertido aos credores como forma de pagamento. No âmbito psicológico, constata-se que, em sua maioria, os superendividados demonstram uma maior fragilidade emocional, vinculada ao sentimento de fracasso.

No mais, ao buscar camuflar a crise financeira, diminui-se os gastos com bens essenciais, tais como alimentação e medicamentos, no intuito de manter as aparências em uma sociedade em que as pessoas valem o que demonstram.

Por ser considerado valor supremo no ordenamento jurídico, é indispensável que a dignidade da pessoa humana seja tutelada em qualquer circunstância. Com isso, faz-se necessário tratar o mencionado fenômeno social e jurídico como valor preponderante em nossa sociedade, que deve buscar a efetividade dos deveres de agir com transparência, lealdade, cooperação e informação nas relações de consumo.

Nessa toada, é preciso tutelar os princípios e valores do ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciado na proteção ao mínimo existencial, evitando-se a «morte» econômica e social dos indivíduos superendividados.

## **5 NECESSIDADE DA TUTELA DO SUPERENDIVIDAMENTO**

O superendividamento é um fenômeno recente no Brasil, que, por não ter regulamentação legislativa sobre a questão, busca na legislação alienígena modelos para serem usados no tratamento deste fenômeno jurídico. Alguns países já possuem instrumentos de proteção e garantia de direitos para os superendividados, que oportuniza a eles o direito de recomeçar.

Com isso, por não possuir lei que proteja aqueles consumidores, é necessário e pertinente que se exija a atuação imediata do Estado brasileiro na tutela dos direitos dos superendividados, que não encontram no Código de Defesa do Consumidor proteção adequada e suficiente. Este é norma de ordem pública e surgiu como forma de determinar um equilíbrio na relação de consumo, na medida em que é nítida a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor. Porém, por não englobar o superendividado, tornou-se necessária uma complementação sobre essa questão no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição Federal elencou a defesa do consumidor no patamar de direito fundamental, que merece tutela pelo Estado, consoante o artigo 5º, XXXII, da Magna Carta: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Com isso, essa previ-

são do direito do consumidor como direito fundamental se justifica no reconhecimento de uma situação de desigualdade e vulnerabilidade. Assim, ao ser elencado como princípio da ordem econômica, do qual decorre o princípio do mínimo existencial, os direitos do consumidor são indispensáveis na garantia do mínimo vital do indivíduo. O direito do consumidor não é apenas um direito subjetivo, inerente apenas a um indivíduo isolado; mas um direito difuso, que engloba e abrange todos que estão, de alguma forma, expostos aos influxos do mercado de consumo.

Diante da ausência de uma legislação no ordenamento pátrio que regulamente e proteja o superendividado, tramita o Projeto de Lei nº 3515/2015 que tem como principal objetivo atualizar o Código de Defesa do Consumidor com escopo de incluir normas de prevenção e tratamento ao endividamento excessivo da pessoa física e de boa-fé.

O Projeto de lei em questão teve sua origem no Senado Federal, sob o número 283/2012, de autoria do ex Senador José Sarney. Aquele surgiu em busca de disciplinar o fenômeno do superendividamento e acompanhar os avanços dos países tidos como desenvolvidos, que há muito já possuem legislação específica para o tratamento do superendividamento. O projeto dispõe sobre princípios que devem ser observados nas relações de consumo, sobretudo modelos a serem seguidos para evitar o superendividamento do consumidor.

Assim, observa-se que é de suma importância a regulamentação desse tema, ante a ausência de mecanismos para tratamento do consumidor brasileiro em status de superendividamento, mormente a insuficiência de proteção trazida no Código de Defesa do Consumidor.

## **6 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Conforme preceitua a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e outros instrumentos normativos que tratam da tutela coletiva, o Ministério Público é legitimado para a defesa de coletividades, sobretudo, o consumidor enquanto grupo vulnerável.

Inclusive, vale ressaltar que a atuação ministerial é de fundamental importância para amparar as pessoas que vivem em situação de superendividamento, notadamente diante da crise sanitária e social que assola o Brasil e o mundo.

No início de 2020, o Brasil e o mundo foram surpreendidos com uma pandemia decorrente do Corona Vírus (COVID-19). Por essa razão, desde o dia 20 de março, o Brasil vive em estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6, de 2020). A situação em questão acarretou uma situação de crise generalizada, com consequências na saúde, na economia e, até mesmo, na política. Com isso, nota-se que as crises decorren-



tes da Pandemia da Covid-19 agravaram, profundamente, a situação dos indivíduos em situação de endividamento excessivo, sobretudo em razão do aumento do desemprego e da pobreza.

Tal problema demanda uma atuação e postura diferenciadas por parte da sociedade e do Estado, inclusive do Ministério Público; notadamente em razão da dimensão social que esse fenômeno afeta. Sem dúvidas, a crise atinge e atingirá vigorosamente os grupos mais vulneráveis da sociedade, sobretudo o consumidor.

Ademais, um público que, frequentemente, é relacionado ao fenômeno do superendividamento é o dos idosos, os quais, não raras vezes, são atraídos por condições mais vantajosas para a obtenção de crédito e, na falta de planejamento financeiro adequado, podem ser levados ao descontrole das dívidas.

Tal situação foi discutida no REsp 1.358.057, que teve origem em ação civil pública em que o Ministério Público Federal (MPF) buscava a anulação de contrato de cartão de crédito sênior oferecido por um determinado banco. Conforme o órgão ministerial, o cartão – direcionado a aposentados e pensionistas – permitia o débito automático do valor mínimo da fatura, de forma que o saldo remanescente, se não fosse pago no vencimento, ficava sujeito a encargos que chegavam a 11% ao mês.

Em situações como a mencionada, nota-se a importância de atuação do Ministério Público; ainda que diante da ausência de legislação específica sobre o fenômeno em comento.

No mais, possível, também, a atuação ministerial em sede de controle abstrato de constitucionalidade, mormente em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

## 7 CONCLUSÃO

O superendividamento, enquanto fenômeno jurídico e social, é fruto das relações de consumo, acarretando o prejuízo da garantia do mínimo existencial dos indivíduos. Enfrentar essa questão é um desafio que merece tutela por parte do Estado, já que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e outros instrumentos legais em vigor não são capazes de proteger, suficientemente, o consumidor superendividado.

Um indivíduo superendividado é um sujeito a menos na economia, na medida em que esse fenômeno provoca sua exclusão no ciclo de consumo e, conseqüentemente, afeta a efetivação de seus direitos básicos e a realização de suas necessidades vitais.

O fenômeno do superendividamento irradia efeitos para além do âmbito pessoal e individual, na medida em que envolve, também, a saúde e a dignidade dos indivíduos, bem como a economia e as relações sociais de um país. Assim, há no ordenamento

jurídico alienígena modelos para solucionar a questão e garantir a reinserção do superendividado e sua família no mercado de consumo.

No Brasil, e até mesmo no mundo, não há, ainda, como se mensurar as consequências e os efeitos da pandemia da COVID-19 nas relações sociais, no mercado de trabalho nem, tampouco, na economia. Em razão da natureza multifacetada do superendividamento, que não está restrito apenas ao aspecto econômico em si, é fundamental reconhecer que a crise acarretará implicações de ordem jurídica, política e social para o problema ora analisado. Nesse panorama, é fundamental a proteção do consumidor, por ser sujeito vulnerável, mormente para que seja viável a efetivação de uma tutela específica como forma de proteção da dignidade da pessoa humana e valorização dos princípios da boa-fé e função social.

Necessário se faz enfatizar a necessidade do pressuposto básico para o enquadramento diferenciado da situação de superendividado, qual seja, a boa-fé. Assim, os indivíduos superendividados passivos (aqueles que não contribuíram para a situação) e os consumidores ativos inconscientes, por ingressarem na situação de superendividamento de boa-fé, merecem a tutela do Estado para sair dessa situação que, sobremaneira, acarreta em exclusão social, na medida em que restringe a manutenção de um mínimo necessário à vida digna.

Verificou-se a necessidade, urgente, de uma legislação que garanta proteção e condições mínimas a estes grupos de consumidores, ante a insuficiência da aplicação do Código de Defesa do Consumidor para tutelar essas situações.

A tutela do superendividamento encontra-se inserida em um contexto marcado pelo dualismo no vínculo obrigacional, na medida em que se tem a necessidade de preservar os contratos ao mesmo tempo em que se busca salvaguardar a posição jurídica do devedor. É sabido que o Direito das Obrigações é pautado pela noção de autonomia privada; contudo, existem situações em que é necessária a tutela do particular contra si mesmo, como forma de resguardá-lo de situações de risco.

Na sociedade capitalista contemporânea, onde a aquisição de bens pelo crédito possui um nível estrutural, o problema do superendividamento do consumidor merece um tratamento integrado dos vários poderes do Estado. No plano interno, não há ainda no Brasil uma legislação específica sobre esse fenômeno, como forma de reinserir o indivíduo no mercado de consumo e permitir a devida proteção do mínimo vital do consumidor enquanto ser humano.

Mostra-se impensável uma lei específica abordando, de forma detalhada, os meios para que a problemática em questão seja solucionada com sua devida seriedade. O Brasil, por ser um país burocrático e com enormes dimensões continentais, precisa estabelecer um processo de restabelecimento de consumidores de forma uniforme e clara no

que tange às possibilidades e limitações que devem ser respeitadas.

Contudo, enquanto não há regulamentação específica sobre o tema, é indispensável que a sociedade e o Estado, inclusive o Ministério Público, atuem na defesa desse segmento de consumidores hipervulneráveis, utilizando-se dos meios legais e processuais disponíveis, como forma de resguardar a dignidade da pessoa humana.

## **THE PROTECTION OF OVER-INDEBTEDNESS AND THE PERFORMANCE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE IN VIEW OF THE REFLEXES OF MINIMUM EXISTENTIAL**

### **ABSTRACT**

We investigate the phenomenon of over-indebtedness and the need to protect situations that are result of the financial imbalance of the consumer; in the view of the reflexes of minimum existential. An analysis is made of contemporary society and the main causes and consequences of social and legal phenomenon, especially over-indebtedness. A parameter is set for the possible deliberations to solve this problem, as there is no specific protection for this issue in domestic legislation. Furthermore, the role of the Public Prosecutor is pondered, as a way to decrease the effects of this harmful phenomenon on the country's economic and social scenario.

**Keywords:** Consumption; Over-indebtedness; Minimum Existential; Dignity of the human person; Public Prosecutor.

### **REFERÊNCIAS**

BERTOCELLO, Karen Danilevicz, LIMA, Clarissa Costa, MARQUES, Claudia Lima. **Prevenção e Tratamento do Superendividamento**. CADERNO DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS. v.I, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: A transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquematizado**. Saraiva. 2º ed. 2014.

CARPENA, Heloisa. **Uma lei para consumidores superendividados**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, p. 76, jan. 2007.

CASADO, Márcio Mello. **Os princípios fundamentais como ponto de partida para**

**uma primeira análise do sobreendividamento no Brasil.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, p. 130-140, 2000, p.130.

**Contituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 out. 2020.

**Código de Defesa do Consumidor,** Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 04 out. 2020.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: A Proteção do Consumidor de Crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor.** Atlas. 15 ed. 2018.

FRANCO, Marielza Brandão. **O superendividamento do consumidor: fenômeno social que merece regulamentação legal.** Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, v. 74, p. 227, abr., 2010.

GARCIA, Leandro de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Esquematizado comentado artigo por artigo.** JusPodivm. 13ª ed.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor.** Forense. 9º ed. 2017.

KIRCHNER, Felipe. **Os novos fatores teóricos de imputação e concretização do tratamento do superendividamento de pessoas físicas.** In: Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 17, v. 65, jan.- mar. 2008, p. 63-113.

LIMA, Clarissa Costa de. **O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores,** ed. Revista dos Tribunais, 2014.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor.** JusPODIVM. 10 ed. 2015.

OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. **Direito do Consumidor Superendividado.** Lumen Juris. 1º ed. 2017.

**Projeto de Lei nº 3515/2015.** Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1408277](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1408277)>. Acesso em: 27 out. 2020.

O ACORDO DE NÃO  
PERSECUÇÃO PENAL

THE NON-CRIMINAL  
PROSECUTION AGREEMENT



# O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL<sup>1</sup>

## *THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT*

*Brena Diniz Araújo<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma análise do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, no Código de Processo Penal (art.28-A). O instituto do ANPP, por meio do negócio jurídico, vem oferecer novas possibilidades de resolução de conflitos no âmbito criminal, sendo resultado da gradativa expansão da justiça consensual processual penal no ordenamento jurídico brasileiro. O artigo abordará os requisitos, as condições, as vedações, o procedimento, bem como o papel do juiz na celebração do acordo. No decorrer do estudo, também serão apontadas as principais questões controvertidas na doutrina quanto à aplicação do instituto negocial. Utilizou-se, por oportuno, a metodologia instituída pelo estudo descritivo-analítico, bem como o estudo hipotético-dedutivo. Ademais, o presente artigo foi elaborado por meio de consulta bibliográfica, pesquisa da legislação vigente, de artigos e sítios eletrônicos sendo, portanto, do tipo bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal; Negócio jurídico; Requisitos.

### 1 INTRODUÇÃO

O Acordo de não persecução penal, inicialmente previsto na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi recentemente inserido no Código de Processo Penal (CPP), art. 28-A, pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. Trata-se da celebração de negócio jurídico entre o membro do Ministério público, o investigado e seu defensor, para evitar o início da persecução penal desde que atendidos os requisitos e as condições impostas.

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 15/02/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Email [brenadinizsb@hotmail.com](mailto:brenadinizsb@hotmail.com). Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/7404134121116195>. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5665-8643>.

Em que pese a previsão em lei federal, o instituto é uma nova modalidade de justiça consensual penal com peculiaridades inéditas no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, a exigência de confissão do investigado; daí porque o acordo ser considerado uma temática em constante construção e aperfeiçoamento.

O presente artigo objetiva abordar o acordo de não persecução penal, analisando, principalmente, as disposições legais e suas repercussões doutrinárias, uma vez que se trata de um instituto novo com muitos pontos de aplicação controvertidos. Ressalte-se que não se visa exaurir o tema, já que este é abundante e rico em detalhes. Portanto, serão tratados os aspectos conceituais, os requisitos de aplicação, as vedações à celebração, o controle judicial, bem como as divergências no âmbito da doutrina.

## **2 A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

No ano de 2017, O CNMP inaugurou a previsão normativa do acordo de não persecução penal, mediante a edição da Resolução nº 181/2017<sup>3</sup>, posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018, possibilitando a realização de acordo entre o Ministério Público e o autor de infração penal, com o fim de evitar o início da persecução penal.<sup>4</sup>

A redação original da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público apresentava alguns aspectos polêmicos e de constitucionalidade questionável, entre eles, a possibilidade de celebração do ANPP sem a necessidade de homologação judicial, dispensando o controle jurisdicional.

Por isso, foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face da referida Resolução<sup>5</sup>, uma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5.793), e outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5.790).

Em síntese, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade argumentavam que a Resolução 181/2017 do CNMP sofria de inconstitucionalidade formal, uma vez que o ANPP por ser instituto de natureza processual deveria ser criado por lei federal, conforme exige o art. 22, I, da Constituição da República, e não por uma resolução.<sup>6</sup>

Finalmente, antes dos julgamentos das ADIs, a Lei nº 13.964/2019, conhecida como

3 Retirado de página de internet. Disponível em : <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

4 Retirado de página de internet. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53511/o-desenvolvimento-da-justia-consensual-na-resolucao-de-conflitos-penais-acordo-de-no-persecuo-penal-art-18-res-n-181-17-cnmp>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

5 Retirado de página de internet. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

6 Retirado de página de internet. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.



Pacote Anticrime, inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal, dispondo sobre acordo de não persecução penal, fruto da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da expansão dos mecanismos consensuais no âmbito penal.

Assim, o ANPP deixa de ser regulamentado por resolução normativa e passa a ser regido pelo Código de Processo Penal. No entanto, é possível que a Resolução 181/2017 do CNMP passe a ter função interpretativa, servindo de norte para solucionar as possíveis lacunas que venham surgir da celebração dos acordos.

### **3 A EXPANSÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO PROCESSO PENAL**

É imprescindível rememorar a expansão da justiça consensual, tendo em vista que ela abre caminho para a consolidação dos negócios jurídicos no processo penal, tal como o ANPP.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o devido processo legal mediante o direito de ação, concretizando o princípio da inafastabilidade de jurisdição, nos termos do art.5º, XXXV. Todavia, o texto constitucional previa a criação de juizados especiais no âmbito criminal (art. 98, I), introduzindo o embrião da justiça consensual e abrindo portas para a instalação do devido processo consensual no Brasil.

Com o advento da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), a justiça consensual ganha relevo no processo penal, permitindo a aplicação dos institutos despenalizadores como a transação penal, a composição civil e a suspensão condicional do processo. Após, a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas (Lei nº 9.807/99) previu expressamente o instituto da colaboração premiada.

Em seguida, a Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13) admitiu um procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas. Na sequência, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) possibilitou a formalização de acordos de leniência.

Por fim, no ano de 2019, o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) inseriu o Acordo de Não Persecução Penal no Código de Processo Penal (art. 28-A), brindando a ampliação da justiça penal consensual.

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

#### **4.1 Conceito e Natureza Jurídica**

O acordo de não persecução penal é conceituado, de forma ímpar, por Lima (2019, p. 200):

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

As justificativas de criação do acordo de não persecução penal são muitas, entre elas, destaca Lima (2020, p. 275):

a) a exigência de soluções alternativas no processo penal que possibilitem celeridade na resolução de casos menos graves; b) a priorização de recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e c) a minoração dos efeitos deletérios de uma condenação judicial, com a redução dos efeitos sociais prejudiciais da pena e redução do contingente dos estabelecimentos prisionais.

Na visão de Sanches (2020, p. 127), o acordo de não persecução penal é:

Um ajuste obrigacional entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o investigado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

Portanto, o ANPP tem natureza jurídica de negócio jurídico, fundamentado na justiça consensual e no sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988 (art. 129, I). Além disso, a não persecução penal constitui uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Consoante a letra fria do Código de Processo Penal, o Ministério Público é o órgão legitimado para a celebração do acordo com o investigado, que necessariamente deve estar assistido por defensor. Ajustado o acordo, este é posteriormente submetido à homologação judicial que funciona como verdadeiro controle jurisdicional.

## 4.2 Requisitos

A celebração do acordo de não persecução penal depende da presença cumulativa dos requisitos objetivos dispostos no Art. 28-A, *caput*, do CPP, são eles: não ser caso de arquivamento da investigação; confissão formal e circunstanciada pelo investigado; infração penal praticada sem violência ou grave ameaça; a pena mínima da infração penal ser inferior a 4 (quatro) anos; e ser o acordo necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. À vista disso, passa a expor as principais considerações sobre o tema.

### 4.2.1 Confissão formal e circunstanciada do fato

A confissão é a admissão da imputação penal pelo suposto autor. A confissão pode ser classificada em simples ou qualificada. Será simples quando o investigado confessa a infração penal sem implementos na sua defesa; e qualificada quando o investigado confessa o fato alegando excludentes de tipicidade, de ilicitude ou de culpabilidade. Queiroz (2020)<sup>7</sup> informa:

Para efeito do acordo, não necessariamente para outros fins (v.g., reconhecimento da atenuante da confissão espontânea), temos que somente a confissão simples permite a realização do ANPP. Ou seja, confissão formal e circunstanciada (a lei fala, em verdade, de confissão circunstancial) deve ser entendida como confissão simples. Confissão formal e circunstanciada é, portanto, uma confissão simples e voluntária em que o investigado menciona o essencial da infração cometida, narrando a motivação e as circunstâncias juridicamente relevantes. A lei exige que seja circunstanciada inclusive para a aferição judicial de sua consistência e verossimilhança.

Esse requisito levanta muitas discussões, entre elas, a indagação: caso o ANPP seja descumprido, a confissão do investigado poderá ser utilizada em seu desfavor durante um possível processo judicial?<sup>8</sup>

Prevalece na doutrina que a confissão não poderá ser usada como prova contra o

---

<sup>7</sup> Retirado da página da internet. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

<sup>8</sup> Retirado da página de internet. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>> . Acesso em: 12 ago. 2020.

investigado no curso do processo. Nesse sentido, Sanches (2020, p. 129):

(...) apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.

Dessa forma, havendo descumprimento do acordo, a confissão necessitará da confirmação do acusado durante o processo penal para que possa produzir efeitos.

#### **4.2.2 Tratar-se de infração penal sem violência ou grave ameaça**

O CPP não informa contra quem essa violência ou grave ameaça deve ser dirigida, em que pese a omissão do legislador, entende-se que a norma quis proibir o ANPP quando a violência ou grave ameaça for dolosa contra a pessoa.

À luz disso, não se proíbe a celebração do ANPP quando a violência ou grave ameaça for contra a coisa (bem material) ou se tratar de crime culposos com resultado violento (v.g., lesões corporais), porque este não é intencional. Nesse sentido:

Enunciado nº 72 do CAOCRIM - MPSP<sup>9</sup>: É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, pois, nesses delitos, a violência não está na conduta, mas no resultado não querido ou não aceito pelo agente, incumbindo ao órgão de execução analisar as particularidades do caso concreto.

