

Ano 16 - Nº 2
jul./dez. 2024
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 16, Nº 2 (JUL./DEZ. 2024) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

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

Dados Internacionais da Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica - Biblioteca da ESMPCE

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Ano 16, nº 2 (jul./dez. 2024) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE, 2024.

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).

CDD 340

Elaborada pela Bibliotecária Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB 3/1162
Filiada à Associação Brasileira de Editores Científicos - ABEC

EXPEDIENTE

Procurador-Geral de Justiça

Haley de Carvalho Filho

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Manuel Pinheiro Freitas

Coordenadora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Editor-Chefe

André Luís Tabosa de Oliveira

Editora-Executiva e Gerente de Pós-Graduação

Marcela Márjore Olímpio Pereira

Conselho Editorial

Alexandre Pinto Moreira

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

André Araújo Barbosa

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Eneas Romero de Vasconcelos

Flávia Soares Unneberg

Hugo Vasconcelos Xerez

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

João Santa Terra Júnior

Manuel Pinheiro Freitas

Manuel Lima Soares

Mark Vlasic Nicholas Cowdery

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

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

André Zech Sylvestre

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Antonio Henrique Graciano Suxberger

Ardyllis Alves Soares

Cláudia dos Santos Costa

Dairton Costa de Oliveira

Daniel Ferreira de Lira

Douglas Fischer

Eneas Romero de Vasconcelos

Fabiana Medeiros Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco das Chagas de Vasconcelos Neto

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

José Borges de Moraes Júnior

Lucas Felipe Azevedo de Brito

Lincoln Simões Fontenele

Luciana de Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen

João Santa Terra Júnior

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Maria Jacqueline Faustino Alves do Nascimento

Nara Rúbia Silva Vasconcelos Guerra

Nicholas Cowdery

Paulo Antonio Locatelli

Plácido Barroso Rios

Roberto Carlos Silva

Rafael Matos de Freitas Moraes

Sheila Cavalcante Pitombeira

Venusto da Silva Cardoso

Normalização, Editoração e Revisão

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB3/1162

Projeto gráfico e Diagramação

Francisco Everton da Silva Viana - CE 01799 DG

Revisão ortográfica em língua portuguesa

Volnei Oliveira Araújo

Gerente Administrativa

Lise Alcântara Castelo

Chefe de Departamento de Desenvolvimento de Cursos - em exercício

Kelviane Sombra Lima

Chefe de Departamento de Gestão por Competências

Mirella Grimaldi Fonseca

Assessor Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol

Rua Maria Alice Ferraz, 120. Luciano Cavalcante, Fortaleza-CE - CEP: 60.811-295.

Fone: (85) 3452.4521 / 3452.3709 / 3252.1790 / www.mpce.mp.br/institucional/esmp

E-mail: revistaacademica.esmp@mpce.mp.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

A RELEVÂNCIA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE RELEVANCE OF INTELLIGENCE ACTIVITY FOR THE PROMOTION OF INSTITUTIONAL SECURITY OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

Antônio Eduardo Cavalcante Barros

Nelson Ricardo Gesteira Monteiro _____ 13

AMPLIAÇÃO DO CONFISCO PENAL NA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA: QUESTÃO PROBATÓRIA E ADEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA

EXPANSION OF PENAL CONFISCATION IN SUPPRESSING ORGANIZED ECONOMIC CRIME: PROCEDURAL EVIDENCE AND ADHERENCE TO FUNDAMENTAL RIGHTS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

Emmanuelle Parente Mendes Gósson _____ 33

A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE VIOLADORES DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROBIIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA (NÃO) TAXATIVIDADE DO ROL ALTERADO PELA LEI Nº 14.230/2021

THE CLASSIFICATION OF ACTS OF MISCONDUCT VIOLATING PUBLIC ADMINISTRATION PRINCIPLES IN RELATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADMINISTRATIVE PROBITY: ANALYZING THE (NON) RESTRICTIVE NATURE OF THE LIST AMENDED BY LAW NO. 14.230/2021

Flávio Bezerra _____ 59

DEVERIA O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERVIR NA QUESTÃO DA “TAXA ROSA” (PINK TAX)? UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS PRÁTICAS DE CONSUMO SHOULD THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE INTERVENE IN THE ISSUE OF THE “PINK TAX”? AN ANALYSIS OF GENDER DISCRIMINATION IN CONSUMPTION PRACTICES

Luis Orlando de Sousa Nobre

Francisco Clébio Rodrigues Lopes _____ 83

O CONFISCO ALARGADO DE BENS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS

THE EXTENDED FORFEITURE TO COMBAT CORRUPTION IN MONEY LAUNDERING CRIMES

Marcelo Cochrane Santiago Sampaio _____ 105

O EFEITO DO RACISMO INSTITUCIONAL NAS SENTENÇAS PENAIS

THE EFFECT OF INSTITUTIONAL RACISM ON CRIMINAL SENTENCING

Mariana Dionísio Andrade

Layza Martins Barros

Maria Letícia Silva Rodrigues
Maria Livia Silva Rodrigues _____ 131

O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL
CIVIL REGISTRATION OF BIRTH AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Rafaela de Sousa Andrade Plutarco _____ 149

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

EL CONFLICTO APARENTE DE LEYES EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

O CONFLITO APARENTE DE LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

Adolfo Murillo Granados

Diego Fernando Tarapués Sandino _____ 169

A GUERRA DO RIO: PERDA E RETOMADA DA ORDEM PÚBLICA SOB A LUZ DO DIREITO
THE RIO WAR: LOSS AND RECOVERY OF PUBLIC UNDER THE LIGHT OF LAW

Alexandre Peres Teixeira _____ 213

ACESSIBILIDADE COMO UM CAMINHO PARA O DESENVOLVIMENTO DA LIBERDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DA TEORIA DE AMARTYA SEN

ACCESSIBILITY AS A PATH TO THE DEVELOPMENT OF FREEDOM FOR PEOPLE WITH DISABILITIES BASED ON AMARTYA SEN'S THEORY

Bruno Carlos Pastore

Francisca Chagas Lima Medeiros

Aldrin Willy Mesquita Taborda _____ 245

A INTERSECCIONALIDADE COMO PILAR DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO CASO DA INJÚRIA RACIAL

INTERSECTIONALITY AS A PILLAR FOR THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN BRIEF ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE OF RACIAL INJURY

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior _____ 265

OS AVANÇOS E OS RECUOS JURÍDICO-AMBIENTAIS NA RECUPERAÇÃO DA BR-319
THE LEGAL AND ENVIRONMENTAL ADVANCES AND SETBACKS IN THE RECOVERY OF BR-319

João Gaspar Rodrigues _____ 279

O PODER JUDICIÁRIO SOB AS NOVAS DEMANDAS DO SÉCULO XXI: PERSPECTIVAS DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS ENTRE AS INSTITUIÇÕES

THE JUDICIAL POWER UNDER THE NEW DEMANDS OF THE 21ST CENTURY: PERSPECTIVES FOR NEGOTIATED SOLUTIONS BETWEEN INSTITUTIONS

Letícia Moreira De Martini _____ 309

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CENTRADA EM PESSOAS: PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO GLOBAL

PEOPLE-CENTERED ARTIFICIAL INTELLIGENCE: DATA PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE GLOBAL CONTEXT

Stefani Juliana Vogel _____ 335

APRESENTAÇÃO

Temos a grande satisfação de publicar mais uma edição da Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará (Ano 16 – Nº 2 (jul./dez.) 2024), que chega ao seu 16º ano de existência com o orgulho de ter consolidado a classificação B3 no sistema Qualis da Fundação CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) do Ministério da Educação.

A classificação atribuída à nossa RAESMP significa o reconhecimento por parte do Conselho Técnico-Científico da Educação Superior da CAPES de que a publicação tem relevância no contexto da produção científica nos campos do Direito e das ciências humanas afins.

O reconhecimento da CAPES não teria acontecido sem os esforços do Editor-Chefe e da equipe da Escola Superior do MPCE para adequar a sua Revista Acadêmica aos mais elevados padrões de excelência, a começar pelo ingresso de prestigiados investigadores e professores no seu Conselho Editorial, passando pela admissão de artigos escritos em Espanhol e Inglês por profissionais e acadêmicos de várias partes do mundo, pela adoção do método de seleção às cegas (blind review), até a manutenção da periodicidade das edições.

A presente edição (Ano 16 – Nº 2 (jul./dez.) 2024) conta com 14 (catorze) artigos, no total, sendo 7 (sete) artigos internos e 7 (sete) artigos externos. Nos artigos internos, são explorados os seguintes temas: A RELEVÂNCIA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, de autoria de Antônio Eduardo Cavalcante Barros e Nelson Ricardo Gesteira Monteiro; AMPLIAÇÃO DO CONFISCO PENAL NA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA: QUESTÃO PROBATÓRIA E ADESÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA, de autoria de Emmanuelle Parente Mendes Gósson; A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE VIOLADORES DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA (NÃO) TAXATIVIDADE DO ROL ALTERADO PELA LEI Nº 14.230/2021, de autoria de Flávio Bezerra; DEVERIA O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERVIR NA QUESTÃO DA “TAXA ROSA” (PINK TAX)? UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS PRÁTICAS DE CONSUMO, de autoria de Luis Orlando de

Sousa Nobre e Francisco Clébio Rodrigues Lopes; O CONFISCO ALARGADO DE BENS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS, de autoria de Marcelo Cochrane Santiago Sampaio; O EFEITO DO RACISMO INSTITUCIONAL NAS SENTENÇAS PENAIIS, dos autores Mariana Dionísio Andrade, Layza Martins Barros, Maria Letícia Silva Rodrigues e Maria Livia Silva Rodrigues; O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL, que tem como autora Rafaela de Sousa Andrade Plutarco.

Dentre os artigos externos, as temáticas são as seguintes: EL CONFLICTO APARENTE DE LEYES EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO, de Adolfo Murillo Granados e Diego Fernando Tarapués Sandino; A GUERRA DO RIO: PERDA E RETOMADA DA ORDEM PÚBLICA SOB A LUZ DO DIREITO de Alexandre Peres Teixeira; ACESSIBILIDADE COMO UM CAMINHO PARA O DESENVOLVIMENTO DA LIBERDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DA TEORIA DE AMARTYA SEM de Bruno Carlos Pastore, Francisca Chagas Lima Medeiros e Aldrin Willy Mesquita Taborda; A INTERSECCIONALIDADE COMO PILAR DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO CASO DA INJÚRIA RACIAL de Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior; OS AVANÇOS E OS RECUOS JURÍDICO-AMBIENTAIS NA RECUPERAÇÃO DA BR-319 de João Gaspar Rodrigues; O PODER JUDICIÁRIO SOB AS NOVAS DEMANDAS DO SÉCULO XXI: PERSPECTIVAS DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS ENTRE AS INSTITUIÇÕES de Letícia Moreira De Martini e, por fim, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CENTRADA EM PESSOAS: PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO GLOBAL de Stefani Juliana Vogel.

Com a publicação de mais este número da Revista Acadêmica, a Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará segue cumprindo a sua missão institucional de difundir conhecimentos que são uteis e relevantes para a Instituição Ministerial, para o sistema de justiça e para toda a sociedade.

Boa leitura!

Equipe da Revista Acadêmica ESMP/CEAF-MPCE

A RELEVÂNCIA DA ATIVIDADE DE
INTELIGÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DA
SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

*THE RELEVANCE OF INTELLIGENCE
ACTIVITY FOR THE PROMOTION OF
INSTITUTIONAL SECURITY OF THE
PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE*

A RELEVÂNCIA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA PARA A PROMOÇÃO DA SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO¹

*THE RELEVANCE OF INTELLIGENCE ACTIVITY FOR THE PROMOTION OF
INSTITUTIONAL SECURITY OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE*

Antônio Eduardo Cavalcante Barros²

Nelson Ricardo Gesteira Monteiro³

RESUMO

O artigo examina a evolução da Atividade de Inteligência (AI) no Brasil, destacando a importância da Inteligência na formulação de políticas públicas, abrangendo áreas como política externa, defesa nacional e ordem pública. A análise inclui a definição e os objetivos da Inteligência, a estrutura de controle externo pelo Poder Legislativo e Judiciário, e a implementação de políticas e estratégias voltadas para a Atividade. A doutrina de Inteligência do Ministério Público é abordada como uma ferramenta crucial para fortalecer a atuação institucional, com foco na Segurança Institucional. O artigo detalha ainda como a Inteligência e a Contraineligência devem apoiar a proteção dos ativos do Ministério Público, seguindo diretrizes de segurança orgânica e ativa estabelecidas na Política de Segurança Institucional. A conclusão enfatiza a necessidade de uma abordagem integrada e normativa para garantir a eficácia e a segurança das operações do Ministério Público, destacando a importância da Inteligência na defesa da independência e na proteção da instituição.

1 Data de Recebimento: 05/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

2 Especialista em Inteligência Policial e Segurança Pública pela Escola Superior de Direito Policial (ESDP/FIP). Especialista em Planejamento e Gestão em Defesa Civil pela Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza (FAMETRO). Especialista em Sistema Jurídico e Criminalidade pela Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza (FAMETRO). Especialista em Altos Estudos Estratégicos de Segurança Pública pela Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (AESP). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Capacitado no Curso de Procedimentos de Inteligência pela Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). Capacitado no Curso de Aperfeiçoamento em Segurança Pública, desenvolvido no âmbito do Programa Academia Nacional de Polícia da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), em parceria com a Academia Nacional de Polícia da Polícia Federal (ANP/PF). Policial Militar do Estado do Ceará. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2282160359105149>. Email: eduardo.barros@mpce.mp.br.

3 Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR no ano de 1993, Pós-graduado e Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Promotor de Justiça do Estado do Ceará desde o ano de 1997. Possui cursos de inteligência voltado as atividades do Ministério Público fornecidos pela Escola da Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, no ano de 2001, pela Escola de Inteligência do Exército Brasileiro – CIE nos anos de 2019 e 2020. Coordenou o Núcleo de Segurança Institucional NUSIT do MPCE nos anos de 2016/2017 e 2020/2023. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2451351443066875>. Email: nelsongesteira@mpce.mp.br.

Palavras-chave: inteligência; contrainteligência; doutrina; segurança institucional.

1 INTRODUÇÃO

A Atividade de Inteligência (AI) é uma ferramenta utilizada pelas diversas esferas do Estado para coletar, analisar e disseminar, informações relevantes para a tomada de decisões de gestores superiores. Ela tem a responsabilidade de produzir conhecimentos com base em uma metodologia própria e especializada, obtendo assim subsídios sobre temas relevantes e de interesse de determinado órgão. Conforme Cepik (2023), de maneira ampla, Inteligência seria sinônimo de conhecimento ou informação analisada; de forma mais restrita, seria a coleta de informações sem consentimento, cooperação ou conhecimento por parte dos alvos da ação. Ainda sobre a definição do termo, trazemos um conceito clássico apresentado por Platt:

Informações (intelligence) é um termo específico e significativo, derivado da informação, informe, fato ou dado que foi selecionado, avaliado, interpretado e, finalmente, expresso de forma tal que evidencie sua importância para determinado problema de política nacional corrente. Esta definição traz à tona o problema da distinção entre o informe bruto (raw information) e a informação acabada (finished intelligence), distinção que é objeto de tanto orgulho profissional na Comunidade de Informações (Platt, 1974, p. 31).

Diferente do que ocorrera em um passado recente, muito por conta de sua aplicação em regimes autoritários, o tema Inteligência no Brasil atualmente se encontra em pleno processo de consolidação. A recente publicação da Doutrina de Inteligência do Ministério Público brasileiro, por meio da Resolução nº 260/2023 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), é um exemplo claro, e busca padronizar a Atividade de Inteligência desenvolvida no âmbito do parquet nacionalmente, além de uniformizar a tramitação e a guarda segura de dados e conhecimentos, trazendo a instituição para uma realidade contemporânea nesta temática, permitindo que ela consiga atuar no mesmo patamar de outros órgãos de Inteligência externos.

Mais atual ainda temos a Política Nacional de Inteligência e o Sistema de Inteligência do Ministério Público, lançados na Resolução nº 292/2024. A Política é um instrumento destinado a guiar e reforçar a Atividade de Inteligência no apoio à atuação estratégica, investigação, e proteção da ordem jurídica, do regime democrático, e dos direitos sociais e individuais inalienáveis em todas as unidades e ramos do Ministério

Público nacional. Por sua vez o Sistema de Inteligência do Ministério Público tem como principais objetivos garantir a proteção e a disseminação segura e oportuna de dados, informações e conhecimentos de inteligência entre os Ministérios Públicos, além de possibilitar a integração desses órgãos aos demais sistemas e subsistemas congêneres do país.

Com essas ferramentas e fazendo uso de uma metodologia própria, aplicada ao Ministério Público (MP) ele se habilita, na União e nos estados, a falar a mesma língua quando se trata da temática Inteligência, promovendo o fortalecimento da Atividade de Inteligência ministerial. Bem como se torna apto a participar de sistemas que interligam vários órgãos, como é o caso do Sistema Brasileiro de Inteligência.

No que se refere à Segurança Institucional do MP, é inegável a contribuição da Inteligência para que essa outra atividade possa ser desenvolvida em atendimento ao que preceituam as doutrinas que a estabelecem. É o conhecimento produzido pela Inteligência que alimenta as análises de risco e os estudos de cenários, de alvos e de ameaças, amparando o emprego das equipes operacionais que atuam na proteção da instituição e seus integrantes.

Este artigo tem como objetivo geral demonstrar a importância da Atividade de Inteligência no cotidiano funcional do Ministério Público, em todas suas esferas de planejamento (político, estratégico, tático e operacional), com foco nas estratégias e resultados alcançados pela instituição. Dentre seus objetivos específicos procura analisar os reflexos da Inteligência como figura essencial na integralidade da Segurança Institucional, notadamente por meio da aplicação de medidas de Segurança Orgânica e Segurança Ativa, segmentos da Contraineligência, que por sua vez, é um ramo da Atividade de Inteligência.

A estratégia metodológica do presente trabalho científico é exploratória, qualitativa e quantitativa, bibliográfica e documental, a partir de um referencial teórico extenso, baseado também na experiência profissional prática. A linha de pesquisa trilhada está relacionada a uma temática de relevância para a instituição a qual se dirige, refletindo nos prismas de governança pública e gestão estratégica.

É importante reforçar que o artigo está inserido em um viés científico que busca, por meio da Atividade de Inteligência ministerial, trazer para a instituição uma ferramenta que amplia a capacidade no processo de tomada de decisão por parte de órgãos superiores da administração, a fim de que esse ativo seja aproveitado estrategicamente para gerar resultados ainda mais positivos.

2 A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NO BRASIL NA ERA CONTEMPORÂNEA

A Atividade de Inteligência (AI) no Brasil tem sua história recente firmada por meio da Lei nº 9.883 de 07 de dezembro de 1999, que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e criou a Agência Brasileira de Inteligência (Abin), a qual passou a ser o órgão central do referido sistema. Apesar do surgimento de outros sistemas de inteligência mais específicos, o Sisbin é o principal sistema nacionalmente falando, cabendo a ele “integrar as ações de planejamento e execução das atividades de inteligência do País, com a finalidade de fornecer subsídios ao Presidente da República nos assuntos de interesse nacional”(Brasil, 1999).

A lei estabelece ainda o que se entende por Atividade de Inteligência, sendo:

[...] a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado (Brasil, 1999).

A Inteligência é portanto, uma atividade tipicamente de Estado, que envolve coleta, análise e disseminação de conhecimentos uteis para a tomada de decisão de um gestor, e a conseqüente implementação de políticas públicas que segundo Cepik (2023), envolvem prioritariamente questões de política externa, defesa nacional e ordem pública.

Kent afirma que possuir o conhecimento produzido por meio de técnicas especializadas, como na Atividade de Inteligência, dota governantes de dados estratégicos que o coloca a frente de dos demais:

Assim os líderes de nossa política têm necessidade de uma grande soma de conhecimentos sobre os demais países. Eles precisam de conhecimentos que sejam completos, preciosos, oportunos e que possam servir como base para ação. Para pôr em execução sua política positiva devem, primeiro e antes de mais nada, conhecer os outros países como entidades objetivas (Kent,1967, pg. 20).

A Lei nº 9.883 prevê também que a Atividade de Inteligência está sujeita a um controle externo, exercido prioritariamente pelo Poder Legislativo, que se faz por meio da Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência do Congresso Nacional (Ccai), instituída em 2000. Desde então, os órgãos de Inteligência brasileiros contam

com um órgão do Congresso Nacional para exercer o controle externo político finalístico sobre eles. A Ccai é portanto integrada pelos líderes da maioria e minoria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, bem como pelos Presidentes das Comissões de Relações Exteriores e Defesa Nacional da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Ainda em relação ao controle externo, em situações específicas, a AI passa a ser fiscalizada pelo Poder Judiciário, por meio de manifestações prévias ou posteriores às ações operacionais das agências, notadamente aquelas ligadas a segurança pública, no caso de autorizar ações como, por exemplo, interceptação telefônica, infiltração de agentes, dentre outras permitidas legalmente.

Em se tratando do controle interno, cada agência possui seus próprios procedimentos específicos e suas instâncias de fiscalização. No âmbito do Poder Executivo, o papel do responsável pela pasta na supervisão da Atividade de Inteligência varia conforme a colocação do órgão ou unidade de Inteligência em cada estrutura. No caso da ABIN, por exemplo, antes subordinada ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI), mas atualmente vinculada à Casa Civil, cabe ao chefe desta pasta a função crucial em termos de supervisão.

Percebe-se que por se tratar de uma atividade permeada pelo secretismo, a Inteligência requer mecanismos de controles para garantir que esteja em conformidade com a Constituição Federal e com os direitos e garantias individuais, além de assegurar a utilização adequada de recursos públicos.

Em junho de 2016 foi lançada, por meio do Decreto nº 8.792, a Política Nacional de Inteligência (PNI), instrumento com o objetivo de dar orientação à Atividade de Inteligência no País. Assim como o Sistema essa Política inspirou outras posteriores, e procura definir parâmetros e limites de atuação, estabelecendo pressupostos, objetivos, instrumentos e diretrizes, no âmbito do Sisbin. A PNI adota também os seguintes conceitos:

Atividade de Inteligência: exercício permanente de ações especializadas, voltadas para a produção e difusão de conhecimentos, com vistas ao assessoramento das autoridades governamentais nos respectivos níveis e áreas de atribuição, para o planejamento, a execução, o acompanhamento e a avaliação das políticas de Estado. A atividade de Inteligência divide-se, fundamentalmente, em dois grandes ramos:

I – Inteligência: atividade que objetiva produzir e difundir conhecimentos às autoridades competentes, relativos a fatos e situações que ocorram dentro e fora do território nacional, de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental e a

salvaguarda da sociedade e do Estado;

II –Contrainteligência: atividade que objetiva prevenir, detectar, obstruir e neutralizar a Inteligência adversa e as ações que constituam ameaça à salvaguarda de dados, conhecimentos, pessoas, áreas e instalações de interesse da sociedade e do Estado (Brasil, 2016).

Posteriormente, em dezembro de 2017 é lançada a Estratégia Nacional de Inteligência (ENINT), que é um documento de orientação e coordenação decorrente da PNI. A Estratégia busca consolidar conceitos e identificar desafios para a Atividade de Inteligência, além de definir eixos estruturantes e objetivos estratégicos.

A cerca de um ano o Sisbin passou por uma reformulação, publicada em setembro de 2023 por meio do Decreto nº 11.693, trazendo assim uma nova organização e funcionamento do sistema. Reforçando a Abin como órgão central do sistema, o decreto prevê como integrantes do Sisbin os órgãos permanentes, dedicados, associados e federados. Para as três últimas categorias são fixados critérios de ingresso de outras instituições no sistema, baseado na Política Nacional de Inteligência.

Figura 1: Composição do Sisbin



Fonte: Site da Agência Brasileira de Inteligência

Demonstrada a relevância da Atividade de Inteligência para o processo decisório de órgãos da estrutura do Estado, e a contribuição que esta pode fornecer na formulação de políticas públicas nas mais diversas instituições, fica mais evidente compreender a razão de haverem diversas categorias de Inteligência nas mais distintas áreas e setores. Desde

que desenvolvam conhecimentos a serem protegidos, há possibilidade de emprego da Inteligência. Validando esse entendimento, Gonçalves manifesta que:

[...] Atividade de Inteligência diz respeito à obtenção e análise de diferentes níveis de informações que venham a subsidiar o processo decisório de diferentes níveis e atividades. Daí que praticamente tudo pode ser objeto de análise de informações: questões de política externa, assuntos internos, problemas estratégicos contemporâneos, temas fiscais, segurança pública, produção industrial e agrícola, meio ambiente, epidemias e saúde pública, política energética. De fato, onde houver planejamento e processo decisório (e dados negados a serem obtidos sobre esses assuntos), a atividade de inteligência (em suas diferentes modalidades) mostra-se útil (Gonçalves, 2013, p. 23).

Desta forma, apresentam-se algumas taxonomias diversas para a Atividade de Inteligência.

Inteligência Militar e de Defesa - Se refere à coleta de informações estratégicas para auxiliar as decisões das diferentes hierarquias das forças armadas. É também o processo de obter dados confidenciais para orientar o planejamento militar em tempos de guerra ou de paz. Woloszyn sintetiza assim:

De forma geral, a inteligência militar é o exercício permanente de ações especializadas de diferentes fontes direcionadas para a obtenção de dados e avaliações que impliquem ameaças, veladas ou dissimuladas, capazes de influir na segurança e defesa do país ou, de maneira inversa, se traduzam em oportunidades para os interesses estratégicos, em especial, da indústria de defesa; identificação, avaliação e neutralização de ações adversas promovidas por forças militares de outros países e salvaguarda de conhecimentos e dados que, no interesse da segurança e defesa do Estado, devam ser protegidos (Woloszyn, 2018, p. 36).

Inteligência Policial ou Criminal - Aborda medidas para auxiliar na repressão de crimes e grupos criminosos. No Brasil, essa responsabilidade recai sobre as polícias estaduais (civil e militar), a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Federal. Ela se apresenta em dois níveis: estratégico e tático operacional. No estratégico tem como escopo o assessoramento do processo decisório em ações de planejamento. Atua ainda na

identificação de indícios e tipologias que auxiliam o trabalho da polícia judiciária e do Ministério Público, se tornando uma ferramenta fundamental na elaboração de políticas públicas de segurança. No nível tático operacional ocorre a busca de dados e a produção de conhecimentos que podem ser úteis às autoridades policiais em suas tarefas de investigação criminal. Entretanto, deve-se frisar que quem faz Inteligência não deve realizar investigação criminal, e que o conhecimento produzido pela Inteligência Policial não deve ser usada para a produção de provas, e sim como uma orientação para outras ações.

Inteligência de Segurança Pública – É uma categoria mais ampla e abrangente que a Inteligência Policial. Seu prisma de atuação é a segurança pública sob uma perspectiva estratégica de manutenção da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Como bem define a Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (Dnisp):

[...] o exercício permanente e sistemático de ações especializadas para a identificar, avaliar e acompanhar ameaças reais ou potenciais na esfera de Segurança Pública, basicamente orientadas para a produção e salvaguarda de conhecimentos necessários para subsidiar os tomadores de decisão, para o planejamento e à execução de uma política de Segurança Pública e das ações para prever, prevenir, neutralizar e reprimir atos criminosos de qualquer natureza que atentem à ordem pública, à incolumidade das pessoas e do patrimônio (Brasil, 2016).

Inteligência Financeira - Refere-se ao conjunto de estratégias de Inteligência utilizadas para identificar crimes financeiros, pessoas, organizações e informações relacionadas, visando combater esses ilícitos e neutralizar as atividades de indivíduos e grupos. Atualmente, é considerado um dos principais instrumentos no combate ao crime organizado.

Inteligência Fiscal - Na sua vertente tributária a Inteligência concentra-se em identificar e recolher dados sobre crimes contra a ordem tributária, gerando conhecimento sobre o assunto. Um dos seus papéis é buscar informações não declaradas pelos contribuintes, e recuperação de ativos, especialmente aquelas relacionadas a grandes quantias de dinheiro.

Inteligência Estratégica - Essa categoria de Inteligência se concentra em questões de longo prazo, especialmente na formulação de cenários futuros. Ela trata do conhecimento estratégico fundamental para a segurança e prosperidade de um país, sendo utilizada pelos principais tomadores de decisão e planejadores do governo. É conhecida às vezes

como Inteligência de Estado ou Inteligência Nacional. Nessa vertente nossa representante maior é a Agência Brasileira de Inteligência.

Inteligência Ministerial – Categoria relativa a Atividade de Inteligência vinculada ao Ministério Público. Busca dar ao órgão maior subsídio para a tomada de decisões estratégicas, bem como para orientações táticas e operacionais, visando a implementação de planos e programas direcionados a áreas específicas ou através do suporte as diversas e mais complexas atividades exercidas pelo MP. Esta categoria é de relevante importância para o presente trabalho, e sobre suas especificidades nos ateremos mais a frente. Ademais Pacheco defende da seguinte forma a existência da Inteligência Ministerial:

[...] O Ministério Público, portanto, deve utilizar-se de métodos, técnicas e ferramentas adequadas para lidar com as informações necessárias ao desempenho de suas finalidades constitucionais, sejam aqueles convencionalmente denominados —atividade de inteligência, sejam, numa visão mais —gerencial, seus equivalentes dos sistemas de gestão da informação e da inteligência competitiva. Diante da crescente complexidade dos fatos com os quais lida o Ministério Público e a necessidade de sua atuação sistêmica, seja na área cível (por exemplo, ações civis para defesa de interesses difusos e coletivos), seja penal (por exemplo, programas de prevenção e repressão à criminalidade), o certo é que o Ministério Público deve utilizar algum sistema de gestão da informação, superando a fase individualista e amadorística de muitos de seus membros, e alcançando a racionalidade gerencial exigida pelo princípio constitucional da eficiência (Pacheco, 2013, p. 270).

3 A DOCTRINA DE INTELIGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O dicionário Michaelis (2024) define doutrina como: “Conjunto de princípios em que se fundamenta um sistema religioso, político ou filosófico; ideologia, sistema, teoria.” Doutrinas são portanto, princípios elaborados para orientar políticas ao longo de períodos que se esperam ser mais extensos do que meros dias, semanas ou meses, não se limitando a ações isoladas.

Por envolver o segredo como um instrumento e, em certa medida, como um requisito para sua eficácia, a Atividade de Inteligência deve ser regulamentada. Esse controle deve ocorrer tanto internamente, por meio do direcionamento apropriado de suas ações, quanto externamente, por órgãos estabelecidos legalmente. Nesse sentido a existência de conceitos doutrinários permitem que a AI respeite princípios éticos e o Estado De-

mocrático de Direito, como bem corrobora Pellanda:

Na atividade de Inteligência, os dilemas éticos que o agente público pode enfrentar ultrapassam o dualismo público-privado, pois suas atribuições afetam e são diretamente afetadas por uma série de princípios de ordem pública, mais especificamente constitucional. O conflito de interesses passa a ser, portanto, inteiramente público, e envolve a confrontação direta de princípios constitucionais. Para identificarmos tais princípios, é necessário compreendermos os elementos que caracterizam a atividade (Pellanda, 2005, p. 61).

A Abin lançou em novembro de 2023 a reformulação da Doutrina da Atividade de Inteligência, que trouxe fundamentações atualizadas, redefinindo conceitos e princípios. Um documento atual e aberto, que visa aproximar a atividade da sociedade brasileira.

Como já mencionando, existem outras categorias de Inteligência que possuem suas doutrinas próprias, como é caso da Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (Dnisp), que após passar por algumas alterações, está em sua 4ª edição, aprovada pela Portaria nº 2, de 12 de janeiro de 2016/SENASP. A Dnisp é instrumento orientador para órgãos de segurança pública (policias militares, policias civis, corpos de bombeiros, Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal), a partir da mesma, outras doutrinas mais específicas foram e podem ser criadas, como por exemplo, a doutrina da Polícia Militar de um determinado Estado.

O Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional efetivou a Doutrina Nacional de Inteligência Penitenciária (Dnipen), no ano de 2013. A Dnipen visa subsidiar o planejamento de políticas públicas por meio da materialização da Inteligência Penitenciária como instrumento colaborativo no combate ao crime organizado, especialmente as ações perpetradas por indivíduos reclusos em unidades prisioneiras, sejam federais ou estaduais.

Já em relação ao Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça instituiu por meio da Resolução nº 447/22 a Doutrina de Inteligência de Segurança Institucional do Poder Judiciário, considerada como documento de acesso restrito, classificada como reservada, procura tornar efetiva a padronização de metodologia própria para a produção de conhecimento e o estabelecimento de uma linguagem única para todas as unidades de Inteligência de Segurança Institucional do Poder Judiciário.

Diante das evoluções realizadas por diversas instituições, no sentido de criarem suas doutrinas específicas, o Ministério Público mostrou-se antenado com o tema e enviou esforços nesta mesma direção. Em março de 2023 o CNMP publicou a Resolução nº 260/2023, que instituiu a Doutrina de Inteligência do Ministério Público brasileiro.

O objetivo do documento é guiar, legalizar e padronizar a Atividade de Inteligência realizada dentro do Ministério Público da União e dos Estados. Ela busca promover a integração e a formalização da cooperação técnica entre os MPs e outros órgãos de Inteligência externos, além de uniformizar o processo de tramitação e a segura guarda de dados e conhecimentos.

Os Ministérios Públicos da União e dos Estados devem a partir de então realizar atividades que permitam a aplicação da doutrina descrita na resolução em suas áreas de atuação, com o objetivo de fortalecer a Atividade de Inteligência ministerial, mostrando assim sua relevância para a instituição, como fortalece Barcellos:

A Atividade de Inteligência, inicialmente restrita aos campos militares, hoje é tema presente em instituições públicas e corporações privadas, vez que atua permitindo que o decisor vislumbre oportunidades e mitigue riscos. Destarte, faz-se necessário avançar para a profissionalização dessa atividade no âmbito do Ministério Público brasileiro, para a estruturação de normas, procedimentos e protocolos que balizarão a Atividade de Inteligência e a execução de operações para coleta e busca de dados.

Mostra-se premente, dado o cenário atual, que se realizem os avanços e investimentos necessários para dotar o Ministério Público da capacidade de uma atuação proativa e segura, na tomada de decisões e na salvaguarda e proteção dos seus ativos. Quando se compreende o fim a que se destina a Atividade de Inteligência, qual seja, o assessoramento estratégico de um tomador de decisões, verifica-se seu caráter de imprescindibilidade (Barcellos, 2022, p. 275).

Devido à variedade de responsabilidades e à complexidade dos desafios enfrentados pelo Ministério Público, como a defesa da saúde pública, dos direitos da criança e do adolescente, do idoso, do consumidor, das populações nativas, e especialmente no que diz respeito a crimes empresariais, corrupção, organizações criminosas, crimes ambientais, entre tantas outras funções, a instituição não pode deixar de utilizar essa ferramenta tão valiosa que é a Atividade de Inteligência. O conhecimento e as técnicas operacionais fornecidas por ela possibilitam o intercâmbio de dados, informações e conhecimentos com outras entidades externas semelhantes. Além disso, a Inteligência envolve a recepção, concentração e análise das numerosas informações dispersas dentro da instituição, convertendo-as em conhecimento. Isso estabelece um fluxo organizado que torna esses dados e informações úteis e práticos, permitindo que o MP atue de forma preventiva em diversas áreas de sua atuação.

Compreende-se desta maneira, que a formulação de uma doutrina própria habilita o Ministério Público a evoluir por meio de suas unidades de Inteligência, que podem ser voltadas a auxiliar investigações concretas e subsidiar o planejamento e a execução das diversas ações perpetradas pelo MP, isso de forma tática; ou assessorar o processo decisório institucional, de forma estratégica.

Cabe sempre recordar que a AI se divide em dois principais aspectos ou ramos: a Inteligência, que busca obter e analisar informações, bem como produzir e difundir conhecimentos para apoiar decisões estratégicas; e a Contraineligência, que visa proteger, prevenir, detectar, obstruir e neutralizar ações de qualquer natureza que constituam ameaça à salvaguarda de dados, informações e conhecimentos do órgão a que se destina. Esses dois aspectos estão interligados e se beneficiam mutuamente. Muitas vezes, ambas as especialidades realizam ações sistêmicas, prospectivas ou exploratórias, para identificar oportunidades ou ameaças aos ativos de um sistema ou agência, seguindo ciclos específicos de produção de conhecimento.

Com relação a função do ramo de Contraineligência, ou seja, o propósito precípua de assegurar a proteção dos ativos tangíveis e intangíveis da organização, podemos dizer que de certa forma se associa a Segurança Institucional. Sobre o tema e sua aplicabilidade no Ministério Público nos debruçaremos no próximo tópico.

4 A ATUAÇÃO DA INTELIGÊNCIA NA SEGURANÇA INSTITUCIONAL DO MP

O cumprimento da missão constitucional do Ministério Público muitas vezes resulta em enfrentamentos a agentes e organizações que buscam proteger seus interesses ilícitos. Não raras vezes eles podem recorrer a atentados e ameaças contra os membros ou a própria a instituição, para tentar dissuadi-los de cumprir suas funções institucionais. Essas ações são contrárias à ordem jurídica, desafiam o Estado Democrático de Direito e colocam em risco a independência do Ministério Público brasileiro.

Esse atual contexto de risco enfrentado pelos MPs e seus membros torna evidente a necessidade de implementar uma política de proteção institucional. Essa política deve garantir que os integrantes do órgão possam exercer suas atividades livremente, além de controlar as vulnerabilidades relacionadas à informação, aos sistemas e estruturas físicas. Portanto, é crucial que o Ministério Público brasileiro desenvolva mecanismos para preservar a identidade, imagem e sua reputação, assim como a atuação independente de seus membros.

O alicerce fundamental para esse modelo de ação é a criação e promoção contínua de uma cultura de Segurança Institucional. Isso requer conscientização e sensibilização

constantes de cada membro sobre sua responsabilidade na proteção pessoal e institucional. Mas também requer da instituição medidas voltadas para essa segurança interna, que podem se dar por meio da aplicação de normatizações e de medidas efetivas de segurança. Daí a premissa que a Atividade de Inteligência, notadamente por meio do ramo Contraineligência, deve dar suporte a Segurança Institucional. Como bem frisa Júnior:

[...] deve-se, com urgência, ocorrer a estruturação normativa da Contraineligência e da inteligência no Ministério Público brasileiro, com a compreensão da segurança como princípio máximo legitimador de tais atividades, objetivando respaldar o ciclo de produção do conhecimento, em especial o acesso aos dados necessários para a concretização das análises objetivas de vulnerabilidades e dos diagnósticos de ameaças aos ativos (ainda que as doutrinas específicas de outras Instituições sejam de elevada valia e apurada técnica, o Ministério Público é instituição peculiar e possui demandas próprias que devem ser consideradas no momento de avaliar as técnicas de produção do conhecimento, a manutenção do sigilo do seu produto e, principalmente, a transmissão da informação para os destinatários) (Júnior, 2019, p.30);

Em 2016 foi publicada Resolução nº 156 do CNMP, responsável por instituir a Política de Segurança Institucional e o Sistema Nacional de Segurança Institucional do Ministério Público. Estabelecendo diretrizes e mecanismos para garantir, a nível nacional, as condições necessárias ao pleno exercício das atividades da instituição e de seus integrantes. A norma indica que a segurança institucional se divide em medidas de segurança orgânica e segurança ativa:

Art. 3º A segurança institucional compreende o conjunto de medidas voltadas a

prevenir, detectar, obstruir e neutralizar ações de qualquer natureza que constituam ameaça à salvaguarda da Instituição e de seus integrantes, inclusive à imagem e reputação.

§ 1º As medidas a que se reporta o caput compreendem a segurança orgânica e a segurança ativa.

§ 2º A segurança orgânica é composta pelos seguintes grupos de medidas:

I – segurança de pessoas;

II – segurança do material;

III – segurança das áreas e instalações;

IV – segurança da informação.

§ 3º A segurança ativa compreende ações de caráter proativo e medidas de contrassabotagem, contraespionagem, contra crime organizado e contrapropaganda. CNMP (2016).

Nota-se que as medidas de segurança orgânica (Segor) e segurança ativa (Segat) também estão previstas na Doutrina de Inteligência do MP, sendo relatadas como segmentos da Contrainteligência, dado o seu caráter preventivo e peditivo. O que fortalece a hipótese que a Atividade de Inteligência e a Segurança Institucional devem atuar irmanadas, preferencialmente em um mesmo órgão dentro da instituição. O que facilita a interação de ações e medidas, dadas as complexidades e especificidades envolvidas, bem como as peculiaridades de ambos os segmentos.

A ausência de uma cultura que compreenda adequadamente a Atividade de Inteligência, acompanhado da falta de normativos que estabeleçam esse tema, são obstáculos que dificultam a implementação organizada e sistemática de um órgão de Inteligência e Segurança Institucional com funções específicas no Ministério Público. É crucial, portanto, sensibilizar a instituição sobre a importância de desenvolver uma estrutura normativa, técnica e operacional para um setor responsável pela Contrainteligência dentro da mesma, realizando essa tarefa com profissionalismo e capacitação adequada, uma vez que toda Atividade de Inteligência requer metodologia e técnicas específicas. A Contrainteligência é portanto, essencialmente uma proteção, um escudo que reduz riscos, minimiza vulnerabilidades e pode até prever ameaças, proporcionando à instituição uma vantagem estratégica contra agentes ameaçadores.

A aplicação de medidas de Contrainteligência, notadamente por meio da segurança orgânica e da segurança ativa, como já dito, igualmente medidas de Segurança Institucional, abarcam um conjunto de ações que visam a proteção e a salvaguarda da instituição e de seus recursos humanos, podendo ainda alcançar usuários dos serviços deste órgão quando estiverem utilizando suas áreas e instalações. De forma mais detalhada essas ações se dão no âmbito do Ministério Público das seguintes formas:

A Segurança Orgânica é o conjunto de medidas destinadas a prevenir e obstruir ameaças ao órgão, e sua estrutura se consiste em:

- Segurança de pessoas - refere-se às medidas de segurança destinadas à manutenção da normalidade do cotidiano funcional das pessoas envolvidas com a rotina da instituição. Em alguns casos, envolve a proteção e garantia da incolumidade física e moral de agentes públicos, que, ao desempenharem suas atribuições funcionais, podem colocar-se em situação de risco ou de possíveis ameaças, por vezes inclusive de seus familiares;
- Segurança do material - conjunto de medidas de segurança voltadas à proteção e

salvaguarda dos bens móveis e imóveis passíveis de mensuração patrimonial que subsidiaram o funcionamento das unidades do MP, inclusive documentação;

- Segurança das áreas e instalações - medidas de segurança que objetivam a proteção e o resguardo de todos os espaços físicos onde são realizadas as atividades da instituição, inclusive impedindo acessos não autorizados;

- Segurança da informação - conjunto de medidas que visa à proteção de informações, das comunicações, dos dados e dos conhecimentos pertencentes à instituição, cujo acesso por pessoa não autorizada pode culminar em graves prejuízos. Pela sua relevância, importância, complexidade e pelas frequentes atualizações tecnológicas que temos nos dias atuais, a segurança da informação passa a ter um valor primordial. Ela possui subdivisões, havendo assim a segurança da informação no pessoal, na documentação, nas áreas e instalações e nos meios de tecnologia da informação e comunicação.

- Com relação a Segurança Ativa, podemos dizer que são medidas e ações voltadas a proteção do órgão contra ações antagônicas, e se divide em:

Medidas de contrassabotagem - engloba um conjunto de ações destinadas a prevenir, detectar, obstruir e neutralizar atividades deliberadas contra bens materiais, áreas ou instalações e imagem da instituição que possam resultar na interrupção de suas operações e/ou causar impacto físico direto e psicológico indireto em seus membros;

- Medidas de contraespionagem - é o conjunto de estratégias para e prevenir, detectar, obstruir e neutralizar atividades dissimuladas que buscam obter informações sensíveis ou sigilosas da instituição de forma adversa;

- Medidas contra o combate ao crime organizado - envolve um conjunto de ações destinadas a prevenir, detectar, obstruir e neutralizar possíveis atividades prejudiciais de qualquer tipo contra a instituição e seus membros, provenientes de grupos criminosos organizados;

- Medidas de contrapropaganda - refere-se às ações destinadas a prevenir, detectar, obstruir e neutralizar possíveis abusos, desinformações e publicidade enganosa de qualquer tipo contra o órgão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da Atividade de Inteligência no contexto do Ministério Público brasileiro revela a importância crescente dessa função na estruturação e na efetivação das políticas públicas e na proteção dos direitos fundamentais da sociedade. A análise dos aspectos históricos, conceituais e normativos da Inteligência demonstra que, desde a instituição do Sistema Brasileiro de Inteligência com a Lei nº 9.883/1999 até as recentes atualizações promovidas pela Resolução nº 292/2024 e pela Doutrina de Inteligência do Mi-

nistério Público, houve um avanço significativo na formalização e na padronização das práticas de Inteligência no Brasil, e em especial no Ministério Público.

A partir da revisão da literatura e da análise das recentes mudanças legais e doutrinárias, ficou evidente que a Atividade de Inteligência, agora consolidada através de documentos normativos e estratégias específicas, desempenha um papel crucial na estruturação de uma Segurança Institucional robusta para o Ministério Público. A integração dos conceitos de Inteligência e Contraineligência, como evidenciado pelas definições e práticas abordadas, oferece ao Ministério Público ferramentas essenciais para a proteção de suas operações e para a realização de suas funções constitucionais de maneira eficaz e segura.

A Resolução nº 260/2023, ao estabelecer uma Doutrina de Inteligência específica para o Ministério Público, e a Política Nacional de Inteligência e o Sistema de Inteligência do Ministério Público, criam um marco que promove a uniformidade e a integração das ações de Inteligência em nível nacional. Essas normativas visam não apenas fortalecer a capacidade analítica e estratégica do Ministério Público, mas também assegurar a segurança das informações e a proteção dos membros da instituição.

A análise das medidas de Segurança Orgânica e Segurança Ativa, bem como a função da Contraineligência, destaca que a Atividade de Inteligência não é um fim em si mesma, mas um meio para alcançar objetivos maiores de segurança institucional e eficácia na defesa dos interesses públicos. A conexão entre a Inteligência e a Segurança Institucional é um exemplo claro de como ferramentas especializadas podem ser integradas para atender a necessidades complexas e dinâmicas.

Contudo, este estudo também aponta para a necessidade de contínua evolução e profissionalização das práticas de Inteligência no Ministério Público. A implementação efetiva das novas diretrizes e a adaptação às novas demandas e desafios exigem um esforço constante para atualizar métodos, formar pessoal qualificado e promover uma cultura institucional que valorize e compreenda a importância da Atividade de Inteligência.

Para futuras pesquisas, recomenda-se uma investigação mais aprofundada sobre a eficácia das novas normativas e a avaliação de sua aplicação prática no cotidiano das atividades do Ministério Público. Além disso, estudos comparativos com outras instituições e sistemas de Inteligência, tanto nacionais quanto internacionais, podem proporcionar insights valiosos para o aprimoramento contínuo das práticas e estratégias de Inteligência.

Em suma, a Atividade de Inteligência representa um componente essencial para o fortalecimento da Segurança Institucional do Ministério Público, e as recentes reformas oferecem uma base sólida para que a instituição possa enfrentar desafios futuros com maior eficácia e segurança. A continuidade do desenvolvimento dessa área e a adapta-

ção às novas realidades do cenário nacional e internacional são passos fundamentais para a excelência na atuação do Ministério Público em defesa do Estado de Direito e dos direitos dos cidadãos.

THE RELEVANCE OF INTELLIGENCE ACTIVITY FOR THE PROMOTION OF INSTITUTIONAL SECURITY OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

ABSTRACT

The article examines the evolution of Intelligence Activity (AI) in Brazil, highlighting the importance of Intelligence in shaping public policies, covering areas such as foreign policy, national defense, and public order. The analysis includes the definition and objectives of Intelligence, the external control structure by the Legislative and Judiciary branches, and the implementation of policies and strategies related to the Activity. The Intelligence Doctrine of the Public Prosecutor's Office is discussed as a crucial tool for strengthening institutional performance, with a focus on Institutional Security. The article further details how Intelligence and Counterintelligence should support the protection of the Public Prosecutor's Office's assets, following the guidelines of organic and active security established in the Institutional Security Policy. The conclusion emphasizes the need for an integrated and normative approach to ensure the effectiveness and security of the Public Prosecutor's Office's operations, highlighting the importance of Intelligence in defending independence and protecting the institution.

Keywords: intelligence; counterintelligence; doctrine; institutional security.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19883.htm. Acesso em: 07 mar. 2024.

CEPIK, Marco AC. **Espionagem e Democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Parabellum, 2023.

KENT, Sherman. **Informações estratégicas**. Tradução de Cel. Hélio Freire. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1967.

BRASIL. Decreto nº 8.793 de 29 junho de 2016. **Fixa a Política Nacional de Inteli-**

gência. Brasília, n. 0, p. 1, junho de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8793.htm. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL. 2017. **Estratégia Nacional de Inteligência**. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP)**. Coordenação-Geral de Inteligência. Secretaria Nacional de Segurança Pública-Ministério da Justiça. 2016.

PACHECO, Denilson Feitoza. Atividade de Inteligência no Ministério Público. *In*: BRANDÃO, Priscila Carlos; CEPIK, Marco (Org.). **Inteligência de segurança pública: teoria e prática no controle da criminalidade**. Niterói: Impetus, 2013.

ON-LINE, MICHAËLIS. Dicionário *on-line*. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/> Acesso em: 01 mar. 2024.

PELLANDA, Osiris Vargas. Ética profissional na atividade de Inteligência: uma abordagem jusfilosófica. **Revista Brasileira de Inteligência**, v. 1, n. 1, p. 53-68, 2005. Disponível em: <https://rbi.enap.gov.br/index.php/RBI/article/view/15/6>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BARCELLOS, Rodrigo Alves. Imprescindibilidade do plano de inteligência para o Ministério Público. *In*: MENDES, Cintiene S Monfredo; PINTO, Maurício Viegas (Org.). **Inteligência estratégica: explorando o passado e prospectando o futuro do Brasil**. 1ª Edição – Brasília, DF: Pró-Consciência, 2022. p. 272-283.

PLATT, Washington. **Produção de Informações estratégicas**. Tradução de Maj. Álvaro Galvão Pereira e Cap. Heitor Aquino Ferreira. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército: Livraria Agir Editora, 1974.

GONÇALVES, Joanisval Brito. **Atividades de inteligência e legislação Correlata**. 4. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Estudos de segurança institucional e contrainteligência no âmbito do Ministério Público brasileiro**. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 156, de 13 de dezembro de 2016 Institui a Política de Segurança Institucional e o Sistema Nacional de Segurança Institucional do Ministério Público, e dá outras providências**. Publicada no Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, p. 1-11, de 14 de fevereiro de 2017. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/>. Acesso em: 07 mar. 2024.

WOLOSZYN, André Luís. **Inteligência militar: o emprego no exército brasileiro e sua evolução**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2018.

AMPLIAÇÃO DO CONFISCO PENAL
NA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE
ECONÔMICA ORGANIZADA: QUESTÃO
PROBATÓRIA E ADESÃO AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA

*EXPANSION OF PENAL CONFISCATION IN
SUPPRESSING ORGANIZED ECONOMIC CRIME:
PROCEDURAL EVIDENCE AND ADHERENCE TO
FUNDAMENTAL RIGHTS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE*

AMPLIAÇÃO DO CONFISCO PENAL NA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE ECONÔMICA ORGANIZADA: QUESTÃO PROBATÓRIA E ADESÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA¹

*EXPANSION OF PENAL CONFISCATION IN SUPPRESSING ORGANIZED
ECONOMIC CRIME: PROCEDURAL EVIDENCE AND ADHERENCE TO
FUNDAMENTAL RIGHTS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE*

Emmanuelle Parente Mendes Gósson²

RESUMO

O confisco alargado de bens incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a introdução do art. 91-A ao Código Penal, pela Lei nº 13.964/2019, é apresentado criticamente, explorando-se sua eficácia como meio de repressão à criminalidade organizada, traçando-se um comparativo com legislações de outros países. Por meio de revisão bibliográfica, com enfoque dogmático, concluiu-se que o confisco alargado é compatível com os direitos fundamentais e os princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, sendo plenamente possível a adoção do *standard* probatório da probabilidade prevalente, para aferição da origem dos bens do acusado, que sejam desproporcionais com seus rendimentos lícitos.

Palavras-chave: confisco alargado; criminalidade organizada; direitos fundamentais; direito comparado; *standard* probatório.

1 INTRODUÇÃO

A crescente complexidade das relações patrimoniais e interpessoais na sociedade moderna, com a utilização de meios tecnológicos avançados, tem favorecido as ativida-

¹ Data de Recebimento: 09/08/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Analista Ministerial do Ministério Público do Estado do Ceará – Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, pela Unicuritiba - Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Sete de Setembro - UNI7, Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. E-mail: emmanuelle.gosson@mpce.mp.br. Currículo Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=5BA220FF26726855F7CD78F7D14F8589# ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-7200-2810>.

des da criminalidade organizada, que se vale de métodos arrojados de ocultação de bens e valores e de infiltração nos setores sociais, políticos e econômicos, para multiplicar seus rendimentos ilícitos e perpetuar sua atuação. Essa nova realidade exige do Estado uma constante atualização das técnicas investigativas e das medidas de repressão às organizações criminosas. No entanto, essas medidas devem sempre se compatibilizar com os direitos e garantias fundamentais, evitando-se abusos estatais.

Citam-se, aqui, não apenas aqueles grupos criminosos marginais, voltados, primordialmente, para a prática do tráfico de drogas e outros delitos correlatos, mas também, a “criminalidade de empresa”, desenvolvida no âmbito de empresas licitamente constituídas, que mantêm suas atividades primárias para, secundariamente, praticar crimes fiscais e econômicos, ambientais, cartéis, fraudes, crimes em licitações, tráfico de armas e de animais, lavagem de dinheiro, estelionato, corrupção, falsidades, etc., e a criminalidade de colarinho branco, estruturada por executivos e agentes públicos, pessoas acima de qualquer suspeita, com o desvio de verbas públicas. Em todos esses modelos, porém, observa-se uma estruturação organizada, hierarquizada, com divisão de tarefas, e a prática de ilícitos, visando a obtenção de lucros e a ocultação e reciclagem dos proventos das atividades criminosas³.

Diante dessas peculiaridades, a repressão a esse tipo de criminalidade deve ir além dos mecanismos clássicos de pena pessoal, como a prisão, e atingir a fonte financeira da organização, impedindo a retroalimentação do crime, suprimindo os ativos dos agentes, para que não possam usufruir do produto do delito, mesmo após o cumprimento das demais sanções penais impostas em decreto condenatório.

Nesse contexto, o confisco alargado, já previsto em diversos países, foi incorporado ao ordenamento brasileiro com a inclusão do art. 91-A ao Código Penal, pela Lei nº 13.964/2019, como parte do chamado "Pacote Anticrime". Seu conteúdo é um novo efeito da condenação pela prática de crimes com pena máxima em abstrato superior a 6 (seis) anos.

O confisco alargado permite a perda de bens que excedam o rendimento lícito do condenado, visando a atingir não apenas os frutos diretos do crime, mas também outros bens presumivelmente originados de atividades ilícitas, configurando uma estratégia de asfixia econômica das organizações criminosas. Ao retirar os frutos do crime das mãos dos criminosos e utilizá-los para fins legítimos, o confisco alargado

3 O conceito legal do crime de organização criminosa está previsto no art. 1º, da Lei nº 12.850/2013: “Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

contribui para a restauração da ordem econômica e social, reforçando a noção de que “o crime não compensa”.

Este artigo propõe-se a analisar essa mudança legislativa, abordando o contexto histórico que justificou a utilização do confisco alargado, e comparando-a com as práticas adotadas em outros países no combate às organizações criminosas.

Pretende-se investigar se a decretação da perda dos bens do condenado, correspondentes à diferença entre o valor do total do seu patrimônio e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, admitidos, presumivelmente, como produto ou proveito do crime, na forma como está prevista no novel art. 91-A, do Código Penal, é medida necessária, adequada e proporcional no enfrentamento ao crime organizado, e compatível com os direitos e garantias fundamentais do acusado.

A pesquisa proposta será realizada em um estudo descritivo-analítico, por meio de revisão bibliográfica dos textos legislativos e da doutrina pertinentes, tanto no Brasil quanto no Direito Comparado, complementada por jurisprudências relevantes, para identificar semelhanças e diferenças nas medidas adotadas pelos países estudados. Serão apresentados os argumentos divergentes no que concerne aos dispositivos e matérias de entendimento polêmico, de forma que seja possibilitada uma análise crítica acerca do tema em discussão.

Tratando-se de um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, as questões interpretativas encontram-se ainda abertas. Somente com o incremento de número de casos julgados é que haverá o aprofundamento da hermenêutica do novo artigo do Código Penal. Para preencher essa lacuna, entendemos ser relevante o estudo crítico de exemplos do Direito Comparado.

2 O CONFISCO ALARGADO NO COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E O DIREITO COMPARADO

Os desafios atuais na repressão da criminalidade organizada em escala mundial, em um cenário de internacionalização das atividades das organizações criminosas, bem como, de vulnerabilidade do sistema financeiro, tudo isso somado ao uso de meios tecnológicos e digitais na realização das operações financeiras, fornecem o contexto da problemática cuja reflexão nos propomos.

Corrêa Júnior (2006, p. 22) descreve as peculiaridades da macrocriminalidade:

No contexto desta sociedade massificada, tecnológica e globalizada, a criminalidade assume formas impensadas e com acervo diversificado de condutas lesivas à sociedade. As possibilidades e facilidades

oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas ilícitas que visam o lucro econômico em grande escala e que se impulsionam por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. Em alguns casos, inclusive, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado (“lavado”) no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos. Esse tipo de criminalidade, além de apresentar grande potencialidade lesiva diretamente aos cidadãos, que não dispõem de instrumentos e não sabem ao certo contra o que reagir, representa também um perigo para a própria organização do Estado, pois abala a ordem econômica, política e social.

Sua presença na economia interfere e prejudica o desenvolvimento econômico, pois acarreta concorrência desleal entre empresas, e desvia vultosas quantias que deveriam ser destinadas ao investimento no desenvolvimento socioeconômico do Estado. Para se ter uma dimensão do impacto das atividades criminosas na economia em âmbito global, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime⁴ estima que, de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) mundial é decorrente de lavagem de dinheiro, o que corresponderia, em 2009, a algo entre 1,2 e 2,9 trilhões de dólares (2011, p. 7 e 19). O relatório destaca que menos de 1% dos fluxos financeiros ilícitos globais são atualmente apreendidos e congelados, desafiando a UNODC a trabalhar com os Estados membros, para construir a capacidade de rastrear e prevenir a lavagem de dinheiro.

Como destaca Néfi Cordeiro, “crime e dinheiro são indissociáveis nas razões de existir, na reprovação e repercussão social, na investigação e na prova, na justiça e na impunidade”⁵. Com efeito, é a obtenção de determinada vantagem financeira que move o agente na prática de crimes de tráfico de drogas, contra a ordem econômico-financeira, patrimoniais, contra a Administração Pública, etc.

Nesse tipo de organização, as pessoas são substituíveis, razão pela qual as penas restritivas de liberdade não impedem a continuidade das atividades ilícitas do grupo. Daí a importância do denominado confisco, tido, nos dias de hoje, como uma medida necessária de qualquer política criminal efetiva. Nas palavras de Badaró e Bottini (2019, p. 22 e 23):

Percebeu-se, portanto, que a desarticulação de tais grupos exigia algo mais do que a prisão de seus membros – como já mencionado,

4 *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC).

5 Texto de apresentação à obra de Roberto D’Oliveira Vieira (**Confisco alargado de bens: análise de Direito Comparado**. Salvador; Editora Juspodivm, 2019. p. 11).

facilmente substituíveis -, ou o uso exclusivo dos mecanismos tradicionais de repressão. Notou-se que o dinheiro é a alma da organização criminosa e seu combate passa pelo confisco dos valores que mantém operante sua estrutura.

[...]

A supressão do capital que financia e coloca em movimento as grandes estruturas delitivas, que suporta suas relações internacionais e permite a consolidação das redes de corrupção é a estratégia mais eficiente para suprimir ou ao menos reduzir as atividades dos grupos criminosos.

Em seu sentido jurídico, os termos “confisco”, “perdimento” ou “perda” representa o ato de transferência coercitiva dos bens ao patrimônio do Estado. Nesta mesma linha de raciocínio, CAEIRO compreende a perda como “medida *jure imperii* que instaura o domínio do Estado sobre certos bens ou valores, fazendo cessar os direitos reais e obrigacionais que sobre eles incidissem” (2013, p. 454).

A respeito da relevância do confisco no combate à moderna delinquência, Corrêa Júnior (2006, p. 22) afirma que:

[...] o combate eficaz a essa criminalidade organizada e globalizada exige a inutilização do lucro ilícito, mormente quando este lucro se apresenta com aparência de legalidade, pois este lucro alimenta e estimula as organizações criminosas, possibilita o surgimento de novos delinquentes atraídos pelo enriquecimento fácil e também pode gerar corrupção na estrutura do Estado. Entretanto [...], o direito penal clássico revela-se insuficiente para responder de forma eficaz a este tipo de criminalidade, mormente no que diz respeito ao sistema de penas tradicionalmente utilizado, ou seja, fundamentado exclusivamente na privação de liberdade e na imposição de multa. Nesta sociedade de risco, a pena de confisco de bens apresenta-se como medida penal adequada e útil, além de muito eficaz no combate ao lucro ilícito derivado de atividades criminosas. Com efeito, a pena privativa de liberdade apresenta-se inócua para este tipo de criminoso, que, após o cumprimento do período de condenação, pode usufruir das riquezas acumuladas com suas atividades ilícitas, sendo que seus familiares ou comparsas podem, da mesma forma, aproveitar as vantagens ilícitas mencionadas.

Diante desse cenário, no qual as organizações realizam transações envolvendo gran-

des somas de valores, tanto no mercado informal quanto no formal, gerando prejuízos diretos à ordem econômica e ao sistema financeiro, vários países – **como é o caso da Itália, de Portugal e da Espanha** – mobilizaram-se para atualizar suas legislações, com o fim de atingir o resultado financeiro do crime, e, conseqüentemente, impedir a reciclagem e a continuidade das atividades dessas organizações.

É de se destacar que alguns dos países preveem o confisco de forma independente a uma condenação, ou mesmo ao início de um processo criminal (*non conviction based confiscation*), pressupondo, apenas, a existência de um patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos⁶. O artigo 54.1.c da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁷, por exemplo, dispõe que os Estados Membros deverão criar mecanismos para permitir o confisco independente de uma condenação criminal.

O estudo da evolução da legislação italiana, no combate às organizações criminosas, permite constatar como a sociedade e as instituições da Itália perceberam o fenômeno mafioso, a partir, principalmente, da década de 1980, e passaram a reprimir as atividades da máfia, por meio do sequestro e do confisco de bens, e outras medidas cautelares e preventivas, com a finalidade de proteger o mercado econômico da reintrodução dos proventos ilícitos na economia (Mendes, 2019, p. 22).

Uma das primeiras e mais significativas intervenções legislativas foi a Lei *Rognoni-La Torre* de 1982, que introduziu o conceito de associação mafiosa como um delito específico. Essa lei permitia a aplicação de medidas severas contra membros de organizações criminosas, incluindo longas penas de prisão e extensas possibilidades de confisco de bens.

A eficácia dessa abordagem foi amplamente reconhecida no caso emblemático de 1986, quando o Estado italiano conseguiu confiscar vasta quantidade de bens pertencentes a Michele Sindona, um banqueiro condenado à prisão perpétua, que atuava em cooperação com a *Cosa Nostra*, na prática de lavagem de dinheiro. Este caso não apenas destacou a capacidade do Estado de atingir as finanças das organizações criminosas, mas também serviu como um precedente para ações futuras.

Giovanni Falcone, juiz italiano que ganhou repercussão internacional por suas ações antimáfia, assassinado em 1992 pela *Cosa Nostra*, reforçava a necessidade de implementação de medidas, que fossem além da mera detenção como forma de combater o crime organizado, pontuando que “os mafiosos temem mais o confisco de bens do que serem presos” (Bottini, 2019).

6 *Commission Staff Working Document: Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union*. 2019, p. 6. Disponível em: <https://db.eurocrim.org/db/en/doc/3205.pdf>. O documento destaca ainda que os lucros anuais do crime organizado na UE são estimados em até 110 bilhões de euros. Aborda a necessidade de mecanismos que permitam a rápida identificação, congelamento e confisco de ativos criminais.

7 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm.

Isso porque, a perspectiva do perdimento de bens é sentida como a perda da autoridade, pois os mafiosos estariam despojados do sustento de suas famílias e da capacidade de pagar propinas, e remunerar seus aliados, inclusive, para que lavassem e ocultassem eficazmente seu dinheiro, como exposto pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2014, p. 16).

A ideia de confisco foi alargada, a partir dos anos 1990, na Itália, baseado em formas penetrantes de detecção e simplificações significativas do regime das provas. Assim, os investigados podem ter seus bens confiscados, se o valor deles for desproporcional à renda legítima das pessoas envolvidas, e se estas não demonstrarem a fonte lícita dos bens.

Como exemplo de medida no âmbito do processo penal, pode-se enfatizar a inversão do ônus da prova, dispensando-se o órgão de acusação de comprovar a relação entre os proventos e a conduta ilícita, cabendo ao investigado provar a origem lícita do seu patrimônio. Ao Ministério Público cabe demonstrar apenas essa desproporção. Isso porque, a simulação de atos aparentemente lícitos para dissimular atos ilícitos acarreta a dificuldade da produção da prova pelo órgão acusatório.

O Decreto Legislativo nº 159/2011 instituiu o Código Antimáfia, e é o resultado de toda experiência italiana no combate à máfia nas décadas precedentes, tendo substituído a Lei nº 575/65, que já disciplinava o confisco dos bens de criminosos e previa a presunção da proveniência ilícita do bem, por causa de seu valor desproporcional à renda declarada, ou à atividade econômica exercida pelo investigado, ou porque é o resultado da atividade ilegal ou nela reempregada.

A legislação italiana atual permite, inclusive, o confisco antes da condenação criminal, como medida de prevenção⁸, bem como, o confisco de empresas.

Os bens apreendidos são administrados pelo Estado, tendo sido instituída, por lei, a Agência Nacional para Administração e Destinação de Bens Sequestrados e Confiscados (ANBSC)⁹. Isso ocorre, inclusive, no caso de confisco de empresas, cuja gestão deve privilegiar a atividade desenvolvida, desde que lícita, de forma a não prejudicar os respectivos empregados, nem o retorno econômico.

Portugal instituiu o confisco alargado com a promulgação da Lei nº 5/2002¹⁰. O regime português de perda alargada exige: 1) condenação penal transitada em julgado por crime previsto naquele rol taxativo da lei, dentre eles: tráfico de drogas e de armas,

8 Decreto Legislativo 6 settembre 2011, n° 159:

Art. 29 – *Indipendenza dall'esercizio dell'azione penale*

1. *L'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale.*

9 *Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla criminalità organizzata.*

10 Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira. Prevê um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado relativamente a diversos tipos de crime, entre os quais o de branqueamento de capitais e o de contrafação de moeda e de títulos equiparados a moeda.

terrorismo, tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção ativa e passiva, incluindo a praticada nos setores público e privado e no comércio internacional, bem como na atividade desportiva, peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa; tráfico de pessoas, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados; e 2) a existência de patrimônio do condenado incompatível com seus rendimentos lícitos.

A constitucionalidade desse dispositivo já foi declarada em mais de uma oportunidade pelo Tribunal Constitucional¹¹. O Tribunal português definiu que, no procedimento de perda alargada, o que está em causa não é mais a responsabilidade penal do acusado, e sim, a suposta existência de bens resultantes de uma atividade criminosa.

No ordenamento espanhol, o confisco de bens segue a disciplina prevista principalmente no artigo 127 do Código Penal Espanhol, que foi alterado pela Lei Orgânica nº 1/2015¹², tendo sido ampliado o rol de crimes que admitem a decretação da perda alargada.

Assim como em Portugal, na Espanha, apenas os crimes indicados na lei se sujeitam ao confisco alargado. Além disso, no sistema espanhol, o confisco de bens é visto como uma medida assessória de caráter real, que se dirige contra o bem em si mesmo, e não uma pena. Por esse motivo, não há vinculação entre a aplicação do perdimento e eventual condenação penal do acusado no processo penal.

Para tanto, o Código Penal espanhol determina que, para fins de confisco, serão especialmente avaliadas, entre outras, as seguintes indicações: 1) a desproporção entre o valor dos bens e os rendimentos de origem lícita do condenado; 2) a ocultação da titularidade ou de qualquer poder de alienação de bens, através da transferência a terceiros ou a paraísos fiscais, que dificultem ou impossibilitem a determinação da verdadeira titularidade dos ativos, sua localização ou destino e que careçam de justificação jurídica ou econômica válida.

A União Europeia convocou todos os países do bloco a empregarem o confisco alargado, por meio da Diretiva nº 2014/42/UE, que trata sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime:

Artigo 5.º

Perda alargada

1. Os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para permitir a perda, total ou parcial, dos bens pertencentes a pessoas condenadas por uma infração penal que possa ocasionar direta ou in-

¹¹ A exemplo dos Acórdãos 101/2015, 392/2015, e 476/2015. Disponíveis em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html>, <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>, e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150476.html>.

¹² Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439.

diretamente um benefício econômico, caso um tribunal, com base nas circunstâncias do caso, inclusive em factos concretos e provas disponíveis, como as de que o valor dos bens é desproporcionado em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada, conclua que os bens em causa provêm de comportamento criminoso.

Observa-se uma tendência de maior harmonização das leis de confisco em resposta aos desafios identificados, para se adequarem à realidade da globalização econômica, tornando mais eficaz a localização, a apreensão e a repatriação a favor do Estado de valores, ou outros bens utilizados na atividade criminosa, ou dela presumivelmente resultantes, com o principal objetivo de sufocar financeiramente as organizações criminosas.

3 O PERDIMENTO DE BENS E VALORES COMO EFEITO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: O ART. 91-A, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Brasil é signatário de convenções internacionais que dispõem sobre a apreensão e o confisco de bens oriundos de práticas criminosas: a Convenção de Viena (1988), contra o tráfico de entorpecentes, a Convenção de Palermo (2000), contra o crime organizado transnacional, e a Convenção de Mérida (2003), contra a corrupção e a lavagem de dinheiro¹³. Essas convenções internacionais enfatizam a necessidade de medidas eficazes contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do crime organizado, incluindo a possibilidade de confisco de bens sem a necessidade de vinculação direta com um crime específico, baseando-se na desproporção entre o patrimônio do acusado e seus rendimentos legítimos, a exemplo do disposto no artigo 12.7 da Convenção de Mérida:

Artigo 12

Confisco e apreensão

7. Os Estados-partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

¹³ O confisco alargado e a possibilidade de inversão do ônus da prova na demonstração da licitude da origem dos bens são estão previstos nas três convenções internacionais, Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, internalizada através do Decreto Legislativo nº 162/1991 e promulgada através do Decreto nº 154/1991, Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, internalizada através do Decreto Legislativo nº 231/2003 e promulgada através do Decreto nº 5.015/2004, e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, também denominada Convenção de Mérida, internalizada através do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2015, e promulgada através do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

A introdução dessa modalidade de confisco alargado no Brasil foi inspirada por essas recomendações das convenções internacionais que o Brasil internalizou em seu ordenamento.

O perdimento de bens é referido no art. 5º, incisos XLV e XLVI, da Constituição Federal. O inciso XLV trata do confisco de bens como efeito da condenação, e por isso, possui vinculação com as regras dos artigos 91 e 91-A, do Código Penal, enquanto o inciso XLVI elenca a perda de bens como espécie de pena, tratada pelo legislador no art. 43, inciso II, do Código Penal.

O art. 91, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Código Penal, já disciplinava o confisco tradicional ou clássico, determinando o perdimento de bens utilizados ou destinados à prática delitiva, bem como daqueles diretamente provenientes da atividade criminosa, como efeito extrapenal automático da condenação.

O confisco por equivalência está previsto no § 1º do mesmo art. 91, introduzido por meio da Lei nº 12.694/2012. A partir de então, poderá ser decretada também a perda de bens ou valores, mesmo que de proveniência lícita, mas que tenham valor equivalente ao produto ou proveito do crime, quando estes não forem encontrados, ou quando se localizarem no exterior.

No entanto, o avanço das técnicas criminosas e a sofisticação das organizações exigiram respostas legislativas mais robustas e abrangentes para combater o enriquecimento ilícito.

Moro (2018) apresenta uma análise detalhada da “Operação Lava Jato”, iniciada em 2014. A Operação revelou um esquema de corrupção envolvendo a Petrobras, grandes empresas de construção e políticos, evidenciando a existência de uma “corrupção sistêmica”, ou seja, a corrupção não como um evento isolado, mas como uma prática integrada nas operações das instituições públicas e privadas.

O autor detalha como as empresas de fachada e transações financeiras complexas foram usadas para disfarçar a origem ilícita dos fundos, contando com a colaboração entre executivos de empresas, políticos e intermediários, formando uma rede de práticas criminosas, responsáveis por fraudar processos licitatórios, pagar subornos e lavar dinheiro em larga escala. Menciona que, durante a “Operação Lava Jato”, vários acordos de delação premiada e investigações resultaram no confisco e na recuperação de bens adquiridos ilegalmente. Um exemplo destacado é o caso de um gerente da Petrobras que, após acordo de colaboração, concordou em devolver quase 97 milhões de dólares em subornos que havia recebido, e mantido em contas secretas no exterior (Moro, 2018, p. 161).

À época, ainda não havia a previsão do confisco alargado no Código Penal. Entretanto, a Lei nº 9.613/1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de

bens, direitos e valores, já havia introduzido, no ordenamento brasileiro, mecanismos mais rigorosos de identificação e confisco de ativos ilícitos. Entre suas disposições, destaca-se a possibilidade de sequestro e confisco de bens de origem ilícita, ampliando a capacidade do Estado de atingir o patrimônio dos criminosos, pois independente da condenação pelo crime antecedente.

Ainda assim, apesar dos esforços das instituições, apenas uma pequena porcentagem dos ativos criminais é confiscada, indicando a necessidade de fortalecer ainda mais os regimes de confisco.

A adoção da perda alargada, no ordenamento brasileiro, já era defendida há bastante tempo por doutrinadores e juristas, sendo objeto das propostas de alterações legislativas apresentadas pelo Ministério Público Federal (MPF), intituladas “Dez Medidas Contra a Corrupção”¹⁴, para prevenção à corrupção, criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos, e recuperação do lucro derivado do crime.

O artigo 91-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, estabelece que, em casos de condenação por infrações com pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda de bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com seu rendimento lícito. Esta medida se aplica a todos os bens de titularidade do condenado, ou sobre os quais ele tenha domínio e benefício direto ou indireto, incluindo aqueles transferidos a terceiros, a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória.

Logo, o confisco dos bens do condenado não está mais limitado ao produto, ou proveito diretamente relacionado ao crime (confisco clássico), ou apenas o patrimônio do réu, que seja proporcionalmente equivalente ao produto ou proveito do crime (confisco por equivalência), podendo alcançar todo o patrimônio do agente, ainda que não tenha vinculação direta com o crime apurado na ação penal, desde que, sua origem não possa ser demonstrada por rendimentos lícitos ou por outras fontes legítimas.

Em outras palavras, a lei presume a ilicitude dos bens que excedem os rendimentos legais do acusado, os quais podem ser atingidos pelo confisco alargado. Esta presunção pode ser refutada pelo condenado, que deve provar a licitude de seus ativos, por meio de contraditório no processo penal. Como destaca Vieira¹⁵:

A conclusão pela origem ilícita dos bens é fundamentada na prévia condenação por crimes considerados graves e na existência de patrimônio incompatível com a renda lícita do condenado, que permite a ilação de que eles são resultado de carreira criminosa anterior.

14 Disponível em: <https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas#>.

15 Ob. Cit. p. 39-40.

Funda-se, esse modelo, no raciocínio de que se uma pessoa condenada por determinados crimes apresenta patrimônio incompatível, tal desconformidade é decorrente de atividade criminosa anterior, o que permite concluir que a propriedade foi obtida ilegalmente. Assim, a despeito de tal constatação não permitir a aplicação de alguma sanção penal típica, a legislação autoriza o Estado a confiscar bens que superem a renda conhecida do proprietário.

O confisco alargado, na forma instituída pelo novel art. 91-A, do Código Penal, tem como pressupostos: 1) condenação criminal transitada em julgado, pela prática de crime com pena máxima superior a 6 anos; 2) a propriedade de patrimônio incompatível com a renda lícita comprovada; 3) a presunção relativa de que esse incremento patrimonial é resultado da atividade criminosa do condenado.

A redação do dispositivo não está isenta de críticas. A supressão do rol de crimes para os quais o confisco alargado seria aplicado, previsto na proposta original do MPF, permite que o autor de um crime sem proveito patrimonial, mas com pena máxima em abstrato superior a 6 (seis) anos, citando-se como exemplos o homicídio e o estupro, possa vir a perder os seus bens que, sejam considerados incompatíveis com seu rendimento lícito comprovado. Ocorre que, nessas situações, via de regra, o agente não é movido racionalmente pelo desejo de auferir lucro. Também não se pode deixar de reconhecer que significativa parcela da população brasileira atua na economia informal, havendo dificuldade de comprovar a origem legítima do seu patrimônio¹⁶.

Por outro lado, a limitação do alcance da incidência do confisco alargado aos crimes cuja pena máxima seja superior a 6 anos excluiu inúmeros ilícitos penais econômicos e crimes de colarinho branco¹⁷, nos quais a impunidade é reconhecida, socialmente, como um estímulo às práticas criminosas. Dentre os quais, citam-se os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, a livre concorrência e contra as relações de consumo (Lei nº 8.137/90), crimes ambientais (Lei nº 9.0605/98), delitos falimentares (Lei nº 11.101/05), contra o sistema previdenciário (arts. 168-A e 337-A, do Código Penal), contra o mercado de capitais (Lei nº 6.385/76), contra o Sistema Financeiro Nacional

16 Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua do IBGE, no primeiro trimestre de 2024, 38,9% dos trabalhadores brasileiros atuavam no mercado informal. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/40106-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-oito-das-27-ufs-no-primeiro-trimestre-de-2024#:~:text=Frente%20ao%201%C2%BA%20trimestre%20de,expans%C3%A3o%20da%20massa%20de%20rendimento.&text=27%2C4%25\)-,A%20taxa%20de%20informalidade%20para%20o%20Brasil%20foi,%2C9%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20ocupada](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/40106-pnad-continua-trimestral-desocupacao-cresce-em-oito-das-27-ufs-no-primeiro-trimestre-de-2024#:~:text=Frente%20ao%201%C2%BA%20trimestre%20de,expans%C3%A3o%20da%20massa%20de%20rendimento.&text=27%2C4%25)-,A%20taxa%20de%20informalidade%20para%20o%20Brasil%20foi,%2C9%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20ocupada).

17 A expressão “crimes de colarinho branco” (*White collar crimes*) foi empregada por Edwin H. Sutherland, para se referir às condutas delitivas praticadas por indivíduos em posição de poder, confiança ou responsabilidade, geralmente no contexto empresarial, político ou administrativo, e dirigidos ao fim de obter ganhos financeiros ou vantagens ilícitas (Neves, 2011, p. 56).

(Lei nº 7.492/86), contra a propriedade industrial (Lei nº 9.279/96), tráfico de influência, associação criminosa, exploração de prestígio, estelionato, receptação.

Por ocasião de sua apresentação ao Congresso Nacional, no dia 31 de janeiro de 2019, o então Projeto Anticrime elencava um requisito adicional para a concretização do confisco alargado:

Art. 91-A. (...)

§1º A decretação da perda prevista no *caput* fica **condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado** e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Este requisito, porém, foi suprimido pelo Congresso Nacional durante a tramitação do Projeto. A aplicação do confisco alargado não demanda, portanto, a demonstração de carreira criminosa anterior por parte do condenado, como se exige no art. 63-F, da Lei nº 11.343/06, que trata do crime de tráfico de drogas¹⁸.

Nessa perspectiva, para que não se torne um instrumento de arbítrio estatal, o confisco estendido deve se submeter a um filtro constitucional perante o princípio da proporcionalidade.

Nas palavras de Gilmar Mendes, o princípio da reserva legal proporcional “pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a necessidade de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)”¹⁹, conferindo ao legislador “margens de ação para decidir quais medidas devem ser adotadas para a proteção eficiente dos bens jurídicos fundamentais”²⁰.

Tratando-se de patrimônio cuja origem é presumida como ilícita, ele não recebe a proteção jurídica oferecida pelo direito à propriedade, sob pena de proteção ao enriquecimento ilícito.

Como vimos, a justificativa para a introdução de uma nova espécie de confisco é a insuficiência das medidas clássicas do Direito Penal para combater o incremento de

18 O confisco alargado está previsto também na Lei nº 11.343/06, com a introdução do art. 63-F, pela Lei nº 13.886, de 17 de outubro de 2019, que prevê a possibilidade de decretação da perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito, na hipótese de condenação por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes que possuem pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão. Porém, de acordo com a regra do parágrafo primeiro, o confisco alargado fica condicionado à existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

19 Mendes, 2015, p. 39.

20 Trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 104.410/RS, STF, Segunda Turma, j. em 6/3/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>.

crimes, que afetam gravemente a ordem econômica. A medida alcançará o fim principal de todos os crimes patrimoniais ou econômicos: o seu proveito financeiro.

Nessas circunstâncias, o confisco alargado mostra-se necessário, adequado e proporcional aos fins a que se destina.

O Brasil ostenta índices alarmantes de corrupção, ocupando atualmente a 104ª posição no Índice de Percepção de Corrupção (IPC) da Transparência Internacional, com 36 pontos²¹.

O Grupo de Ação Financeira (GAFI)²² divulgou, em dezembro de 2023, o Relatório Final da 4ª rodada de Avaliação do Brasil, com as conclusões sobre o sistema de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo do País. Segundo o Relatório, “os bens de criminosos são geralmente identificados e temporariamente confiscados e, em alguns casos importantes, o Brasil conseguiu recuperar grandes somas de dinheiro de criminosos; no entanto, quando não há provas suficientes para confisco final, a recuperação de bens é realizada principalmente por meio de acordos”. Especificamente em relação ao confisco, o GAFI conclui que, apesar dos avanços dos últimos anos, algumas deficiências permanecem, incluindo uma lacuna na capacidade de confiscar instrumentos de certas infrações subjacentes, quando a lavagem de dinheiro também não é denunciada, e limitações nas circunstâncias em que o valor correspondente pode ser confiscado.

Nesse cenário, reforça-se a necessidade de um esforço estrutural, no sentido de buscar-se uma maior eficiência das agências de *enforcement* (polícias, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, Receita Federal), permitindo haver uma maior rastreabilidade e compartilhamento de informações das transações no sistema financeiro, e a implantação de uma agência nacional para administração e destinação dos bens sequestrados e confiscados da criminalidade organizada.

21 Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc>. O **Índice de Percepção da Corrupção (IPC)** é o principal indicador de corrupção do mundo. Produzido pela Transparência Internacional desde 1995, ele avalia 180 países e territórios e atribui notas em uma escala entre 0 e 100. Quanto maior a nota, maior é a percepção de integridade do país.

22 A FATF/GAFI é um organismo internacional cujos objetivos são definir modelos e promover efetivas implementações legais de medidas destinadas ao combate da lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional. As Recomendações do GAFI são reconhecidas como o *standard* internacional em prevenção à lavagem de dinheiro (PLD) e contra o financiamento do terrorismo (CFT). In: <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/fsrb-mer/Brasil-RELAT%C3%93RIO-DE-AVALIA%C3%87%C3%83O-M%C3%9ATUA-2023.pdf.coredownload.inline.pdf>.

3 O ÔNUS DA PROVA E O STANDARD PROBATÓRIO NO CONFISCO ALARGADO: COMPATIBILIZAÇÃO COM OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A adesão do confisco alargado aos direitos e garantias fundamentais está sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal (STF). A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) ajuizou ação no STF para questionar a constitucionalidade do art. 91-A, do Código Penal. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6304, a Associação sustenta que a norma viola os princípios da individualização da pena e da função social da propriedade, porque permite o confisco de bens sem justa causa, ou seja, sem vínculo com o crime que resultou na condenação do réu. A ADI 6304 ainda se encontra pendente de julgamento no Supremo.

A autora da ação defende que a inversão do ônus da prova, colocando sobre o réu o encargo de demonstrar a origem lícita de seu patrimônio, poderia conflitar com o princípio constitucional da presunção de inocência. Além disso, há preocupações relacionadas ao risco de excessos e abusos na aplicação da lei, que poderiam afetar não apenas o acusado, mas também familiares e terceiros de boa-fé.

A atividade probatória no âmbito processual submete-se a diferentes modelos de constatação da verdade, estabelecendo regras sobre ônus e restrições, assim como critérios de valoração das provas. O critério de prova (modelos de constatação da verdade) pretende definir qual é o grau de certeza que o juiz precisa ter para decidir determinada demanda judicial.

Esse grau de certeza, quanto aos fatos controvertidos e relevantes da demanda, não deve ser o mesmo para toda e qualquer relação processual (penal, civil, trabalhista). Por isso, discutem-se os métodos para se averiguar se a alegação da parte está satisfatoriamente comprovada pelo conjunto de provas, os *standards* probatórios²³.

Quando ausente escolha expressa na lei, a eleição do modelo de verificação deve ser orientada por três critérios, citados por Bertoncini, Guaragni e Macedo (2019, p. 2): a) o bem jurídico subjacente à relação processual, b) os custos das falsas condenações ou falsas absolvições, e c) a dificuldade na obtenção da prova em determinados casos.

Na esfera penal, exige-se a prova acima de dúvida razoável, enquanto no processo civil, admite-se a probabilidade prevalente. Isso porque, a consequência no processo penal pode ser a privação da liberdade do indivíduo, reivindicando alto índice de credibilidade nas provas produzidas, para afastar a presunção de inocência do cidadão e, havendo dúvida sobre a tipicidade, a autoria do crime, o elemento subjetivo, ou outro

23 Bertoncini, Guaragni e Macedo, 2019, p. 2.

elemento do tipo, o caminho da absolvição é o único possível.

Pelo modelo da probabilidade prevalente, a versão com maior confirmação probatória tem maior credibilidade, e deve ser admitida na sentença como verdadeira. É dizer, “se as provas dos autos permitem concluir que a versão da parte autora é mais provável que a versão contrária, o juiz está autorizado a definir o juízo de fato nesse sentido” (Carpes, 2017).

O princípio da presunção de inocência, pelo qual se garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), deve ser observado na ação penal, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, orientado pelo brocardo *in dubio pro reo*. Cabe ao Estado demonstrar todos os elementos do fato típico e, somente após juízo de convicção acima de qualquer dúvida razoável, proferir a sentença condenatória.

Por outro lado, pondera-se que o confisco dos bens do acusado é efeito da sentença penal condenatória, após o trânsito em julgado, não havendo que se falar, nesse caso, em princípio da presunção de inocência em relação ao fato criminoso.

O modelo de constatação acima da dúvida razoável orienta a atividade jurisdicional para aferição da existência dos elementos objetivos e subjetivos do crime, para se impor a condenação. Entretanto, como o confisco alargado atinge o patrimônio, e não a liberdade, e é decorrência da prática de crime já reconhecida por sentença condenatória definitiva, admite-se a mitigação do patamar probatório, com a utilização do *standard* da probabilidade prevalente para verificação da legitimidade da origem dos bens do condenado, e da desproporção entre o patrimônio e seus ganhos lícitos.

Bessa Neto, Cardoso e Prado defendem a necessidade de distinção do *standard* probatório mais adequado em cada fase do processo, levando à utilização do *standard* da probabilidade prevalente à perda de bens incompatível com o patrimônio do criminoso, recentemente incluída no Código Penal, não havendo necessidade de ser produzida prova além de qualquer dúvida razoável, esta exigida para a condenação criminal (2019, p. 105 e 111):

Em suma, ainda que se trate de um só processo — ou de seus incidentes —, é possível que nele se exijam diferentes standards probatórios para decisões a respeito de diferentes questões. Exatamente por isso, a decisão quanto à perda alargada é tomada sob a ótica do *standard* probatório da preponderância de provas inferior ao da prova além de qualquer dúvida razoável. (...) Não se trata simplesmente de aumentar o custo esperado em relação ao possível crime, mas de tornar mais abrangente e mais complexa a punição esperada, de forma a fazer com que as vantagens oriundas de práticas criminais sejam incertas e, em última instância, o crime não compense.

Nessa perspectiva, compete ao Ministério Público indicar expressamente, na denúncia, a diferença apurada entre o patrimônio do acusado e suas fontes de renda lícitas, com subsequente pedido específico de perdimento (art. 91-A, § 3º, do CP), justamente porque o réu pode defender-se demonstrando a compatibilidade e a procedência lícita de seus bens e ativos (§ 2º).

Com base na apuração feita pelo Ministério Público, o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio. Trata-se, portanto, de presunção legal relativa (*juris tantum*), que admite prova em contrário. É nesse sentido, aliás, a lição de Masson (2020, p. 718):

Reserva-se ao condenado, entretanto, a possibilidade de demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio (CP, art. 91-A, §2º). Em síntese, opera-se a inversão do ônus da prova quando o condenado possui patrimônio incompatível com seus rendimentos lícitos. O Estado não precisa provar a origem ilícita dos bens do condenado. Cabe a ele demonstrar a procedência legítima do seu acervo patrimonial. Exemplificativamente, será dele a tarefa de provar que ganhou na loteria, que recebeu vultosa herança de um parente distante, que contraiu matrimônio com pessoa rica etc...

Em reforço, a análise do Direito Comparado revela que a validade da presunção de que os bens da pessoa condenada por determinados crimes, cujo patrimônio seja incompatível com a renda lícita, foram adquiridos como resultado da atividade criminosa, já foi declarada em outros países, como consequência das dificuldades na produção de provas nesse tipo de investigação, porque, normalmente, estão elas sob o domínio dos investigados, e há sofisticadas técnicas de ocultação do aumento patrimonial injustificado.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos já foi instado a manifestar-se sobre a legalidade do confisco alargado, no caso *Phillips v. Reino Unido*²⁴. O britânico Steven Phillips foi condenado, em 1996, pela prática do crime de tráfico de drogas, e teve seus bens confiscados, após investigação patrimonial, que detectou uma intensa movimentação financeira, não declarada ao fisco, no período anterior ao fato criminoso que motivou a condenação de Phillips.

²⁴ *Phillips v. United Kingdom judgment - extract from press release* – Disponível em: <https://www.echr.coe.int/search?q=steven+Phillips&sort=&folder=839313> - Acesso em: 16 jun. 2024.

A conclusão do Tribunal foi a de que o confisco representa uma consequência do crime a que o acusado já foi condenado e, portanto, não é alcançado pelo princípio da presunção de inocência. Reconheceu que, em regra, o processo criminal rege-se pela presunção de inocência, incumbindo o ônus da prova à acusação, mas que, este direito não é absoluto e que, presunções de fato ou de direito não são vedadas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, desde que os Estado observem determinados limites, levando em conta a natureza da matéria em julgamento e os direitos de defesa. Por fim, consignou que a ordem de confisco constitui medida proporcional ao fim almejado.

O Supremo Tribunal Italiano, o Tribunal Constitucional Alemão, e o Supremo Tribunal Português também firmaram jurisprudência em favor do confisco alargado, como mostra Linhares (2019, p. 1766, 1780):

Entende, o Supremo Tribunal Italiano, que a aplicação do confisco não viola o direito de defesa, por se tratar de presunção *juris tantum* (relativa), podendo ser afastada e somente aplicável quando for apontada a desproporção entre o valor dos bens, a atividade econômica exercida pelo executado e o seu patrimônio.

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que, a inversão do ônus da prova, após uma condenação, a fim de se presumir ilícita a diferença patrimonial do executado, não fere o princípio da proporcionalidade, por se tratar de um instrumento legítimo de combate à criminalidade organizada.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, apesar das críticas por parte de alguns juristas preocupados com o conflito entre princípios constitucionais, o Tribunal da Relação de Coimbra tem se posicionado no sentido de que, após a condenação por um dos crimes descritos no art. 1º da Lei 5/2002, devido suas características, a aplicação do confisco em nada fere a presunção de inocência, visto se tratar de uma presunção *iuris tantum* da origem ilícita dos bens perdidos, a fim de declarar a perda, em favor do Estado, das vantagens que são supostas em atividade criminosa anterior, o que não afronta os princípios constitucionais norteadores do direito (Acórdão nº 22/09.6ZRCBR-E.C1. De 11/10/2017. Relatoria: JORGE FRANÇA.)

O Tribunal Constitucional Português também decidiu pela constitucionalidade do Confisco Alargado, sob o fundamento de que a Lei n.º 5/2002 apenas opera após a condenação, respeitando o devido processo legal e em nada contrariando a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP: ...

A jurisprudência brasileira ainda está moldando-se em torno do confisco alargado, e as decisões dos tribunais serão decisivas para estabelecer os contornos exatos dessa ferramenta legal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internacionalização e a sofisticação das atividades das organizações criminosas, aliada à utilização de meios tecnológicos avançados, e à dissimulação de atos ilícitos por via de atos aparentemente lícitos, muitas vezes, com a constituição de empresas para a reciclagem de capitais, impõe uma constante atualização das técnicas de prevenção e repressão ao crime.

A proteção do sistema financeiro e a integridade do mercado econômico dependem, em grande medida, da capacidade do Estado em identificar, apreender e confiscar os ativos oriundos do crime, garantindo, assim, uma resposta eficaz à criminalidade contemporânea, conforme exigido em tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Em contrapartida, qualquer medida estatal, nesse sentido, somente será válida se observar os limites estabelecidos pelos direitos fundamentais, de tal sorte que não se incorra em violações a garantias individuais com abusos e excessos estatais.

Observado que os efeitos deletérios da macrocriminalidade ultrapassam as fronteiras dos países, adotou-se uma tendência mundial na harmonização das normas, que preveem medidas de prevenção e repressão das organizações criminosas. Conforme abordado, Itália, Portugal, e Espanha, dentre outros países da União Europeia, possuem legislações disciplinando o confisco alargado de bens e valores do acusado, com a finalidade de atingir o poder econômico dessas organizações, e sua capacidade de infiltrarem-se nas esferas públicas de poder e perenizar suas atividades criminosas.

O Brasil, seguindo essa diretriz, passou a adotar o confisco alargado de bens e valores como efeito extrapenal da sentença penal condenatória, a partir da introdução do art. 91-A ao Código Penal, pela Lei nº 13.964/2019, como decorrência da constatação de que as modalidades de confisco clássico, e o confisco por equivalência, não são suficientes para atingir os fins pretendidos, diante das peculiaridades da criminalidade organizada.

O novel dispositivo determina que, nos casos em que houver a prática de crimes com pena máxima superior a seis anos, o Ministério Público poderá requerer, na denúncia, o confisco dos bens e valores do acusado, ainda que não possuam vinculação direta com o fato delituoso apurado na ação penal, desde que sejam incompatíveis com as fontes de renda legítimas do réu.

Esclarecido que a perda dos bens somente será decretada após o trânsito em julgado da condenação criminal, e, portanto, não se situa no âmbito de incidência típica da presunção de inocência, conclui-se que a presunção legal de que o patrimônio excedente do réu é decorrente da atividade criminoso habitual não é arbitrária, tampouco absoluta, pois caberá ao Ministério Público demonstrar que os bens indicados não condizem com os rendimentos lícitos do acusado, possibilitando ao réu refutar a presunção legal, comprovando a origem lícita dos bens e valores, após o exercício do contraditório. Por isso mesmo, na valoração das provas sobre a desproporcionalidade do patrimônio do criminoso e seus ganhos lícitos, o juiz deverá utilizar o modelo da probabilidade prevalente para decidir sobre a possibilidade da perda de bens.

Fica evidente que a introdução da perda alargada no ordenamento jurídico brasileiro implica uma necessária ampliação do objeto das investigações criminais, para além da prova da materialidade e a identificação da autoria e do elemento subjetivo do tipo, buscando identificar a situação patrimonial do acusado e seu estilo de vida, confrontando-a com seus rendimentos auferidos de forma lícita.

O instituto do confisco alargado vem ao encontro das necessidades do Sistema Jurídico-Penal contemporâneo, a partir das influências econômicas em razão da criminalidade organizada, tudo à luz dos direitos e garantias fundamentais, enviando uma mensagem de prevenção geral negativa, isto é, que a prática de crimes não compensa.

EXPANSION OF PENAL CONFISCATION IN SUPPRESSING ORGANIZED ECONOMIC CRIME: PROCEDURAL EVIDENCE AND ADHERENCE TO FUNDAMENTAL RIGHTS IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE

ABSTRACT

The extended confiscation of assets, incorporated into the Brazilian legal system with the introduction of Article 91-A to the Penal Code by Law No. 13,964/2019, is critically presented, exploring its effectiveness as a means of repressing organized crime, and drawing a comparison with legislation from other countries. Through a bibliographic review with a dogmatic focus, it is concluded that extended confiscation is compatible with fundamental rights and the principles of the presumption of innocence and ample defense, making it fully possible to adopt the standard of proof of prevailing probability to assess the origin of the accused's assets that are disproportionate to their lawful income.

Keywords: extended confiscation; organized crime; fundamental rights; comparative law; standard of proof.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. GUARAGNI, Fábio André. MACEDO, Gustavo Henrique Rocha. Modelos de constatação de provas em lides de improbidade administrativa e confisco alargado no processo penal. **Revista Relações Internacionais no Mundo Atual**. Curitiba. Vol. 3, n. 24. 2019. p. 405-426. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/issue/view/153/showToc>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias; PRADO, Rodolfo Macedo do. **Novos instrumentos de prevenção e enfrentamento à delinquência econômica**. Florianópolis: Editora Habitus, 2019.
- BEZERRA, Marcelo Lauande. **A experiência italiana no confisco de bens de integrantes de grupos mafiosos**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 14, n. 04, p. 179-192, out./dez. 2015. P. 179-192. Disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/590/2846>. Acesso em: 18 jun. 2024.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm
- BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm
- BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Brasília/DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm.
- BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm.
- BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília/DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm.
- BRASIL. **Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema

financeiro para os ilícitos previstos nessa lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Brasília/DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm.

BRASIL. **Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP**. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6304**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>

CAEIRO, Pedro. **Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas como o crime no confronto com outros meio de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco e a criminalização do enriquecimentos “ilícito”)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 21, n. 100, p.454-501, jan./fev. 2013. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/76667/sentido_funcao_instituto_caeiro.pdf. Acesso em: 05 jul. 2024.

CARPES, Artur Thompsen. Ônus da prova no novo CPC (livro eletrônico): do estático ao dinâmico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, parte I.

CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Confisco penal: alternativa à prisão e aplicação aos delitos econômicos**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006, Monografia nº 37.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL – GNCCRIM. Comissão Especial – GNCCRIM. **Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019**. 2020. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf.

LINHARES, Solon Cícero, **Os Limites do Confisco Alargado**. Revista dos Tribunais, São Paulo. 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf. Acesso em: 02 jul. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo**. Salvador: Ed. JusPodivm. 2020.

MASI, Carlo Velho. **A Nova Política Criminal Brasileira de Enfrentamento das Organizações Criminosas**. Revista Magister de direito penal e processual penal. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/28938374/A_Nova_Pol%C3%ADtica_Criminal_Brasileira_de_Enfrentamento_das_Organiza%C3%A7%C3%B5es_Criminosas. Acesso em: 26 jun. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. V. 1 - 14. ed. São Paulo: Método, 2020.

MENDES, Emmanuelle Parente. A experiência italiana antimáfia através da evolução legislativa no combate à “Cosa Nostra”. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Ano 11, nº 2 (jul./dez. 2019). p. 19-50. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/79>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**, 2. ed., Editora Celso Bastos, 2015.

MORO, Sérgio Fernando Moro. **Preventing Systemic Corruption in Brazil**. Daedalus, *Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 2018. Disponível em: <https://direct.mit.edu/daed/article/147/3/157/27203/Preventing-Systemic-Corruption-in-Brazil>. Acesso em: 02 jun. 2024.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **A atualidade de Edwin H. Sutherland**. In “Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas”. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Disponível em: <https://www.cpbj.uerj.br/wp-content/uploads/2020/04/Inovac%CC%A7o%CC%83es-no-Direito-Penal-Econo%CC%82mico.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2024.

VIEIRA, Roberto D’Oliveira. **Confisco alargado de bens: análise de Direito Comparado**. Salvador: JusPODIVM, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **DIRETIVA 2014/42/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 3 de abril de 2014 sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0042>.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes**. Viena. 2011. 138 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/Illicit_financial_flows_2011_web.pdf.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **The italian experience in the management, use and disposal of frozen, seized and confiscated assets**. Viena. 2014. 24 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2014-September-11-12/Combined_CacCosp-Wg-2-2014-CRP3.pdf.

A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE
VIOLADORES DE PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DO DIREITO
FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA:
ANÁLISE DA (NÃO) TAXATIVIDADE DO ROL
ALTERADO PELA LEI Nº 14.230/2021

*THE CLASSIFICATION OF ACTS OF MISCONDUCT
VIOLATING PUBLIC ADMINISTRATION PRINCIPLES
IN RELATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A
ADMINISTRATIVE PROBITY: ANALYZING THE (NON)
RESTRICTIVE NATURE OF THE LIST AMENDED
BY LAW NO. 14.230/2021*

A TIPIFICAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE VIOLADORES DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: ANÁLISE DA (NÃO) TAXATIVIDADE DO ROL ALTERADO PELA LEI Nº 14.230/2021¹

THE CLASSIFICATION OF ACTS OF MISCONDUCT VIOLATING PUBLIC ADMINISTRATION PRINCIPLES IN RELATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADMINISTRATIVE PROBITY: ANALYZING THE (NON) RESTRICTIVE NATURE OF THE LIST AMENDED BY LAW NO. 14.230/2021

Flávio Bezerra²

RESUMO

A Lei nº 14.230/2021 alterou diversos dispositivos do sistema de responsabilização dos atos de improbidade inaugurado pela Lei nº 8.429/1992, provocando, dentre outras, a discussão sobre caráter taxativo ou exemplificativo do conjunto de condutas violadoras de princípios administrativos, descritas em seu novel artigo 11. No presente estudo, questiona-se a constitucionalidade da suposta supressão normativa de tipos outrora sancionadores de tais atos. A defesa da taxatividade do dispositivo deve imperar como decorrência de sua mera literalidade ou tal interpretação ofende a proteção eficiente da probidade administrativa como direito fundamental? O objetivo geral deste estudo, especialmente em seu primeiro tópico, é compreender o regime sancionatório da improbidade na violação de princípios como decorrência da tutela constitucional ao respectivo bem jurídico. Como objetivos específicos, tratados no segundo tópico, pretende-se analisar se tipificação dos atos em um rol supostamente “*numerus clausus*” ofende a supremacia da Constituição. Como metodologia, utilizou-se estudo descritivo analítico, através de pesquisa bibliográfica e legislativa. Analisando a vontade do constituinte, especialmente à luz do princípio republicano e dos deveres do administrador

¹ Data de Recebimento: 05/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Pós-Graduado em Combate à Corrupção pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Pós-Graduado em Direito do Estado pela UNIDERP; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará; Coordenador do Grupo Especial de Combate à Corrupção do Ministério Público do Estado do Ceará – GECOC; e-mail: bezerraflavio@yahoo.com.br; ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-6629-159X>.

público, conclui-se que o novo artigo 11 da Lei de Improbidade, se interpretado conforme a Constituição, os direitos fundamentais e os instrumentos internacionais, alcança igualmente condutas ímprobas que estejam fora do rol ali estabelecido.

Palavras-chave: lei nº 8.429/1992; atos de improbidade; violação de princípios administrativos; rol exemplificativo; probidade; administração pública.

1 INTRODUÇÃO

A construção filosófica e normativa do Estado Democrático de Direito passa pelo reconhecimento axiológico de que o poder político deve ser exercido para o bem da própria coletividade que o titulariza, ainda que delegue a mandatários o seu exercício. A negação do princípio republicano é a captura da gestão da coisa pública pelo escuso interesse de indivíduos ou grupos, sejam familiares, partidários ou empresariais, uma das expressões do fenômeno da corrupção em sentido amplo.

Desde condutas individuais de promoção pessoal do administrador aos intrincados esquemas de dominação das instituições estatais por grupos econômicos, a deslealdade e imoralidade no âmbito da Administração Pública frustram a expectativa do povo, titular do poder, de vê-lo exercido em conformidade à Constituição e às leis, gerando progressiva deslegitimação do Estado. Como efeito, os atos ímprobos, porque desviados do interesse público, ensejam comumente a precarização e mesmo a negação de políticas públicas destinadas à promoção de direitos fundamentais, especialmente os sociais ou prestacionais.

Tendo em conta que, à luz do constitucionalismo pós-moderno, a finalidade do Estado é a própria realização da Constituição Social e dos direitos fundamentais, resta óbvio o interesse da ordem constitucional em tutelar a probidade da Administração Pública com alta envergadura normativa, notadamente em virtude de sua instrumentalidade na salvaguarda dos outros bens jurídicos constitucionalmente valorados, como educação, saúde e vida. É assim que, fundado no regime republicano e no princípio-síntese da dignidade humana (artigo 1º, caput e III), a Constituição Federal enumera, sob a forma de princípios, estritos deveres a serem observados pelo administrador (artigo 37, *caput*), para logo em seguida, no parágrafo 4º do mesmo dispositivo, anunciar a fonte normativa imediata da tutela da probidade na Administração Pública, determinando expressamente ao legislador a construção de um regime de responsabilização que seja eficiente na proteção do bem jurídico ali consagrado.

Tem-se, portanto, verdadeiro direito fundamental a uma gestão proba da coisa pública, dotado, como tal, de centralidade, normatividade e superioridade em nosso ordena-

mento, e tutelado por um microsistema de normas constitucionais, legais e extraídas, ainda, de instrumentos internacionais. Nesse contexto, será analisado como a Lei nº 8.429/1992 materializou o comando constitucional, e instituiu um sistema específico de responsabilidade político-administrativa por atos de improbidade, especialmente na modalidade de violação aos princípios administrativos (artigo 11). Ver-se-á de que modo essa redação original do dispositivo coaduna-se com a máxima efetividade do direito fundamental a ele relacionado, especialmente quando indicou um rol meramente exemplificativo de condutas típicas.

Tal regime inicial foi chancelado pela jurisprudência pátria, que reconheceu inexistir qualquer violação à segurança jurídica na tipificação aberta, própria da hermenêutica das normas-princípios, operada com proporcionalidade e fluidez diante das incontáveis condutas humanas. Todavia, com a promulgação da Lei nº 14.230/2021, e sua alteração textual do mesmo artigo 11, surge corrente doutrinária a sustentar que, pela literalidade do dispositivo, o conjunto de atos ímprobos violadores de princípios administrativos teria se tornado exaustivo, afastando a tipicidade de imensa gama de condutas outrora sancionadas.

Se o presente artigo pretende, no aspecto geral, relacionar o sistema legal de responsabilização de atos ímprobos com o comando o constitucional de tutela da probidade administrativa, em termos específicos objetiva-se se analisar se a taxatividade do rol do artigo 11, sustentada por vertente interpretativa, acaba violando o referido direito fundamental. Sob a luz, não apenas da Constituição Federal de 1988, mas também a partir de análise de dispositivos da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção e da Convenção Interamericana na mesma temática, instrumentos internacionais incorporados pelo Brasil, buscar-se-á compreender ainda se essa interpretação limitante tornaria a medida legislativa um retrocesso no enfrentamento da improbidade na Administração Pública, ensejando proteção deficiente do correspondente bem jurídico.

Enfim, o estudo busca concluir se a tipificação exaustiva de atos de improbidade violadores de princípios é aceita como mera opção do legislador, ou se esta escolha representa uma absoluta negação da imperatividade do artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal e dos tratados internacionais na matéria, em violação aos primados da máxima efetividade dos direitos fundamentais, da vedação à sua proteção estatal deficiente, da proibição do retrocesso sociojurídico e, em última análise, do próprio Estado Social de Direito.

2 A REDAÇÃO ORIGINAL DO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/1992 COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROIBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A improbidade e a corrupção praticadas no âmbito da Administração Pública, embora não se confundam, são fenômenos que igualmente produzem efeitos deletérios no exercício e legitimação do poder político, minando os valores fundantes do Estado Democrático de Direito e a promoção do bem-estar social. À luz do preâmbulo da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada pelo Brasil com o Decreto nº 5.687/2006, o enfrentamento de tais práticas justifica-se pela ameaça que representam “para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito”.

Disposta por vezes no campo semântico da corrupção, a concepção de improbidade pode remeter diretamente à noção de desonestidade, sendo por isso tratada por parte da doutrina como decorrência, em nosso ordenamento, do princípio da moralidade esculpido no (artigo 37, *caput*, da Constituição Federal), compreendido na imposição de que “a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos”, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 119). A improbidade administrativa consistiria assim à “desonestidade no exercício de função pública (*lato sensu*), e tem a ver com a grave violação dos deveres de boa administração, boa-fé e ética funcional e do princípio da moralidade administrativa” (Magalhães Júnior, Oliveira e Martins Júnior, 2023, p. 17). Corresponderia, pois, a atos contrários à moral no exercício da função pública, com abuso de seu plexo de prerrogativas:

Dizemos que improbidade administrativa revela-se, do ponto de vista material, como sendo uma conduta desonesta e leal. Eis os dois elementos que conformam a improbidade administrativa. A desonestidade consubstancia-se na manifestação direta sem sentido oposto a probidade, a decência, a moral e aos costumes; enquanto a deslealdade é a quebra da lealdade que, no caso, decorre do abuso de prerrogativas administrativas que foram facultadas para o desempenho de determinada atividade administrativa. (Simão, 2022, p. 59)

Focando na associação da probidade na administração pública com a imoralidade, aduzem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet (2010, p. 968) que “o princípio da moralidade densifica o conteúdo dos atos jurídicos, em grau tão elevado que sua

inobservância pode gerar improbidade administrativa”. Tal corrente, embora difundida, ao identificar precisamente a improbidade administrativa com os atos de desonestidade acaba restringindo o alcance normativo da própria Constituição Federal e da Lei nº 8.429/1992, que inaugura o sistema de responsabilização na matéria, contemplando tipos que vão além da mera imoralidade. É o caso da previsão original da modalidade culposa de atos de improbidade e da disposição, mantida pela lei reformadora nº 14.230/2021, de que a violação de princípios como legalidade e imparcialidade também ensejam a referida tipificação.

Por isso mesmo, outros doutrinadores adotam conceito mais amplo, pela qual improbidade aproxima-se da acepção de antijuridicidade, não se resumindo à má-fé. Nesse sentido, temos Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2023, p. 1020):

Legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei.

Para além do rigor técnico, tal concepção confere maior abertura do regime sancionatório dos atos ímprobos, cumprindo, inclusive, a missão de todo intérprete do ordenamento infraconstitucional, que é conferir máxima efetividade às normas que veiculam direitos fundamentais, como o direito à probidade na Administração Pública.

De fato, a fundamentalidade da tutela de probidade extrai-se do princípio republicano (artigo 1º da Constituição Federal de 1988), cujo conteúdo axiológico comporta, dentre outros aspectos da investidura no poder, também a imposição de que seu exercício seja em nome do povo e voltado para a consecução de seus interesses, conjugando-se com o princípio democrático (artigo 1º, *caput*, e parágrafo único da Constituição Federal). Constata-se que o patrimonialismo e a captura da coisa pública por interesses privados, elementos subjacentes aos atos ímprobos, minam o Estado Republicano e obstam a consecução de seus fins.

Como a finalidade do Estado Constitucional é a realização dos direitos fundamentais, fácil é concluir que uma administração ímproba, ao desprezar o cumprimento do interesse social, vilipendiando o patrimônio público ou a eticidade, invariavelmente fragiliza a promoção de outros direitos constitucionalmente garantidos, notadamente

os prestacionais. Em outros termos, a corrupção e a improbidade estão intimamente ligadas à ineficiência e precarização das políticas públicas que promovem direitos fundamentais sociais, notadamente os que demandam maior esforço administrativo e financeiro do Estado, como os relativos à saúde e educação. Assim entende Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 72):

Esse ciclo conduz ao estabelecimento de uma relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. Se os recursos estatais são reconhecidamente limitados, o que torna constante a invocação da *reserva do possível* ao se tentar compelir o Poder Público a concretizar determinados direitos consagrados no sistema, essa precariedade aumentará na medida em que os referidos recursos, além de limitados, tiverem redução de ingresso ou forem utilizados para fins ilícitos.

Dessa forma, se uma Administração eficiente e proba é instrumento fundamental para a consecução dos direitos fundamentais prestacionais, e, por isso, realizador da dignidade humana (artigo 1, III da CF), conclui-se pela existência de verdadeiro direito da coletividade à probidade administrativa. Retomando o fundamento republicano da tutela da probidade para alçar-lhe à categoria de direito difuso, Waldo Fazzio Júnior (2016, p. 12) destaca:

Nessa linha de coerência normativa, as sanções à improbidade administrativa, tanto no plano legislativo quanto no jurisdicional, não podem desprezar a ascendência exercida pelos direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais e políticos). Extensão deles, os direitos subjetivos às prestações estatais em sintonia com os direitos republicanos incluem o direito de todos à administração da coisa pública secundum legem, sob o referencial da probidade.

Diante da essencialidade da tutela da probidade administrativa para a consecução dos fins do Estado Social, e para a promoção de diversos direitos fundamentais, o constituinte a previu em diversos dispositivos, seja como valor a ser perseguido pelo ordenamento infraconstitucional, seja como parâmetro jurídico de responsabilização no direito sancionador.

No artigo 14, parágrafo 9º, a Constituição Federal de 1988 dispõe que a proteção

da probidade na Administração é finalidade a ser garantida pela lei complementar que tratar de casos de inelegibilidade. Em seu artigo 15, V, a Lei Maior já dispõe que a improbidade administrativa é causa de perda ou suspensão de direitos políticos, enquanto no artigo 55, II e parágrafo primeiro, estipula ser causa de perda do mandato de Deputado ou Senador o procedimento incompatível com decoro parlamentar, como o abuso de prerrogativas e a obtenção de vantagens indevidas. Ademais, prevê a Carta Magna que atentar contra a improbidade administrativa configura crimes de responsabilidade do Presidente da República.

No artigo 37, *caput*, a Constituição é ainda mais clara, ao consagrar verdadeiro dever jurídico do administrador em exercer o seu *munus* com moralidade, o que, de forma correlata, traz a coletividade como titular do direito a uma Administração proba. Todavia, a norma central da tutela constitucional, textualmente voltada para que o sistema legal cumpra os valores consagrados pela Lei Maior, é aquela disposta no artigo 37, parágrafo 4º, aos dispor que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Com a clareza do tratamento constitucional dado à matéria, exsurge de forma cristalina o direito fundamental à probidade na Administração Pública, pelo qual se visa a tutelar o legítimo interesse da coletividade, em que o poder estatal seja exercido sob o critério do interesse público e voltado, em última análise, à própria realização material da Constituição e dos direitos fundamentais. Trata-se do direito a que a função pública não seja capturada por ações e estruturas patrimonialistas, com violação do princípio republicano, da moralidade, à da legalidade ou da higidez do patrimônio público. Sobre a consagração de um direito fundamental a uma Administração proba, José dos Santos Carvalho Filho (2019, p. 95) expõe:

É unívoco o entendimento de que os indivíduos têm direito subjetivo à probidade administrativa. Trata-se, na verdade, de um direito de terceira geração, assim caracterizado por ser universal e coletivo, além de ter titularidade indefinida e indeterminável. Ademais, embora se configure como direito fundamental atribuível a um indivíduo, sua proteção reflete-se por toda a sociedade, esta a destinatária, afinal, da função do Estado.

De fato, temos que os direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico não se esgotam no rol previsto pelo artigo 5º da Carta Magna, aduzindo o seu próprio parágrafo segundo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Constatação já comezinha, inclusive, é a de que não existe hierarquia entre os direitos fundamentais, todos dotados da mesma eficácia jurídica, e situados no mesmo vértice de nosso sistema escalonado das normas. Nesse sentido, o direito fundamental à probidade administrativa jamais poderá ser atingido em seu núcleo essencial por qualquer norma infraconstitucional, ainda que a pretexto de se proteger direitos fundamentais individuais de investigados e réus.

Tratando-se de valores, igualmente fundamentais, para a ordem jurídica, expressões últimas da dignidade humana, somente a ponderação axiológica realizada na concretude do aparente conflito, à luz da proporcionalidade, pode orientar corretamente o intérprete na concretização desses mandados de otimização, afastando-se da lógica do tudo ou nada própria do conflito entre normas-regras. Sobre o tema, afirma Ana Paula de Barcellos (2023, p. 46):

Desenvolvendo esse critério de distinção, Alexy denomina as regras de comandos de definição e os princípios de comandos de otimização. A aplicação dos princípios, portanto, envolve uma dimensão de peso que poderá ser maior ou menor, dependendo da situação concreta, e também dos outros princípios que eventualmente sejam aplicáveis, com os quais será preciso conviver.

Nessa operação, atribuída inclusive ao próprio legislador, a busca da solução possível deve resguardar necessariamente o núcleo dos ambos os interesses aparentemente conflitantes. E como um direito fundamental constitucional, a tutela da probidade administrativa é submetida, assim, a uma hermenêutica específica, pela qual, dentre outros aspectos, sua imperatividade de norma-princípio e supremacia jurídica impõem a interpretação de leis, conforme o direito fundamental, e não o contrário:

Estritamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo. (Mendes, Coelho e Branco, 2010, p. 179)

Ademais, também como decorrência do sistema de direitos fundamentais, deve-se buscar a tutela da probidade com máxima efetividade, garantir-lhe proteção eficiente e blindar-lhe contra retrocessos legislativos. E, assim, cumprindo o expresso comando para tutela do direito fundamental à probidade no

plano infraconstitucional, adveio a Lei nº 8.429/1992, conferindo plena eficácia social ao artigo 37, parágrafo 4º da Constituição Federal ao disciplinar o sistema de responsabilização dos atos de improbidade administrativa, considerados como tais aqueles caracterizados, alternativamente, pelo enriquecimento ilícito (artigo 9º), dano ao erário (artigo 10), ou violação de princípios da Administração Pública (artigo 11), cominando-lhes sanções de caráter cível e político-administrativa (artigo 12).

Um dos mais importantes dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, nitidamente atento à máxima efetividade do aludido direito fundamental, foi o que previu a tipificação de condutas que, por si só, malfirmam os princípios da Administração Pública, independentemente da ocorrência de prejuízo financeiro ao ente público, ou enriquecimento ilícito do agente. Assim, à luz do artigo 11, constitui ato de improbidade administrativa a violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Tal representou, não uma simples opção legislativa de ampliar-se a incidência normativa do Direito Sancionador na temática, mas sim uma inovação de elevada carga axiológica, alinhada intimamente ao regime republicano e indissociável da força normativa do artigo 37, caput da Constituição, o qual consagrou princípios que, especialmente após a promulgação da Lei nº 8.429/1992, evidenciam-se como verdadeiros deveres do administrador público, que literalmente “obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. A verdade é que a previsão normativa conduz ao entendimento de que, no sistema de responsabilização jurídica, improbidade não se identifica necessariamente com imoralidade ou desonestidade, alcançando gama muito maior de situações antijurídicas:

Evidenciada a harmonia entre os fatos, o ato praticado e os valores consubstanciados nos princípios regentes da atividade estatal, estará demonstrada a probidade. Descumprida a regra ou inobservados os princípios, ter-se-á um relevante indício de configuração da improbidade. Este pensamento pode estar condensado com a assertiva de que os agentes públicos devem estar em conformidade com o “princípio da juridicidade” nomenclatura utilizada para englobar todas as regras e os princípios (inclusive a moralidade) a que devem estar circunscritos os atos do Poder Público. (Garcia e Alves, 2014, p. 105)

Assim, a utilização dos princípios, como parâmetros de responsabilização,

conduz a uma abertura dos correspondentes tipos legais, por ser naturalmente impossível elencarem-se, taxativamente, todas as situações da vida em que os respectivos valores estejam violados, ou melhor, em que o núcleo essencial do direito fundamental à probidade esteja sob ataque. Até mesmo porque, tratando-se de normas-princípios, consubstanciadas em mandados de otimização, sua aplicação ao fato não se dá por simples subsunção lógica entre fato e um suposto tipo correspondente, mas sim a partir da consideração de múltiplas possibilidades que, sob a proporcionalidade, materializam uma adequação típica própria do caso concreto.

Nesse sentido, vemos que a jurisprudência pátria, em relação a essa redação original do dispositivo, pacificou-se no sentido de sua constitucionalidade, aduzindo que a abertura trazida pela tipificação, com base em princípios jurídicos, não significaria ofensa à segurança jurídica dos destinatários da norma sancionadora. Vê-se, em julgado do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, que a formação de tal entendimento funda-se em razões teleológicas, sistêmicas e mesmo ontológicas, pelas quais não seria “recomendável e prudente” que legislação infraconstitucional pretendesse ser exaustiva quanto à infinitude de condutas humanas, que podem violar a probidade na Administração Pública. É o que preleciona o ministro relator no julgamento de Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1193248:

Não se podem ossificar as hipóteses de infração aos princípios da (boa) administração, totalmente dependentes da fluida e mutante dinâmica social. Além disso, impende examinar, caso a caso, o elemento subjetivo, diante da situação concreta, inviável aferir abstratamente a conduta, antes que aconteça. Benéfico estabelecer parâmetros genéricos para preservação da segurança jurídica dos cidadãos de modo geral, nomeadamente dos que exercem cargos públicos, algo que já se encontra na lei. Mas não parece recomendável ou prudente criar muros absolutos de previsão legal milimétrica para comportamentos antissociais altamente cambiantes por sua própria natureza.

Resta claro, portanto, que as razões pelas quais o conjunto de atos ímprobos violadores de princípios foi tido, pela doutrina e jurisprudência, como um sistema aberto desde a edição da Lei nº 8.429/1992 subsistem plenamente, porque não houve qualquer mudança do arcabouço constitucional que o fundamenta. Portanto, inovações como a trazida pela Lei nº 14.230/2021, ao suprimir formal-

mente expressões e hipóteses de incidência, não podem gerar interpretação de que teria ocorrido o fechamento do conjunto dos tipos sancionadores do artigo 11, autolimitado por um rol supostamente “*numerus clausus*”. Tal entendimento não se coaduna com o método hermenêutico próprio da aplicação de princípios jurídicos e peca por reduzir o alcance normativo da norma constitucional erigida da conjugação do artigo 37, *caput*, e de seu parágrafo 4º, fundante do sistema de responsabilização por atos de improbidade.

Mais que isso, é uma interpretação que viola, frontalmente, a Constituição Federal ao não promover a máxima efetividade do direito difuso à probidade administrativa e, o mais grave, por negar a imperatividade de seu núcleo essencial, afastando a tipicidade de uma infinidade de condutas humanas imorais e ilegais. Como será adiante explorado, esse retrocesso sociojurídico é veementemente proibido em um ordenamento jurídico pautado na normatividade e supremacia dos direitos fundamentais, especialmente quando resulta em manifesta deficiência de sua proteção.

3 A ALTERAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 14.230/2021 AO ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992: INTERPRETAÇÃO DA NOVA TIPIFICAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Visto que a probidade administrativa foi alçada pelo ordenamento constitucional ao patamar de direito fundamental, temos que a Lei nº 8.429/1992 inaugurou o correlato sistema específico de responsabilização de agentes públicos e terceiros, visando a promover a tutela eficiente do bem jurídico anunciado literalmente pelo constituinte na conjugação dos dispositivos do artigo 37, *caput* e parágrafo 4º da Lei Maior.

Todavia, em 2021 foi promulgada a Lei nº 14.230, que trouxe profundas modificações no regime original, incluindo a polêmica alteração no artigo 11, conferindo-lhe redação que tem dado margem a corrente interpretativa no sentido de que, a partir da nova lei, os tipos legais que preveem a violação de princípios administrativos estariam fechados, dispostos no rol supostamente exaustivo ali mesmo anunciado. Aduz o *caput* do mencionado dispositivo:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Especialmente por conta da simples substituição da expressão “e notadamente” pela expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”, surgiu assim corrente doutrinária a defender que, a partir da referida alteração, os atos de improbidade violadores de princípios seriam unicamente aqueles elencados no dispositivo:

Em outras palavras: não obstante a nomenclatura utilizada pelo legislador (“ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública”), a “mera” violação aos princípios da Administração Pública não ensejara improbidade administrativa. Em sua redação originária, o caput do art. 11 da LIA utilizava a expressão “notadamente”, que também constava (e ainda consta) nos arts. 9º e 10 da LIA. Ocorre que a reforma introduzida pela Lei 14.230/2021 suprimiu a citada expressão no dispositivo legal e inseriu no seu lugar a expressão “caracterizada por uma das seguintes condutas”. A alteração legislativa não é singela. Ao revés, restringe a aplicação do art. 11 da LIA às condutas descritas taxativamente nos seus incisos, sendo insuficiente a violação aos princípios da Administração Pública para caracterização da improbidade administrativa. (Neves e Oliveira, 2021, p. 35)

Sem pretender este trabalho explorar o contexto político que ensejou a elaboração e aprovação da mencionada lei, certamente muito pouco revelado pelos vocábulos “modernização” ou “aperfeiçoamento” que alguns a ela fazem aderir, o que se constata, desde logo, é que a própria técnica legislativa empregada no novo dispositivo não se coaduna com interpretação tão restritiva de seu alcance. Isso porque, partindo-se do método hermenêutico literal, já se constata que a norma resultante do novo texto é bem mais ampla do que muitos querem crer. De fato, ao dispor que a violação de princípios jurídicos é “caracterizada” por uma das condutas ali elencadas, acaba o legislador apenas indicando parâmetros interpretativos ao operador da norma, não sendo lógico, mesmo sob o prisma gramatical, negar a infinidade de outras condutas humanas, que, igualmente, “caracterizam” o malferimento de princípios administrativos.

Vê-se que o próprio legislador parece render-se à abertura da tipificação de tais atos quando, no parágrafo 3º, do mesmo artigo, anuncia que o enquadramento “de conduta funcional na categoria de que trata este artigo” deve incluir a “indicação de normas constitucionais, legais ou infralegais violadas”. Nesse sentido, o próprio legislador aduz, rendendo-se à interpretação sistêmica e teleológica, que a tipificação se dará com a indicação de outras normas integrantes do ordenamento jurídico, e não apenas as constantes daquele rol. Essa abertura da tipificação é reafirmada, inclusive, pela constatação

de que “norma” é gênero do qual os princípios jurídicos são espécies, dada a sua imperatividade reconhecida pelo constitucionalismo contemporâneo, o que destaca Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 189):

As normas que os consagram — denominadas “norma de direito fundamental” — são da espécie “normas-princípios”, já que expressam mandados de otimização (*Optimierungsgebote*), distinguindo-se das normas-regras que, menos abstratas e menos genéricas, descrevem uma hipótese fática e preveem as consequências jurídicas de sua ocorrência.

Desse modo, o referido parágrafo somente reafirma o que aqui já explorado, qual seja, o fato de que a utilização de princípios como parâmetros de responsabilização não se coaduna com tipos fechados e estanques, aplicados através de mero silogismo lógico, mas sim a partir da otimização de seus efeitos diante das múltiplas possibilidades concretas, em juízo de ponderação feito à luz da proporcionalidade e voltado à realização eficiente do bem jurídico que veicula. Defendendo o caráter exemplificativo do referido rol, a doutrina explica a relevância dos tipos abertos na proteção do bens jurídicos relevantes:

Modernas técnicas jurídico-normativas próprias das sociedades de massas conduzem a adoção de regras mais abertas de comportamento em razão da função que assume o princípio da prevenção, sem que isso possa convencionar abalo à segurança jurídica, considerando que a norma deve ter o suficiente para indicação de seu alcance e sentido e se liga contextual e sistematicamente ao ordenamento jurídico interno. (Magalhães Júnior, Oliveira e Martins Júnior, 2023, p. 123)

Tem-se, ainda, que o artigo 1º, parágrafo 1º da Lei nº 8.429/1992, já com a nova redação, referindo-se às três modalidades de atos de improbidade administrativa previstas, inclusive os violadores de princípios, dispõe que existem “tipos previstos em leis especiais”. De forma muito similar, o próprio artigo 11 em seu parágrafo 2º alude a “quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei”. É uma demonstração, dada pelo próprio legislador, de que natureza da utilização de princípios em normas sancionadoras conduz, invariavelmente, a uma abertura do sistema de responsabilização.

Essa ressalva se mostrou necessária, porque entender que o rol de violação de princí-

pios administrativos se esgotaria na textualidade do novo artigo 11, significaria admitir como revogadas outras condutas ímprobas, tipificadas em leis especiais, como as condutas vedadas a agentes públicos em campanha eleitoral (artigo 73, caput e parágrafo 7º da Lei nº 9.504/1997). Essa autointegração do regime da Lei nº 8.429/1992, à luz inclusive de sua literalidade, conduz ao reconhecimento de tipos abertos na aplicação da norma do artigo 11:

Valendo da interpretação gramatical, pode-se extrair da disposição que a utilização da preposição “de”, sem a determinação decorrente de sua contração com o artigo “a” ou “as”, atribui uma indeterminação às condutas ali referenciadas, a qual, em conjunto com a menção, também ampla e genérica, à “categoria” dos atos de improbidade que violam princípios da Administração Pública, permite a conclusão de que a disposição amplia a tipicidade contida no artigo 11, caput, da Lei 8.429/92. Essa interpretação compatibiliza-se com a estrutura típico-normativa aberta, estatuída no artigo 9º e no artigo 10, da Lei 8.429/92, como corolário do sistema instituído pelo artigo 37 da CF/88, aos quais o disposto no artigo 11 adere, para a autointegração do sistema de responsabilização previsto no artigo 1º, caput, da Lei 8.429/92. (Prado, 2021, p. 18)

Todavia, a interpretação literal não é o único método a revelar que os tipos de atos de improbidade violadores de princípios estão previstos em rol meramente exemplificativo. Em virtude da envergadura constitucional dada à tutela da probidade na Administração Pública, aqui já abordada, o novel dispositivo deve ser analisado considerando-se a nova hermenêutica própria da Constituição e dos direitos fundamentais por ela veiculados, no presente caso, direito de terceira geração, titularizado por toda a sociedade.

Assim sendo, a interpretação da modificação trazida pela Lei nº 14.230/2021 deve, não apenas reconhecer a imperatividade e a supremacia material e formal da norma constitucional que protege a probidade administrativa, mas também objetivar conferir-lhe a máxima efetividade do direito fundamental correlato, conforme diretrizes de uma nova hermenêutica destacada por Luis Roberto Barroso (2005, p.6). Nesse sentido, ao estabelecer a observância de vários princípios, incluindo a moralidade, como dever do administrador público (artigo 37, *caput*) e, simultaneamente, um comando sancionador expresso das condutas ímprobas (artigo 37, parágrafo 4º), a Constituição Federal absolutamente não confere margem para que legislação infraconstitucional venha a reduzir o seu próprio alcance normativo.

Por isso, interpretação que reconheça uma taxatividade do rol de atos de improbi-

dade violadores de princípios administrativos fere a vontade do próprio constituinte, malferindo por via direta os mencionados dispositivos da Carta Magna. A prevalecer esse entendimento pelo exaurimento dos tipos no próprio artigo 11, estar-se-ia subvertendo do princípio da interpretação das leis conforme a Constituição e os direitos fundamentais, corolário imediato da supremacia constitucional em nosso sistema de inegável verticalidade hierárquica.

Importante ressaltar que, como toda norma constitucional de eficácia social limitada, o dispositivo do artigo 37, parágrafo 4^a, por si só, é dotado plena eficácia jurídica e, assim, consiste em parâmetro imediato no controle de constitucionalidade de todo o sistema legal. Já a sua eficácia de caráter social foi complementada pela Lei nº 8.429/1992, mormente em sua redação original, que delineou os contornos do núcleo essencial do respectivo direito fundamental já consagrado na Lei Maior. Desse modo, admitir que a Lei nº 14.230/2021, em sentido oposto ao da redação da lei original, restringiu unicamente ao rol do novo artigo 11 as condutas a serem sancionadas por violação aos princípios administrativos, é aceitar que houve um inconstitucional retrocesso na proteção à probidade administrativa, diante da retirada de parte da eficácia que lei anterior havia conferido à norma do artigo 37, parágrafo 4^o da Carta Magna, o que é absolutamente incompatível com a ordem jurídica vigente.