Enunciado nº 23 do GNCCRIM<sup>10</sup>: É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

---

9 Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público de São Paulo. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM/ENUNCIADO%20%2074%20CAO%20ANPP%20crime%20culposo%20com%20violencia.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/ENUNCIADO%20%2074%20CAO%20ANPP%20crime%20culposo%20com%20violencia.pdf)>. Acesso em: 9 ago. 2020.

10 Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Disponível em: <[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf)>. Acesso em: 9 de ago. 2020.

### 4.2.3 Ter a infração penal pena mínima inferior a 4 (quatro) anos

Pela literalidade da lei<sup>11</sup>, caso a pena seja igual ou superior a 4 (quatro) anos não caberá o acordo<sup>12</sup>. Além disso, o art. 28, § 1º, do CPP, dispõe: “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”.

Há uma divergência doutrinária quanto à aplicação da majorante do concurso de crimes no ANPP. Tal divergência não deveria existir, tendo em vista que a redação do dispositivo ordena, sem exceção, a incidência das causas de aumento e de diminuição para aferição da pena mínima, conseqüentemente, o concurso de crimes deve ser observado nesse cálculo como pressuposto para formalização do negócio, aplicando por analogia o teor da súmula nº 243 do Superior Tribunal de Justiça<sup>13</sup>.

Complementando, Aury Lopes Jr. e Higyna Josita (2020)<sup>14</sup> entendem que deve se considerar, na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e, na causa de diminuição, a fração que mais diminuir, rememorando a súmula nº 723 do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup>.

### 4.2.4 Ser o ANPP necessário e suficiente à reprovação e prevenção do delito

Trata-se de um requisito que analisa as condições pessoais do investigado. Embora fale-se em uma cláusula relativamente aberta e ajustável ao caso concreto, leciona Cabral (2020, p.88) que essa avaliação não deve ser subjetivista, porém deve ser fundamentada nos dados e elementos concretos do caso, buscando evitar arbitrariedade.

Informa a Orientação Conjunta nº 03/2018 (revisada em 2020), das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, item 2, “h”<sup>16</sup>: “ser a celebração do acordo

11 Art. 28-A, *caput*. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima **inferior a 4 (quatro) anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...) Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 - grifo nosso.

12 Queiroz (2020) defende a possibilidade de celebração do ANPP após oferecimento da denúncia quando houver uma desclassificação da conduta do acusado para uma infração penal cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, posto que incidiria o enunciado da súmula 337 do STJ. Escreve Queiroz: “Se oferecida a denúncia, o juiz ou tribunal proceder à desclassificação para crime que admita o acordo, deverá abrir vistas ao MP para que se manifeste a respeito. A súmula 337 do STJ é aplicável analogicamente: É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

13 Súmula 243 do STJ: O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

14 Retirado da página de internet. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 9 mai. 2020.

15 Súmula 723 do STF: Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.

16 Retirado de página de internet. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/>>

suficiente à reprovação e à prevenção do crime, tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (artigo 44, inciso III, do Código Penal)”.

Quanto aos crimes hediondos (Lei 8.072/90), o Enunciado nº 22 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal<sup>17</sup> dispõe:

Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Logo, entende-se que não cabe ANPP em crimes hediondos, ainda que tenham pena inferior a 4 (quatro) anos e sejam praticados sem violência ou grave ameaça (v.g., o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido), porque em crimes dessa natureza o acordo não se mostra suficiente para a reprovação e prevenção.

### 4.3 Vedações

Conforme o § 2º do art. 28-A do Código de Processo Penal, veda-se a proposta de ANPP quando presente uma das seguintes hipóteses:

- a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
- d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

---

orientacao-anpp-versao-10-03-2020-ampliada-e-revisada>. Acesso em: 13 ago. 2020.

17 Retirado da página de internet. Disponível em: <[http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15\\_20\\_31\\_823\\_Enunciados\\_pacote\\_anticrime\\_GNCCRIM\\_CNPG.pdf](http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anticrime_GNCCRIM_CNPG.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2020.

## 4.4 Condições impostas ao investigado

O ANPP será firmado mediante o ajuste de condições determinadas na lei que podem ser formuladas cumulativa ou alternadamente, entre elas, destacam-se: a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima; a renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; e a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução.

Interessante pontuar que o CPP expressamente permitiu ao Ministério Público estabelecer outra condição a ser cumprida por prazo determinado (art. 28-A, V)<sup>18</sup>. Trata-se de uma cláusula aberta à disposição do órgão ministerial, que encontra limites na proporcionalidade e compatibilidade com a infração penal imputada.

## 4.5 Procedimento do ANPP

### 4.5.1 Das tratativas do acordo e do momento de celebração

O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor<sup>19</sup>.

Se a infração penal for praticada em concurso de agentes (art. 29 do Código Penal), o acordo poderá ser firmado com todos os coautores e partícipes ou somente com alguns deles. Pois, não há impedimento que um deles receba a proposta de ANPP e os outros não. De todo modo, na cota ministerial que acompanhar a denúncia, a negativa da proposta de acordo deve ser fundamentada.

---

18 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dez. de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - **cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.** (Grifo nosso)

19 Art.28-A, § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Segundo a letra fria do CPP, a celebração do ANPP deve ocorrer na fase extrajudicial, isto é, antes do recebimento da denúncia, tendo em vista as terminologias utilizadas no *caput* do art. 28-A (arquivamento e investigado)<sup>20</sup>, rememorando a fase investigatória em que o Ministério Público ainda está formando sua *opinio delicti*.<sup>21</sup>

#### 4.5.2 Da rejeição e da homologação

Encerrada as tratativas negociais, será marcada audiência perante o juiz das garantias<sup>22</sup>, momento em que o magistrado fiscalizará a voluntariedade do investigado e a legalidade do acordo. Entendendo o juiz que as condições do acordo são inadequadas, insuficientes ou abusivas, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta.

Assim como, o juiz poderá recusar a homologação do acordo que não atender os requisitos legais, ocasião em que os autos também serão devolvidos ao Ministério Público para que adote uma de duas posturas: promover a complementação das investigações; ou oferecer denúncia.<sup>23</sup>

Da decisão de rejeição de homologação do acordo caberá a interposição de recurso em sentido estrito pelo membro do Ministério Público ou pelo investigado que se sentir prejudicado (art. 581, XXV, do CPP).

Por outro lado, uma vez homologado o acordo de não persecução penal, o prazo de prescrição penal será suspenso e o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para iniciar a execução perante o juízo de execução penal. No ponto, vale ressaltar que o acordo será homologado pelo juiz das garantias e, na sequência, será executado pelo juiz da execução penal.

A vítima será intimada da homologação do ANPP e de seu descumprimento, pelo juí-

---

20 Art. 28-A, *caput*. **Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado** confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...) Grifamos

21 Nesse sentido, o Enunciado 20 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. Disponível em: <[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf)>. Acesso em: 9 ago. 2020.

22 A homologação do acordo deveria ser realizada pelo juiz das garantias (art. 3-B, XVII, do CPP), entretanto como o juiz das garantias encontra-se suspenso pela medida cautelar nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 em tramitação no STF, entende-se que a competência será do juiz natural competente para o processo. Retirado do Manual do acordo de não persecução penal, p. 20. Disponível em: <[http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18\\_08\\_30\\_417\\_Manual\\_Acordo\\_de\\_N%C3%A3o\\_Percu%C3%A7%C3%A3o\\_Penal.pdf](http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Percu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

23 Art. 28-A, § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo; e § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.



zo competente, ainda que não existam danos ou bens a restituir, bem como nas hipóteses de sua impossibilidade (art. 28, §9º, do CPP).

Ademais, dispõe o CPP que no caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça para os fins do art. 28, conforme prevê o art. 28-A, §14, do CPP.

#### **4.5.3 Do descumprimento**

Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no ANPP homologado, o membro do Ministério Público deverá comunicar o fato ao juiz da execução, para fins de sua rescisão e devolução dos autos ao juiz responsável pela homologação, para posterior oferecimento de denúncia.

Posto que a eficácia do acordo exige decisão judicial, a sua rescisão não poderá ocorrer unilateralmente, exigindo-se também decisão judicial que assegure contraditório. Uma vez rescindindo o ANPP, a prescrição volta a correr<sup>24</sup>.

O descumprimento do ANPP pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

#### **4.5.4 Do cumprimento integral**

Uma vez cumprido integralmente o acordo, será declarada a extinção de punibilidade pelo juízo competente. Vale destacar que tanto a celebração como o cumprimento do ANPP não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de impedir que o investigado seja beneficiado nos próximos 5 (cinco) anos por um novo acordo, transação penal ou suspensão condicional do processo.<sup>25</sup>

### **4.6 O papel do juiz e a natureza da sua decisão homologatória**

O Código de Processo Penal determina que o juiz não participe das negociações do ANPP até que seja finalizado, em respeito à imparcialidade imposta pelo sistema

---

24 Retirado da página de internet. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

25 Art. 28-A (...):

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

acusatório. Pois, trata-se de um negócio jurídico, cujas cláusulas devem ser pactuadas exclusivamente entre as partes - Ministério Público e Investigado assistido por defensor.

Todavia, é necessária uma audiência com a finalidade de homologação judicial, momento em que o magistrado deverá verificar a voluntariedade do investigado e a legalidade do acordo, inclusive ouvindo o investigado na presença do seu defensor, nos termos da redação do § 4º do art. 28-A do CPP<sup>26</sup>.

Ressalte-se “que o magistrado não poderá intervir na redação final da proposta em si estabelecendo as cláusulas do acordo, o que, sem dúvidas, violaria o sistema acusatório e a própria imparcialidade objetiva do julgador” (LIMA, 2020)<sup>27</sup>.

À vista disso, o controle jurisdicional é limitado à fiscalização da legalidade e voluntariedade, no entanto, concluindo o magistrado que o ANPP é inadequado ou abusivo, poderá devolver os autos para que o membro do Ministério Público reformule a proposta; ou o juiz poderá recusar a homologação da proposta quando não atender aos requisitos legais (28-A, § § 5º e 7º, do CPP).<sup>28</sup>

Quanto à natureza da decisão homologatória do ANPP, trata-se de decisão declaratória, inclusive, o Enunciado nº 24 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais/GNCCRIM<sup>29</sup> dispõe:

A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/contéudo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.

Ademais, Cabral (2020) elenca os efeitos da decisão de homologação do ANPP:

a) constitui condição de eficácia, possibilitando o início do cumprimento, impedindo que o Ministério Público possa oferecer denúncia;

---

26 Art. 28-A, § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

27 Retirado da página de internet. Disponível em: <[28 Art. 28-A \(...\):](https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/#:~:text=Destaca%2C%20no%20entanto%2C%20%E2%80%9Cque,%E2%80%9D%20(LIMA%2C%202020).> . Acesso em: 14 ago. 2020.</a></p></div><div data-bbox=)

§ 5º. Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor; e

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

29 Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Disponível em: <[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf)> . Acesso em: 9 ago. 2020.

- b) suspende a prescrição penal (art. 116, IV, do CP);
- c) fixa o termo *a quo* para a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para novo ANPP (art. 28-A, § 2º, III);
- d) estabelece o dever de intimar a vítima para ciência da decisão de homologação (28-A, § 9º).

Conclui-se, portanto, que o papel do juiz limita-se a exercer um controle de voluntariedade do investigado e de legalidade dos termos do acordo, constituindo a decisão de homologação condição de eficácia do acordo de não persecução penal.

## 4.7 Questões controvertidas

### 4.7.1 Direito subjetivo do investigado?

O ANPP trata-se de um direito subjetivo do investigado ou de ato discricionário do Ministério Público? A doutrina diverge quanto à resposta, embora o entendimento majoritário defenda ser ato discricionário do Ministério Público, inclusive, Lima (2020, p. 276) sustenta que se trata “de uma discricionariedade ou oportunidade regrada”.

Nessa linha de entendimento também o Enunciado nº 19 do GNCCRIM<sup>30</sup>: “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.

É bom rememorar que já está pacificado, tanto no Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup> como no Superior Tribunal de Justiça<sup>32</sup>, que a transação penal e a suspensão condicional do processo são frutos de um poder-dever do Ministério Público e não de um direito subjetivo do acusado. Portanto, é perfeitamente possível estender esse entendimento ao ANPP.

### 4.7.2 Consequência dos processos em curso

Aqui há, pelo menos, duas posições: a) não é cabível ANPP para os processos em curso; b) aplica-se o ANPP mesmo nos casos em que a persecução penal já tenha sido deflagrada, ou seja, com oferecimento de denúncia, mas pendente de sentença. Todavia, frise-se que o STF e STJ já se manifestaram sobre o tema.

30 Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Disponível em: <[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf)> . Acesso em: 9 ago. 2020.

31 STF. HC 84935 ED, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 21-10-2005, p. 41.

32 STJ. AgRg no RHC 074464/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017.

A questão recai em saber qual a natureza da norma que instituiu o ANPP. Entendendo que se trata de norma de natureza processual deve ser aplicada as regras do *tempus regit actum*, de modo a produzir efeitos próprios a partir da entrada em vigor do dispositivo em referência, não havendo retroatividade da norma para alcançar processos em curso.

Por outro lado, há os que defendem que o art. 28-A do CPP é norma mista, isto é, trata de matéria penal e processual e, neste caso, a regra do *tempus regit actum* não terá aplicação, e sim os princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo, a exemplo da retroatividade da lei penal mais benéfica. Logo, o ANPP poderia ser celebrado em processos instaurados antes da entrada em vigor da norma, mas que ainda não tenham sido sentenciados.

É importante ressaltar o que dispõe o Enunciado nº 29 do GNCCRIM<sup>33</sup>: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

No Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 191.464<sup>34</sup>, o STF fixou a tese de que o ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que a denúncia ainda não tenha sido recebida.

Conforme o STF, a retroatividade do ANPP para alcançar fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/2019 é possível porque as normas que o instituíram têm natureza jurídica de lei penal híbrida, isto é, são normas de direito processual penal que apresentam efeitos materiais que repercutem no direito penal. Sabe-se que a norma penal híbrida rege-se pela retroatividade penal benéfica, prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Portanto, tratando-se o ANPP de norma penal híbrida e constituindo um negócio benéfico para o investigado, pois cumpridos integralmente os seus requisitos e condições haverá extinção de punibilidade, admite-se a sua retroatividade para alcançar fatos anteriores à sua vigência.

Por outro lado, a possibilidade de celebração de um ANPP se esgota na fase pré-processual, sendo o recebimento da denúncia o evento que encerra a etapa pré-processual e inaugura a fase processual. Nesta fase não é mais viável a celebração de ANPP. Por isso, mesmo que seja possível a retroatividade do ANPP no tempo, a sua celebração estará limitada pelo recebimento da denúncia.

Assim, conclui-se que o acordo de não persecução penal pode ser aplicado aos fatos jurídicos ocorridos antes da sua vigência com a Lei nº 13.964/2019, desde que a peça acusatória da denúncia ainda não tenha sido recebida pelo juízo.

---

33 Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. Disponível em: <[https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf)> . Acesso em: 9 ago. 2020.

34 STF. 1ª Turma. HC 191464 AgR, Rel. Roberto Barroso, julgado em 11/11/2020.

Ressalte-se que o STJ, no Habeas Corpus nº 607003-SC<sup>35</sup>, possui o mesmo entendimento do STF.

### 4.7.3 A Constitucionalidade do ANPP

Indaga-se se o acordo de não persecução penal, ao exigir a confissão como requisito para sua celebração, viola o princípio da não culpabilidade (ou presunção de inocência) e o direito a não autoincriminação e ao silêncio.

O ANPP não é uma imposição de reconhecimento de culpa, pelo contrário, é uma oferta ao investigado que tem a discricionariedade de aceitar ou não a proposta, a depender da sua estratégia de defesa.

É bem verdade que os direitos fundamentais são caracterizados como irrenunciáveis, não podendo o titular deles dispor, embora possa deixar de exercê-los casuisticamente, desde que não fira a dignidade humana (LENZA, 2012, p. 963). Por isso, a aplicação de tais direitos não deve causar prejuízo à estratégia de defesa do investigado, que pode escolher confessar para negociar uma não persecução penal.

Assim, o direito a não autoincriminação e o princípio da presunção de inocência são direitos que podem não ser exercidos quando se chocarem com o direito do investigado de escolher a melhor estratégia de defesa. Nesse caso, o princípio da ampla defesa deve preponderar sobre a presunção de inocência e a não autoincriminação. Portanto, o ANPP é constitucional.

## 5 CONCLUSÃO

Ante o exposto, o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico benéfico, consistente na celebração de acordo entre o Ministério público, o investigado e o seu defensor, para evitar o início da persecução penal desde que atendidos os requisitos e as condições impostas. Não obstante, tal negócio ser submetido a controle judicial limitado à análise da voluntariedade e da legalidade. É, por conseguinte, uma ferramenta de discricionariedade regrada pelo *Parquet*, que abre novas portas para a resolução de conflitos na seara criminal.

O ANPP é constitucional, pois não é uma imposição de reconhecimento de culpa, pelo contrário, trata-se de uma oferta ao investigado que tem a discricionariedade de aceitar ou não a proposta, a depender da sua estratégia de defesa.

O referido acordo, primeiramente previsto na Resolução nº 181/2017 do CNMP,

---

35 STJ. 5ª Turma. HC 607003-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 24/11/2020 (divulgado no Informativo nº 683).

ganhou solidez com o advento da Lei nº 13.964/2019, que inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal. Essa espécie de acordo representa mais um passo para a expansão da justiça consensual no Brasil, que ganha relevo em razão das expectativas de “desafogamento” do sistema processual penal com soluções mais céleres e efetivas.

Conforme decidiu o STF, o ANPP retroage para alcançar fatos ocorridos antes da sua vigência, desde que a denúncia ainda não tenha sido recebida. Isto porque, o acordo trata-se de norma penal híbrida benéfica.

Nesse contexto, o ANPP constitui um instrumento pré-processual que, uma vez cumpridos os requisitos e condições, de forma integral, beneficiará o acusado com a extinção de punibilidade. Todavia, descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo homologado, o membro do Ministério Público deverá comunicar o fato ao juiz da execução, para fins de sua rescisão e devolução dos autos ao juiz responsável pela homologação, para posterior oferecimento de denúncia.

Portanto, todo esse cenário se fez possível com a consagração do sistema acusatório pela Constituição da República, bem como pela mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Mas, por se tratar de um instituto recente, é natural o surgimento de controvérsias doutrinárias acerca da sua aplicação. Todavia, tais controvérsias deverão ser atenuadas ou superadas a partir da apreciação oportuna do tema pelos Tribunais Superiores, conferindo maior segurança jurídica em relação aos mecanismos consensuais processuais penais já preestabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro.

## **THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT**

### **ABSTRACT**

The present article aims to present an analysis of the non-criminal prosecution agreement, introduced by the law nº 13.964/2019, known as Anticriminal Package, in the Criminal Procedure Code (art.28-A). The institute of ANNP, through the legal transaction, comes to offer new possibilities of resolution of conflicts in the criminal sphere, being the result of the gradual expansion of Consensual processual penal justice on the brasilian legislation. The article will gather the requirements, conditions, prohibitions, the procedure, as well as the position of the judge in the conclusion of the agreement. Throughout the study, it will also be pointed the main controversial issues in the doctrine in terms of the application of the transaction institute. It was used, apropos, the methodology instituted by the descriptive-analytical study, as well as the hypothetical-deductive study. Furthermore, the following article was elaborated by bibliographical examination, research on the

current legislation, articles and electronics sites, it has been considered, therefore, bibliographical and documental.

**Keywords:** Non-criminal Prosecution Agreement; Legal Transaction; Requirements.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Enunciados do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público de São Paulo**. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal\\_Juri\\_Jecrim/Enunciados\\_CAOCRIM](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 181 do CNMP**, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

CABRAL, R. L. F. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CASTRO, Eloita Bianca da Silva. **O desenvolvimento da justiça consensual na resolução de conflitos penais: acordo de não persecução penal (Art. 18 RES. . 181/17 - CNMP)** Conteúdo Jurídico, 03 de outubro de 2019. Disponível em:

<<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53511/o-desenvolvimento-da-justia-consensual-na-resoluo-de-conflitos-penais-acordo-de-no-persecuo-penal-art-18-res-n-181-17-cnmp>> Acesso em: 17 ago. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO/ Editora Juspodivm, 2020.**

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7ª edição. Salvador. Editora Juspodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR. Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Revista Consultor Jurídico— CONJUR, 6 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

Ministério Público do Estado de Goiás. **Manual de atuação e orientação funcio-**

nal - Acordo de não persecução penal (ANPP), 2020. Disponível em: <[http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18\\_08\\_30\\_417\\_Manual\\_Acordo\\_de\\_N%C3%A3o\\_Persecu%C3%A7%C3%A3o\\_Penal.pdf](http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/02/14/18_08_30_417_Manual_Acordo_de_N%C3%A3o_Persecu%C3%A7%C3%A3o_Penal.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2020.

POLASTRI, Marcellus. **O Chamado Acordo de Não Persecução Penal**: Uma Tentativa de Adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública. GEN Jurídico, 5 de abril de 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Acordo de não persecução penal** - Lei nº 13.964/2019. Paulo Queiroz, 15 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

TAVARES, Leonardo Ribas. **Acordo de não persecução penal (ANPP)** - qual o papel do juiz? Estratégia, 29 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.



IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO  
INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS  
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA  
CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA

*IMPLICATIONS OF THE INTERNATIONAL  
CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS  
WITH DISABILITIES IN GUARDIANSHIP AND  
SUPPORTED DECISION-MAKING*



# IMPLICAÇÕES DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CURATELA E TOMADA DE DECISÃO APOIADA<sup>1</sup>

*IMPLICATIONS OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN GUARDIANSHIP AND SUPPORTED DECISION-MAKING*

*Lilian Viana Freire<sup>2</sup>  
Livia Vilas Bôas Carr<sup>3</sup>*

## RESUMO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência trouxeram profundos impactos na legislação civil brasileira, em especial quanto ao sistema das incapacidades, ao instituto da curatela e à introdução no ordenamento jurídico do instituto da tomada de decisão apoiada. O presente artigo jurídico busca demonstrar, de uma maneira sintética, as principais mudanças operacionalizadas na capacidade legal da pessoa com deficiência mental e intelectual, bem como os mecanismos jurídicos para a sua proteção existencial e patrimonial a partir da promulgação da respectiva Convenção.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência; Curatela; Tomada de decisão apoiada.

## 1 INTRODUÇÃO

Durante séculos, mas desde o princípio da humanidade, as pessoas com deficiência eram vistas como seres incapazes, inferiores, destituídos de qualquer vontade. Fruto de uma visão extremamente preconceituosa, este estigma só veio a perder força muito tempo depois, com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um valor

---

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 08/03/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado do Pará. Especialista em Direito Agrário pela CESUPA e em Direito Penal pela FESURV-UNIRV. Bacharel em Direito pela PUC/Goiás. Email: lilianfreire@mppa.mp.br. <http://lattes.cnpq.br/3749978464115758>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6097-7014>.

<sup>3</sup> Advogada inscrita na OAB/RJ. Professora Substituta de Direito Civil e Internacional Privado na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela PUC/Rio de Janeiro. Email: liviavbc@hotmail.com. <http://lattes.cnpq.br/9396487036128156>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2131-3383>.

jurídico, o que se deu com o advento da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 10 de dezembro de 1948.

É fato notório que muitas atrocidades foram praticadas durante a Primeira (1914-1918) e a Segunda (1939-1945) Guerras Mundiais. E, com o intuito de evitar que a humanidade viesse novamente testemunhar tantas barbaridades contra os direitos fundamentais, em 24 de outubro de 1945 foi criada a Organização das Nações Unidas. Desde então, percebe-se um enorme esforço desta organização intergovernamental, bem como da comunidade internacional, na implementação de medidas garantidoras da paz mundial e fomentadoras dos direitos humanos.

Indo de encontro a este nobre propósito em sua dimensão mais ampla, foi que nasceu a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, assinada na cidade de Nova York, em 30 de março de 2007. Nada mais digno, afinal, segundo dados divulgados pela própria ONU<sup>4</sup>, aproximadamente 15% (quinze) por cento da população mundial apresenta algum tipo de deficiência, sendo que 2/3 (dois terços) dessas pessoas residem em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. No mesmo sentido, estudos do Banco Mundial apontam que mais de um bilhão de pessoas em todo o mundo são possuem alguma deficiência<sup>5</sup>, o que pode redundar em grave prejuízo no exercício de direitos humanos.

É quase que inevitável, portanto, fazer uma associação entre pobreza e deficiência. Quando situadas em países pobres ou em desenvolvimento, como é o caso brasileiro, é intuitivo perceber que a deficiência pode sim ser um grande obstáculo para o exercício de direitos mais elementares, como a saúde, a educação, o lazer, o transporte, o pleno emprego e a renda. E, partindo dessa premissa básica, é que este artigo busca investigar como e quais os instrumentos jurídicos disponíveis no ordenamento pátrio que permitem a proteção da pessoa com deficiência e, concomitantemente, a garantia de seus direitos fundamentais.

O presente artigo traça ilações acerca deste instigante tema. Inicialmente será abordado o conceito de pessoa com deficiência e como ele mudou ao longo do tempo, especialmente depois da promulgação da Convenção. Num segundo momento, a questão será tratada sob o enfoque do Código Civil em vigor, desde a sua redação original em 2002. Adiante, serão tecidos comentários acerca do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146/2015. Necessário abordar as medidas jurídicas disponíveis para a proteção das pessoas com deficiência mental e intelectual: a tomada de decisão apoiada e a curatela, destacando-se as suas principais características. Ressalta-se que, dentro do

---

4 Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/58439-para-marcar-dia-internacional-dos-deficientes-onu-pede-uma-sociedade-mais-inclusiva>>. Acesso em: 31 out. 2020.

5 Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/>>. Acesso em: 31 out. 2020.

possível, buscou-se trazer a lume decisões judiciais pertinentes, mas sem desconsiderar a natural brevidade que este tipo de escrito se propõe.

## 2 CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Até a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo serem incorporados no ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto nº 3.298/1999, que regulamenta a Lei nº 7.853/1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa “Portadora de Deficiência”, utilizava o critério exclusivamente médico para a conceituação da pessoa com deficiência<sup>6</sup>.

Ao ser promulgada no ordenamento jurídico nacional em 2009, o sistema jurídico brasileiro adaptou-se aos comandos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência; em especial, com o advento da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, também conhecida como Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência. Por adotar o modelo social, a Convenção trouxe, em seu primeiro dispositivo, um novo conceito da deficiência, destacando o impacto do ambiente em sua vida, o que foi posteriormente reproduzido no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme se infere da LBI, a pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Assim, o critério médico que antes definia a pessoa com deficiência, passou a ser somente um dos elementos para definir a deficiência, devendo esta ser caracterizada de acordo com a interação das características físicas da pessoa com deficiência com o meio em que ela está inserida e eventuais barreiras que impeçam o exercício de seus direitos.<sup>7</sup>

Destaca-se que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multifuncional e interdisciplinar, e analisará os impedimentos nas

---

6 “Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.”

7 “Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.”

funções e nas estruturas do corpo; os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; a limitação no desempenho de atividades; e restrição de participação, conforme prevê o artigo 2º, § 1º, da LBI.

Farias; Cunha (2016, p. 25) esclarecem que a avaliação biopsicossocial considera os aspectos sociais que envolvem a pessoa com deficiência e ainda os dados médicos que demonstram sua incapacidade, ou seja, além do modelo biológico devem ser analisados os fatores sociais que a envolvem.

Limitaremos neste trabalho ao estudo das alterações promovidas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e pela Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência na capacidade jurídica das pessoas com deficiência mental e intelectual, bem como na aplicação dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada, considerando serem ambos os institutos mais comumente direcionados a este público.

A publicação “Descritores em Ciências da Saúde: DeCS” especifica que Deficiência Mental e Intelectual são sinônimos da mesma patologia, a qual é caracterizada como funcionamento intelectual subnormal que se origina durante o período de desenvolvimento.<sup>8</sup>

Costa Filho; Leite; Ribeiro (2016; p. 48-49) destacam que apesar dos termos deficiência mental e intelectual parecerem sinônimos, a sociedade civil internacional pleiteou a substituição da terminologia mental para intelectual no intuito de diferenciar a deficiência mental da doença mental. Pretendeu ainda a inclusão do termo psicossocial no conceito de pessoas com deficiência.

Para os autores, a inclusão desta nova categoria poderia dificultar o processo de ratificação da Convenção da Pessoa com Deficiência, pois no Brasil trata-se forma distinta a deficiência mental e a saúde mental, com legislações e públicos diferenciados. Em razão da dificuldade de se acrescentar este novo seguimento manteve-se o termo mental e houve a inclusão da expressão intelectual para que, ao regulamentar o conceito da deficiência, cada país decidisse se as pessoas com transtornos psicossociais seriam contempladas pela Convenção, sob o conceito de impedimento mental ou intelectual.

### **3 DA CAPACIDADE CIVIL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

O Código Civil brasileiro apresenta em seu artigo 1º, como regra, a capacidade de fato plena para o exercício pessoal dos atos jurídicos, sendo a incapacidade a exceção, com a conseqüente limitação para a prática dos atos da vida civil. Esta capacidade civil

---

<sup>8</sup> Descritores em Ciências da Saúde: DeCS. \*. ed. rev. e ampl. São Paulo: BIREME / OPAS / OMS, 2017. Disponível em: <<http://decs.bvsalud.org>>. Acesso em: 09 jul. 2020.

plena pode ser restringida em caso de incapacidade absoluta ou relativa para o seu exercício pessoal de atos da vida civil. A depender do grau de discernimento e da proteção necessária, estas pessoas devem ser representadas ou assistidas, respectivamente, e, neste sentido, serem definidos os termos da curatela.

O artigo 3º do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em sua redação original, albergava como absolutamente incapazes as pessoas que por enfermidade ou deficiência mental não tinham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (inciso II) e ainda aquelas que não pudessem exprimir sua vontade, mesmo que de forma transitória (inciso III), e, estas eram substituídas em todo e qualquer ato da vida civil.<sup>9</sup>

Já o artigo 4º do Código Civil de 2002, também em sua versão original, nominou dentre as pessoas com capacidade relativa aquelas com deficiência mental que tivessem a capacidade cognitiva reduzida, e os excepcionais, sem o desenvolvimento mental completo.<sup>10</sup>

O texto original do Código Civil de 2002 adotava o modelo protetivo pautado na substituição de vontade da pessoa interditada pela de seu curador. Após o processo judicial de interdição, era designado curador à pessoa com deficiência para representar-lhe ou assistir-lhe em relação à sua existência e seu patrimônio.

Sob a ótica da proteção da pessoa com deficiência, o legislador instituiu no ordenamento jurídico os institutos da interdição e da curatela da pessoa incapaz de exercer os atos da vida civil. Pretendeu o legislador resguardar o interditado e seus interesses patrimoniais em relação a terceiros, cabendo ao curador nomeado a administração de seu patrimônio. O fato é que o modelo da substituição da vontade visava, para além da proteção da pessoa com deficiência, a proteção de terceiros (sociedade)<sup>11</sup> em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz.

Tartuce (2013, p. 255) defende que o sistema de incapacidade previsto na redação original do Código Civil de 2002 não protegia a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados, em uma visão excessivamente patrimonial que mereceu críticas.

Várias pessoas com deficiência mental ou que, por alguma enfermidade, não tives-

---

9 “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

10 “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

11 Apelação cível. Interdição e curatela. A interdição deve visar o interesse e proteção dos direitos da pessoa que sofre de problemas que comprometa a sua sanidade mental. Não se cuida de ação e nem visa a proteção de interesse de terceiros. No caso dos autos, o laudo técnico concluiu que o periciando não é incapaz para os atos da vida civil. Mantida a improcedência da ação. Apelo desprovido. (TJ-SP - AC: 10054462720178260242 SP 1005446-27.2017.8.26.0242, Rel.: Silvério da Silva, Julgamento: 28/01/2020, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/01/2020)

sem o necessário discernimento para a prática pessoal de atos da vida civil, ou mesmo aquelas que, ainda que transitoriamente, não pudessem exprimir sua vontade, foram excluídas, nos termos da redação original do Código Civil de 2002, da sociedade sob a justificativa de resguardar a sua proteção pessoal, sendo declaradas incapazes e submetidas aos efeitos da interdição.

O relatório da audiência pública “A Banalização da Interdição Judicial no Brasil, promovida pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, da Câmara dos Deputados no ano de 2007, demonstra ainda que muitas vezes a interdição era um pré-requisito para o gozo de benefícios da previdência social - Brasil (2007, p. 07).

O uso indiscriminado do instituto da interdição para o fim de obtenção de benefício previdenciário foi corrigido com a alteração promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na Lei nº 8.231/1991, a qual vedou a exigência da apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência no ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social.<sup>12</sup>

Observa-se, portanto, que o regime da incapacidade previsto na redação original do Código Civil de 2002 visava proteger a pessoa com deficiência, mas, de forma diversa a excluía, com prejuízo à sua autonomia como indivíduo e violava o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

#### **4 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA DAS CAPACIDADES**

A Lei nº 13.146/2015 (LBI) adaptou o sistema jurídico brasileiro às exigências da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e trouxe importantes alterações no regime das incapacidades do Código Civil, com reflexos nos institutos da curatela e interdição, acrescentando ao seu texto o instituto da tomada de decisão apoiada.

O texto original do Código Civil de 2002 equiparava a pessoa com deficiência ao incapaz. A LBI afastou esta discriminação ao utilizar o critério etário (menores de 16 anos) para definir a incapacidade absoluta e ainda afirmou, expressamente, a plena capacidade legal da pessoa com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, restringindo o instituto da curatela para o exercício de direitos com natureza patrimonial e negocial, possibilitando à pessoa com deficiência a autonomia e a sua inclusão social.

---

<sup>12</sup> “Art. 101. A Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com as seguintes alterações: (...) Art. 110-A. No ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo INSS, não será exigida apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento.”



A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a partir de 02 de janeiro de 2016, trouxe profundas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no sistema da incapacidade do Código Civil brasileiro, o qual passou do modelo da substituição da vontade para o modelo funcional, com respeito aos direitos, às vontades e às preferências da pessoa com deficiência, com a garantia de um sistema de apoio que assegura o pleno exercício de sua capacidade legal.

No atual modelo de incapacidade previsto no Código Civil, a deficiência mental ou intelectual, por si só, não é causa suficiente para determinar a incapacidade. O artigo 6º da LBI dispôs no mesmo sentido quando, expressamente, prescreve que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, trazendo uma nova perspectiva quanto à sua autonomia, dignidade e inclusão social.<sup>13</sup>

Com o advento da LBI, o critério médico até então utilizado para a caracterização da incapacidade absoluta decorrente de deficiência mental foi substituído pelo critério etário. A incapacidade absoluta traz como consequência a impossibilidade da pessoa, por si só, exercer direitos e contrair obrigações.<sup>14</sup>

A nova redação do Código Civil, em seu artigo 4º, trouxe as hipóteses definidoras da incapacidade relativa<sup>15</sup> e dispôs que estão sujeitas à proteção do Estado aquelas pessoas que, por causa transitória (a exemplo dos indivíduos que temporariamente estão em internação hospitalar e impossibilitados de exteriorizar sua vontade) ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (sujeitos com deficiência física, mental e intelectual que estejam impossibilitadas de exteriorizar a vontade).

Infere-se dos artigos 3º e 4º do Código Civil a existência de dois critérios para definir a incapacidade: o primeiro caracteriza incapacidade exclusivamente pelo critério da idade; o segundo critério delimita a incapacidade de forma subjetiva, a ser avaliada em uma ação judicial de curatela.

Segundo Farias (2016, p. 323) a velhice, por si só, por mais idosa que a pessoa seja, não a incapacidade automática, e não importa intervenção legal se não estiver caracterizada a deficiência intelectual<sup>16</sup>. Assim, o rol do Código Civil que dispõe sobre a

---

13 “Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.”

14 “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.”

15 “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.”

16 No mesmo sentido, ensina Gonçalves (2013, p.119): “a velhice ou senilidade, por si só, não é causa de limitação de capacidade, salvo se motivar um estado patológico que afete o estado mental e, em consequência, prive o interditando do necessário discernimento para gerir o seu negócio ou cuidar da sua pessoa”.

incapacidade é restritivo e não permite ampliações. Por outro lado, o Estatuto do Idoso instituiu proteção especial à pessoa idosa, assegurando todas as oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental, em condições de dignidade<sup>17</sup>. Desta forma, apesar das limitações próprias decorrentes da idade, a pessoa idosa não pode, nem deve ser caracterizada como incapaz unicamente pelo critério etário<sup>18</sup>.

## **5 DAS MEDIDAS JURÍDICAS PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA MENTAL E INTELECTUAL**

As alterações promovidas pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e pela LBI no ordenamento jurídico brasileiro trouxeram interessantes reflexos para o direito material, processual civil e, em especial, ao instituto da curatela, que para além da proteção patrimonial da pessoa com deficiência, passou a vislumbrar a garantia da sua dignidade e inclusão social. Foi ainda acrescentado ao Código Civil o instituto da tomada de decisão apoiada.

### **5.1 Da Tomada de Decisão Apoiada**

Além dos impactos causados no sistema das incapacidades do Código Civil brasileiro, a LBI também provocou alterações em relação à curatela e, por meio do seu artigo 116, introduziu no *Codex* a tomada de decisão apoiada (artigo 1.783-A, CC). O instituto foi criado para atender o comando do artigo 12, inciso III, da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, que assim determina: “Os Estados Partes deverão tomar medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal”.

Apesar de inserido no ordenamento jurídico desde o ano de 2015, o referido instituto ainda é pouco manuseado e, por vezes, desconhecido dos operadores do direito.

Optamos, neste trabalho, pela abordagem do uso da tomada de decisão apoiada para

---

17 “Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.”

18 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INTERDIÇÃO - PESSOA IDOSA ENFERMA - CURATELA PARA TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL - NÃO CABIMENTO - ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO - LIMITAÇÃO AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL - RECURSO PROVIDO. 1. A curatela deve se limitar às necessidades da pessoa com deficiência, permitindo o maior exercício possível de sua autonomia, o que impõe a fixação dos limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do idoso, considerando suas características pessoais, potencialidades, habilidades, vontades e preferências. 2. Se o conjunto probatório não evidencia ser o interditado incapaz para a prática de todos os atos da vida civil, deve ser mantida a sua independência no tocante aos atos relativos aos direitos existenciais. (TJMG. Processo: 1.0000.18.080340-5/001 Relator: Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes Relator do Acórdão: Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes Data do Julgamento: 18/09/2018 Data da Publicação: 24/09/2018).

pessoas capazes com deficiência mental e intelectual, não se olvidando que há outros públicos para os quais o instituto jurídico também se destina.

A tomada de decisão apoiada é uma medida de proteção que garante à pessoa com deficiência o apoio de, ao menos, 02 (duas) pessoas idôneas, por ela escolhidas, para decidir sobre atos da sua vida civil. Assegura à pessoa com deficiência e plenamente capaz, mas com algum grau de vulnerabilidade, o exercício de sua capacidade civil, em igualdade de oportunidades com as demais, dispondo de um procedimento processual próprio garantidor de suporte para efetuar decisões<sup>19</sup>.

Para Farias; Rosenthal (2016, p. 339) o modelo jurídico da tomada de decisão apoiada é uma forma intermediária entre o extremo das pessoas sem deficiência (plenamente capazes) e aquelas com deficiência (física, mental e intelectual) que não podem exprimir sua vontade e, por esta razão, serão curateladas e declaradas relativamente incapazes. Há ainda as pessoas com deficiência (física, mental e intelectual) que podem exprimir sua vontade e se autodeterminarem; e, eventualmente, se beneficiarem da tomada de decisão apoiada, para exercer a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais, com absoluta proteção de seus interesses existenciais e patrimoniais.

O instituto da tomada de decisão apoiada não restringe a capacidade da pessoa com deficiência; ao contrário, visa resguardar direitos existenciais da pessoa capaz apoiada e, num segundo plano, o seu patrimônio e suas finanças, garantindo a sua dignidade e a inclusão social na comunidade.

Na lição de Pereira (2019, p. 134), o objetivo da tomada de decisão apoiada é a manutenção da capacidade legal da pessoa com deficiência psíquica e intelectual e, tem como desdobramento, o cultivo de seu protagonismo sob o parâmetro funcional.

Reitera-se: tal instrumento jurídico não é substituto da curatela, mas sim uma medida alternativa<sup>20</sup> a ela, considerando que a curatela (na redação conferida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência) passa a ser uma medida extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

Antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, o único instrumento processual disponível à pessoa maior e incapaz era a curatela, que visava suprir a incapacidade das pessoas que não tivessem o necessário discernimento para os atos da vida civil, ou o tivessem de forma reduzida. Com inclusão no Código Civil do instituto da tomada de decisão apoiada, um novo público passou a receber a

---

19 “Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.”

20 Enunciado nº 640 da VIII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela.” Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 31 de out.2020.

proteção estatal, aquele formado por pessoas capazes, mas vulneráveis e que por esta razão necessitam de apoio para a realização de atividades rotineiras, sejam elas patrimoniais, existenciais ou pessoais.

A tomada de decisão apoiada possui natureza jurídica de processo de jurisdição voluntária, nos termos dos artigos 719 e seguintes do vigente Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015. O termo de acordo com o respectivo limite de apoio e o compromisso dos apoiadores é submetido previamente ao juízo, o qual determinará a realização de estudo social, atuando o Ministério Público como *custos legis*, ainda que a parte a ser apoiada não seja incapaz. A legitimidade<sup>21</sup> para propositura da ação recai exclusivamente sobre a pessoa a ser apoiada (artigo 1.783-A, § 2º, CC), com a regular representação por advogado, demonstrando o claro objetivo do legislador em garantir autonomia à pessoa com deficiência intelectual e mental por meio da tomada de decisão apoiada.<sup>22</sup>

A Publicação do Conselho Nacional do Ministério Público “Tomada de Decisão Apoiada e Curatela” (2016; p.08)<sup>23</sup> destaca que, embora a lei não especifique qual a natureza da deficiência, o processo de tomada de decisão apoiada se destina, mais comumente, às pessoas com deficiência intelectual e mental.

Além das pessoas com deficiência intelectual e mental, a tomada de decisão apoiada pode ainda ser dirigida às pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida, pessoas com idade avançada, pessoas acometidas por *Alzheimer* (a depender do estágio de evolução da doença), pessoas cegas, ébrios habituais, viciados em tóxicos, dentre outros.

Os apoiadores serão 02 (duas) pessoas de confiança da pessoa com deficiência e por ela indicadas para auxiliá-la na tomada de decisões. Devem possuir vínculos e gozar da confiança de sua deficiência para lhe prestar apoio nos atos da vida civil.

Ainda, o acordo estabelecido entre os apoiadores e a pessoa apoiada deve conter o prazo de duração, o modo de execução e depende de homologação judicial para que surta os devidos efeitos legais. Prevê o § 4º, do artigo 1.783-A, do Código Civil, que a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, mas desde que inseridas nos limites do apoio acordado.

---

21 Enunciado nº 639 da VIII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal (CJF): “A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.” Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>>. Acesso em: 31 out.2020.

22 “APELAÇÃO CÍVEL. INTERDIÇÃO. CAPACIDADE CIVIL. EXISTÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. DESCABIMENTO, NO CASO. 1. No caso, deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido de interdição, porquanto a prova pericial atesta a capacidade do réu para a prática dos atos da vida civil. 2. Considerando que a legitimidade para requerer a tomada de decisão apoiada é exclusiva da pessoa a ser apoiada (inteligência do art. 1.783-A do CCB), não possui a apelante legitimidade ativa para requerê-lo, sopesado que o réu é pessoa capaz. Apelação desprovida.” (TJRS. Apelação Cível. Oitava Câmara Cível nº. 70072156904. Nº. CNJ: 0425884- 97.2016.8.21.7000. Disponibilização no DJe: 17/03/2017. Pub. DJe: 21/03/2017).

23 Disponível em: <<https://www.cnmmp.mp.br/portal/images/curatela.pdf>>. Acesso em: 04 mar.2021.

Ressalte-se que uma das dificuldades práticas encontradas para a garantia do exercício efetivo da capacidade por pessoas com deficiência mental e intelectual capazes, por meio da tomada de decisão apoiada, é a identificação de pessoas voluntárias para o exercício do encargo, sendo muitas vezes a exigência legal de 02 (dois) apoiadores óbice à aplicação do instituto<sup>24</sup>. É de se considerar, inclusive, a possibilidade de o apoiador ser civilmente responsabilizado pelos danos causados à pessoa apoiada (artigo 1.783, § 7º, CC), o que pode significar um risco para quem for desempenhar tal atribuição.

### 5.1.1 A Tomada de Decisão Apoiada para Pessoas Idosas

De acordo com a projeção realizada pelo IBGE, o Brasil tem mais de 28 milhões de pessoas acima de 60 (sessenta) anos, número que representa 13% (treze por cento) da população do país. Esse percentual tende a dobrar nas próximas décadas, segundo a projeção da população, divulgada em 2018 pelo IBGE<sup>25</sup>.

O envelhecimento da população brasileira é fato. Aliado ao envelhecimento da população tem-se ainda um aumento de sua longevidade. A LBI, em seu artigo 5º, considera a pessoa idosa com deficiência especialmente vulnerável<sup>26</sup>. Em razão do envelhecimento da população e do aumento da expectativa de vida, as pessoas idosas tendem a necessitar de cuidados especiais ao longo das próximas décadas.

É certo dizer que a idade avançada não é causa incapacitante por si só, devendo ser tutelada a autonomia da pessoa idosa, ainda que esta seja considerada vulnerável. A independência do idoso deve ser enaltecida pelo ordenamento jurídico exatamente em razão de sua vulnerabilidade, bem como que lhe deve ser garantida a possibilidade de continuar realizando as suas próprias escolhas (Ehrardt, Jr; 2016; p. 333).

Ressalte-se que, nos termos do artigo 1º, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, é considerado idoso aquele que possui idade a partir dos 60 (sessenta) anos de idade<sup>27</sup>.

---

24 Neste sentido, destaca-se a opinião de Schreiber (2016): “Na mesma direção, é criticável a opção do legislador brasileiro pela indicação de “pelo menos 02 (duas) pessoas idôneas” para o exercício da função de apoiador. Se a ideia era prevenir abusos da pessoa indicada, o fato de que formem um par contribui muito pouco para a prevenção, ao mesmo tempo em que dificulta sobremaneira a vida do apoiado, que não poderá contar com apenas uma pessoa de confiança, mas terá que ter, no mínimo, duas para se valer do novo instituto. Pior: a exigência promete repelir candidatos a apoiadores que, conquanto mantenham vínculo sólido com o apoiado, podem não se sentir confortáveis de exercer a função em conjunto com outra pessoa, com quem não terão necessariamente afinidade e relação de confiança.” Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 31 out. 2020.

25 Disponível em: <<https://censo2020.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

26 “Art. 5º. A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante. Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, são considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência.” 27 “Art. 1º. Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

Todavia, o Projeto de Lei nº 5.383/2019<sup>28</sup> visa alterar a legislação federal vigente para que as pessoas somente sejam consideradas idosas a partir dos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, e não mais 60 (sessenta), como ainda acontece.

Segundo Leite (2017; p. 213), a idade avançada provoca um estado natural de decadência orgânica que, aos poucos, limita a capacidade de praticar atos até então usuais. Para o autor, as restrições impostas pela idade não justificam a vedação de exercício de seus direitos, o que só pode ocorrer quando a senectude provocar um estado patológico que retire do idoso o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, a exemplo da doença de Alzheimer e outras patologias demenciais<sup>29</sup>.

Neste contexto surge a tomada de decisão apoiada como instrumento jurídico hábil a garantir a inclusão e a autonomia da pessoa idosa capaz, mas vulnerável em razão das limitações que a idade avançada traz. Permite ao idoso escolher pessoas de sua confiança para prestar-lhe auxílio nas decisões de caráter patrimonial e existencial.

A tomada de decisão apoiada é uma alternativa à curatela da pessoa idosa que não apresente incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade, mas que apresente certo grau de vulnerabilidade em decorrência da idade<sup>30</sup>.

## 5.2 Da Curatela

Atendendo aos preceitos da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) promoveu grandes alterações no instituto da curatela, o que se pode inferir do seu artigo 84<sup>31</sup>.

A ação de curatela tem natureza de proteção extraordinária da pessoa com defici-

---

28 Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2223942>>. Acesso em: 31 out. 2020.

29 “CAPACIDADE – INTERDIÇÃO – Requerida portadora de Mal de Alzheimer em estágio avançado. Doença degenerativa, progressiva e irreversível. Nesses casos a interdição total se mostra meio de salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa. Já não há condições de praticar por si os atos da vida civil. Incapacidade absoluta deve ser encarada como ato protetivo. Entendimento de que o Estatuto da Pessoa com deficiência não afasta a medida destinada à preservação da integridade da requerida. Recurso não provido.” (TJ/SP; Ap. Cível nº10105160620168260292/SP; 1010516-06.2016.8.26.0292; Rel. Benedito Antonio Okuno; Data Julg. 20/08/2019; 8ª Câmara; Pub.: 20/08/2019).

30 “Curatela – Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC – Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade – Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil – Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela – Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima – Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios – Sentença mantida – Recurso improvido.” (TJ-SP; Ap. nº 00062903320138260242/SP; 0006290-33.2013.8.26.0242; Rel.: Eduardo Sá Pinto Sandeville; Julg.02/06/2016; 6ª Câmara de Direito Privado; Data de Publicação: 02/06/2016).

31 “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.”

ência incapaz. Por meio dela, a pessoa com deficiência mental e intelectual pode ser declarada relativamente incapaz para a prática de atos da vida civil e, ao final, ser-lhe-á nomeado um curador. A curatela envolve a proteção patrimonial e negocial da pessoa com deficiência, na exata medida que esta demandar. Não afeta direitos da personalidade como os relacionados ao corpo, sexualidade, trabalho, matrimônio, entre outros<sup>32</sup>.

Na interpretação doutrinária, há 02 (duas) correntes quanto à extinção do instituto da interdição com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que se deu em 2016. Para a primeira corrente, tendo como seu expoente Paulo Lôbo, por ser a pessoa com deficiência considerada capaz, não se pode mais defender a permanência do instituto da interdição no ordenamento jurídico pátrio<sup>33</sup>. Por sua vez, para a segunda corrente, a incapacidade da pessoa com deficiência é uma realidade e o instituto aplicável é a curatela em caso de incapacidade relativa, ou, em caso de sua vulnerabilidade, a medida adequada é a tomada de decisão apoiada, nos termos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 85, § 2º, Lei nº 13.146/2015)<sup>34</sup>.

Para Farias; Rosenvald (2016, p. 349) embora o Código de Processo Civil de 2015 mantenha a denominação de ação de interdição<sup>35</sup>, a superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a sua nomenclatura por ser demais estigmatizante, transparcer uma medida restritiva de direitos e não se harmonizar com a proteção pretendida à pessoa com deficiência.

Entendimento diverso apresenta Souza (2019, p. 295) ao expor que a interdição é a medida judicial cabível para quem se comprove a falta de discernimento para os atos da vida civil e culminará com o reconhecimento da incapacidade, não podendo, entretanto, ser utilizada como meio de segregação e afastamento indiscriminado da capacidade da pessoa. Defende ainda o autor que as alterações introduzidas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência não atingiram o Código de Processo Civil, pois este continuou trazendo a previsão expressa do instituto da interdição.

Apesar de o Novo Código de Processo Civil, em descompasso com os princípios da Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência, ainda manter a nomenclatura de ação de interdição (artigos 747 a 758 do CPC), este conceito foi substituído pela

---

32 “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.”

33 LÔBO, Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 31 out. 2020.

34 “Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.”

35 “Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial.”



Lei Brasileira de Inclusão das Pessoas com Deficiência em razão da incompatibilidade com o termo interdição com a autonomia conferida pela referida lei às pessoas com deficiência.

Pela dicção do artigo 747 do CPC/2015, a legitimidade para propor a ação de curatela recai sobre o cônjuge ou companheiro, parentes ou tutores (neste caso, somente se aplica aos menores púberes, já que os impúberes são absolutamente incapazes, e, além de exercer o papel de tutor, este pode também exercer o encargo de curador). Possuem ainda legitimidade: o representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando, o Ministério Público em caso de doença mental grave (se os demais legitimados não existirem ou não promoverem a interdição, ou se, existindo, forem incapazes o cônjuge/companheiro e parentes/tutores).

A curatela poderá ser compartilhada e ser nomeado mais de um curador, com divisão de tarefas, para atender os interesses da pessoa curatelada<sup>36</sup>.

Com as alterações promovidas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência estão sujeitas à curatela apenas aquelas pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderam exprimir a vontade. Desta forma, as pessoas com deficiência intelectual ou mental, sem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil e antes caracterizadas como incapazes (antigo art. 3º, inciso II, do Código Civil), agora são consideradas capazes e não mais sujeitas à curatela, na forma do artigo 1.767 do Código Civil<sup>37</sup>.

Apesar de as pessoas capazes não estarem sujeitas à curatela na forma do Código Civil, Reis, Júnior (2016, p. 137) defende a viabilidade da curatela da pessoa com deficiência capaz, que apresente “*necessidade*” de um curador para agir em seu nome (artigo 84, § 1º), a exemplo das pessoas com deficiência intelectual sem discernimento ou com discernimento reduzido, para o exercício pessoal dos atos da vida civil, ainda que não sejam consideradas incapazes.

---

36 “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. CURATELA COMPARTILHADA. GENITORES. Tratando-se de interdição de filho, confirma-se a curatela compartilhada a ambos os genitores, eis que se trata de situação que melhor atenderá ao interesse do interditado.” (TJ/DF 20140110850717; CNJ: 0020879-23.2014.8.07.0016; Rel.: Carmelita Brasil; Data de Julgamento: 27/07/2016; 2ª Turma Cível; Publicação no DJe: 01/08/2016; Pág.: 146/177).

37 DIREITO DE FAMÍLIA - DIREITO CIVIL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO CONSTITUCIONAL - APELAÇÃO - CURATELA - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - INCAPACIDADE RELATIVA - CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ADEQUAÇÃO - RECURSO PROVIDO. - A lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, no seu artigo 6º, deixa claro que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa”. Sendo assim, uma pessoa com deficiência física, mental ou intelectual, não podendo manifestar a sua vontade, pode ser reputada relativamente incapaz, mas nunca poderá ser considerada absolutamente incapaz - A lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência - não restringe o exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. Pelo contrário, preserva sua autonomia, dignidade e igualdade de condições com as demais pessoas, em todos os aspectos da vida, sendo compatível com a Convenção Sobre o Direito das Pessoas com Deficiências, promulgada pelo Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, equivale a uma Emenda Constitucional. (TJ-MG - AC: 10000204637797001 MG, Rel.: Moreira Diniz, Julg.: 03/09/2020, Data de Publicação: 04/09/2020).



Para o autor, embora capazes, estas pessoas podem sujeitar-se à curatela, conforme dispõe na Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)<sup>38</sup>, a qual deve ser sempre medida extraordinária, proporcional às necessidades e circunstâncias do caso concreto, com a menor duração de tempo possível.

De forma diversa, Siqueira (2019, p. 124) sustenta que a incapacidade será declarada de acordo com o grau de discernimento da pessoa, bem como que a curatela será imposta para suprir a natureza desta incapacidade. Assevera ser incompatível a fixação da curatela em face de pessoa capaz em razão da natureza do instituto, pois na hipótese não há incapacidade a ser suprida.

Souza (2018, p. 297) destaca que embora o sistema não tenha a previsão da incapacidade absoluta por saúde mental, vislumbra ser possível a representação da pessoa com deficiência desde que equipe multidisciplinar reconheça a severidade da falta de discernimento de tal forma que somente a substituição da vontade a supra. Para a autora é possível a representação, ainda que se reconheça a incapacidade relativa, pois o direito não pode fechar os olhos para a realidade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece o cuidado como medida excepcional, temporária e casuística.

Almeida (2019; p. 220-221) apresenta críticas ao atual modelo de proteção jurídica às pessoas com deficiência que necessitam de apoio. Em apertada síntese, o autor destaca que os instrumentos atualmente disponíveis para garantir mecanismos de apoio às pessoas com deficiência com limitações na expressão da vontade, são ainda escassos e não adequados, em especial considerando a diversidade das deficiências e a necessária modulação e gradação do apoio. Para o autor, o ideal seria destinar a curatela para os casos de comprometimento cognitivo mais severo, criando um instituto protetivo intermediário e deixando a tomada de decisão apoiada para as pessoas com deficiência plenamente capazes, mas que apresentem algum sinal de restrição no exercício de sua capacidade, mas que não comprometam suas funções cognitivas e nem as tornam dependentes em grau significativo.

Comungamos do mesmo entendimento do autor, inclusive quanto à necessidade de se criar um instituto jurídico próprio para atender às pessoas com deficiência relativamente incapazes na esfera patrimonial e existencial, considerando que a curatela é voltada apenas à proteção patrimonial, e por vezes passa a garantir a tutela existencial devido à falta de um instituto próprio no ordenamento jurídico brasileiro.

---

38 “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. § 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. § 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.”

### 5.3 Correlação entre Tomada de Decisão Apoiada e Curatela

Tendo em vista as considerações anteriores, constata-se que a tomada de decisão apoiada e a curatela são institutos criados para garantir a proteção jurídica de pessoas com deficiência, mas que apresentam diferenças substanciais. Ambos dependem de processo de jurisdição voluntária, em que pese o instituto da tomada de decisão apoiada não apresentar regulamentação disposta no Código de Processo Civil.

Enquanto a curatela é direcionada às pessoas relativamente incapazes e que, portanto, não podem exprimir a sua vontade, o que lhe confere a natureza assistencial, a tomada de decisão apoiada se destina às pessoas capazes, mas que, em razão de alguma vulnerabilidade, necessitam de apoio para o exercício de sua capacidade.

A curatela é, portanto, medida excepcional e decorre da declaração da incapacidade da pessoa com deficiência mental e intelectual em ação judicial própria a ser proposta por um rol de legitimados, restringindo-se a atos de natureza patrimonial ou negocial. Isso porque nem sempre aquele que possui capacidade de direito terá capacidade de fato e, para sua própria proteção, deve ser submetido ao regime da curatela. Assim, deve ser instituída nos exatos limites das necessidades da pessoa curatelada, mantendo esta os demais direitos que puder praticar de forma pessoal, tais como os direitos da personalidade (artigo 11, CC).

Noutro giro, a tomada de decisão apoiada apresenta-se como uma interessante alternativa à curatela, pois preserva a autonomia e autodeterminação da pessoa com deficiência intelectual e mental, mas capaz. Preserva o entendimento do indivíduo apoiado por pessoas idôneas de sua escolha. Depende de iniciativa da própria pessoa apoiada e de homologação judicial do acordo estabelecido, o qual pode versar sobre atos de natureza patrimonial e existencial.

## 6 CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste artigo possibilitou uma maior compreensão do sistema das incapacidades no ordenamento jurídico brasileiro. As profundas alterações trazidas pela Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão (LBI) repercutiram no Código Civil Brasileiro, provocando uma mudança de paradigmas no estudo da capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental, que agora se põe em pé de igualdade com os demais indivíduos.

Destarte, houve a substituição do paradigma da vulnerabilidade pela promoção da igualdade. Uma alteração desta magnitude - verdadeira “*desconstrução ideológica*” - exige enorme esforço hermenêutico dos operadores do direito. Como, por exemplo, na

controvérsia doutrinária sobre a manutenção ou não da interdição, sendo suscitada por parte da doutrina o seu desaparecimento por se revelar desnecessária.

Apesar das relevantes alterações promovidas no ordenamento jurídico brasileiro para a proteção jurídica das pessoas com deficiência mental e intelectual, bem como a garantia de sua autonomia, liberdade e dignidade, vislumbramos a necessidade de se criar um instituto jurídico próprio para atender às pessoas com deficiência relativamente incapazes na esfera patrimonial e, inclusive, existencial. Isso porque a curatela é voltada apenas à proteção patrimonial e, por vezes, justifica-se também a garantia da tutela existencial, o que é obstaculizado pela falta de um instituto específico no sistema pátrio.

## **IMPLICATIONS OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN GUARDIANSHIP AND SUPPORTED DECISION-MAKING**

### **ABSTRACT**

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Brazilian Law for the inclusion of disabled people have had profound impacts on the Brazilian civil legislation, in particular regarding the disability system, the guardianship institute and the introduction of the supported decision-making institute into the legal system. This legal article seeks to demonstrate, in a synthetical way, the main operational changes in the legal capacity of the person with mental and intellectual disabilities, as well as the legal mechanisms for their existential and patrimonial protection after the promulgation of the respective Convention.

**Keywords:** People with Disabilities; Guardianship; Supported Decision-Making.

### **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 220-223.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Brasília. 2002.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105/2015 de 16 de março de 2015. Brasília. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **A banalização da interdição judicial no Brasil: relatórios**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007. 333 p.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei nº 13.146/2015, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 2015.**

\_\_\_\_\_. **Estatuto do Idoso. Lei nº 10.741/2003**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, 2003.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Tomada de decisão apoiada e curatela: medidas de apoio previstas na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.** Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2016. 27 p.

Descritores em Ciências da Saúde: DeCS. \*. ed. rev. e ampl. São Paulo: BIREME / OPAS / OMS, 2017. Disponível em: <<http://decs.bvsalud.org>>. Acesso em: 09 jul.2020.

EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). **Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. 451 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB.** Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal. 14ª ed. rev. e atual.-Salvador: Juspodium, 2016. 855 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** V. 1. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, 119 p.

LEITE, George Salomão (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa Idosa.** São Paulo: Saraiva, 2017. 592 p.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da (Coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2016. 486 p.

LÔBO, Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 31 out. 2020.

PEREIRA, Jaqueline Lopes. **Tomada de Decisão Apoiada: pessoas com deficiência psíquica e intelectual.** Curitiba:Juruá, 2019. 176 p.

SIQUEIRA, Carlos André Cassani. **Tutela Processual dos Incapazes: à luz do estatuto da pessoa com deficiência e do novo CPC.** Curitiba: Juruá, 2019. 238p.

SCHREIBER, Anderson. **Tomada de Decisão Apoiada: o que é e qual sua utilidade?** Carta Forense. 03/06/2016. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/tomada-de-decisao-apoiada-o-que-e-e-qual-sua-utilidade/16608>>. Acesso em: 31 de out. 2020.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência: curatela e saúde mental – conforme a Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência/13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – 1 Reimp.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 3ª ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013. Pág. 255.