A probidade na Administração Pública, valor fundamental do regime republicano, foi consagrada, como vimos em diversos dispositivos constitucionais, o que revela um objetivo autodeclarado do Estado em tutelar o bem jurídico, notadamente no plano infraconstitucional. Nesse sentido, evidencia-se que o direito fundamental a uma Administração proba não pode ser submetido a uma proteção deficiente, que minimize a eficácia de seu núcleo essencial. O fato de tratar-se de norma-princípio, admitindo certo grau de fluidez e indeterminação em sua aplicação, não permite, por óbvio, uma regulamentação estatal legislativa que deixe desprotegido, sequer em parte, o bem jurídico a que visa tutelar.

É a aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua vertente da proibição de proteção insatisfatória, pela qual o Estado tem o dever de agir para tutelar, inclusive pelo Direito Sancionador, os bens jurídicos veiculados por direitos fundamentais:

A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do

princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência (Barroso, 2023, p. 133).

E o sistema específico de responsabilização inaugurado pela Lei nº 8.429/1992 evidentemente se submete a esse imperativo hermenêutico, tutelando bem jurídico socialmente relevante através de previsão de tipos legais e sanções. Viola, pois, a proporcionalidade, porque conduz uma a proteção deficiente do direito à probidade, qualquer interpretação dada à nova Lei nº 14.230/2021, que afaste do alcance das normas sancionadoras condutas lesivas a princípios administrativos, simplesmente por não estarem descritas naquele texto legal. A adoção do princípio da vedação à insuficiência, portanto, rechaça a suposta taxatividade do rol de atos de improbidade violadores de princípios:

Também haverá desproporcionalidade, sob a perspectiva da proteção deficiente, quando restringe, injustificadamente, o campo de incidência de princípios constitucionais de caráter fundamental, como é o caso dos princípios da Administração Pública (Cerqueira, Ballan Júnior, Cruz Paulino e Schoucair, 2022, p. 152)

Reforçando que a atividade legislativa disciplinadora da tutela da probidade administrativa deve observância ao primado da vedação ao retrocesso, e da proibição da insuficiência de proteção estatal, temos as disposições da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (“Convenção de Mérida”), incorporada em nosso ordenamento pelo Decreto 5.687/2006. De fato, a eficiência da tutela estatal do bem jurídico é preocupação demonstrada em todo o texto da Convenção, que determina aos Estados signatários a adoção de medidas efetivas, inclusive legislativas, a assegurem a eficácia das normas anticorrupção:

Artigo 1 – Finalidade

A finalidade da presente Convenção é:

a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;

(...)

Artigo 5 – Políticas e práticas de prevenção da corrupção

1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios

do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de render contas.

2. Cada Estado Parte procurará estabelecer e fomentar práticas eficazes encaminhadas a prevenir a corrupção.

(...)

Artigo 65 – Aplicação da Convenção

1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, as medidas que sejam necessárias, incluídas medidas legislativas e administrativas, para garantir o cumprimento de suas obrigações de acordo com a presente Convenção.

Destaca-se ainda o artigo 65, item 2, da mesma Convenção contra a Corrupção, cujos termos, por via reversa, reforçam o princípio da vedação ao retrocesso na implementação de normas que tutelem o direito fundamental de que trata. Dispõe assim que “cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção.” No mesmo sentido, a Convenção Interamericana contra Corrupção, internalizada através do Decreto nº 4.410/2002, anuncia como um de seus propósitos a cooperação internacional para “eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício”, conforme artigo II, item 2.

Resta evidente que uma interpretação da Lei nº 14.230/2021 que conclua pela supressão de condutas ímprobas do alcance do regime de responsabilização por violação de princípios não é apenas inconstitucional, e violadora do sistema de direitos fundamentais, mas também ofensiva a instrumentos internacionais já internalizados. Especialmente após a promulgação da Constituição Social em 1988, da edição da Lei de Improbidade Administrativa em 1992, e da incorporação da Convenção de Mérida em 2006, além de dispositivos legais esparsos, constituiu-se um microssistema de tutela do direito fundamental a uma Administração proba. Como sistema, o conjunto de normas de tutela da probidade tem a unidade e a autointegração obedece a uma hermenêutica cujos resultados não podem contemplar o reconhecimento de norma infraconstitucional, que suprima tipos sancionadores validados e reafirmados pela análise holística das outras fontes normativas, debilitando-se a proteção do bem jurídico que era satisfatoriamente realizada pela norma anterior.

Também por isso, interpretação restritiva do novo artigo 11, da Lei nº 8.429/1992, aduzindo taxatividade do rol de atos violadores de princípios, ensejaria absurdos sistêmicos. Condutas graves, como a corrupção passiva e concussão (nas situações em

que não haja o efetivo recebimento da vantagem indevida, com a prática, respectivamente, dos atos de “solicitar” e “exigir”), embora previstas como gravíssimos tipos penais, seriam indiferentes jurídicos para o sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

O mesmo ocorreria com outras condutas, porventura praticadas no exercício de função pública, como a tortura e o assédio sexual. Como também aqui não há que se falar em dano ao erário ou enriquecimento ilícito, no regime legal anterior tais crimes estavam perfeitamente adequados ao tipo de improbidade previsto no artigo 11 da Lei 8.429/1992. Todavia, pelo novo dispositivo, caso adote-se sentido restritivo, tais condutas, por não estarem contempladas em um rol supostamente exaustivo, não atrairiam quaisquer das sanções político-administrativas previstas na lei, refletindo profunda incoerência sistêmica. Assim lecionam Cerqueira, Ballan Júnior, Cruz Paulino e Schoucair (2022, p. 159):

Observa-se, portanto, que a taxatividade das hipóteses previstas no art. 11 da Lei nº 8.429/92 proporcionará um contexto de impunidade de condutas de flagrantes violação à lei, bem como uma possível teratologia sistêmica, ocasionada pela possibilidade de enquadramento de uma cota como crime (ultima ratio do sistema jurídico) e fato atípico na seara da improbidade, que em tese, é uma esfera menos gravosa do que a criminal.

Ademais, outras condutas desonestas e antirrepublicanas, como os atos administrativos praticados com desvio de finalidade, estariam também fora do alcance da norma, se prevalecesse a equivocada interpretação restritiva. É o caso da manipulação dolosa pelo gestor de poderes discricionários na gestão do funcionalismo, com o uso de nomeações, remoções ou exonerações para perseguição de desafetos políticos, ou favorecimento de apadrinhados.

Ter-se-ia aqui a teratologia de serem atos patentemente violadores do interesse público, do princípio republicano, da legalidade, da impessoalidade, da isonomia e da moralidade, atos ontologicamente ímprobos enfim, mas que por mera opção textual do legislador infraconstitucional estariam fora do alcance punitivo da Lei de Improbidade Administrativa, em espantoso desrespeito à determinação literal da própria Constituição Federal em seu artigo 37, parágrafo 4º. Tal vertente interpretativa é, portanto, o exemplo mais claro da negação pura e simples da normatividade constitucional.

A verdade é que um sistema jurídico constituído sob a supremacia da Constituição evidentemente não se coaduna, seja no plano axiológico ou jurídico, com medidas estatais, notadamente legislativas, que neguem efetividade máxima a um direito funda-

mental, como o é a tutela da probidade administrativa. Afinal, o direito da coletividade não se exaure propriamente na sanção dos atos de desonestidade na função pública, mas sobretudo visa a prevenir a sistemática ineficiência daí decorrente, que coloca em risco a própria fruição de todos os seus demais direitos prestacionais e vilipendia inexoravelmente a dignidade humana.

4 CONCLUSÃO

Um conjunto de normas extraídas da Constituição Federal e de instrumentos internacionais incorporados pelo Brasil, todas de elevada carga valorativa e fundadas no princípio republicano, revelam a tutela da probidade, na Administração Pública, como direito fundamental titularizado por toda a coletividade e cuja promoção é buscada através microssistema jurídico próprio.

Partindo dessa constatação, o presente estudo demonstrou que o direito difuso a uma gestão pública prova submete-se à hermenêutica própria dos direitos fundamentais, cuja aplicação funda-se em sua imperatividade e supremacia jurídica, especialmente para que haja interpretação das normas infraconstitucionais, conforme os seus comandos, e não o contrário. Vimos, nesse sentido, que a Lei nº 8.429/1992, em sua redação original, cumpriu estritamente a missão de reforçar a densidade normativa da tutela constitucional da probidade administrativa, inaugurando um regime de responsabilização auto integrativo para atos que geram enriquecimento ilícito, ensejam dano ao erário, ou violem princípios administrativos.

Nesta última modalidade, o legislador conferiu redação ao artigo 11 que levou à fácil constatação de que os atos ali tipificados eram meramente exemplificativos, em uma tipificação aberta própria da natureza das normas-princípios, cuja aplicação não se submete ao silogismo das regras, mas sim comporta natural indeterminação no cotejo proporcional com outros princípios, diante da infinidade de condutas humanas. Com tal abertura normativa e axiológica, o legislador efetivamente concretizou o direito fundamental à improbidade.

Tal situação não parece ter ocorrido com as alterações textuais trazidas pela Lei nº 14.230/2021 ao mesmo artigo 11. A supressão da expressão “e notadamente” e de condutas outrora elencadas naquele rol tem gerado interpretação no sentido de que, a partir de então, atos administrativos que não estejam dentre os oito ali descritos não mais seriam objeto de responsabilização pela Lei de Improbidade, ainda que violem gravemente os princípios da legalidade, imoralidade e moralidade. Demonstrou-se, todavia, que nem mesmo a redação empregada pode conduzir a tal interpretação restritiva, mormente quando considerada a unidade e a integração recíproca entre dispositivos da mesma lei e do microssistema.

Para além da interpretação literal ou sistemática, viu-se que o entendimento por um rol taxativo naquele dispositivo nega, veementemente, a eficácia da norma extraída do artigo 37, caput e parágrafo 4º da Constituição Federal, retirando desproporcionalmente de seu alcance condutas severamente violadoras da moralidade e do princípio republicano. A prevalecer tal restrição, além de situações teratológicas, em que graves condutas desonestas são tipificadas como crimes mas não como atos de improbidade, estar-se-ia diante da ausência de proporcionalidade na ação do legislador ao reduzir a tutela do bem jurídico ordenada pela Constituição. Estariam configurados, a um só tempo, proteção estatal deficiente e retrocesso social na tutela eficazmente operada pela redação anterior artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

A máxima efetividade do direito fundamental à probidade administrativa somente é alcançada, portanto, com a compreensão de que o novo dispositivo legal continua a prever situações meramente ilustrativas, que apenas auxiliam o intérprete na definição de seu conteúdo normativo. Essa é a única interpretação que cumpre o comando erigido do artigo 37, parágrafo 4º, da Lei Maior, dotado de imperatividade suficiente para conformar a atuação do legislador, administrador e julgador à compreensão de que retroagir na tutela da probidade é fazer minar a fruição dos direitos fundamentais prestacionais por esta garantidos, obstando-se a realização da própria justiça social.

THE CLASSIFICATION OF ACTS OF MISCONDUCT VIOLATING PUBLIC ADMINISTRATION PRINCIPLES IN RELATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADMINISTRATIVE PROBITY: ANALYZING THE (NON)RESTRICTIVE NATURE OF THE LIST AMENDED BY LAW NO. 14.230/2021

ABSTRACT

Law n. 14.230/2021 has introduced several modifications to the accountability system for acts of administrative misconduct established by Law n. 8.429/1992. This has started a debate surrounding the exhaustive or illustrative nature of the set of behaviors described in the new Article 11 that violate administrative principles. This study questions the constitutionality of the alleged elimination of specific types of misconducts that were previously subject to sanctions. Should the defense of an exhaustive provision prevail based solely on its literal interpretation, or does such an approach hinder the effective protection of administrative probity as a fundamental right? The primary objective of this study, particularly in its first section, is to comprehend the disciplinary regime for acts of administrative misconduct concerning the violation of principles as a conse-

quence of the constitutional safeguard of the corresponding legal interest. The specific objectives, addressed in the second section, aim to examine whether the classification of acts within a supposedly “closed list” infringes upon the supremacy of the Constitution. The study employs a descriptive analytical approach, utilizing bibliographical and legislative research. By analyzing the intentions of the constitutional framers, particularly in light of the republican principle and the obligations of public administrators, it is concluded that the new Article 11 of the Law of Administrative Misconduct, if interpreted in accordance with the Constitution, fundamental rights, and international instruments, also encompasses misconducts that fall outside the established list.

Keywords: law n. 8.429/1992; acts of misconduct violating administrative principles; illustrative list; probity; public administration.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.410 de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1992/leis_8429.htm.

gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.230 de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114230.htm. Acesso em: 11 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1193248/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, rel. p/ acórdão ministro Herman Benjamin, primeira seção, julgado em 26/06/2019, DJe 18/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC3>. Acesso em: 11 jun 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa - Prescrição e outros prazos extintivos**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2019.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros; BALLAN JÚNIOR, Otchaydes; CRUZ PAULINO, Galtiênio; SCHOUCAIR, João Paulo Santos. **Comentários à lei de improbidade administrativa: interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e prática**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo; OLIVEIRA, Beatriz Lopes de. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A continuidade normativa típica do artigo 11 da Lei no 8.429/92 após as alterações introduzidas pela Lei no 14.230/2021**. Controle Externo: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Goiás - RCE, Belo Horizonte, a. 3, n. 5, p. 9-21, jan./jun. 2021. Disponível em: <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/115>. Acesso em: 11 jun. 2023.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa – Teoria e Prática**. 6. ed. Leme: Mizuno, 2022.

DEVERIA O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERVIR
NA QUESTÃO DA “TAXA ROSA” (PINK TAX)?
UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO DE
GÊNERO NAS PRÁTICAS DE CONSUMO

*SHOULD THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE
INTERVENE IN THE ISSUE OF THE “PINK TAX”?
AN ANALYSIS OF GENDER DISCRIMINATION
IN CONSUMPTION PRACTICES*

DEVERIA O MINISTÉRIO PÚBLICO INTERVIR NA QUESTÃO DA “TAXA ROSA” (*PINK TAX*)? UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO NAS PRÁTICAS DE CONSUMO¹

SHOULD THE PUBLIC PROSECUTOR’S OFFICE INTERVENE IN THE ISSUE OF THE “PINK TAX”? AN ANALYSIS OF GENDER DISCRIMINATION IN CONSUMPTION PRACTICES

*Luis Orlando de Sousa Nobre²
Francisco Clébio Rodrigues Lopes³*

RESUMO

A “Taxa Rosa” (*Pink Tax*) é uma prática de discriminação de preços por gênero, em que produtos destinados a mulheres tendem a custar mais que seus equivalentes masculinos, especialmente itens de higiene, brinquedos e serviços. O artigo analisa esse fenômeno sob as perspectivas jurídica, econômica e de mercado, questionando se o Ministério Público (MP) deveria intervir nesse fenômeno. Utilizando o procedimento metodológico da análise bibliográfica, além de uma análise qualitativa de preços na cidade de Sobral-CE, a pesquisa conclui que a intervenção do MP é viável, sugerindo formas de atuação ministerial para combater essa desigualdade de preços.

Palavras-chave: “taxa rosa”; *pink tax*; discriminação; Ministério Público; gênero.

1 INTRODUÇÃO

A discriminação de preços com base no gênero, conhecida atualmente como “taxa rosa” ou “*Pink Tax*” (Arantes, 2023), é um fenômeno que tem recebido cada vez mais

¹ Data de Recebimento: 09/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Mestrando em Geografia pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Servidor do Ministério Público do Estado do Ceará. Especialista em Direito Público. Bacharel em Direito – UNINTA. Graduando em História pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA) <https://orcid.org/0009-0004-3076-2839>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8654584697980957>. Email: luisorlandonobre@gmail.com.

³ Graduação em Licenciatura em Geografia pela Universidade Federal do Ceará (2003). Graduação em Geografia pela Universidade Federal do Ceará (2004). Mestrado em Geografia pela Universidade Federal do Ceará (2006). Doutorado em Geografia (Geografia Humana) pela Universidade de São Paulo (2013). Professor da Universidade Estadual Vale do Acaraú. ORCID:<https://orcid.org/0000-0001-8173-0993>, Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5071258587667182>. E-mail: clebiolopes@yahoo.com.br.

atenção de acadêmicos e pesquisadores nos últimos anos. Este termo refere-se à prática segundo a qual os produtos e serviços destinados às mulheres são, em sua maioria, mais caros do que produtos comparáveis destinados aos homens (Ruediger, 2020).

O conceito foi materializado quando estudiosos começaram a observar uma certa diferença de preços entre categorias, desde produtos de higiene a serviços, levantando, com isso, questões importantes sobre equidade e os efeitos econômicos. De certo, o marketing na roda econômica moderna tende a desempenhar um papel central na segmentação dos consumidores, afinando o que cada um dos gêneros tende a consumir mais, existindo uma clara diferenciação quando analisados lado a lado (Ricco, 2017).

Ocorre que, firmados na premissa do bom marketing, as empresas tendem a utilizar estratégias específicas com o olhar fixo no gênero, e não no produto, para posicionar os seus insumos e aplicar diferentes estratégias com base no sexo. Estas práticas baseiam-se frequentemente no pressuposto de que as mulheres estão dispostas a pagar preços mais elevados por determinados produtos, o que por sua vez constitui a base para essa denominada “taxa rosa” (Ricco, 2017).

Com isso, surge o questionamento se de fato a “*Pink Tax*” deve ser entendida como um problema econômico palpável, com efeitos mensuráveis no nível de prosperidade e participação econômica, aptos o suficiente a atrair os olhares do Ministério Público Estadual, visto que tal órgão tem o papel de verdadeiro *ombudsman*⁴ da sociedade, não podendo se esquivar de uma situação como esta, caso seja de fato um problema palpável.

A investigação desta questão requer uma abordagem multidisciplinar que inclua tantas análises econômicas como considerações socioculturais, além de uma rápida, porém necessária, abordagem jurídica. Assim, o objetivo deste estudo é examinar a extensão desta taxa *sui generis* (Priberam, 2024)⁵ em diferentes mercados e analisar se sua existência deve ser notada pelo Ministério Público, sendo certo que, após esse estudo, a possibilidade de intervenção ministerial na questão problema relatada poderá ser uma realidade.

Assim, a natureza desta pesquisa é aplicada, pois visa gerar conhecimento para aplicação prática. Em termos de objetivo, é exploratória e descritiva. Exploratória porque fornece informações sobre o objeto de estudo e descritiva porque descreve, analisa e registra eventos sem intervir neles (Prodanov; De Freitas, 2013).

Ao combinar a análise de dados qualitativos e discussões teóricas, este artigo visa construir uma base sólida sobre o que seria a “Taxa Rosa” para, no fim, formular uma linha de atuação ministerial no que tange a discriminação de preços com base no gênero, verificando se seria de atribuição do Ministério Público intervir em tal seara.

⁴ *Ombudsman* é uma palavra sueca que significa “representante do cidadão”.

⁵ Que não se acha noutra.

Para tanto, este artigo utilizará o procedimento metodológico bibliográfico que, de acordo com Sousa, Oliveira e Alves (2021, p. 67) tem como base “os livros, teses, artigos e outros documentos publicados que contribuem na investigação do problema proposto na pesquisa”, além de uma abordagem qualitativa, firmada na experiência de campo que, nas palavras de Duarte (2002, p. 141), auxiliam o pesquisador a “construir a análise e chegar à compreensão mais ampla do problema delineado”.

Deste modo, o presente estudo se mostra relevante, pois a chamada “*Pink Tax*”, enquanto possibilidade de atribuição ministerial, ainda é pouco discutida e difundida no Brasil. As seções seguintes são dedicadas à fundamentação teórica, análise empírica e discussão dos resultados, a fim de traçar um quadro completo deste fenômeno complexo.

2 A TAXA ROSA ENQUANTO ESTEREÓTIPO

Os estereótipos são ideias generalizadas sobre determinados grupos ou coisas com base em contextos sociais, culturais e históricos (Amossy, 2020). No caso da discriminação de preços entre homens e mulheres, conhecida como “Taxa Rosa”, estes estereótipos desempenham um papel central na definição do conceito e justificação das diferenças de preços entre produtos e serviços para homens e mulheres.

Estes estereótipos estão profundamente enraizados na sociedade e influenciam tanto o comportamento do consumidor como as estratégias de mercado das empresas. Um aspecto central dos estereótipos é a sua função como ferramenta ideológica. Segundo Ruediger (2020, p. 8):

A discriminação de gênero pode ser observada por meio da comercialização de bens e serviços. Existe um termo específico, denominado Taxa Rosa (ou pink tax), utilizado para designar o fenômeno em que produtos e serviços direcionados para o público feminino custam mais caro do que aqueles rotulados para os homens – mesmo que os produtos e serviços sejam similares.

Desse modo, verifica-se que sua aplicação tem como norte legitimar e reproduzir as relações de poder – submissão do feminino – e as estruturas sociais existentes. Os estereótipos de gênero que retratam as mulheres como consumidoras primárias de determinados produtos e lhes atribuem características e necessidades específicas contribuem para fazer com que a “*Pink Tax*” pareça normal e inevitável:

Duesterhaus *et al.* (2011) conduziram uma pesquisa de preço em salões de beleza, em lavanderias e com mais de 500 produtos de

cuidados pessoais para estimar a diferença de preços por gênero em bens e serviços. Os resultados apontaram que mulheres tendem a pagar mais do que homens, embora menos do que havia sido previamente reportado em pesquisas como a do Estado da Califórnia (HARVARD LAW REVIEW, 1996). Dentre os bens analisados, o produto que registrou maior disparidade de preços foram os desodorantes, enquanto as outras três categorias (gel de barbear, aparelhos de barbear/depilar e spray corporal) apresentaram diferenças pouco significativas (Ruediger, 2020, p. 9).

Como visto acima, estes estereótipos são frequentemente reforçados pelos meios de comunicação e pela publicidade que retratam as mulheres em papéis associados ao cuidado, à beleza e ao trabalho doméstico.

Além disso, os estereótipos influenciam não apenas a percepção dos produtos, mas também os preços. As empresas utilizam estratégias de marketing específicas de gênero para posicionar e promover produtos especificamente para mulheres, muitas vezes para justificar preços mais elevados:

Segundo Kotler (2000) a administração do marketing é vista como a arte e a ciência da escolha de mercados-alvo e da captação, manutenção e fidelização de clientes por meio da criação, da entrega e da comunicação de um valor superior para o cliente. A necessidade de atrair novos consumidores e manter os antigos impulsionou o desenvolvimento da publicidade e junto com ela, o marketing, ou seja, com o aumento da produção e do público, as lojas que já atraíam clientes devido a um processo de sedução desenvolvido a partir de estratégias de marketing, alimentaram os meios de comunicação de massa (Ricco, 2017, p. 112).

Esta prática baseia-se no pressuposto de que as mulheres estão dispostas a pagar mais por determinados produtos, o que é apoiado por normativas culturais e sociais. Estes pressupostos são raramente questionados porque estão profundamente enraizados em ideias coletivas sobre os papéis de gênero e os hábitos de consumo.

Outro aspecto importante é como os estereótipos moldam as expectativas e o comportamento do consumidor. As mulheres, que são constantemente confrontadas com a mensagem de que determinados produtos são necessários ou desejáveis para elas desenvolvem frequentemente uma maior disponibilidade para pagar.

Estando sobre esse conceito, Popcorn e Marigold (2000), quando analisaram o fenômeno do consumo sob a ótica dos dois gêneros (masculino e feminino), verificaram que “as mulheres não podem ser abordadas com as mesmas estratégias tradicionais que funcionam com os homens” (2000, p.32), daí surge a problemática envolta no tema: mera estratégia de mercado ou discriminação velada?

Esta disposição para pagar é reforçada pela expectativa social de que as mulheres devem cumprir certos padrões de aparência, consoante aduz Ricco (2017, p. 118), informando que “desde os anos 1950, as mulheres são influenciadas pela indústria do consumo a fazer mudanças de estilo e apresentação e na época, a mulher era considerada bonita quando possuía a silhueta definida (LIPOVETSKY,1989)”.

Assim, os estereótipos perpetuam um ciclo em que a “Taxa rosa” é mantida tanto pela procura como pela oferta, pois “o apelo emocional e financeiro atrai as mulheres para a compra, utilizando-se da beleza, preço, forma de pagamento e crédito financeiro para atraí-la até a loja viabilizando a compra, mesmo que a compra seja realizada por impulso, não havendo qualquer necessidade de uso” (Ricco 2017, p. 124).

Surge a questão de saber como estes estereótipos podem ser questionados e desconstruídos conscientemente uma vez que, enquanto construções subjetivas e generalizares, desempenham um papel central na manutenção e legitimação da “Taxa Rosa”. Noutro giro, para além da questão social, deve ser analisado também o impacto econômico desta forma de manipulação do feminino, objetivando uma análise profunda dos dois lados que permeiam essa balança de interesses comercial.

3 UM PROBLEMA DE FATO ECONÔMICO?

A “Taxa Rosa”, para além de um evidente problema social, levanta questões econômicas significativas que afetam tanto os consumidores específicos como o que se entende por mercado, no geral. Estas diferenças de preços já esmiuçadas no tópico anterior, que existem para produtos e serviços específicos de gênero, não devem ser apenas compreendidas como um reflexo de estereótipos culturais, mas também devem ser observadas suas consequências financeiras concretas para as pessoas afetadas.

A questão central é se a “Taxa Rosa” representa um problema econômico real ou se é simplesmente uma estratégia de marketing destinada a atingir determinados grupos de consumidores e explorar a sua disponibilidade para pagar; não representando, portanto, uma forma de discriminação de gênero.

Do ponto de vista econômico, a “*Pink Tax*” significa que as mulheres, em média, têm de pagar mais do que os homens por uma série de produtos e serviços de uso diário. Este é um fato amplamente constatado e estudado, conforme demonstrado a seguir:

Matéria publicada pela revista Forbes em 2014, diz que por ano, as mulheres americanas gastam em média US\$1.300,00 a mais em produtos iguais ou similares aos dos homens. De acordo com pesquisa realizada entre os meses de outubro de 2016 e janeiro de 2017 pela ESPM, há uma diferença média de 12,3% entre produtos iguais ou semelhantes entre diferentes gêneros. Os brinquedos femininos eram em média 26% mais caros que os masculinos. E não para por aí, em uma simples ida ao salão para cortar o cabelo, os homens pagam em média 27% a menos que as mulheres. Segundo Carolina Ruhman Sandler, fundadora do site Finanças Femininas, as marcas justificam essa diferença de valores pela composição do produto (Ricco 2017, p. 119).

Em igual sentido, Ruediger, (2020, p. 10):

No Brasil, são poucas as referências sobre o assunto. Mariano (2018) realizou um estudo sobre a existência da Taxa Rosa no país, utilizando a metodologia de De Blasio e Menin (2015). Foram pesquisados e comparados os preços de diversos pares de produtos e serviços, agrupados em cinco categorias: vestuário de bebês, crianças e adultos; higiene pessoal; serviços; alimentação; e brinquedos. A pesquisa mostrou que produtos destinados a mulheres eram, em média, 12,3% mais caros do que os masculinos, e as maiores taxas observadas estavam nas categorias de vestuário infantil, de brinquedos e de serviços de corte de cabelo.

Assim, não há falar em inexistência do fenômeno de preços aumentados para o público feminino: ele existe. O que motivou essa terceira parte do ensaio foi a necessidade de compreender se existe alguma leviandade ou discriminação por parte das empresas ao fazer isso.

Foi visto que estes custos adicionais aumentam com o tempo e podem reduzir significativamente os rendimentos das mulheres, que se veem cada vez mais no interior deste ciclo vicioso. Isto afeta particularmente as mulheres com rendimentos mais baixos, que não conseguem acompanhar as diferenças de preços, podendo levar a uma redução do poder de compra e, portanto, a uma menor participação econômica.

Segundo o site Consumidor Moderno (2024), “de acordo com uma pesquisa realizada em 2017 pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM), graças à tributação maior sobre produtos voltados para o público feminino em relação àqueles

destinados ao público masculino, as mulheres pagam, no Brasil, cerca de 12,3% a mais que os homens pelos mesmos produtos”.

Outro aspecto importante é como a “taxa rosa” modela os mecanismos de mercado, visto que as empresas que praticam a discriminação de preços com base no gênero tendem a obter lucros mais elevados a curto prazo, explorando a disposição de pagar das consumidoras, justificando a diferença de preço pelo modo de produção do produto. Vejamos o que Ricco (2017, p. 119) aduz sobre:

As marcas se justificam dizendo que os produtos são diferenciados, que houve mais pesquisa, que o material é melhor, que o custo de desenvolvimento é maior. No entanto, se você parar para pensar, isso é a consequência de as marcas focarem mais seus esforços para vender para o público feminino. E muitas vezes, você encontra diferenças de preço absurdas para produtos absolutamente idênticos, a não ser pela cor: o patinete rosa que é mais caro que o azul. Aí fica claro que não existe justificativa, apenas expõe uma ganância clara das marcas que perceberam que as mulheres estão dispostas a gastar mais.

Esta prática, no entanto, a longo prazo, poderá surtir efeitos negativos, como a perda de confiança e o abuso por parte dos consumidores. Se os consumidores perceberem que têm sistematicamente de pagar mais, poderão alterar o seu comportamento de compra ou decidir não utilizar determinadas marcas e produtos. Isto poderia levar a uma perda de fidelidade à marca e a um declínio na procura, o que poderia, em última análise, prejudicar as empresas.

Outro aspecto econômico é a distorção da concorrência causada pelo “Taxa Rosa”. As empresas que oferecem os mesmos produtos para homens e mulheres a preços diferentes criam condições de concorrência desiguais. Ao estudar sobre o tema, Ruediger (2020, p. 21) verificou que “a diferenciação de preços por gênero é uma prática comum no comércio online do Brasil. Apesar da maioria dos pares apresentarem o mesmo preço, quando há alguma diferença, a sobretaxa é mais recorrente nos produtos direcionados para as consumidoras do sexo feminino”.

Por fim, verificando a situação de que produtos destinados ao sexo feminino são mais caros, coloca-se a questão de saber se a “Taxa Rosa” é inofensiva, não passando de uma construção ideológica, sendo somente mais uma estratégia de marketing baseada no pressuposto de que as mulheres estão dispostas a pagar mais por determinados produtos. Alguns argumentos, como o custo da produção, podem sugerir que a “*Pink Tax*” sim, não passa de mais uma forma de marketing empresarial; porém, observa-se

que o estilo de vendas é geralmente pautado não na diferença real de custos, e sim no gênero em si.

Por exemplo, as empresas podem utilizar embalagens e designs diferentes para rotular os produtos como “femininos” e justificar preços mais elevados, mesmo que os custos de produção sejam idênticos. Vejamos um exemplo prático dessa situação, observado por Ruediger (2020, p. 16):

Na categoria de material escolar, os produtos estão geralmente associados a um tipo de marca licenciada específica, e, por esse motivo, é bastante clara a distinção por gênero em função de determinado personagem ou desenho. Os itens selecionados nessa categoria eram variados, e havia pares de aventais, cadernos e mochilas para meninas e meninos. De todos os itens levantados no estudo, essa categoria apresentou a maior Taxa Rosa encontrada: um saco que funciona como uma espécie de mochila com estampa da Minnie estava custando 67% mais caro que o com a estampa do Mickey.

Na cidade de Sobral-CE, por exemplo, ao buscar em lojas físicas localizadas no Centro daquela urbe indícios da chamada “Taxa Rosa”, foi possível observar que alguns produtos destinados ao público feminino sim, eram mais caros do que seus correspondentes destinados ao público masculino. Como exemplo, foi verificado que, em determinada loja localizada no centro daquela cidade, uma fantasia da “Princesa Rapunzel” (Foto 01) chegava a ser R\$ 10,00 (dez) reais mais cara que uma fantasia do super herói “Homem Aranha” (Foto 02), sendo que ambas tinham o tamanho “M” e se destinavam ao público infantil. Vejamos:

Fonte: Arquivo Pessoal

Foto 01



Foto 02



Ademais, essa diferença também foi percebida em outra loja, em que foi possível constatar que uma boneca destinada ao público feminino (Foto 03) tinha um preço mais elevado, chegando a custar R\$ 35,00 (trinta e cinco) reais, enquanto seu correspondente destinado ao público masculino (Foto 04) custava a bagatela de R\$ 26,00 (vinte e seis) reais:

Fonte: Arquivo Pessoal



Foto 03



Foto 04

Em verdade, não houve uma extensa pesquisa de campo na urbe de Sobral-CE, sendo essa uma possibilidade futura, tendo em vista que os debates acerca do tema devem se aprofundar com o passar do tempo, sendo de bom alvitre que um amplo estudo seja realizado no seio daquela cidade.

Por fim, necessário consignar que todo esse mecanismo de precificação diferenciada não surgiu “do nada”, tampouco é único no que se propõem (o lucro), sendo certo que devemos analisar, para além dos conceitos, as origens do fenômeno, tendo em vista que tão somente assim será possível compreender sua razão de existência.

4 O PROBLEMA DO LUCRO

Compreender o fenômeno em estudo, sob o ponto de vista econômico e ideológico ajudará o leitor a visualizar o que é a taxa rosa, bem como qual o seu impacto no dia a dia do público que é diretamente atingido por ela (feminino).

Contudo, tal análise minimalista não seria suficiente para compreender a lógica de todo o mecanismo que permeia o fenômeno em estudo, sendo certo que não estamos diante de algo que “surgiu do nada”. Existe um porque quando dissertamos sobre a incidência dessa discriminação de preços, e esse porque pode ser entendido quando analisada a obra do geógrafo David Harvey, especificamente o seu mais recente ensaio, “A Loucura da Razão Econômica” (2018).

Em sua obra, Harvey detalha a lógica do capitalismo moderno, com foco central nos mecanismos de acumulação de capital e na desigualdade sistemática resultante deste acúmulo. Estas dinâmicas que Harvey analisa em relação à economia capitalista e o seu impacto nos vários grupos sociais são diretamente aplicadas ao fenômeno ora em estudo, uma vez que o “imposto rosa” refere-se à tão somente mais uma das formas de controle exercidas por esta engrenagem capitalista moderna.

Harvey argumenta que no cerne do capitalismo está um impulso insaciável de acumulação e expansão (2018, p. 32), em que o valor é forçado a permanecer em movimento para extrair o máximo de lucros, visto que “nenhum capitalista monetário racional se daria a todo esse trabalho e enfrentaria todos os percalços da organização da produção de mercadorias e mais-valor se não terminasse com mais dinheiro no fim do processo de valorização do que tinha no início (2018, p. 32)”.

Ainda, acrescenta que “a qualidade particular tanto do dinheiro quanto do crédito em um modo de produção capitalista é garantir a continuidade do movimento do capital como valor em movimento” (2018, p. 61), pouco importando qual estratégia será adotada para que se alcance tal finalidade.

Desse modo, o que se observa analisando o problema estudado é que tal dinâmica de mercado rebuscou seu olhar para as mulheres que, embora economicamente subvalorizadas, tem sobre si os holofotes de todo um mercado voltado ao seu consumo, não importando, a priori, o quanto recebem, mas sim o quanto podem gastar. O sistema capitalista nesse viés explora diferentes demandas de consumo sob o feminino, para seu lucro ideal, fazendo com que o “o círculo de reprodução do capital se torne uma espiral de crescimento e expansão incessantes” (2018, p. 32).

No caso ora em estudo, é cristalino observar que o sistema capitalista extrai de todos as formas o público feminino, que já tem de conviver com a dura realidade de salários mais baixos (Figueredo, 2024), além de ter seu espaço no mercado de trabalho, em certas realidades, desacreditado, conforme explicou Figueredo (2024):

A discriminação de gênero desempenha um papel significativo na perpetuação da desigualdade salarial. Muitas mulheres continuam a enfrentar preconceito e estereótipos de gênero no local de trabalho, o que pode influenciar decisões de contratação, promoção e remuneração. Estudos mostram que mesmo quando mulheres e homens têm o mesmo nível de qualificação e experiência, as mulheres ainda recebem salários mais baixos.

Nesse contexto, o “Imposto Rosa” se acumula em cima deste já pesado fardo, adicionando uma maneira extra de as mulheres serem pressionadas financeiramente a primeiro comprar e, após, se endividar. Tal situação foi mencionada por Harvey, que sintetizou tal entendimento na máxima de que “a busca frenética por lucro se soma à necessidade frenética de quitar as dívidas” (2018, p. 52), criando, com isso, um ciclo vicioso.

Como Harvey postula, o capitalismo não é apenas responsável por empurrar mais e mais pessoas para a dívida (2018, p. 89), mas também é um imperativo estrutural do sistema para sustentar a acumulação de capital, visto que projeta no consumidor (aqui retratado como sendo o público feminino), uma ideia de necessidade daquele bem. Assim disserta o autor sobre este ardil do capitalismo:

A busca infindável de satisfação de vontades, necessidades e desejos — que não podem nunca ser realmente satisfeitos - vem necessariamente acompanhada do crescimento exponencial infindável da produção. Embora seja errado considerar a reconfiguração de todas as novas vontades, necessidades e desejos como “alienada”, não é difícil enxergar que as alienações estão proliferando na sociedade consumista que o capital necessariamente constrói e vêm

se intensificando em muitos lugares e em certas classes marginalizadas. O abismo entre a promessa e a realização vem se alargando (Harvey, 2018, p. 195).

Sob essa luz, é de fácil constatação que a “taxa rosa” tem seu lugar consolidado na dinâmica capitalista moderna, visto que reforça disparidades, obrigando as mulheres a alocar uma parcela maior de sua renda para itens básicos, consoante visto momentos antes neste trabalho, o que por si só as deixam cada vez mais presas num ciclo de endividamento e dependência financeira.

Por fim, Harvey argumenta em sua obra acerca da natureza expansiva do capital, afirmando que “o capital continua a se deslocar em busca de um “ajuste espacial” para os seus problemas de superacumulação” (2018, p. 188), levando a consequente destruição da riqueza (2018, p 204), confirmando, com tais disposições, que a taxa cor-de-rosa hora em estudo partilha da mesma lógica estrutural apresentada pelo autor ao dissertar sobre o endividamento, perpetuando uma lógica de mercado focada tão somente no lucro.

De certo, a economia capitalista utiliza todos os meios a sua disposição para gerar o lucro, sendo isso “algo socialmente necessário para a produção dos valores de uso de que precisamos para viver” (Harvey, 2018, p. 188). Nesse contexto, a discriminação de preços entre homens e mulheres pode ser vista como mais uma forma mascarada da sede de lucro do capital, já que pode passar facilmente, no dia a dia, como mais uma estratégia de marketing bem sucedida, ou algo do gênero.

Entendido todos os conceitos que permeiam o objeto de estudo desta pesquisa, permanece a questão de saber se, legalmente, a chamada “taxa rosa” encontra resistência no ordenamento jurídico pátrio, sendo certo que a discriminação de preços com base no gênero afronta diretamente o princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inc. I) e as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078 de 1990).

5 ANÁLISE JURÍDICA DA “TAXA ROSA”

Atualmente, o Brasil ainda não detém um arcabouço legal que, de forma expressa, puna ou desarticule possíveis práticas de discriminação de preços com base no gênero (taxa rosa), não sendo certo falar em prática abusiva por conta da discriminação de gênero.

De toda sorte, pela inexistência de legislação específica que regulamente a chamada “Taxa Rosa”, o artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor poderá ser aplicado por analogia, em especial o disposto nos incisos V e X. Estes dispositivos proíbem

qualquer prática comercial que exija benefícios excessivos aos consumidores e aumente os preços sem motivos justificáveis. Vejamos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994) (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços (Código de Defesa do Consumidor, 2023)

Conforme exposto acima, o inciso V refere-se às práticas abusivas que exigem benefícios excessivos dos consumidores e aplica-se pelo mero exercício deles, sem necessidade de contrato. O inciso X, por outro lado, proíbe o aumento de preços sem motivo justificável.

Sobre o explanado, Rizzato Nunes (2021) assevera que essa prática se aplica nos casos em que os preços são controlados ou fixos, conforme previsto no artigo 41 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se o produto permanecer o mesmo e mudar apenas a cor ou os acessórios, o que não tem impacto nos custos de produção e vendas, não há razão justificável para preços mais elevados em produtos destinados ao público feminino (como no caso da mochila da personagem “Minie”, apresentado no tópico 2.2 deste ensaio).

Em se tratando de matéria constitucional, a CF88, em seu art. 5, inciso I, afirma que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (Constituição Federal, 1988); porém, tal dispositivo não é seguido à risca, frente as diversas formas de discriminação (seja nos preços ou na sociedade em si) vivenciadas por inúmeros brasileiros e brasileiras no dia a dia (Arrighe, 2023).

Ademais, convém mencionar que o assunto já encontra assento junto ao Congresso Nacional brasileiro, pois o PL 391/2022 busca, em seu bojo “proibir a prática de diferenciar preços de produtos similares com base no gênero e na orientação sexual do consumidor e da consumidora, e dá outras providências” (Congresso Nacional, 2022). Referido projeto se encontra nesse momento aguardando parecer do(a) relator(a) da comissão de defesa do consumidor (CDC), sendo certo que, devido a sua importância, este assunto ainda será exaustivamente debatido, até ser encontrado um denominador comum, entre o que é estratégia de marketing, e o que é simplesmente abusivo.

Por fim, cabe mencionar que, embora referida matéria já esteja em tramitação junto ao Congresso Nacional, a Constituição Federal Brasileira dispõe, em seu art. 24, inciso VIII, que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens

e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (Constituição Federal, 1988).

Assim, poderia o Estado do Ceará, no âmbito do poder legislativo, discorrer acerca da matéria e legislar de forma incisiva contra a “Taxa Rosa”, delimitando o que seria esse fenômeno, como deveria ser fiscalizado e quais seriam as punições para quem continuasse perpetuando tal diferenciação de preços. Esta possibilidade foi assegurada, inclusive, pelo colendo Supremo Tribunal Federal que, no ARE 883.165 (STF, 2016), confirmou o entendimento de que seria concorrente a competência da União e dos Estados para legislar sobre matéria relativa ao consumidor.

Finalmente, se faz importante mencionar que não seria o Estado do Ceará vanguardista no que concerne a propositura de tal matéria, uma vez que a Assembleia Legislativa - Rio De Janeiro, em maio de 2024, recebeu o Projeto de Lei Ordinária 3546/2024, de autoria do deputado Dionisio de Souza Lins, que “dispõem no âmbito do estado do Rio de Janeiro sobre o programa de eliminação da prática comercial “pink tax” mais conhecida como “taxa rosa” ou “custo rosa” e dá outras providências” (ALERJ, 2024).

Na justificativa do projeto, o autor assim dissertou:

A presente proposição visa em seu escopo, acabar com a prática muito comum que vem sendo utilizada no nosso Estado, porém já vem sendo combatida em muitos locais: a mais comumente chamada “taxa rosa”. A “pink tax” é uma prática discriminatória que penaliza as mulheres, impondo-lhes custos mais altos simplesmente por serem mulheres. Além de ser injusta e desigual, reforça estereótipos de gênero e contribui para a disparidade econômica entre homens e mulheres (ALERJ, 2024).

Portanto, observa-se que a “Taxa Rosa” representa um problema concreto e contemporâneo, amplamente debatido não apenas em cenários internacionais, como o caso de Nova York, mas também em âmbito nacional, com discussões já presentes nas casas legislativas brasileiras, conforme exposto anteriormente. Diante disso, torna-se essencial aprofundar a análise da questão central deste estudo e investigar qual seria o papel do Ministério Público Estadual em relação à ‘taxa rosa’ (pink tax), avaliando se, e de que forma, o *Parquet* poderia efetivamente intervir nesse contexto.

6 DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Não há como começar um debate acerca das hipóteses de intervenção ministerial em um determinado assunto sem, primeiro, remontar à Constituição Federal Brasileira de 1988, visto que é nela que os demais assuntos deverão buscar um norte.

De acordo com aquele documento, a proteção dos direitos do consumidor está consagrada como um direito fundamental, e o Ministério Público, enquanto *ombudsman*, desempenha um papel central em sua preservação como tal. Seu artigo 127, assevera que o *Parquet*, enquanto instituição permanente e essencial à função da justiça, deve atuar incisivamente na “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (Constituição Federal, 1988)

A responsabilidade do órgão ministerial nesse sentido é tamanha que, autores como Gregório Assagra de Almeida (2008) chegam a afirmar que o Ministério Público “é, portanto, Instituição permanente e, em assim sendo, é cláusula pétrea” (Almeida, 2008, p. 11).

Referido autor aduz ainda que o órgão ministerial “é instituição de fundamental importância para a transformação da realidade social e efetivação do Estado Democrático de Direito” (Almeida, 2008, p. 11), sendo certo que, com tais responsabilidades, o MP não figura atualmente apenas como guardião da legislação brasileira, mas também como representante dos interesses públicos, especialmente em áreas em que a defesa dos direitos coletivos e difusos tende a ser primordial.

Partindo dessa premissa, é possível finalmente estabelecer hipóteses de intervenção ministerial na questão da “Taxa Rosa”, visto que formadas bases sólidas para tal, principalmente porque ficou demonstrado, no decorrer deste estudo, que o problema é real.

Talvez a abordagem mais conservadora e inicialmente sustentável seria o monitoramento e a investigação de empresas que praticam, em algum grau, as diversas hipóteses de discriminação de preços com base no gênero demonstradas no decorrer deste ensaio. Sabendo da existência do problema, o Ministério Público poderia começar a acompanhar as empresas por meio de um Procedimento Administrativo, que não detém um caráter investigativo, nos termos da Resolução nº 036/2016 - OECPJ, estabelecendo e coletando informações robustas para determinar o que seria “Marketing” e o que seria, de fato, “Taxa Rosa”.

No que diz respeito à utilização do PA, deve ser mencionado que ele se trata de um “procedimento formal, sem caráter investigativo em função de um ilícito específico, destinado ao acompanhamento e fiscalização, (...), de fato que enseje a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 7º desta Resolução” (MPCE, 2016).

Entre os ditos interesses ou direitos mencionados no artigo 7º da resolução acima mencionada (036/2016), podemos constatar que o PA se destina “a apurar a ocorrência de danos efetivos ou potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos” (MPCE, 2016).

Sendo o direito do consumidor de caráter difuso, vê-se como possível a intervenção direta do Ministério Público na questão da “Taxa-Rosa”, especialmente porque também

encontra amparo na legislação vigente, visto que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em particular no seu artigo 39, proíbe aumentos de preços ilegais sem qualquer justificativa objetiva.

Assim, com a triagem em mãos, o mercado poderia ser examinado quanto a práticas desleais, principalmente em produtos semelhantes ou idênticos, conforme visto linhas acima neste estudo. Tais acompanhamentos poderiam ensejar, inclusive, a expedição de Recomendações pelo Ministério Público que, consoante dispõe o art. 36 da já citada Resolução nº 036/2016 – OECPJ, visam “à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover” (MPCE, 2016).

Estas recomendações assumiriam um caráter resolutivo, tal como deve se portar o Ministério Público moderno (Rodrigues, 2018), visto que assumiram o papel de resolução efetiva de um problema, aparte do poder judiciário. É nesse sentido, inclusive, que leciona Edilson Vitorelli (2018), pois quando analisamos seu conceito de processo estrutural, no plano da atuação extrajudicial do Ministério Público, compreendemos que o objetivo deve ser um só: a busca por um resultado efetivo.

Deste modo, as recomendações expedidas pelo órgão ministerial, após minuciosa análise do mercado e de suas possíveis práticas discriminatórias, seriam vistas pela sociedade como uma forma efetiva de resolução da questão principal: a discriminação. Em verdade, as recomendações não sanariam o problema de pronto, mas seriam, aos olhos daqueles que buscam a efetiva resolução da questão, um começo, podendo atingir, a partir de outros processos estruturados, o fim aqui desejado.

Por fim, é imperioso mencionar que não há falar em mudança de um *status quo* sem uma forte conscientização em sentido contrário. Nesse viés, o Ministério Público também poderia assumir um papel de liderança na educação pública para informar os consumidores sobre a existência e os efeitos da dita “Taxa Rosa”, tal como já o fez, em março de 2024, com a chamada “Semana do Consumidor 2024”, que teve como tema “Prevenção de fraudes e golpes nas relações de consumo” (MPCE, 2024).

Com o fomento a eventos desse tipo, principalmente quando em colaboração com organizações de consumidores e outros organismos relevantes, poderia o Ministério Público desenvolver campanhas destinadas a sensibilizar e educar as mulheres sobre os seus direitos. Estas campanhas poderiam não só sensibilizar as consumidoras, mas também aumentar — de uma forma propositiva — a pressão sobre as empresas que necessitam de alterar as suas estratégias de preços para responder à crescente sensibilização e crítica do público.

Portanto, com tais considerações, verifica-se como plenamente possível uma atuação moderna, centrada e resolutiva do Ministério Público do Estado do Ceará na questão da

“Taxa Rosa”, sendo esse um debate que ganhará maiores proporções enquanto o debate sobre sua existência for tomando forma.

7 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é certo falar que a “taxa rosa” figura atualmente como um real problema econômico que está profundamente enraizado no que se entende como mercado. A investigação sobre este fenômeno mostrou que a discriminação de preços entre homens e mulheres não se baseia apenas em um possível achismo ideológico, mas que sim, cria encargos financeiros reais para as mulheres.

Esta prática reforça as desigualdades existentes e reflete uma perspectiva em que as mulheres são vistas como uma mera mercadoria. O estudo demonstrou que os aspectos subjetivos da “Taxa Rosa” estão ligados aos papéis tradicionais de gênero e às expectativas sociais que certos grupos empresariais tem das mulheres. Estes estereótipos são perpetuados pelos meios de comunicação social e pela publicidade, influenciando tanto o comportamento de consumo das mulheres como as estratégias de mercado das empresas.

Além disso, a pesquisa demonstrou a lógica por trás do fenômeno, demonstrando que a “taxa rosa” evidencia mais uma das formas que o capital tem de se expandir no espaço, denotando a existência de um aperfeiçoamento do mercado no que concerne a busca incessante por preços mais elevados, visto que buscam no feminino incutir a ideia de propensão ao gasto, levando ao entendimento de que o “Imposto Rosa” não é, portanto, apenas uma questão de preços, mas uma expressão das desigualdades econômicas mais profundas que ainda são reforçadas pelo modo de produção capitalista.

A análise jurídica, por sua vez, demonstrou que a prática de discriminação de preços com base no gênero pode ser considerado uma prática abusiva na acepção da Lei de Defesa do Consumidor, principalmente se observado for o artigo 39, inciso V e X daquela legislação, demonstrando que, embora inexista legislação diretamente aplicável ao caso, por analogia, pode ser observado que a “Taxa Rosa” não é apenas injusta, mas

Adicionalmente, ficou constatado que o assunto já é debatido no Brasil, sendo certo que a PL 391/2022, em tramitação no Congresso Nacional, e o Projeto de Lei Ordinária 3546/2024, na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, manterão acesso o debate acerca do tema nos próximos anos.

Por fim, constatou-se que o Ministério Público moderno, firmado na premissa da resolutividade, possui os mecanismos necessários para intervir ativamente na questão da “Taxa Rosa”, visto que dispõe de um arcabouço de possibilidades para realizar tal fiscalização, sendo que a maioria destes procedimentos encontra fundamento na Resolução nº 036/2016 – OECPJ.

Ademais, esta pesquisa também constatou que pode o Ministério Público atuar como verdadeiro conscientizador quanto à discriminação de preços com base no gênero, visto que já exerce esse papel na sociedade moderna, tal como o fez no evento nominado “Semana do Consumidor 2024”, sendo certo que esta atuação preventiva seria uma das formas de trazer o referido assunto à tona e, com isso, demonstrar que uma instituição de tamanho prestígio como o Ministério Público estaria ciente de tal mazela social.

SHOULD THE PUBLIC PROSECUTOR’S OFFICE INTERVENE IN THE ISSUE OF THE “PINK TAX”? AN ANALYSIS OF GENDER DISCRIMINATION IN CONSUMPTION PRACTICES

ABSTRACT

The “Pink Tax” is a practice of price discrimination based on gender, in which products intended for women tend to cost more than their male equivalents, especially hygiene items, toys and services. The article analyzes this phenomenon from a legal, economic and market perspective, questioning whether the Public Prosecutor’s Office (MP) should intervene in this phenomenon. Using the methodological procedure of bibliographic analysis, in addition to a qualitative analysis of prices in the city of Sobral-CE, the research concludes that the intervention of the MP is viable, suggesting ways for the minister to act to combat this price inequality.

Keywords: “pink tax”; *pink tax*; discrimination; Public Prosecutor’s Office; gender.

REFERÊNCIAS

- ALERJ, **Projeto de Lei Ordinária 3546/2024**. Disponível em: <https://bancodeleis.una-le.org.br/spl2/processo.aspx?id=67796&autor=697>. Acesso em: 28 ago. 2024.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet, n. 20, p. 17-60, 2008.
- AMOSSY, Ruth; PIERROT, Anne Herschberg. **Estereótipos y clichés**. Eudeba, 2020.
- ARANTES, Thaís Castro. **Desvendando a Pink Tax: um estudo sobre o gasto de mulheres com bens e serviços e a invisibilidade tributária da Taxa Rosa**. 2022.
- ARRIGHE, Pietra Paula Sanchez. **O fenômeno da taxa rosa e os seus efeitos jurídicos**. 2023.
- CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, disponível em: <https://www.planalto.gov>.

balho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 04 maio 2024.

RICCO, Adriana Sartório; OLIVEIRA, Débora Binz. **A influência do marketing e o comportamento da consumidora no processo de compra de produtos com taxa rosa**. Espaço e Tempo Midiáticos, v. 2, n. 1, p. 111-126, 2017.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos**: lineamentos sobre a nova dinâmica. Justitia, v. 79, n. 204, 2018.

RUAS, Danielle. **Taxa rosa**: o preço da desigualdade no consumo feminino. Disponível em: <https://consumidormoderno.com.br/consumo-direito-generos/>. Acesso em 28 de agosto de 2024.

RUEDIGER, M. A. **Existe taxa rosa no Brasil? incidência da discriminação de gênero em produtos no varejo online**. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2020. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/6d9f043c-1bf8-432c-bc55-5de5954a5982>. Acesso em: 25 mai. 2024.

SANTOS, Milena Lazzaro Soares dos et al. **Taxa Rosa**: análise da precificação abusiva em face da diferença de gênero. 2023.

SOUSA, Angélica Silva de; OLIVEIRA, Guilherme Saramago de; ALVES, Laís Hilário. A pesquisa bibliográfica: princípios e fundamentos. **Cadernos da Fucamp**, v.20, n.43, p.64-83/2021.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**. São Paulo: RT.

O CONFISCO ALARGADO DE BENS
PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NOS
CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITALS

*THE EXTENDED FORFEITURE
TO COMBAT CORRUPTION IN MONEY
LAUNDERING CRIMES*

O CONFISCO ALARGADO DE BENS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO NOS CRIMES DE LAVAGEM DE CAPITAIS¹

*THE EXTENDED FORFEITURE TO COMBAT
CORRUPTION IN MONEY LAUNDERING CRIMES*

Marcelo Cochrane Santiago Sampaio²

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a perda alargada de bens, confisco alargado ou confisco ampliado, inserido no art. 91-A do código penal, pelo Pacote anticrime. Estudou-se sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988 e com as convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Analisou-se a possibilidade de perda de bens do condenado correspondentes à diferença entre o valor do seu patrimônio e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Concluiu-se pela constitucionalidade, convencionalidade da medida e relevância para o combate à corrupção praticada contra a administração pública.

Palavras-chave: confisco alargado; perda alargada de bens; pacote anticrime; combate à corrupção.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a inovação legislativa feita pelo pacote anticrime (Lei n.º 13.964/19), inserida no artigo 91-A do Código Penal, acerca da possibilidade de confisco alargado, como efeito da condenação criminal, “dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”.

O objetivo principal é a análise da compatibilidade do confisco alargado incidente sobre os bens “correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e

1 Data de Recebimento: 05/11/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

2 Promotor de Justiça titular da 115ª Promotoria de Fortaleza, com atribuição no combate ao crime organizado. Especialista em Direito Processual (UNISUL), em Direito Constitucional e Processo Constitucional (UECE/ESMP) e em Direito Financeiro e Combate à Corrupção (UNIFOR/ESMP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0936658754250927>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1420-4824>. Email: marcelo.sampaio@mpce.mp.br.

aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” com os postulados do devido processo legal, da presunção de não culpabilidade, ampla defesa, contraditório, individualização da pena e vedação ao confisco.

2 DA PERDA AMPLIADA DE BENS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Lei n.º 13.964/19 (“pacote anticrime”) inseriu no Código Penal o art. 91-A, que versa sobre o chamado “confisco alargado” ou “confisco ampliado”, dispositivo que vem sendo alvo de intensa divergência doutrinária acerca de sua constitucionalidade. A perda de bens prevista no artigo 91-A do Código Penal pode atingir, além do produto ou proveito do crime, “os bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”. Eis o texto legal:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

Analisando-se o texto legal, vê-se que a medida exige condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão e pode ser decretada a perda dos bens tanto considerados como “produto ou proveito do crime”, como daqueles “bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”.

A última previsão é que tem gerado maiores discussões doutrinárias e alegações de inconstitucionalidades, culminando com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6304 perante o Supremo Tribunal Federal. Em 28 de agosto de 2020, o ministro Luiz Fux, relator, decidiu pela adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei federal nº 9.868/1999. Houve manifestações da Presidência da República, por meio da Advocacia-Geral da União, da Câmara dos deputados, Senado federal, havendo ainda pedidos de inclusão como “*amicus curiae*”. A ação encontra-se pendente de julgamento.

A inovação legislativa define que se entende por “patrimônio do condenado” todos os bens registrados sob a sua titularidade, “em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente”. Vê-se aqui que há um delimitador temporal, imposto pelo legislador, que é a data da infração penal. No caso dos crimes de lavagem de capitais, entendemos que tal limitador temporal deva incidir desde o crime antecedente, eis que o texto normativo fala “na data da infração penal ou recebidos posteriormente”. Da mesma forma, entende-se como patrimônio do investigado os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

A atividade criminosa, nos delitos de lavagem de capitais inicia-se ainda com a prática do crime antecedente, que gera os recursos ilícitos que precisarão ser ocultados ou terem a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade dissimuladas para que retornem de forma lícita, após o branqueamento, para sua fruição. Os bens adquiridos em decorrência do crime antecedente, como fruto ou produto de delitos com pena máxima superior a seis anos, integram o patrimônio ilícito do criminoso, antes mesmo de um eventual branqueamento de tais ativos, que venha a ocorrer num segundo momento da atividade criminosa, que se iniciou, como dito, no crime antecedente.

A norma prevê ainda a possibilidade de aplicação do efeito da condenação em relação aos bens “transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal”. Vê-se que o texto traz a expressão “início da atividade criminal”, o que reforça nosso entendimento exposto de que, em relação a delitos de lavagem de capitais, a atividade criminosa inicia-se com a prática dos crimes antecedentes.

O parágrafo segundo do artigo 91 da norma substantiva penal estatui que “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”, em consonância com o postulado constitucional que garante aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF/88). Em observância ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa, o terceiro a quem foi transferido o(s) bem(ns) “a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória”, a nosso sentir, deverá participar do processo e exercer seu sagrado direito de defesa.

A perda de bens deve ser requerida expressamente pelo Ministério Público, quando oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada (art. 91-A, §3º, CP), o que, igualmente, garante o exercício do contraditório e ampla defesa pelos acusados, pois será explicitada a diferença patrimonial encontrada e a metodologia adotada. Em uma eventual sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada, garantindo o exercício do contraditório e ampla defesa, assegurando ainda respeito à individualização da pena.

Finaliza a inovação legislativa, em seu parágrafo quinto, que “os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal”. Tal perda deve ser declarada ainda que tais instrumentos “não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes”.

Consultando a exposição de motivos³ da proposta legislativa que findou com a edição da Lei nº 13.964/19, temos a justificativa para a inovação. Conforme manifestação do Senado Federal na Ação direta de Inconstitucionalidade nº 6304, a inserção do art. 91-A no código penal adveio “de uma proposta eminentemente prevista no PL nº 882/2019”, que dispõe em sua exposição de Motivos (EM nº 00014/2019 MJSP):

Há unanimidade na crença de que a sanção econômica é vital no combate ao crime, em especial quando praticado por organizações criminosas. No entanto, a atual redação do Código Penal, ainda que reformada pela Lei nº 12.694, de 2012, é insuficiente para que se alcance tal objetivo. O que agora se pretende é tornar este combate mais próximo da realidade, convertê-lo em concreta possibilidade. Assim, um servidor público condenado por crime cuja pena máxima seja superior a seis anos, que apresente patrimônio incompatível

³ A Lei nº 13.964/2019 é oriunda de três projetos de lei que tramitaram conjuntamente no Congresso Nacional, sendo eles: o Projeto de Lei (PL) nº 10.372/2018, o Projeto de Lei (PL) nº 10.373/2018 e o Projeto de Lei (PL) nº 882/2019.

com os seus proventos, poderá ter confiscado o valor da diferença entre os seus bens e o do patrimônio compatível com seu rendimento. E como seu patrimônio, incluem-se os bens transferidos a terceiros gratuitamente ou por valor irrisório. Isto significa o fim da prática comum de ceder os bens, a qualquer título, a terceiros, livrando-se facilmente da apreensão. Mas, para tanto, é preciso que se demonstre ser a conduta ilícita habitual.

A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de n.º 6304 no Supremo Tribunal Federal (STF) questionando a constitucionalidade, dentre outros, do dispositivo do artigo 91-A do Código penal, incluído pelo Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/2019), que prevê, como um dos efeitos da condenação criminal, a perda “dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito” (BRASIL, 2019). Tal ação sustenta que a regra teria criado uma pena de “confisco de bens”, em violação ao princípio da individualização da pena e da função social da propriedade. A ADI n.º 6304 questiona a constitucionalidade dos artigos 91-A e 116, IV do CP, 28-A do CPP e 112 da Lei de Execução Penal, introduzidos e alterado (art. 112) pelos artigos 2º (Código Penal), 3º (Código de Processo Penal) e 4º (Lei de execução penal) da Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Foi distribuída inicialmente ao ministro Celso de Mello e encontra-se pendente de julgamento pela Corte Maior.

Na referida ADI, os autores defendem que a alteração do art. 91-A do Código penal, trazida pelo pacote anticrime, seria inconstitucional por criar “a pena de confisco de bens, “travestida de efeito da condenação”, violando o “princípio da personalidade e individualização da pena, desviar poder jurisdicional do Poder Judiciário para o Ministério Público”. Afirmam ainda a petição inicial que o parágrafo primeiro do referido artigo seria uma norma “sui generis”, “de ‘interpretação autêntica’ do que deve ser entendido como “patrimônio do condenado”, não se tratando de “produto ou proveito do crime”, o que legitimaria o confisco.

Sustentam ainda que a Lei n.º 9.714/98 teria, “sorratamente”, criado “duas penas alternativas inconstitucionais, uma delas, “aberrantemente inconstitucional”, qual seja, a “perda de bens e valores”, em, digamos, doses homeopáticas, assim tipo experimental, tateando, se pegar pegou, começando com penas alternativas”. Argumenta que a alteração legislativa seria uma “inconstitucionalidade absurdamente grave, nunca dantes experimentada nesta maltratada República latino-americana”, criando, na visão dos autores, “o mais escancarado e ilegal “confisco de bens e valores” do cidadão”, aduzindo que tal penalidade poderia ser imposta “mesmo sem qualquer vínculo com determinada

infração penal específica, que porventura alguém possa ser condenado”.

Para os autores da ação, a garantia de “proibição ao confisco” integra-se ao consagrado princípio da personalidade da pena, igualmente assegurado na atual Constituição Federal (art. 5º, XLV), somando-se à garantia da função social da propriedade (art. 5, XXIII), todos princípios que se complementam e completam a proibição da pena de confisco, ainda que transvestido em outros institutos jurídicos “efeitos da condenação” ou “perda de bens”.

Para referida associação, o objeto do “confisco” do art. 91-A do Código Penal não seria os “instrumentos ou produtos do crime, como ocorre no confisco-efeito da condenação” do art. 91 da norma Penal, mas o patrimônio do condenado, em delitos com pena superior a seis anos, “mesmo que não seja daqueles praticados contra a Administração Pública”. E concluem: “trata-se, dito em bom português, de locupletação indevida dos cofres públicos”.

Cezar Roberto Bitencourt (2023, p. 445), um dos advogados que subscreve a referida ação direta de inconstitucionalidade, sustenta, em sua obra Tratado de direito penal, a inconstitucionalidade da medida, conforme se vê:

Neste dispositivo legal, o legislador brasileiro, com a Lei n. 13.964, mais uma vez, adota, disfarçadamente, o inconstitucional “confisco de bens e valores” travestido, nesta hipótese, como se fora efeito da condenação, ”a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”. E faz, a seguir, em seu § 1º, uma espécie sui generis, de “interpretação autêntica” do que deve ser entendido como “patrimônio do condenado”, ou seja, não se trata de “produto ou proveito do crime”, o que, se fosse, em nosso sistema jurídico-constitucional legitimaria tal confisco. Veja-se o texto desse § 1º do referido artigo, verbis: “Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens: de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal”.

O mesmo posicionamento foi exposto pelo mesmo autor em sua obra “Reforma Penal sob a Ótica da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)”, ao considerar a previsão do artigo 91-A flagrantemente inconstitucional (Bitencourt, 2021). O autor (2021, p.

51) repete as críticas tecidas também em relação as alterações promovidas pela lei nº 9.714/98, que, em seu ponto de vista, teria criado “duas penas alternativas inconstitucionais, uma delas, aberrantemente inconstitucional, qual seja, a “perda de bens e valores”, supostamente, na visão do doutrinador, em “doses homeopáticas”, “tipo experimental, tateando, se pegar pegou, começando com penas alternativas”.