OS INTERESSES COLETIVOS DE PROTEÇÃO  
AMBIENTAL E URBANÍSTICA E O SISTEMA  
DE JUSTIÇA: A ATUAÇÃO DO PODER  
JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
MARANHÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020

*THE COLLECTIVE INTERESTS OF ENVIRONMENTAL  
AND URBAN PROTECTION AND THE JUSTICE SYSTEM:  
THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY AND THE  
PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF MARANHÃO IN THE  
PERIOD FROM 2015 TO 2020*



# OS INTERESSES COLETIVOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA E O SISTEMA DE JUSTIÇA: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO NO PERÍODO DE 2015 A 2020<sup>1</sup>

*THE COLLECTIVE INTERESTS OF ENVIRONMENTAL AND URBAN PROTECTION AND THE JUSTICE SYSTEM: THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF MARANHÃO IN THE PERIOD FROM 2015 TO 2020*

*Letícia Moreira De Martini<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este artigo trata da judicialização dos interesses coletivos, sendo que o objetivo da análise se concentrou na percepção acerca da efetividade do Poder Judiciário e do Ministério Público do Estado do Maranhão, em primeiro grau de jurisdição, considerando-se tanto as medidas judiciais como extrajudiciais adotadas sobre demandas coletivas ambientais e urbanísticas, circunscritas no período de 2015 a 2020. Para tanto, utilizou-se a abordagem baseada no método hipotético-dedutivo, além do procedimento da análise de conteúdo para significar os elementos colhidos, categorizados e sistematizados. Ao final, as reflexões passam a apontar possíveis alternativas conciliatórias entre as instituições envolvidas.

**Palavras-chave:** Interesses coletivos; Judicialização; Maranhão; Proteção ambiental; Sistema de justiça.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa é a judicialização de interesses coletivos, cujos principais referenciais teóricos apontados concentraram-se na análise da expansão do sistema de justiça e no surgimento destes novos direitos de massa como consequência direta da

<sup>1</sup> Data de Recebimento: 30/08/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

<sup>2</sup> Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (2021). Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá (2017). Advogada efetiva da Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. E-mail: leticiademartini@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8006888078546817>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7753-8499>.

formulação de um Estado de viés social e da ampliação do conceito de acesso à justiça. Neste escopo, tratou-se de demonstrar que o sistema de justiça brasileiro alberga dois “atores” fundamentais neste processo de representação dos interesses da sociedade: o Poder Judiciário e o Ministério Público, principais expoentes no incremento da judicialização. Aqui, não se pretende falar de atores enquanto meros intérpretes ou simuladores de um papel constitucional pré-concebido, mas como atuantes passíveis de avaliação objetiva de sua atividade de cunho social. Emprega-se, portanto, a expressão destituída de quaisquer conotações tendenciosas e parciais.

Para além desta exploração teórica, fez-se uso de pesquisa documental, a fim de delimitar a pesquisa para a análise acerca da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público do Estado do Maranhão de primeiro grau, em matéria de proteção ambiental e urbanística, durante o período de 2015 a 2020, considerando-se tanto as medidas judiciais, como extrajudiciais adotadas. Os campos de pesquisa escolhidos envolveram a Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Ilha de São Luís, as 7ª e 8ª Promotorias de Justiça Especializadas, assim como o Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural. Como suporte empírico, tomou-se as estratégias e argumentos apresentados pelas partes demandantes, presentes nas ações coletivas selecionadas por meio de método hipotético-dedutivo e sistematizados categoricamente em conformidade com as técnicas que orientam a análise de conteúdo. Os Relatórios de Atividades do Ministério Público do Maranhão, dos anos de 2015 a 2020, também foram objeto de análise.

Ao final, as reflexões circunscritas ao redor do tema enfrentaram ainda os dilemas que permeiam a expansão do sistema de justiça sobre a esfera administrativa, destacando-se, sobretudo, os limites e a efetividade da atuação judicial, propondo-se a articulação de diretrizes sob o encontro de possíveis soluções negociadas.

## **2 O SISTEMA DE JUSTIÇA E OS INTERESSES COLETIVOS**

A percepção acerca do momento de expansão do sistema de justiça sobre a esfera social tem como prelúdio a análise do contexto democrático em que fora fundada. Com efeito, é impraticável não assumir a compreensão de que a configuração das políticas democráticas ao redor do mundo apresenta-se como uma das causas determinantes do processo de ampliação das funções judiciais nas democracias contemporâneas (TATE; VALLINDER, 1995). Portanto, pensar em abertura democrática, é pensar na possível abertura concedida ao sistema judicial para atuar em nome das pretensões sociais.

Este momento democrático foi sentido no Brasil, simbolicamente, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, o documento jurídico que “selou” as aspi-



rações políticas da época, a vontade que passou a predominar sobre a forma de governo que regeria a nação. O discurso jurídico presente no texto constitucional representa, por assim dizer, o símbolo oficial de unificação dos interesses políticos e jurídicos (BOURDIEU, 1998), de modo que não há como dissociar o surgimento de uma Constituição da realidade histórica em que está inserida, assim como não há como analisar a efetividade de uma Constituição sem relacioná-la à interpretação e aplicação de suas normas em conformidade às mutações e às novas necessidades sociais.

Neste contexto, a situação história do Brasil, após a experiência e os resultados controversos da política neoliberal, resultou no encolhimento da oferta de direitos sociais, tudo isto associado às consequências antidemocráticas do regime ditatorial que vigorava à época, de forma a prescrever a necessidade de um novo catálogo de direitos capaz de restaurar a cidadania então enfraquecida (BURGOS; SALLES; VIANNA, 2006). Por outro lado, o conteúdo abrangente e principiológico deste conjunto de regras, enquanto reflexo direto da alta complexidade das demandas trazidas pela sociedade, cada vez mais se fez sentir no poder interpretativo que o sistema de justiça passou a desfrutar, a fim de imprimir conteúdo específico e concreto aos programas genéricos previstos no arcabouço constitucional, e buscar a melhor resposta a guiar o caso concreto. Em última análise, é o significado de ampliação do acesso à justiça que passou a ser extraído do inciso XXXV do artigo 5º, como direito fundamental à inafastabilidade jurisdicional, requisito básico de igualdade e garantia dos direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Assim sendo, a garantia irrestrita desses direitos, invariavelmente perpassa pela análise da efetividade das prestações estatais. Na medida em que as expectativas sociais já não se satisfazem inteiramente por meio de políticas públicas afetas aos órgãos de governo, tem-se um dos principais fatores de crescimento das funções judiciais, como forma de preencher a carência infiltrada nesta sociedade órfã e reelaborar um novo modelo de superego paternalista a ser então assumido pelo Poder Judiciário (MAUS, 2000).

Para além da aplicação literal da gramática jurídica, o sepultamento da visão normativista do direito (RODRIGUEZ, 2013) imputou a insurgência de todo um processo de mobilização judicial em prol da concretização das pretensões sociais suprimidas na esfera político-administrativa originária. As transformações sociais e os novos direitos delas oriundos, ao mesmo tempo em que pugnavam por novas formas de agir, desatreladas da frieza do texto puro da lei, também impuseram ao Estado uma atuação positiva, cuja omissão passou a servir de impulso à nova dinâmica de expansão do sistema de justiça brasileiro.

Com efeito, o crescimento do Estado social, cuja fórmula tinha como pressuposto o combate aos ideais liberais e individualistas e às desigualdades sociais que lhes aco-

metiam, não foi acompanhado de políticas públicas capazes de assegurar a sociabilidade, a manutenção pacífica do tecido social que agrega os novos grupos, cujos interesses em conflito levaram paulatinamente ao processo de judicialização das relações sociais (BURGOS *et al.*, 1999), e, com ela, à inauguração de novos direitos, novas formas de acesso à justiça, além da institucionalização de “atores coletivos” com aptidão para pronunciar eficazmente este novo conceito de justiça.

É nesta toada que a reconstrução institucional do Ministério Público ganha importância no seio social, enquanto representante direto dos direitos advindos da cidadania, de modo que a autonomia conquistada possibilitou o desmonte estrutural que o mantinha atrelado à figura do Poder Executivo e às funções burocráticas de governo. A preocupação passa a ser destinada diretamente à sociedade, seu público-alvo, o verdadeiro cliente da instituição, de onde sobrevém a sua qualificação constitucional como função essencial à justiça.

Essa dinâmica emancipatória fundamenta o novo perfil que passa a ostentar o Ministério Público, com uma proposta resolutiva de atuação junto aos poderes públicos, buscando zelar pelo efetivo respeito aos bens e serviços de relevância pública, munido-se de instrumentos judiciais e extrajudiciais voltados à proteção dos interesses coletivos. Sem embargo, este novo espaço de atuação ministerial tornou-o dirigente no âmbito sociopolítico, cuja politicidade deve servir de suporte para a proteção de interesses qualificados de índole constitucional, os quais ultrapassam o âmbito individual do sujeito, para resvalar uma conotação de abrangência social. É assim que se admite a atuação do Ministério Público nos litígios estratégicos, potencialmente influenciadores de políticas públicas e capazes de provocar transformações sociais por meio das ações coletivas (MAZZILLI, 2019), onde o maior desafio reside no encontro conjunto de uma solução multidisciplinar e dialogada entre todos aqueles afetados pela medida estruturante a ser implementada.

Toda essa ampliação de latitude conquistada pelo sistema de justiça brasileiro, para atuação na defesa dos interesses coletivos insurgentes, imputou na formação e consolidação de um aparato instrumental que se mostrasse adequado às peculiaridades das demandas coletivas. A oferta ampla de acesso à justiça deu ensejo à estruturação de um microssistema de tutela coletiva, cujas ações coletivas que o formam congregam a noção moderna de processo enquanto instrumento, o qual prescreve como função social a garantia primária dos direitos dos cidadãos. A tecnicidade antes presente no processo individual, cede espaço a um rito de viés mais inclusivo, com a finalidade de desmistificar o conceito de “coisificação do processo judicial” (MANCUSO, 2011, p. 38), situando este processo como um meio para o alcance da justiça do caso concreto e para a satisfação dos objetivos constitucionais inerentes ao Estado democrático de direito.

Com este escopo, o novo direito processual tende a aproximar-se do direito material, prescrevendo “um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais [...]” (ALMEIDA; ALVARENGA; COSTA, 2019, p. 278), tudo isso como resultado direto dos novos valores decorrentes da sociedade de massa e seus interesses coletivos comuns.

### **3 A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA DO MARANHÃO: ANÁLISE DE PROCESSOS DA VARA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS DA ILHA DE SÃO LUÍS**

A Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís (VIDCSL), com competência para o conhecimento de ações relativas a interesses difusos e coletivos, fundações e meio ambiente, foi criada por meio da Lei Complementar Estadual nº 104, de 26 de dezembro de 2006, que alterou o art. 9º, XXXIX da Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991, a qual dispõe sobre o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão (CDOJ/MA). Sua instalação efetiva se deu somente em 30 de abril de 2013, por meio do Provimento nº 07, de 06 de maio de 2013, da Corregedoria-Geral de Justiça do Maranhão.

A jurisdição da VIDCSL, segundo o art. 8º-A do CDOJ/MA, acrescentado por força do art. 2º da Lei Complementar nº 158, de 21 de outubro de 2013, abrange os municípios que compõem a Ilha de São Luís: São Luís, São José de Ribamar, Paço do Lumiar e Raposa, sendo as ações coletivas analisadas nesta pesquisa oriundas destes termos judiciários integrantes da comarca da Ilha de São Luís.

Assim sendo, tendo por escopo a análise da atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público de primeiro grau, nas demandas coletivas relativas aos interesses ambientais e urbanísticos no período de 2015 a 2020, foram reunidos, até a data de 20 de outubro de 2020, 124 processos, dentre os quais excluiu-se todos os cumprimentos de sentença cujo processo de conhecimento tivera origem em ano anterior a 2015; os processos autuados como “procedimento comum cível”, por dizerem respeito a pedidos individuais; e os processos que não continham o Estado ou o Município como parte ré, uma vez que o objetivo da pesquisa envolve justamente a percepção dos limites e da efetividade da expansão do sistema de justiça sobre a esfera administrativa.

Como resultado, foram selecionadas 68 ações coletivas para análise, tendo sido constatado que a sua maioria, ou seja, mais de 44% (quarenta e quatro por cento), encontrava-se em situação de tramitação, ao passo que somente cerca de 18% (dezoito por cento) possuíam sentença de mérito. Portanto, buscou-se examinar a efetividade do sistema judicial através da análise integral da condução dos processos, extraindo-se

conclusões também através de seus expedientes, diligências e petições intermediárias de ambas as partes, e não simplesmente por meio da simples correlação do pedido principal à sentença. Para tanto, foi tomada para análise uma amostra indicativa de 45 ações coletivas, representando 66% (sessenta e seis por cento) daquelas selecionadas, cujos dados extraídos foram validados até 14 de janeiro de 2021.

A justificativa para esta seleção numérica pode ser explicada através da escolha da metodologia de abordagem, a qual empregou o método hipotético-dedutivo desenvolvido por Karl R. Popper (2013), capaz de fundamentar a representatividade dos processos selecionados enquanto potenciais veículos atestadores da força probatória da hipótese inicialmente ventilada e levada à seguinte indagação: a expansão do sistema de justiça efetivamente conduz à proteção do meio ambiente e do patrimônio urbanístico? Neste ponto, “pode acontecer que uma teoria pareça muito menos bem corroborada que outra, apesar de podermos deduzir muitos enunciados básicos, mediante o uso da primeira, e apenas uns poucos mediante o uso da segunda” (POPPER, 2013, p. 234). Assim, a objetividade pretendida refere-se à repetição dos dados inferidos e analisados, cuja regularidade demonstrou ser capaz de conduzir a conclusões acerca do modo de atuação e da efetividade do sistema de justiça maranhense, de modo que “somente por meio de tais repetições podemos chegar a convencer-nos de não estar frente a uma simples ‘coincidência’ isolada, mas diante de acontecimentos que, por força de sua regularidade e possibilidade de reiteração, colocam-se, em princípio, como intersubjetivamente suscetíveis de prova” (POPPER, 2013, p. 42).

Por outro lado, para a subsequente sistematização do conteúdo dos dados empíricos, amparou-se no conjunto de técnicas que compõem a análise de conteúdo, proposta por Laurence Bardin (1977), a qual consiste na sistematização objetiva do conteúdo das fontes, a fim de se obter indicadores quantitativos e qualitativos, capazes de propiciar a inferência de conhecimentos que vão além das aparências daquilo que está sendo comunicado, dos conteúdos explicitamente manifestos, buscando validar, ou não, a hipótese inicial, para então, por meio de método de procedimento descritivo, desenvolver análise dos dados, culminando na exposição de resultados.

Em um primeiro momento, observou-se, em relação ao perfil dos demandantes, que 92% (noventa e dois por cento) das demandas haviam sido propostas pelo Ministério Público Estadual, distribuído entre as Promotorias de Justiça afetas à jurisdição da VIDCSL: 7ª e 8ª Promotorias de Justiça Especializadas de Proteção ao Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural de São Luís, Promotoria de Justiça de Paço do Lumiar e Promotoria de Justiça Especializada de São José de Ribamar, não tendo sido verificada nenhuma ação proposta pela Promotoria da Raposa.

As estratégias extraídas do conteúdo dos processos indicaram, por sua vez, uma

maior movimentação do Ministério Público no âmbito judicial, de modo que os pedidos de obrigação de fazer e/ou não fazer, o protesto pela produção de provas, a condenação pecuniária subsidiária, a solicitação ou realização de perícia, e o pedido de realização de audiência de conciliação, apresentaram as maiores frequências de aparição entre os dados coletados.

Visando a melhor sistematização dos argumentos ministeriais, foi proposta sua classificação em argumentos fáticos, normativos, jurídicos e axiológicos. Verificou-se então uma predominância exaustiva do argumento fático que aponta para a omissão/inércia/ineficiência/mora da Administração Pública, aparecendo como a grande causa justificadora da expansão do sistema judicial sobre o âmbito de atuação político-administrativo, presente em 88% (oitenta e oito por cento) das ações.

De outro norte, a análise das estratégias suscitadas pela Administração Pública demonstrou uma incidência marcante de constantes pedidos de dilações de prazos, seja para cumprimento de obrigações, para prestação de informações ou apresentação de documentos indispensáveis à resolução do processo. A divisão dos argumentos seguiu a mesma orientação direcionada aos demandantes, tendo sido constatada, neste caso, a presença massiva do argumento axiológico que engloba os limites potenciais à intervenção judicial sobre a esfera administrativa: princípio da separação, independência e harmonia entre os poderes; conveniência/oportunidade; discricionariedade administrativa; custo dos direitos; teoria da reserva do possível; ativismo judicial inconstitucional; mérito administrativo e legitimidade democrática, com frequência de aparição registrada em 55% (cinquenta e cinco por cento) dos processos.

Com aporte nesses dados, ao se cotejar as estratégias e argumentos utilizados tanto pelo Ministério Público, como pela Administração, inferiu-se que há uma tendência generalizante em apontar a omissão ou ineficiência estatal como a maior causa da expansão judicial na arena administrativa. Como consequência, surge a expectativa de que este sistema de justiça, de fato, “faça as vezes” do governo, e em assim sendo, sua atuação inevitavelmente dependerá de ações e informações provenientes das instâncias administrativas, já que o campo jurídico não dispõe de todo o conhecimento técnico e capacidade institucional necessários e suficientes para o deslinde de matérias tão abrangentes. O que ocorre é que, na maioria dos casos, as travas burocráticas, caracterizadas por dificuldades financeiras, técnicas, materiais e/ou operacionais, e até mesmo as estratégias utilizadas para fins meramente protelatórios, indicando a falta de vontade política, acabam emperrando a entrega do bem jurídico em tempo razoável, podendo levar à própria perda do objeto da ação.

A materialização deste círculo vicioso incide frontalmente na percepção referente à elevação do tempo total da demanda, tendo sido inferida uma média estimada de 4 anos

e 7 meses de duração total dos processos analisados, considerando-se desde o início das investigações do Ministério Público, até a última movimentação judicial consultada.

Como reflexo direto deste cenário, foi constatada uma baixa incidência de acordos de mérito realizados, presentes em apenas 22% (vinte e duas por cento) das ações coletivas, e, ainda assim, sem nenhum caso de cumprimento integral observado, o que demonstra a timidez na inserção de técnicas e instrumentos vocacionados ao discurso colaborativo no âmbito dos processos coletivos objeto deste estudo, pondo em realce a percepção acerca da efetividade da atuação do sistema de justiça do Estado do Maranhão.

#### **4 ANÁLISE DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO**

A necessidade de se estender a percepção sobre a atuação do sistema de justiça do Maranhão para a esfera extrajudicial se deu principalmente em razão da complexidade resolutive das demandas coletivas e sua multilateralidade subjetiva e cognitiva, tudo isso levando a uma dificuldade de articulação eficaz de todos os eixos temáticos que as envolvem, e gerando, por via de consequência, um aumento da morosidade e burocracia judicial que, por sua vez, contribui sobremaneira para a sobrecarga processual, para a insegurança decisória e para a insatisfação popular. Quando se tomam por parâmetro as ações coletivas ambientais, torna-se nítido todo o anacronismo e a retórica ineficaz das práticas judiciais, tendo em vista que, muito mais do que simplesmente passar anos à espera de uma sanção, em muitos casos já tendo o dano se materializado e provocado seus impactos, o que a sociedade de fato espera é a garantia tempestiva do bem da vida objeto do litígio.

Ao analisar como se desenvolve a atividade extrajudicial do Ministério Público, pode-se observar que a instituição dispõe de um instrumental adequado e potencialmente apto para operar com a resolutividade esperada neste âmbito. Entre termos de ajustamento de condutas, recomendações, audiências públicas e projetos sociais, encontram-se desde estratégias preventivas, que visam atuar na gênese do problema, impedindo a sua consolidação e a ocorrência do prejuízo, até medidas reparatórias, cuja solução que se almeja deve ser buscada em consonância com todos os sujeitos envolvidos e atingidos.

De fato, há uma vantagem procedimental do Ministério Público em relação ao Judiciário, o que se nota de forma marcante na presidência dos inquéritos civis, com a utilização de diversas estratégias voltadas à investigação e colheita de elementos probatórios, as quais se inserem num âmbito maior de liberdade e criatividade, quando

comparadas àquelas atreladas aos rígidos limites judiciais, fatalmente vinculados aos elementos da ação: partes, pedido e causa de pedir (PIRES, 2014).

Neste ponto, é de se notar que as especificidades naturais que lastreiam as ações coletivas demandam formas de agir que não devem se manter engessadas no leito processual clássico, haja vista que, em muitos casos, este não se mostra capaz de responder, por si só, a todos os pontos conflitivos que margeiam os litígios de massa. É nesta toada que se busca apreender a noção de extensão do acesso à justiça, com vistas ao fomento de uma cultura de pacificação, diálogo e consenso, alinhada ao modelo resolutivo de atuação ministerial, distante da malfadada perspectiva centrada na prática demandista e competitiva.

Com efeito, essa dinâmica moderna e emancipatória necessita vir acompanhada de medidas que tornem os membros ministeriais efetivamente capazes de provocar mudanças estruturais no modo de resolução dos conflitos coletivos, considerando-se que a sua mentalidade jurídica originalmente não foi preparada para manejar técnicas extraprocessuais em demandas desta natureza. Sendo assim, a capacitação, por meio de assessoramento técnico, faz-se fundamental, e, neste ponto, os Centros de Apoio Operacional exercem uma importância singular, como órgãos orientativos cumpridores da função pedagógica de expandir as capacidades institucionais e a cultura jurídica para outras diretrizes, estimulando a educação para o consenso e a cidadania. Seu escopo abrange ainda o incremento à intersecção comunicativa com entidades públicas e privadas, inclusive por meio de convênios, estimulando propostas mais fundamentadas e lastreadas nas variáveis que norteiam os casos concretos. Fomenta, em última análise, o diálogo institucional, a fim de se chegar ao ponto ótimo e equilibrado de resolução, em meio às divergências temáticas que acometem hodiernamente as demandas coletivas.