Soraia da Rosa Mendes (2020, p. 19), ao comentar as alterações do Pacote Anticrime, entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo, sustentando que “foi criada uma modalidade de confisco de bens por presunção legal, mediante uma clara inversão do ônus da prova inconcebível no processo penal”. Diz a autora:

Vale lembrar que a perda para o Estado do produto ou de qualquer proveito do crime, prevista no art. 91, II, b, do Código Penal, é legítima pela relação causal provada entre crime e lucro, demonstrada pela autoria e materialidade do fato punível. Contudo, na excelente lição de Juarez Cirino dos Santos e June Cirino dos Santos (2015), a hipótese de perda da diferença entre (a) o patrimônio total do condenado e (b) o patrimônio demonstrado, pela pessoa condenada, como produto de rendimentos lícitos ou fontes legítimas, é fundado em presunção legal, porque inverte o ônus da prova, rompendo um princípio fundamental do processo penal: a prova dos fatos imputados pertence à acusação, incumbindo à defesa apenas criar uma dúvida razoável, obrigando à decisão, segundo o princípio da presunção de inocência, expresso na máxima *in dubio pro reo*.

Vinícius Assumpção (2020, p. 29), comentando as alterações do denominado Pacote Anticrime, explica que a inovação legislativa passa a disciplinar “o ‘perdimento’ de bens (caput ao §4º) e instrumentos (§5º) da pessoa condenada em situações específicas, não abrangidas pelo perdimento previsto no art. 91, II, do CP”. Quanto à diferenciação entre a pena cominada e a pena aplicada, leciona o autor:

Ele tem por objetivo alcançar os bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio da pessoa condenada e aquele compatível com seu rendimento lícito. Essa previsão se aplica apenas aos casos em que condenação seja a infrações que tenham pena máxima cominada/prevista superior a 6 anos de reclusão. Observe-se que, embora seja efeito da condenação, o dispositivo se refere à pena cominada e não à pena aplicada. Exemplo: Filó era policial rodoviário federal e exigia vantagem indevida de motoristas nas blitzes que

realizava com seus colegas. Filó foi condenado a 4 anos de reclusão pela prática do crime de concussão (art. 316 do CP, com nova pena dada pelo “Pacote Anticrime”). Embora a pena fixada na sentença seja de 4 anos, é possível que seja decretado o “perdimento” de bens, preenchidos os demais requisitos, porque a pena máxima prevista para o crime é superior a 6 anos.

Ao comentar o parágrafo primeiro do art. 91-A do código penal, diz o mesmo autor que o objetivo do legislador é, nitidamente, alcançar as situações em que há utilização de interpostas pessoas (alcançadas popularmente de “laranjas”) ou simulação de vendas para ocultar a real titularidade dos bens” (Assumpção, 2020). Explica que a lei considera patrimônio “os bens titularizados pela pessoa ou sobre os quais ela tenha domínio direto ou indireto, na data da infração ou recebidos posteriormente” (previsão do inciso I), assim como “aqueles transferidos para terceira pessoa a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal” (inciso II). Segue o autor:

Lidos em conjunto, os §§ 2º e 3º revelam que o “perdimento” só poderá ocorrer se for submetido ao crivo do contraditório, sob pena de vulnerar a ampla defesa da pessoa condenada. Assim, é indispensável que o titular da ação penal requeira expressamente a medida quando do oferecimento da denúncia (ou queixa, em caso de ação subsidiária da pública). Na ocasião, deverá indicar também a diferença apurada para fins de “perdimento”.

[...]

A “perda” deverá ser decretada na sentença condenatória (§ 4º), oportunidade em que a autoridade judiciária há de declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens perdidos. (Assumpção, 2020, p. 30).

O doutrinador sustenta a inconstitucionalidade da norma sob dois aspectos. O primeiro questionamento dá-se quanto a uma suposta inversão do ônus da prova criada pelo art. 91-A, §2º, sustentando a sua inconstitucionalidade em razão da possível afronta ao princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF). Eis a opinião do doutrinador:

A primeira se refere à inversão do ônus da prova criada pelo art. 91-A, § 2º, ao prever que o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimô-

nio. Acreditamos que há um erro material quando a lei emprega a expressão “condenado”, uma vez que a prova deve ser feita no curso do processo, como se depreende dos demais dispositivos. De um modo ou de outro, a previsão não resiste ao filtro da constitucionalidade, considerando que cria presunção relativa em favor da acusação, impondo à pessoa processada o dever de provar a licitude do seu patrimônio excedente ao que se entende por compatível com seus rendimentos lícitos. O princípio do estado de inocência, em sua dimensão probatória (regra probatória), impõe à parte acusadora – e nunca à defesa – o ônus de provar, de modo que parece inconstitucional a disposição que atribui à acusação apenas a indicação da diferença apurada para fins de “perdimento” e a defesa tenha de assumir o ônus de provar a licitude do patrimônio. (ASSUMPÇÃO, 2020, p. 31)

A mesma obra traz o segundo ponto de questionamento acerca da constitucionalidade da medida imposta pelo Pacote Anticrime, sob o argumento de que não haveria possibilidade de intervenção judicial por parte da terceira pessoa que teria os bens expropriados, posicionamento com o qual não concordamos (Assumpção, 2020, p. 31). O autor sustenta ainda haveria presunção de ilicitude do patrimônio de pessoa considerada inocente:

A segunda consideração é que a inovação materializa o que se convencionou chamar de “confisco alargado”. A expressão visa distinguir o instituto do “confisco clássico” (art. 91, II, do CP), em que a “perda” está relacionada com o crime de algum modo. Por diversas razões, o dispositivo soa incompatível com as diretrizes constitucionais, em especial do devido processo penal e do estado de inocência, afinal o confisco é permitido (i) ainda que o patrimônio da pessoa condenada não esteja relacionado com a prática de crime, na condição de instrumento, produto ou proveito; (ii) mesmo que não haja previsão expressa de intervenção processual por parte de terceira pessoa eventualmente afetada, negando-lhe a possibilidade de obstar o confisco de patrimônio de sua titularidade; (iii) lastreada em presunção de ilicitude do patrimônio de pessoa com status constitucional de inocente. (ASSUMPÇÃO, 2020, p. 32).

Vinícius Assumpção (2020) sustenta a ainda inconstitucionalidade da modalidade de perda de bens prevista no novel artigo 91-A do Código Penal por não se enquadrar às previsões legais de perdas de bens do texto constitucional. Afirma que a Carta Magna de

1988 utiliza a expressão “perda de bens” em dois momentos (art. 5º, XLVI, b e art. 243), e o art. 91-A não atende a qualquer deles (Assumpção, 2020, p. 32).

Darlan Barroso (2023, p. 29), por sua vez, em sua obra intitulada Lei Anticrime Comentada, defende que a interpretação do novel artigo abrange “quaisquer bens de natureza ilícita, assim considerados aqueles que se amoldam à condição do “*caput*”, ou seja, correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”. Sustenta ainda que devem ser declarados como perdidos, “independentemente de terem sido obtidos em decorrência da atividade ilícita que gerou a condenação” e exemplifica:

“A” foi condenado pelo delito de extorsão mediante sequestro, mas foi descoberto que os bens incompatíveis com seu rendimento lícito foram obtidos mediante roubos a banco, que seriam objeto de outro processo para o qual ele não havia sido condenado ainda, pois estava tramitando em 2ª instância. Neste caso, pelo entendimento que vem sendo defendido nos primeiros debates sobre o tema, o perdimento poderia alcançar tais bens. (Barroso, 2023, p. 29).

O autor bem alerta no sentido contrário a vários outros doutrinadores no entendimento de apontar, de forma cabal, a constitucionalidade na previsão normativa do artigo 91-A do Código Penal (Barroso, 2023). E mais, ainda que se venha entender pela inconstitucionalidade do dispositivo, há, conforme bem disse o autor, a possibilidade de a Suprema Corte preferir interpretação conforme a Constituição. Vejamos:

A compreensão que possuímos é a de que, ainda que ilícitos (e se foram obtidos em decorrência do roubo, serão ilícitos, desde que exista decisão condenatória transitada em julgado), estes bens somente podem ser declarados perdidos se demonstrado no processo que se referem à prática do crime para o qual o réu foi condenado. Deve-se alertar, entretanto, que acreditamos que esta não será a posição adotada por nossos Tribunais, que certamente ofertarão uma compreensão mais ampla da incidência deste artigo. Importante também apontar que o alargamento da perda destes bens não necessariamente está eivado de inconstitucionalidade, obrigando o intérprete a afastar a norma do ordenamento jurídico, mas é possível a utilização do critério de interpretação conforme a Constituição para ofertar entendimento adequado ao princípio da legalidade e restringir a aplicação da norma aos bens provenientes da atividade delituosa para o qual o agente foi condenado. (Barroso, 2023, p. 31).

Barroso (2023, p. 32), ao comentar o inciso II do art. 91-A da lei penal vigente, afirma que a transferência a terceiros a título gratuito dos bens do investigado, “dentro do marco temporal apontado, transparece claramente a finalidade de fraudar o Poder Judiciário omitindo bens, repassando-os ao nome de terceiro, o que demonstra o acerto da previsão legal”. Alerta o doutrinador, admitindo o acerto da inovação legislativa, que o conceito de “contraprestação irrisória” deve ser tratado com especial cuidado em razão de não existir definição legal para tanto. O autor traz um exemplo em sua obra:

Exemplo: imaginemos que o condenado fez a venda de um imóvel de sua propriedade a terceiro, imóvel este com valor de mercado apurado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), mas que vendeu a terceiro pelo valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Neste caso, é possível apontar a desproporção entre o valor de venda e o negócio ajustado, é possível afirmar que esta contraprestação foi irrisória, mas, por exemplo, se o condenado vendeu o bem por R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais) porque precisava urgentemente de capital para investir em uma empresa de sua propriedade e os juros bancários não compensavam, será que podemos considerar esta contraprestação irrisória? Penso que não, e o maior desafio neste caso é estabelecer limites de segurança para definição do que seja contraprestação irrisória, pois a Lei Anticrime não definiu. (Barroso, 2023, p. 33).

Paulo Mario Canabarro Trois Neto (2023), em artigo acerca da interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no código penal brasileiro, leciona que o debate sobre a utilização da perda de bens como efeito da condenação ganhou novo fôlego com a “constatação do poderio econômico de organizações criminosas e da ameaça corrosiva da disponibilidade do capital criminoso para a integridade do tecido social e político”. Diz o autor:

Com o objetivo de punir, evitar ou inutilizar o enriquecimento decorrente de práticas ilícitas, diversos Estados passaram, na esteira de tratados internacionais e atos normativos de órgãos comunitários, a modificar sua legislação interna para promover importantes aprimoramentos na aplicação de confiscos penais e extrapenais, com ou sem a necessidade de condenação penal. Essa ampla e disseminada ressignificação das medidas incidentes sobre o patrimônio de criminosos levou a que o tema migrasse definitivamente da periferia para

o centro da política criminal. Em um ambiente social marcado pela onipotência do dinheiro e dos privilégios de possuí-lo, parece cada vez mais aceitável que a confiscação, em suas diferentes formas de configuração normativa, possa cumprir adequadamente funções repressivas, preventivas e restaurativas. (Trois Neto, 2023, p. 03).

Segue o mesmo autor que, no tocante à função repressiva da pena, “a utilização da imposição de perdas patrimoniais como sanção penal, além de constituir medida mais barata que o aumento de penas privativas de liberdade”, “parece mais resistente às técnicas de neutralização da criminalidade econômica”. Defende que diante da “crise da pena privativa de liberdade” e sua questionável “aplicação a criminosos do colarinho branco ou socialmente favorecidos”, a ampliação das hipóteses de confisco-pena, desde que restem atendidos os princípios da culpabilidade, da proporcionalidade, da personalidade e da individualização, podem desempenhar um relevante fator de “(re) legitimação do direito penal”.

Trois Neto (2023) sustenta que a prevenção especial da confiscação pode ser obtida por meio da oposição de obstáculos ao refinanciamento da atividade criminosa decorrente do “asfixiamento econômico do agente do crime”, citando as lições de Sólon Linhares (2016, p. 69 e 80), que, por sua vez, citou trechos de voto da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha na Ação Penal n.º 470/STF:

[...] se “o dinheiro é para o crime como o sangue é para a veia”, é de se esperar que a adoção de medidas patrimoniais possa “funcionar como um torniquete capaz de parar a circulação deste sangue sujo, para que o coração da quadrilha deixe de bombear mais sangue para todo o organismo criminoso”.

O confisco, como forma de prevenção geral é defendido pelo autor como portador de “caráter dissuasório que a percepção social da aplicação efetiva de perdas patrimoniais a criminosos pode acarretar” (Trois Neto, 2021). Arremata o autor abordando a efetividade social da medida de perdas de bens em detrimento da prisão corporal, sobretudo no atual estágio de sofisticação das organizações criminosas:

Não é absurdo cogitar que o perigo da confiscação possa ser mais suscetível de ser considerado por quem pretende atuar perseguindo o lucro (o que demanda também procurar antecipar riscos de prejuízo) do que a própria ameaça de prisão, possivelmente objeto de negação psicológica por quem se considera distante do estereó-

tipo socialmente disseminado de um “delinquente”. Se no mundo dos negócios, como diz a frase atribuída ao megainvestidor Warren Buffet, “a regra nº 1 é nunca perder dinheiro, e a regra nº 2 é nunca esquecer da regra nº 1”, o risco de prejuízo econômico decorrente da existência de meios de privação patrimonial dotados de eficácia social relevante haveria de ser levado em conta para a decisão final do agente sobre se a prática delitiva seria o melhor curso de ação a tomar, ainda que se trate, evidentemente de uma racionalidade decisória sujeita a uma série de condicionamentos e vieses.

Para o mesmo autor, a pena de confisco “pode ser uma medida de reprimenda econômica, de modo a cumprir uma função restaurativa”, eis que faz cessar a “disponibilidade patrimonial alcançada por meios ilícitos”, promovendo a recomposição do estado de coisas anterior à atividade, na busca por se provar, de forma efetiva, que “o crime não compensa” (Trois Neto, p. 04):

Foi com a previsão do confisco alargado, objeto do presente estudo, que o instrumental à disposição do Estado para cumprimento da função restaurativa foi significativamente ampliado, porquanto pôde deslocar o foco da atuação estatal da apuração individualizada da obtenção de benefícios ilícitos isolados para a apuração consolidada da evolução patrimonial proporcionada pela atividade delitiva do agente. Observe-se como está redigido o art. 91-A, caput, do Código Penal, introduzido pela Lei Anticrime.

[...]

privar o condenado do valor correspondente ao acréscimo patrimonial constatado a partir do início da sua dedicação à prática de crimes, com o devido desconto dos valores lícitamente obtidos, apenas torna prático e operacional um mecanismo atualizado de densificação da antijuridicidade do enriquecimento sem causa e da extração de benefícios da própria torpeza, sem caracterizar-se como sanção penal. Ademais, que o confisco alargado possa contribuir para a prevenção especial, por obstar o financiamento de novos crimes do agente, ou para prevenção geral, pelo incremento dos riscos a serem considerados por potenciais criminosos, não necessariamente desvirtuaria sua finalidade precípua de recomposição do estado de coisas anterior à atividade delitiva.

Trois Neto (2023, p. 05) ressalta que inovação legislativa “não prescreveu uma lista

taxativa de crimes em face dos quais o confisco alargado teria cabimento”, limitando-se a exigir uma pluralidade de infrações, na visão do autor, e um patamar mínimo de gravidade. Bem argumenta o autor que o “modelo aberto” previsto na norma não está, por si só, evitado de inconstitucionalidade.

Rogério Greco (2022, p. 709) leciona que a inovação trazida no art. 91-A do Código penal, inserida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, denominada de Pacote Anticrime, decorreu de “intensa discussão” e “foi pensado a partir de operações que identificavam uma diferença significativa entre o patrimônio lícito do agente e aquele que não tinha qualquer comprovação, embora não se conseguisse apontar, com precisão, sua origem ilícita”. Com a mudança legislativa, existe agora uma “presunção iuris tantum da origem criminosa dessa diferença patrimonial”, somente para os casos em que para a infração penal praticada pelo agente for cominada pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, como delitos de constituição de milícia privada (art. 288-A do CP), lavagem de dinheiro.

Alerta o doutrinador que a medida não será imposta a qualquer infração penal, como efeito da condenação, mas “tão somente aquelas de natureza grave, e desde que também nela se visualize algum produto ou proveito de crime”. Diz ainda que, por exemplo, “o autor de um delito de homicídio, mesmo que comprove essa situação de abismo patrimonial lícito e não justificável, à primeira vista, não poderá sofrer esse efeito da condenação”. (GRECO, 2022, p. 79). Ressalta a possibilidade de, “tratando de uma presunção iuris tantum”, da admissão de prova em contrário quanto à inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio, conforme faz previsão o parágrafo segundo do art. 91-A do Código Penal (Greco, 2022, p. 79). Diz ainda o autor, quanto à apuração da diferença de patrimônio:

Essa apuração entre a diferença do valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito deverá ter sido realizada na fase das investigações. Isso porque o § 3º do referido artigo esclarece que a perda por ele prevista deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada. Como a denúncia é a peça que inaugura a fase processual, com o encerramento, em tese, das investigações, a redação do mencionado parágrafo nos leva a afirmar que esse é o momento adequado para se indicar a diferença patrimonial apurada. Na denúncia, além da narração dos fatos criminosos, com a imputação de sua autoria, o Ministério Público deve requerer, expressamente, a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença

entre o valor do patrimônio do denunciado, e possível condenado, e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito, indicando a diferença apurada.

Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada, conforme determinado pelo § 4º do art. 91-A do diploma repressivo. (Greco, 2022, p. 79)

Tal sistemática garante aos acusados o amplo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, eis que, desde a denúncia, saberão a diferença de patrimônio apurada, os crimes a eles imputados, podendo refutar as imputações, bem como demonstrar a origem lícita do patrimônio ou a simples inexistência da incompatibilidade patrimonial apresentada.

Nucci (2021, p. 822) defende que a medida não estaria voltada somente a crimes do colarinho branco e até mesmo o delito de homicídio comportaria a aplicação da medida:

Sobre o enriquecimento ilícito, apesar de não haver titulação neste novo artigo, o que se busca, em verdade, é identificar o enriquecimento sem causa, confiscando-se o excesso. O procedimento submete-se à condição fixada, que é a existência de qualquer infração penal cuja pena máxima seja superior a seis anos de reclusão. Em princípio, poder-se-ia defender a pesquisa sobre crimes do colarinho branco, mas esta não foi a opção legislativa. Baseou-se no critério da pena máxima. Assim sendo, até mesmo o homicídio comporta a verificação de enriquecimento ilícito. No entanto, a maior concentração se dará nos crimes de colarinho branco.

E segue o mesmo autor:

Houve época em que projetos de lei foram elaborados no sentido de considerar crime autônomo o enriquecimento ilícito. Muita polêmica se criou, em particular quanto ao ônus da prova. Quem deveria provar que o patrimônio amealhado por alguém é justificado ou injustificado? Por isso, o crime não chegou a ser aprovado. Agora, de maneira diversa, estabelece-se um efeito da condenação, que é a detecção de patrimônio sem causa lícita. Não se trata de crime, mas de um efeito da condenação, quando, então, deverá o órgão acusatório demonstrar ao juiz, durante a instrução, que a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja com-

patível com seu rendimento lícito é falaciosa. Noutros termos, com os rendimentos declarados pelo acusado, jamais teria o patrimônio amealhado. (Nucci, 2021, p. 822)

Nucci (2022), em seu Manual de direito penal, leciona que o conceito trazido pela inovação legislativa do art. 91-A do Código Penal nada mais é do que o próprio conceito de enriquecimento ilícito. Diz que “em lugar de criar um tipo penal específico para punir essa espécie de enriquecimento, optou-se por um novo efeito da condenação, desde que haja o respeito ao devido processo legal”. Arremata dizendo que se aproveita o processo para averiguar o patrimônio do acusado. (Nucci, 2021, p. 468). Na mesma obra, o doutrinador relaciona alguns delitos graves ligados ao enriquecimento ilícito que estão sujeitos à medida de perdas de bens decorrente do confisco alargado:

a) crime organizado: “art. 2.º – Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas” (Lei 12.850/2013); b) constituição de milícia privada: “art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos” (Código Penal); c) lavagem de capitais: “art. 1.º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. § 1.º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: I – os converte em ativos lícitos; II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2.º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei” (Lei 9.613/98); d) concussão e excesso de exação: “art. 316 – Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la,

mas em razão dela, vantagem indevida. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1.º – Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza. Pena: reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. § 2.º – Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos. Pena: reclusão, de dois a doze anos, e multa” (Código Penal); e) corrupção passiva: “art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa” (Código Penal). (Nucci, 2022, p. 468)

Alerta Nucci (2022, p. 468) ainda que “vários outros delitos, que possuam pena máxima superior a seis anos, podem ser incluídos no contexto” do art. 91-A do Código penal, listando, dentre eles os crimes de: furto qualificado (art. 155, §§ 4.º, 4.º-A, 5.º, 7.º, CP), roubo (art. 157, *caput*, CP), extorsão (art. 159, *caput*, CP), extorsão mediante sequestro (art. 159, *caput*, CP), defendendo que “até mesmo o crime de homicídio pode ser incluído no rol de delitos passíveis de apuração do enriquecimento ilícito do agente, embora seja de rara aplicação no caso concreto”.

O Brasil ratificou três tratados internacionais que preveem a cooperação internacional na área de combate à corrupção, sendo eles a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000); Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da Organização dos Estados Americanos - OEA), ratificada por meio do decreto n.º 4.410, de 7 de outubro de 2002 e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006).

O decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulgou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, dispondo, em seu artigo 3º, que o cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias a garantir que o suborno e o produto da corrupção de um funcionário público estrangeiro, ou o valor dos bens correspondentes a tal produto, estejam sujeitos a retenção e confisco ou que sanções financeiras de efeito equivalente sejam aplicáveis.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, foi promulgada decreto n.º 4.410, de 7 de outubro de 2002, e trouxe a previsão de Medidas sobre bens, estipulando aos Estados Partes a obrigação de prestar mutuamente a “mais

ampla assistência possível para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com esta Convenção, ou os bens usados para essa prática, ou o respectivo produto”.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, foi promulgada pelo decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006, que, especificamente em relação ao bloqueio e confisco, diz que cada Estado Parte adotará, no maior grau permitido em seu ordenamento jurídico interno, as medidas que sejam necessárias para autorizar o confisco de produtos e de bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados utilizados na prática dos delitos qualificados de acordo com a Convenção. Ainda, determina que cada Estado Parte adote medidas que sejam necessárias para permitir a identificação, localização, embargo preventivo ou a apreensão de qualquer bem a que se tenha referência no parágrafo 1 da mesma norma com vistas ao seu eventual confisco. A mesma norma ainda prevê que os Estados Partes poderão considerar a “possibilidade de exigir de um delinqüente [sic] que demonstre a origem lícita do alegado produto de delito ou de outros bens expostos ao confisco”, em conformidade com os princípios fundamentais da sua legislação interna.

O estado brasileiro ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), por meio do decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004, que define “confisco” como a “privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente”. Presente ainda a possibilidade de confisco do produto do crime tiver sido convertido, total ou parcialmente, noutros bens. Ainda, se “o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados”. Referida norma traz a previsão de que os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de confisco, na medida em que esta exigência esteja em conformidade com os princípios do seu direito interno e com a natureza do processo ou outros procedimentos judiciais.

Nucci (2022, p. 822) trata do respeito à ampla defesa e contraditório quando da postulação inicial da acusação:

Quanto ao pedido inicial, a fim de proporcionar a devida ampla defesa e o contraditório, o MP deve solicitar a perda patrimonial, desde a denúncia, pelo crime que também se apura, propiciando a defesa completa do réu, tanto em face da imputação criminal quanto

da análise do patrimônio. Após a instrução, debatendo a parte criminal e a parte cível, caso se concretize a parte criminal, pode-se então declarar o valor da diferença apurada entre o patrimônio lícito e o ilícito, especificando-se a perda de certos bens.

Ainda acerca da não violação ao contraditório e ampla defesa, temos as lições de Renato Brasileiro (2020, p. 46/47):

Com o objetivo de resguardar a mais ampla defesa e o contraditório, evitando-se questionamentos no sentido de que o acusado não teria tido a oportunidade de oferecer resistência à aplicação do confisco alargado, o art. 91-A, § 3º, do CP, incluído pelo Pacote Anticrime, dispõe que ‘a perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada’. Levando-se em consideração uma possível perda de bens do condenado em virtude do trânsito em julgado da sentença condenatória, à defesa deve ser assegurada a oportunidade de se manifestar a respeito da circunstância fática concreta capaz de dar ensejo ao confisco alargado no curso do processo. Daí a importância de a acusação indicar, objetivamente, na peça acusatória, ou seja, no limiar do processo, por meio da denominada imputação patrimonial, a hipótese fática legitimadora da expropriação dos bens do acusado, apontando os dois requisitos exigidos pelo art. 91-A do CP - condenação por infração à qual a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão e incompatibilidade do patrimônio com seu rendimento lícito -, sem prejuízo, obviamente, de eventual aditamento à peça acusatória na eventualidade de novos bens serem descobertos com o processo criminal em andamento.

O art. 91-A, §3º, do Código Penal atribuí o ônus para a acusação em demonstrar a referida incompatibilidade do patrimônio, ao exigir no oferecimento da denúncia a indicação da diferença apurada, o que refuta o argumento em contrário de que medida teria invertido o ônus da prova.

Importante registrar precedente judicial acerca do novo efeito da condenação, emitido pelo Tribunal Regional da 4ª região, que assim decidiu:

[...]2. Para a comprovação de que os valores apreendidos teriam sido auferidos mediante trabalho lícito e após os crimes imputados

à requerente, com vistas ao reconhecimento da impenhorabilidade dos recursos (CPC, art. 833, X), não basta a simples alegação de que a apelante é advogada ou de que tem uma empresa individual registrada em seu nome. A requerente poderia ter apresentado contratos de honorários de seus clientes, alvarás judiciais ou mesmo notas fiscais dos produtos ou serviços vendidos ou prestados pela micro-empresa que alegadamente seria sua fonte de renda, mas não o fez. 3. No contexto de investigação por crimes de lavagem de dinheiro, descaminho e organização criminosa, em que a requerente estaria associada à movimentação de milhões de reais em diversas contas durante 4 anos, sendo apontada como suposta líder do esquema de criação de empresas de fachada, que contaria com a participação de inúmeros parentes próximos, além de outras pessoas, em tese atuantes na importação irregular de eletrônicos do Paraguai, as alegações defensivas se mostram frágeis, sobretudo porque desacompanhadas de comprovação mínima. 4. Nesse cenário, é de rigor a manutenção da sentença que indeferiu a restituição dos valores, por ainda interessarem ao processo (CPP, art. 118), pois sujeitos à pena de perdimento do produto ou proveito do crime (CP, art. 91, II, b) ou de bens ou valores equivalentes (CP, art. 91, § 1º), bem como à aplicação do confisco alargado (CP, art. 91-A), garantindo ainda o eventual ressarcimento dos danos, o pagamento da pena de multa e das custas processuais. [...]⁴ (grifou-se)

3 CONCLUSÃO

Concluimos que a medida implantada é constitucional, assim como atende ao controle de convencionalidade, não violando os direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório, do devido processo legal, do princípio da intranscendência da pena, assim como não inverte o ônus da prova nem traz medida desproporcional.

A sistemática adotada garante aos acusados o amplo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, eis que, desde a denúncia, saberão a diferença de patrimônio apurada, podendo refutar as imputações, bem como demonstrar a origem lícita do patrimônio ou a simples inexistência da incompatibilidade patrimonial apresentada.

O dispositivo estudado atribuí o ônus da prova da incompatibilidade do patrimônio à acusação, ao exigir no oferecimento da denúncia a indicação da diferença apurada, o

4 TRF 4ª R.; ACR 5002822-51.2022.4.04.7017; PR; Sétima Turma; Rel. Des. Fed. Danilo Pereira Junior; Julg. 28/03/2023; Publ. PJe 29/03/2023.

que refuta o argumento em contrário de que medida teria invertido o ônus da prova. O princípio da intranscendência da pena mantêm-se hígido, eis que o efeito da condenação atingirá o patrimônio do condenado, que, conforme art. 5º, XLV da Carta Magna, poderá ser objeto de decretação do perdimento, medida que, assim como a obrigação de reparar o dano, pode ser estendida aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

A inovação legislativa adveio da constatação da força e sofisticação da criminalidade organizada, ao lado da pouca eficiência dos métodos tradicionais de combate à nova modalidade criminosa, razão pela qual se trata, em verdade, de corajosa medida de política criminal na tentativa, inclusive, de desestimular a prática de atos de corrupção e de lavagem de capitais, por meio da qual o sistema de justiça e o arcabouço normativo dizem ao criminoso, e a toda sociedade, que o crime verdadeiramente não compensa, vindo influir, inclusive, na decisão para a prática ou não dos atos de corrupção.

THE EXTENDED FORFEITURE TO COMBAT CORRUPTION IN MONEY LAUNDERING CRIMES

ABSTRACT

This article aims to analyze the extended forfeiture, inserted in art. 91-A of the penal code, by the Anti-Crime Package. Its compatibility with the 1988 Federal Constitution and with international conventions ratified by Brazil was studied. The possibility of loss of the convicted person's assets corresponding to the difference between the value of his assets and that which is compatible with his legal income was analyzed. It was concluded that the measure was constitutional, conventional and relevant to combating corruption committed against the public administration.

Keywords: the extended forfeiture of property; extended loss of assets; anti-crime package; combating corruption.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Informações nº 00212/2020**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753841792&prec>. Acesso em: 22 jun. 2023.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime - comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. ISBN 978655591514. Disponível em: <https://integrada>.

minha biblioteca.com.br/#/books/9786555591514/. Acesso em: 22 jun. 2023.

BARROSO, Darlan. **Lei Anticrime Comentada (13.964/2019)**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. ISBN 9786555591897. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591897/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal sob a Ótica da Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019)**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555591231. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591231/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jul. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627109. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627109/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000**. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002**. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410a.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm#:~:text=DECRE TO%20N%C2%BA%205.687%2C%20DE%2031,9%20de%20dezembro%20de%202003](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm#:~:text=DECRE%20N%C2%BA%205.687%2C%20DE%2031,9%20de%20dezembro%20de%202003). Acesso em: 30 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 6304.** Requerente: associação brasileira dos advogados criminalistas - abracrim. Requerido: Presidente da República Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10372/2018.** Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10373/2018.** Dispõe sobre a ação civil pública de perdimento de bens. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178171>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882/2019.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 25 maio 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** artigos 1º a 120 do Código Penal. v.1. São Paulo: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771493. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771493/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime:** Comentários à Lei nº 13.964/19 - Artigo por Artigo. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. **Pacote Anticrime:** Comentários Críticos à Lei 13.964/2019.

São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597025002. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Criminologia**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559641437. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641437/>. Acesso em: 23 jun. 2023.

PARÁNA. Tribunal Regional da 4ª Região. **Apelação Criminal nº 5002822-51.2022.4.04.7017**. Apelante: Maiara de Miranda Nobili. Apelado: Ministério Público Federal. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5002822-51.2022.4.04.7017&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=. Acesso em: 19 maio 2023.

QUEIROZ, Jorge Washington de. **Corrupção: o mal do século**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018. E-book. ISBN 9788550816067. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788550816067/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

TROIS NETO, Paulo Mario Canabarro. Proposições para interpretação das disposições sobre o confisco alargado estabelecidas no código penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 177, p. 19-44, mar. 2021. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/50114>. Acesso em: 14 jun. 2023.

O EFEITO DO RACISMO INSTITUCIONAL
NAS SENTENÇAS PENAIS

*THE EFFECT OF INSTITUTIONAL RACISM
ON CRIMINAL SENTENCING*

O EFEITO DO RACISMO INSTITUCIONAL NAS SENTENÇAS PENAIS¹

THE EFFECT OF INSTITUTIONAL RACISM ON CRIMINAL SENTENCING

Mariana Dionísio Andrade²

Layza Martins Barros³

Maria Leticia Silva Rodrigues⁴

Maria Livia Silva Rodrigues⁵

RESUMO

Este artigo pretende responder o seguinte problema de pesquisa: é possível falar racismo institucional nas sentenças penais? Se sim, quais são as principais consequências para a sociedade e para o Poder Judiciário? Analisa-se também a influência de Cesare Lombroso, cujas teorias racistas contribuíram para estereótipos sobre criminalidade e raça. Além disso, aborda-se o conceito de racismo institucional, introduzido por ativis-

1 Data de Recebimento: 09/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

2 Qualificação: Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco - PPGCP/UFPE (Conceito 7). (Bolsista CAPES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Bolsista FUNCAP). Especialista em Direito Processual Civil. Professora Adjunta N03 da UNIFOR (Disciplina Direito Processual Civil e Estágio II em Direito Civil no curso de Graduação em Direito) e professora da pós-graduação lato sensu na UNIFOR e UNI7. Professora da Pós-Graduação em Processo Civil da Escola Superior da Magistratura do Ceará Esmec. 1 Secretária IBDCONT/CE (Instituto Brasileiro de Direito Contratual Ceará). Pesquisadora líder do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (PROBIC/UNIFOR). (2019-2021). Pesquisadora líder do Projeto Pesquisa Empírica e Jurimetria PROPED (PROBIC/UNIFOR). (2021-2023) Foi Coordenadora de Pesquisa e Extensão da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (biênio 2021-2023). Diretora da Divisão de Formação e Aperfeiçoamento da EJUD7. Pesquisadora da Linha Jurimetria e Poder Judiciário (Esmec). Foi pesquisadora do Multidoor Courthouse System. Formação em Métodos de Pesquisa Quantitativa e Qualitativa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ/IESP. Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Foi Pesquisadora líder do Projeto Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas - PROCIP (Cnpq/UNIFOR) (2018-2019). Pesquisadora líder do Projeto Jurimetria, Gênero e Representatividade nos Espaços de Decisão (2022-2023). Tem experiência na gestão acadêmica e na docência superior na área de Direito, e atualmente trabalha com os seguintes temas: metodologia de pesquisa, direito processual civil, pesquisa quantitativa e jurimetria, educação jurídica, políticas públicas, accountability. Foi Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (2012 - 2015) e Coordenadora da Divisão de Pós-Graduação lato sensu Educação Continuada (2009 - 2011) na mesma instituição. Auditora líder (Sistema ISO 9001:2008) pelo Sistema de Gestão de Qualidade da Universidade de Fortaleza. Vice-Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/CE (2009 - 2012). Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/CE (2013 - 2014). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2375238086112583>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-8698-9371>.

3 Qualificação: graduanda do curso de Direito-UNIFOR

Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3127188208052049>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-9053-5847>. Email: barroslaysa9@gmail.com.

4 Qualificação profissional: graduanda do curso de Direito- UNIFOR.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1968421483279431>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-0728-8491>.

5 Qualificação: graduanda do curso de Direito- UNIFOR. Lattes: Maria Livia Silva Rodrigues. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-4643-155X>.

tas como Stokely Carmichael e Charles V. Hamilton, e sua relação com a exclusão de pessoas negras das instituições e oportunidades equitativas. Com o propósito de desenvolver essa pesquisa, foi realizado uma abordagem qualitativa, com suporte na revisão bibliográfica. O artigo explora ainda a contribuição do perfil do julgador para a decisão judicial, destacando como experiências de vida, valores culturais e perspectivas pessoais moldam visões e atitudes, muitas vezes resultando em disparidades raciais no sistema de justiça. Por fim, discute-se a falta de representatividade da população negra no Judiciário brasileiro e suas implicações para a desigualdade estrutural na sociedade, exemplificada pelo encarceramento em massa de pessoas negras e pardas. O estudo demonstra que o racismo institucional influencia de forma significativa as decisões judiciais, gerando desigualdades para grupos minoritários. Mesmo ao considerar aspectos como histórico criminal e severidade do delito, réus de minorias étnicas são condenados a penas mais rigorosas em comparação com os réus brancos. Essas disparidades revelam não apenas preconceitos individuais, mas também sistemas institucionais que sustentam a discriminação racial.

Palavras-chave: decisões judiciais penais; perfil do julgador; racismo institucional.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa visa responder o seguinte problema: é possível falar em racismo institucional nas sentenças penais? Se sim, quais são as principais consequências para a sociedade e para o Poder Judiciário? Este estudo busca compreender de que maneira a discriminação racial, muitas vezes velada, permeia o sistema judiciário e compromete o princípio da igualdade perante a lei.

A pesquisa possui abordagem qualitativa, com suporte em revisão bibliográfica. O estudo possui natureza pura quanto aos resultados, uma vez que pretende fazer a exposição do assunto, sem interferir diretamente na realidade sobre o fenômeno examinado.

Partindo da hipótese de que o racismo institucional exerce uma influência significativa no direcionamento das decisões na seara penal, o estudo se estrutura em três eixos principais. Inicialmente, será abordado o panorama do Racismo Institucional, buscando definir e caracterizar esse fenômeno dentro do contexto das instituições judiciais. Esta seção será fundamental para contextualizar o problema e esclarecer como o racismo se manifesta de maneira estrutural e sistêmica, afetando não apenas as vítimas, mas todo o sistema de justiça.

Em seguida, realiza-se uma análise detalhada do Perfil do Julgador(a) responsável pela sentença judicial, com foco em examinar como a formação, as crenças e os pre-

conceitos pessoais dos julgadores podem influenciar suas decisões. Esta análise se concentra em identificar possíveis correlações entre o perfil socioeconômico e racial dos magistrados e a forma como julgam casos envolvendo réus de diferentes etnias. Além disso, discutem-se os possíveis vieses inconscientes que podem afetar a imparcialidade das decisões.

Por fim, o artigo apresenta os fatores que influenciam a qualidade da prestação do Poder Judiciário, abordando aspectos como a formação dos profissionais, as condições de trabalho, as pressões políticas e sociais, e como tudo isso pode contribuir para a perpetuação do racismo institucional. Esta última seção busca propor soluções e recomendações para mitigar os efeitos negativos do racismo nas decisões judiciais, visando promover uma justiça mais equitativa e imparcial.

O tema apresenta extrema relevância social e jurídica, uma vez que trata de questões fundamentais de equidade e justiça. O sistema judicial, enquanto pilar da democracia e do Estado de Direito, deve garantir que todos os indivíduos sejam tratados de forma igualitária perante a lei, independentemente de sua raça ou etnia. A investigação e o estudo das influências do racismo institucional no Judiciário são essenciais para identificar falhas sistêmicas, promover reformas e fortalecer a confiança pública nas instituições judiciais. Ao abordar essas questões, contribui-se para a promoção de um sistema de justiça mais transparente, responsável e comprometido com a igualdade perante a lei.

2 A IDENTIFICAÇÃO DO PANORAMA DO RACISMO INSTITUCIONAL

A ideologia do racismo, consolidada pelos preceitos eurocêntricos durante os períodos de colonização, desempenhou um papel central na construção de uma visão hierárquica da humanidade. Esse processo de hierarquização foi usado para justificar a exploração e subjugação de populações não europeias, estabelecendo uma desigualdade com base na raça, que até atualmente permeia em diversas estruturas sociais. A colonização não apenas disseminou ideologias racistas, mas também institucionalizou práticas e políticas que perpetuam essas desigualdades, resultando em uma marginalização sistemática de grupos étnicos minoritários, especialmente da população negra (Ancillotti e Silva, 2023).

Almeida (2018, p.25) define o racismo como:

Uma forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo social ao qual pertence.

A imposição de pensamentos discriminatórios, sustentados por falsas premissas de superioridade racial, levou à criação de mecanismos sociais e legais que exclui e inviabilizam esses grupos ao longo da história. Este processo histórico se consolidou através de uma série de práticas institucionais que, ao longo dos séculos, tornaram a raça um fator determinante para a posição social e o acesso a recursos e oportunidades. O racismo institucional, portanto, não se limita a atitudes individuais, mas se refere a um conjunto de normas, políticas e práticas arraigadas que reforçam a desigualdade racial e perpetuam a exclusão social.

No contexto do sistema judiciário penal, essas dinâmicas se manifestam de maneira particularmente perniciosa. A população negra, historicamente associada à marginalização e criminalidade, enfrenta um tratamento desproporcionalmente severo, refletindo a continuidade das injustiças estruturais enraizadas em processos coloniais. Essa contextualização foi abordada por diversos escritores, como Abdias do Nascimento, um importante ativista que tratou a luta racial ao longo da sua jornada. A discriminação racial institucionalizada não apenas afeta a aplicação da lei, mas também molda as percepções e decisões judiciais, resultando em sentenças mais rígidas e na perpetuação de estereótipos que associam a negritude ao perigo e à criminalidade.

2.1 Perfil de um criminoso sob a visão de Cesare Lombroso

Cesare Lombroso, renomado médico psiquiatra do século XIX, é amplamente reconhecido como uma figura central no surgimento do positivismo criminológico, um movimento que rompeu radicalmente com os conceitos da Escola Clássica de criminologia. Influenciado profundamente pelas teorias evolucionistas de Charles Darwin e Herbert Spencer, Lombroso propôs uma nova abordagem para o estudo do crime, baseada na observação empírica e na análise de características biológicas, físicas e psíquicas dos indivíduos. Mota analisa o pensamento de Lombroso ao afirmar:

Lombroso entendia o crime como fato real, que perpassa todas as épocas históricas, natural e não como uma ficção abstração jurídica. Como fenômeno natural que é, o crime tem que ser estudado primordialmente em sua etiologia, isto é, a identificação das suas causas como fenômeno, de modo a se poder combatê-lo em sua própria raiz, com eficácia, com programas de prevenção realistas e científicos (Mota, 2007, p.1).

Em 1876, o Cesare Lombroso publicou um livro intitulado “O Homem Delinquente”, no qual apresenta padrões predefinidos para identificar infratores por meio da observân-

cia de características físicas, biológicas e psíquicas em comum, assim, proporcionando a construção de um perfil criminoso. Lombroso conduziu sua pesquisa envolvendo o exame de crânios de presos, onde ele buscava traços que, segundo ele, poderiam definir um “perfil delinquente”. Após diversas análises, Lombroso concluiu que indivíduos com características como assimetria craniana, orelhas em formato de asa ou crânios menores tinham uma predisposição ao crime (Molina, 1999).

No entanto, uma das principais críticas às teorias de Lombroso reside no caráter racista de suas conclusões. Lombroso associava determinados aspectos físicos, muitos dos quais eram mais comuns entre indivíduos de origem africana ou de outras etnias marginalizadas, a uma predisposição inata ao crime. Ele chegou a afirmar que o homem negro era, por natureza, um “criminoso nato” (Salomão; Bellotti e Costa, 2019). Essa visão, profundamente influenciada pelos preconceitos raciais de sua época, refletia a pseudociência que permeava o discurso científico no século XIX.

A abordagem de Lombroso foi amplamente contestada por perpetuar estereótipos e preconceitos raciais, ignorando fatores sociais, econômicos e culturais que influenciam a criminalidade. Ao atribuir a responsabilidade pelo comportamento criminoso a características físicas inatas, Lombroso negligenciou as complexas interações entre o indivíduo e o ambiente social. Além disso, sua teoria contribuiu para a marginalização de grupos já vulneráveis, legitimando práticas de discriminação e exclusão social sob a pretensa autoridade da ciência.

Embora sua teoria tenha sido posteriormente desacreditada e refutada pela ciência, a influência de Lombroso no campo da criminologia é inegável. Ele foi pioneiro na introdução de métodos empíricos e na ideia de que o comportamento criminoso poderia ser estudado de forma científica. No entanto, sua obra também serve como um alerta sobre os perigos de permitir que visões raciais distorcidas e preconceitos influenciem a interpretação da natureza humana e do comportamento criminoso (Holzschuh, 2020). Lombroso deixou um legado ambíguo: ao mesmo tempo em que contribuiu para o desenvolvimento de novas abordagens na criminologia, também demonstrou como a ciência pode ser manipulada para sustentar ideologias racistas e discriminatórias.

No entanto, uma das principais críticas aos seus estudos é que suas conclusões eram racistas, pois ele associava aspectos físicos aos comportamentos de um infrator, chegando a afirmar que o homem negro era propenso a ser um “criminoso nato” (Salomão; Bellotti e Costa, 2019).

2.2 Racismo Institucional e seus efeitos

O racismo se manifesta em diversas esferas da sociedade, sobretudo de modo institucional. Em 1967, durante o auge da luta contra a supremacia branca nos Estados Unidos,

foi formalizado por Stokely Carmichael e Charles V. Hamilton em *Black Power: The Politics of Liberation in America* o racismo institucional, no qual refere-se a um sistema de discriminação racial que é perpetuado por meio de políticas, práticas e normas enraizadas nas instituições sociais, políticas e econômicas. Esse tipo de racismo não depende de ações individuais ou explícitas de preconceito, mas está incorporado nas estruturas que regem a sociedade, tornando-o mais sutil e, conseqüentemente, mais difícil de identificar e combater (Carmichael e Hamilton, 1992).

No sistema judiciário, o racismo institucional se manifesta de maneira particularmente prejudicial. A sub-representação de negros na magistratura e em outros cargos de poder jurídico evidencia uma continuidade histórica de exclusão. Esse desequilíbrio perpetua a marginalização da população negra e contribui para a manutenção de preconceitos, conscientes ou inconscientes, que influenciam as decisões judiciais. A falta de diversidade racial nos tribunais leva a disparidades significativas nas sentenças, onde réus negros frequentemente recebem penas mais severas em comparação com réus brancos em situações similares, assim, podendo observar os dados expostos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que apenas 12,8% dos magistrados são negros.

A perpetuação dessas práticas discriminatórias dentro do sistema judiciário compromete a imparcialidade das decisões judiciais e mina a confiança pública nas instituições legais. A desconfiança por parte da população negra no sistema judicial é uma consequência direta da experiência histórica de injustiça e exclusão, que continua a se manifestar na contemporaneidade. Este panorama ilustra como o racismo institucional, especialmente no contexto das sentenças judiciais, não é apenas um resquício do passado, mas uma realidade contínua que impacta profundamente a vida daqueles que são sistematicamente marginalizados.

3 A CONTRIBUIÇÃO DO PERFIL DO JULGADOR PARA A DECISÃO JUDICIAL

Abdias do Nascimento (1914-2011) foi um renomado ativista político, escritor, acadêmico brasileiro, cuja obra e militância desempenharam um papel crucial na luta pelos direitos dos negros no Brasil. Nascido em uma época de intensa segregação racial e discriminação, Nascimento enfrentou inúmeras adversidades devido à sua cor de pele. Sua trajetória é marcada por uma profunda dedicação à promoção da igualdade racial e ao enfrentamento das injustiças sociais.

Nascimento foi um dos fundadores do Movimento Negro Unificado (MNU) e também atuou como senador, onde usou sua plataforma para advogar por políticas públicas que visassem a igualdade racial (Nascimento, 2011). Sua obra acadêmica, como “O

Negro no Brasil” (1976), oferece uma análise crítica sobre a marginalização dos negros e a importância de políticas afirmativas para a correção de desigualdades históricas.

Ele argumentava que essa discriminação não era apenas um fenômeno individual, mas também estava enraizado nas instituições da sociedade brasileira, destacava como isso se manifestava em várias áreas, incluindo o sistema de justiça. Nascimento (2011) ressaltava que as leis, políticas públicas e práticas judiciais muitas vezes perpetuavam a desigualdade racial, resultando em tratamento diferenciado para pessoas de diferentes origens étnicas perante a lei (Sobrinho, 2018).

As experiências de vida, valores culturais e perspectivas pessoais moldam as visões e atitudes dos julgadores de várias maneiras. Por exemplo, como os estereótipos arraigados sobre pessoas negras que podem influenciar a maneira como os julgadores interpretam o comportamento de réus, testemunhas e advogados.

Estudos empíricos indicam que indivíduos negros podem ser injustamente rotulados como mais propensos à criminalidade ou menos merecedores de misericórdia, simplesmente devido à sua cor de pele. Esse viés pode resultar em julgamentos mais severos e condenações mais rigorosas comparadas às aplicadas a réus de outras etnias em circunstâncias similares. Além disso, também pode influenciar a forma como os julgadores interpretam o testemunho e o comportamento de testemunhas e advogados. Testemunhas de minorias étnicas podem ser vistas como menos credíveis ou suas declarações podem ser interpretadas de forma mais crítica do que as de testemunhas pertencentes a grupos majoritários. Advogados, por sua vez, podem enfrentar desafios adicionais na construção de argumentos persuasivos se suas identidades não se alinharem com as expectativas culturais ou raciais predominantes dos julgadores.

A consciência desses efeitos é crucial para a administração da justiça e para a promoção de um sistema judicial verdadeiramente imparcial. A implementação de treinamentos sobre viés implícito e a promoção de uma maior diversidade entre os julgadores são estratégias importantes para mitigar a influência negativa desses estereótipos. É essencial que as instituições jurídicas reconheçam e abordem esses fatores para assegurar que as decisões judiciais sejam baseadas em evidências e não em preconceitos pessoais ou culturais.

Segundo pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir dos registros funcionais de seus integrantes, foi constatado que apenas 1,7% dos magistrados se autodeclararam negros, enquanto 83,8% se intitulam brancos, evidenciando uma disparidade significativa no que se refere à representação racial entre os juízes. Este dado reflete uma discrepância marcante em relação à quantidade de juízes negros em comparação com seus colegas brancos, o que revela uma desigualdade estrutural no sistema judiciário brasileiro (CNJ, 2021).

As escolas de criminologia científica, surgidas com a Escola Italiana de Criminologia em 1870, utilizaram seu status de autoridade científica para defender a inferiorização racial, propondo que a criminalidade poderia ser explicada por uma seletividade no sistema penal que supostamente demonstrava que negros eram mais propensos ao crime devido a uma suposta inferioridade racial. Essa perspectiva foi criticada por ser racista e desumana, contribuindo para a perpetuação de estereótipos negativos e injustos sobre a população negra (Calazans *et al.*, 2016).

A evidência desse viés racista é corroborada por dados atuais que mostram que a população negra é desproporcionalmente representada no sistema prisional. Segundo a Agência Brasil, 68,2% das pessoas encarceradas são negras, reforçando a ideia de que a marginalização racial continua a impactar a vida dos negros no Brasil de forma significativa (Agência Brasil, 2023).

No entanto, a presença de um maior número de juízes negros no sistema judiciário brasileiro não garantiria, por si só, uma redução na quantidade de pessoas negras presas. O que seria mais relevante é a promoção de uma equidade judicial que se baseie na imparcialidade, não permitindo que preconceitos raciais influenciem as decisões judiciais. Nesse contexto, Stokely Carmichael e Charles V. Hamilton (1992, p. 195) destacam a importância do controle e da autodeterminação para as comunidades negras, afirmando:

É sobre os negros cuidando dos assuntos dos e para os negros. O que está em jogo é muito simples: se falharmos nisso, estaremos continuamente sujeitos a uma sociedade branca que não tem nenhuma intenção de desistir voluntária ou facilmente da sua posição de primazia e autoridade. Se formos bem-sucedidos, nós exerceremos controle político, econômico e psíquico sobre nossas vidas.

Zumbi dos Palmares (1655-1695) é um dos mais emblemáticos líderes da resistência negra no Brasil colonial. Como líder do Quilombo dos Palmares, Zumbi simbolizou a luta contra a opressão e a escravidão, representando a busca pela autonomia e igualdade racial. Sua resistência ao sistema escravocrata e sua luta pela liberdade continuam a inspirar debates contemporâneos sobre o racismo institucional e a representação racial.

O Quilombo dos Palmares, sob a liderança de Zumbi, tornou-se um símbolo de resistência e uma forte demonstração de organização e autonomia negra em um período em que a opressão racial era sistemática e brutal. Palmares foi um dos maiores quilombos da história do Brasil, resistindo por mais de 100 anos contra as incursões dos colonizadores e dos escravocratas (Costa, 2019). Zumbi dos Palmares é lembrado não

apenas como um líder militar, mas também como um defensor dos direitos humanos e da justiça social.

A luta de Zumbi é relevante para o contexto atual de racismo institucional, especialmente quando se considera a disparidade racial no sistema judiciário. A representação desigual de negros entre os magistrados e a alta taxa de encarceramento de pessoas negras no Brasil refletem uma continuação das estruturas opressivas que Zumbi combateu. O sistema judicial brasileiro, como observado, ainda apresenta significativas disparidades raciais, com uma sub-representação de juízes negros e uma super-representação de negros no sistema prisional (CNJ, 2021; Agência Brasil, 2023).

Zumbi dos Palmares, ao desafiar a injustiça e lutar pela igualdade, exemplifica a importância da representação e da luta contra o racismo em todas as esferas da sociedade, incluindo o sistema judicial. Seu legado destaca a necessidade de reformas que promovam uma justiça mais equitativa e menos influenciada por preconceitos raciais. A presença de mais juízes negros no sistema judiciário poderia, em teoria, contribuir para uma maior sensibilidade e justiça nas decisões, refletindo a visão de Zumbi de uma sociedade mais justa e inclusiva.

4 OS FATORES QUE INFLUENCIAM NA QUALIDADE DA PRESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O racismo institucional, enraizado na estrutura social e política do Brasil, pode gerar efeitos sobre a qualidade da prestação jurisdicional. É necessário destacar que o princípio do devido processo legal, direito fundamental dos cidadãos brasileiros, deveria reger todas as manifestações do poder jurisdicional. Contudo, o sistema judiciário brasileiro demonstra que nem todos são processados de forma igualitária e em consonância aos princípios presentes na Constituição de 1988.

Dados do 15º Ciclo de Coleta do Sistema de Informação do Sistema Penitenciário Nacional (SISDEPEN), referente ao período de julho a dezembro de 2023, demonstram um quadro alarmante: a população carcerária brasileira é composta majoritariamente por pessoas negras e pardas, totalizando 56,2% da massa prisional.

Michelle Alexander, em “The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness” (2010), analisa como as políticas de encarceramento em massa nos Estados Unidos, embora se apresentem como neutras, exacerbam desigualdades raciais. Ela denuncia a ideologia da “colorblindness”, que encobre o racismo institucional ao negar diferenças raciais e obstruir o reconhecimento das desvantagens históricas enfrentadas pela população negra, resultando em um sistema judicial discriminatório e desigual.

O encarceramento em massa de negros nos Estados Unidos está integralmente inter-

ligado no legado da escravidão e na perpetuação de um modelo econômico excludente. Michelle Alexander (2010) revela como a criminalização de um grande contingente de homens negros, apesar de possuir uma dimensão de classe, resulta na formação de uma subcasta racializada. A liberdade recuperada não elimina a falta de mobilidade social, uma vez que o estigma do antecedente criminal, exacerbado pelo marcador racial, impede a superação dos obstáculos associados à prisão. Embora o encarceramento tenha um prazo definido, as consequências da passagem do negro pelo sistema prisional configuram uma punição duradoura.

A discriminação legal, anteriormente instaurada pelos “códigos negros”, foi substituída por uma política criminal que atua como um mecanismo de segregação da população negra nos Estados Unidos, criando um sistema de subcastas. Além disso, o fato de haver atualmente um número maior de negros encarcerados ou em liberdade condicional do que havia de escravos durante o período da abolição da escravidão evidencia um vínculo alarmante entre o capital que gerencia as prisões e o Estado. No Brasil, que compartilha um passado igualmente marcado pela escravidão, o número alarmante dos detentos no sistema prisional é majoritariamente composto por negros, o que sugere que o combate ao racismo deve incluir tanto a reforma do sistema prisional quanto uma profunda transformação das relações raciais.

A falta de representatividade da população negra, por sua vez, pode ser elencada como uma das principais razões para tal desigualdade. Apesar da população brasileira ter 55,5% do seu total representado por pessoas pretas ou pardas, com base nos dados apresentados pelo Censo do IBGE (2022), essa composição não reverbera na estruturação dos magistrados atualmente.

Desse modo, a presença do racismo estrutural no Poder Judiciário, apesar de mais discreta e indireta, ocasionalmente pode ser demonstrada de forma mais explícita, conforme observado na sentença do processo nº 000988706.2013.8.26.0114, pelo juízo da 5ª Vara Criminal de Campinas/SP: “Vale anotar que o réu não possui **estereótipo padrão de bandido**, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido” (Conjur, 2021).

Podendo-se citar outros exemplos como o assassinato de João Alberto, um homem negro, espancado em uma das unidades do supermercado *Carrefour*, em Porto Alegre, gerou uma onda de protestos e debates sobre racismo no Brasil. João foi espancado até a morte pelos seguranças do estabelecimento no estacionamento, após realizar compras com sua mulher, Milena Borges Alves (Romano, 2020).

As decisões judiciais subsequentes que lidaram com o caso foram criticadas por não reconhecerem adequadamente o racismo como uma motivação central do crime. A minimização da gravidade do racismo nas sentenças reflete um padrão de desconsideração que permeia o sistema judiciário.

Ademais, um outro episódio de racismo que gerou ampla repercussão no meio jurídico foi protagonizado pela juíza Inês Marchalek Zarpelon, a qual, em sentença datada de 19 de junho de 2020, afirmou que um suspeito de cometer assaltos em Curitiba perpetrava tais crimes em razão de sua raça. A sentença, notoriamente controversa, inclui a seguinte declaração:

Sobre sua conduta social nada se sabe. Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça, agia de forma extremamente discreta os delitos e o seu comportamento, juntamente com os demais, causavam o desassossego e a desesperança da população, pelo que deve ser valorada negativamente.

Esse caso, revelado pelo veículo Brasil de Fato em agosto do mesmo ano, foi submetido a três denúncias junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). No entanto, dois dos processos foram suspensos, restando apenas um terceiro, movido pela Corregedoria Nacional de Justiça.

Entretanto, o entendimento adotado pelo CNJ não reconheceu o racismo presente na sentença proferida pela juíza. Em sessão realizada no dia 8 de agosto de 2023, o CNJ concluiu que a expressão utilizada pela magistrada Inês Marchalek Zarpelon, do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR), não continha conotação racista. Para a maioria dos integrantes do plenário, a cor da pele do acusado não foi considerada como elemento de convicção para a condenação.

Assim, observa-se que a decisão do CNJ reflete uma tendência preocupante de desconsideração do racismo no âmbito judicial, perpetuando, dessa maneira, uma cultura de impunidade e negligência em relação às manifestações de discriminação racial. A referida decisão, além de frustrar as expectativas de justiça racial, evidencia a dificuldade no reconhecimento e combate do racismo estrutural, que continua a impregnar as práticas judiciais brasileiras.

Quando o Judiciário adota uma postura omissa em reconhecer a gravidade do racismo, não apenas perpetua um ciclo vicioso de discriminação, mas também compromete as bases da justiça, aprofundando ainda mais as desigualdades raciais que permeiam diversas esferas da vida social e política. Esse fracasso institucional, longe de ser uma mera falha ocasional, reflete uma inércia estrutural que agrava as tensões sociais e legítimas práticas discriminatórias.

Sob essa ótica, a subrepresentação dos negros acarreta decisões munidas de preconceitos inconscientes, resultando na criminalização e no encarceramento em massa de pessoas negras e pardas. Esse cenário reflete desigualdades estruturais mais amplas na

sociedade, como o acesso desigual à justiça, a discriminação racial sistêmica e a falta de oportunidades equitativas.

As decisões judiciais, muitas vezes influenciadas por vieses racistas, têm um impacto direto na composição e no funcionamento do sistema prisional. Conforme demonstrado anteriormente, a população carcerária é composta, majoritariamente, por pessoas negras e pardas devido a penas mais severas, prisões preventivas injustas e outros fatores relacionados à falta de diversidade e inclusão no judiciário.

5 CONCLUSÃO

O estudo destaca que o racismo institucional tem um efeito significativo nas sentenças judiciais penais, resultando em disparidades injustas e desproporcionais para os grupos racialmente minoritários. A análise dos dados revela que, mesmo quando controlados outros fatores, como histórico criminal e gravidade do crime, os réus pertencentes a minorias étnicas são mais propensos a receber sentenças mais severas em comparação com seus pares brancos. Essas disparidades refletem não apenas preconceitos individuais, mas também estruturas institucionais que perpetuam a discriminação racial.

Essas desigualdades persistentes ressaltam a necessidade de reformas abrangentes dentro do sistema judicial. É crucial implementar políticas e práticas que abordem o racismo institucional, garantindo uma aplicação mais equitativa e justa da lei para todos os indivíduos, independentemente de sua origem étnica ou racial. Isso envolve não apenas reconhecer e confrontar os preconceitos existentes, mas também trabalhar ativamente para dismantelar as barreiras sistêmicas que contribuem para o tratamento desigual.

Medidas eficazes podem incluir a formação aprimorada para os profissionais do direito sobre preconceitos inconscientes, o estabelecimento de mecanismos de supervisão para monitorar os padrões de sentença e a promoção de maior diversidade dentro do judiciário e das profissões jurídicas. Ao abordar essas questões, o sistema legal pode melhor cumprir seu compromisso com a justiça e a igualdade, promovendo uma sociedade mais inclusiva e justa.

THE EFFECT OF INSTITUTIONAL RACISM ON CRIMINAL SENTENCING

ABSTRACT

This article examines the impact of institutional racism on criminal sentencing, focusing on its historical origins, contemporary manifestations, and effects on the quality of judicial administration. It highlights how racism ideology was reinforced during colo-

nial periods, leading to discriminatory beliefs and the marginalization of Black people. The article also considers the influence of historical figures such as Cesare Lombroso, whose racist theories contributed to harmful stereotypes about crime and race. It discusses the concept of institutional racism, introduced by activists like Stokely Carmichael and Charles V. Hamilton, and its role in excluding Black individuals from institutions and equitable opportunities. Furthermore, the article explores how the profile of judges influences judicial decisions, noting how life experiences, cultural values, and personal perspectives shape attitudes and often lead to racial disparities within the justice system. Finally, it addresses the lack of representation of Black individuals in the Brazilian judiciary and its implications for structural inequality, illustrated by the mass incarceration of Black and Brown people.

The study shows that institutional racism significantly impacts judicial decisions, leading to disparities for minority groups. Even when accounting for factors such as criminal history and the severity of the offense, defendants from ethnic minorities receive harsher sentences compared to their white counterparts. These disparities reflect not only individual biases but also institutional systems that uphold racial discrimination.

Keywords: sentences; judge's profile; institutional racism.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Julgamento sobre abordagem policial é oportunidade de discutir racismo.** São Paulo: Agência Brasil, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-03/julgamento-sobre-abordagem-policial-e-oportunidade-de-discutir-racismo>. Acesso em: 20 abr. 2024.

AGÊNCIA BRASIL. **População negra representa 68,2% dos presos no Brasil.** Agência Brasil, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2023-03/populacao-negra-representa-682-dos-presos-no-brasil>. Acesso em: 20 ago. 2024.

ALEXANDER, Michelle. **The New Jim Crow: Mass Incarceration in The Age of Colorblindness.** New York: The New Press, 2010.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo Estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ANCILLOTTI, Caio Graco Lima; SILVA, Priscilla de Oliveira Martins da. Racismo e Construção da Carreira: Estratégias de Enfrentamento Adotadas por Universitários Negros. **Psicologia: Ciência e Profissão.** v. 43, 2023, p. 1 - 17. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-3703003253492>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Panorama do Censo 2022**. 2022. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>. Acesso em: 21 abr. 2024.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. (2023). **15º Ciclo de Coleta do Sistema de Informação do Sistema Penitenciário Nacional (SISDEPEN)**. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 21 abr. 2024.

BARROS, Bárbara. **Criminologia positiva: A relação intrínseca das teorias de Cesare Lombroso com o encarceramento de pessoas pretas e pardas no Brasil**. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/28604>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CALAZANS, M. E. DE et al. Criminologia Crítica e Questão Racial. **Caderno do CEAS - Revista Crítica de Humanidades**, v. 238, 2016, p. 450-463.

CALAZANS, Gisele; AMARAL, Cátia; SILVA, Luiz. **Criminologia e Racismo: A Influência das Escolas Criminológicas nas Práticas Jurídicas**. São Paulo: Editora Fórum, 2016.

CARMICHEL, Stokely; HAMILTON, Charles V. **Black Power: The Politics of Liberation**. 2. ed. New York: Vintage Books, 1992.

CONJUR. **Juíza de Vara Criminal diz que réu não parece bandido por ser branco**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/juiza-campinas-reu-nao-parece-bandido-branco>. Acesso em: 21 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Pesquisa sobre Negros e Negras no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Perfil dos Magistrados 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/perfil-dos-magistrados-2021/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

COSTA, Joana. **Zumbi dos Palmares e a Resistência Negra no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Editora Versal, 2019. Disponível em: <https://www.editoraversal.com.br/zumbi-dos-palmares-resistencia-negra>. Acesso em: 20 ago. 2024.

HOLZSCHUH, Micheli Patrícia. **A Seletividade Penal Brasileira Diante da Criminologia Racista de Cesare Lombroso e Raimundo Nina Rodrigues**. Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: <http://repositorio.faculdadeam.edu.br/xmlui/handle/123456789/744>. Acesso em: 16 abr. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **15 Ciclo de Coleta do Sistema de Informação do Sistema Penitenciário Nacional (SISDEPEN)**. 2023. Dispo-

nível: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 21 abr. 2024.

MOLINA, de Pablos Garcia Antonio. **Tratado de Criminologia**. São Paulo, 2. ed., 1999.

MOTA, Jorge Maurício. **O Crime segundo Lombroso**. 2007. Disponível em: <https://criminologiafla.wordpress.com/2007/08/20/aula-2-o-crime-segundo-lombroso-texto-complementar/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

NASCIMENTO, Abdias. **O Negro no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1976.

NASCIMENTO, Abdias. **Poesia e Resistência**. São Paulo: Editora Global, 2011.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O caso João Alberto**. Natal: Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-caso-joao-alberto/1128884340>. Acesso em: 20 ago. 2024.

SALOMÃO, Conrado Massaud; BELLOTTI, Fernanda D'Ornellas; COSTA, Francinne Murizine Faria da. A Teoria de Cesare Lombroso e sua Influência na Sociedade Brasileira Atual: uma análise do racismo velado. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v.11, n.1, 2019, p. 17. Disponível em: <https://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/681/681>. Acesso em: 15 abr. 2024.

SOBRINHO, Gilberto Alexandre. **O pensamento de Abdias Nascimento e a Luta contra o Racismo**. Campinas: Jornal da Unicamp, 2018. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/artigos/direitos-humanos/o-pensamento-de-abdias-nascimento-e-luta-contra-o-racismo-1>. Acesso em: 20 abr. 2024.