Nesta linha, no âmbito do Estado do Maranhão, a Lei Complementar nº 13, de 25 de outubro de 1991, que dispôs sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público Estadual, descreveu os Centros de Apoio Operacionais como órgãos auxiliares das atividades funcionais da instituição, estabelecendo ainda as suas próprias competências. Dentre estes Centros, registra-se a figura do Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural, criado por força da Resolução do Colégio de Procuradores nº 02, de 05 de março de 1997, para atuação ao lado das respectivas Promotorias de Justiça Especializadas.

De outra monta, não há como essa cultura cívica e participativa operar resultados qualitativos se não houver, de fato, um *animus* mútuo de colaboração entre as partes demandantes no conflito, desde o momento da investigação. Caso contrário, a função extrajudicial do Ministério Público acaba se reduzindo a um mero caminho que reúne provas para, ao final, entregá-las ao Judiciário. Portanto, não se pode



falar em resolutividade ministerial de forma isolada, sem considerar o elemento da consensualidade, da convergência de vontades, tanto do sistema de justiça atuante, quanto da Administração Pública responsável pela materialização da medida.

Assim sendo, com o fito de analisar a qualidade da prestação extrajudicial do Ministério Público, e sua relação com as condutas administrativas, foram analisados nesta pesquisa os Relatórios de Atividades do Ministério Público do Maranhão dos anos de 2015 a 2019, concentrando-se nos dados relativos às matérias ambientais e urbanísticas. Também foram considerados como suporte empírico todos os procedimentos extrajudiciais componentes dos processos da VIDCSL analisados, a fim de se perquirir, especificamente, a efetividade da atuação das 7ª e 8ª Promotorias de Justiça Especializadas de Proteção ao Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural de São Luís.

Como parâmetro de análise, amparou-se nos indicadores de desempenho descritos na Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018, destacando-se a quantidade de termos de ajustamento de conduta celebrados e o número de procedimentos extrajudiciais instaurados e concluídos (art. 21, II e XI), os quais são utilizados enquanto critérios avaliativos da produtividade e esforço do Ministério Público.

Dessa forma, em relação à matéria ambiental, constatou-se nos Relatórios ministeriais um diagnóstico discrepante: 88% (oitenta e oito por cento) dos procedimentos preparatórios e inquéritos civis ainda em andamento, para somente 12% (doze por cento) finalizados, dos quais 87 se deram por meio do ajuizamento de ações, e apenas 6 através da celebração de termos de ajustamento de conduta. A matéria ligada à ordem urbanística também não apresentou grandes alterações: 86% (oitenta e seis por cento) dos procedimentos em andamento, e dos 14% (quatorze por cento) finalizados, 31 foram através de judicialização de ações, e somente 5 por meio de ajustamento de conduta.

Ao lado deste cenário, contribuem os dados extraídos dos procedimentos constantes nos processos judiciais analisados, onde se calculou a sua duração média de aproximadamente 2 anos e 10 meses, sendo que em 71% (setenta e um) por cento dos casos houve prorrogação do prazo de conclusão destes procedimentos, motivada, em larga escala, pelo elevado número de ofícios e requisições expedidos e reiterados à Administração Pública, em razão da mora ou ausência de resposta, ou ainda de resposta insuficiente. Registre-se que houve caso com duração de 9 anos, apenas na fase investigatória, contemplando 7 prorrogações em seu curso.

Da média de ofícios expedidos por procedimento, chegou-se a um número aproximado de 13 expedientes, sendo 8 dirigidos somente para a Administração Pública, dos quais apurou-se ainda uma estimativa de 4 ofícios reiterados por procedimento, o que confirma a prática constante de recalitrâncias no âmbito do poder público.

Toda essa dificuldade resolutiva extrajudicial, com efeito, é causa direta para o asso-



lamento do número de ações coletivas judicializadas, em detrimento das medidas consensuais que poderiam ser melhor aproveitadas nestes casos específicos, levando à fatal compreensão de que há, de fato, um encadeamento de motivos que levam o Ministério Público do Maranhão a ostentar a posição de maior provocador do Poder Judiciário em demandas coletivas ambientais e urbanísticas.

## **5 LIMITES E EFETIVIDADE DA EXPANSÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA SOBRE A ESFERA ADMINISTRATIVA**

Há uma tendência, entre os atores que compõem o sistema de justiça, de modular a atuação da Administração Pública através da incorporação de um conceito genérico de eficiência que, muitas vezes, encontra-se circunscrito tão somente no estreito âmbito de valoração jurídica, sem considerar as demais diretrizes que influenciam nos níveis de eficiência que se pode entregar em determinados casos concretos. Todas essas vicissitudes permeiam os debates que circundam as mensurações feitas às potenciais barreiras principiológicas que a Administração opõe para a intervenção judicial em sua seara: separação dos poderes, discricionariedade administrativa e legitimidade democrática, assim como as variáveis que restringem a plena assunção das funções estatais, como as capacidades institucionais e as limitações orçamentárias.

Destronando a concepção montesquiana clássica da separação de poderes como modelo necessário à preservação das liberdades individuais, diante do risco do cometimento de arbitrariedades que a junção de funções poderia ocasionar (MONTESQUIEU, 2000), a estruturação e expansão do Estado social fez surgir a incisiva cobrança por medidas efetivas, as quais, em não sendo satisfatoriamente cumpridas, foram sendo cada vez mais conduzidas ao âmbito de resolução do Poder Judiciário. A necessidade de concretizar as políticas públicas reprimidas teve como fundamento basilar a materialização dos direitos constitucionais fundamentais, o ponto de apoio e equilíbrio diante das interferências judiciais.

Portanto, a complexidade experimentada pela sociedade contemporânea proporcionou uma nova compreensão acerca da separação dos poderes, que se avulta sob maior flexibilidade e dinamismo, cuja harmonia se projeta sob a premissa de que, em verdade, trata-se muito mais de uma combinação de poderes, do que propriamente de uma separação em seu sentido estanque (MAZZILLI, 2019).

Por outro lado, o controle da discricionariedade administrativa aparece lastreado pela fórmula da eficiência enquanto direito subjetivo público à obtenção de resultados de qualidade. Entretanto, por razões de segurança jurídica, há um inevitável padrão técnico de discricionariedade a ser preservado na realização das políticas públicas, quando

se tem em mente que o universo político não ostenta a previsibilidade que marca o trabalho judicial, de forma que sua atividade aparece justaposta à noção de mérito, avaliado conforme os parâmetros de conveniência e oportunidade. Agir de modo contrário pode resvalar na substituição arbitrária e irracional das funções estatais próprias.

É de se destacar ainda que a incorporação jurídica de atividades político-administrativas esbarra no que convém ser imputado ao Poder Judiciário como dificuldade contramajoritária, ou seja, o ausente conteúdo democrático e soberano de suas decisões, incorrendo na problemática afeta ao princípio limitador da legitimidade democrática, o qual, por sua vez, não deve ser apreendido tão severamente ao ponto de se correr o risco de estabelecer uma verdadeira “tirania da maioria” (WALDRON, 2006), sem considerar os fundamentos constitucionais que densificam o propósito de intervenção jurisdicional e consolidam o que se extrai da essência de um Estado constitucional democrático.

Com efeito, a falta de *expertise* jurídica, quando em confronto com conflitos múltiplos e capilares como as ações coletivas, choca-se com a temática que envolve o conceito das capacidades institucionais como limitadoras naturais das habilidades de cada poder, cuja especialização, por sua vez, nem sempre deve aparecer como argumento de primeira ordem. Esse modo de agir do sistema de justiça passa também a ser balizado por meio da análise das variáveis que medeiam as discussões ligadas aos custos dos direitos e à retórica da reserva do possível, sem menosprezar os possíveis efeitos sistêmicos que o desnível interventivo pode ocasionar na balança político-administrativa.

Assim sendo, as prioridades sociais passam a ser compreendidas sob a perspectiva de que, “num sentido doloroso, mas realista, o custo dos direitos implica que os dois poderes políticos (o Executivo e o Legislativo), que recolhem e determinam a destinação dos recursos públicos, afetam substancialmente o valor, o âmbito e a previsibilidade dos nossos direitos” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 19). Contudo, a relativização desta premissa, com vistas a impedir a imposição cega do argumento da reserva do possível e a coibição dos direitos sociais, impõe a apresentação de elementos concretos e racionais, em um processo de ponderação de valores, de modo que o excesso de discricionariedade não sirva de sustentáculo para um possível desvio de poder/finalidade. De outro norte, a persecução de um ativismo judicial equilibrado prescreve a transposição de medidas estruturantes (JOBIM, 2012) capazes de modificar a argumentação jurídica, de forma a torná-la mais segura, consistente, coerente e equitativa, evitando-se a assimilação da prática do “ativismo judicial despreparado” (SILVA, 2008, p. 596).

A invocação desses parâmetros é o que fundamenta a busca de soluções efetivamente negociadas, geridas por meio da exploração de um diálogo institucional proposto em detrimento de soluções centradas na defesa da última palavra judicial. É nesta perspecti-

va que a construção conjunta e casuística da melhor resposta, realista, factível e pautada no seu tempo ótimo de resolução (MENDES, 2011), se insere na moderna compreensão do modelo cooperativo de processo, voltado à realização da justiça do caso concreto.

Sob este prisma, a análise da efetividade do sistema de justiça do Estado do Maranhão, na resolução de demandas coletivas ambientais e urbanísticas, acaba fatalmente vinculada à percepção da eficiência das políticas públicas que a Administração se obriga a realizar. Neste dilema, o que se vê é a falta de articulação política setorial, além de questões ligadas a dificuldades financeiras, humanas e materiais, tudo isso combinado a um cenário de baixo consenso e diálogo entre os poderes, o que indica a necessidade de uma mudança conjunta de mentalidades, capaz de reduzir o formalismo processual e prescrever a colaboração e boa-fé mútuas como rotina a ser seguida por todos os sujeitos envolvidos nestes conflitos coletivos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O que se espera quando se transpõe a órbita de atuação administrativa para o âmbito judicial, não pode significar a substituição exata de funções que foram dispostas para serem exercidas por órgãos com competências formuladas e desenvolvidas para atender a tais finalidades. A ausência de capacidades técnicas judiciais, com efeito, leva inevitavelmente a uma dependência entre os poderes, cuja resolução acaba sendo revertida, em algum aspecto, para a seara administrativa.

O círculo vicioso que rodeia essa discussão é fatalmente vinculado à ideia de morosidade judicial e baixo índice de satisfação popular, o que pôde ser constatado quando da conjugação analítica da atuação judicial e extrajudicial do sistema de justiça do Maranhão. Com efeito, observa-se um cenário previsível e que expõe uma conjugação de fatores que torna problemática a efetividade judicial: quantidade excessiva de procedimentos administrativos extrajudiciais em andamento, e de processos judiciais em tramitação; duração elevada e prática constante de prorrogação de prazo para conclusão dos procedimentos administrativos, e elevada duração das demandas judiciais; baixo índice de termos de ajustamento de conduta, bem como de acordos de mérito celebrados. Nesta linha, toda problemática verificada na seara extrajudicial é repetida no âmbito judicial, desvirtuando aquela de seu potencial conciliatório e tornando-a mera coletora de dados a serem levados para o Poder Judiciário. Mais uma vez, explica-se um dos grandes fatores que levam o Ministério Público a ser aferido como a instituição que mais demanda judicialmente nas ações coletivas aqui analisadas. A sistematização comparativa destas conclusões pode ser observada por meio da tabela abaixo elaborada, que busca evidenciar as discrepân-

cias atinentes à atuação do sistema de justiça maranhense no tocante à resolução de demandas de proteção ambiental e urbanística:

**Tabela 1** - Comparativo dos principais problemas enfrentados pelo sistema de justiça do Maranhão, nas perspectivas extrajudicial e judicial

EXTRAJUDICIAL	JUDICIAL
88% de procedimentos administrativos ambientais em andamento 86% de procedimentos administrativos urbanísticos em andamento	44% dos processos em tramitação 18% dos processos sentenciados
Duração elevada dos procedimentos e prática constante de prorrogação de prazo para conclusão	Elevada duração das demandas
11 TAC's firmados 118 petições iniciais ajuizadas	22% de acordos de mérito celebrados

**Fonte:** Elaborada pela autora a partir da análise de processos selecionados, oriundos da Vara de Interesses Difusos e Coletivos da Comarca da Ilha de São Luís/MA (2015-2020), e de Relatórios de Atividades do Ministério Público do Maranhão (2015-2019).

Tudo isso leva à derradeira percepção acerca do assolamento do Poder Judiciário e da incipiente oferta de soluções oriundas de práticas consensuais, obtidas por meio da cooperação e do diálogo. Trata-se de um modelo resolutivo que emana, para além de toda capacitação técnica e instrumental, uma transformação cultural que se opere sob o fito da horizontalidade, distante da concepção hierárquica fundada em tradições que já não traduzem as expectativas da sociedade maranhense em relação à atuação do seu sistema de justiça nas demandas coletivas ambientais e urbanísticas.

**THE COLLECTIVE INTERESTS OF ENVIRONMENTAL AND URBAN PROTECTION AND THE JUSTICE SYSTEM: THE PERFORMANCE OF THE JUDICIARY AND THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE OF MARANHÃO IN THE PERIOD FROM 2015 TO 2020**

**ABSTRACT**

This legal article presents the litigation of collective interests, having concentrated as object of analysis the perception of effectiveness of the Judiciary and the Public Prosecutor's office of Maranhão, in the first degree jurisdiction, considered both pro-

cedural and extra-procedural actions used on collective environmental and urban legal demands, during the period from 2015 to 2020. Therefore, it was used an approach based on hypothetical-deductive method, besides content analysis in order to evidence the collected, categorized and systematized elements. Finally, the reflections points out possible conciliatory alternatives between institutions involved.

**Keywords:** Collective Interests; Litigation; Maranhão; Environmental Protection; Justice System.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALVARENGA, Samuel; COSTA, Rafael de Oliveira. Ministério Público como função essencial à justiça na tutela dos direitos ou interesses coletivos. *In*: VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de direitos difusos**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 165-334.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 fev. 2020.
- BURGOS, Luiz Werneck Vianna *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz WERNECK. Dezessete anos de judicialização da política. **Cadernos CEDES**, n. 08, dez. 2006. Centro de estudos de Direito e Sociedade – CEDES – IUPERJ: Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-20702007000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-20702007000200002&script=sci_arttext). Acesso em: 19 jun. 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Corregedoria Nacional do Ministério Público. Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018. Dispõe sobre parâmetros para a avaliação da resolutividade e da qualidade da atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas Corregedorias-Gerais e estabelece outras diretrizes. **Diário Eletrônico no CNMP**, Caderno Administrativo, Brasília, DF, n. 119, 27 jul. 2018. Disponível em: [https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/recomendacao\\_dois.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/recomendacao_dois.pdf). Acesso em: 18 maio 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

JOBIM, Marco Félix. **As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4203>. Acesso em: 26 jan. 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARANHÃO. Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado do Maranhão. Resolução nº 02, de 05 de março de 1997. Criar os Centros de Apoio Operacional nas seguintes áreas de atuação: I - cível; II - criminal; III - controle de constitucionalidade; V - infância e juventude; VI - meio ambiente; VI - patrimônio público. **Diário da Justiça Eletrônico**, São Luís, MA, 20 de março de 1997. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/index.php/menu-colegio-normas>. Acesso em: 05 dez. 2020.

MARANHÃO. **Lei Complementar nº 13, de 25 de outubro de 1991**. Dispõe sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público do Estado do Maranhão. São Luís, MA: Governador do Estado do Maranhão, 1991. Disponível em: [https://www2.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/leis\\_dos\\_mps\\_estaduais/Maranhao.pdf](https://www2.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/leis_dos_mps_estaduais/Maranhao.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

MARANHÃO. **Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991**. Dispõe sobre o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão. São Luís, MA: Poder Judiciário, Tribunal de Justiça, 1991. Disponível em: [https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/20110131\\_lei\\_complementar\\_n\\_014\\_atualizada\\_ate\\_lc\\_1332010.pdf](https://novogerenciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/20110131_lei_complementar_n_014_atualizada_ate_lc_1332010.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

MARANHÃO. **Lei Complementar nº 104, de 26 de dezembro de 2006**. Altera a redação dos arts. 6º, 7º, 9º, 10, 12, 13 e 77, §§ 1º, 3º e 5º, do art. 18, §§ 1º e 5º do art. 22 e acrescenta dois parágrafos ao art. 42 da Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991 (Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado do Maranhão), e dá outras providências. São Luís, MA: Governador do Estado do Maranhão, 2006. Disponível em: <https://www.aged.ma.gov.br/files/2014/01/DO-26-12-2006-PORTN%C2%BA-1359-P%C3%81G-26.pdf>. Acesso em: 29 out. 2020.

MARANHÃO. **Lei Complementar nº 158, de 21 de outubro de 2013**. Altera dispositivos do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Maranhão, Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991, e dá outras providências. São Luís, MA: Governadora do Estado do Maranhão, 2013. Disponível em: [https://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/lei\\_complementar\\_158.pdf](https://www.mpma.mp.br/arquivos/biblioteca/lei_complementar_158.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento nº 07, de 06 de maio de 2013**. Dispõe sobre a distribuição e redistribuição de processos, após a instalação da Vara de Interesses Difusos e Coletivos na Comarca de São Luís, e dá outras providências. São Luís: Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: [https://novogereciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/07052013\\_1557.pdf](https://novogereciador.tjma.jus.br/storage/portalweb/07052013_1557.pdf). Acesso em: 29 out. 2020.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. **Novos estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000, p. 183-202. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Apresentação de Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Ministério Público e controle da Administração Pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do *Parquet***. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12122014-131541/pt-br.php>. Acesso em: 03 dez. 2020.

POPPER, Karl R. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599. Disponível em: [https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario\\_e\\_politicas\\_publicas.pdf](https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf). Acesso em: 02 abr. 2020.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Tobjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995, p. 27-37.

WALDRON, Jeremy. The cory of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, p. 1346-1406, 2006. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5011&context=yjlj>. Acesso em: 18 jun. 2020.





TUTELA EXTRAPROCESSUAL EM LITÍGIOS  
COLETIVOS: LIÇÕES DO DESASTRE DO  
RIO DOCE (CASO SAMARCO)

*EXTRA-PROCEDURAL PROTECTION IN  
COLLECTIVE LITIGATION: RIO DOCE  
DISASTER'S LESSONS (SAMARCO'S CASE)*



# TUTELA EXTRAPROCESSUAL EM LITÍGIOS COLETIVOS: LIÇÕES DO DESASTRE DO RIO DOCE (CASO SAMARCO)<sup>1</sup>

*EXTRA-PROCEDURAL PROTECTION IN COLLECTIVE LITIGATION:  
RIO DOCE DISASTER'S LESSONS (SAMARCO'S CASE)*

*Marcus Aurélio de Freitas Barros<sup>2</sup>  
Viktória Rincon Machado Mourão Crespo<sup>3</sup>*

## RESUMO

Este trabalho objetiva promover uma reflexão sobre a tutela coletiva extraprocessual, no afã de verificar a hipótese de ser o seu uso, também em complementação aos recursos clássicos de resolução de contendas, sobretudo a busca do Judiciário, salutar à máxima concretização de direitos no Brasil. Emprega o método hipotético-dedutivo e se desenvolve por pesquisa bibliográfica e documental. Adota como pano de fundo o Caso Samarco. Ao final, confirma sua hipótese, a partir da identificação de aptidões e limitações potencialmente complementares nas vias processual e extraprocessual, o que sugere a sinergia entre elas para a tutela adequada e efetiva de direitos.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Justiça multiportas; Tutela coletiva; Caso Samarco; Tutela extrajudicial.

## 1 INTRODUÇÃO

A tutela de direitos na atualidade é desafiadora sob diversos prismas. Para fins deste artigo, destacam-se: a massificação das relações sociais como proliferadora de viola-

---

1 Data de Recebimento: 16/06/2021. Data de Aceite: 09/11/2021.

2 Mestre em Direito, Sociedade e Estado pela Universidad del Paes Vasco/Espanha. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor Adjunto da UFRN. Professor da Pós-Graduação da UFRN, UnP, Uni-RN e ESMARN. Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC) e da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo (ANNPE). Presidente do Colégio de Diretores de Escolas e Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil – CDEMP. Promotor de Justiça do Rio Grande do Norte. Autor de livros e artigos jurídicos. E-mail: marcus.aurelio@mprn.mp.br. Endereço eletrônico para acessar o curriculum lattes do autor: [https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.menu?f\\_cod=076DAF031A363561AAE3413D815119B7#](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=076DAF031A363561AAE3413D815119B7#).

3 Pós-graduada em Tutela Coletiva e Direitos Difusos pela Universidade Anhanguera Uniderp. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Pesquisadora no Grupo de Estudos sobre Processos Estruturais - GEPE. E-mail: victoria.crespo@mprn.mp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4298454510543440>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0654-4693>.

ções de direitos de coletividades; e a globalização, em um mundo eminentemente capitalista e tecnológico, como fomentadora de acúmulos de capital, desafiando o poder do Estado e criando abismos de possibilidades entre pessoas físicas médias e pessoas jurídicas transnacionais.