O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO
COMO DIREITO FUNDAMENTAL

*CIVIL REGISTRATION OF BIRTH AS
A FUNDAMENTAL RIGHT*

O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL¹

CIVIL REGISTRATION OF BIRTH AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Rafaela de Sousa Andrade Plutarco²

RESUMO

O registro civil de nascimento configura um direito essencial para o reconhecimento da personalidade e exercício da cidadania. Contudo, dados oficiais evidenciam a persistência de índices de sub-registro no Brasil, revelando contingentes “invisíveis” aos cadastros estatais. O trabalho objetiva discutir a importância do registro civil na promoção da inclusão social, analisando seu vínculo com os direitos fundamentais. Utiliza abordagem qualitativa, revisão bibliográfica e posicionamentos doutrinários. A pesquisa aponta multifatoriedade das causas do sub-registro, desde limitações socioeconômicas até entraves burocráticos, afetando os grupos vulneráveis. Assim, defende políticas universalizantes de acesso a esse registro inaugural, fator crucial da identidade e visibilidade cidadã.

Palavras-chave: registro civil de nascimento; direitos fundamentais; sub-registro; inclusão social.

1 INTRODUÇÃO

O registro civil consiste na comprovação documental da identidade civil de uma pessoa natural, concretizando direitos e garantias fundamentais do cidadão expressos na Constituição Federal de 1988 (Silva, 2020). Nesse sentido, o registro civil de nascimento é um direito humano básico, e o primeiro passo para o reconhecimento da personalidade e capacidade jurídica de alguém perante a lei (Brasil, 2017).

Apesar de sua importância crucial, pesquisas como do IPEA (2019) apontam que, no Brasil, ainda há uma parcela considerável da população sem registro civil, principalmente entre grupos sociais vulneráveis, como povos indígenas e populações ribei-

¹ Data de Recebimento: 09/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Mestranda em Psicologia Organizacional e do Trabalho pela Universidade Potiguar – UNP. Especialista em /Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade CERS. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Técnica Ministerial do MPCE. .Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/9362580056020714>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0006-2959-0990>. E-mail: rafaelasandradep@gmail.com.

rinhas, quilombolas e sem-teto. Essa invisibilidade jurídica compromete o acesso a direitos e serviços essenciais nas áreas de educação, saúde, assistência social e trabalho (ONU, 2014).

O registro civil, sob a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais, é um tema essencial para a compreensão da cidadania e da inclusão social de indivíduos e grupos. Segundo Flávia Piovesan (2019), uma das principais referências em direitos humanos, no Brasil, o registro civil desempenha um papel fundamental na garantia de direitos e na construção da identidade legal de uma pessoa.

Desta forma, o trabalho tem a seguinte pergunta problema: De que forma o direito ao registro civil de nascimento se caracteriza como um direito fundamental para a garantia de outros direitos, e para a promoção da cidadania e inclusão social no Brasil?

Como hipótese, o registro civil de nascimento configura-se como um direito fundamental interdependente e indivisível, cuja garantia é essencial para a promoção do pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais pela população brasileira, especialmente por grupos em situação de vulnerabilidade social. Sua universalização é crucial para efetivação da cidadania e inclusão social no país.

O objetivo geral deste trabalho é analisar o vínculo existente entre o registro civil de nascimento, os direitos fundamentais e a promoção da cidadania e inclusão social no Brasil.

Os objetivos específicos são: a) Contextualizar o direito ao registro civil como um direito humano fundamental; b) Examinar a relação do registro civil de nascimento com o acesso a direitos e serviços essenciais; c) Investigar o papel do registro civil para proteção dos direitos de crianças e adolescentes; d) Discutir a importância do registro civil de nascimento para redução da invisibilidade jurídica e promoção da inclusão social.

O registro civil de nascimento é um direito humano básico que fundamenta o reconhecimento da personalidade e capacidade jurídica de alguém perante o Estado. A população desprovida desse registro enfrenta sérios obstáculos no exercício de outros direitos fundamentais nas áreas de saúde, educação, assistência social e trabalho. Pesquisas apontam que, no Brasil, ainda há um contingente importante de pessoas “juridicamente invisíveis”, comprometendo sua cidadania e inclusão social. O presente estudo se justifica pela necessidade de problematizar essa temática sob a perspectiva dos direitos humanos, elucidando o papel primordial do registro civil para promover equidade e coesão social. Além disso, os resultados podem apoiar a formulação de políticas públicas destinadas a garantir o direito ao registro a grupos socialmente vulneráveis, colaborando para reduzir desigualdades e efetivar a cidadania no país. No âmbito acadêmico, este trabalho visa preencher lacunas sobre uma questão pouco explorada que apresenta relevantes implicações teóricas e práticas.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O registro civil como direito fundamental

A noção de dignidade humana constitui um pilar fundamental no marco legal e na estrutura democrática do Brasil. Com base nessa estrutura teórica, postula-se que cada indivíduo possui um valor inerente e inviolável que requer reverência e proteção tanto de entidades governamentais quanto do coletivo social mais amplo. O conceito de dignidade humana abrange o reconhecimento e garantia de direitos essenciais, incluindo a santidade da vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (Loureiro, 2017).

O conceito de dignidade humana pode ser rastreado até suas raízes na filosofia grega e no cristianismo, com desenvolvimento posterior, ocorrendo após as atrocidades testemunhadas durante a Segunda Guerra Mundial. O conceito de direitos humanos como um princípio universal foi codificado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marcando seu significado como um documento internacional inaugural. A incorporação da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988, no Brasil, é evidenciada no artigo 1º, inciso III, onde se estabelece como um dos princípios fundamentais sobre os quais se funda a República (Brasil, 1988).

De acordo com Moraes (2003, p. 75):

A natureza inerente das personalidades humanas confere unidade aos direitos fundamentais e garante sua proteção. Dignidade é definida como um valor espiritual e moral inerente aos indivíduos, demonstrado exclusivamente por meio de tomada de decisão consciente e responsável na vida de alguém. Essa característica impõe respeito dos outros e estabelece um padrão não negociável que toda estrutura legal deve manter. Em certas circunstâncias, restrições podem ser impostas ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre com a devida consideração pelo valor inerente que todos os indivíduos possuem.

De acordo com Farias (1996), o princípio fundamental da dignidade humana tem importância significativa em estruturas constitucionais, servindo como uma base legal fundamental para direitos fundamentais. Esse princípio atua como uma força unificadora que fornece coerência ao espectro de direitos fundamentais reconhecidos em sistemas legais.

Assim, a dignidade da pessoa humana é a base de todos os direitos fundamentais, que são aqueles indispensáveis para a garantia de uma vida digna.

Ingo Wolfgang Sarlet (2010, 56) ensina que:

Além disso, é imperativo reconhecer que o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais, especificamente, têm sido universalmente considerados como um pré-requisito indispensável para defender o valor inerente do indivíduo humano (bem como o conceito fundamental do sistema jurídico). Isso ocorre porque os direitos fundamentais, pelo menos em princípio e em graus variados, servem como manifestações da dignidade humana. Consequentemente, cada direito fundamental abrange uma substância ou, pelo menos, uma certa manifestação da dignidade humana.

Tendo como fundamento primordial o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo (Arts. 5º ao 17) os direitos fundamentais e suas garantias.

Nesse contexto, pode-se considerar que um dos direitos fundamentais que decorre da dignidade da pessoa humana é o direito ao registro civil de nascimento, que é o documento que reconhece a existência jurídica de uma pessoa e lhe confere uma identidade.

O registro civil de nascimento é essencial para o exercício pleno da cidadania. É o documento que atesta a existência legal de uma pessoa e permite o acesso a outros direitos, como à educação, à saúde, à assistência social, à cidadania e à participação política. O registro civil de nascimento é, portanto, um instrumento essencial para garantir a dignidade da pessoa humana e promover a inclusão social de todos os brasileiros.

Sobre o tema, Calixto e Parente (2017, p. 90) descreve:

Apesar de herdar a personalidade desde o nascimento, um indivíduo deve formalizar sua existência por meio de um registro civil de nascimento para ser reconhecido como uma entidade legal. Sem registro, eles não são considerados existentes na sociedade, não têm proteção do Estado e não podem se envolver em transações legais. Eles são essencialmente uma pessoa no limbo, sem qualquer representação legal (Calixto, Parente, 2017, p. 190).

O registro de nascimento é identificado como o ato legal inicial para uma pessoa física, permitindo que ela receba um nome e se torne visível na vida pública. Esse processo permite que o indivíduo exerça seus direitos civis, políticos, econômicos e sociais. Além disso, serve como um pré-requisito para obter a documentação essencial necessária para acessar programas sociais, matricular-se em instituições educacionais e se envolver em outras atividades sociais (Calixto, Parente, 2017).

Deste modo, a falta de registro civil de nascimento implica em uma violação da dignidade da pessoa humana, pois impede o reconhecimento de sua existência no seio da sociedade. Além disso, dificulta o acesso a serviços públicos e privados, e aumenta a vulnerabilidade a situações de exploração, abuso e violência. Por isso, é necessário que o Estado brasileiro adote medidas efetivas para garantir o direito ao registro civil de nascimento a todas as pessoas, especialmente às mais vulneráveis.

2.2 Acesso ao Registro Civil

Infelizmente, nem todas as pessoas têm acesso ao registro civil. Segundo dados do IBGE (2015), cerca de 3,3 milhões de brasileiros não possuem registro de nascimento. A falta do documento pode gerar diversas consequências, como a impossibilidade de obter documentos de identificação, dificuldade de acesso a serviços básicos de saúde e educação, e até mesmo a exclusão social.

Acesso ao registro civil geralmente se refere ao processo de obtenção de documentos, como certidões de nascimento, casamento, divórcio ou óbito. Esses documentos são essenciais para várias transações legais, como solicitar uma carteira de identidade, passaporte ou licença de casamento.

De acordo com Tiziani (2017) no Brasil, por exemplo, é possível solicitar uma certidão de nascimento, casamento ou óbito de várias maneiras:

1. Presencialmente: Você pode ir ao cartório onde o registro foi feito e solicitar uma cópia da certidão. Você precisará fornecer as informações necessárias para localizar o registro, como o nome completo da pessoa, a data do evento e, em alguns casos, o livro e a folha onde o registro está localizado.

2. Online: Vários estados e municípios no Brasil possuem sistemas online onde você pode solicitar e receber certidões de registro civil. Você precisará fornecer as mesmas informações que forneceria presencialmente, e pode haver uma taxa para o serviço.

3. Pelos Correio: Em alguns casos, você pode solicitar uma certidão por correio. Você precisará enviar uma carta ao cartório com as informações necessárias e a taxa de serviço, e eles enviarão a certidão para você.

Em qualquer caso, deve-se verificar as políticas e procedimentos específicos para o cartório ou município em questão, pois eles podem variar. Por fim, a emissão de segunda via destes documentos geralmente é tarifada, com exceção para os declaradamente pobres, segundo a legislação brasileira.

O acesso ao registro civil deve ser um direito garantido a todas as pessoas, sem exceção. Para isso, é necessário que o Estado adote medidas para facilitar o registro de nascimento, principalmente em locais mais afastados e com menor acesso aos serviços públicos.

2.3 Proteção dos direitos das crianças e adolescentes

O registro civil também é fundamental para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes. O registro garante o direito ao nome e à nacionalidade, além de assegurar a proteção contra o trabalho infantil e o tráfico de crianças.

Para Campos Junior, *et.al*, (2016) o primeiro passo para garantir que todos os direitos e proteções legais estejam disponíveis para cada criança e adolescente. Sem o registro civil, uma criança pode ser considerada “invisível” para a sociedade e para o sistema legal, o que pode levar à negação de seus direitos básicos. Vejamos como o registro civil protege os direitos das crianças e adolescentes:

1. Identidade Legal e Nacionalidade: O registro civil fornece uma identidade legal e uma prova de nacionalidade. Isso é importante para garantir a cidadania e evitar a apátridas.

2. Acesso à Educação, Saúde e Outros Serviços Sociais: Sem um registro civil, pode ser difícil ou impossível para uma criança acessar serviços educacionais, de saúde e outros serviços sociais. Com o registro, os direitos dessas crianças a esses serviços são reconhecidos e protegidos.

3. Proteção contra Casamento Infantil e Trabalho Infantil: O registro civil ajuda a proteger contra o casamento infantil e o trabalho infantil, uma vez que fornece uma prova oficial da idade da criança.

4. Proteção contra Exploração e Abuso: O registro civil ajuda a proteger as crianças contra a exploração e o abuso. As crianças não registradas são particularmente vulneráveis à exploração e ao tráfico de pessoas, pois a falta de registro oficial pode torná-las “invisíveis” para as autoridades.

5. Participação na Sociedade e Proteção Legal: O registro civil permite que crianças e adolescentes participem plenamente da sociedade e tenham acesso a proteções legais. Isso inclui o direito de votar e ser votado (quando atingem a idade adequada), e o direito de buscar reparação legal quando seus direitos são violados.

Sendo assim, é fundamental que todos os esforços sejam feitos para garantir que todas as crianças sejam registradas ao nascer, e que todas as crianças e adolescentes tenham acesso a uma certidão de nascimento. Isso não só protege seus direitos individuais, mas também é vital para o planejamento e a prestação de serviços públicos (Guimarães, 2017).

A proteção dos direitos das crianças e adolescentes é um tema de extrema importância para a sociedade. As crianças e adolescentes são especialmente vulneráveis à exploração e à violência, e é preciso garantir que eles tenham acesso a todos os direitos que lhes são garantidos por lei (Campos Junior, *et. al*, 2016).

O registro civil é um dos instrumentos mais importantes para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Dessa forma, o direito ao nome é um direito fundamental de todas as pessoas, e é especialmente importante para as crianças e adolescentes. O nome é uma forma de identificação da criança, e é essencial para que ela possa acessar os serviços públicos e usufruir dos seus direitos (Campos Junior, *et. al*, 2016).

O direito à nacionalidade é outro direito fundamental de todas as pessoas. A nacionalidade garante à criança a proteção do Estado, e lhe dá o direito de viver no seu país de origem. O trabalho infantil é uma violação dos direitos das crianças e adolescentes. O trabalho infantil prejudica o desenvolvimento físico e emocional das crianças, e pode até mesmo levar à morte. O registro civil ajuda a proteger as crianças contra o trabalho infantil, pois dificulta que elas sejam exploradas por empregadores sem escrúpulos (Castro, 2018).

O tráfico de crianças é um crime hediondo que pode destruir a vida das crianças. O tráfico de crianças ocorre quando uma criança é retirada do seu país de origem, ou do seu núcleo familiar, sem o seu consentimento, e é levada para outro país, ou para outra região do seu país, com o objetivo de exploração sexual, trabalho forçado, adoção ilegal ou venda de órgãos. O registro civil ajuda a proteger as crianças contra o tráfico, pois facilita a identificação das crianças e a localização dos seus familiares (Castro, 2018).

O registro civil é um instrumento essencial para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes. Todos nós temos o dever de garantir que as crianças e adolescentes tenham acesso a todos os seus direitos.

No entanto, ainda existem casos de crianças e adolescentes que são privados do registro civil, seja por negligência dos pais, ou por falta de políticas públicas efetivas. Essa situação gera uma série de vulnerabilidades e dificuldades para esses jovens, impedindo-os de ter acesso a serviços básicos e de exercer plenamente sua cidadania.

2.4 O Registro civil de nascimento como meio essencial para a inclusão social

Infelizmente, muitas pessoas ainda vivem sem registro civil, o que as impede de ter acesso a serviços básicos e direitos fundamentais. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2015, cerca de 3,8 milhões de brasileiros ainda não possuem registro de nascimento.

A falta de registro civil pode afetar especialmente as populações mais vulneráveis, como os moradores de áreas rurais e as comunidades indígenas. Sem esse documento, essas pessoas ficam à margem da sociedade, sem acesso a serviços de saúde, educação e assistência social.

Além disso, o registro civil é fundamental para combater violações de direitos hu-

manos, como o trabalho infantil e o tráfico de pessoas. Sem esse documento, crianças e adolescentes podem ser facilmente explorados, já que não há uma forma de comprovar sua idade e identidade (Cunha, 2019).

O registro civil não é importante apenas para a inclusão social, mas também para o exercício da cidadania. Com esse documento, uma pessoa pode votar, matricular-se em uma escola, abrir uma conta bancária, entre outras atividades que exigem a comprovação de identidade. Além disso, o registro civil é fundamental para garantir outros direitos, como a aposentadoria e o recebimento de benefícios sociais. Sem ele, uma pessoa pode ficar sem acesso a esses direitos e, conseqüentemente, ficar em situação de vulnerabilidade social (Cunha, 2019).

No Brasil, o registro civil é gratuito e pode ser feito em cartórios de registro civil das pessoas naturais. Para as pessoas que vivem em áreas rurais ou comunidades indígenas, existe o programa de emissão de registro civil para populações tradicionais, que leva os serviços de registro até essas regiões. (IBGE, 2015).

A integração social e a prática da cidadania são essenciais para garantir que todos os indivíduos possam usufruir de seus direitos e viver com respeito e dignidade. O processo de inclusão social visa assegurar que cada membro da sociedade tenha acesso igualitário a direitos e oportunidades, independentemente de sua origem étnica, identidade de gênero, orientação sexual, crenças religiosas ou condição socioeconômica. Isso engloba o acesso equitativo a serviços fundamentais, como educação, saúde, emprego, bem como a participação em atividades culturais e de lazer (Carvalho, 2003).

A exclusão social, por outro lado, ocorre quando uma pessoa ou grupo é impedido de participar plenamente da sociedade, seja por preconceito, discriminação ou falta de acesso a recursos. A cidadania se refere aos direitos e deveres que uma pessoa tem como membro de uma sociedade. Isso inclui o direito ao voto, à liberdade de expressão, à educação, à saúde, entre outros. Ser um cidadão também significa cumprir as leis e participar ativamente da vida em sociedade (Cunha, 2019).

A inclusão social e a cidadania estão diretamente relacionadas, já que a cidadania só pode ser exercida plenamente quando todas as pessoas têm acesso aos mesmos direitos e oportunidades. Por exemplo, se uma pessoa não tem acesso à educação, ela não será capaz de exercer plenamente sua cidadania, já que não terá as habilidades e conhecimentos necessários para participar da vida em sociedade (Cunha, 2019).

De acordo com a Unicef (2019), promover a inclusão social e a cidadania é um desafio que envolve várias esferas da sociedade, incluindo governos, empresas e organizações da sociedade civil. Algumas formas de promover esses conceitos incluem:

1. Garantir o acesso a serviços básicos, como saúde, educação e moradia;
2. Combater a discriminação e o preconceito em todas as suas formas;

3. Incentivar a participação cidadã, por meio de canais de participação popular e iniciativas de envolvimento da comunidade;

4. Promover a diversidade e a inclusão no ambiente de trabalho, garantindo que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades de emprego e desenvolvimento profissional.

Além disso, o registro civil de nascimento é um documento por meio do qual a pessoa é oficialmente reconhecida como cidadã, com direitos e deveres que serão exercidos ao longo de sua vida para o exercício da sua cidadania.

Os demais documentos emitidos ao longo da vida do cidadão, como o RG, CPF, Carteira de Trabalho, título de eleitor etc., também são fundamentais para o exercício da cidadania. Esses documentos servem como uma espécie de “biografia civil” da pessoa, e são necessários para diversas atividades, como matrícula em escolas e universidades, formalização de contratos, abertura de contas bancárias, obtenção de emprego formal, aposentadoria, entre outras. (Barros; Oliveira, 2020).

No entanto, ainda existem desafios em relação ao acesso ao registro civil e aos demais registros no Brasil. Muitas pessoas, especialmente as que vivem em áreas remotas, ou em situação de vulnerabilidade social, ainda têm dificuldades para registrar seus filhos e obter outros documentos de identificação. Isso pode levar à exclusão social e à violação de direitos fundamentais (Barros; Oliveira, 2020).

Por isso, é importante que o Estado adote políticas públicas para garantir o acesso ao registro civil, e demais documentos para todos os cidadãos brasileiros, especialmente os mais vulneráveis. Isso inclui a criação de programas de incentivo ao registro de nascimento, a ampliação do acesso aos cartórios em áreas remotas e a atualização da legislação para garantir a proteção dos direitos das pessoas registradas (Barros; Oliveira, 2020).

O registro civil é o registro oficial do nascimento, morte, casamento e outros eventos importantes da vida de uma pessoa. É um direito fundamental essencial para a inclusão social e o exercício da cidadania.

Diante desse cenário, o registro civil foi reconhecido como um direito humano pelas Nações Unidas e outras organizações internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “todo ser humano tem direito ao reconhecimento em todos os lugares como pessoa perante a lei”. Este direito inclui o direito de ser registrado no nascimento e ter uma nacionalidade. (UNICEF, 2019).

O registro civil é importante para a inclusão social, porque permite que as pessoas tenham acesso a serviços essenciais, como educação, saúde e emprego. Sem uma certidão de nascimento, os serviços podem ser negados às pessoas, o que pode levar à exclusão social. O registro civil também é importante para o exercício da cidadania. É a base para

a obtenção da carteira de identidade nacional, necessária para votar, viajar e abrir uma conta bancária. Sem uma carteira de identidade nacional, as pessoas podem ter seus direitos negados, o que pode limitar sua participação na sociedade. (UNICEF, 2019),

Em um estudo do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, 2019), constatou-se que crianças sem certidão de nascimento têm maior probabilidade de serem pobres, de estarem fora da escola e de serem vítimas de violência. O estudo também descobriu que crianças sem certidões de nascimento têm menos probabilidade de ter acesso a cuidados de saúde e outros serviços essenciais.

A falta de registro civil pode ter um impacto devastador na vida das pessoas. Em alguns países, as pessoas sem certidão de nascimento não são consideradas cidadãs, e não têm direitos básicos, como o direito de voto e o direito de propriedade. Existem muitos desafios para garantir que todos tenham acesso ao registro civil. Em alguns países, o custo do registro de nascimento pode ser proibitivo. Em outros países, a falta de infraestrutura dificulta o registro de nascimentos e óbitos. (UNICEF, 2019),

Apesar desses desafios, muitos países fizeram progressos para garantir que todos tenham acesso ao registro civil. No Brasil, por exemplo, o governo tornou possível o registro de nascimentos e óbitos online. Isso tornou mais fácil para as pessoas registrarem seus filhos e acessarem serviços essenciais. O registro civil é um instrumento essencial para a construção de uma sociedade mais inclusiva e justa. Ao garantir que todos tenham acesso ao registro civil, podemos ajudar a garantir que todos tenham a oportunidade de participar plenamente na sociedade (Almeida, *et al.*, 2020).

Como disseram os autores do estudo da UNICEF em 2019, “O registro civil não é apenas uma questão de papelada. Trata-se de garantir que todas as crianças tenham a possibilidade de atingir o seu pleno potencial.” Devemos todos trabalhar juntos para garantir que todos tenham acesso ao registro civil. Este é um direito fundamental essencial para a inclusão social e o exercício da cidadania.

A inclusão social e a cidadania são conceitos fundamentais para garantir que todas as pessoas possam viver com dignidade e exercer plenamente seus direitos e deveres como membros da sociedade. É responsabilidade de todos trabalhar para promover esses conceitos e garantir que ninguém seja abandonado. Dessa forma o registro civil é um direito fundamental essencial à inclusão social e ao exercício da cidadania. Devemos todos trabalhar juntos para garantir que todos tenham acesso ao registro civil. Este é um direito humano básico que deve estar disponível para todos, independentemente de sua raça, religião, sexo ou condição social (Almeida, *et al.*, 2020).

Portanto, a ausência do registro civil de nascimento pode levar a um estado de invisibilidade social e jurídica, tornando difícil ou impossível para a pessoa exercer plenamente seus direitos como cidadão. Por isso, a garantia do registro civil de nascimento e

a emissão dos demais documentos para todos os cidadãos é uma questão de fundamental importância para a promoção da igualdade e da cidadania plena.

3 METODOLOGIA

Este trabalho é uma investigação bibliográfica de natureza exploratória e qualitativa, centrada na temática “O Registro Civil de Nascimento como Direito Fundamental”. A pesquisa envolveu uma análise aprofundada da literatura existente sobre o assunto, empregando bases acadêmicas online renomadas como SCIELO, CAPES e Google Acadêmico para a coleta e compilação de dados relevantes. A escolha dessas plataformas foi motivada pela sua abrangência e credibilidade no meio acadêmico, garantindo assim a qualidade e a relevância das informações obtidas para este estudo.

Os critérios de inclusão foram artigos completos disponíveis online, que abordam a importância e as implicações do registro civil como um direito fundamental, bem como os desafios e avanços na garantia desse direito, em inglês e português. Também foram considerados artigos gratuitos publicados entre 2013 e 2023. Foram excluídos artigos com textos incompletos, duplicados, teses e artigos que não forneciam informações suficientes sobre o tema do registro civil, ou que não estavam em inglês ou português.

A revisão bibliográfica com coleta de dados foi realizada no mês de janeiro de 2024. Foi utilizado os descritores: “registro civil de nascimento”, “direito fundamental”, “identidade civil” e “acesso à justiça”. Os resultados foram apresentados como uma revisão bibliográfica com análise qualitativa dos estudos incluídos, enfocando a relevância do registro civil no contexto dos direitos humanos, e sua influência na cidadania e no acesso a serviços e direitos básicos.

O conteúdo obtido também foi analisado por meio da técnica de análise de conteúdo temática, identificando ideias centrais, pontos de consenso e controvérsias sobre a questão. Os resultados da revisão subsidiarão a discussão proposta nos objetivos, buscando elucidar o vínculo existente entre registro civil de nascimento, direitos fundamentais e inclusão social segundo diferentes olhares teóricos sobre o tema.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

O registro civil de nascimento configura um direito humano fundamental, indispensável para o reconhecimento da personalidade e o exercício da cidadania. No entanto, dados oficiais apontam a persistência de índices de sub-registro no Brasil, revelando a privação desse direito básico para parcela da população (Silva, 2019).

Nesse contexto, o presente ensaio objetiva discutir o vínculo entre registro civil,

direitos fundamentais e promoção da inclusão social, problematizando os entraves que tolhem o acesso universal a essa garantia no país. Para tanto, parte-se de revisão bibliográfica, com análise do arcabouço normativo, estatísticas oficiais e posicionamentos doutrinários acerca da temática.

O registro civil inaugura a vida jurídica da pessoa, constituindo pressuposto para o exercício de direitos (Calixto; Parente, 2017). Ao certificar o nascimento, estabelecem-se vínculos de filiação e atribui-se uma identidade civil fundamentada no direito ao nome, essencial à diferenciação dos sujeitos perante o Estado e a coletividade (Carbonera, 2018).

A Lei de Registros Públicos (Lei no 6.015/1973) disciplina o assento do nascimento em Cartório Civil mediante a Declaração de Nascido Vivo (DNV), obtida na maternidade, no prazo máximo de 15 dias. Desse registro, expede-se a certidão correspondente. Para Loureiro (2017, p. 179), trata-se de “documento indispensável para a constatação das qualidades pessoais, não apenas pela prova das situações jurídicas, como também pela publicidade que garante a oponibilidade destas situações”.

Vê-se, portanto, o caráter constitutivo do registro, ao dar visibilidade pública à pessoa e viabilizar o gozo de prerrogativas inerentes à cidadania, como direitos políticos, previdenciários e assistenciais. Daí a previsão constitucional de sua gratuidade como garantia fundamental (Art. 5º, LXXVI). Ausente tal reconhecimento estatal primário, abre-se caminho para a violação de múltiplos direitos.

Apesar da importância crucial do registro, o Brasil ainda apresenta contingente populacional “invisível” aos cadastros oficiais. Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de sub-registro de nascimentos, embora declinante, permanece em patamares preocupantes (IBGE, 2014).

Em 2002, quando essa questão ganhou centralidade na agenda governamental, o índice chegava a 20,3% no país. Dez anos depois, foi reduzido a 6,7%. E, em 2014, alcançou 3,2%. Ou seja, cerca de 230 mil bebês deixavam de ser registrados anualmente (Ruiz; Pequeno, 2017). Tal realidade escancara limitações do Estado na efetivação desse direito humano fundamental.

As causas são multifatoriais, amalgamando aspectos socioeconômicos e entraves burocráticos. Segundo Brasileiro (2008), prevalecem entre os genitores de crianças sem registro: ausência de documentação dos pais, distância dos cartórios, desconhecimento sobre o procedimento, relações familiares conturbadas, e até situações de extrema pobreza que obstaculizam o deslocamento aos postos de atendimento.

O perfil dos sub-registrados associa-se fortemente à vulnerabilidade. Pesquisa qualitativa desenvolvida por Escóssia (2019) com indivíduos em busca de registro tardio, no Rio de Janeiro, revelou predominância de população negra, de baixíssima renda e

escolaridade, em ocupações informais ou desempregada. Reforçando que a falta de documentação básica atinge sobretudo os socialmente excluídos.

Ao positivar a dignidade humana como fundamento do Estado democrático, a Constituição erigiu os direitos fundamentais à condição de Salvaguardas da pessoa contra arbitrariedades. Insere-se nesse rol a identificação civil primária viabilizada pelo registro de nascimento, em sua conexão umbilical com os valores maiores de igualdade, cidadania e visibilidade do sujeito na esfera pública (Sarlet, 2015).

Sem o reconhecimento estatal materializado no assento cartorial, a pessoa resta à margem da própria sociedade, impedida de exercer pretensões elementares, como saúde, educação, trabalho digno, proteção social ou participação política. Vigem uma sujeição indigna, na contramão dos compromissos democráticos.

Daí a importância de políticas universalizantes que superem as barreiras financeiras, geográficas e burocráticas no acesso a essa via inaugural de documentação, sob pena de manutenção de extratos populacionais reféns da invisibilidade jurídica. Conforme assinala Pancioni (2017, p. 136), a gratuidade promove “igualdade real, não apenas textual” ao permitir “integração na sociedade de todas as pessoas”.

A agenda internacional para desenvolvimento sustentável, adotada, em 2015, por 193 países, converge nesse sentido ao estabelecer entre suas metas a identidade legal universal até 2030, com foco na erradicação do sub-registro de nascimentos. No plano brasileiro, tal compromisso volta-se especialmente às populações historicamente alijadas desse direito (IPEA, 2018).

O registro civil inaugura a cidadania, ao certificar juridicamente a existência da pessoa, bem como sua filiação e identidade civil. Todavia, contingente ainda expressivo de brasileiros permanece “invisível” por não acessar essa via primária de documentação, refém de iniquidades sociais e limites estatais na provisão desse serviço.

A integração dos socialmente excluídos exige enfrentar tais disparidades, por meio de políticas focadas na informação, mobilização e simplificação dos procedimentos de registro, sobretudo nos estratos mais vulnerabilizados. Assim, será possível resgatar nossa dívida histórica para com os “sem documento” e resguardar a todos, sem exceção, uma existência juridicamente digna.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o vínculo existente entre o registro civil de nascimento, os direitos fundamentais e a promoção da cidadania e inclusão social no Brasil. Após revisão bibliográfica do arcabouço normativo brasileiro, e análise de estatísticas e posicionamentos doutrinários sobre a temática, conclui-se que o regis-

tro civil inaugura a vida jurídica do indivíduo, e constitui pré-requisito essencial para o exercício de direitos e o pleno usufruto das prerrogativas da cidadania.

A pesquisa evidenciou, no entanto, a persistência de contingentes populacionais “invisíveis” no país, marginalizados do reconhecimento estatal primário viabilizado pelo assento cartorial de nascimento. Privados desse ato registral constitutivo de sua personalidade e identidade civil, tais segmentos permanecem reféns da exclusão social e jurídica, tolhendo-lhes o acesso a direitos e serviços basilares.

O registro civil inaugura a cidadania, ao certificar juridicamente a existência da pessoa, bem como sua filiação e identidade civil. Todavia, contingente ainda expressivo de brasileiros permanece “invisível” por não acessar essa via primária de documentação, refém de iniquidades sociais e limites estatais na provisão desse serviço.

A integração dos socialmente excluídos exige enfrentar tais disparidades, por meio de políticas focadas na informação, mobilização e simplificação dos procedimentos de registro, sobretudo nos estratos mais vulnerabilizados. Assim, será possível resgatar nossa dívida histórica para com os “sem documento”, e resguardar a todos, sem exceção, uma existência juridicamente digna.

O estudo reforça, assim, a importância de políticas universalizantes que superem os entraves burocráticos, socioeconômicos e geográficos no acesso a essa via inaugural de documentação, sob pena de manutenção de extratos populacionais em situação indigna à revelia dos compromissos democráticos, que erigiram a promoção da dignidade humana à condição de valor fundamental da República. Considerando tais discussões, entende-se que o objetivo geral foi plenamente alcançado.

A pesquisa se ateve ao contexto brasileiro, mas estudos posteriores poderiam analisar, comparativamente, os marcos legais, índices e perfil dos sub-registros em outros países, investigando estratégias que se mostraram eficazes para universalização dessa garantia. Outra possibilidade seria aprofundar, com abordagem qualitativa, as implicações subjetivas da invisibilidade jurídica na autopercepção e nas trajetórias de vida dos “sem documento”.

CIVIL REGISTRATION OF BIRTH AS A FUNDAMENTAL RIGHT

ABSTRACT

The civil registration of birth constitutes an essential right for the recognition of personality and the exercise of citizenship. However, official data highlights the persistence of under-registration rates in Brazil, revealing “invisible” contingents absent from state records. This work aims to discuss the importance of civil registration in promoting

social inclusion, analyzing its connection with fundamental rights. It employs a qualitative approach, literature review, and doctrinal positions. The research points out the multifactorial nature of the causes of under-registration, ranging from socio-economic limitations to bureaucratic obstacles, affecting vulnerable groups. Thus, it advocates for universalizing policies to access this foundational registration, a crucial factor for identity and citizen visibility.

Keywords: civil registration of birth; fundamental rights; sub-registration; social inclusion.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, C. S. et al. O registro civil de nascimento como direito humano fundamental: uma análise crítica da realidade brasileira. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS*, 2020, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 79.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 21 jan. 2024.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?** Discussão de uma alternativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p. 56.

BRASIL. **Constituição Brasileira (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei no 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 out. 2003.

BRASILEIRO, T. V. **Filho de:** um estudo sobre o sub-registro de nascimento na cidade do Rio de Janeiro. 208f. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

BARROS, L. C.; OLIVEIRA, M. A importância do registro civil de nascimento e dos subs registros no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v.

18, n. 1, p. 119-139, 2020.

BARROS, L. C. *et al.* Acesso ao registro civil de nascimento: um direito humano fundamental em questão. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS*, 2019, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2019.

CALIXTO, Sônia Meire de Abreu Tranca; PARENTE, Francisco Josênio Camelo. **Registro Civil das Pessoas Naturais**. Conhecer: Debate entre o público e o privado, v. 07. n.19. p. 189-204. 2017.

CAMPOS JUNIOR, Antônio Carlos et al. proteção social à criança e adolescente: uma questão de direito. **Revista de Ciências policiais da academia de polícia militar de Guatupê**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 92-109, fev./mar. 2016.

CASTRO, Rafaelle Monteiro. **Crianças e adolescentes como sujeitos de direitos no Brasil pós-ECA**. 2018. Tese (Doutorado em Ciências) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2018.

CARBONERA, S. M. **O Direito ao Nome da Pessoa Humana**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 172.

CUNHA, A.J.L.A. Cobertura do Registro de Nascimento em Menores de Cinco Anos no Brasil: Resultados do Programa Nacional de Imunização. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, Brasília, v. 22, n. 5, p.320-332, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004, p. 76.

ESCÓSSIA, F. M. **Invisíveis: Uma etnografia sobre identidade, direitos e cidadania nas trajetórias de brasileiros sem documento**. 2019. Tese (Doutorado em História, Política e Bens Culturais) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

FARIAS, Edmilson Pereira de. **A colisão dos direitos**. Porto Alegre, 1996, p. 51.

GUIMARÃES, Célia Maria. A história da atenção à criança e da infância no Brasil e o surgimento da creche e da pré-escola. **Revista Linhas**. Florianópolis, v. 18, n. 38, p. 81-142, set./dez. 2017.

IBGE. **Sistemas de Estatísticas Vitais no Brasil: avanços, perspectivas e desafios**. 2015. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/en/statistics/social/population/21751-systems-of-vital-statistics-in-brazil-advances-perspectives-and-challenges.html>. Acesso em: 20 jan. 2024.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas do Registro Civil 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. v. 41.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Agenda 2030: Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: proposta de adequação**. Brasília: Ipea, 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Registro civil de nascimento**: conquistas preservando direitos. Brasília: IPEA, 2019.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos Teoria e Prática**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ONU. **Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law**. 2014.

PANCIONI, A. L. **Gratuidade do registro de nascimento aos pobres**: Direito Fundamental e Forma de Inclusão Social. 2017. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Bauru, Bauru, 2017.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi. **História da cidadania**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2013, p. 07.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RUIZ, J. L. S.; PEQUENO, A. C. A. **Direitos Humanos e Serviço Social**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica**: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 21, março, abril, maio, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 56.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 427.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, R. M. V. **O Direito Fundamental ao Registro Civil e o seu Papel como Pressuposto Básico à Inclusão Social**. 2019. 58 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2019.

TIZIANI, Marcelo Gonçalves. Uma Breve História do Registro Civil Contemporâneo. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 167, ago 2017.

UNICEF. **Registro de nascimento de cada criança até 2030**. 2019. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/birth-registration-every-child-2030>. Acesso em: 20 jan. 2024.

EL CONFLICTO APARENTE DE
LEYES EN EL CONTEXTO JURÍDICO
PENAL COLOMBIANO

*O CONFLITO APARENTE DE
LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO
PENAL COLOMBIANO*

EL CONFLICTO APARENTE DE LEYES EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO¹

O CONFLITO APARENTE DE LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

*Adolfo Murillo Granados²
Diego Fernando Tarapúes Sandino³*

RESUMEN

Este artículo hace una aproximación general al tema del concurso aparente de leyes. En primer lugar, se aborda el desarrollo conceptual dado en el derecho penal extranjero, tanto por autores europeos como latinoamericanos, lo que permite tener una idea de cómo ha sido planteado el asunto en otras latitudes. Luego, se detalla en el tratamiento que se le ha dado al conflicto aparente de leyes en la doctrina penal colombiana. Por último, se incluye una amplia relación de situaciones problemáticas ligadas al tema.

Palabras claves: conflicto aparente de leyes; concurso de leyes; tipos penales; unidad de ley y derecho penal colombiano.

1 INTRODUCCIÓN

Frente al denominado conflicto aparente de leyes, el tratamiento sobre este tema ha estado marcado por dos escenarios de cara a la regulación existente, es decir, entre los países que han incluido disposiciones que de manera expresa regulan bajo diversas denominaciones lo que se denomina como concurso de leyes y aquellos que omiten cualquier regulación en su ordenamiento legal. No obstante, en ambos escenarios —es decir, con o sin regulación— el debate académico y jurisprudencial ha sido amplio y extendido

¹ Data de Recebimento: 16/08/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Abogado, Especialista en Derecho Penal y Criminología y en Derecho Constitucional de la Universidad Libre (Colombia). Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad Libre. Investigador Senior MinCiencias. OrcID: <https://orcid.org/0000-0002-5409-6402>.

³ Profesor Titular de la Universidad Santiago de Cali (Colombia). Investigador del GICPODERI y del Cedpal (Alemania). Abogado, Politólogo, Especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo. Magister en Derecho Público, Master of Laws (LL.M.) y Doctorando en Derecho. OrcID: <https://orcid.org/0000-0003-0048-655X>.

en el tiempo, lo que demuestra que la discusión sobre la materia continúa vigente y está lejos de ser saldada, especialmente, en consideración a la tendencia legislativa hacia el ensanchamiento de la normatividad penal, que permanentemente abre nuevos debates sobre la interpretación y aplicación de las nuevas disposiciones.

Para dar una estructura lógica a este escrito, en primer lugar, se presentarán los desarrollos teóricos que sobre el tema se han hecho en la doctrina penal extranjera, incluyendo consideraciones extraídas de las obras de algunos autores europeos, para luego referir al tratamiento que sobre este ámbito particular de la dogmática le han dado algunos autores latinoamericanos. Posteriormente, con el propósito de mostrar la manera como el tema ha sido tratado en Colombia, se incluirán las consideraciones hechas por determinados autores nacionales.

2 EL CONCURSO APARENTE DE LEYES EN LA DOCTRINA PENAL EXTRANJERA

Wessels⁴ estudia esta figura como un supuesto de unidad de ley, en el marco de la teoría del concurso, destacando que de las dos formas propias del concurso deben distinguirse los casos del concurso impropio en el que se realizan varios tipos penales, en tanto que en realidad, la ley penal que debe aplicarse en primer término elimina las restantes, precisando que en el ámbito de la unidad de hecho a las manifestaciones de ese concurso impropio se les llama “unidad de leyes o concurso de leyes”, mientras que en el ámbito de la pluralidad de hechos, los hechos anteriores y posteriores castigados constituyen casos de una relación aparente de concurso. Señala que existe unidad de leyes en los casos de especialidad, subsidiariedad y consunción. En cuanto al hecho anterior y posterior cocastigados que se presentan en el ámbito de la pluralidad de hechos como manifestaciones de concurso impropio.

Jescheck y Weigend⁵, igualmente, abordan el tema como una forma de unidad de ley, afirmando que se trata de una serie de casos en los que varias normas concurren solo en apariencia, siendo que en realidad una excluye a la otra (concurso impropio), correspondiendo la idea básica común a este grupo de supuestos que el contenido de injusto y culpabilidad de una acción punible puede estar completamente abarcado por una de las normas penales que entra en consideración, argumentando que al aplicarse solo la norma primaria y desaparecer la desplazada de la declaración de culpabilidad, resulta conveniente sustituir la expresión “concurso de normas” por la de “unidad de ley”. La delimitación de la unidad de ley, sostienen, debe hacerse mediante criterios que

4 Wessels (1980), p. 238.

5 Jescheck & Weigend (2014), p. 1093.

son intensamente discutidos, pero que la doctrina mayoritaria acoge y que son los de especialidad, subsidiariedad y consunción. Afirman que en la especialidad está presente la relación lógica de dependencia propia de la subordinación, porque toda acción que cumple con el tipo especial realiza también necesariamente de forma simultánea el tipo de la infracción general. Respecto de la subsidiariedad precisan que significa que una norma penal solo se aplica de forma auxiliar al caso concreto para cuando no lo haga otra disposición, por ello, la norma ideada como tipo de recogida retrocede frente a la que se aplica primariamente. Sostienen que la estructura lógica de la subsidiariedad no responde a la idea de subordinación, sino a la de coincidencia parcial o intersección. En relación con la consunción indican que se da su existencia cuando el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción típica incluye también otro hecho, o en su caso, otro tipo, de tal manera que la condena desde uno de los puntos de vista jurídicos agota y expresa el desvalor del suceso en su conjunto.

Por su parte, Maurach⁶ indica que la esencia del concurso de leyes radica en que el hecho solo puede ser enjuiciado por un único tipo, por consiguiente, los restantes tipos o normas penales deben ceder sin asumir ningún significado para el reproche de culpabilidad como tampoco para la imposición de la pena. En ese ámbito, advierte que es preferible “no hablar de concurso de leyes, sino de un desplazamiento de los tipos secundarios por el primario”. Como técnica para la solución del concurso de leyes, la labor de desplazar los varios tipos posibles y en su lugar establecer el único tipo aplicable, debe ser orientado por los principios de subsidiariedad, especialidad y consunción. En ese orden, establece que un “tipo será subsidiario cuando, desde un principio, tan sólo quiera regir como tipo de recogida, esto es, únicamente para el caso de que ningún otro tipo tenga mejor derecho a ser aplicado”; respecto a la especialidad, esta se da “cuando concurren varios tipos en el mismo hecho, pero uno de ellos se adapta mejor que los restantes a los perfiles de la acción respectiva y en consecuencia pone mejor de manifiesto su carácter delictivo: *lex specialis derogat legi generali*”; finalmente, un desplazamiento por consunción tiene lugar “en los casos en los que la ley supresora comprende plenamente los tipos de la ley suprimida, de suerte que aquélla abarca en un precepto penal —dotado regularmente de un marco penal elevado— el injusto de los tipos desplazados”⁷.

Jakobs⁸ dedica todo un acápite de su “Derecho Penal: Parte General” a los principios del concurso de leyes. Propiamente, señala que en este tipo de concurso la conducta del autor es abarcada por diferentes leyes en el sentido de “formulaciones de delitos”, en tanto solo se da “una única ley en el sentido de determinación de delito”; en ese orden,

6 Maurach (1962), pp. 438 y ss.

7 Maurach (1962), pp. 441-443.

8 Jakobs (1997), pp. 1048 y ss.

un delito idéntico puede llegar a formularse varias veces, “desde luego quizá en distintos grados de concreción y por tanto de determinación de las consecuencias jurídicas”. Resalta que “formulación de delito es la proposición jurídica concretada hasta la aplicabilidad al caso concreto”, de tal forma que materialmente se intenta evitar valoraciones repetidas del hecho frente a la norma penal. Sostiene que en la doctrina mayoritaria se reconoce la existencia de conflicto de leyes penales: “a) cuando una ley es más específica que la otra, especialidad (hay que añadir: *en virtud de la intensidad de la descripción*) (*lex specialis derogat legi generali*); b) cuando del tenor literal o del contexto de sentido se deduce que una ley sólo se ha de aplicar auxiliariamente, subsidiariedad (*lex primaria derogat legi subsidiariae*); c) cuando la valoración de un delito ya se ha agotado al realizar la de otro, consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*)”⁹; además advierte que cualquier variante doctrinaria solo induce a confusión.

De otro lado, Otto¹⁰ dice que el concurso aparente se presenta cuando “parece que se han realizado los tipos penales de varios delitos, pero sin embargo, solo se aplica un único tipo delictivo, porque este excluye a los demás”. En cuanto a la especialidad señala que el tipo especial excluye al general, porque al tipo concebido de manera general se le agrega al menos un elemento más y con dicha modificación puede cambiar el injusto del tipo general de tal manera que el tipo especial tenga un desvalor autónomo. Respecto de la consunción anota que la actividad criminal más intensiva agota el contenido de injusto y culpabilidad de la más leve, que por regla general está contenido en aquella y en torno a la subsidiariedad precisa que el contenido del injusto de un delito es completamente insignificante frente al contenido de injusto de otro delito que puede ser de diferente clase.

Jiménez de Asúa¹¹ dedica un capítulo entero al concurso aparente de leyes en el tomo II de su Tratado, en el cual manifiesta que, en estricto sentido, el problema en este ámbito “surge en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar, por tanto, cómo se relacionan y jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general”. Advierte que el concurso de leyes (*Gesetzkonkurrenz*) es un término acuñado por Merkel para referir a los fenómenos en que un único delito, al parecer puede estar sometido a diferentes leyes. Ahora bien, sobre los principios desarrollados por la doctrina para resolver el aparente concurso de leyes, puntualiza en que hay “alternatividad cuando los dos artículos (o leyes) se comportan como dos círculos secantes”, aquí interesa definir cuál de los dos debe elegirse para la subsunción; frente al principio de especialidad asegura que este “puede formularse diciendo que en el

9 Jakobs (1997), p. 1053.

10 Otto (2017), p. 526.

11 Jiménez de Asúa (1964), pp. 532 y ss.

caso en que una misma materia sea regulada en dos leyes o disposiciones de ley, la ley o la disposición especial será la aplicable”; por su parte, indica que la subsidiariedad “consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquélla”; por último, sobre la consunción sostiene que su principal característica “estriba en que una disposición absorbe a la otra”¹².

Sánchez-Ostiz¹³ relleva la importancia de este tema, porque las operaciones del concurso de normas afectan la aplicación cotidiana del derecho penal y están en relación con la interpretación que se hace de la ley y hace parte del modo de trabajar con textos que tiene todo jurista. Indica que, si por concurso de normas o de leyes se entiende la operación de identificación de normas aplicables al caso, seguida de la selección de la que resulta más idónea, esto hace parte del modo habitual de trabajar en derecho penal y no puede mirarse como una operación extraña y marginal. El concurso de normas o leyes procura dar respuesta a la cuestión de cuál o cuáles de las normas aplicables a un caso son al final aplicadas, en este sentido, se puede entender que forma parte de la teoría o doctrina de la interpretación y viene a evitar la desproporción por exceso en la sanción, mientras que el concurso de delitos busca evitar la desproporción por defecto, lo que sugiere que no es solo cuestión de técnicas interpretativas, sino que también concierne a la valoración del hecho y a la sanción aplicable, por lo que enlaza con aspectos más generales como la hermenéutica.

Al abordar el tema, Mir Puig¹⁴ indica que se habla de concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que solo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in ídem*, ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes, concurre entonces un solo delito. Identifica dos concepciones distintas del concurso de leyes, en la primera el concurso presupone que todos los preceptos en juego concurren efectivamente, de modo que el hecho cabe en todos y cada uno de dichos preceptos, aunque uno solo de ellos será aplicable, en la segunda, se entiende que la concurrencia de los diferentes preceptos es solo aparente, puesto que una correcta interpretación de estos pone de manifiesto que, desde un principio, en realidad solo concurre uno de ellos. Advierte que la decisión de cuándo se está frente a un concurso de leyes o ante un concurso de delitos depende de la interpretación de las distintas normas penales en juego y que existen distintos principios que la doctrina ha ido elaborando para orientar dicha interpretación y que resultan válidos, aunque no ofrecen soluciones

12 Jiménez de Asúa (1964), pp. 539-558.

13 Sánchez-Ostiz (2020), p. 95.

14 Mir Puig (2019), p. 301.

automáticas, señalando que los principios más aceptados son el de especialidad, el de subsidiariedad y el de consunción.

Define el principio de especialidad¹⁵, explicando que, cuando de los preceptos concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, tal concurso debe resolverse aplicando solo la ley más especial. Dice que, por su parte, el principio de subsidiariedad¹⁶ interviene cuando un precepto penal solo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando este *aparece (lex primaria derogat legem subsidiariam)*, subsidiariedad que puede ser expresa cuando un precepto condiciona expresamente su propia aplicación y tácita si la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir este una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico. En cuanto al principio de consunción¹⁷ señala que conduce a afirmar que un precepto desplaza a otro cuando por sí solo incluye (consume) ya el desvalor que este supone por razones distintas a la especialidad y a la subsidiariedad. A este principio se acude si se encuentra que uno de los preceptos en juego es suficiente para valorar completamente el hecho y no existe una forma más específica de solución de concurso de leyes y al mismo se asocia la idea del hecho que normalmente acompaña a otro y de los actos posteriores impunes o copenados que son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero quedan consumidos por otro delito al cual siguen.

Los autores españoles Muñoz Conde y García Arán señalan, en su obra de derecho penal, que en el llamado concurso aparente de leyes, de las leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho solo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos. Estos criterios son especialidad (el precepto especial se aplica con preferencia al general), subsidiariedad (el precepto subsidiario se aplicará solo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible), consunción (el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel) y alternatividad que debe tenerse en cuenta, sostienen, para evitar absurdas impunidades que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida, cuando no idéntica.

El autor Luis Rodríguez Ramos¹⁸, quien ubica el tema en el ámbito de la concurrencia de leyes y de delitos, indica –a partir del estudio de la legislación española– que el con-

15 Mir Puig (2019), p. 302.

16 Mir Puig (2019), p. 303.

17 Mir Puig (2019), p. 303.

18 Rodríguez Ramos (2010), p. 207.

curso de leyes hace referencia a los supuestos en que un mismo hecho delictivo aparece contemplado en más de un artículo del CP, o de las leyes penales especiales, defendiendo todos estos preceptos al mismo bien jurídico, en ese contexto, resulta obvio que no es posible castigar esa única conducta aplicando todos los tipos en los que es subsumible y acumulando las penas previstas en cada uno de ellos, sino que lo razonable resulta elegir solamente uno, esto es, el que mejor se ajuste al hecho a subsumir, en una interpretación sistemática de todos los preceptos concurrentes. Cuestiona el contenido del artículo 8 del CP español al catalogarlo como un pleonasma normativo, porque las reglas que contempla son reiterativas y colisionan entre sí e indica que el principio de alternatividad solo tiene sentido en un derecho penal moderno si su plus punitivo se asienta en una especialidad de protección al bien jurídico afectada por la acción delictiva de que se trata.

Cerezo Mir¹⁹ estima que el concurso aparente se da cuando una acción u omisión está comprendida en varios tipos delictivos, pero solo se puede aplicar uno de ellos, porque comprende ya la totalidad del injusto de la conducta realizada por el sujeto, advirtiendo que solo en ese sentido cabe hablar de concurso aparente de leyes penales, pues la acción u omisión están comprendidas en los diversos tipos delictivos.

Sanz Morán²⁰ considera que el problema de la “unidad de ley” o “concurso aparente de leyes penales” se sitúa sistemáticamente en la teoría de la interpretación de la ley penal y se trata de hipótesis en las que un mismo supuesto fáctico es, en principio, reconducible a diversas normas penales, pero del análisis de la conexión existente entre ellas se concluirá la suficiencia de una sola (ley preferente) para colmar el contenido desvalorativo de aquel supuesto, indicando además que si junto a la ley preferente se aplicara alguna otra de las formal y aparentemente concurrentes, estaríamos conculcando el principio “*non bis in idem*”. Señala que, a pesar de que esta caracterización del concurso de normas es ampliamente aceptada, el acuerdo se rompe cuando se trata de determinar de conformidad con qué criterios o principios interpretativos se debe resolver el conflicto normativo.

Destaca este autor que para algunos autores basta con el principio de especialidad, otros reducen los principios a dos, bien sea especialidad y subsidiariedad, o bien especialidad y consunción, aunque la doctrina mayoritaria en Alemania e Italia acepta los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción discutiendo el orden de utilización de estos. Puntualiza que la mayor parte de la doctrina española y algunos autores alemanes admiten junto a estos tres criterios, el de alternatividad y agrega que la variedad aumenta si se tienen en cuenta criterios secundarios propuestos por algún autor como la especialidad recíproca, absorción, subsidiariedad o consunción relativa

19 Cerezo Mir (2014), p. 1036.

20 Sanz Morán (2012), p. 16.

o impropia. Afirma que, ante la disparidad de criterios señalada, con buen criterio los códigos europeos han optado por dejar abierto el campo al arbitrio del interprete, indicando que una regulación expresa solo se justificaría si se asignara a esta situación algún tipo de consecuencia en el ámbito sancionador.

En relación con la ubicación sistemática del concurso aparente de normas, sostiene Francisco Pavón Vasconcelos²¹, en su obra sobre concurso aparente de normas²², que la posición clásica lo ubica dentro de la teoría general de los concursos o sea en la teoría general del delito y concretamente dentro de las formas de aparición del delito. Una segunda posición lo coloca dentro de la teoría general de las normas, esto es, en la teoría de la ley penal, por estimar que los problemas que suscita al interprete la aplicación de la ley penal lo llevan al conocimiento de todos aquellos casos en los que hay convergencia de normas tendientes a la regulación del caso particular, sean esas normas susceptibles o no de aplicarse simultáneamente. Otra posición coloca al concurso aparente de normas en la teoría de la pena y un cuarto criterio lo ubica en el capítulo relativo a la tipicidad, más específicamente en la adecuación típica. Hay igualmente autores para los que una correcta sistemática del concurso aparente exige su ubicación dentro de la teoría de la aplicación de las normas, ya que constituye un problema de interpretación de la ley penal. Para este autor, son presupuestos del concurso aparente de normas la contemporánea validez de las mismas cuando todas ellas tienen obligatoriedad en un momento determinado en un ámbito temporal de aplicación, las normas tienen idéntica validez espacial por cuanto son obligatorias y por ello aplicables en un mismo territorio, al tratarse de un conflicto, este presupone que las normas concurrentes regulan la misma conducta o hecho, es decir, que comprenden normativamente el hecho con independencia de su diversa estructura, lo que significa que deben regular la misma situación de hecho, circunstancia o fenómeno al cual se ha denominado “coexistencia disciplinante”.

Válidamente puede decirse que resulta afortunada la síntesis que recoge el profesor Pavón Vasconcelos²³ para plantear de manera general que el llamado concurso aparente de normas es un problema de concurrencia de normas, que comprende dos hipótesis distintas: a) La concurrencia de normas compatibles, que da lugar a un concurso de delitos y b) la concurrencia de normas incompatibles en la que el juez, mediante la aplicación del que denomina “principio de elección” resuelve el conflicto en favor de una de ellas, con exclusión de todas las demás, aclarando que en este ejercicio se excede la mera función interpretativa, porque no se trata simplemente de precisar el alcance de las normas, sino de elegir –entre las concurrentes– la que debe aplicarse, lo que implica para el caso concreto la eliminación de las demás.

21 Pavón Vasconcelos (2008), p. 53.

22 Pavón Vasconcelos (2008), pp. 26 y ss.

23 Pavón Vasconcelos (2008), p. 11.

Al igual que ha acontecido en la doctrina colombiana, se deja claro que, respecto del tema, en la doctrina extranjera no se ha utilizado una terminología uniforme, porque se advierte que ha propalado las expresiones “concurso de leyes”, “concurso de normas penales”, “concurso de tipos”, “conflicto de leyes”, indicando que algunos autores modernos han hecho hincapié en lo incorrecto del uso de los términos “concurso de leyes” o “concurso de normas penales”, al considerar que si la naturaleza de las normas en colisión o en concurrencia no da origen a la aplicación simultánea de todas ellas, en sentido estricto, no puede hablarse de la existencia de un auténtico concurso, porque al tratarse de una apariencia de concurso, tales denominaciones no constituyen una terminología adecuada, inclinándose los modernos tratados y manuales por expresiones como “concurso aparente de normas”, “apariencia de concurso” o “concurrencia incompatible”.

El profesor Zaffaroni²⁴ ubica la por él llamada “concurrencia aparente o impropia” dentro de la unidad de ley y dice que contempla los supuestos en que si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente –en sus relaciones– se verifica que una de las leyes concurrentes interfiere la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque incluye las lesiones de estas. Estima que más que la discusión sobre su denominación, lo que interesa son las reglas que se aplican para interpretar el contenido de los tipos o su alcance. Plantea que los casos de unidad de ley se resuelven por medio de tres principios fundamentales, que son los aceptados por la mayoría de los autores: especialidad, consunción y subsidiariedad, aunque la tradición agregaba un cuarto principio llamado alternatividad al que, posteriormente, se le negó jerarquía al considerar que solo puede concebirse que dos tipos permanezcan paralelos y excluyentes como resultado de un error o defecto legislativo, por lo que se afirma que las fallas del legislador no pueden tomarse como punto de partida de una teoría general.

Puntualizando en las divergencias entre los diferentes principios, respecto de la especialidad –dice el profesor Zaffaroni– que el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general y esta relación de subordinación se presenta en la forma de encerramiento conceptual. De la relación de consunción dice que es la que se establece entre los tipos cuando uno encierra al otro, pero no porque lo abarque conceptualmente, sino porque consume el contenido material de su prohibición. Respecto de la subsidiariedad indica que es el fenómeno valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad. Concluye afirmando que mientras en la especialidad hay un encerramiento formal de una tipicidad por otra, en la consunción

24 Zaffaroni, Alagia & Slokar (2002), p. 867.

el encerramiento es material y en la subsidiariedad lo que se produce es una interferencia, con la característica de que no opera por encerramiento sino por progresión²⁵.

Terragni²⁶ plantea que las instituciones concurso aparente, concurso ideal, concurso real y delito continuado, contribuyen a dar solución a los diversos problemas que se presentan durante la búsqueda de la sanción adecuada, debiendo apartarse de los otros temas el del concurso aparente de leyes o de tipos, pues como su denominación lo indica, no concurren infracciones, sino que el intérprete debe decidir, luego de analizar los tipos penales que en una primera aproximación podrían atrapar la conducta, cuál de ellos corresponde aplicar. Agrega que el calificativo aparente indica la inexistencia de un verdadero concurso, apariencia que debe quedar despejada con una correcta interpretación de la ley, pues el caso solamente se encuadrará en una disposición, por lo que el procedimiento consiste en la búsqueda de la forma correcta de subordinar un hecho a la ley. Considera que las leyes penales pueden vincularse entre sí de manera que la afirmación de una, importe la necesaria exclusión de la otra (exclusividad) que puede darse por alternatividad o consunción, la afirmación de una importe la afirmación de otra (especialidad) o la afirmación de uno solo sea posible en relación con otra condicionante (subsidiariedad).

Como se dijo, Terragni en el ámbito de la relación de exclusividad considera que cuando dos figuras se excluyen recíprocamente por incompatibilidad respecto a un mismo hecho, el que solo puede encuadrar en una de ellas, se estaría en una relación de alternatividad y cuando uno de los tipos comporta una valoración superior o las figuras tienen una relación de menos a más, o de parte a todo, o de imperfección a perfección, o de medio o de fin conceptualmente necesario o presupuesto (consunción). En cambio, la relación será de especialidad cuando la estructura de un tipo (especial) comprende la de otro (general), por lo que el tipo general no es aplicable aunque respecto del tipo especial concorra una causa de impunidad. En este caso, es necesario que uno de los tipos esté íntegramente contenido en el otro, explica. Respecto de la relación de subsidiariedad sostiene que esta especie de conexión no depende de la estructura de los tipos, sino que se da cuando supedita la aplicación de uno de ellos a que no resulte aplicable otro más grave, por regla general. A diferencia de lo que sucede en el caso de la relación de especialidad, la impunidad del tipo principal no excluye la del subsidiario.

El chileno Jean Pierre Matus²⁷ se ha esforzado en sistematizar el desarrollo evolutivo del concurso aparente de leyes en la dogmática penal alemana, reconociendo que el pionero fue Adolph Merkel (1871) y que sus planteamientos encontraron eco es-

25 Zaffaroni, Alagia & Slokar (2002), pp. 868-871.

26 Terragni (2013), p. 639.

27 Matus Acuña (2000), pp. 295 y ss. Véase también Matus Acuña (2008).

pecialmente en Schütze (1874), hasta configurarse el denominado sistema clásico del concurso (aparente) de leyes en los planteamientos de Karl Binding (1885). Advierte que desde esa época hasta la actualidad han existido diferentes disputas conceptuales ancladas a las reformas penales que se han suscitado y que hoy en día, de acuerdo a esos desarrollos, “se prefiere afirmar la existencia de un concurso (aparente) de leyes cuando, concurriendo dos o más leyes penales en la regulación de uno o varios hechos, una de ellas es suficiente para captar el total desvalor de injusto del hecho o los hechos que se tratan”²⁸.

Frente al alcance contemporáneo de los principios dados para lo solución de este concurso (aparente), manifiesta que frente a la especialidad predomina el concepto de Honig al admitirse “el carácter lógico de esta relación, afirmando su existencia cuando un supuesto de hecho legal comprende todos los elementos del otro y, además, un otro de carácter especializante, de manera que cada vez que se realiza el supuesto de hecho especial, también se realizaría el general”; sobre la subsidiariedad tiene vigencia aún la definición de Binding y “el carácter valorativo que tendría una relación de esta clase, entendiendo que la misma se daría, tratándose de subsidiariedad expresa o formal, cuando una ley sólo quiere regir en caso de que otra no tenga aplicación, según la expresa determinación de la misma o, tratándose de subsidiariedad tácita o material, cuando tal efecto se desprende de la propia relación existente entre las figuras que se trata”; acerca de la consunción distingue también un carácter valorativo, el cual parte de que “un supuesto de hecho legal comprende totalmente el contenido de injusto (y culpabilidad) de otro que lo acompaña regular o típicamente o que, del mismo modo, se realiza antes o después de la consumación de aquél”²⁹; finalmente, respecto a la alternatividad advierte de su ocaso en el desarrollo del sistema clásico de la teoría del concurso (aparente) de leyes durante el período de reforma del Código Penal alemán (1954–1970)³⁰.

El profesor peruano García Caveró³¹ introduce el tema indicando que la realización de un comportamiento o de varios puede caer dentro del ámbito de regulación de diferentes tipos penales de la parte especial lo que debe ser resuelto como se presenta en la relación entre las infracciones penales a efectos de determinar no solo la imputación penal por el hecho o los hechos, sino también la aplicable al caso concreto. Profundiza

28 Matus Acuña (2000), p. 346.

29 Matus Acuña (2000), pp. 355-359.

30 Sobre las objeciones que se han suscitado para desestimar la alternatividad como un principio que permita dar solución a estos casos, resalta: “Dos son las objeciones más comunes que se le dirigen: la primera, que entendida en el sentido de LISZT, esto es, como una relación de supuestos de hecho con elementos contrarios, la alternatividad no constituiría ningún caso de concurso (aparente) de leyes, pues faltaría la concurrencia, al menos inicial, en el presente. La segunda, que si se toma la definición de BINDING como base, ésta no permitiría distinguir sus supuestos de los restantes principios de solución, a los cuales serían fácilmente reconducibles”, Matus Acuña (2000), pp. 345-346.

31 García Caveró (2019), p. 848.

indicando que en el concurso de leyes, la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero solo uno de ellos resulta suficiente para determinar lo que lo hace un hecho delictivo, es decir, si bien la conducta juzgada puede subsumirse en varias formulaciones típicas, una de ellas engloba completamente el sentido jurídico penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales concurrentes. Precisa que no existen propiamente varios delitos por los que el autor deba responder, sino que lo que se presenta es una unidad de ley, en el sentido de que solamente una norma asume el desvalor de las otras. Indica que, si la relación conceptual entre los tipos penales concurrentes es de inclusión, el concurso debe resolverse con el criterio de especialidad. Si esta relación se presenta como una interferencia con un tipo penal de recogida, entonces lo que corresponde es seguir un criterio de subsidiariedad entre los tipos penales concurrentes. Si la relación de interferencia entre los tipos penales concurrentes no tiene una regla de preferencia, entonces por alternatividad debe aplicarse el tipo penal que prevé la pena más grave. Si uno de los tipos concurrentes contempla una pena que abarca el desvalor del hecho que configura el otro tipo penal, entonces lo que tiene lugar es una relación de consunción que levanta la necesidad de pena del segundo.

Con una visión algo diferente, Van Weezel³² indica que el principio de *non bis in idem* necesariamente involucrado cuando se define lo concerniente al concurso de leyes tiene dos dimensiones que son relevantes: Una dimensión lógico-formal y una dimensión material, que son las que permiten resolver los casos de concurso de leyes. Señala que la dimensión lógico-formal da lugar al principio de especialidad, porque no se puede aplicar los dos tipos legales ya que, de hacerse, habría que considerar más de una vez un elemento fundante de la responsabilidad que está presente en ambas figuras. En cuanto a la dimensión material dice que da lugar al principio de consunción (y a otras dos expresiones suyas, que, a veces, se tratan como principios autónomos: subsidiariedad y alternatividad): no pueden aplicarse los dos tipos penales, porque uno de ellos “absorbe” por completo el desvalor del otro, de tal manera que el desvalor que representa este último se puede considerar “copenado” al castigar por el primero o si se quiere, frente al otro tipo penal, el que no se aplica aparece como insignificante.

En una obra dedicada al estudio del concurso de delitos en materia penal, Arce Aggeo³³ dice que el concurso aparente de leyes constituye una hipótesis configurativa del delito único por efecto del tipo, aunque no por su ámbito continente o abarcativo, sino por efecto de las relaciones existentes entre los mismos a las que denomina “relaciones típicas” en cuanto se dan entre tipos penales. Considera que es aconsejable utilizar la

32 Van Weezel (2023), p. 497.

33 Arce Aggeo (1996), pp. 157 y ss.

expresión concurso aparente de tipos sobre el concurso de leyes, dado que no afirma la existencia efectiva de concurso en la medida en que la expresión aparente no afirma la existencia efectiva de concurso y es la apreciación que tiene más arraigo y tradición en la doctrina y la jurisprudencia. Advierte que las relaciones que guardan las figuras penales entre sí resultan importantes respecto del tema de la unidad de conducta, puesto que reducen el ámbito de aplicación del denominado concurso ideal hasta casi hacerlo desaparecer en la práctica. Este autor cataloga como relaciones típicas, lo que otros denominan criterios o principios para resolver el concurso aparente, haciendo un recuento de la manera como el punto ha sido abordado por la doctrina que discurre entre la aceptación solamente de la subsidiariedad, especialidad y consunción, dándole incluso importancia al orden de prelación de las relaciones y quienes consideran que las relaciones típicas se sintetizan en la especialidad y la subsidiariedad e incluso quienes únicamente aceptan la relación de especialidad. Se ocupa de explicar las relaciones de especialidad, subsidiariedad y consunción.

Al ocuparse de la subsidiariedad desarrolla la que llama “especialidad contingente” advirtiendo que ante un caso de doble tutela jurídica surgen diversas posibilidades de ataque al mismo bien jurídico, sin que se presente una relación de subordinación como sucede en la especialidad en sentido estricto, sino de interferencia. De tal manera que el tipo a aplicar será aquel que describa una conducta que afecta con mayor intensidad a un bien jurídico manteniendo interferida a otra figura que ataca una conducta productora de una afectación de menor intensidad. Al explicar la relación de consunción se refiere de manera concreta a la posibilidad de vincular al hecho o a los hechos posteriores que no dan lugar a la pluralidad normativa, por cuanto existe una continuidad relativa al desvalor del hecho cometido. Anota que de esta manera, un hecho típico que se realiza luego de un hecho punible que pretenda la realización material de este, resulta consumido siempre que aquel último no lesione ningún bien jurídico nuevo, por ende, el desvalor de la etapa posterior (hecho impune o hecho copenado) no da lugar a la concepción de un nuevo hecho punible, ya que no tiene otro objeto que agotar el contenido desvalorante y prohibitivo del delito principal.

Se refiere también al hecho acompañante típico que claramente diferencia del hecho copenado posterior, aludiendo a hechos que pueden acompañar al hecho principal concomitantemente resultando de escasa entidad respecto a aquel. Sostiene Arce Aggeo³⁴ que estos hechos concomitantes por sus características de lesiones ínfimas en relación con el hecho que acompañan son consumidos por este último, reconociendo el sentido de lo manifestado por Zaffaroni quien asigna al hecho acompañante típico la consunción en función de la operatividad del principio de insignificancia.

34 Arce Aggeo (1996), p. 176.

Creus³⁵ ubica el concurso de leyes o concurso aparente de delitos bajo el rotulo de unidad de hecho con pluralidad de encuadramientos que hace parte de su estudio sobre la concurrencia de varios delitos de un mismo agente, advirtiendo que el encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único, cuando uno de los tipos en juego desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante. Dicho desplazamiento puede fundamentarse en distintas motivaciones procedentes de las mismas consideraciones de las tipicidades que, a su vez, constituyen los principios que rigen las relaciones de desplazamiento. Dice, además, que dichas relaciones de desplazamiento se pueden producir por especialidad, por alternatividad, por subsidiariedad o por consunción.

Balmaceda³⁶ plantea que estaremos frente a un concurso aparente de leyes penales en aquellos casos en que una acción pareciese cumplir con los requisitos de procedencia de dos o más tipos penales, pero en realidad dicha acción satisface el supuesto de procedencia de solamente uno de ellos, en tanto que los demás resultan desplazados por causas lógicas o valorativas advirtiendo que en estos casos no estamos frente a un caso de concurso de leyes, sino ante un claro caso de error en la interpretación de las normas que podrían ser aplicables en un caso determinado. Advirtiendo que lo que en realidad se daría en estos casos es una disputa entre varias normas penales, todas que en principio parecen ser aplicables al caso concreto, siendo aplicable una sola de ellas después de llevarse a cabo una interpretación hermenéutica de las normas. Deja claro este autor que en estos casos no existe un concurso de delitos, sino que se trata de un problema de interpretación de la norma penal. Siguiendo la línea tradicional sobre este tema, señala como principios para resolver el concurso de normas los de especialidad, consunción, subsidiariedad e incluye el que denomina principio de accesoriedad. Respecto del principio de accesoriedad indica que constituye una forma de aplicación del principio de consunción cuando se da el caso de que una determinada situación resulta ser regulada a través de tipos penales que poseen una pluralidad de hipótesis y en el evento de que se realicen varias de esas hipótesis surgirá el interrogante respecto de si se debe acudir al concurso de delitos o tan solo a través de un hecho punible, para lo que se requerirá una perspectiva valorativa, para cuya solución, afirma, el principio de alternatividad no brinda regla prácticamente aprovechable.

35 Creus (2012), p. 279.

36 Balmaceda (2015), p. 458.

3 EL TRATAMIENTO DADO EN COLOMBIA AL DENOMINADO CONCURSO APARENTE DE LEYES

Uno de los puntos de referencia para el análisis que se realiza, es lo dicho por el profesor Luis Enrique Romero Soto en su obra “Derecho Penal: Parte General” en el marco del concurso de delitos, al referirse específicamente al que denominó concurso de leyes, sin perjuicio del análisis detallado que se hará, posteriormente, partiendo de su obra específica sobre la materia. Al tocar el tema, señala que “puede suceder que un mismo hecho esté reglamentado, al tiempo, por varias disposiciones penales y entonces se presenta el fenómeno denominado “concurso (conflicto) aparente de normas”, en cuyo caso es preciso entrar a dilucidar cuál de las normas en conflicto es la que se aplica”³⁷. En el texto en mención, hace referencia a que la ley puede resolver los problemas que puedan presentarse acudiendo a criterios como “la aplicación de una norma excluye la de otra u otras”, utilizando expresiones como “en todos los casos no previstos especialmente” o “siempre que tal acción no esté prevista como delito de mayor gravedad” que es lo que denomina “subsidiariedad”³⁸, aunque acepta que no es un principio de general aceptación.

En dicha obra menciona igualmente los principios de especialidad y consunción. Respecto de la especialidad indica que obedece al criterio “*lex specialis derogat lex generalis*”, según el cual, cuando dos disposiciones parecen reglamentar una misma institución penal, es preciso establecer cuál de las dos es la especial y cuál la general, fijando como criterio que “una norma debe considerarse especial cuando si no existiese, el caso en ella contemplado, entraría en la norma general”³⁹, agregando que una norma es especial en relación con otra si contiene más elementos de descripción. No elude el debate relativo a que la especialidad solo puede utilizarse con referencia al mismo bien jurídico protegido o a varios bienes.

Señala el profesor Romero Soto que la presencia de elementos diferenciales en los diversos tipos puede dar lugar a las figuras llamadas como delito compuesto (o complejo en sentido estricto) y delito complejo (en sentido lato) que se presenta cuando “los elementos constitutivos de una figura delictiva, son verdaderos delitos cuya individualidad desaparece para dar lugar a una entidad completamente distinta”⁴⁰, añadiendo que “cuando los delitos que figuran como elementos son de distinta clase, esto es, cuando considerados separadamente se ve que ofenden bienes diferentes, entonces se tiene el delito compuesto”. En cambio, señala que el delito complejo “se compone de unidades

37 Romero Soto (1969), p. 377.

38 Romero Soto (1969), p. 377.

39 Romero Soto (1969), p. 377.

40 Romero Soto (1969), p. 380.

delictivas de la misma especie, es decir, que ofenden un mismo bien o interés jurídico. Es un verdadero plus con respecto a un delito menos grave que viene a ser absorbido por el primero”⁴¹.

Buscando aportar mayor claridad, indica que el delito complejo es un todo genérico que comprende un número indeterminado de figuras menores y en la cual también puede considerarse incluido el delito compuesto. También incluye en su estudio, los denominados delitos progresivos, entendiendo que en ellos hay una verdadera progresión en el sentido de que se pasa del *minus* a un *plus* y, en consecuencia, el mismo bien resulta lesionado cada vez con mayor gravedad, aunque precisa que –desde la perspectiva alemana– el delito progresivo se entiende como “una prolongación de la actividad culpable, más allá de la consumación del delito, por lo que llega a hablarse de un pos-hecho. Y a veces de un ante hecho cuando la actividad comienza por una serie de elementos que anteceden al delito. En el delito progresivo, indica, el pasaje por los delitos menos graves es una necesidad para poder alcanzar el fin propuesto”.

Después de esta breve referencia a lo dicho por el profesor Romero Soto en su obra general, es oportuno reconocer que uno de los asuntos problemáticos inicialmente identificados tiene que ver con su denominación, porque –como advierte Reyes Alvarado⁴²– se encuentran diversas expresiones que le han sido asignadas, muy seguramente asociadas al fundamento filosófico que se le da al fenómeno y a los elementos constitutivos, por eso se habla de “apariencia de concurso”, “concurso aparente de normas”, “concur-rencia de normas incompatibles”, “concurso aparente de leyes”, “concurso aparente de tipos”, “concurso de leyes”, “concurso de normas”, “unidad de ley”, “concurso aparente de delitos”, “aparente concurso ideal”, “colisión de normas penales”, “falso concurso de tipos penales”, “concurso aparente”, “conflicto aparente de normas”, “concurso ideal aparente”, “concurso ideal impropio” y “concurso impropio” o –como anota el profesor Gómez López⁴³– “aparente concurso” expresión que prefiere para denotar que en realidad no existe concurso y por lo mismo no hay concurrencia de normas, porque estima que se trata de una apariencia de concurso, de un fenómeno de ilusión jurídica, entre otras denominaciones.

El recorrido planteado se inicia con el examen de lo dicho por el profesor Reyes Echandía⁴⁴, quien considera en su derecho penal que este tema ha sido tradicionalmente ubicado dentro del capítulo que estudia la norma penal y su interpretación, considerando que el lugar adecuado para su abordaje es el de la adecuación típica, dada su íntima

41 Romero Soto (1969), p. 380.

42 Reyes Alvarado (1990), p. 81.

43 Gómez López (2023), p. 1934.

44 Reyes Echandía (1994), p. 147.

vinculación con el concurso real o verdadero de tipos penales. Estima por esta razón que la denominación concurso aparente de tipos es la más adecuada, porque da una mejor idea de su contenido y lo define como “el fenómeno en virtud del cual una misma conducta parece subsumirse a la vez en varios tipos penales diversos y excluyentes, de tal manera que el juez, no pudiendo aplicarlo coetáneamente sin violar el principio del *non bis in idem*, debe resolver concretamente a cuál de ellos se adecúa el comportamiento en estudio”. Luego de hacer estas precisiones, el profesor Reyes Echandía indica que, para solucionar tal conflicto, se han ideado algunos principios jurídicos, mencionando como los más importantes el de especialidad, el de subsidiariedad y el de la consunción.

Frente a la especialidad⁴⁵ indica que un tipo es especial en relación con otro junto con el cual está en vigor, cuando contiene todos sus elementos constitutivos y otros específicos catalogados como de especialización, sobre los cuales se funda su validez en relación con el tipo básico o general, agregando que, cuando esta situación se presenta debe aplicarse el tipo especial con exclusión del fundamental, porque además de contener los elementos del básico presenta otros nuevos que permiten adecuar plenamente la conducta dentro de su marco. Respecto de la subsidiariedad⁴⁶ apunta que se presenta cuando un tipo tiene carácter subsidiario respecto de otro, básico o especial y la aplicación de este excluye la de aquel. Destaca que un tipo es subsidiario respecto de otro cuando ambos describen grados diversos de lesión, en forma tal que una de ellas es más grave que la otra y cuando además, la menos grave entra en la composición de la otra como elemento constitutivo o circunstancia agravante. En lo que toca con el principio de consunción⁴⁷ plantea que se entiende por aquel que interviene cuando un tipo penal determinado, absorbiendo en sí el desvalor de otro, excluye a este de su función punitiva. En estos casos, uno de los tipos contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realiza la función punitiva no solo por cuenta propia, sino por cuenta de otro tipo penal.

En otra de sus obras, titulada “Tipicidad”⁴⁸, el profesor Reyes Echandía adiciona a lo expuesto el principio de alternatividad y señala, siguiendo –según su afirmación– a Jiménez de Asúa que hay alternatividad cuando los dos tipos se comportan como dos círculos secantes; en esta hipótesis se excluye su aplicación simultánea porque siendo equivalentes las conductas descritas en uno y otro, hay incompatibilidad entre ellos. Aunque, señala que la alternatividad no juega un papel definido en el fenómeno en estudio, porque los tipos son tan autónomos que al intérprete le resultará muy fácil la

45 Reyes Echandía (1994), p. 148.

46 Reyes Echandía (1994), p. 148.

47 Reyes Echandía (1994), p. 149.

48 Reyes Echandía (1989), p. 255.

exclusión de uno de ellos por la vía de la hermenéutica legal o porque la conducta se reproduce en más de un tipo y procede la aplicación de alguno de los otros principios.

El profesor Juan Fernández Carrasquilla⁴⁹, que asume el análisis del concurso aparente en el marco del concurso de hechos punibles, indica que cuando los varios tipos se encuentran en relación de tal naturaleza que solo puede aplicarse uno de ellos, aunque el hecho parezca encajar también en otro u otros, de modo al menos parcial, de tal manera que para descartar el régimen punitivo especial del concurso de delitos se impone descartar el concurso aparente de tipos o leyes penales. Puntualiza que “el concurso aparente se da cuando un mismo hecho –tomado en el sentido de conducta concreta, histórica o biográfica o de conducta más resultado, según la configuración de los tipos de que se trate– parece adecuarse a varios tipos penales, pero estos se encuentran en una relación que torna de preferente y exclusiva aplicación uno solo de ellos”⁵⁰. Refiriéndose a los criterios para su resolución señala que esa relación de preponderancia exclusiva se da cuando los tipos en aparente concurso están entre sí en relación de ley general a ley especial (la ley especial prevalece sobre la general y en esto consiste el principio de especialidad), o en relación de todo a parte (la ley totalizadora consume la parcial) o cuando el uno es principal y el otro subsidiario (por disposición de la ley, la norma principal desplaza la subsidiaria). Afirma que se trata de delito estrictamente unitario en el sentido del tipo, porque solo un delito ha sido cometido y solo uno debe sancionarse.

De manera concreta sostiene el profesor Fernández Carrasquilla⁵¹ que el principio de especialidad significa que la ley especial prefiere sobre la general en todos los casos, en la medida en que las leyes especiales reproducen los elementos de las generales, agregando algunas características para que se surtan efectos distintos a los previstos en estas. Al aludir al principio de subsidiariedad dice que se aplica cuando por voluntad expresa o tácita de la ley, un tipo solo rige en defecto o en subsidio de otro u otros. El tipo penal se aplica de preferencia al subsidiario. En cuanto a la consunción apunta a que en ella obra una figura delictiva que abarca y consume a otra, en estos casos, la relación de consunción prefiere en su aplicación el tipo con pena más grave, que es el que consume al otro, en tanto que el general hace las veces de “tipo de recogida”, el cual protege el bien jurídico genérico y colecta los atentados que ensamblen en algún otro delito que proteja especificaciones del mismo, señalando que en este concepto suelen incluirse los *delitos progresivos* (grados ascendentes de lesión de un mismo bien jurídico, real o nominal) y están contemplados como delitos diversos de gravedad creciente los *delitos complejos* (la propia ley reúne en una sola varias figuras delictivas con una pena unitaria y los

49 Fernández Carrasquilla (2012), p. 945.

50 Fernández Carrasquilla (2012), p. 946.

51 Fernández Carrasquilla (2012), p. 947.

actos copenados son actos cuya pena hace parte de la conminada para el delito respectivo, del que son simple accesorio o parte, que bien pueden ser previos –toda forma de progresión criminosa– o posteriores –actos impunes de agotamiento del delito que no constituyen una nueva lesión–). Finalmente, sostiene que algunos agregan el principio de alternatividad referente a que el hecho corresponde a uno o varios tipos que se excluyen entre sí por sus modalidades o características.

Por su parte, Reyes Alvarado dedica un significativo aparte de su obra sobre el concurso de delitos al estudio de este tema, indicando que la doctrina suele ser homogénea en los lineamientos genéricos empleados para la definición del concurso aparente y por ello siempre se alude a su existencia cuando “frente a una misma situación fáctica el aplicador de la norma penal se encuentra con que aquella es aparentemente contemplada por varias disposiciones penales aun cuando en verdad, solo una de ellas resulta aplicable al caso estudiado”. Entonces, concreta su definición señalando que el concurso aparente se presenta cuando quien realiza la adecuación típica de un comportamiento “encuentra que ella parece poder ser resuelta a través de la aplicación de varias normas, pero con un más detenido análisis se percata de que en realidad solo una de ellas es la aplicable al caso concreto ante las deficiencias que las demás presentan frente a su posible solución”⁵². Considera este autor que el denominado concurso de tipos comporta una real concurrencia de normas, aun cuando existe un único hecho punible. Identifica formas expresas de solución al concurso aparente como son la subsidiariedad expresa y los delitos de doble resultado y formas tácitas como la alternatividad, el acto posterior copenado, la especialidad y la consunción.

Respecto de la consunción acoge la idea de que se presenta cuando, de los varios tipos que recogen la conducta investigada, hay uno que comprende el desvalor delictivo de los otros, de tal manera que se puede afirmar que el contenido de injusto propio de una norma queda íntegramente recogido por la descripción típica de otra. La superioridad del contenido valorativo de una de las normas –sostiene– es de tal magnitud que absorbe por completo el de la otra, es decir, que el aplicador de la ley debe optar por la disposición de mayor riqueza descriptiva, situación que explica que también se denomine a la consunción como principio de absorción o de inclusión.

Al ocuparse del tema, el profesor Gómez López⁵³, refiriéndose a la naturaleza del asunto, sostiene que a primera vista se presentaría un concurso de tipos, pero tan pronto como se aplican o consideran las que denomina “reglas mínimas de interpretación” se puede concluir que el concurso no existió y que la aplicación de los tipos concurrentes se excluye, pues de lo contrario se violaría la garantía del *non bis in idem*. Ahondando

52 Reyes Alvarado (1990), p. 81.

53 Gómez López (2023), p. 1934.

en el punto, señala que se presenta concurrencia aparente de normas penales cuando dos o más normas vigentes parecen simultáneamente concurrentes al caso, pero la aplicación de una de ellas excluye necesariamente la otra u otras normas típicas. Indica que, en el concurso aparente de leyes, el tipo de mayor contenido conceptual, el más especial al caso, o el que debe aplicarse en caso de ser principal respecto de otro excluye la aplicación de la otra norma, por lo mismo se presenta una norma que capta, subsume a la otra, o que es más especial debido a su objeto o descripción. Este tratadista participa de la posición de que son admisibles para resolver el concurso aparente o ficticio de normas—como lo denomina— varios principios interpretativos, que son recogidos de manera expresa o tácita en la ley como el principio de especialidad, principio de alternatividad, principio de subsidiariedad y principio de consunción.

En cuanto a dichos principios en particular, el profesor Gómez López anota que el principio de especialidad es aplicable cuando en las normas que aparentemente concurren hay una que tiene frente a las demás una relación de especialidad por poseer elementos objetivos, subjetivos, modalidades especiales del acto, etc., de tal suerte que la norma especial desplaza a la norma general en atención justamente a esos elementos que le dan individualidad, especialidad y prevalencia sobre la otra. Respecto de la subsidiariedad advierte que un tipo resulta subsidiario a otro cuando en forma expresa o tácita se señala que la norma es aplicable solo cuando no se presente otro delito más grave, la ley primaria deroga la ley accesorio, en este caso, la norma principal desplaza a la norma subsidiaria, excluyéndose la concurrencia o concurso de delitos y cumpliéndose con ello el principio general de que lo principal desplaza lo subsidiario. Dice que el principio de consunción o absorción se presenta cuando una norma más compleja o de mayor riqueza conceptual y descriptiva absorbe a otra simple o de menor contenido, agregando que se trata de verdaderos casos en que una conducta delictiva hace parte de otro delito de descripción completa y compleja, e introduce respecto de este principio las categorías de delito complejo y delito progresivo, precisando que se presenta el fenómeno de la absorción cuando una conducta que constituye un delito autónomo e independiente aparece como elemento constitutivo o circunstancia calificante de otro delito de mayor contenido o cuando uno de los hechos que puede ser *per se* un delito se integra como fase o parte ejecutiva de otro delito completo. De igual manera, cuando el autor pasa de realizar una acción típica inicial a ejecutar una conducta típica posterior que constituye un delito más grave que subsume al más leve. En torno al principio de alternatividad precisa que se produce cuando una conducta lesiva a un bien jurídico ha sido valorada con diversos criterios o apreciando diferentes niveles de afectación al bien jurídico, de tal manera que una norma establece una modalidad más intensa o grave de afectación al bien⁵⁴.

54 Gómez López (2023), p. 1940.

Ricardo Posada Maya⁵⁵, luego de reconocer que el “aparente concurso de tipos” es una de las instituciones más importantes y también más controvertidas al reflejar el límite valorativo entre la unidad y la pluralidad de tipos penales a partir de la interpretación del injusto específico que expresa la clase de delito realizado por el autor, dice que se presenta aquel “cuando el intérprete al emplear ciertas reglas hermenéuticas de naturaleza lógica, material y jurídica elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia, desestima una aparente concurrencia de tipos penales para gobernar la unidad de conducta o conducta única realizada por el autor, para concluir –por lo que se refiere al alcance técnico-normativo de los distintos supuestos de hecho en apariencia concurrentes, por la naturaleza del bien jurídico tutelado en concreto y, desde luego, por la necesidad político criminal de protección del sustrato que éstos protegen de forma individual o conjunta– que la conducta solo se ajusta desde un punto de vista formal y material al desvalor de un solo tipo penal”.

Advierte, igualmente, que la diferencia entre el aparente concurso de tipos y el concurso efectivo reside en que, en el primero, solo en apariencia concurren varios supuestos de hecho mientras que, en el segundo, se pueden constatar finalmente una pluralidad de tipicidades aplicables al caso concreto, que no solo deben ser sancionadas de forma conjunta sino también enmarcadas por la declaración de culpabilidad en la sentencia condenatoria. Señala como requisitos del aparente concurso: la unidad de acción, la pluralidad de tipos que solo de forma aparente concurren para gobernar la conducta, la uniformidad del sujeto activo y la unidad de enjuiciamiento, asimismo, reconoce como principios de interpretación los de especialidad, subsidiariedad o eventualidad, consunción y alternatividad o exclusividad.

Al desarrollar el principio de subsidiariedad tácita, que también denomina material o sistemática, Posada Maya dice que se presenta “cuando a partir de una interpretación sistemática del propósito de protección material de los tipos penales concurrentes, se deduce la imposibilidad de aplicar uno o varios de ellos, porque se presenta un supuesto de hecho básico que, aunque entraña una forma de lesión similar, también supone una forma de protección más completa y avanzada frente a un determinado bien jurídico protegido, forma de protección que interfiere la autonomía valorativa de las demás conductas aparentemente concurrentes”⁵⁶. Sostiene que, siguiendo a la doctrina mayoritaria, se ubican tres modalidades de subsidiariedad tácita. En primer lugar, los actos copenados previos que se presentan cuando el autor se enfrenta a los denominados delitos de paso o actos constitutivos de frases previas necesarias o accidentales o a actos preparatorios punibles entendidos como grados de afectación previos, cuyo injusto

55 Posada Maya (2012), p. 196.

56 Posada Maya (2012), p. 227.

queda comprendido por el injusto anterior de una conducta punible más grave, que los sintetiza al tratarse de una conducta punible que por su naturaleza estructural supone la ejecución de varios supuestos facticos dispuestos por el legislador. En segundo lugar, alude a los denominados supuestos de delitos progresivos que se presentan cuando una infracción supone un injusto intensificado que contiene al primero. Finalmente, cataloga al denominado principio de alternatividad o exclusividad como un postulado accesorio a los demás principios de interpretación que rigen la materia, de tal manera que, cuando no opera ninguno de los demás, resuelve de manera satisfactoria el aparente concurso de tipicidades; resalta que este se podrá aplicar si “los supuestos de hecho diferentes contienen al mismo tiempo elementos comunes y excluyentes y modalidades distintas de ejecución de acción que cobija a plenitud el comportamiento material del autor frente al mismo bien jurídico, presentándose los tipos en apariencia concurrentes como supuesto de hecho paralelos aunque solo uno de ellos se aplique atendiendo al principio de preferencia por exclusión y predominio de la ley”⁵⁷.

De otro lado, Diego Araque Moreno⁵⁸ apunta a que en el concurso aparente, como su nombre lo señala, no se trata en verdad de un evento de concurso de conductas punibles, por lo que también se le denomina “falso concurso de conductas punibles”, aunque comparte con el concurso ideal el dato de que se trata de una sola conducta, en el fondo no se menoscaban varios tipos penales, encuadrándose la conducta en una sola descripción típica y que como consecuencia del principio de prohibición de doble incriminación no es posible aplicar varias sanciones en este evento. Por ello, anota que existen varios principios o reglas para dejar a salvo el principio del *non bis in idem*, que constituyen –según su opinión– auténticos criterios de interpretación que permiten solucionar los distintos casos sometidos a consideración del sentenciador. Señala como criterios hermenéuticos el de la especialidad, el de consunción, el de la subsidiariedad y el principio de alternatividad, conceptos que son desarrollados sin mayor distanciamiento de lo que la doctrina ha hecho, incluyendo ejemplos con el propósito de ilustrar su posición.

Aparte de las generalidades expuestas en su “Derecho Penal: Parte General”, el profesor Luis Enrique Romero Soto vuelve en dos oportunidades más al estudio de este controvertido tema. Por un lado, en 1990 publica el libro “El delito de estafa”, en el cual –explicando y diferenciando el concurso de delitos del concurso de leyes– señala el alcance de nociones como “delitos compuestos”, “delitos complejos”, “delitos progresivos”, así como de “progresión criminosa”⁵⁹. Del mismo modo, atiende al sistema de

57 Posada Maya (2012), p. 248.

58 Araque Moreno (2018), p. 473.

59 Romero Soto (1990), p. 311.

no punición de delitos basado en lo que se denomina *ante facto* y *post facto* no penados o copenados, resaltando que consiste en “aquellos hechos que anteceden o siguen al delito y que se encuentran de tal modo vinculados al mismo que se les tiene como un antecedente necesario o una consecuencia natural de él”⁶⁰.

En aras de diferenciar qué delitos quedan incluidos dentro de otro y cuáles no –de cara a analizar seguidamente el alcance típico de la estafa–, Romero Soto alude a las relaciones existentes entre el “delito acabado o completo” con el “concurso aparente de leyes”, sobre lo cual advierte que es una “cuestión a menudo menospreciada”, que sin embargo es de gran importancia, “sobre todo para decidir el problema de los concursos de delitos, pues muchas veces los hechos que se tienen como delitos autónomos, que concurren con otros, no son sino fracciones de un mismo delito, que deben considerarse absorbidas por el núcleo de éste en virtud de una de las modalidades del concurso aparente de leyes”⁶¹.

En ese orden, sintetiza como modalidades de este tipo de concurso aparente de normas penales la especialidad, la subsidiariedad y la consunción, aunque advirtiendo sobre esta última que no es de buena recepción por gran parte de la doctrina⁶². Respecto a las diferencias con el concurso de delitos, sostiene que en el concurso aparente de leyes “únicamente hay un delito porque al hecho solo le es aplicable una norma legal”, en cambio en el concurso efectivo (ideal o real) de delitos “existe una especie de unificación por cuanto se alcanza a alterar la naturaleza de cada uno de los componentes, pero no desaparece su autonomía”. En su criterio, en la formación legal de delitos complejos, compuestos o progresivos, “el delito es uno solo y desaparece la autonomía de componentes”⁶³.

El análisis adelantado a esta temática –dentro de dicho estudio de la parte especial correspondiente al delito de estafa– lo concluye afirmando que es muy difícil sentar reglas imperativas y claras sobre cuándo hay uno o varios delitos, salvo en “los casos en que el legislador establece manifiestamente la unidad delictiva, uniendo en un solo ilícito hechos que constituyen otros tantas infracciones de la ley penal, como sucede con los delitos compuestos, o los complejos, o los progresivos o la progresión delictuosa, o eliminando unos y dejando otros, como ocurre con subsidiariedad expresa”⁶⁴. A su conclusión agrega que tanto el concurso aparente (de leyes) como el efectivo (de delitos), del mismo modo que la pluralidad y la unidad de delitos, “están tan cerca unos de otros, son a veces tan sutiles y difusos sus límites, que, en la mayor parte de las veces,

60 Romero Soto (1990), p. 311.

61 Romero Soto (1990), p. 313.

62 Romero Soto (1990), p. 313.

63 Romero Soto (1990), p. 315.

64 Romero Soto (1990), p. 325.

solo son creaciones de la jurisprudencia y de la doctrina y su afirmación o negación está sujeta a tantos factores, objetivos y subjetivos y, lo que es más importante, a tan diversos criterios de jueces o de intérpretes que las soluciones varían con frecuencia, así se trate de unos mismos hechos”⁶⁵. Tal vez esta reflexión con la que cierra su aproximación al tema en la citada obra de 1990, y sus deseos de desarrollar una sistemática que apunte a mayor certeza jurídica, fue lo que lo impulsó a publicar tres años después su obra clave en la materia: “Concurso aparente de leyes. Hechos copenados”.

Efectivamente, en esta obra especializada, el maestro Romero Soto realiza un estudio prolijo sobre el concurso aparente, no solo recoge y sistematiza el desarrollo evolutivo de esta temática en el derecho nacional y extranjero, sino que brinda las contribuciones más sólidas en este ámbito. En esta ocasión identifica, en primer lugar, los aspectos controvertidos respecto del que denomina concurso aparente de leyes, señalando, en primer lugar, la denominación porque respecto de este se utilizan múltiples expresiones como “concurso aparente de leyes penales”, “concurso aparente de normas penales”, “conflicto aparente de disposiciones penales coexistentes”, “concurso de leyes”, “conurrencia de leyes”, “unidad de ley” o “relación de disposiciones penales coexistentes”⁶⁶. Como puede verse, este es un punto que ha sido destacado tanto por la doctrina nacional como por la extranjera y que de una u otra forma trasciende a un asunto de mera designación, ya que conforme se denomine, es posible comprender un mayor nivel de discusión en el plano sistemático y hermenéutico.

En segundo lugar, hace referencia a la ubicación sistemática de este tema dentro del derecho penal, ya que la mayor parte de los autores lo ubican al lado del concurso verdadero, en tanto otros autores lo refieren a la aplicación de las normas jurídicas y, como tal, consideran que indudablemente debe ser estudiado en este ámbito⁶⁷. En tercer lugar, menciona los criterios que deben adoptarse para resolver el concurso aparente de leyes, indicando que este tema representa el mayor desacuerdo entre los autores⁶⁸. Otro aspecto que destaca es el de las legislaciones, dado que los ordenamientos legales poco se han ocupado de consagrar una disposición a este tema⁶⁹; asimismo, otro tópico es el referente a la unidad de delito, porque para algún sector, debe definirse la unidad de delito con base en la sola acción, mientras que otra considera que lo importante para definir la unidad de delito es el tipo⁷⁰.

65 Romero Soto (1990), p. 325.

66 Romero Soto (1993), pp. 3-4.

67 Romero Soto (1993), pp. 4-6.

68 Romero Soto (1993), pp. 7-11.

69 Romero Soto (1993), pp. 11-12.

70 Romero Soto (1993), pp. 12-18.

Advierte además que en nuestro ordenamiento penal no existe una norma que consagre el concurso aparente de normas, como sí sucede en otros sistemas normativos, lo que obliga a guiarse por las reglas generales de la interpretación y de manera especial por la lógica que rige en general el ordenamiento jurídico, según la cual no pueden existir dos normas distintas que gobiernen un mismo caso. Enseguida, aunque con reservas, expone las cuatro formas tradicionales del concurso aparente, a saber: la especialidad, la subsidiariedad, la consunción y la alternatividad⁷¹.

Respecto de la especialidad⁷² sostiene que existe dicha relación cuando una norma está contenida en otra, de tal manera que todos los elementos de aquella se encuentran en esta, que tiene además, elementos que no se encuentran en la primera. Se dice que la norma especial tiene una mayor adherencia a los hechos que la general, que equivale a decir, que contiene una descripción más pormenorizada de los mismos. Destaca que en la especialidad se presenta un fenómeno de absorción de una norma (la general) por otra (la especial), admitiendo que la relación de especialidad puede cambiar o no cambiar el título del delito. En el marco del estudio de la especialidad, hace la distinción entre la especialidad recíproca (aquellos tipos que tienen un núcleo común, pero que, además, poseen elementos propios solamente de cada uno de ellos), la subespecialidad (la relación de especialidad puede presentarse no solo en relación con dos especies delictivas, sino con más), la especialidad no gradual (casos en los que la protección va de lo más amplio a lo más reducido o sea de *genus ad speciem*), especialidad entre normas alternativas o acumulativas (cuando algunas normas tienen la particularidad de comprender a varias hipótesis, hechos o conductas), especialidad entre tentativa y delito consumado (afirmando que en este caso se entrecruzan las relaciones de especialidad y subsidiariedad).

Asimismo, no escatima esfuerzos y desarrolla la relación entre el delito complejo y la relación de especialidad⁷³, empezando por distinguir varias clases de delitos complejos, en ese orden, menciona al complejo especial o en sentido o complejo propios y como subespecie de este el delito complejo agravado. Una segunda forma del delito complejo que menciona es el impropio, en el que el elemento que se agrega, si bien constituye delito, no se aprecia como entidad independiente.

Al ocuparse de la subsidiariedad⁷⁴ alude a que puede darse la situación en la que una determinada norma penal tenga mayor importancia para el legislador que otra, porque, por ejemplo, protege un interés más valioso y por ello el legislador dispone que se aplique solamente la norma que protege el interés más valioso. Avanza en el tema

71 Romero Soto (1993), pp. 23 y ss.

72 Romero Soto (1993), pp. 24 y ss.

73 Romero Soto (1993), pp. 34 y ss.

74 Romero Soto (1993), pp. 36 y ss.

identificando los requisitos que deben concurrir para que exista subsidiariedad entre dos normas, a saber: 1. Que si se trata de normas que protegen diversos bienes jurídicos, estos tengan puntos de afinidad y puedan situarse en gradaciones valorativas distintas; 2. Que se establezca unidad de acción, aunque lo que realmente se exige es que en el caso de que haya varias conductas, estas se desarrollen en el mismo contexto formando un solo episodio; 3. Se requiere además que las dos normas tengan en común la protección de determinado bien jurídico, aunque cada una de ellas por separado proteja a otros bienes. Advierte que las dos normas que entran en relación de subsidiariedad desempeñan unidas una mayor protección a un determinado bien jurídico. Además, deja claro que la norma dominante desempeña esa protección de un modo más vigoroso, lo que regularmente se muestra en la mayor pena que llega a contemplar.

Incluye de manera muy ilustrativa, un seriado de las diferentes fórmulas que pueden ser empleadas o son empleadas en las legislaciones, pero de manera clara se refiere a sus límites en cuanto se necesita que en ambos casos el sujeto activo sea el mismo, que sea idéntico el objeto material, que se trate del mismo sujeto pasivo y que haya unidad de episodio criminoso. Otro aporte muy significativo se encuentra en su tratamiento de la subsidiariedad tácita⁷⁵, que no sobra decir, es poco desarrollada por la mayoría de los autores y por ello comporta ciertas dificultades, que pasan por su no aceptación, su confusión con otros criterios o la inclusión de otras figuras de unificación como el hecho copenado, el delito complejo y la progresión criminosa. No obstante, con las dificultades advertidas, se ocupa de los principales criterios para consagrar la relación de subsidiariedad tácita, que en esencia son: 1. El del delito que sirve como medio para la realización de otro, tomado como base la subsidiariedad tácita; 2. El principio *id quo plerumque acidit* que para algunos es fundamento de la consunción, mientras que otros lo erigen en la esencia del hecho copenado; 3. La necesidad de recorrer un estadio de agresión precedente; 4. La necesidad de dejar impunes las acciones anteriores o posteriores a la realización de un delito, que suponen una especie de “prolongación del tipo criminoso”; y 5. El principio consistente en la “actuación del fin”, que se trata de llevar a cabo los propósitos del hecho culpable cuando para ello resulta necesario cometer otro delito. Como lo hiciera respecto de la subsidiariedad expresa, el profesor Romero Soto se ocupa de los límites a la subsidiariedad tácita, admitiendo que hay casos que se revelan fácilmente en la letra de la ley, entiende que en otros la existencia y alcance deben deducirse por vía de interpretación, teniendo en cuenta el sistema del que hace parte la norma. Menciona, dada su complejidad, algunos elementos de guía como son: 1. El propósito que la ley trata de conseguir; 2. La diferencia de grado entre los intereses; y 3. Necesidades lógico-jurídicas.

75 Romero Soto (1993), pp. 42 y ss.

Con la profundidad que le caracterizó, el profesor Romero Soto recoge un listado de casos de subsidiariedad, entre los que menciona la que se produce entre un delito de peligro y uno de daño (se trata de una intensificación de la acción que crea un mayor daño para el bien), cuando una tentativa se convierte en un delito consumado, el caso de la pretendida absorción de la tentativa de violación por el delito consumado de acto sexual violento, cuando se comienza a ejecutar un delito común y se termina por ejecutar un delito especial, que pertenecen al mismo título y ofenden el mismo bien o aquellos casos en que se multiplica el tipo pese a lo cual, no se configuran varios delitos sino uno solo por primar la especie principal y estar subordinadas a ella las subsidiarias⁷⁶.

Igualmente, se preocupa por lo relacionado con los delitos complejos con el propósito de establecer si encuadran en el sistema de la subsidiariedad, para hacerlo, estudia el delito complejo (propio e impropio). Igualmente, aborda lo atinente a la relación entre subsidiariedad y continuidad, estudia la relación entre la subsidiariedad y el delito progresivo (proceso que va de lo menos a lo más grave o de una de menor daño a una de mayor daño)⁷⁷.

Pasando al otro de los criterios o principios desarrollados por el profesor Romero Soto, corresponde hacer referencia a la consunción⁷⁸, que advierte no es acogida por todos los autores. En su estudio recoge definiciones diversas como “cuando una ley penal comprende en sí parcialmente el tipo abstracto y la pena de otra ley penal que queda fuera de aplicación”, “cuando una ley conforme a su sentido incluye ya en sí el valor delictivo de otra, no permite por ello la aplicación delictiva de esta última y la excluye”, “en los casos en los que la ley supresora comprende plenamente los tipos de la ley suprimida, de suerte que aquella abarca en un precepto penal, el injusto de los tipos desplazados”, y que “el legislador ha tenido en cuenta la vinculación típica entre dos delitos para establecer una sola pena”⁷⁹. A partir de las citas realizadas a autores alemanes e italianos, el profesor Romero Soto deduce que el principio de consunción se caracteriza por ciertos requisitos fundamentales: a) que exista una disposición que abarque otra, porque protege el mismo bien jurídico que esta; b) que la primera represente el final de una actuación en que la norma absorbida sea un medio o una etapa o un componente de la primera; y c) que haya unidad del hecho, entendiendo que se trata de la unidad normativa, no de la unidad natural.

Considera el profesor Romero Soto que la multiplicidad de los principios o de las relaciones que se aplican en el conflicto aparente de leyes se debe tanto al criterio esco-

76 Romero Soto (1993), p. 59.

77 Romero Soto (1993), pp. 70 y ss.

78 Romero Soto (1993), pp. 72 y ss.

79 Romero Soto (1993), pp. 73 y ss.

gido por cada autor, como también a la multiplicidad de las relaciones entre las figuras delictivas. Concluye que basta con dos categorías de principios para resolver los conflictos aparentes de leyes, estas son, la especialidad y la subsidiariedad, al considerar que las demás no solo sobran, sino que son fuente de inútiles y perjudiciales confusiones. Siguiendo esta línea, afirma que la alternatividad es la más controvertida de las relaciones que rigen el concurso aparente de leyes, por lo que muchos autores no la reconocen⁸⁰. Asume como condición indispensable, para que se aplique la alternatividad, que las disposiciones en conflicto versen sobre el mismo bien jurídico, pero de manera excluyente. Esto lo lleva a sostener que no se justifica la existencia autónoma de este principio, porque su fundamento está viciado, porque parte de la base de que la ley ha reglamentado de dos modos diferentes la misma situación, además que si se trata de dos disposiciones que tienen los mismos elementos, se está en presencia de un pleonismo legal injustificable.

Respecto del *ante facto* y *post facto* no punibles o copenados, el profesor Romero Soto reconoce los problemas derivados de la ubicación sistemática del fenómeno, porque la mayoría de los autores tratan este tema a propósito del concurso aparente de leyes, aunque no todos lo sitúan en el mismo lugar⁸¹. Advierte que los criterios empleados para clasificar los hechos copenados no son uniformes, ya que algunos son partidarios de considerarlos expresión de la subsidiariedad, pero también hay quienes los incluyen en el concepto de consunción entendiéndolos como acción típica posterior a un hecho punible o como hecho acompañante típico y un grupo menor se deciden a incluir los hechos copenados en la relación de especialidad. Algunos consideran que los hechos copenados no tienen relación con el concurso aparente de leyes, sino que se trata de una mera cuestión de interpretación. Luego de plantear las diferentes posturas teóricas, el profesor Romero Soto expone su punto de vista y se inclina por considerar que el fenómeno del hecho copenado es independiente del concurso aparente de leyes.

En suma, se destaca que el profesor Romero Soto no se limita a la tradicional clasificación de los criterios o principios que se emplean para resolver el concurso aparente en la doctrina especializada, sino que profundiza en su estudio para poner en evidencia las diferentes variantes, que indudablemente contribuyen a aclarar diversos supuestos que se pueden presentar.

80 Romero Soto (1993), pp. 86 y ss.

81 Romero Soto (1993), pp. 99 y ss. Del mismo modo, véase Romero Soto (1990), p. 311.

4 SITUACIONES PROBLEMÁTICAS

A continuación, se relaciona un seriado de situaciones problemáticas en cuya solución resultan necesarios y aplicables los conceptos respecto del denominado concurso aparente de leyes. En ese orden, es preciso advertir que se trata de una aproximación teórica y abstracta a las denominadas situaciones problemáticas, las cuales en la realidad pueden llegar a presentar variaciones fácticas.

Una revisión detallada de la normatividad penal colombiana muestra una serie de situaciones generadas por la falta de cuidado del legislador que dan lugar a una especie de “sobre-legislación” con las dificultades para determinar cuál es finalmente la norma aplicable, toda vez que se encuentran normas que reproducen el mismo precepto, pero que señalan penas diferentes. En otras oportunidades se reitera un elemento del tipo penal básico en las circunstancias de agravación punitiva. Así, el estudio de las disposiciones que hacen parte del título de delitos contra la vida y la integridad personal revela una serie de situaciones de interés para el tema central de este escrito que se expondrán a continuación, destacando la importancia de los principios analizados ampliamente como orientadores para resolver el concurso aparente de tipos.

Respecto del homicidio, la legislación penal se ha ensanchado incluyendo nuevas circunstancias de agravación y nuevas modalidades especiales de homicidio, lo que – por la forma como se legisló– genera dificultades interpretativas y de aplicación. En el artículo 103A del Código Penal colombiano (C.P.)⁸² se contempla una pena común para el homicidio u homicidio agravado si la víctima fuere menor de 18 años y cuando se realizare en un niño, niña o adolescente menor de catorce años. Es claro que la fórmula general es más amplia que la del literal a) de la disposición que resulta inoficiosa y reiterativa. Se dice en el literal c), que se agrava cuando el autor sea padre, madre o tenga el deber de custodia de un menor de edad, situación que aparece repetida en el numeral 1 del artículo 104, es decir, que si la conducta es cometida por el padre o madre de un menor de 18 años, podría pensarse en la aplicación de la agravante del artículo 103A o en la indicada en el artículo 104. Algo parecido se encuentra cuando en los literales e), f), g) y j) del artículo 103A se hace referencia a la agravación de la pena si la víctima es un menor de dieciocho años y la conducta se comete con alevosía o ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, si se realizó de manera premeditada incluyendo el acecho a la víctima o cuando se somete a la víctima a tratos crueles inhumanos o degradantes, porque el artículo 104 contempla igualmente la agravación, pero con una sanción mayor (500 a 700 meses de prisión) a la del homicidio

82 Adicionado mediante la ley 2098 de 2021, artículo 10.

cuando la conducta recae en menor de edad y se ha cometido con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad.

En ambos casos se sanciona al homicidio cometido contra un menor de edad, con circunstancias de agravación similares, aunque con penas diferentes, por lo que se impone la obligación de establecer cuál sería la disposición aplicable, sin violar el principio de legalidad. En principio podría pensarse que la conducta prevista en el artículo 103A es especial, pero las circunstancias del 104 también tienen carácter particular, por lo que resulta necesario acudir a criterios como la vigencia de la ley en el tiempo, porque los propios del concurso aparente de tipos podrían resultar insuficientes.

En este capítulo también tienen carácter especial frente a la fórmula general prevista en el artículo 103, el feminicidio (artículo 104A), el homicidio por piedad (artículo 106), la muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (artículo 108).

En el terreno de las lesiones personales se presenta una situación particular, porque a través del artículo 111, que contiene el precepto general y los artículos 112, 113, 114, 115, 116 se desarrolla el concepto general de lesiones personales, mientras que en el artículo 116A⁸³ –denominado lesiones con agentes químicos, ácido y/o sustancias similares– la diferencia de trato obedece a que se produjeron usando cualquier tipo de agente químico, álcalis, sustancias similares o corrosivas que generan destrucción al entrar en contacto con el tejido humano. Por su parte, en el artículo 116B titulado lesiones con sustancias modelantes no permitidas⁸⁴ la conducta consiste esencialmente en inyectar o infiltrar en el cuerpo de otra persona sustancias modelantes no permitidas, sin especificar que sucede cuando de esto se deriva algún tipo de deformidad o perturbación fisiológica o psíquica, dando lugar nuevamente a alguna incertidumbre.

En el título denominado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” se encuentran modalidades especiales de conductas referidas a diversos bienes jurídicos, cuya aplicación está sujeta a que se realicen con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, como sucede con el homicidio en persona protegida (artículo 135), lesiones en persona protegida (artículo 136), tortura en persona protegida (artículo 137), acceso carnal violento en persona protegida (artículo 138), acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años (artículo 138A), actos sexuales violentos en persona protegida (artículo 139), actos sexuales con persona protegida menor de catorce años (artículo 139A), trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (artículo 141B), actos de terrorismo (artículo 144), actos de discriminación racial (artículo 147), toma de rehenes (artículo 148), entre otros. Los

83 Adicionado mediante la ley 1773 de 2016.

84 Adicionado mediante ley 2316 de 2023.

cuales, al tener su equivalente en los respectivos títulos para condiciones de normalidad (por fuera del escenario excepcional del conflicto armado), obligan a dar aplicación al principio de especialidad cuando se trata de definir cuál es la norma aplicable en la aparente pugna que se suscita.

Pasando al título de delitos contra la libertad individual, se encuentra que, al desarrollar los aspectos relacionados con la desaparición forzada –conducta descrita de manera general en el artículo 165 y agravada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166–, el legislador excluyó el concurso de conductas punibles y por ende el concurso es aparente cuando es cometida por quien ejerce autoridad o jurisdicción⁸⁵, ostenta la calidad de servidor público y utiliza en su ejecución bienes del Estado⁸⁶, evento en el cual se descarta el peculado por uso, porque esta situación ya fue contemplada en la circunstancia de agravación referida dando aplicación a una de las manifestaciones del principio de consunción aludido en precedencia.

Respecto del delito de secuestro, la legislación colombiana luego de diferenciar el secuestro simple⁸⁷ del secuestro extorsivo⁸⁸, incluye dentro de las circunstancias de agravación punitiva⁸⁹, el hecho de que la víctima sea sometida a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrada, lo que implica que el concurso entre secuestro y tortura o secuestro y las modalidades de violencia sexual sería aparente, porque ya la agravante absorbe a aquellas conductas. En este caso, el asunto se resuelve dando aplicación al principio de consunción. Igualmente, se agrava la pena del secuestro cuando se comete utilizando orden de captura o detención falsificada, en este caso, la circunstancia de agravación absorbe el delito de uso de documento falso descrito autónomamente en el artículo 291 del C.P., en consecuencia, se habla de secuestro agravado y no de concurso entre secuestro y uso de documento falso, dando aplicación al principio de consunción.

Cuando de aplicar las disposiciones que hacen parte del capítulo de la detención arbitraria se trata, encontramos que el delito de desconocimiento de *habeas corpus*⁹⁰ coincide en lo esencial con la descripción típica del peculado por omisión⁹¹, pero mientras esta última disposición aplica para el servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, aquel otro tipo especifica que debe tratarse del juez que no tramita o decide dentro de los términos legales la petición de *habeas corpus*, lo cual significa que a pesar de estar ubicadas en títulos diferentes, aquella dis-

85 Artículo 166, numeral 1 del C.P.

86 Artículo 166, numeral 6 del C.P.

87 Artículo 168 del C.P.

88 Artículo 169 del C.P.

89 Artículo 170 del C.P.

90 Artículo 177 del C.P.

91 Artículo 414 del C.P.

posición es especial respecto de la otra y, por consiguiente, debe preferirse, dando con ello aplicación al denominado principio o criterio de especialidad.

En relación con la tortura se encuentran varias situaciones que ameritan análisis separado. Puede suceder que quien decide matar a otro, quiera hacerlo sufrir antes de causarle la muerte, infligiéndole dolores o sufrimientos físicos o psíquicos. En este caso, el concurso entre el homicidio y la tortura es aparente, porque la situación adicional al homicidio es absorbida por la circunstancia de agravación de la sevicia y el asunto se resuelve dando aplicación al principio de consunción, aunque otra podría ser la solución si el plan del autor tenía como propósito torturar para obtener información y una vez alcanzado ese propósito, decide matar a su víctima, debido a que en este caso no se puede descartar de manera tajante el concurso de conductas punibles. Otra de las eventualidades se presenta cuando el autor de la tortura es servidor público y comete el delito utilizando bienes del Estado. En este caso, se hablaría esencialmente de tortura agravada y no de concurso entre tortura y peculado por uso, ya que ambos aspectos se refunden en el tipo agravado.

En lo que atañe al delito de desplazamiento forzado⁹², se advierte que si la conducta es desplegada por quien tiene la condición de servidor público y utiliza bienes del Estado en su ejecución, se descarta el peculado al dar aplicación a la circunstancia de agravación⁹³. Asimismo, si la víctima del desplazamiento es sometida a tratos crueles, inhumanos o degradantes que le causan dolor o sufrimiento físico o psíquico, se hablará de desplazamiento forzado agravado⁹⁴ y no de concurso con la tortura, apelando en ambos casos al principio de consunción.

Teniendo en cuenta su ubicación en este título, vale decir que el constreñimiento ilegal está en la base de varias conductas, algunas de las cuales tienen carácter especial, por ello, a pesar de estar ubicadas en diferentes títulos, recogen la descripción básica de este delito contenido en el artículo 182, desplazándolo para su aplicación por tener carácter subsidiario. Constituyen modalidades especiales de constreñimiento, el constreñimiento ilegal por parte de miembros de grupos delictivos organizados y grupos armados organizados⁹⁵, constreñimiento para delinquir⁹⁶, intimidación o amenazas con arma de fuego, armas, elementos o dispositivos menos letales, armas de fuego hechizas y armas blancas⁹⁷, amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores pú-

92 Artículo 180 del C.P.

93 Artículo 181, numerales 1 y 4 del C.P.

94 Artículo 181, numeral 5 del C.P.

95 Artículo 182A del C.P.

96 Artículo 184 del C.P.

97 Artículo 185A del C.P., adicionado mediante la ley 2197 de 2022.

blicos⁹⁸, constreñimiento al sufragante⁹⁹, así como el delito de amenazas a testigos¹⁰⁰. En este ámbito, la concurrencia de tipos o normas penales se resuelve, regularmente, apelando al principio de subsidiariedad.

Cuando en la legislación colombiana no se había incluido el delito de tráfico de migrantes, la conducta se tipificaba acudiendo a la trata de personas. Después de la tipificación autónoma del tráfico de migrantes resulta claro que estas conductas pueden concurrir, sin que se estructure un concurso aparente de tipos. Pues bien, no todo tráfico de migrantes supone trata de personas, y no toda trata de personas implica el tráfico de migrantes, pero puede suceder que se cometa el delito de tráfico de migrantes como medio para realizar la trata de personas, situación en la que el concurso no es aparente, sino real. Es importante señalar que el alcance del tipo penal actual es mayor respecto del que originalmente contemplaba la ley 599 de 2000. Al respecto, el artículo 188A indica que este delito se realiza con fines de explotación y precisa que se entenderá por aquella el hecho de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

En virtud del contenido de esta disposición, la explotación de menores a través de la mendicidad se consideró inicialmente como una forma de trata de personas agravada¹⁰¹, no obstante, con las modificaciones que ha experimentado el artículo 188B, cuando la conducta se realice sobre menor de 18 años se pasa a aumentar en la mitad de la pena. En consecuencia, hoy en día, cuando el delito de trata de personas se realice respecto de un menor de 18 años, buscando obtener provecho económico o de otra índole mediante la explotación de la mendicidad, se catalogará como trata de personas agravado. Esta conclusión enfrenta alguna dificultad, ya que con la incorporación al ordenamiento jurídico nacional del delito de explotación de menores de edad –tipo que no hace parte de la nomenclatura del Código Penal–, pero consagra como delito el que hecho de que se utilice, comercialice o mendigue con menores de edad, directamente o a través de terceros, porque es evidente la cercanía que existe entre las dos disposiciones. En nuestra opinión, esta situación debe resolverse apelando al principio de subsidiariedad en la medida en que el delito de trata de personas agravado dispensa la mayor protección al bien jurídico protegido y solo cuando no se cumplen integralmente los ingredientes de esta

98 Artículo 188E del C.P., adicionado mediante la ley 1908 de 2018.

99 Artículo 387 del C.P.

100 Artículo 454A del C.P.

101 Artículos 188A y 188B del C.P.

disposición, se podría acudir a esta otra norma, definición en la que el pronunciamiento de la Corte Constitucional¹⁰² respecto de este tipo no tiene mayor incidencia.

Otra situación problemática que se encuentra al estudiar este título se relaciona con el delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos¹⁰³, mediante el cual se sanciona a quien induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas. Se entiende que se trata de un tipo penal de mera conducta o simple actividad, por lo que es suficiente la realización de la conducta, independientemente de si se logra que el menor se involucre en la realización de delitos, situación en la que no se encontraría mayor dificultad. Lo complejo se presenta cuando el menor de edad realiza la conducta, porque se impone establecer si en tal eventualidad a la persona que involucra al menor se le pueden imputar autónomamente los dos delitos, esto es, autor del delito de uso de menores de edad para la comisión de delitos y determinador, autor mediato, coautor o cómplice de la conducta realizada por el menor. Podría pensarse que al incluir la fórmula legal la expresión, “por este solo hecho”, se podría generar el concurso de delitos, pero un análisis detenido muestra que la esencia de las conductas es la misma, por lo que se corre el riesgo de sancionar dos veces lo mismo, lo que podría solucionarse acudiendo al principio de subsidiariedad y a la atención debida al *non bis in idem*. Respecto a este delito, también corresponde dilucidar, en caso de un eventual concurso de conductas punibles, cómo proceder cuando el delito contempla como circunstancia de agravación el valerse de un inimputable, tal como sucede con el homicidio¹⁰⁴ o el hurto¹⁰⁵, porque en este caso una opción viable sería descartar el concurso y pasar a agravar el homicidio o generar el concurso inaplicando la circunstancia de agravación aludida.

Pasando al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, debe decirse de entrada que muchas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales se superaron con la incorporación de definiciones sobre aspectos cardinales como el alcance de la expresión acceso carnal¹⁰⁶ o violencia¹⁰⁷, pero subsisten otras derivadas del contenido normativo y de la interpretación de las disposiciones vigentes. Un aspecto para considerar sería si es posible generar un concurso de conductas punibles cuando quien pretende acceder mediante violencia a la víctima o aprovechando su incapacidad de resistir la somete a tocamientos impúdicos consistentes en actos sexuales diversos o si

102 Corte Constitucional. Sentencia C-464 del 9 de julio de 2014.

103 Artículo 188D del C.P., adicionado mediante la ley 1453 de 2011.

104 Artículo 104, numeral 5 del C.P.

105 Artículo 241, numeral 3 del C.P.

106 Artículo 212 del C.P.

107 Artículo 212A del C.P., adicionado por la ley 1719 de 2014.

se considera que el delito de mayor entidad absorbe al otro aplicando una de las variables del principio de consunción. Otra situación problemática surge a partir del delito denominado “demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad”¹⁰⁸, porque se sanciona a quien de manera directa o a través de tercera persona, solicita o demanda realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, en la eventualidad de lograr su propósito con un menor de 14 años. En esta eventualidad, obtuvo el acceso con menor de catorce años mediante el ofrecimiento de dádiva o dinero y las alternativas serían el acceso carnal abusivo con menor de 14 años únicamente o el concurso entre el acceso carnal abusivo con menor de 14 años y demanda de explotación sexual comercial, que pareciera ser lo más razonable de cara a la protección integral del menor.

En el ámbito de los delitos contra la familia, es preciso señalar que frente al delito de violencia intrafamiliar este tiene cercanía, dependiendo de la modalidad de violencia ejercida, con delitos como el homicidio agravado, lesiones personales agravadas, tortura agravada que contemplan como agravante la existencia de relaciones de parentesco, consanguinidad, conyugal o de compañeros permanentes, lo que consumiría la violencia intrafamiliar como delito autónomo, siempre que en estos casos la pena aplicable sea mayor que la prevista para la violencia intrafamiliar, en consideración a la fórmula de subsidiariedad utilizada en la norma. Respecto del delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad¹⁰⁹, se advierte que toma como punto de partida la descripción del secuestro, pero lo especializa incluyendo particularidades en relación con el sujeto activo, el objeto material de la conducta y la finalidad perseguida, lo que permite descartar el secuestro por aplicación del principio de especialidad. Debe decirse que tradicionalmente se ha considerado que cuando se accede mediante violencia, abusivamente o se realiza acceso carnal con un ascendiente, descendiente, adoptante, adoptivo o con un hermano o hermana se genera un concurso ideal de conductas punibles entre el incesto y el delito sexual, pero el que se haya incluido como circunstancia de agravación para los delitos sexuales la existencia de relación de parentesco excluye el concurso, porque sería aparente y solo se podría adecuar a la conducta al delito sexual agravado por aplicación del principio de consunción.

Muy variadas situaciones se presentan cuando el análisis recae sobre los delitos contra el patrimonio económico, porque por ejemplo, en relación con el hurto en virtud del contenido de las circunstancias calificantes del delito se configura el hurto como delito complejo al absorber supuestos que constituyen delitos autónomos, como cuando se

108 Artículo 217A del C.P., adicionado por la ley 1329 de 2009.

109 Artículo 230A del C.P.

realiza con violencia sobre las cosas o mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o sus dependencias inmediatas, acudiendo – para llegar a esta conclusión– al principio o criterio de consunción. Además, se incluye en el título de delitos “De la protección de la información y de los datos” una modalidad especial de hurto denominada hurto por medios informáticos y semejantes¹¹⁰. Aunque ubicado en el título de delitos contra el orden económico y social en la legislación se incluye el delito de apoderamiento de hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que los contengan¹¹¹, que en esencia constituye una modalidad especial que tiene como objeto material los hidrocarburos.

De igual manera, se configura un delito complejo cuando la extorsión se comete utilizando orden de captura o detención falsificada, caso en el que la extorsión agravada absorbe el uso de documento falso; o simulando investidura o cargo, o fingiendo pertenecer a la fuerza pública, situación en la que la extorsión agravada absorbe la simulación de investidura o cargo.

En la estructura del título de delitos contra la fe pública, se incluyen en el capítulo de la falsificación de moneda, de manera independiente, la falsificación de moneda nacional o extranjera y el tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda y teniendo en cuenta que quien falsifica moneda debe tener los elementos para hacerlo, al concurrir estas dos situaciones el concurso será aparente, porque por aplicación del principio de consunción la falsificación cometida absorbe la tenencia de los elementos necesarios para la elaboración de la moneda espuria. No acontece lo mismo con el tráfico de moneda por parte de quien la falsificó, porque este es un hecho posterior que no alcanza a ser arropado por la falsificación, así algunos puedan llegar a considerar que se trata de un hecho copenado.

Tratándose de delitos contra la seguridad pública se encuentran delitos en los que el legislador sanciona a través de disposiciones diferentes la tenencia de algunos elementos y su empleo o lanzamiento (especialmente de sustancias y objetos peligrosos¹¹²) y no podría configurarse un concurso de delitos respecto de la persona que emplea o lanza dichos objetos, porque para realizar esta conducta es condición indispensable que los tenga en su poder y en este caso hay una relación de progresividad entre los dos delitos en cuestión, que hace parte de los desarrollos del principio de consunción para algunos o de subsidiariedad para otros.

Una situación similar se advierte entre el delito de tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos en la modalidad de tener en su poder y el delito de tráfico,

110 Artículo 269I del C.P.

111 Artículo 327A del C.P.

112 Artículos 358 y 359 del C.P.

fabricación y porte de estupefacientes en la modalidad de elaborar, ya que para elaborar, se debe contar necesariamente con los elementos necesarios para hacerlo, luego no es viable imputar el concurso de delitos en la medida en que este es aparente, cuya solución se da apelando al principio de consunción.

El título de delitos contra mecanismos de participación democrática ha sido objeto de modificaciones¹¹³ dirigidas a ampliar la cobertura de la intervención penal y a partir de la actual normativa se encuentra una modalidad especial de constreñimiento¹¹⁴ a la que se hizo referencia con antelación, que al considerarse una norma especial prevalece frente a la general; el voto fraudulento¹¹⁵, que lleva implícita una falsedad personal, pero que se aplica por ser norma principal frente a la falsedad personal¹¹⁶, que tiene carácter subsidiario, unas omisiones que no se catalogan como prevaricato por omisión, sino con denominaciones específicas y se aplican de preferencia por especialidad bajo la denominación de mora en la entrega de documentos relacionados con una votación¹¹⁷ o denegación de inscripción¹¹⁸.

En la aplicación de disposiciones contenidas en el título de delitos contra la administración pública se encuentran algunas situaciones que demandan definir si se trata de un concurso de conductas punibles o un concurso aparente de normas. Por ejemplo, cuando el particular le ofrece o le da dinero u otra utilidad al servidor público para que cumpla o incumpla su deber funcional, incurre por esa sola conducta en cohecho por dar u ofrecer, pero si el servidor público realiza la conducta activa u omisiva que se le demanda simultáneamente, resulta relevante preguntarse si podrá simultáneamente ser considerado como determinador del delito propio del servidor público. Cuando se advierte que un servidor público experimenta un incremento patrimonial no justificado es menester establecer cuál es la fuente de este, porque si se le asocia con delitos específicos, estos no concurren con el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público en virtud de tener el carácter de norma de aplicación subsidiaria.

Por otra parte, la legislación colombiana incluye una modalidad genérica o innominada de abuso de autoridad¹¹⁹ cuya aplicación es de carácter subsidiario, porque está sujeta a que no se configure otro delito con tratamiento especial. Algunos comportamientos omisivos que de no tener tratamiento especial podrían ser considerados materialización de prevaricato por omisión reciben un tratamiento especial bajo la denominación

113 Modificaciones introducidas a través de las leyes 1142 de 2007 y 1864 de 2017.

114 Artículo 387 del C.P.

115 Artículo 391 del C.P.

116 Artículo 296 del C.P.

117 Artículo 393 del C.P.

118 Artículo 396 del C.P.

119 Artículo 416 del C.P.

de abuso de autoridad por omisión de denuncia¹²⁰ u omisión de apoyo¹²¹. La violencia contra servidor público, que consiste en ejercer dicha violencia contra este tipo especial de sujeto pasivo por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, puede alcanzar dimensiones que lleven a incorporar tal conducta a supuestos de homicidio agravado¹²², lesiones personales agravadas¹²³, desaparición forzada agravada¹²⁴, tortura agravada¹²⁵, extorsión agravada¹²⁶, descartando en estos casos la violencia contra servidor público y dando aplicación al denominado principio de consunción.

En la legislación colombiana se incluyó como delito autónomo la asociación para la comisión de un delito contra la administración pública¹²⁷ que sanciona al servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración, norma que dada la relación de progresividad que la une al delito que luego realice el servidor público, impide su aplicación simultánea con dicha ilicitud en virtud de la aplicación del principio de consunción.

En el título de delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia se encuentran coincidencias en el contenido de disposiciones como ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio con la falsedad por destrucción, supresión u ocultamiento de documento público o privado, prefiriéndose la disposición que protege la administración de justicia dada su condición de norma especial.

Por último, en el título de delitos contra el régimen constitucional se encuentran algunas situaciones que llaman la atención, como la imposibilidad de atribuir simultáneamente rebelión o sedición con el tráfico, fabricación o porte ilegal de armas toda vez que jurisprudencialmente se ha considerado que dicha ilicitud subsume tal delito, así como el concierto para delinquir, configurándose con ello un delito complejo. De igual manera, el carácter de acto preparatorio que tiene el delito de conspiración¹²⁸ respecto de la rebelión¹²⁹ y la sedición¹³⁰, impide estructurar un concurso de conductas punibles entre estos tipos por tratarse de un concurso aparente de leyes que se resuelve aplicando el principio de consunción.