Como uma tentativa de lidar com esse cenário, desponta a tutela coletiva. Um de seus maiores contributos é permitir o agrupamento de pretensões que poderiam ser individualmente abandonadas, seja por sua irrelevância a nível pessoal, seja pela incapacidade do indivíduo de lutar por seus interesses em razão de fragilidades financeiras, técnicas, educacionais, psicológicas, etc.

Outro grande valor da tutela coletiva é permitir o questionamento, pelas coletividades atingidas, das violações aos seus direitos, cometidas por atores públicos ou privados. Ademais, também se pontua a sua busca de solução no caso de problemas transindividuais, tudo isso por intermédio de representantes adequados.

No Brasil, onde há um sofisticado sistema de tutela coletiva, o principal ator, dentre os legitimados coletivos, tem sido o Ministério Público<sup>4</sup>. Se isso, por um lado, é motivo de orgulho para a instituição, por outro, sinaliza uma responsabilidade que deve ser assumida com zelo e compromisso social. Apesar da centralidade do *Parquet*, a atuação pretendida não há de ser heroica nem vaidosa, mas cooperativa e qualificada e resolutiva.

Nesse sentido, cabe indagar de que modo a tutela ofertada pode ser mais adequada aos conflitos complexos, considerando os desafios da efetivação de direitos para esse tipo de demanda, muito mais presente na sociedade pós-moderna. É bem verdade que o acesso à justiça como possibilidade de ida ao Judiciário é um marco importante de nossa evolução jurídica. Porém, a execução judicial encontra obstáculos de ordem prática<sup>5</sup>, sem contar com as dificuldades de prolação de decisões que despontem pela velocidade, a profundidade e a legitimidade esperadas.

Em face desse panorama, a via extrajudicial/extraprocessual é um importante caminho a ser explorado. De plano, sabe-se que, como qualquer opção, essa via tem suas

---

4 Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2017, que se voltou a apresentar um panorama das ações coletivas no Brasil, restou explícito, além do protagonismo do Ministério Público na tutela coletiva, o reconhecimento de que o Brasil desenvolveu um dos sistemas de tutela coletiva mais sofisticados do mundo, o que aproxima as instituições do sistema de justiça do campo das políticas públicas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 7 e 11).

5 A mesma pesquisa citada na nota anterior, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2017 revelou a grande dificuldade da execução na tutela coletiva, sobretudo das decisões e acordos que envolvem políticas públicas. Sobre o assunto, consta da pesquisa que: “Quando as decisões judiciais envolvem políticas públicas, o cenário é ainda mais crítico: 80,1% dos entrevistados responderam que a estrutura existente é insuficiente para acompanhar a implementação de tais decisões. Para 98,5% dos respondentes, a estrutura é insatisfatória de alguma maneira. Além disso, dificuldades na execução foram o segundo problema mais apontado pelos magistrados. Esses números expressam perfeitamente a realidade que pudemos conhecer por meio das entrevistas qualitativas e análises dos casos emblemáticos. Assim, uma vez que as ações coletivas têm se ocupado de políticas públicas, a execução tem esbarrado em grandes dificuldades” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 21).

vantagens e limitações. A partir daí, coloca-se como hipótese deste trabalho que o emprego das técnicas extraprocessuais, mesmo em complementação aos recursos clássicos de resolução de contendas, sobretudo a busca do Judiciário, é salutar à máxima concretização de direitos.

O Caso Samarco, referente ao rompimento da barragem de Fundão em Mariana/MG, ocorrido em 05 de novembro de 2015, traz algumas lições a esse respeito. Por ser esse litígio o pano de fundo da presente análise, e por se perceber a tônica extrajudicial de seu tratamento, a pergunta central que se coloca é: quais foram as estratégias empregadas no Caso Samarco e o que elas ensinam sobre o emprego da tutela coletiva extraprocessual?

O estudo apresentado alinha-se com o método hipotético-dedutivo e se desenvolve por pesquisa bibliográfica e revisão de documentos oficiais, como peças judiciais e extrajudiciais atinentes ao caso concreto analisado.

## **2 CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA: A TUTELA COLETIVA EXTRAPROCESSUAL NO TRATAMENTO DE LITÍGIOS COLETIVOS**

Para iniciar a investigação acerca da pertinência do emprego das técnicas extraprocessuais de solução de conflitos coletivos, é preciso compreender a trajetória desses mecanismos, isto é, a quais anseios sociopolíticos e jurídicos eles vêm responder. Também é necessário atentar para quais são os direitos perseguidos a partir de sua invocação, não se podendo perder de vista que quaisquer instrumentos de tutela de direitos são exatamente isso, instrumentos, e assim devem ser encarados.<sup>6</sup>

Brevemente, pode-se dizer que os direitos coletivos, no Brasil, surgem como fruto de um movimento internacional de acesso à justiça, que, no país, teve feições próprias. Nas nações europeias, o acesso à justiça ascendeu como resposta ao fim da Segunda Guerra e como sintoma da ascensão do Estado de bem-estar social, atraindo a atenção de teóricos como Mauro Cappelletti e Bryant Garth. No Brasil, a mesma bandeira foi hasteada em razão da redemocratização do país em contraste com a massiva exclusão social vivenciada (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

A estruturação dos direitos coletivos, na experiência nacional, teve seu nascedouro na Lei da Ação Popular de 1965. Apesar de configurar importante sinalização do ordenamento nacional rumo à coletivização de direitos, a legislação em comento encontrou entraves a seu emprego massivo, sobretudo pela legitimidade ativa exclusivamente ligada ao cidadão, muitas vezes sem condições ou mesmo interesse de perseguir as pretensões coletivas.

---

<sup>6</sup> Para um maior aprofundamento sobre a tutela coletiva extraprocessual e suas principais técnicas, conferir: VITORELLI, 2020, p. 127-217; GAVRONSKI, 2010; e, LAURIA; BARROS; QUEIROZ, 2018.

Revisando essa questão, em 1985 a Lei da Ação Civil Pública trouxe um rol de legitimados ativos bastante amplo, formado por pessoas jurídicas públicas e privadas capazes de representar os cidadãos. Como já antecipado na introdução, o Ministério Público acabou se desenhando como legitimado coletivo por excelência. Isso se deu, sobretudo, por suas atribuições constitucionais, seu perfil institucional e a exclusividade do inquérito civil, importante instrumento a seu dispor para apurar fatos que possam ensejar a atuação ministerial, como é a defesa dos direitos transindividuais, bem como, leciona Barros (2020a, p. 467), para a resolução consensual de problemas coletivos.

Consagrando a tendência que vinha se desenhando no país, a Constituição de 1988 (CRFB/88) provocou uma virada sensível na compreensão da busca por efetividade de direitos. Essa afirmativa fica clara quando se compara o atual art. 5º, XXXV<sup>7</sup>, com o dispositivo equivalente na Constituição anterior, de 1967<sup>8</sup>, que restringia a apreciação do Judiciário a casos de lesão de direitos individuais. Ou seja, restava afastada a hipótese de ameaça a direito e não se tocava na tutela dos direitos coletivos. Com isso, a CRFB/88 coroa o movimento de acesso à justiça já mencionado, por expandir a possibilidade de busca por proteção jurisdicional, hoje já entendida de modo mais amplo, como se detalhará oportunamente.

Após, em 1990, mais um passo foi dado na trilha dos direitos coletivos, através da aprovação do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ao lado da Lei da Ação Popular e da Lei da Ação Civil Pública, esse diploma passou a integrar o microsistema da tutela coletiva, mais tarde complementado pelo Código de Processo Civil de 2015. Uma das novidades com o advento do CDC foi a conceituação dos direitos coletivos, subclassificados em direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito.

Apesar da relevância histórica dessas categorias, entende-se que a classificação mais acertada, para a atualidade, é aquela idealizada pelo professor Edilson Vitorelli (2016), que parte não mais dos direitos abstratamente considerados, mas do litígio em concreto como baliza para a tutela empregada.

Quando observados dessa forma, os litígios demonstram diferentes graus de conflituosidade e de complexidade. A conflituosidade diz respeito à heterogeneidade do grupo e de suas opiniões e interesses perante a solução do litígio. Já a complexidade se materializa na multiplicidade de possibilidades de tutela de um direito (VITORELLI, 2016, p. 67-68). Sob esse prisma, os litígios transindividuais podem ser de difusão global, local ou irradiada.

Os primeiros, também chamados de litígios globais, são aqueles que não atingem de

---

7 Art. 5º, XXXV, da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

8 Art. 150, §4º, da Constituição de 1967: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

modo especial o indivíduo, mas realmente o grupo no todo. São as situações em que a lesão é pouco sentida pessoalmente, ganhando expressividade apenas quando globalmente analisada. Como bem expõe Vitorelli (2019a, p. 79-83), o grau de conflituosidade desse tipo é baixo, dado o pequeno interesse de cada titular do direito no deslinde da demanda, e a complexidade tende a ser baixa, apesar de poder variar.

Por outro lado, os litígios locais são caracterizados por atingir determinados grupos, comunidades mais ou menos coesas, unidas por um laço de solidariedade. Em alguns casos, essa força agregadora será muito expressiva, como costuma ser em tribos indígenas, por exemplo, enquanto, em outros, a perspectiva social compartilhada poderá ser mais esgarçada, como na hipótese de minorias sociais. A conflituosidade é média, porquanto a identificação mútua confere coesão ao grupo, enquanto o alto interesse no modo de solução do conflito torna o conflito potencialmente mais espinhoso (VITORELLI, 2019a, p. 83-88).

Por fim, os litígios de difusão irradiada são conflitos policêntricos, pulverizados. verdadeiros megaconflitos, que produzem lesões relevantes (dano coletivo importante), bem como interessam aos vários subgrupos atingidos (BARROS, 2020b, p. 24).

Conforme explanado pelo autor Edilson Vitorelli (2016, p. 88-94), nesse caso os titulares dos direitos têm diferentes graus de interesse na disputa e divergem em pontos de vista, o que torna esse tipo de litígio muito complexo e conflituoso. Trata-se de exposte das limitações das categorias clássicas, que apreendia a coletividade como massa uniforme, planificando pretensões que, na prática, podem ser altamente discordantes. Oportunamente, retornar-se-á a esta categoria de litígios, cabendo antecipar que o Caso Samarco é ilustrativo desta subdivisão.

Essa virada metodológica proposta por Vitorelli deixa clara a centralidade do litígio para a configuração do direito concretamente compreendido. A depender do tipo de lesão verificada, o direito poderá ter diferentes titulares, ser abordado como individual ou coletivo e deve contar com a participação mais ou menos ampla de um ou de outro grupo.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo, é direito de todos (art. 225, CRFB/88). Porém, quando ocorre um dano ao bem ambiental, na realidade, as implicações dessa violação geram impactos muito diversos na vida de uns e de outros brasileiros, que também se engajam em diferentes níveis no conflito e apresentam interesses potencialmente dissidentes. Portanto, tratar o direito ao meio ambiente como direito difuso, na acepção do CDC, e parar por aí, pode conduzir à insuficiência dos instrumentos empregados na tutela dos direitos. Vale lembrar que as categorias de direitos são aqui abordadas com vistas a diferenciar seus perfis e, com isso, melhor direcionar a intervenção ministerial.

Assim, embora não possa ser desconsiderada a importância da classificação dada pelo CDC, é tempo de se avançar no entendimento dos direitos coletivos, o que implica na revisão, também, de sua tutela. Nesse passo, pode-se dizer que, da mesma forma que o conflito revela a tônica do direito perseguido, é a situação prática que também provocará a melhor tutela a ser buscada.

O sistema multiportas caminha nessa direção, ao deixar de colocar o processo comum como única alternativa a qualquer conflito, percorrendo, pois, a via inversa: do conflito para a construção da solução (MUNIZ; SILVA, 2018, p. 298). Sob essa ótica, a tutela coletiva extraprocessual se coloca como opção, não mais por um estigma de alteratividade apenas, mas de verdadeira possibilidade ao se fazer o exame de adequação.

Destarte, chega-se a uma concepção de acesso à justiça que ultrapassa a possibilidade de ida ao Judiciário e que pode ser entendida como verdadeiro acesso à justiça democrático, em que se privilegia o acesso a uma ordem jurídica justa, resolutiva, efetiva, célere e adequada, por qualquer meio legítimo a garantir esses ideais (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 51).

Esse viés está muito relacionado à terceira onda de acesso à justiça, como sistematizado por Cappelletti e Garth (1988). Nessa etapa do movimento estudado, instituições, mecanismos e procedimentos são revisitados e reformados para processar e mesmo prevenir as disputas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68). Sob os auspícios dessa visão, o procedimento adotado deve estar amoldado ao tipo de litígio tratado, sua complexidade e o perfil das partes.

A partir desse panorama, já é possível introduzir a noção de complementariedade entre as órbitas judicial e extrajudicial. Como exposto, a tutela empregada deverá passar pelo crivo da adequação diante do litígio examinado. Porém, como aferir qual é a via mais adequada? Em analogia a uma caixa de ferramentas, o membro do Ministério Público deverá analisar qual é o instrumento que melhor se adere ao conflito enfrentado. Para isso, é imprescindível que se conheça as ditas ferramentas, suas características, possibilidades/aplidões e limitações.

Debruçando-se sobre esse exame, no tocante às técnicas extraprocessuais de tutela coletiva, Alexandre Gavronski (2010) situa sua análise no momento histórico, atual, que alinha como sendo o de um novo paradigma do direito. Em que pese este trabalho não se aprofunde nos conceitos atinentes a essa contextualização do referido autor, cumpre destacar as contribuições identificadas pelo pesquisador, relativas às técnicas extraprocessuais. São elas: a facilitação do desempenho da função medial pelo Direito, ou seja, de seu papel de interlocutor e integrador de subsistemas sociais, como política e economia; a redução da formalidade e da litigiosidade, essa última em razão da busca pelo consenso; e o incremento da participação (GAVRONSKI, 2010, p. 84).



Prosseguindo no reconhecimento dos mecanismos extraprocessuais, Barros e Crespo (2021, p. 49-50) destacam que é preciso abrir as portas do Direito para influxos de outras áreas do conhecimento e coexistir de modo articulado com outros nichos de poder, sendo as técnicas extrajudiciais, quando bem trabalhadas, uma maneira de se alcançar esse desiderato. Isso se dá pela inexistência de respostas prontas e acabadas na lei, bem como pela necessidade de se construir o consenso, sobretudo no caso de compromissos de ajustamento de conduta.

Gavronski (2010) classifica as técnicas extraprocessuais como sendo de informação (inquérito civil e procedimentos correlatos, requerimento de certidões e informações e audiência pública) ou de criação e concretização do direito (recomendação, compromisso de ajustamento de conduta e acordo coletivo firmado por legitimados de natureza privada).

É certo que o consenso apenas se coloca realmente como premissa no caso de acordos. A despeito disso, a aproximação entre as instituições e entre o órgão ministerial e a sociedade pode ser benéfica em outros contextos, mesmo porque a resolução do conflito passa por sua compreensão e trato, o que se propicia pela intensificação dos canais de diálogo. Dito de outro modo, mesmo em inquéritos civis, por exemplo, visualiza-se como frutífera a abertura da escuta, pelo Ministério Público, e a oportunidade de construção de caminhos que trabalhem ou evitem o conflito, remontando ao acesso à justiça enquanto acesso a uma ordem jurídica justa e eficaz.

Em vista disso, um dos principais méritos da tutela extraprocessual é, de fato, a informalidade. Pela ausência de um rito esmiuçado, o membro do Ministério Público se vê autorizado a atuar de forma criativa e direta (BARROS; CRESPO, 2021, p. 136), tratando com interlocutores diversos que podem ser levados ao debate do conflito e das estratégias de seu deslinde, favorecendo a participação. Esse movimento, de mediação e integração, tende a diminuir as animosidades, pela inclusão das demandas sociais, por mais que a expressão dessas pretensões possa não ser apaziguadora desde logo, o que é natural para um ambiente de litígio.

Dessa maneira, entende-se possível mitigar alguns dos entraves do meio judicial, como o distanciamento do problema e a impossibilidade de construções para além do legalmente determinado. Importante destacar que, quando se fala da via extrajudicial como local em que se é autorizada a construção para além das determinações legais não se quer dizer, jamais, contra a lei. Como acertadamente pontuado por Gavronski (2010, p. 59), fixados o conteúdo do direito e seus titulares no texto legal, a concretização é relativa aos prazos, meios e condições práticas de efetivação.

Apesar dos notáveis potenciais da tutela extrajudicial, é fundamental que se reconheçam suas limitações. Na seara extrajudicial, não podem ser empregadas medidas

executivas. No máximo, pode-se recorrer à coerção de um horizonte judicial, o que já demonstra a complementação entre essas alternativas de tutela. Em adição, pode ser precipitado concluir por uma celeridade próxima da ideal no campo extrajudicial, como se o glorificando em detrimento do Judiciário.

Demandas complexas podem se prostrar longamente no tempo e o propósito a ser perseguido é o tempo mínimo necessário para sua finalização, cabendo advertir que a busca por celeridade deve ser temperada pela profundidade esperada de uma abordagem adequada e efetiva, exigindo-se sempre um bom mapeamento do conflito (diagnóstico do problema), que, não raro, demanda tempo (instrução) e pode gerar desafios importantes para se saber o momento correto (o *timing*) da tutela coletiva (BARROS, 2021).

Outro aspecto delicado para o representante dos direitos coletivos é o manejo de influxos de poder, sobretudo econômicos e políticos, os quais interferem nas possibilidades de pactuação e cumprimento espontâneo pelas partes. Diante disso, não se comporta amadorismo nas negociações, que devem ser conduzidas de forma técnica e profissional, abalizada não pelas posições dos envolvidos, mas pelos seus interesses. Igualmente, a participação dos titulares do direito deve poder se lastrear em informações seguras a eles fornecidas (BARROS; CRESPO, 2021, p. 134-136, 141).

Traçado esse panorama teórico, passa-se à verificação prática das premissas acima elencadas, o que se faz pela análise do Caso Samarco, litígio coletivo irradiado provocado pelo rompimento da barragem de Fundão, em 05 de novembro de 2015, no município de Mariana/MG.

### **3 VERIFICAÇÃO PRÁTICA: AS ESTRATÉGIAS DE TUTELA COLETIVA EXTRAJUDICIAL EMPREGADAS NO CASO SAMARCO E SUAS LIÇÕES**

O Caso Samarco é alcunhado como “o maior desastre ambiental, social e econômico já visto no Brasil e um dos maiores no mundo” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020<sup>9</sup>). A lama de rejeitos de minério proveniente do rompimento da barragem de Fundão compreendia um volume de cerca de quarenta e cinco milhões de metros cúbicos, percorreu mais de seiscentos quilômetros de cursos d’água e ceifou a vida de dezenove pessoas (IBAMA, 2016<sup>10</sup>).

O cenário é estarrecedor e escancara a insuficiência ou a grande dificuldade da teoria jurídica clássica para abordá-lo. A consagração formal de direitos fica desajustada em desastres como este. O direito ao meio ambiente, à vida, à saúde, ao patrimônio

9 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco>. Acesso em: 11 mar. 2021.

10 Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>. Acesso em: 11 mar. 2021.

histórico e cultural.... Tudo parece fazer pouco sentido quando o Direito se depara com uma realidade tão dura, que o ignora enquanto garantia e o conclama enquanto instrumento de reparação.

O que fazer perante uma tragédia como o Desastre do Rio Doce? E aqui se posiciona a questão sob a perspectiva dos entes estatais, em especial do Ministério Público. Sem dúvidas, a resposta a essa provocação não poderá ser exaurida neste artigo, até por se reconhecer a magnitude do desafio posto. Porém, tentar-se-á lançar algumas luzes sobre o que foi, na prática, realizado e colher aprendizados daí. Cabe mencionar que a experiência deste litígio não foi vivenciada por nenhum destes autores, o que implica em limitações de percepção, mas também fornece um afastamento que talvez contribua para uma análise mais desapaixonada das medidas publicizadas pelos atores que estiveram diretamente envolvidos na demanda estudada.

De início, há que se destacar a importância do mapeamento do conflito. Em termos materiais, isso se deu pelas contribuições de instituições como o IBAMA<sup>11</sup> e grupos de pesquisadores como o ORGANON<sup>12</sup>. Ter a dimensão das perdas é pressuposto à reparação. Identificar o bem da vida, atrelado a um direito que merece tutela, antecede, naturalmente, a tutela em si, bem como a eleição de seu modo.

Já em termos mais teóricos, compreender o litígio é essencial, pois, como já elucidado no tópico 2, é a partir do litígio que se delineiam os direitos transindividuais e se desvelam os verdadeiros titulares do direito e a tutela adequada. Como já adiantado, o Caso Samarco é um litígio coletivo irradiado. Afinal, atingiu diversos grupos, com pretensões desalinhas, aumentando a complexidade e a conflituosidade da situação.

Não é difícil inferir que o grau de lesão de um habitante de Bento Rodrigues/MG, o subdistrito engolido pela lama, foi muito diferente daquele vivenciado pelo banhista da costa capixaba que não pôde ir à praia pela turbidez da água. Também é de simples apreensão a possível divergência entre indígenas Krenak, que veem no Rio Doce uma entidade sagrada<sup>13</sup>, e empregados da Samarco.