120 Artículo 417 del C.P.

121 Artículo 424 del C.P.

122 Artículo 104, inciso 2, numerales 4 y 5 del C.P.

123 Artículo 119 del C.P.

124 Artículo 166, numeral 4 del C.P.

125 Artículo 179, numeral 4 del C.P.

126 Artículo 245, numeral 2 del C.P.

127 Artículo 434 del C.P.

128 Artículo 471 del C.P.

129 Artículo 467 del C.P.

130 Artículo 468 del C.P.

5 REFLEXIÓN FINAL

Luego de examinar el asunto del concurso aparente de leyes y sus diversas aristas, es posible afirmar que la situación que se presenta en la legislación colombiana puede ser la mejor de cara al desarrollo doctrinal y jurisprudencial del tema, porque no se regula la materia totalmente en el ámbito normativo penal, así se cuente con disposiciones orientadoras de manera general en la ley civil, correspondiéndole al operador jurídico –fiscal, juez, litigante y académico– encontrar la solución correcta para el caso concreto, procurando la solución más adecuada frente a la dogmática del tema y a los principios y garantías constitucionales, en especial, de cara al *non bis in idem*. Se dice que la legislación colombiana no regula integralmente la materia, porque lo hace de manera parcial al incluir en los dispositivos de la parte especial reglas inherentes a la aplicación subsidiaria de algunas disposiciones, pero aún en estos casos queda en manos del operador jurídico encontrar la solución adecuada.

O CONFLITO APARENTE DE LEIS NO CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

RESUMO

Este artigo faz uma abordagem geral ao tema da aparente concorrência de leis. Primeiramente é abordado o desenvolvimento conceitual dado no direito penal estrangeiro, tanto por autores europeus como latino-americanos, o que nos permite ter uma ideia de como a questão tem sido levantada em outras latitudes. Em seguida, detalha-se o tratamento que tem sido dado ao aparente conflito de leis na doutrina penal colombiana. Finalmente, é incluída uma ampla lista de situações problemáticas ligadas ao tema.

Palavras-chave: aparente conflito de leis; concorrência jurídica; tipos criminais; Unidade de direito colombiano e direito penal.

REFERÊNCIAS

- ARCE AGGEO, Miguel Ángel. **Concurso de delitos en materia penal**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1996.
- BALMACEDA HOYOS, Gustavo. **Estudios de derecho penal general. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena**. Bogotá: Universidad de La Sabana y Ediciones Nueva Jurídica, 2015.

- CEREZO MIR, José. **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires: Editorial B de F., 2014.
- CREUS, Carlos. **Derecho Penal. Parte General.** Buenos Aires-Bogotá: Astrea y Universidad del Rosario, 2012.
- ESCUCHURIA AISA, Estrella. **El concurso de leyes en el contexto legislativo reciente. Algunas reflexiones en torno al principio de alternatividad. En Concurrencia delictiva: la necesidad de una regulación racional.** Madrid. Imprenta nacional de la agencia estatal, 2022.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. **Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena.** Volumen 2. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2012.
- GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho Penal. Parte general.** Lima: Ideas solución editorial, 2019.
- GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. **Teoría del delito.** Tomo II. Segunda edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2023.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.** 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal.** Parte General. Volumen II. Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Tomo II: Filosofía y ley penal, cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Losada, 1964.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente - primera parte. **Revista Ius et Praxis**, vol. 6, n. 2, 2000. pp. 295-371.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. **Concurso aparente de leyes.** Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas. 2008.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal.** Barcelona: Ariel. 1962.
- MIR PUIG, Santiago. **Fundamentos de derecho penal y Teoría del delito.** Montevideo: Editorial B de F., 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal. Parte general.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- OTTO, Harro. **Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal.** Barcelona: Atelier libros jurídicos, 2017.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Concurso aparente de normas.** México: Editorial Porrúa, 2008.
- POSADA MAYA, Ricardo. **Delito continuado y concurso de delitos.** Bogotá: Editorial Ibáñez y Universidad de los Andes, 2012.
- REYES ALVARADO, Yesid. **El concurso de delitos.** Bogotá: Ediciones Reyes

Echandía Abogados, 1990.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Tipicidad**. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho Penal**. Parte general. Tercer reimpresión de la undécima edición. Bogotá: Editorial Temis, 1994.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. **Compendio de derecho penal**. Parte general. Madrid: Dykinson, S.L., 2010.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Derecho Penal**. Parte General. Bogotá: Editorial Temis, 1969.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **El delito de estafa**. Cali: Carvajal, 1990.

ROMERO SOTO, Luis Enrique. **Concurso aparente de leyes. Hechos copenados**. Bogotá: Editorial Temis, 1993.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. **Las normas del concurso de normas: sentido y alcance**. **Revista Derecho Penal Contemporáneo**, N°. 70. Bogotá: Editorial Legis, 2000.

SANZ MORÁN, Ángel José. **Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal**. México: Editorial Ibijus, 2012.

GONZÁLEZ, José Luis serrano de Murillo. **El concurso de normas y el concurso de delitos en el Libro II del código penal**. Madrid: Marcial Pons, 2017.

TERRAGNI, Marco Antonio. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: La ley, 2012.

VAN WEEZEL, Alex. **Curso de derecho penal. Parte general**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Universidad Católica de Chile, 2023.

WESSELS, Johannes. **Derecho Penal. Parte general**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

A GUERRA DO RIO: PERDA E
RETOMADA DA ORDEM PÚBLICA
SOB A LUZ DO DIREITO

*THE RIO WAR: LOSS AND
RECOVERY OF PUBLIC UNDER
THE LIGHT OF LAW*

A GUERRA DO RIO: PERDA E RETOMADA DA ORDEM PÚBLICA SOB A LUZ DO DIREITO¹

*THE RIO WAR: LOSS AND RECOVERY OF PUBLIC
UNDER THE LIGHT OF LAW*

Alexandre Peres Teixeira²

RESUMO

A ordem pública figura como algo essencial para a vida em sociedade. Quando o poder público é desafiado em sua capacidade de promover e garantir a ordem pública, a resposta deve ser eficaz e assertiva. A “teoria pura do direito”, de Hans Kelsen, apresenta a ordem jurídica como a fonte de legitimação de todo o poder do Estado, desta forma, a força coercitiva desta ordem é monopolizada nas mãos do Estado, que por meio da comunidade jurídica é capaz de impor sanções às condutas realizadas em desatenção às normas do direito. Entretanto, o poder de coerção da ordem jurídica também se presta ao estabelecimento da ordem pública, em seu aspecto formal, que se refere ao bom funcionamento do ordenamento jurídico. A ordem pública, em sentido material, está diretamente relacionada à segurança pública e será analisada no presente artigo por meio do estudo do caso conhecido como a “Guerra do Rio”, que se tratou de um evento de desordem pública ocorrido no estado do Rio de Janeiro, em novembro de 2010, denominado pelo crime organizado como “Novembro Negro”.

Palavras-chave: Ordem pública; lei; segurança pública; poder de polícia; direito administrativo.

1 INTRODUÇÃO

Dentro de uma perspectiva jusnaturalista, o ser humano abdicou da sua plena liberdade, que desfrutava em estado de natureza, para obter segurança, a fim de viver em sociedade. Neste sentido, o poder imanente da sociedade foi devidamente transferido ao

1 Data de Recebimento: 05/11/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

2 Doutor pelo Programa de Pós-graduação em Direito do CEUB, Mestre em Ciências Navais, pela Escola de Guerra Naval, Especialista em Direito Internacional Humanitário pela *Ruhr University*, Capitão de Mar e Guerra da reserva dos Fuzileiros Navais do Brasil, participou do planejamento e da execução da operação contra o crime organizado, em 2010, no Rio de Janeiro. E-mail: alexandreperes@stm.jus.br.

Estado, que surgiu com a tarefa primordial de criar as condições de segurança para que a vida em sociedade fosse possível.

Ao Estado é atribuído o monopólio do emprego da violência, e este fenômeno gera um efeito dissuasório na sociedade, que faz surgir o conceito de ordem pública. Sabe-se que, atualmente, tal conceito se divide em duas principais abordagens: aquela que o considera sob o enfoque puramente jurídico, diretamente relacionado ao direito positivo, do qual se abstrai um aspecto formal e outro material; e a abordagem que considera a ordem pública sob o aspecto metajurídico, mais precisamente relacionada ao costume, à moral e, de certo modo, ao direito natural.

Na prática, esta base conceitual bipartida é amplamente considerada para justificar as ações relacionadas à segurança da sociedade, quando percebidas sob seu aspecto material e metafísico. No que tange ao seu aspecto formal, a ordem pública se presta a equalizar o funcionamento da ordem jurídica de um Estado, nela se reflete o efeito dissuasório da força coercitiva exclusiva do Estado. Entretanto, o presente artigo ousará abordar o conceito de ordem pública, considerando apenas a perspectiva material, tendo como base jurídico-filosófica a teoria pura do direito, de Hans Kelsen.

Será considerado o estudo de caso do ocorrido em novembro de 2010, quando o estado do Rio de Janeiro passou por uma de suas piores crises da história, quando o crime organizado resolveu empreender um plano denominado “Novembro Negro”, com a execução de ações criminosas sistemáticas, que atentaram contra a ordem pública e espalharam o caos e o terror, colocando a sociedade carioca em pânico.

A resposta do Estado brasileiro, para esta afronta ao poder público, deu-se por meio do emprego das Forças Armadas, em apoio aos órgãos de Segurança Pública do estado, por meio da realização de uma operação de garantia da lei e da ordem. O episódio ficou conhecido como a “Guerra do Rio”, e figura como um dos principais exemplos de atuação do poder público em resposta a uma grave ameaça à ordem pública, em território nacional.

Desta forma, colocam-se as perguntas que nortearam a pesquisa para o artigo: o conceito de ordem pública pode ser abstraído da obra “teoria pura do direito”, fundamental para o positivismo jurídico? O Estado brasileiro tinha respaldo para responder a uma situação de turbação da ordem pública com o emprego das Forças Armadas, uma vez que a ordem pública pressupõe ação dos órgãos de segurança pública?

O presente artigo tem a pretensão de, após expor em uma primeira seção, o caso em comento. Analisar os aspectos jurídicos filosóficos, em uma segunda seção, abordando de forma sumária as teorias iluministas de surgimento do Estado, bem como a teoria pura do direito e sua relação com o conceito de ordem pública. Na terceira seção, serão abordados os aspectos legais que respaldaram o emprego das Forças Armadas, na crise

do Rio de Janeiro, em novembro de 2010. Por derradeiro, será realizada uma análise final, em forma de conclusão.

2 O RIO EM CHAMAS: CAOS, DESORDEM E MEDO

Em novembro de 2010 a cidade do Rio de Janeiro foi sequestrada por uma onda de caos, fomentada pelo crime organizado, que espalhou medo, pânico e terror. Não fosse palco uma das cidades mais lindas do mundo, poder-se-ia inferir que o inferno se materializou na cidade maravilhosa. Foram dias e noites de ataques sistemáticos contra órgãos do poder público, contra patrimônio público e privado e, porque não dizer, contra a própria sociedade carioca, que presenciou, na realidade, aquilo que em abstrato o direito vem há séculos tentando evitar: a desordem pública e a inépcia do Estado.

A presente seção trará, de forma resumida, uma descrição do que ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, naquele fatídico novembro de 2010, que entrou para história da cidade como um mês de medo e terror.

2.1 A ação em força do Estado

O avanço de veículos blindados do Corpo de Fuzileiros Navais do Brasil pelas ruas e vielas da comunidade “Vila Cruzeiro”, pertencente ao “Complexo do Alemão”, no bairro da Penha, iniciava o processo de pacificação de uma das mais perigosas áreas do Rio de Janeiro. A região era conhecida pelas forças policiais do estado como uma área cujo precário acesso, facilitava a atuação de criminosos do “Comando Vermelho”³, que a utilizava como Base de Operações⁴.

Muito mais do que uma simples operação de rotina, a tomada da Vila Cruzeiro entraria para a história da cidade como um bom exemplo de resposta rápida e eficaz, por parte do poder público, aos atos de terror, que espalharam o medo e o pânico à população.

Após a solicitação do governador do estado ao Ministro da Defesa, uma ordem escrita de próprio punho foi expedida pelo Comandante da Marinha para o Comandante de Operações Navais, que determinou o emprego de Fuzileiros Navais em apoio aos órgãos de segurança pública do estado.

³ O Comando Vermelho é a facção criminosa que foi criada no presídio da Ilha Grande, na década de 80, quando presos comuns foram misturados com prisioneiros políticos. Caco Barcelos, em livro “Comando Vermelho”, detalha o surgimento deste grupo criminoso que, até o início da pacificação das comunidades cariocas, em 2010, exercia o controle das atividades criminosas na maioria das favelas cariocas.

⁴ Verdadeiramente, a topografia da área favorecia sua utilização como “Ponto Forte” da mais atuante facção criminosa do estado do Rio de Janeiro, dificultando, sobremaneira, a atuação do poder público.

A rápida ação dos militares da Marinha do Brasil foi fruto de intenso adestramento e do elevado grau de profissionalismo, de uma tropa que vinha incorporando em seu portfólio, desde 2004, em decorrência de seu emprego na Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti (MINUSTAH)⁵, a expertise que a capacita a atuar em ambientes urbanos, sem se constituir em ameaça à população civil.

O emprego das Forças Armadas em prol da garantia da lei e da ordem não é fato novo no Brasil. Existe uma quantidade considerável de registros da atuação de militares em apoio aos órgãos de segurança pública de estados da federação, desde o Império, conforme será abordado mais adiante. Dentre as inúmeras situações de emprego das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem, em nenhuma outra ocasião observou-se uma ameaça tão real e direta à ordem pública, como a que motivou a tomada da Vila Cruzeiro.

Nos dias que antecederam a ocupação daquela comunidade, a população da cidade foi aterrorizada por criminosos do Comando Vermelho, que com ações sistematicamente planejadas, tentaram, por meio da difusão do terror e do medo, desestabilizar e desmoralizar os órgãos de segurança pública do estado.

2.2 “Novembro Negro”: do caos a pronta resposta do poder público

Em 20 de novembro de 2010, durante uma ação criminosa conhecida como “arastão”, na Rodovia Rio-Magé, na cidade de Duque de Caxias, ocorreu a morte de um motorista de ônibus. Este emblemático evento marcou a união⁶ de duas grandes facções criminosas⁷, que atuavam no estado do Rio de Janeiro, o Comando Vermelho (CV) e Amigos dos Amigos (ADA), que enfraquecidas⁸ e incomodadas⁹ com a política de

5 Entre 2004 e 2017, o Brasil liderou o componente militar da Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti. Cerca de 30.000 militares brasileiros, incluindo Marinha, Exército e Força Aérea já participaram daquela Missão de Paz das Nações Unidas.

6 Marcelinho Niterói — homem de confiança de Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar — teria realizado uma espécie de aliança com Antonio Bonfim Lopes, o Nem, chefe do tráfico na Rocinha, e Anderson Rosa Mendonça, o Coelho, que domina o tráfico no morro de São Carlos. A união seria a forma de uma das facções, que perdeu território com a implantação das UPPs, ganhar território na Zona Sul e fortalecer o poderio bélico (MINA, 2011, p.36).

7 A sofisticação para organizar-se a atividade criminosa, na era da globalização, é tão real que chamou a atenção da Organização das Nações Unidas (ONU). A Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional, que ocorreu em Palermo, Itália, em 11 de dezembro de 1999, gerou um documento que foi ratificado pelo Brasil em 29/01/2004. A Convenção de Palermo, que foi promulgada pelo Decreto 5015, de 12/03/2004 apresenta no item “a” de seu artigo 2º, a definição de “Grupo Criminoso Organizado” como “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material” (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional).

8 Além do enfraquecimento das facções criminosas, outros motivos foram considerados para a realização daquilo que foi denominado pelos próprios bandidos como “Novembro Negro”: à transferência de chefões do Comando Vermelho para presídios federais fora do Rio de Janeiro; a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) desfavorável aos pedidos de Beira Mar que pleiteava a mudança do regime de segurança máxima para o cárcere comum (Mina, 2011, p.37).

9 O tráfico de drogas seria a principal atividade do crime organizado no Brasil, mercado consumidor e rota de drogas dos

pacificação empreendida pelo governo do estado, com a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP), nas favelas da cidade, resolveram iniciar uma ofensiva de confronto direto com o poder público, colocando em prática um sinistro plano de ataque, idealizado pelos líderes das facções¹⁰, que se encontravam encarcerados na Penitenciária Federal de Catanduvas, no Paraná. O plano tinha como meta principal espalhar o caos, o pânico e o terror na cidade do Rio (Mina, 2011, p. 35).

A dinâmica¹¹ do tráfico de drogas no Rio de Janeiro funciona da seguinte maneira: enquanto ele próprio (o traficante) “compra” o “material” de outros traficantes maiores, o “vendedor” faz a rede de contatos (consumidores) com a finalidade de escoar a droga, enquanto o terceiro providencia os meios para que as transações ocorram com “tranquilidade”¹². Nesta suposta “simplicidade” existem organizações com centenas de integrantes, que observam certo grau de organização do trabalho, chegando a observar estruturação hierárquica, que incluem “olheiros” – aqueles que observam a chegada da polícia ou de membros rivais; “aviõezinhos” – pessoas encarregadas do transporte de pequenas quantidades de drogas; “soldados” - indivíduos armados responsáveis pela “segurança” do bando; “gerentes” – responsáveis pelas atividades num determinado território. Estas redes e sub-redes criminosas movimentam uma quantidade enorme de dinheiro e são responsáveis, direta ou indiretamente, por vários crimes perpetrados diariamente, tais como homicídios, roubos, corrupção etc. O FBI, polícia federal norte-americana, estima que o tráfico de drogas movimentava perto de 1 trilhão de dólares/ano, em todo mundo (Espuny, 2009).

países andinos para Estados Unidos e Europa, em geral adquiridas em troca de carretas e cargas roubadas nas estradas brasileiras e garantidas por assassinatos de esquadrões de extermínio, próprios ou alugados. Segundo a imprensa, é a principal manifestação do crime organizado nacional, dedicado ao tráfico de cocaína e de armas, roubo de carretas e assassinatos, com ação sobre vários Estados brasileiros, seria encabeçada por políticos e empresários caídos em desgraça, como deputado Hildebrando Paschoal, deputado federal (AC) cassado e preso, acusado pelo Ministério Público do Acre de assassinar o motorista Agilson Santos Firmino com uma moto-serra; José Gerardo de Abreu, deputado estadual (MA) cassado e preso, acusado de assassinar o delegado Stênio Mendonça; William Sozza, empresário de Campinas (SP), herdeiro de empresas de PC Farias, que teria participado do assassinato de Stênio Mendonça; Augusto Farias, estadual (AL), que seria mandante dos assassinatos do próprio irmão PC Farias e de Suzana Marcolino, em Alagoas. Todas essas pessoas se reuniram para decidir a compra de droga, a distribuição de armas, o roubo e remessa de carretas para a Bolívia e, finalmente, quem deveria viver ou morrer, conforme declarações à CPI do Narcotráfico do arrependido Jorge Meres – ex-empregado da organização, preso como partícipe de alguns dos fatos puníveis referidos, que teria seu perdão judicial proposto, seria submetido a cirurgia plástica para modificar o rosto e receberia nova identidade pessoal e pensão vitalícia para viver em paz no exterior, nos termos do programa de proteção de testemunhas do Governo brasileiro.” (SANTOS, 2009)

¹⁰ Pela definição que consta na Convenção do crime organizado, constata-se que, ao contrário do que se imagina, um grupo criminoso organizado pode ser formado apenas por três pessoas. Desta forma, “um traficante que tenha tão somente dois “funcionários”, um que venda a droga e outro que faça a “segurança” é um representante do crime organizado” (Espuny, 2009).

¹¹ Portanto, apesar de propiciar algumas “vantagens”, próprias do sistema de garantias que os criminosos preconizam para si mesmos, o contraponto que a comunidade inserida num “território” deste tipo paga também é bastante emblemático: uma certa lei do silêncio que se impõe pela intimidação; muitas vezes a abdição de uma busca mais enfática de certos serviços públicos – que na visão dos criminosos poderiam afetar os “negócios”; e, talvez, o preço mais caro que a sociedade pague: o fornecimento de mão de obra barata para os criminosos, oriunda do ócio e da falta do que fazer das crianças e dos adolescentes menos favorecidos da sociedade (Espuny, 2009).

O plano¹² do crime organizado consistia na realização de uma série de ataques pela cidade e pelo estado do Rio. Diversos veículos foram incendiados, arrastões aconteceram por toda a cidade e cabines de polícia foram metralhadas. Apesar da Polícia Militar do estado ter colocado 17.500 militares nas ruas, e reforçado o policiamento nas Unidade de Polícia Pacificadoras (UPP), o esforço não foi suficiente. Desde o início dos confrontos até o dia 27 de novembro haviam sido registrados cerca de 180 veículos incendiados pelos criminosos. Nesse período, ocorreram ainda 39 mortes, cerca de 200 detenções para averiguação e quase 70 prisões (Mina, 2011, p. 36). Após a sucessão de ataques, as forças de segurança decidiram realizar a maior operação policial-militar contra o domínio do tráfico de drogas da história do Rio de Janeiro: a “Guerra no Rio”, que ocupou a Vila Cruzeiro e Complexo do Alemão - duas das áreas mais violentas da cidade.

Cabe ressaltar que tal operação foi comandada pelos Fuzileiros Navais, em coordenação com as tropas de elite da Polícia Militar carioca, o Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE) e o Batalhão de Choque. Esta dinâmica se deu em função do desgaste dos setores convencionais da polícia do estado. Naquela ocasião choviam denúncias de moradores de diversas favelas cariocas, em relação à truculência, corrupção e execuções sumárias que eram efetuadas a nível diário (Cardoso, 2012, p.497 e 498). Existia uma guerra urbana que colocava narcotraficantes em um extremo, os agentes da segurança pública em outro e a população no meio, que figurava como refém desta sinistra conjuntura. As execuções de policiais e agentes do estado eram quase que diárias, e a resposta da polícia se dava com uma violência ainda maior.

Desta forma, nas primeiras horas do dia 25 de novembro de 2010, teve início a maior operação de retomada de segurança pública que já ocorreu no Rio de Janeiro. Um território de 200 mil metros quadrados que era controlado por traficantes do Comando Vermelho, considerado o principal bunker da facção criminosa no estado, no bairro da Penha, foi retomado por uma força¹³ composta por 500 policiais, um Elemento Anfíbio de Fuzileiros Navais, composto por 88 militares, equipamentos e armamentos de guerra, incluindo-se o poderoso Carro Lagarta Anfíbia (CLaAnf),

12 Segundo a cúpula da Secretaria de Segurança, a ordem para a execução de ataques criminosos na capital e na Região Metropolitana do Rio teria partido do traficante Márcio Nepomuceno - o Marcinho VP -, chefe da principal facção criminosa do Estado e de todo o Complexo do Alemão. O setor de Inteligência do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) teria, por meio de uma escuta de ambiente, flagrado Marcinho VP dando ordens de dentro da penitenciária de segurança máxima de Catanduvas para aterrorizar a população (Mina, 2011, p. 36).

13 A ocupação da Vila Cruzeiro começou pouco depois do meio-dia. Policiais do 16º- BPM (Olaria) e do Batalhão de Choque fecharam a Avenida Brás de Pina, principal via da Penha, transformando o trecho da via em um grande centro de comando. Ao todo, 450 policiais militares, 60 policiais civis e 88 fuzileiros navais participaram da operação (Mina, 2011, p.37).

que proporcionou a proteção blindada da tropa. No início daquela manhã, bandidos chegaram a render motoristas das lojas “Casas Bahia”, que chegavam para fazer entregas na comunidade, com a finalidade de roubar os caminhões. Seis deles foram tombados e atravessados nas principais ruas de acesso. Os carros blindados das forças de segurança avançaram pela favela passando sobre as barricadas que os traficantes colocaram nos acessos ao morro, obrigando uma fuga em massa dos mesmos pela mata. Com a ajuda de motos e uma picape, pelo menos 200 bandidos armados fugiram para o Complexo do Alemão, comunidade vizinha à Vila Cruzeiro. Em poucas horas, policiais chegaram ao alto da favela, na Serra da Misericórdia, ponto estratégico que proporcionava visão ampla de todo o maciço do Complexo do Alemão (Mina, 2011, p. 38).

Ainda que vozes críticas possam ter surgido para desacreditar a ação do Estado, alegando que o “Estado assassino” mobilizou seu poder de coerção para “enxotar algumas dezenas de jovens pobres, negros, descalços, armados de fuzis, em fuga desorganizada pelo meio do mato” (Cruz, 2015, p.34), tentando politizar uma ação eminentemente legal e legítima, a sociedade carioca, que viveu e enfrentou as consequências do novembro negro, à época, certamente não concordaria com tal tentativa de humanizar narcotraficantes que, em fuga, exibiram armamento de guerra de alta tecnologia e grande poder de fogo. O Estado não tinha outra ação a tomar, na defesa da ordem pública, tendo ido ao limite máximo do seu potencial de violência.

A resposta do Estado à afronta perpetrada pelos criminosos do Rio de Janeiro foi dada com muito aço e poder de combate. Nos dias que se sucederam à ação, outros redutos do tráfico foram ocupados, e territórios devolvidos aos cidadãos do estado. Uma operação épica deu um recado forte para aqueles que ousaram turbar a ordem pública do Estado. A Guerra do Rio figura como um dos grandes exemplos nos quais o Estado impôs a ordem, utilizando-se de uma capacidade de violência sem precedentes na história do país. O artifício jurídico que proporcionou tal ação foi um decreto federal, que autorizou a utilização das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem pública.

3 AS BASES JURÍDICO-FILOSÓFICAS DO INSTITUTO DA ORDEM PÚBLICA, SOB O ENFOQUE DA TEORIA PURA DO DIREITO

Nesta seção serão analisadas as bases jurídico-filosóficas de sustentação da força coercitiva do Estado, de onde irradia o elemento dissuasório da ordem pública. Em um primeiro subtópico serão expostas, sumariamente, algumas teorias que versam sobre a origem do Estado e, posteriormente, será abordado o conceito de ordem pública, em suas três vertentes: a formal, a material e a metajurídica.

3.1 A fonte do poder estatal

A concepção de Estado, como se conhece atualmente, está baseada no “Contrato Social”, idealizado pelo iluminista francês Jean Jaques Rousseau (1712-1778). O contrato social de Rousseau baseava-se na ideia da limitação da liberdade individual da sociedade em prol da segurança do grupo como um todo. O grupo que liderava a sociedade possuía, no contrato social, o mandato para dirimir conflitos, que pudessem surgir no âmbito daquela coletividade. Bem antes de Rousseau, Thomas Hobbes (1588-1679), com sua principal obra “Leviatã”, explicava que o ser humano no “estado de natureza” vivia em constante insegurança. Para Hobbes, “o homem era lobo do homem”, prevalecendo a anarquia e a violência, em um mundo totalmente desprovido de regras. Neste contexto, surgia a figura do “Leviatã” um ser forte, que concentrava o poder absoluto, podendo, desta forma, garantir a paz entre os homens. Portanto, o cidadão, para assegurar a sua própria sobrevivência, restringia suas liberdades individuais e passava a viver sob a proteção do Estado. O “Leviatã”, para Hobbes, é o Estado, na figura do monarca, investido de poder pacificador e autorizado pelos cidadãos a exercer este poder (Filho, 1964, p. 64 a 68).

De acordo com a visão de Hobbes, os homens só podem viver em paz, se concordassem em submeter-se a um poder absoluto e centralizado. Segundo este filósofo, a Igreja cristã e o Estado cristão formavam um mesmo corpo, encabeçado pelo monarca, que teria o direito de interpretar as Escrituras, decidir questões religiosas e presidir o culto. Neste sentido, a crítica à livre interpretação da Bíblia, na Reforma Protestante, de certa forma, veio enfraquecer a figura do monarca, causando a animosidade da Igreja e de monarcas contra as ideias reformistas.

Uma grande contribuição de Hobbes, para a Ciência Política, foi exatamente a ideia de separação entre o mundo político e o mundo religioso, com a preponderância deste sobre aquele. A teocracia dá lugar à autocracia como fundamento da ordem social. Fortalece-se o absolutismo, onde todos os poderes de natureza civil e religiosa concentram-se no monarca. Hobbes afirma que a noção de justiça é puramente convencional, centralizada na figura do monarca. (Comparato, 2006).

Porém, a proposta de Hobbes possuía um perigo: se todo “Poder Político” se concentrava na pessoa do monarca (soberano), então os governados ficavam, permanentemente, sujeitos às crises de loucura ou tirania dos governantes. Tal fato representava o ponto de instabilidade na visão *hobbesiana* sobre a origem do poder estatal.

John Locke, outro pensador inglês, contemporâneo de Hobbes, percebeu o perigo que cercava a teoria de Hobbes e procurou harmonizá-la. Para Locke, era essencial preservar a esfera da vida privada contra as intrusões do poder estatal. Segundo ele,

todo indivíduo deveria gozar de liberdades individuais, ligadas à natureza humana, independentes do arbítrio do soberano. A construção de uma barreira formada por direitos e garantias seria a maneira mais eficaz de limitar o poder estatal. Por suas ideias, John Locke é considerado o preconizador dos estudos sobre os Direitos Humanos. (Comparato, 2006).

Da ideia de “Contrato Social” surgiu a teoria contratualista, que tentou explicar a origem do Estado focando apenas na força do acordo efetuado no seio da sociedade, mas que, hoje, para alguns teóricos, esta teoria que foca em demasia a força do contrato estaria ultrapassada.

A nova noção de Estado, vislumbrada por Locke, exigiu mudança nas relações entre o público e o privado, estabelecendo a lei como fator máximo de expressão da vontade geral. O poder inquestionável e arbitrário do soberano já não se prestava mais para legitimar sua existência frente à sociedade. Não bastava um simples contrato que entregasse toda discricionariedade não mãos de um único representante, escolhido por Deus. O absolutismo apregoado por Hobbes estaria com seus dias contados (Filho, 1964, p. 68).

Mais do que um simples contrato, a lei surge como a principal fonte do poder estatal, regulando a vida em sociedade e resguardando tanto Estado quanto cidadãos. Consequentemente, a trajetória da origem do Estado reporta-se ao estudo do significado do poder, em sua essência. Não existe noção de Estado sem a força coativa que dá significado e relevância a este ente.

3.2 A legitimação do poder em Kelsen e o conceito de ordem pública

As teorias do surgimento do Estado servem para explicar a existência de um poder imanente da sociedade que é transferido para o Estado, para que este garanta a segurança e busque gerenciar a coisa pública, sempre com a finalidade de buscar o bem público para a sociedade. Algumas teorias se prestam a discorrer sobre a relação entre o poder e o direito, entretanto nenhuma impactou tanto o meio acadêmico jurídico como a do jurista austríaco Hans Kelsen, que na sua obra intitulada “Teoria Pura do Direito” relaciona a legitimidade do poder estatal à sua subordinação à ordem jurídica. O poder pelo poder não tem muito significado na arena do direito, e o direito sem o seu papel equalizador do poder também não significa muito para a sociedade.

Desta forma, afirma Kelsen que o poder estatal só tem esta designação, e se distingue de outras relações de poder, pelo fato dele estar juridicamente regulado. Esta relação especial de poder, que é atribuída ao Estado, trata-se da vigência de uma ordem jurídica estatal efetiva, pois “os indivíduos que, como governo do Estado, exercem o poder, recebem competência de uma ordem jurídica para exercerem aquele poder através da

criação e aplicação de normas jurídicas - que o poder do Estado tem caráter normativo” (Kelsen, 1998, p.202).

Cabe ressaltar Kelsen lançou as bases de uma ciência do direito autônoma, excluindo do objeto do direito quaisquer referências que eram estranhas a ele, especialmente aquelas de cunho sociológico e axiológico. A teoria de Kelsen é o ápice do chamado positivismo jurídico. Os juristas positivistas foram influenciados pelo conceito positivista de ciência, que pretendia banir toda “metafísica” do mundo da ciência e restringir a ciência aos “fatos”, considerados empiricamente. Na época de Kelsen, havia uma noção consagrada de que outras ciências, com as suas metodologias, é que dariam a base metodológica para a ciência jurídica, que não possuía uma linguagem própria.

Assim, o contexto que Kelsen surge é um contexto onde o direito estava muito contaminado por filosofismos e sociologismos, e ele era analisado com as metodologias das outras ciências, sem possuir, entretanto, uma metodologia e uma linguagem própria. Kelsen era austríaco e na década de 1920, em Viena, surgiu o chamado Círculo de Viena, que era composto de autores que, com base no positivismo lógico, tentaram combater o excesso de metafísica que havia na filosofia.

Neste caminho, ao subordinar o poder do Estado ao direito, ou seja, à ordem jurídica, Kelsen elimina qualquer tentativa de justificação do direito pelas regras da moral ou da religião, como sustentava o jusnaturalismo. Só existe uma legitimação para a ordem jurídica que vai legitimar o poder, e esta fonte não advém de Deus ou das práticas naturais humanas, mas sim daquilo que Kelsen denomina de “Norma Fundamental”. Portanto, segundo a teoria pura do direito, não existe legitimação metajurídica para o direito, nem de cunho teológico, moral e muito menos de cunho racional. O direito se legitima pela ordem jurídica que atende ao comando de uma norma fundamental. Sobre isto Kelsen afirma o seguinte:

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (Kelsen, 1998, p.136).

A norma fundamental será, então, a base da ordem jurídica, que não apenas legitima

o poder do Estado, mas também irradia este poder para a sociedade, cria normas jurídicas com força intrinsecamente coercitiva. Neste sentido, cabe ressaltar que “as sanções estatuídas por uma ordem jurídica são - diferentemente das sanções transcendentais - sanções socialmente imanentes e - diversamente daquelas que consistem na simples aprovação ou desaprovação - socialmente organizadas” (Kelsen, 1998, p.18).

O conceito de poder, bem aceito na era moderna, pode ser expresso como “a capacidade de determinação, intencional ou interessada, do comportamento das pessoas”. Portanto, para que o poder seja exercido há que existir uma relação entre indivíduos ou grupos, podendo uma mesma pessoa estar sujeita a diversos campos de poder, sendo simultaneamente sujeito ativo e passivo destas relações. Para que o poder seja eficazmente exercido pelo sujeito ativo, faz-se necessário a presença de certos instrumentos que viabilizem as relações entre as partes envolvidas. Esses instrumentos de imposição do poder, que, hodiernamente, é representado pela lei, podem variar, de acordo com o grau de evolução da sociedade, do consentimento voluntário até o emprego da coação física. (Bernardes e Choy, 2005).

A partir da necessidade de segurança nas relações sociais, surge a ideia da concentração de poder nas mãos de uma pequena parcela da população. Este fenômeno é materializado por via de um contrato, um acordo no qual uma das partes submete parcela de seus direitos individuais em prol da segurança garantida pela outra parte. O direito do Estado está relacionado à “princípios inarredáveis, que servem como normas de conduta capazes de estabelecer um ambiente de ordem e segurança imprescindíveis à convivência” (Filho, 1964, p. 52).

Desta forma, a segurança coletiva em Kelsen tem por finalidade a busca da paz, da convivência pacífica em sociedade, e se pressupõe que o seu sentido ontológico está ligado à ausência de emprego da força física, ou seja, a dissuasão oriunda da coação monopolizada pelo Estado tem a finalidade o estabelecimento de um estado de paz. “A segurança coletiva visa a paz, pois a paz é ausência do emprego da força física. Determinando os pressupostos sob os quais deve recorrer-se ao emprego da força e os indivíduos pelos quais tal emprego deve ser efetivado, instituindo um monopólio da coerção por parte da comunidade, a ordem jurídica estabelece a paz nessa comunidade por ela mesma constituída” (Kelsen, 1998, p.26). Ao ordenamento estatal “corresponde, ademais, a coercibilidade, a faculdade de se fazer valer, independentemente da anuência daqueles a quem se dirige” (Filho, 1964, p.50).

O conceito tripartido de ordem pública

Pelo exposto até aqui, a ideia de ordem jurídica de Kelsen está relacionada à exis-

tência de um ordenamento jurídico, baseado em uma norma fundamental, composto por normas jurídicas com poder coercitivo. O poder coercitivo do ordenamento jurídico é centralizado em órgãos do Estado, que formam a comunidade jurídica, e possuem a prerrogativa exclusiva de impor sanções para condutas que não se adequem ao preconizado pela ordem jurídica.

Para Kelsen, “o direito é uma ordem de coerção e, como ordem de coerção, é - conforme o seu grau de evolução - uma ordem de segurança, quer dizer, uma ordem de paz”. O sentido de segurança coletiva pressupõe que a sanção, como reação contra uma conduta ilícita tenha como meta impedir tal conduta, entretanto, pode também a sanção ser aplicado para ações ou omissões que não se configurem atos ilícitos, no âmbito do Estado-administração. Desta forma, “amplia-se ainda o círculo dos fatos que são considerados pressupostos de atos coercitivos, na medida em que se classificam como tais não somente atos e omissões humanos socialmente indesejáveis, mas também outros fatos que não têm o caráter de fatos ilícitos” (Kelsen, 1998, p.27).

A tese defendida pelo presente artigo é a de que a força dissuasória da norma jurídica, no contexto da segurança coletiva, e a fonte da ordem pública. Tanto a ordem pública no sentido formal, quanto da ordem pública no sentido material. Neste sentido, como a teoria de Kelsen exclui qualquer possibilidade de influência jusnaturalista, entende-se que o conceito metajurídico da ordem pública não estaria relacionado ao modelo de ordenamento jurídico de Kelsen.

A aproximação que realiza Moreira Neto (1988), utilizando-se da teoria dos sistemas, para demonstrar a sociedade como um grande sistema, composto por diversos outros (familiar, econômico, político, normativo, jurídico, religioso etc.), que interagem entre si e complementam-se mutuamente, com sinergia, formando o que ele denomina de sistema de convivência pública, do qual se destacará a ordem pública e a segurança pública, traduz-se em um caminho pertinente para se entender a ordem pública sob uma visão da teoria pura do direito (Moreira Neto, 1988, p.135).

Ao organizar seu modelo em um sistema, Moreira Neto (1988) chega a uma conclusão de que para que exista um sistema deve-se ter organização e relacionamento harmônico das variáveis, neste caso, dos subsistemas, para que o sistema mais amplos possam existir sem esterçamentos, que lhe causem desproporção ou o descaracterizem. O sistema de convivência social necessita de estabilidade para subsistir. A condição básica desta estabilidade, no estudo de Moreira Neto, é a ordem. Neste caminho, o autor parte da exposição da ordem normativa, que se constitui na ordem do “dever ser”, passando pela ordem social, política, até chegar, finalmente, à ordem jurídica, que segundo o autor, que “erguida no plano do dever ser, envolveria todos os elementos normativos, suas inter-relações, sua organização e sua própria ordem: um sistema jurídico, abrangendo

os fenômenos jurídicos, a organização jurídica e a ordem jurídica” (Moreira Neto, 1988, p.141). A ordem jurídica seria a argamassa viva, que manteria a coesão e a estabilidade do sistema de convivência social.

No plano das interações humanas realizadas dentro do sistema de convivência pública existe uma ordem ética mínima, denominada de ordem pública, que busca preservar a liberdade individual, dentro de um padrão que mantenha a estabilidade de todo sistema e, por que não dizer, a paz. Neste sentido, a ordem pública surge como pré-requisito de funcionamento do sistema de convivência pública, Moreira Neto (1988) afirma o seguinte:

É necessário dispor-se a convivência pública de tal forma que o homem, em qualquer relação que se encontre, possa gozar de sua liberdade inata, agir sem ser perturbado, participar de quaisquer sistemas sociais que deseje (econômico, familiar, lúdico, acadêmico etc.), sem outros impedimentos e restrições que não os necessários para que essa convivência se mantenha sempre possível, sem outra obrigação que de observar a normatividade que lhe é imposta pela ordem jurídica constituída para todo o polissistema e admitida como o mínimo necessário para assegurar, na convivência, a paz e harmonia indispensáveis (Moreira Neto, 1988, p. 142).

Desta forma, ordem pública pode ser entendida em um sentido material, em um sentido formal e, ainda, em um sentido metajurídico. Vale ressaltar que alguns autores defendem a existência de um sentido misto, que englobaria o formal e o material.

O sentido material diz respeito a uma situação de fato, que possa ocorrer na sociedade e que seja resultante da “disposição harmônica dos elementos que nela interagem, de modo que se tenha um funcionamento regular e estável que assegure a liberdade individual” (Moreira Neto, 1988, p.143). Para uma parte da doutrina, o sentido material de ordem pública diz respeito à situação pacífica de convivência social, em oposição à de desordem, que permita a convivência livre de ameaça de violência ou sublevação capaz de produzir delito, em curto prazo, ou que já o tenha produzido (Ficlore, 2009, p. 137). Da convivência pacífica não se excluem desavenças ou rugas interpessoais, entretanto, se tais fatos escalam ao ponto de atingir a concepção de crime, já não se caracterizam como pacífica, uma vez que cruza a fronteira da pretensão punitiva do Estado. Portanto, esta abordagem material está diretamente relacionada à tranquilidade pública, da ausência de perturbação, paz pública e disposição harmoniosa da convivência, uma vez que é direito do cidadão viver em paz com seus semelhantes, em resumo, ordem pública propriamente dita é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os

bens ou o próprio Estado (Lazzarine, 1992, p. 279). Neste caminho, Filho (1964) observa o seguinte:

A ordem dessa composição geral, mediante a qual há renúncia a certas tendências pessoais, de modo a permitir a convivência. Não é por outro motivo que Kant e Spencer definiram o direito sublinhando este caráter, que lhe é específico, de regra superior, que limita a liberdade individual, como meio para possibilitar a liberdade de todos. É evidente que isso somente pode dar-se quando há uma ordem que se mantém por si mesma, que impõe as limitações que estabelece, através de uma atuação efetiva (Filho, 1964, p. 54).

O sentido formal da ordem pública diz respeito ao “conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir o funcionamento regular e estável” que permita a liberdade individual (Moreira Neto, 1988, p.143).

O entendimento da concepção formal está relacionado à situação de legalidade e normalidade, sob a qual as autoridades do Estado estão exercendo suas atribuições, concedidas pela ordem jurídica, e os cidadãos realizando a adesão a esta estabilidade, sem protestos ou constrangimentos. A ordem pública, sob seu aspecto formal, também é derivada da ordem jurídica. Neste sentido, cabe ressaltar que a concepção formal aproxima-se daquilo que Kelsen entende como segurança coletiva, principalmente no que tange à imposição dissuasória da paz, por meio da coação que a expectativa de emprego da violência, pelo do Estado, causa na comunidade. “A ordem pública formal atuaria como um conceito geral de direito, um sistema abstrato de referência, não apenas da convivência pública, mas da própria ordem jurídica” (Moreira Neto, 1988, p. 145). Para o que se pretende com o presente artigo, considerar-se-á o aspecto formal da ordem pública isento de considerações de moral e bons costumes. Neste sentido, a ordem pública formal, por uma visão “kelseana”, estaria restrita aos comandos da norma jurídica, sem nenhum base formada em conteúdo ou juízo de valor moral. Neste sentido, a força de dissuasão da coerção, intrínseca na norma jurídica, que vem não apenas para o caso de cometimento de delito, mas também para a observância das necessidades de existência do Estado-administração, que prescinde de força coercitiva para legitimar a existência de sua ordem jurídica, seria o elemento dissuasório principal para a observância da ordem pública em sentido formal.

Cabe ressaltar a abordagem que considera uma existência da concepção mista da ordem pública. Tal abordagem considera a ordem pública dentro de uma existência híbri-

da, que tanto busca a realização dos objetivos do Estado de forma pacífica, e o papel da ordem pública na preservação e observância da lei e sua restauração, se necessário, por meios coercitivos, na esfera direta das relações sociais. Bem como a visão que encara a ordem pública com o enfoque metajurídico, pública ligada aos valores que se diz estarem subjacentes a ordem jurídica, tendendo a considerar valores morais, fora do direito positivo, referindo-se ao que é “bom para a comunidade”. “Se estabelece no pressuposto de que o particular não pode perturbar a boa ordem da comunidade em que vive, antes tendo a obrigação social de não perturbar, obrigação essa “natural”, não imposta por nenhuma norma jurídica concreta” (Ficlore, 2009, p. 138). Neste sentido, abordagem metajurídica da ordem pública deixa sua determinação para algo tão evasivo quanto as opiniões do “bom cidadão” sobre o “comportamento público conveniente” (Valmayor, 1990, p.5). O presente artigo não se pautará sob a literatura que considera estas duas últimas abordagens da ordem pública.

Portanto, a abordagem material de ordem pública explorada no presente artigo engloba a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado. Estando mais intimamente ligada ao “efeito da causa segurança pública ou, ainda, é efeito da causa tranquilidade pública ou, ainda, é efeito da causa salubridade pública. Cada um desses aspectos é, por si só, a causa do efeito ordem pública, cada um deles tem por objeto assegurar a ordem pública” (Lazzarini, 1994, p. 72).

Neste caminho, entende-se segurança pública como um estado antidelitual, que surge como resultado da observância, por parte da sociedade, dos preceitos tutelados na legislação penal do Estado, bem como da prerrogativa que o Estado possui de executar de polícia, preventiva ou repressiva, no exercício do poder de polícia atribuído ao Estado pela ordem jurídica, tais ações são executadas pelo Estado para, segundo Lazzarini (1994), afastar, “por meio de organizações próprias, de todo perigo, ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a”. Para que se tenha a operacionalização da segurança pública, faz-se de fundamental importância a existência do poder de polícia, que no caso brasileiro está positivado na Constituição Federal, na seção que a mesma trata da existência dos órgãos policiais, ou seja, o Capítulo III, do Título V, embora só integrado pelo art. 144, que define competências de tais órgãos (Lazzari, 1994, p. 72).

Portanto, a base jurídico filosófica para o conceito de ordem pública, para as pretensões do presente artigo, tem suas origens na teoria pura do direito, e está eminentemente pautada nos comandos da norma fundamental, que no caso brasileiro, traduz-se na Constituição Federal de 1988. Para o caso em comento, percebe-se uma situação de

abordagem da ordem pública sob seu aspecto material, intimamente relacionada à segurança pública e base de sustentação para a realização, pelo poder público federal, das operações de garantia da lei e da ordem. Uma vez desafiado, o Estado tem a obrigação de mostrar, de forma inequívoca e com assertividade, o seu poder, se bem que o “poder do Estado somente se pode manifestar nos meios de poder específicos que se encontram à disposição do governo: nas fortalezas e nas prisões, nos canhões e nas forças, nos indivíduos uniformizados como polícias e soldados” (Kelsen, 1998, p.202).

4 A OPERAÇÃO DE REESTABELECIMENTO DA LEI E DA ORDEM PÚBLICA NO RIO DE JANEIRO: ASPECTOS LEGAIS

A Constituição, segundo a teoria de Kelsen (1998), é a lei maior de um país, e, portanto, todas as demais normas a ela devem submeter-se, sendo expurgadas do mundo jurídico, quando conflitantes com o novo ordenamento constitucional. Desta forma, surge o Estado constitucional de direito, que, segundo Sundfeld (2007) significa o seguinte:

(...) criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.” (Sundfeld, 2007, p. 38-39).

O constitucionalismo democrático foi o paradigma de governo que prevaleceu no século XX. Dotado com características modernas quem englobam poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância, respeito ao outro e, de certo modo, felicidade. Para que se chegasse à democracia como ela é, foi necessária a fusão do constitucionalismo, herdeiro da tradição liberal, que remonta ao final do século XVII, que agrega no seu conceito a limitação do poder do Estado, por meio da ordem jurídica, e o respeito aos direitos fundamentais, com a democracia, cuja noção traduz “a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX, com a consagração do sufrágio universal e o fim das restrições à participação política decorrentes do nível de riqueza, do sexo ou da raça” (Barroso, 2018, p.16).

Neste caminho, a norma fundamental vai prever remédios para as situações de desordem pública, ou determinará que lei especial dê atenção pormenorizada às insta-

bilidades na ordem institucional do Estado. Nesta seção serão abordados os aspectos jurídicos, referentes à operação de garantia da lei da ordem realizada para responder à “Guerra do Rio”, em novembro de 2010. Neste sentido, inicialmente será dada especial atenção para um conceito fundamental para o estabelecimento da ordem pública material, no contexto da segurança pública, que se refere ao poder de polícia. Em um tópico seguinte será abordado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

4.1 O Poder de Polícia do Estado

Em virtude da necessidade de manutenção de direitos, e garantias individuais essenciais a fonte principal da soberania estatal, deixou de ser apenas o contrato social, ou até mesmo o próprio Deus e passou a ser a lei. A fim de não se repetir o erro, a concentração de poder foi evitada com a separação dos poderes por órgãos distintos que reunidos formassem o todo estatal. Neste “sistema de freios e contrapesos”¹⁴, as funções estatais convivem harmoniosamente dividindo o ônus da operacionalização da máquina estatal.

Surge então a Constituição como regra máxima da sociedade moderna. Da Constituição brota também a força de defesa dos poderes constituídos. O monopólio da força concentra-se nas mãos do Estado, sendo este o único ente legítimo que pode empregá-la, sempre em defesa da sociedade. A Constituição deve prever mecanismos de defesa que façam frente às ameaças ao Estado constitucional de direito.

O Estado é o elo fundamental da coesão da sociedade e que, de maneira geral, busca a manutenção da ordem e da paz social. Ele é o detentor do poder coercitivo, poder este delegado pela própria sociedade para o Estado atue na defesa dos interesses difusos e coletivos, dirimindo os conflitos que surjam no seio da sociedade. Este poder de coação – que se revela com a possibilidade do uso da força, para imposição do mandamento contido na norma jurídica – poderá ser moral ou físico.

O principal instrumento que o Estado dispõe para exercer este poder coercitivo sobre os cidadãos é a lei. Miguel Reale (1996), ressalta que “o Estado é a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique

14 Montesquieu foi o responsável pela inclusão expressa do poder de julgar dentre os poderes fundamentais do Estado, inspirado em John Locke estudou as instituições políticas inglesas e elaborou uma teoria que expôs no livro “**O espírito das leis**” (1748). Nessa obra, procurou descobrir as relações que as leis possuem com a natureza e o princípio de cada governo. Desenvolveu uma teoria de governo que busca distribuir a autoridade com base na lei, de modo a evitar a violência e o abuso de poder por parte de alguns. Segundo Montesquieu “só o poder limita o poder”. Essa célebre assertiva inspirou o sistema de “**freios e contrapesos**” (“**checks and balances**”) compreendido atualmente como um sistema democrático do exercício do poder. O sistema de “balance” (contrapesos, equilíbrio) surgiu na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero), que, na elaboração das leis, busca o ponto de equilíbrio dos projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo). O sistema de “check” surgiu depois, quando o Juiz Marshal da Suprema Corte dos Estados Unidos declarou seu voto no famoso caso Marbury x Madison, julgado em 1803. O Caso Marbury x Madison foi considerado como principal referência para o controle de constitucionalidade difuso das leis exercido pelo Poder Judiciário (Bernardes e Choy, 2005).

segundo uma proporção objetiva e transpessoal” (Reale, 1996). Segundo Bernardes e Choy (2005), “o termo poder, em seu sentido mais amplo, significa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos” (Bernardes; Choy, 2005).

A lei é criada para produzir efeitos e ser perseguida. Quando do seu não cumprimento, o Estado tem o poder-dever de agir em defesa da sociedade. Destaca-se, portanto, o papel fundamental do Estado de exigir o cumprimento da lei e se fazer presente com ações de caráter impositivo. Ações de garantia e/ou reestabelecimento da lei e da ordem enquadram-se no rol daquelas oriundas do poder do Estado. Neste sentido, caso haja a necessidade de sacrificar um interesse individual e um interesse público, prevalecerá o interesse público sobre o interesse individual, uma vez que o Estado tem por dever a satisfação das necessidades da coletividade. Isto é prerrogativa do Estado, não cabendo ao particular avocar para si tal papel.

A principal forma de manifestação do poder do Estado para promover a paz e a justiça social é o que se conhece como “poder de polícia”. O poder de polícia é decorrente da própria razão de ser do Estado, pois é o meio de atuação deste para a busca do bem comum, “atuando como instrumento de efetivação da coexistência entre direitos individuais e coletivos, agindo em nome dos interesses públicos e sociais” Ribeiro (2010). Esse poder decorre da norma fundamental, da qual decorre todo o ordenamento jurídico.

A ordem jurídica é sustentada por uma força coercitiva, que é concentrada na esfera da comunidade jurídica. Desta forma, o emprego generalizado da força, entre particulares, é proibido, neste sentido, o uso da violência só pode ser concebido como pressuposto de uma sanção, que figura como o próprio ato de coação exclusivo do Estado. Mas a proibição do uso da força, para Kelsen, é limitada, portanto “haverá sempre que distinguir entre o uso proibido e o uso autorizado da força - autorizado, este último, como reação contra uma situação de fato socialmente indesejável, particularmente como reação contra uma conduta humana socialmente perniciosa, quer dizer, autorizado como sanção e atribuível à comunidade jurídica” (Kelsen, 1998, p.25).

Pela teoria pura do direito, a ordem jurídica é quem estabelece os pressupostos segundo os quais a violência será exercida, bem como os indivíduos que a exercerão e desta forma, ela protege os indivíduos de uma comunidade do emprego deliberado de força física por parte de seus pares. Quando esta proteção alcança um determinado mínimo, fala-se de segurança coletiva - no sentido de que é garantida pela ordem jurídica enquanto ordem social. A segurança coletiva, para Kelsen, está dividida em vários graus e vai atingir o seu grau máximo “quando a ordem jurídica, para tal fim, estabelece tribunais dotados de competência obrigatória e órgãos executivos centrais tendo à sua disposição meios de coerção de tal ordem que a resistência normalmente não tem quaisquer perspectivas de resultar” (Kelsen, 1998, p.27).

Neste caminho, para Meirelles (2020), a expressão “poder de polícia” seria “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (Meireles, 2020). Na mesma linha Caio Tácito, expõe que “o poder de polícia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, os direitos e as liberdades individuais” (Tácito, 2002). Para Cretella Júnior (1998) “o fundamento da existência e do exercício do poder de polícia é a garantia da efetividade do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. É a prevalência do interesse da administração sobre o interesse dos administrados” (Júnior, 1998).

O principal vetor da segurança pública é a polícia, cabe a ela assegurar a ordem pública, da mesma forma que cabe às Forças Armadas assegurarem a Defesa externa da sociedade. Não se consegue dissociar a noção de “polícia” da noção de Estado. Uma das principais vertentes da força coercitiva do Estado se traduz na polícia. Neste caminho, De Plácido Silva (2010) estabelece que “Polícia designa o conjunto de instituições, fundadas pelo Estado, para que, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exerçam vigilância para que se mantenham a ordem pública, a moralidade, a saúde pública e se assegure o bem-estar coletivo, garantindo-se a propriedade e outros direitos individuais” (De Plácido Silva, 2010). Neste sentido, a polícia se presta a atuar como garantidora da ordem pública, por meio da garantia da segurança pública. A força policial pertence ao Estado e está organizada segundo o princípio da organização do trabalho com a finalidade limitar a liberdade do cidadão quando esta tender a ir além do permitido pela ordem jurídica. O poder de polícia, entretanto, não se confunde com a instituição policial, uma vez que “a polícia é algo em concreto, é um conjunto de atividades coercitivas exercidas na prática dentro de um grupo social, o poder de polícia é uma faculta, uma faculdade, uma possibilidade, um direito que o Estado tem de, através da polícia, que é uma força organizada, limitar as atividades nefastas dos cidadãos” (Cretela Júnior, 1998).

Na sua vertente de poder administrativo, o Poder de Polícia legitima e respalda a atuação da intuição policial, dentro do sistema das Atribuições da Administração Pública previstas na Carta Constitucional “como poder público e indelegáveis aos entes particulares, embora possam estar ligados àquela, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades” (Lazzarini, 1994, pág. 74).

Portando, o “poder de polícia” figura como ferramenta principal de coerção do Estado, estando devidamente legitimado na norma fundamental do Estado. Este buscará

sempre a solução pacífica das controvérsias, mas caso não logre êxito, será por meio do exercício do “poder de polícia” que, de forma legal e legítima, empregará a força física ou moral.

Torna-se fundamental que os dispositivos legais estabelecidos para dar segurança à população sejam eficazes e atendam às aspirações daqueles que necessitem da prestação jurisdicional do Estado. O fato de se possuir o monopólio do emprego da força física e/ou moral não é apenas uma prerrogativa, mas também uma grande responsabilidade, sob pena de flertar-se com a anarquia e o desmando.

4.2 A base legal para o emprego das Forças Armadas nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem

A utilização das Forças Armadas para operações de garantia da lei e da ordem¹⁵ não é uma prática constitucional recente, na verdade, a primeira Constituição de 1824, em seu artigo 148, já previa o emprego de militares em ações voltadas para a segurança interna, quando assegurava que “Ao Poder Executivo compete privativamente empregar a Força Armada de Mar, e Terra, como bem lhe parecer conveniente a Segurança, e defesa do Império” (Brasil, 1824). Desde então, todas as demais Constituições abarcavam tal previsão legal. Nunes (2012) fala sobre o assunto da seguinte forma:

Em 1889, a marcha da história levou o país ao advento da Proclamação da República, marco de uma nova fase da trajetória histórica da nação. Com o surgimento da República, foi promulgada, em 1891, a primeira Constituição Republicana. Em seu texto, a Constituição de 1891 trouxe, no seu artigo (Art.) 6º, inciso 3º, uma previsão constitucional de exigência de solicitação dos governos dos Estados, para permitir uma intervenção do governo federal, em eventuais casos de necessidade de restabelecimento da ordem e da tranquilidade (BRASIL, 1891). Essa Constituição e as subsequentes sedimentaram a questão, por meio de seus dispositivos constitucionais, consolidando e consagrando o mote do emprego das FA na GLO: Constituição

¹⁵ GARANTIA DA LEI E DA ORDEM – Atuação coordenada das Forças Armadas e dos Órgãos de Segurança Pública na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, possui caráter excepcional, episódico e temporário. Ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A decisão presidencial para o emprego das Forças Armadas nessa situação poderá ocorrer diretamente por sua própria iniciativa ou por solicitação dos chefes dos outros poderes constitucionais, representados pelos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. OPERAÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM – Operação militar conduzida pelas Forças Armadas, por decisão do Presidente da República, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, com o propósito de assegurar o pleno funcionamento do estado democrático de direito, da paz social e da ordem pública (GLOSSÁRIO DAS FORÇAS ARMADAS, 2007a, p. 119 e 180).

de 1891, art. 14; Constituição de 19346, art. 162; Constituição de 19377, art. 161; Constituição de 19468, art. 177; e Constituição de 19679, art. 91. (Nunes, 2012, pág. 14).

Portanto, percebe-se que o legislador sempre teve a preocupação de prever o emprego de militares para ações de garantia e manutenção dos interesses do Estado. A previsão legal tem a intenção de permitir que seja utilizado, em prol da democracia e seus valores, a mais poderosa vertente da força coercitiva de um Estado: suas Forças Armadas.

A lei é a fonte máxima do poder do Estado e considerando-se a hierarquia das leis, a Constituição figura como lei suprema, e norma fundamental para as leis e normas inferiores, que sob pena de serem esvaziadas, devem estar sempre em consonância com a lei máxima. Desta forma, a Constituição de 1988 estabeleceu o fundamento jurídico para a utilização das Forças Armadas nas operações de garantia da lei e da ordem, inicialmente estabelecendo sua competência no artigo 142:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Em seu § 1º, o supracitado art. 142 determina que “Lei Complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na Organização, no Preparo e no Emprego das Forças Armadas”. Desta forma, a Lei Complementar (LC) n. 97, de 9 de junho de 1999, dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem. Cabe ressaltar o contido no Art. 15 desta lei:

O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais [...] (Brasil, 1999, p.2).

Apesar de apresentar a possibilidade de as FA serem empregadas na GLO, o § 2º do art. 15, acima citado, estatui que:

A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionadas no Art. 144 da Constituição Federal (Brasil, 1999, p.2).

A LC nº 97 de 1999, aludida acima, quando foi modificada pela LC nº 117, em 2 de setembro de 2004, recebeu os seguintes parágrafos no seu Art. 15:

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

§ 4º Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3º deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem.

§ 5º Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins. (Brasil, 2004a, p.1).

Fica claro que, de acordo com o mando legal, a responsabilidade primária de preservação da ordem pública está a cargo dos órgãos de Segurança Pública. A atuação das Forças Armadas¹⁶, quanto à duração e local desse emprego, é previsto no art. 5º do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001 e deverá ser *episódico*, “em área ou áreas

¹⁶ O emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, que deverá ser episódico, em área previamente definida e ter a menor duração possível, abrange, ademais da hipótese objeto dos arts. 3º e 4º, outras em que se presume ser possível a perturbação da ordem, tais como as relativas a eventos oficiais ou públicos, particularmente os que contem com a participação de Chefe de Estado, ou de Governo, estrangeiro, e à realização de pleitos eleitorais, nesse caso quando solicitado. Parágrafo único. Nas situações de que trata este artigo, as Forças Armadas atuarão em articulação com as autoridades locais, adotando-se, inclusive, o procedimento previsto no art. 4º (Brasil, 2001b, p.2).

previamente estabelecidas”, por “tempo limitado” e somente “se esgotarem os esforços dos órgãos de segurança pública”¹⁷.

É importante registrar, então, que o emprego das Forças Armadas em ações de garantia da lei e da ordem dar-se-á depois de esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública, citados no art. 144 da Constituição, sendo seu caráter excepcional, e tendo suas diretrizes de emprego fixadas na LC n. 97/99 e no Decreto n. 3.897, de 24 de agosto de 2001. Conforme previsto no Art. 2º do citado Decreto, “é de competência exclusiva do Presidente da República a decisão de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem”.

Além dos órgãos de segurança pública previstos na Constituição, também encontramos a Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), criada pelo decreto 5289 de 2004, que possui a atribuição de emprego em ações de garantia da lei e da ordem, como previsto no art.2º de seu decreto de criação:

A Força Nacional de Segurança Pública somente poderá atuar em atividades de policiamento ostensivo destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, nas hipóteses previstas neste Decreto e no ato formal específico de adesão dos Estados interessados (BRASIL, 2004, p.1).

Cabe ressaltar que além dos problemas operacionais, decorrentes da falta de preparo e doutrina de emprego da FNSP, sua existência não está presente na Carta Magna, transformando-a em ente inconstitucional, criado para atender aos interesses políticos das lideranças políticas do país. Sobre a utilização da FNSP, Mello (2008) discorre da seguinte forma:

Deve-se observar, no entanto, que o emprego da FNSP apresenta duas grandes deficiências: a sua baixa capacidade de permanência e as dificuldades no estabelecimento das relações de comando. Pode-se concluir, então, que a FSN traz consigo um conceito de ineficácia operacional. Além disso, apesar de o decreto n. 5.289 prever sua utilização por solicitação dos governadores, não há previsão para sua existência no Art. 144 da CF, que explicita quais os órgãos destinados à segurança pública. Seu emprego, portanto,

17 O Art. 144 da Lei Fundamental, mencionado nos parágrafos do Art. 15 da LC n. 97/99 dispõe: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal;II - polícia rodoviária federal;III - polícia ferroviária federal;IV - polícias civis;V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.§ 1º A polícia federal [...](Brasil, 1988, p. 37).

como Força isolada, deve ser considerado inconstitucional, servindo apenas de “reforço moral e dissuasório”, utilizado como complementação em efetivo, aos órgãos de segurança pública estaduais. (Mello, 2008, pág. 16).

Percebe-se que a atual base legal que prevê o emprego das FA em ações de segurança interna não elenca um rol de situações que poderiam provocar este emprego, deixando que o governo do Estado-membro da federação decida, discricionariamente, pela solicitação ou não deste apoio federal. Tudo em prol do pacto federativo, a fim de não se ferir o princípio da autonomia dos estados. Mello (2008) faz a seguinte alusão, citando Campos Sales:

Observa-se que o Decreto não obriga a que o país esteja submetido a uma situação de anormalidade institucional para que as FA sejam empregadas na GLO, sendo isto motivo de polêmica quanto a sua constitucionalidade. A visão apresentada por alguns juristas é de que a atuação de forças federais em matéria de segurança pública, mesmo a pedido do governador, interfere na autonomia estadual, ponto fundamental do princípio federativo. No dizer de Campos Sales, citado por Cavalcanti (2006, p.36), “o princípio da autonomia dos estados é o coração da República. (Mello, 2008, pág. 17).

Por isso, a regra é a não intervenção e a Constituição é clara, quando estabelece o seguinte: “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal.” Ao mesmo tempo em que elenca as exceções no art. 34 da Lei Maior¹⁸:

A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

- I - manter a integridade nacional;
- II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
- IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;

¹⁸ A intervenção federal consiste no afastamento temporário das prerrogativas da autonomia dos Estados, totais ou parciais, prevendo a nomeação de um interventor para o Estado, em substituição ao Governador, por prazo determinado, por meio de um decreto do Presidente da República aprovado pelo Congresso. Ao fim do prazo, o Governador volta a exercer seu cargo normalmente.

[...]

VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;

b) direitos da pessoa humana;

[...] (Brasil, 1988, p. 12).

Independentemente da observância do chamado pacto federativo, faz-se importante compreender que a utilização das Forças Armadas em ações de garantia da lei e da ordem deve figurar como último recurso disponível, levando-se em consideração o poder destrutivo da ameaça apresentada. Pois a aplicação de poder militar em ações, presumivelmente, de Segurança Pública deve ser decisiva. Porém, deixar a sociedade à mercê de qualquer situação crítica por mero capricho jurídico é atitude desprezível, uma vez que a segurança da sociedade deve extrapolar qualquer interesse político de pessoa física ou jurídica.