Concedida uma visão geral da realidade deste caso e fixado o entendimento de se tratar de um litígio coletivo irradiado, cabe indagar qual será a tutela mais adequada. Ao trabalhar este ponto, Vitorelli (2019a, p. 582) assevera que os litígios coletivos irradiados exigem a promoção de um *town meeting*, em que provavelmente será necessária a atuação de mais de um legitimado coletivo e ninguém será capaz de, sozinho, portar

---

11 Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg#notificacoes>. Acesso em: 10 mar. 2021.

12 Um dos contributos nesse sentido: ORGANON, Núcleo de Estudo, Pesquisa e Extensão em Mobilizações Sociais. Impactos socioambientais no Espírito Santo da ruptura da barragem de rejeitos da Samarco: relatório preliminar. Novembro/dezembro. Mimeo. 2015.

13 Para mais informações sobre a visão Krenak, acessar a entrevista com a liderança indígena Ailton Krenak, disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/nao-foi-um-acidente-diz-ailton-krenak-sobre-a-tragedia-de-mariana>. Acesso em: 10 mar. 2021.

o interesse comum da sociedade. Assim, deve ocorrer a despolarização da demanda; a pluralização do diálogo; e o sopesamento das perspectivas e interesses, com maior valorização daqueles pertencentes aos indivíduos mais próximos do epicentro do conflito (VITORELLI, 2019a, p. 579-587).

Na prática, o primeiro acordo firmado como modo de tutela extrajudicial no Caso Samarco foi um Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC), assinado em 02 de março de 2016, quase três meses depois do evento, que ainda era recente e pouco explorado em sua profundidade.<sup>14</sup> O documento teve como compromitentes a União, os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, autarquias e fundações. Já do lado dos compromissários estavam a Samarco, a Vale e a BHP Billinton.

Em menos de quatro meses desde a eclosão do litígio, estavam estruturados quarenta e dois programas socioeconômicos e socioambientais e redigidas duzentas e sessenta cláusulas. Além disso, foi idealizada a Fundação Renova,<sup>15</sup> uma organização sem fins lucrativos, que se enquadra no conceito de entidade de infraestrutura específica, mecanismo importante para a resolução de problemas coletivos (CABRAL; ZANETI JÚNIOR., p. 445 e ss.), e que, no caso, se destina a realizar os programas de reparação dos danos ocasionados pelo rompimento de Fundão. A despeito da celeridade em sua elaboração, o acordo se revelou muito questionável. Nesse sentido, Bussinguer e Silva (2019, p. 4) frisam que a negociação se deu sem consulta prévia a atingidos, autoridades locais e vários órgãos públicos, tendo o Ministério Público Federal até abandonado as tratativas por discordar da postura adotada.

Apesar de se tratar de mecanismo extrajudicial de resolução de contendas, o TTAC teve como pontapé inicial a aproximação judicial das partes pelo ajuizamento, em dezembro de 2015, da ação civil pública que ficaria conhecida como “ACP da União”<sup>16</sup>. Também fazendo esse movimento de ida ao Judiciário, em maio de 2016, foi protocolada a denominada “ACP do MPF”<sup>17</sup>, que “passou a ser considerada a principal ação civil pública no Desastre do Rio Doce” (ZANETI JÚNIOR, *et al.*, 2019, p. 4).

Embora se tenha empreendido esforços para uma abordagem mais ampla e bem embasada do caso, com vistas a uma prestação jurisdicional mais adequada, o processo judicial se demonstrou limitado para a discussão do litígio, o que conduziu à opção, novamente, pela solução negociada (ROLAND, *et al.*, 2018, p. 5). Dessa forma, em janeiro de 2017 foi celebrado, entre o MPF e as empresas, um Termo de Ajustamento Preliminar (TAP)<sup>18</sup>.

---

14 Documento na íntegra disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

15 Vide <https://www.fundacaorenova.org/>. Acesso em 11 de mar. de 2021.

16 Processo nº 69758- 61.2015.4.01.3400, da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

17 Processo nº 0023863-07.2016.4.01.3800, da 12ª Vara Federal Cível/Agrária de Minas Gerais.

18 Documento disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>. Acesso em: 11 mar. 2021.

Na percepção de Crespo (2020, p. 113), os principais méritos do acordo são relacionados à contratação técnica para subsidiar a atuação do *Parquet*; à previsão de audiências públicas e consultas prévias a povos tradicionais atingidos; e ao estabelecimento de princípios atinentes ao acordo, como priorização da autocomposição, busca da legitimação adequada pela participação dos atingidos e transparência.

Neste momento, é interessante refletir sobre a instrumentalidade do meio de tutela escolhido. Não obstante a autocomposição seja mecanismo que favorece a informalidade e propicia a participação, é notável a diferença entre o modo como esses potenciais foram aproveitados quando da assinatura do TTAC e do TAP. No primeiro acordo, a negociação ocorreu afastada da sociedade, inclusive dos titulares dos direitos. No segundo, expressou-se preocupação com a efetiva inclusão dos atingidos.

Voltando à analogia da caixa de ferramentas, um martelo serve para construir, mas também pode ser usado para ferir, ou fere quando não manejado adequadamente. A precária ilustração invocada apenas pretende elucidar que, na questão de ferramentas jurídicas, caso semelhante se observa. É dizer: ao empregar um instrumento processual ou extraprocessual, é necessário que se tenha clareza dos objetivos e dos pressupostos à sua adequada e legítima concretização. A informalidade e a margem para negociação devem ser vetores para a máxima concretização do direito, jamais elementos permissivos ao afastamento dos atingidos e à resolução apressada ou simplista das contendas.

Após o TAP, os esforços para a assinatura de um novo acordo continuaram sendo empreendidos, dado que o referido termo já se colocava como preliminar desde a denominação. O passo seguinte seria reestruturar a governança e ampliar a participação dos atingidos no planejamento e acompanhamento da execução dos programas de recuperação e reparação socioeconômicas e socioambientais. Para tanto, abriu-se a escuta aos atingidos antes da finalização do acordo.

Como resultado, em março de 2018, foram apresentados o Parecer nº 279/2018/SPPEA<sup>19</sup>, dado pelo MPF e pelo Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), e a Recomendação Conjunta nº 10/2018<sup>20</sup>, dada por Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, a qual foi direcionada às empresas responsáveis pelo dano, diretamente ou por interposta (Fundação Renova).

O parecer definiu seu escopo como “contemplar as percepções de diferentes segmentos das populações e comunidades atingidas pelo desastre, acerca dos processos de tomada de decisão, acompanhamento e controle das ações que visam a reparação integral

19 Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/parecer-no-279-2018>. Acesso em 11 mar. 2021.

20 Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/0f19e77d-09c4-4d33-b231-ca09917f8371.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

dos danos sofridos”. Externou, em apertada síntese, a insatisfação dos atingidos com a atuação da Fundação Renova e a demanda por mais participação e condições para tanto.

Já a recomendação, partindo dos anseios informados pelos atingidos, foi no sentido de ampliar o acesso à informação, de modo claro e honesto; manter aberto o cadastro dos atingidos e deixá-los cientes disso, bem como respeitar seus arranjos familiares; adequar a concessão do auxílio financeiro emergencial e fundamental, em linguagem acessível, os indeferimentos; tornar as políticas indenizatórias comprometidas com a lealdade das informações e atentas aos direitos humanos; e garantir a assistência jurídica gratuita a todas as pessoas necessitadas no âmbito do Programa de Indenização Mediada (PIM).

A par de todo esse pano de fundo, em junho de 2018, Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas, União e Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, além de integrantes de suas Administrações Indiretas, assinaram com as empresas o alcunhado “TAC-Governança”<sup>21</sup>. Na visão de Vitorelli (2019b), alguns destaques positivos desse acordo são: a organização de uma estrutura representativa multinível, composta por instituições que atuam como em rede; o apoio de assessorias técnicas aos atingidos; e o estabelecimento de mecanismos de repactuação do termo, que permitem sua atualização ao longo do tempo, sobretudo em virtude de alterações fáticas.

De outra banda, o mesmo estudioso ressalta imbróglis do Caso Samarco que lhe diminuíram a efetividade, de maneira a se verificar que os resultados obtidos ainda são reduzidos para os titulares dos direitos. Nesse passo, apresenta como aconselhável enxergar as searas extrajudicial e judicial como sinérgicas entre si, devendo até mesmo se investir em formações conjuntas de membros do Judiciário e do Ministério Público, para alinhar os entendimentos. Além disso, aponta ser muito frutífero que se fortaleçam os bancos de dados das instituições a nível nacional. Nesse ponto, confere especial atenção a bancos de cláusulas replicáveis e pautadas na lógica contratual, com vistas a evitar retrabalho e fomentar a existência de balizas para novos acordos.

Ultrapassada a fase de assinatura de termos de acordo, chega provavelmente o maior desafio da tutela coletiva: a execução, que já havia se iniciado desde o primeiro acordo, mas que, até hoje, frise-se, não se concluiu. Nesta etapa, a procura do Judiciário tem se feito ativa<sup>22</sup>. Exemplos disso são: as disputas judiciais relativas às verbas indenizatórias, globalmente consideradas; a busca de resguardo da assessoria técnica e da saúde das populações atingidas; e as ressalvas ao funcionamento da Fundação Renova, cuja pró-

---

21 Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/tac-governanca>. Acesso em 11 mar. 2021.

22 Um panorama geral, não só dessas, como de todas as medidas adotadas no Caso, é fornecida pelo MPF em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>. Acesso em: 11 mar. 2021.

pria existência já está judicializada, por iniciativa do MPMG, que pede sua extinção,<sup>23</sup> o que, logicamente, não pode significar, mesmo que a Fundação Renova seja extinta, que o recurso às entidades de infraestrutura específica seja ruim em casos complexos.

Paralelamente, as atividades extrajudiciais continuaram acontecendo. O funcionamento da Fundação Renova, por si só, é demonstrativo disso. Afinal, não se fez necessária a provocação contínua do Judiciário para que os programas continuassem seu curso, resguardadas as críticas que possam ser tecidas sobre a organização. Em adição, a fiscalização por órgãos representativos, como Ministério Público, seguiu acontecendo e ensejando medidas, como recomendações, para direcionar a atuação da Renova.

Portanto, o Caso Samarco se apresenta como ilustrativo da possível complementariedade entre meios judiciais e extrajudiciais de tutela coletiva. Na análise do mesmo caso, sob o enfoque do acesso à justiça, Crespo e Barros (2021, p. 145-146) elencam lições que podem ser assim capituladas: participação efetiva e informada dos atingidos é pressuposto à legitimidade das decisões em litígios coletivos irradiados; esferas judicial e extrajudicial devem se complementar; instituições devem cooperar e se fiscalizar mutuamente; transparência e acesso à informação são essenciais ao debate público consicente; cláusulas de repactuação são altamente recomendáveis; e não deve o acordo se prestar a abafar demandas sociais, que devem ter seu espaço na arena pública.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo o exposto, foi confirmada a hipótese de ser o emprego das técnicas extraprocessuais também em complementação aos recursos clássicos de resolução de contendas, sobretudo a busca do Judiciário, salutar à máxima concretização de direitos. Isso em razão dos diferentes potenciais e limitações das vias judicial e extrajudicial, que podem se integrar.

Percebe-se que os diferenciais positivos dos métodos extraprocessuais são: informalidade; possibilidade de fomento à participação; foco na mediação; e margem de concretização do direito para além do legalmente determinado. Suas limitações, por sua vez, são mormente vinculadas à impossibilidade de imposição, por si só, de medidas executivas. A efetividade buscada se dá pela via negocial, na qual os sujeitos debatem e se implicam em soluções consensuais. Daí a centralidade de se investir no conhecimento do litígio em concreto e em técnicas de negociação e elaboração de contratos/acordos, inclusive com previsões de repactuação e acúmulo de cláusulas em bancos de dados nacionais.

---

<sup>23</sup> Vide: <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-pede-na-justica-extincao-da-fundacao-renova.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.



Convém sublinhar, ainda, que a tutela extrajudicial não resolve por inteiro a dificuldade relativa ao tempo para deslinde das demandas. Contudo, é importante dizer que se entende a celeridade processual/procedimental desejável como sendo aquela que visa ao menor tempo necessário à resolução adequada da contenda. Assim, a tutela de direitos não deve ser feita nem com displicência e morosidade nem com atropelos, balizas que cadenciam sua execução.

A par desse entendimento teórico, verificou-se que o Caso Samarco fornece um farto panorama acerca do diálogo entre as vias de proteção de direitos. Mecanismos de pactuação extrajudicial têm se feito presentes desde muito cedo neste litígio, mas o Judiciário segue figurando como relevante referência de autoridade/imperatividade. Cabe lembrar, também, que a fiscalização e a administração dos programas de reparação também se dão, em grande parte, na seara extrajudicial, sem prejuízo da ida ao Judiciário para resolução de contendas. Com isso, fica demonstrado que ambos os meios de tutela, judicial e extrajudicial, foram frequentemente invocados nesse Caso.

Ao longo do amadurecimento da demanda, pôde-se perceber que é preciso fortalecer a sinergia entre essas vias, conferindo clareza aos membros do Judiciário e do Ministério Público, principalmente<sup>24</sup>, acerca de seus papéis institucionais e possibilidades de atuação. Ademais, a participação ampliada da sociedade, em especial dos mais atingidos, é fundamental nos litígios coletivos irradiados, como é o Caso Samarco. A cooperação interinstitucional e o recurso a assessorias técnicas são outras chaves a uma atuação afiada.

Apesar dos muitos aprendizados, é preciso admitir, por fim, que a efetividade persiste sendo o maior desafio à tutela de direitos. A tutela coletiva extraprocessual, nesse sentido, em muito pode contribuir, mas não será a salvadora. Com isso em mente, reforça-se que os instrumentos jurídicos devem ser usados de modo coordenado, informado, responsável e direcionado a esta finalidade: garantir os bens da vida à sociedade titular dos direitos litigados.

---

<sup>24</sup> Podendo essa ideia se enlargar para albergar Defensoria Pública e outras instituições que se mostrem interessadas e relevantes para a construção proposta.



## EXTRA-PROCEDURAL PROTECTION IN COLLECTIVE LITIGATION: RIO DOCE DISASTER'S LESSONS (SAMARCO'S CASE)

### ABSTRACT

This paper aims to promote a reflection on extra-procedural collective protection, with an effort to verify the hypothesis of its use as a way to accomplish rights in Brazil, in addition to the classic resources for solving conflicts, such as litigation. It uses the hypothetical-deductive method and it develops itself through bibliographical and documentary researches. It adopts Samarco's case as a background. Finally, it confirms its hypothesis by identifying potentially complementary skills and limitations in the procedural and extra-procedural spheres, which suggests the synergy between them for the adequate and effective protection of rights.

**Keywords:** Access to justice; Multi-port justice; Collective protection; Samarco's Case Extrajudicial guardianship.

### REFERÊNCIAS

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Diagnóstico e (re)estruturação da política de assistência social (Suas): a atuação extrajudicial do ministério público e a pandemia da covid-19. In: CAMBI, Eduardo; Giacoia, Gilberto; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. **Covid 19 e Ministério Público**. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2020a, p. 455-477.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Litígios coletivos estruturais e a negociação** (recurso eletrônico). Natal: SEDIS-UFRN, 2020b.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Tutela coletiva e o CPC/2015 à luz do *timing* da atuação coletiva do Ministério Público em casos complexos. **Revista de Processo (Re-Pro)**, São Paulo, v. 313, mar. 2021. ISSN: 01001981.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas; CRESPO, Victória Rincon Machado Mourão. **Tutela coletiva extraprocessual e acesso a justiça:** vantagens e desafios a luz do Desastre do Rio Doce (Caso Samarco). Curitiba: Brazil Publishing, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1990/lei08078.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1990/lei08078.html).

vil\_03/\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 10 mar. 2021

BUSSINGUER, Elda; SILVA; Marta. Os termos de ajustamento de conduta no Caso Samarco: celeridade e efetividade na resolução do conflito? **Contrarreformas ou Revolução: respostas ao capitalismo em crise**, Vitória, v. 1, n. 1, p. 1-13. Trabalho apresentado no 7º Encontro Internacional de Política Social, ocorrido em 3 a 6 de junho de 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/einps/article/view/25241>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JÚNIOR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. **Revista de Processo (RePro)**, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sumário executivo justiça pesquisa – direitos e garantias fundamentais – ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. Brasília: CNJ, 2017.

CRESPO, Victória Rincon Machado Mourão. Processos estruturais e tutela coletiva extrajudicial: uma correlação à luz do Caso Samarco. In: BARROS, Marcus Aurélio de Freitas (org.). **Decisões e acordos estruturais: da prática à teoria** (tomo II). Natal: MPRN, 2020. p. 107-140. Disponível em [http://www.mprn.mp.br/portal/images/files/ARP/2021/Tomo\\_III\\_Decisoes\\_e\\_Acordos\\_Estruturais.pdf](http://www.mprn.mp.br/portal/images/files/ARP/2021/Tomo_III_Decisoes_e_Acordos_Estruturais.pdf). Acesso em: 11 mar. 2021.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

IBAMA. Rompimento da Barragem de Fundão: documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG. 13 ago. 2020. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/recuperacao-ambiental/rompimento-da-barragem-de-fundao-desastre-da-samarco/documentos-relacionados-ao-desastre-da-samarco-em-mariana-mg>. Acesso em: 11 mar. 2021.

JUNQUEIRA, Eliane. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, v. 9, p. 389-402, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 11 mar. 2021.

KRENAK, Ailton. “Não foi um acidente”, diz Ailton Krenak sobre a tragédia de Ma-

riana. [Entrevista cedida a] Marília Senlle, Mario Brunoro, Rafael Monteiro Tannus e Tatiane Klein. **Instituto Socioambiental**, [s. l.], 9 nov. 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/nao-foi-um-acidente-diz-ailton-krenak-sobre-a-tragedia-de-mariana>. Acesso em: 10 mar. 2021.

LAURIA, Mariano Paganini; BARROS, Marcus Aurélio de Freitas; QUEIROZ, Nou-raide Fernandes Rocha de. **Procedimentos extrajudiciais e instrumentos de atuação do Ministério Público** (recurso eletrônico). Natal: SEDIS, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Samarco**, 2020. Disponível em: <http://www.mpf.br/grandes-casos/caso-samarco>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Recomendação Conjunta nº 10**, de 26 de março de 2018. Estabelece recomendações às empresas Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billinton Brasil acerca do direito de acesso à informação, dos levantamentos e cadastramentos dos atingidos, do auxílio financeiro emergencial, do Programa de Indenização Mediada e demais políticas indenizatórias e da assistência jurídica gratuita. Disponível em: <https://www.mpes.mpf.br/Arquivos/Anexos/0f19e77d-09c4-4d33-b231-ca09917f8371.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Parecer nº 279**, de 22 de março de 2018. Avaliação participativa da minuta do Termo de Ajustamento de Conduta sobre a Governança (TAC-Governança), do processo de reparação e recuperação dos danos decorrentes do rompimento de barragens de rejeitos das mineradoras Samarco, BHP e Vale em Mariana, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.mpf.mpf.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/parecer-no-279-2018>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MPMG pede na Justiça extinção da Fundação Renova. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, [s. l.], 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.mpmg.mpf.br/comunicacao/noticias/mpmg-pede-na-justica-extincao-da-fundacao-renova.htm>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MUNIZ, Tânia Lobo; SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, v. esp., p. 288-311, dez. 2018.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ROLAND, Manoela; *et al.* Negociação em contextos de violações de Direitos Humanos por empresas: uma breve análise dos mecanismos de solução negociada à luz do caso do rompimento da barragem de Fundão. *In: Versos: Textos para discussão Poemas*, Juiz de Fora, n. 1, v. 2, p. 3-25, 2018. ISSN: 2526-9658. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/RPRD-2018-Dossi%C3%AA-TAC-Governan%C3%A7a-versos>.

pdf. Acesso em: 11 mar. 2021.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019a.

VITORELLI, Edilson. **Palestra On-line - MPPR - Litígios estruturais, Ministério Público e tutela coletiva**, 2019b. 1 vídeo (126 min.). Publicado pela Escola Superior do MPPR. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=NrVLBQIeBtk>. Acesso em: 11 mar. 2021.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**: teoria e prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes, *et al.* Ações individuais no caso Rio Doce: interrupção da prescrição, suspensão da prescrição e comportamento contraditório dos litigantes no processo de autocomposição. **Revista de Processo (RePro)**, São Paulo, v. 298, p. 193-217, dez. 2019. Disponível em:

<http://www.defensoria.es.def.br/site/wp-content/uploads/2016/10/A%C3%A7%C3%B5es-individuais-no-caso-Rio-Doce-interrup%C3%A7%C3%A3o-da-prescri%C3%A7%C3%A3o-Artigo-Revista-RT.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2005. 295 f. Porto Alegre, set. 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.



VENDA PROIBIDA  
IMPRESSO COM  
RECURSOS PÚBLICOS



**MPCE**  
Ministério Público  
do Estado do Ceará



**ESMP**  
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



**CEAF**  
CENTRO DE ESTUDOS E  
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE  
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713  
[www.mpce.mp.br/institucional/esmp](http://www.mpce.mp.br/institucional/esmp)