Dentre as medidas coercitivas do Estado, como estudado detalhadamente no capítulo anterior, escalando-se para um nível superior e mais rigoroso encontram-se às medidas extremas de exceção, representadas em nosso ordenamento jurídico pelos estados “de Defesa” e “de Sítio”. São medidas extremas onde se observa a ruptura da normalidade

Portanto, o Presidente da República deverá ser auxiliado pelos órgãos consultivos previstos no texto constitucional, o Conselho da República (Brasil, 1990, p.1) e o Conselho de Defesa Nacional (Brasil, 1991, p.1), caso opte por empregar as FA na GLO, ao decretar uma intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio. A diretriz presidencial que autorizadora deverá ser transmitida, diretamente, ao Ministro de Estado de Defesa, devendo, necessariamente, conter a missão, as condicionantes do emprego, os órgãos envolvidos e outras informações necessárias (MD, 2007, p. 44).

Uma vez determinada a utilização do poder militar em operações de GLO, cabe ao governador envolvido, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações (na área e pelos prazos estabelecidos), para a autoridade das FA encarregada das operações. Esta deverá constituir um centro de coordenação de operações¹⁹, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins.

O principal ponto de tensão entre o setor político e o setor militar é o pensamento de que o fiel cumprimento da legislação, em vigor, impõe ao Estado-membro da federação

¹⁹ Órgão de planejamento, de coordenação e de assessoria do órgão operacional, constituído para realizar operações de garantia da lei e da ordem (MD, 2007, p. 52).

o ônus político de decretar, perante o Governo Federal, a falência de seus Órgãos de Segurança Pública. Tal postura traria ao governador um prejuízo político difícil de ser superado. E neste ínterim, surge a doutrina militar que preconiza que somente com o incondicional cumprimento das regras previstas nos diplomas legais, em vigor, é aceitável o emprego das FA, nas ações de intervenção interna.

Independentemente do viés político do emprego das Forças Armadas, em ações de GLO, a Guerra do Rio deixou claro que, diante do poder pretoriano do Estado democrático, qualquer tentativa de turbção da lei e da ordem enfrentará a inequívoca manifestação da violência monopolizada pelo ente Estatal. A ordem pública material deve ser preservada a qualquer custo, sob pena de sua sucumbência representar a sucumbência do próprio Estado.

5 CONCLUSÃO

O poder do Estado, segundo a teoria jusnaturalista, é oriundo da sociedade, que pela “assinatura” de contrato social, abdicou de certo grau de liberdade, a fim de receber como contraprestação do Estado a segurança mínima para vida em sociedade. Neste sentido, o Estado é detentor do monopólio da violência, e só pode usá-lo em prol da segurança da sociedade.

A teoria pura do direito preconiza que a Norma Fundamental é a base de toda ordem jurídica do Estado, bem como ressalta que não existe poder legítimo, se este não estiver fundamentado na ordem jurídica. Portanto, não existe poder como um fim em si mesmo. Neste sentido, o poder do Estado faz-se presente na força coercitiva da ordem jurídica, e atua de forma preventiva, em nível de dissuasão, para o estabelecimento da segurança coletiva e, permanentemente, em busca da paz.

A força coercitiva aludida por Kelsen, em sua obra, é a base de sustentação para o conceito de ordem pública, tanto em sua noção material, como em sua noção formal. Entretanto, a noção metajurídica da ordem pública não pode ser retirada da supramencionada obra, uma vez que, para teoria pura do direito, valores morais, religiosos ou racionais não se prestam para respaldar uma ordem jurídica, que só pode ser respaldada por uma norma fundamental pressuposta.

As ações empreendidas pelo crime organizado interferiram gravemente na ordem pública, em sentido material, turbando a liberdade do cidadão e constituindo-se em afronta ao poder do Estado. A resposta do Estado brasileiro, para a sinistra situação, que transformou o Rio de Janeiro em caos, em novembro de 2010, foi assertiva e fundamentada na ordem jurídica vigente no Estado, e traduziu-se em inequívoca demonstração do poder de coerção da ordem jurídica estatal.

ABSTRACT

THE RIO WAR: LOSS AND RECOVERY OF PUBLIC UNDER THE LIGHT OF LAW

Public order is essential to the society's life. When the State is challenged in its ability to promote and guarantee public order, the response must be effective and assertive. The "pure theory of law", from Hans Kelsen, presents the legal order as the source of legitimation of all the power of the State, in this way, the coercive force of the legal order is monopolized in the hands of the State, which through the legal community is able to impose sanctions on conduct. carried out in disregard for legal rules. However, the coercive power of the legal order also lends itself to the establishment of public order, on the formal aspect, which refers to the proper functioning of the legal system. Public order in a material sense is directly related to public security and will be analyzed in this paper by studying the case known as the "Guerra do Rio", which was an event of public disorder in the state of Rio de Janeiro, in November 2010, which was referred to by organized crime as "Black November".

Keywords: Public order; law; public security; police's power; administrative law.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, 2019.

BERNARDES, Guilherme Langaro; CHOY, Marco Aurélio de Lima. **O poder de polícia do Exército brasileiro – uma análise**. www.publicadireito.com.br.2005. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_guilherme_bernardes_e_marco_de_lima_choy.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

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

BRASIL. CGCFN-3100. **Manual de operações em área urbana**. Rio de Janeiro, 2002.

BRASIL. Decreto n.º 3897, de 24 de agosto de 2001. Fixa diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 ago. 2001.

BRASIL. Lei complementar n.º 117, de 2 de setembro de 2004. Altera a Lei comple-

mentar n.º 97, de 9 de junho de 1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 set. 2004. BRASIL. Lei complementar n.º 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jun. 1999.

CARDOSO, Marcus. Polícia e direitos na visão dos moradores de duas favelas do Rio de Janeiro. **Revista de Estudos Sociológicos**, Araraquara, v.17, n.33, p.491-507, 2012. CAVALCANTI FILHO, Theóphilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: RT, 1964.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRUZ, Teresa Andrea Florêncio. Vozes da guerra urbana no Rio de Janeiro (anotações sobre a tomada da Vila Cruzeiro e do Complexo do Alemão). **Transversos**, Rio de Janeiro, v. 03, n. 03, out. – mar. 2014/2015. Disponível em: www.transversos.com.br. Acesso em: 29 set. 2020.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico**, v. IV. 11. ed., 1963, Forense, Rio de Janeiro, verbete Segurança Pública, p. 1.417.

ESPUNY, Herbert Gonçalves. **Questões Fundamentais da Investigação Policial na Segurança Pública do Brasil**. Orientador: Prof. Dr. Aldo Fornazieri. Monografia apresentada na Escola Pós-Graduada de Ciências Sociais, da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. São Paulo: FESPSP, 2009.

FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis Carro. Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública. **Revista Vasca de Administración Pública**, La Rioja, n. 27, p. 9-26, 1990.

FILOCRE, D'Aquino. Revisita à ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 184, out./dez. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. 6. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAZZARINI, Álvaro. A ordem constitucional de 1988 e a ordem pública. **Revista de**

Informação Legislativa, Brasília, ano 29, n. 115, p. 275-294, jul. /set. 1992.

LAZZARINI, Álvaro. Limites do Poder de Polícia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 198, p. 69-83, out. /dez. 1994.

MELLO, Vladimir Azevedo de. **O Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem e nas hipóteses do sistema constitucional de crises**. Limites e implicações. Disponível em: [http:// https://jus.com.br/artigos/7203/emprego-das-forcas-armadas-na-garantia-da-lei-e-da-ordem-e-nas-hipoteses-do-sistema-constitucional-de-crisis](http://https://jus.com.br/artigos/7203/emprego-das-forcas-armadas-na-garantia-da-lei-e-da-ordem-e-nas-hipoteses-do-sistema-constitucional-de-crisis). Acesso em: 01 out. 2020.

MINA, Bianca Almeida. **O Rio sob a mira das lentes: a cobertura fotográfica da ocupação do Complexo do Alemão e Vila Cruzeiro pelos jornais o Globo e Extra**. 2011. 76f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Comunicação Social) - UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO ESCOLA DE COMUNICAÇÃO. Rio de Janeiro. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revisão doutrinária dos conceitos de ordem pública e segurança pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 97, p. 133-154, jan. /mar. 1988.

NUNES, Richard Fernandes. O Instituto Meira Mattos da ECEME e o processo de transformação do Exército Brasileiro. Coleção Meira Mattos, Rio de Janeiro, 2. quad., n. 2, [p.1-11], 2012. Disponível em: <http://ebrevistas.eb.mil.br/index.php/RMM/article/view/232/205>. Acesso em: 10 set. 2020.

ONU. Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH). Disponível em: <http://www.un.org/depts/dpko/missions/minustah>. Acesso em: 10 set. 2020.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 163.

RIBEIRO, Edilson Sérgio de Oliveira. **O Poder de Polícia nas Forças Armadas**. 94f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito)- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Instituto de Criminologia e Política Criminal. Crime Organizado**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/crime_organizado.pdf. Acesso em: 29 set. 2020.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da; CHAVES, Daniel Santiago. **Terrorismo na América do Sul: uma ótica brasileira**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2010. 310 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre o Estado e cidadão. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, n. 23, p. 39-51, 2006.

TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade e Poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 227, p. 39-45, jan./mar. 2002.

ACESSIBILIDADE COMO UM CAMINHO
PARA O DESENVOLVIMENTO DA LIBERDADE
DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A PARTIR
DA TEORIA DE AMARTYA SEN

*ACCESSIBILITY AS A PATH TO THE DEVELOPMENT
OF FREEDOM FOR PEOPLE WITH DISABILITIES
BASED ON AMARTYA SEN'S THEORY*

ACESSIBILIDADE COMO UM CAMINHO PARA O DESENVOLVIMENTO DA LIBERDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA A PARTIR DA TEORIA DE AMARTYA SEN¹

*ACCESSIBILITY AS A PATH TO THE DEVELOPMENT OF FREEDOM FOR
PEOPLE WITH DISABILITIES BASED ON AMARTYA SEN'S THEORY*

*Bruno Carlos Pastore²
Francisca Chagas Lima Medeiros³
Aldrin Willy Mesquita Taborda⁴*

RESUMO

O artigo examina como a acessibilidade promove o desenvolvimento das liberdades, com base na teoria de Amartya Sen. O objetivo é avaliar se a falta de acessibilidade limita escolhas e oportunidades, afetando o desenvolvimento das capacidades individuais. A pesquisa utiliza uma abordagem bibliográfica e análise de dados para explorar a relação entre acessibilidade e liberdade. O estudo analisa o desenvolvimento como liberdade, a acessibilidade como chave para a conquista das liberdades e o progresso das políticas públicas de inclusão rumo ao desenvolvimento sustentável, destacando os desafios na implementação da acessibilidade no Brasil.

Palavras-chaves: acessibilidade; igualdade; educação; trabalho; inclusão social.

1 Data de Recebimento: 06/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

2 Mestre em Direito e Sociologia (UFF/ RJ-2017). Especialista em Judicialização das Questões Sociais (UFF/RJ-2015) e em Direito Processual Civil (UNISUL/SC – 2008). Graduado em Direito (FARO - 2007). Advocacia privada (2008-2010). Assessor Jurídico do Ministério Público (MP/RO – desde 2010 na Promotoria de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa; 2021-1 no GAECO). E-mail: 52464@mpro.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3743053713962676>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3409-6453>.

3 Mestranda em Ciência Jurídica do Programa de Mestrado Interinstitucional – MINTER, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Faculdade Católica de Rondônia – FCR. Bacharel em Direito pela FARO. Pós-graduada em Direito Administrativo. Servidora Pública do Ministério Público de Rondônia. E-mail: 44669@mpro.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1774129596275755>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-3622-1475>.

4 Mestrando em Ciência Jurídica do Programa de Mestrado Interinstitucional – MINTER, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Faculdade Católica de Rondônia – FCR. Especialista em Auditoria em Saúde (UNINTER, 2019). Bacharel em Direito (2015) e em Informática (2009) pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Bacharel em Comunicação Social, com habilitação em Jornalismo, pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia – FARO (2007). Auditor de Controle Externo no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. E-mail: aldrin.taborda@tce.ro.gov.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9385914888205550>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2835-6636>.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, as pessoas com deficiência têm enfrentado uma luta contínua por reconhecimento e inclusão na sociedade. Entre a exclusão e o preconceito que reforçam o capacitismo, importantes avanços foram feitos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2008. No Brasil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) representou um marco significativo, mas os desafios ainda persistem na implementação efetiva desses direitos. A falta de acessibilidade, por exemplo, limita o desenvolvimento das capacidades e liberdade dessas pessoas.

Diante do exposto, o presente artigo tem por objetivo, analisar como a acessibilidade pode promover o desenvolvimento das liberdades para as pessoas com deficiência a partir da teoria de Amartya Sen. A problemática reside no fato de que, das 18,6 milhões de pessoas com deficiência, 19,5% estão em situação de analfabetismos. Embora 17,5 milhões de pessoas com deficiência estejam em idade de trabalhar, apenas 5,1 milhões estão registradas no mercado de trabalho, enquanto 12,4 milhões estão fora dele. Esses dados revelam que cerca de 10% do total da população⁵ podem estar vivendo em privação total das liberdades devido à ausência ou a indisponibilidade de acessibilidade no país. Sabe-se que a privação das liberdades limita as escolhas e oportunidades das pessoas para desenvolverem suas capacidades. No contexto das pessoas com deficiência, questiona-se: a ausência de políticas de acessibilidade contribui para a limitação das liberdades e capacidades dessas pessoas, impactando o desenvolvimento humano do Estado e, por consequência, gera a falta de resultado concretos?

O presente estudo justifica-se pela tese de Amartya Sen, segundo a qual a liberdade destaca-se como fator central para o desenvolvimento da renda individual como um meio de expandir as liberdades. A eliminação de privações de liberdades como pobreza, carência de oportunidade econômica e destituição social, são essenciais para garantir o exercício das capacidades dos indivíduos, pois segundo ele, o alcance das liberdades depende de disposições sociais e econômicas, como acesso aos serviços de educação, saúde e oportunidade de trabalho. O autor vincula a privação com a carência dos serviços públicos, intolerância e interferência excessiva do Estado repressivo (Sen, 1999, p. 16). Entretanto, no contexto da pessoa com deficiência, a acessibilidade torna-se essencial para o alcance das liberdades e o desenvolvimento socioeconômico, sendo indispensável por garantir acesso a serviços como educação, saúde e oportunidade de trabalho.

⁵ Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), o Brasil contabilizou 18,6 milhões de pessoas com deficiência em 2022 (IBGE, 2023).

As hipóteses do estudo são: (1) a acessibilidade é fundamental para a expansão das capacidades individuais e alcance das liberdades das pessoas com deficiência; (2) a falta de acessibilidade está diretamente relacionada à privação das liberdades dessas pessoas, evidenciado pelos menores índices de participação na educação e no mercado de trabalho; e (3) a implementação de políticas públicas que promovam a acessibilidade refletirá positivamente na participação das pessoas com deficiência na educação e mercado de trabalho.

O artigo estrutura-se em três tópicos que abordarão primeiro o desenvolvimento como liberdade, adotando a teoria da obra de Amartya Sen, sobre o tema como marco teórico; segundo tópico será abordado à acessibilidade como a chave para o desenvolvimento e as conquistas das liberdades fundamentando a hipóteses propostas. Por fim, no último tópico, analisará se as políticas públicas de inclusão das pessoas com deficiência estão caminhando positivamente para o desenvolvimento sustentável.

A metodologia aplicada será o método indutivo, utilizando técnicas de pesquisa bibliográfica, análise de dados estatísticos e estudos de caso (Pasold, 2018). Serão utilizados conceitos operacionais baseados na teoria de Amartya Sen para avaliar a relação entre acessibilidade e desenvolvimento das liberdades.

2 DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADEPARTIR DA TEORIA DE AMARTYA E AS PERSPECTIVA PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS

Amartya Sen, em sua obra “Desenvolvimento como liberdade” (1999), aborda as profundas desigualdades, privações e opressões presentes no mundo contemporâneo. O autor argumenta que a coexistência de problemas novos e antigos, como a persistência da pobreza e a falta de acesso a necessidades básicas (alimentação, serviços essenciais de saúde, educação e mercado de trabalho), viola as liberdades dos indivíduos, especialmente as das mulheres e das pessoas com deficiência, que frequentemente são marginalizadas. Além disso, Sen chama à atenção as ameaças ao meio ambiente que compromete a sustentabilidade da vida humana no planeta, afetando tanto países ricos quanto pobres (Sen, 2010, p. 6). Para o autor, a solução para esses problemas não se resume ao crescimento econômico, mas à garantia de liberdades e oportunidades para todos. O desenvolvimento deve ser avaliado não apenas por indicadores econômicos, mas por uma gama de fatores interligados, incluindo instituições e condições sociais, políticas e econômicas (Sen, 2010, p. 6).

Neste sentido, Schier, em consonância com Amartya Sen, destaca a importância de analisar as bases de um modelo de desenvolvimento econômico e socioambiental que permita a todos a expansão de suas capacidades e, conseqüentemente, a conquista de

sua liberdade (Schier, 2019, p. 41). Sen afirma que “pouco adianta falar na liberdade que um cidadão tem para fazer algo que, na prática, está privado de condições objetivas para realizar” (Sen, 2010, p. 16). O desenvolvimento deve estar vinculado à expansão das liberdades reais, visando à melhoria da qualidade de vida com menor impacto em suas subsistências.

A concepção de desenvolvimento, segundo Sen, é um processo complexo cujo sua única finalidade é bem-estar das pessoas (Sen, 2010, p. 16). Neste diapasão, Pinheiro avalia que a liberdade transmite poder, a autonomia e a autodeterminação no alcance do estilo de vida que os indivíduos valorizam (Pinheiro, 2013). Sen complementa que o desenvolvimento se associa às liberdades concretas, dependentes de disposições sociais e econômicas, como acessos a serviços de educação e saúde, direitos civis e participação nas discussões políticas. A liberdade é, portanto, “o que o desenvolvimento promove”. Para autor, sem desenvolvimento não há liberdade, e sem a liberdade há privação e violação do direito de viver (Sen, 2010, p. 16).

No mundo atual, muitos ainda são privados da liberdade de saciar a fome, obter a nutrição satisfatória, acessar medicamentos, vestir-se adequadamente ou morar-se em locais com água tratada e saneamento básico. Sen explica que o processo de desenvolvimento deve ser avaliado pelo aumento das liberdades das pessoas e suas realizações, que dependente da condição de agente livre. Isso inclui o acesso a serviços de educação e saúde, bem como oportunidades econômicas e participação no exercício de direitos civis, como liberdades políticas, poderes sociais. Para o autor, desfrutar da liberdade é necessário remover as fontes de privação, como pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas, destituição social, ineficiência dos serviços públicos (Sen, 2010, p. 18). Somente assim é possível que as pessoas tenham possibilidades de escolher o que consideram como fatores a ser alcançado para seu próprio bem-estar (Neder, 2019).

O crescimento econômico deve ser uma estratégica social que englobe aspectos fundamentais sob a ótica social, cultural, ambiental e institucional, levando à melhoria dos padrões de vidas e a maior distribuição dos recursos econômicos (Sen, 2010, p. 30). Para Sen, o desenvolvimento deve ser entendido como acesso às oportunidades sociais e individuais, como participação da população também nas políticas econômicas e crescimento do PIB ou mesmo das rendas individuais como meio de expandir as liberdades substantivas (Sen, 2010, p. 30).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) afirma que toda pessoa tem direito à educação gratuita e obrigatória⁶, visando promover o pleno desenvolvimento

6 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “Artigo 26.1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade,

da personalidade humana e o fortalecer as liberdades fundamentais (Castilho²⁰²¹). No Brasil, a Constituição de 1988 assegura aos cidadãos o exercício dos direitos sociais e individuais, incluindo a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Esses princípios são fundamentais para construir de uma sociedade fraterna, pluralista e livre de preconceito, baseada na harmonia social.

Mais de três décadas após a promulgação da Constituição, o país ainda enfrenta problemas estruturais que resultando em inúmeras pessoas em situação de vulnerabilidade que não têm acesso a recursos básicos de sobrevivência. Isso as torna vítimas de várias formas de privação de liberdade (Sen, 2010, p. 29). Embora a constituição assegure o direito a condições mínimas de existência digna, é importante destacar que o direito à liberdade não se confunde com os direitos econômicos e sociais, que se baseiam na ideia de justiça social (Torres, 1990, p. 69). Para Sen “as liberdades políticas e civis são elementos constitutivos da liberdade humana, sua negação e, em si, uma deficiência” (Sen, 2010, p. 31).

Os direitos sociais garantem condições mínimas à sociedade, incluindo acesso à educação, saúde, trabalho e assistência, além de participação das pessoas na política (Molinari *et al.*, 2022, p. 104), objetivando a eliminar ou reduzir as vulnerabilidades das pessoas. No entanto, as condições políticas do país são complexas, marcadas por escândalos de corrupção, má gestão e omissão estatal, dificultando a efetivação desses direitos e, conseqüentemente, impactando o desenvolvimento da população. Com o resultando, o país enfrenta uma grande desigualdade social e econômica, agravada pela pandemia de Covid-19, que trouxe novos desafios, como a inflação e o alto índice de desemprego, afetando principalmente a classe média (Pesquisa, 2023) e deixando milhares de pessoas em situação de vulnerabilidade.

No contexto das pessoas com deficiência, a situação é alarmante, uma vez que esse grupo frequentemente são as maiores vítimas de privação. Isso se deve ao fato de enfrentarem barreiras estruturais e atitudinais que restringem o acesso a direitos básicos, além de limitar suas escolhas e de oportunidades.

Vale destacar que as pessoas com deficiência foram definidas pela Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2008) como “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições as demais pessoas” (Silveira, 2013, p. 480).

Historicamente, essas pessoas passaram por uma longa jornada de exclusão social,

em função do seu mérito. 2.A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3.Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos” (ONU, 1948).

discriminação e preconceito e, conseqüentemente, seu abandono e isolamento social. Conforme Pereira (2017, p. 95), “suas vidas foram permeadas por práticas discriminatórias, negação de direitos básicos e sistemas educacionais excludentes”. Existem no Brasil cerca de 18,6 milhões de pessoas com deficiências, correspondendo a 8,9% da população total. Dessa parcela, 19,5% têm idade entre 15 e 59 anos e estão em situação extrema de analfabetismos. Além disso, 29,9% das pessoas com deficiência com 25 anos ou mais são pessoas sem instrução ou possuem apenas o nível fundamental incompleto; 12,8% têm nível fundamental completo ou médio incompleto; e apenas pouco mais de 25% são concluintes do nível médio. Somente 7% possuem o nível superior (IBGE, 2023, p. 4).

Em relação ao mercado de trabalho, cerca de 17,5 milhões de pessoas com deficiência estão em idade de trabalhar, representando 10% do total da população. Por outro lado, apenas 5,1 milhões de pessoas com deficiência estão no mercado de trabalho. Esses dados revelam as dificuldades de acesso às rendas enfrentadas por esta fatia. A falta de acessibilidade, juntamente com a escassez de emprego adaptados, impedem o desenvolvimento das capacidades das pessoas com deficiência e contribuem para sua exclusão social.

De acordo com estes dados, percebe-se que a situação das pessoas com deficiência é complexa e desafiadora, pois depende da concretização de direitos e de políticas públicas eficazes que objetivem promover um desenvolvimento inclusivo e acessível, e que amplie acesso dessas pessoas aos serviços de saúde, educação, lazer, segurança, trabalho e acessibilidade de modo que satisfaça às reais necessidades dessas pessoas (Demarchi; Maieski, 2020a, p. 495).

Sabe-se que os direitos das pessoas com deficiência compõem um sistema universal de direitos humanos voltado para a concretização da dignidade humana (Silveira, 2013, p. 480). No âmbito da Constituição Federal (Brasil, 1988), esses direitos asseguram a igualdade e o pleno exercício das liberdades fundamentais. O poder público deve concretizá-los por meio de implementação de políticas públicas voltadas às necessidades dessas pessoas, a fim de promover sua inclusão na sociedade (Gomes *et al.*, 2020, p. 44).

Portanto, conforme o entendimento de Amartya Sen, o verdadeiro desenvolvimento deve se pautar na ampliação das liberdades e oportunidades para todos. O crescimento econômico isolado não é suficiente para garantir um desenvolvimento sustentável; é necessário considerar as condições sociais, políticas e econômicas que afetam positivamente as liberdades individuais. Para Sen, a luta contra a privação de liberdade é fundamental para assegurar que todos possam desfrutar de uma vida digna e plena, refletindo sua visão de que o desenvolvimento deve ser um meio para a realização das liberdades e potencialidades humanas.

3 ACESSIBILIDADE A CHAVE PARA O DESENVOLVIMENTO E A CONQUISTA DAS LIBERDADES

Primeiramente, é importante frisar que a ideia de acessibilidade está centrada em proporcionar o acesso a algo, como espaços públicos ou privados, serviços e transportes, e informações tecnológicas. No contexto das pessoas com deficiência, a acessibilidade visa criar independência e autonomia para estas pessoas. Enquanto a palavra “acesso” está relacionada à ideia de disponibilidade, a “acessibilidade” foca na eliminação de barreiras.

Neste sentido, a “acessibilidade” pode ser definida como a possibilidade de que as pessoas com deficiência tenham acesso livre e “possam estar nos mesmos lugares que as demais pessoas, em igualdade de condições, com segurança, confiança e comodidade” (Demarchi; Santos, 2019). Apesar de o termo em geral assumir diversos significados, etimologicamente, “acessibilidade” deriva do latim *accessibilitas*, que significa “qualidade do que é acessível” (Houaiss, 2005). O prefixo “ad-” indica “para”, e o radical *cēdere* significa “ir”, “caminhar” ou “mover-se”. Segundo o dicionário de Michaelis, a palavra “acesso” refere-se à facilidade de entrada ou uso e à qualidade de ser acessível (Acessibilidade, 2024).

Historicamente, o conceito de acessibilidade surgiu no final da década de 1940 para designar a condição de acesso, especialmente ligada aos serviços de reabilitação físicas e profissionais (Roedel, 2020), para sobreviventes de guerras que adquiriram sequelas decorrentes dos conflitos. Isso levou a definição de acessibilidade a ser associado ao conceito de deficiência, vinculando a adequação de estruturas às necessidades das pessoas com deficiência. Por muito tempo, a deficiência era vista como condição médica e a acessibilidade era entendida como meio de adaptação às limitações e déficits de natureza física, mental ou cognitiva (Demarchi; Maieski, 2020b). Com o passar do tempo, a acessibilidade tornou-se essencial para que as pessoas com deficiência possam desfrutar dos direitos fundamentais.

Assim, a acessibilidade se estabelece como um princípio fundamental, um direito natural e inerente ao ser humano, que deve guiar os sistemas jurídicos e obrigar, os Estados a implementá-la, garantindo os direitos humanos das pessoas com deficiência (Demarchi; Maieski, 2020b).

No Brasil a Lei de 10.098 de 2000, conhecida como a Lei de Acessibilidade, estabelece critérios básicos para promoção da acessibilidade, visando a supressão de barreira em espaços públicos, meios de transportes e comunicação. Outrossim, a lei também determina que ao Poder Público deve planejar e urbanizar vias, parques e espaços públicos de forma a garantir acessibilidade, eliminando barreiras como as urbanísticas,

arquitetônicas e de transportes. Além disso, ela adota o cordão de fita com desenho de girassóis como símbolo para identificar pessoas com deficiência ocultas e abrange diversas formas de interação, incluindo Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), textos ampliados, Braille, sistema de sinalização ou de comunicação tátil, mídias digitais e outros sistemas auditivos, voz e tecnologias assistivas. A referida lei assegura o direito à igualdade de oportunidade e a não discriminação das pessoas com deficiência visando oferecer melhores condições de vida a essas pessoas.

Com o advento da Lei n. 13.146 de 2015, o conceito de acessibilidade passou a englobar serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural para as pessoas com deficiência.

Entretanto, classifica-se a acessibilidade em seis dimensões (Roedel, 2020):

- Arquitetônicas: entrave no acesso de edifícios públicos e privados;
- Comunicações e informação: ausência interação que dificulta expressão ou comunicação, entrave que impede de receber mensagens ou informações;
- Atitudinais: comportamento que limita ou impedem a participação social da pessoa com deficiência, comprometendo o exercício de direitos como os de acessibilidade, comunicação, circulação, liberdade, autonomia, acesso à informação;
- Programáticas: implementação de políticas públicas, legislações e normas internas de proteção às pessoas com deficiências;
- Metodológicas: desenvolvimento de métodos e técnicas e serviços adaptáveis para garantir o acesso as pessoas com deficiência ao laser, educação, mercado de trabalho;
- Instrumentais: elaboração de instrumentos, utensílios, como bengala, cadeiras de rodas e produtos utilizáveis pelas pessoas com deficiência.

Além disso, os direitos das pessoas com deficiências são direitos garantido pela Constituição em um Estado Democrático de Direito, e como tal, deve assegurar o exercício dos direitos fundamentais e sociais, visando o desenvolvimento e o bem-estar de todas as pessoas em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida com a erradicação da pobreza e correção de distorções, desigualdade, desequilíbrio que impedem o acesso ao desenvolvimento social (Guedes, 2014).

No entanto, apesar das leis terem sido criadas para atender as pessoas com deficiências, elas o fazem de forma genérica, sem especificar diferentes tipos de deficiências. É sabido que cada tipo de deficiência requer um tratamento específico. Por exemplo, as necessidades de uma pessoa surda são distintas das de um cadeirante ou de um autista. Diante disso, é fundamental que a legislação reconheça e especifique as diferentes condições de tratamento visando garantir o pleno desenvolvimento das capacidades e liberdades de cada indivíduo.

Neste contexto, Amartya Sen, ao se referir sobre a ligação entre liberdade individual e desenvolvimento social, destaca que essas liberdades vão muito além de mera constituição de direito. Para o autor, o que as pessoas podem realizar depende de oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e condições como saúde, educação e incentivo a iniciativas. Ele explica que as instituições quando oferecem essas oportunidades são moldadas pelo exercício das liberdades, permitindo a participação na escolha social e na tomada de decisões públicas, que, por sua vez, impulsionam o progresso do país (Zenaide; Baracho, 2018, p. 135).

Sen, também argumenta sobre a importância da democracia e das liberdades políticas efetivas, especialmente em países em desenvolvimento, onde as necessidades frequentemente se sobrepõem a outras considerações. Ele critica a ideia de que o desenvolvimento econômico deve preceder a democracia, sustentando que as liberdades políticas não são apenas instrumentais, mas também essenciais para a definição e satisfação dessas necessidades. Em suma, Sen ressalta que as liberdades políticas e a democracia são fundamentais não apenas para o desenvolvimento econômico, mas também para a construção de uma sociedade justa e equitativa, onde as necessidades de todos os cidadãos sejam devidamente reconhecidas (Sen, 2010).

Portanto, conclui-se que a acessibilidade é um princípio fundamental e um direito inerente ao ser humano com limitações ou déficits de natureza físicos, mentais ou cognitivos. Seu objetivo é proporcionar um meio de acesso a espaços públicos e privados, edificações, transportes, serviços e tecnológicas, assegurando às pessoas com deficiência independência, autonomia e o pleno exercício do direito de ir e vir além da igualdade de oportunidades nos âmbitos da saúde, educação, mercado de trabalho, lazer e comunicação.

Neste sentido, Amartya Sen, em sua abordagem vincula a liberdade ao desenvolvimento social, argumentando que o desenvolvimento vai além da simples constituição de direitos. O autor evidencia que as realizações das pessoas estão ligadas a oportunidades econômicas, poderes sociais, liberdades políticas e condições de acessos aos setores de saúde, educação e mercado de trabalho.

Em suma, a acessibilidade não apenas promove o bem-estar das pessoas com deficiência, mas também é vital para o progresso social e econômico, reforçando a importância de um ambiente inclusivo e equitativo em uma sociedade que reconhece as necessidades de todos os cidadãos.

4 POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Os maiores desafios que a sociedade contemporânea enfrenta decorre de diversos fatores que impactam diretamente as condições de vida das pessoas, abrangendo desde sua realização pessoal e integração social até a produção de bens. A superação dessas dificuldades, que geram profundas desigualdades sociais como consequência de um modelo de desenvolvimento que prioriza o mercado, requer a construção de um novo paradigma onde o capital humano seja a priorizado. Isso porque, a desigualdade é uma manifestação de uma realidade social fragilizada, que dificulta, e muitas vezes impede que as pessoas construam objetivo de vida e se desenvolva economicamente.

Além disso, as privações enfrentadas pelos indivíduos variam conforme as circunstâncias de suas vidas e ocasiona pobreza, limitação de bens e acesso a recursos econômicos. De acordo com Sen, a pobreza é entendida como a incapacidade de exercer liberdades substantivas, o que dificulta a condição de ser um agente social em desenvolver suas capacidades básicas (Zambam; Kujawa, 2017, p. 66).

A pobreza exerce um impacto não só na existência humana, limitando a capacidade de agir do ser humano, de ser livre e autônomo na sociedade, como também influencia as questões econômicas, sociais e políticas. Esse “fenômeno” não afeta a todos de maneiras iguais, uma vez que diferentes grupos de pessoas (Procopiuck^{2013, p. 138}) enfrentam realidades distintas, dependendo de sua posição social, geográfica e econômica. Tal variação pode resultar em marginalização e, em casos extremos, à exclusão social, afastando ainda mais as pessoas de melhores condições de sobrevivência. A exclusão social, neste contexto, emerge como uma das maiores ameaças à estabilidade social, política e econômica, afetando não apenas países do “terceiro mundo”, mas agora atinge também os países desenvolvidos, onde se observa um aumento do desemprego e da oferta de empregos mal remunerados (Leal, 2013).

Para mitigar esses efeitos, é crucial a participação de diferentes atores sociais como pessoas ou instituições que se comprometam com a correção das injustiças sociais que intensificam as desigualdades econômicas e contribuem para instabilidade social. Esses atores devem reformular as políticas públicas no sentido que proporcionem assistência imediata, especialmente em situações de sofrimento extremo, como aquelas causadas por desastres naturais ou outras circunstâncias adversas (Zambam; Kujawa, 2017, p. 66).

Nesse cenário, a criação de políticas públicas orientadas para priorizar o capital humano e a equidade social deve ter um alcance mais amplo, que vise no enfrentamento contra da pobreza e assegure a dignidade da pessoa humana e proporcione aumento

da igualdade, proteção contra os riscos sociais e expansão da prosperidade (Carvalho, 2019, p. 776). Essas políticas devem reconhecer que o desenvolvimento social diretamente relacionado à capacidade de compreender o potencial de investimentos, ao seu impacto no crescimento econômico, à distribuição justa de renda e o uso equilibrado dos recursos naturais. Além disso, devem prevenir as desigualdades, garantir a estabilidade social e política, promover o desenvolvimento das capacidades individuais e condição de agente social (Zambam; Kujawa, 2017, p. 66-67).

Neste sentido, à medida que o Estado evolui, aumenta sua responsabilidade em relação ao bem-estar social, e a promoção de políticas públicas torna-se um dever primordial, cuja missão básica nas sociedades democráticas é a realização do bem comum, ou seja, o bem de todos. Embora o mercado e outras instituições desempenhem papéis importantes, seus interesses específicos não abrangem toda a sociedade, pois, carecem de recursos e de estrutura universal que um Estado detém. Assim, cabe ao Estado a responsabilidade de atuar, administrar e fornecer bens públicos que integrem diferentes instâncias em um sistema cooperativo visando no bem-estar de todos (Zambam; Kujawa, 2017, p. 67).

Portanto, é essencial que sejam implementadas políticas públicas que garantam o exercício dos direitos fundamentais individuais e atendam às necessidades das pessoas, conforme assegurado, no texto constitucional, garantindo assim, a proteção da dignidade, a liberdade e outros tantos direitos subjetivos individuais e coletivos (Demarchi; Maieski, 2020b, p. 323). Afinal, “a dignidade humana é um valor fundamental para uma sociedade democrática” (Zambam; Kujawa, 2017, p. 67).

No Brasil, a Constituição consagra direitos inegociáveis que sustentam o ordenamento jurídico, sendo fundamental que as pessoas reconheçam e desfrutem de seus direitos e valores, dos quais se destaca a liberdade. O pleno exercício da liberdade simboliza a maturidade política e promove a equidade social (Zambam; Kujawa, 2017, p. 67). No entanto, a eficácia das políticas públicas deve estar vinculada à transformação das realidades sociais e ao desenvolvimento sustentável, vez que impactam todos os membros da sociedade. É importante frisar que a eficiência dessas políticas depende da correta identificação das necessidades de determinados grupos sociais, da participação ativa de atores políticos, administrativos e de arranjo institucionais que compartilhem interesse e responsabilidade comum na tomada de decisões (Procopiuck, 2013, p. 138). Os cidadãos também devem ser participantes ativos, somente assim, será possível desenvolver suas capacidades, o que é fundamental para alcançar o efeito das políticas sociais na melhoria da qualidade de vida (Zambam; Kujawa, 2017, p. 68).

No que tange às pessoas com deficiência, as políticas públicas voltadas para o capital humano devem considerar a participação ativa desse grupo como agentes fundamentais.

Essa inclusão é importante para compreender suas reais necessidades e promover mudanças que conduzam à construção de um Estado mais inclusivo, que valorize a diversidade humana. Ademais, a presença das pessoas com deficiência nos processos decisórios é essencial para fortalecer a luta contra a discriminação e a exclusão, uma vez que esse grupo são frequentemente as maiores vítimas de privação, pois são afetados por barreiras que limitam o acesso a direitos básicos e restringem suas escolhas e oportunidades.

Conforme Amartya Sen, a criação de diretrizes por meio de políticas públicas e ações interventivas do poder público, é vital para garantir a todos a expansão de suas capacidades, permitindo-lhe escolher a vida que deseja viver, sem enfrentar limitações às suas liberdades fundamentais. Para Sen, conforme já afirmado, o verdadeiro desenvolvimento está intimamente relacionado ao acesso aos direitos sociais e criação de condições e oportunidades que supere privações como pobreza, fome, vulnerabilidade, falta de oportunidades econômicas, exclusão social (Demarchi; Maieski, 2022, p. 251).

Neste contexto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é um instrumento fundamental para promover a dignidade humana das pessoas com deficiência e possibilitam que as implementações das políticas públicas sejam adequadas às necessidades dessas pessoas. Contudo, a eficácia dessas leis está diretamente relacionada à materialização dos direitos por ele garantidos.

Portanto, as transformações que se espera na materialização dos direitos por meios das políticas públicas dependem da capacidade dos agentes envolvidos em diagnosticar e analisar o real contexto sociopolítico em que se está inserido, tornando essencial o estabelecimento de metas a serem alcançadas (Demarchi; Maieski, 2022, p. 250). Essas diretrizes são atribuídas aos profissionais da Administração Pública e políticos legitimados por meio de canalização de recursos e estabelecimentos de processos e ações, com o objetivo de atender às demandas sociais, além de resolver problemas que afetam a coletividade.

O Estado deve garantir a todos os cidadãos um padrão mínimo essencial para uma vida digna, priorizando assistência aos grupos mais vulneráveis, entre eles, as pessoas com deficiência que devido à limitação, não consegue prover sua subsistência. Esse dever estatal é fundamental para garantir, por meio de implementação de políticas públicas, a concretização de direitos individuais e coletivos, especialmente as voltadas para eliminação de barreiras impeditiva (Demarchi; Maieski, 2022, p. 252).

Assim, conforme a perspectiva adotada do Sen, a verdadeira liberdade do ser humano é alcançada quando puder fazer suas escolhas de como ele quer viver. Ele argumenta que a liberdade é com um processo de desenvolvimento potencial das pessoas para cuidar de si mesmas e da sociedade, pois ele é livre de escolhas. Sen, em sua

obra (Sen, 2010), identifica cinco tipos de liberdades fundamentais, como sendo: a) liberdade Políticas, a que refere à capacidade de influenciar o governo; b) facilidades econômicas, acesso a recursos econômicos, permitindo que os indivíduos utilizem bens e serviços para consumo, produção ou troca, garantindo suas necessidades básicas; c) oportunidades sociais, a que envolvem a educação e a saúde, fundamentais para que os indivíduos melhorem sua qualidade de vida; d) garantias de Transparência a que envolvem o direito à informação, promovendo relações de confiança entre as pessoas, por último; e) segurança protetora, a que refere sobre a proteção social, como previdência e seguro-desemprego, que evita que pessoas vivam em condições extremas de pobreza e vulnerabilidade.

Em suma, Amartya Sen propões que a verdadeira liberdade está intrinsecamente vinculada à implementação de políticas públicas efetivas por um Estado democrático, que garantam a todos, especialmente às pessoas com deficiência, as condições necessárias para serem livres e prosperarem. A liberdade, nesse contexto, não é apenas um conceito abstrato, mas uma realidade concreta que deve ser assegurada por meio da superação das grandes desigualdades sociais. A oportunidade de escolher a vida que se deseja viver é fundamental para a felicidade e o desenvolvimento humano. Sen argumenta que, embora a renda e a expansão da produção sejam importantes, eles são meios, não fins, do desenvolvimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisa as problemáticas relacionadas à falta de acessibilidade na vida das pessoas com deficiência, propondo que a sua superação é crucial para o desenvolvimento das liberdades individuais. A análise é fundamentada na teoria de Amartya Sen, que aborda como as privações das liberdades impactam o desenvolvimento dos indivíduos e se somam às desigualdades e à persistência das opressões em um mundo contemporâneo.

O autor destaca que a pobreza e a falta de acesso a necessidades básicas, como alimentação, saúde, educação e trabalho, violam as liberdades individuais das pessoas, especialmente das mulheres. Entretanto, as pessoas com deficiência também enfrentam exclusão social e são frequentemente rotulados como incapazes.

A privação de liberdade das pessoas com deficiência pode ser entendida, primeiramente, como privação de acessibilidade, a qual impede as pessoas com deficiência acessarem suas liberdades que, neste caso, ficam em segundo plano. Sen argumenta que a verdadeira liberdade requer condições concretas que permitam a todos tomar decisões sobre suas vidas, no caso das pessoas com deficiência, a acessibilidade é fundamental

para expandir as capacidades dessas pessoas a tomarem a liberdades dessas decisões.

As consequências das ausências de acessibilidade são evidenciadas nos menores índices de participação dessas pessoas na educação e no mercado de trabalho conforme foi exposto neste artigo. A acessibilidade é um mecanismo essencial para a autonomia e independência das pessoas com deficiência, sem ela, essas pessoas se deparam com todos os tipos de barreiras, sejam arquitetônicas, comunicacionais e até mesmo atitudinais. Essas barreiras restringem o acesso dessas pessoas à saúde, educação, trabalho e limitam as liberdades individuais que Amartya Sen considera cruciais para o desenvolvimento do ser humano e consequentemente do Estado.

Neste contexto, sugere-se que o Estado implemente políticas públicas focadas no capital humano e na equidade social, visando mitigar as desigualdades sociais e econômicas de todas as pessoas. Para tanto, é fundamental que o Estado, por meio de políticas públicas, promova a acessibilidade para as pessoas com deficiências visando o acesso dessas pessoas aos direitos básicos e consequentemente a sua inclusão social e o desenvolvimento das diversidades humanas.

Neste sentido, com base na teoria de Amartya Sen, o maior defensor da ideia de que o verdadeiro desenvolvimento humano está ligado à expansão das capacidades e à garantia de liberdades fundamentais, conclui-se que é essencial a implementação de políticas públicas voltadas à acessibilidade alinhadas a esta visão e com intuito de proporcionar o acolhimento das pessoas com deficiência para que elas possam exercer suas condições de liberdade de escolha e participarem ativamente da educação e trabalhos.

ACCESSIBILITY AS A PATH TO THE DEVELOPMENT OF FREEDOM FOR PEOPLE WITH DISABILITIES BASED ON AMARTYA SEN'S THEORY

ABSTRACT

The article examines how accessibility promotes the development of freedoms, based on Amartya Sen's theory. The objective is to assess whether the lack of accessibility limits choices and opportunities, affecting the development of individual capabilities. The research uses a bibliographic approach and data analysis to explore the relationship between accessibility and freedom. The study analyzes development as freedom, accessibility as the key to achieving freedoms, and the progress of public inclusion policies towards sustainable development, highlighting the challenges in implementing accessibility in Brazil.

Keywords: accessibility; equality; education; employment; social inclusion.

REFERÊNCIAS

ACESSIBILIDADE. *In*: MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2024. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/acesibilidade>. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15ago. 2024.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 773-794, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/59730/40602>. Acesso em: 14 ago. 2024.

CASTILHO, Ricardo. **A liberdade como fundamento dos direitos humanos**. São Paulo: Expressa, 2021.

DEMARCHI, Clovis; SANTOS, Christiane Jorge Rosa dos. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: regulação e Políticas Públicas para efetiva inclusão social. *In*: Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo, 12, v. 6 n. 1, set. 2019, Alicante. **Artigos [...]**. Alicante, Espanha: Universidade de Alicante, 2019. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/acts/article/view/16598>. Acesso em: 14 ago. 2024.

DEMARCHI, Clovis. MAIESKI, Elaine Cristina. Estatuto da pessoa com deficiência, alterações legislativas e implementação de políticas públicas. *In*: ALMEIDA, Flávio Aparecido de (org.) **Políticas Públicas, Educação e Diversidade: Uma Compreensão Científica do Real**. Guarujá (SP): Editora Científica, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.37885/200801156>. Acesso em: 14 ago. 2024.

DEMARCHI, Clóvis; MAIESKI, Elaine Cristina. Indicadores sociais e políticas públicas de acessibilidade para pessoa deficiente. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, Brasília, v. 11 n. 41, p. 320-335, 2020. Disponível em: Acesso em: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4411311>. 12 ago. 2024.

DEMARACHI, Clovis; MAIESKI, Elaine Cristina. O estatuto da pessoa com deficiência na redução da desigualdade: ODS 10 e a inclusão social. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, 29, 2022, Balneário Camboriú. ASSAFIM, João Marcelo de Lima; COSTA, José Ricardo Caetano; SILVA, Marcos Vinícius Viana da. (org.) **Direitos Sociais e Políticas Públicas I**. Florianópolis, SC: COMPEDI, 2022, p. 238-256. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/yj2g9x2y/f2Aece2ABBPRdL6S.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2024.

GOMES, Joaquim Correia; NETO, Luísa; VÍTOR, Paulo Távora (org.). **Convenção**

Sobre Os Direitos das Pessoas com Deficiência: Comentário. Lisboa, Imprensa Nacional-Casa Da Moeda, 2020. Disponível em: <https://impresnacional.pt/wp-content/uploads/2022/03/Convencaosobreosdireitosdaspeessoascomdeficiencia.pdf?btn=red>. Acesso em: 29 jul. 2024.

GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade:** introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HOUAISS, Antonio. ACESSIBILIDADE. *In: Dicionário Houaiss Da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2005.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua:** Pessoas com deficiência: 2022. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv102013_informativo.pdf. Acesso em: 14 ago. 2024.

PESQUISA da FGV aponta aumento da desigualdade social após a pandemia. **IBASE. Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas**, Rio de Janeiro, 28 mar. 2023. Comunicação. Disponível em: <https://ibase.br/pesquisa-da-fgv-aponta-aumento-da-desigualdade-social-apos-a-pandemia>. Acesso em: 05 ago. 2024.

LEAL, Ana Christina Darwich Borges. Exclusão social, nova pobreza e violência urbana: alguns aspectos do debate acadêmico. *In: DIAS, Jean Carlos; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. (org.) Direito, políticas públicas e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém, PA: CESUPA, 2013, v. 1, p. 19-36.

MOLINARI, Daniela da Rosa; TURATTI, Luciana; CARRENO, Ioná. A proteção dos direitos sociais na perspectiva do desenvolvimento e das políticas públicas igualitárias e não discriminatórias. **Interações**, Campo Grande (MS), v. 23, n. 1, p. 101-113, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.20435/inter.v23i1.2988>. Acesso em: 21 jul. 2024.

NEDER, Raquel do Nascimento. A Teoria do desenvolvimento de Amartya Sen: uma discussão teórico-empírica do papel das liberdades humanas. *In: Jornada Internacional de Políticas Públicas*, 9, 2019, São Luís (MA). **Anais da IX JOINPP**. São Luís (MA): UFMA, 2019. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoId_1057_10575cca2adb6ae26.pdf. Acesso em: 15 jul. 2024.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 jul. 2024.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. Florianópolis: Ed. Conceito, 2018.

PEREIRA, Márcio. A História da Pessoa com Deficiência. **Ciências Gerenciais em Foco**, Frutal, MG, v. 8, n. 5, p. 82-96, 2017. Disponível em: <https://revista.uemg.br/>

index.php/cgf/article/view/3149. Acesso em: 28 jul. 2024.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. Direitos Humanos e Liberdades: Conceitos Centrais de uma Nova Visão de Desenvolvimento. **Boletim de Análise Político-Institucional / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**, Brasília, n. 1, 2011, p. 33-36, 2013. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5603/1/BAPI_n03_2013-mar.pdf. Acesso em: 07 jan. 2024.

PROCOPIUCK, Mario. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROEDEL, Tamily. **Deficiência, Inclusão e Acessibilidade**. Brusque: UNIFEBE, 2020.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento**. Curitiba: Editora Ithala, 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão técnica, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 479-516, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v12n2.4575>. Acesso em: 12 ago. 2024.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Direito Proc. Geral**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-78, 1990. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODUwOA%2C%2C>. Acesso em: 14 jul. 2024.

ZENAIDE, Amanda Luna Torres; BARACHO, Hertha Urquiza. Deficiência como privação de liberdades: em busca do direito ao desenvolvimento da pessoa com deficiência. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 131-147, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0111/2018.v4i1.4401>. Acesso em: 12 ago. 2024.

ZAMBAM, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 60-85, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n1p60-85>. Acesso em: 16 ago. 2024.

A INTERSECCIONALIDADE COMO
PILAR DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO
CASO DA INJÚRIA RACIAL

*INTERSECTIONALITY AS A PILLAR
FOR THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL
RIGHTS: AN BRIEF ANALYSIS OF THE BRAZILIAN
CASE OF RACIAL INJURY*

A INTERSECCIONALIDADE COMO PILAR DE INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA BREVE ANÁLISE DO CASO DA INJÚRIA RACIAL¹

INTERSECTIONALITY AS A PILLAR FOR THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN BRIEF ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE OF RACIAL INJURY

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior²

RESUMO

A interseccionalidade é um parâmetro determinante de interpretação e de aplicação de direitos fundamentais no Brasil atualmente. Este artigo tem como objetivo conceituar criticamente a interseccionalidade, determinar a sua função na interpretação e na concretização de direitos fundamentais. Por meio de pesquisa bibliográfica com foco em doutrina especializada e em precedente brasileiro, é defendida a relação do método *common law* na aplicação jurídica da interseccionalidade dentro do modelo de constitucionalismo vivo. Na discussão, é dito a reflexão interseccional na aplicação do direito é resultado de uma teorização mais recente desse conceito e sua influência na formação de juristas, mas ele também pode e deve influenciar legislações. Nas considerações finais, é dito que há uma relação natural do modelo *common law* e a interseccionalidade e que é necessário aprofundar essa reflexão em novos casos.

Palavras-chave: interseccionalidade; direitos fundamentais; *common law*; constitucionalismo vivo.

1 INTRODUÇÃO

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos do Habeas Corpus (HC) nº 82.424-2 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº

¹ Data de Recebimento: 22/09/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Professor da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Pós-doutorando e doutor em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: tarcisio.rocha@ufersa.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4675589766225743>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0988-890X>.

26 já indicavam que o entendimento da corte seria no sentido de reconhecer que a homotrasfobia é racismo e que a legislação penal e civil relacionada ao tema também vale para atos homotransfóbicos. Mesmo assim, por meio de embargo de declaração no Mandado de Injunção nº 4277, o STF confirmou esse entendimento, o que acabou por demonstrar que a reflexão interseccional já é pilar determinante para a devida compreensão dos direitos fundamentais – e dos direitos humanos.

A interseccionalidade é um conceito teorizado recentemente, mas que possui raízes na teoria crítica do feminismo negro desenvolvida com mais detalhes no século XX. O objetivo principal é demonstrar que a interseccionalidade é um pilar determinante dos direitos fundamentais atualmente. Para tal, o primeiro objetivo específico é explicar a interseccionalidade em sua origem e parâmetros principais. O segundo objetivo é tratar sobre o marco de sua defesa como pilar de compreensão nos direitos humanos que ocorreu em Durban em 2001. Por fim, o terceiro objetivo é descrever o modelo do *common law* como adequado para a interpretação da interseccionalidade, dentro da ideia de constitucionalismo vivo, na compreensão do reconhecimento da criminalização de atos transfóbicos no STF. A hipótese é que a interseccionalidade surgiu nos estudos do feminismo negro, mas que ela se tornou diretriz determinante para a interpretação e para a concretização dos direitos fundamentais dentro do método do *common law*.

2 O CONCEITO DE INTERSECCIONALIDADE E SEUS CRÍTICOS

A interseccionalidade surge como instrumento teórico no movimento feminista negro dos anos 70 e 80, mas é possível identificar sua aplicação crítica já nos estudos de raça e de gênero de Lelia Gonzalez. Da mesma forma, os escritos de Foucault a respeito do conceito de dispositivo e sua relação com a ideia de corpo ou sexualidade também podem servir de referência para a sua compreensão. De maneira concisa e propositiva, no entanto, é possível dizer que o conceito de interseccionalidade foi primeiramente desenvolvido por Kimberlé Crenshaw em um texto de 1989. Em poucas palavras, é possível dizer que a interseccionalidade é uma conceituação teórica de uma dinâmica de problemas estruturais que relacionam diferentes eixos de subordinação social.

No que se refere especificamente ao feminismo negro, é possível dizer que, entre suas características centrais está a crítica ao universalismo no que se refere às políticas públicas sobre mulheres. Almejando retirar a mulher negra da invisibilidade, da exclusão e da marginalização, o movimento feminista negro demonstra, por meio da interseccionalidade, que a dinâmica da questão de gênero vem piorar a situação da mulher negra que já sofre com as questões relacionadas ao racismo. Dentro dessa perspectiva, é possível criticar tanto as correntes tradicionais do feminismo branco, que não conside-

ram as questões relacionadas à mulher negra, como o movimento antirracista negro, em que é possível perceber uma preponderância da perspectiva masculina.

Dois abordagens são importantes na compreensão da interseccionalidade como elemento de compreensão de direitos fundamentais, a subinclusão e a superinclusão. O problema da subinclusão se mostra quando um problema social é compreendido como pertencente a apenas a um subgrupo de mulheres, não sendo, assim, considerado como um problema de gênero simplesmente por não ser enfrentado por outros subgrupos de mulheres. Por exemplo, se um problema não é enfrentado por mulheres brancas, não é uma questão de gênero, ou se não for enfrentado por um homem negro, não será uma questão de raça. Por outro lado, no que se trata de superinclusão, é possível dizer que ele se define por ser a perspectiva na qual a própria diferença é ignorada. Aqui, um problema interseccional é absolvido pela estrutura de gênero sem se perceber que outras formas de subordinação estão envolvidas no mesmo âmbito. Por exemplo, defender que o tráfico de mulheres é um tema que envolve exclusivamente uma questão de gênero é um equívoco, haja vista que mulheres negras e pobres são possuem uma maior vulnerabilidade nesse tipo de crime. Aqui, então, a questão de gênero encobre a territorialidade e a raça.

Carla Akotirene (2018) desenvolve críticas interessantes ao conceito tradicional de interseccionalidade. O primeiro desafio retratado pela autora envolve o desafio das epistemologias africanas. A questão aqui é que a ideia de interseccionalidade desapropria o espaço de debate de cosmovisões diaspóricas. As perspectivas africanas são ricas culturalmente e demonstram um olhar de povos que, por exemplo, não vivenciaram problemas tradicionais do mundo ocidental como o binarismo, a família nuclear e a superioridade do homem sobre a mulher. Aqui o discurso do povo negro como perdedor e a ideia de gênero é novo e não é um ponto de partida para reflexões sobre o mundo. Da mesma forma, ideias como casamento, maternidade e família. O segundo desafio trazido por Akotirene envolve a desconsideração da ideia de colonialidade por Crenshaw. A proposta da pensadora estadunidense tem viés liberal, desconsiderando novas configurações de gênero e não valorizando a experiência colonial vivenciada na América Latina e no Caribe.

3 A INTERSECCIONALIDADE NOS DOCUMENTOS DE ORGANISMOS INTERNACIONAIS

Um marco importante para compreensão da interseccionalidade como pilar de interpretação dos direitos humanos foi a III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância ocorrida em setembro

de 2001 em Durban na África do Sul. Nesse evento, Kimberlé Crenshaw (2002) apresentou um documento para o encontro de especialistas em aspectos de discriminação racial relativos ao gênero. Entre os principais pontos nesse documento, além da constatação da necessidade de melhor estudo a respeito da interseccionalidade nos direitos humanos, é possível citar oito recomendações fundamentais. A primeira foi promover melhorias na coleta de dados e nas estratégias de desagregação dos marcadores sociais da diferença. A segunda foi destacar a responsabilidade dos órgãos de revisão de tratados n solicitação de uma análise interseccional.

A terceira foi revisar os mecanismos nacionais para facilitar o acesso de mulheres à proteção e à reparação de discriminação interseccional. A quarta foi apoiar a incorporação da perspectiva de raça semelhante à incorporação à perspectiva de gênero na análise de políticas públicas. A quinta foi capacitar mulheres marginalizadas para participar de forma mais direta dos discursos de direitos humanos. A sexta foi indicar um relator especial para promover maior conscientização sobre as condições e mulheres de grupos étnicos e raciais discriminados em todo o mundo. A sétima foi aproximar os comitês da ONU que tratam sobre discriminação racial e de direitos da mulher. Por fim, a oitava foi criar um documento contra o racismo e que chame atenção para a discriminação interseccional.

Em obra publicada no aniversário de 20 anos na Conferência de Durban, é possível encontrar alguns impactos no Brasil dos debates que aconteceram lá. Entre eles está na aliança entre movimento feminista e o movimento de mulheres negras, uma nova afirmação dos movimentos no combate ao racismo, uma maior produção de conhecimento em relação ao racismo e políticas públicas, uma continuidade em relação à reparação pecuniária, a promulgação do Estatuto da Igualdade Racial, um maior investimento na convenção interamericana, entre outras conquistas.

Um documento relevante no que se refere à importância da interseccionalidade no sistema interamericano de direitos humanos é o documento Parâmetros Interamericanos para a prevenção, combate e erradicação da discriminação racial estrutural de 2021. Em seu conteúdo, há um tópico específico que trata da utilização da interseccionalidade como diretriz de interpretação e concretização dos direitos humanos. Em poucas palavras, o texto destaca que a abordagem interseccional permitiu perceber lacunas sociais, econômicas, educacionais e várias outras. Assim, quando a abordagem de raça e gênero são realizadas em separado muitas informações relevantes no que se refere à concretização dos direitos humanos fica despercebida. Dessa forma, é uma obrigação dos países realizar suas políticas públicas com fundamento na abordagem interseccional. Outro documento no qual a interseccionalidade é no adendo ao Relatório do Comitê de Especialistas na Aplicação das Convenções e recomendações da OIT de 2020. O documento

é dividido em três partes. A primeira trata de questões metodológicas gerais do trabalho do comitê. A segunda trata de países em específico no que trata de cada convenção. Por fim, na terceira parte é o adendo no qual o comitê analisa o estado de países em geral, independentemente de ele ter ratificado ou não as convenções da OIT.

4 MODELO *COMMON LAW* E A INTERPRETAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA INTERSECCIONALIDADE: OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MI N° 4733

Este tópico está dividido em três partes. Na primeira, é detalhada criticamente a relação que há entre o constitucionalismo vivo e o sistema *common law* dentro do contexto brasileiro. Ele é necessário para demonstrar uma alternativa a um modelo ingênuo, mas influente, de neoconstitucionalismo. O segundo tópico demonstra a relação que há entre o modelo *common law*, pressuposto do constitucionalismo vivo, e a interseccionalidade. Por fim, é trazido o exemplo brasileiro dos embargos de declaração no Mandado de Injunção n° 4733.

4.1 O modelo *common law* no constitucionalismo como árvore viva

De acordo com Hart (1994), o modelo *common law* é uma estratégia interessante para lidar com os problemas do formalismo. Frederick Schauer (1991, p. 174) explica que o modelo do *common law* não deve ser compreendido como a interpretação e a aplicação de textos canônicos estabelecidos previamente pelo Poder Legislativo. A sua definição está relacionada com a aplicação do direito produzido por decisões judiciais anteriores que resolvem problemas específicos. É possível dizer que essas decisões produzem princípios de aceitação estabelecida. O constrangimento do direito realizado nos juízes não é da mesma forma que é realizado pela legislação.

Também é destacado que o *common law* deve ser visto também como um método, não apenas como uma tradição histórica. As normas produzidas nesse modelo possuem força quando as decisões são bem fundamentadas e possuem o reconhecimento dos tribunais em geral, mesmo que não tendo nada definitivo. A segurança e a justiça são valores reconhecidos nesse modelo. A tradição histórica é vista também como um valor a ser respeitado por juízes dentro de um modelo de respeitabilidade e de continuidade de decisões consideradas adequadas tomadas no passado. Waluchow (2007) explica que o método do *common law* é muito interessante no que se refere à produção de tradições jurídicas relacionadas ao direito antidiscriminatório do Canadá. No que se refere à sua adaptabilidade a outros sistemas, o autor afirma que:

(...) em algum lugar entre esse cenário e o que Hart descreve, há outras opções nas quais poderes mais liberais de anulação e distinção de precedentes são possíveis, e estas não ameaçam o Estado de Direito. Qual dessas opções realmente prevalece em um sistema específico dependerá das demandas colocadas sobre os juízes pelas normas de competência que circunscrevem seus poderes de decisão. Mas qualquer que seja a mistura que o sistema incorpore, o significado permanece que o direito comum tem uma longa história estabelecida com a qual os juristas estão familiarizados, a de combinar com sucesso (de várias maneiras) rigidez com adaptabilidade. Se assim for, então podemos olhar proveitosamente para o common law como um modelo para entender as constituições e os papéis que elas são capazes de desempenhar (Waluchow, 2007, p. 204)³.

Em relação específica com o sistema brasileiro, é possível trazer três argumentos específicos do contexto brasileiro para o debate (Gomes Júnior, 2023, p. 178). O primeiro se refere a existência de novos direitos, ou seja, direitos que não estão diretamente relacionados com o sistema canadense. Por exemplo, direitos sociais e indígenas. Por mais que esses direitos possam existir no Canadá, sua garantia possui um outro significado na América Latina. A constituição brasileira de 1988, por exemplo, propõe o que a doutrina chamou de “revolução pela constituição”, ou seja, um projeto no qual pobreza e a desigualdade social devem ser combatidas de maneira prioritária.

Outra questão relacionada é a que envolve a própria legitimidade da jurisdição constitucional em tradições constitucionais em que a garantia de direitos é ampla. Como a promessa constitucional é ampla, todos os poderes devem agir de maneira a promover o máximo de efetividade de suas cláusulas. Mesmo considerando a necessidade de atuação do Legislativo e do Executivo, é possível dizer que o conflito dentro dessas situações sensíveis relacionadas à promover a proteção de direitos geram mais contatos de divergência e conflito entre os poderes.

Mesmo com essas questões, é possível considerar o constitucionalismo de Waluchow (2007) como uma alternativa sedutora aos problemas do neocosntitucionalismo ingênuo divulgado no Brasil. Entre os pontos positivos da proposta de Waluchow (2007) é possível citar o fato de promover a compreensão da proteção da constituição como

³ Ou o original: “(...) somewhere between this scenario and the one Hart describes are other options in which more liberal powers of overruling and distinguishing precedents are possible, and these do not threaten the rule of law. Which of these options actually obtains in a particular system will depend on the demands placed on judges by the norms of adjudication circumscribing their powers of decision. But whatever blend the system embodies, the point remains that the common law has a long, established history, with which lawyers are familiar, of successfully combining (in various ways) fixity with adaptability. If so, then we might profitably look to the common law as a model for understanding Charters and the roles they are capable of playing”.

um diálogo entre os poderes – e não papel exclusivo ou protagonizado pelo Judiciário. Além disso, promovendo o modelo do *common law*, o autor estabelece que as decisões jurisdicionais não tem vocação para resolver todos os problemas de maneira ampla e irrestrita – em outras palavras, não é de a vocação da jurisdição constitucional produzir leis gerais. É da vocação da jurisdição constitucional resolver problemas concretos de maneira pontual e respeitando a tradição construída pelo tribunal no passado. Em outras palavras, no desenvolvimento da árvore viva por meio da interpretação construtiva, todos os poderes da república devem participar, além de movimentos sociais, ONG's e da população diretamente.

4.2 A interseccionalidade e o modelo *common law*

Réaume (2002) nos explica que existem, de maneira geral, duas formas de criar o direito. A primeira – chamada de modelo de cima para baixo – é associada à produção legislativa. Por outro lado, o segundo, é associado com a construção judicial do direito ao resolver problemas jurídicos de maneira concreta – é o modelo de baixo para cima – e é este segundo que está mais próximo da atuação típica do método do *common law* tal como utilizado por Waluchow (2007). O primeiro modelo é caracterizado por servir para a construção prévia e sistemática de critérios jurídicos gerais para uma grande amplitude de casos a serem resolvidos no futuro. O segundo modelo, diferentemente, é seu oposto, ou seja, é caracterizado pela aceitação de que uma caracterização geral e precisa de uma grande amplitude de casos é, no mínimo, improvável. Por isso, apenas casos concretos são de possível resolução da melhor forma possível.

Ainda dentro do modelo de baixo para cima, a autora nos explica que, por não pressupor uma justificação geral e ampla, ele propicia ajustes ou mesmo a própria revisão de critérios jurídicos utilizados em casos concretos. Isso é uma grande virtude, haja vista que é comum vivenciar o risco de resultados absurdos ou indesejados durante a aplicação de regras jurídicas com uma grande amplitude e generalidade. Como dito anteriormente, não é pressuposto desse modelo a construção de uma tese na qual juízes teriam grande amplitude de poderes. É necessário que a construção das teses respeite uma identidade entre decisões do passado, do presente e do futuro. Isso é um pressuposto teórico do sistema de precedentes – ou modelo *common law*. Assim, o ponto forte desse modelo é a sua adaptabilidade jurídica a contextos específicos e imprevisíveis, enquanto o ponto fraco do modelo de cima para baixo é a dificuldade desse tipo de estratégia.

Mesmo com essas características diferentes, não é defendido aqui uma oposição ou um distanciamento entre esses modelos. O constitucionalismo como árvore viva não é um modelo no qual há uma defesa das qualidades do sistema *common law* em oposição

aos defeitos do *civil law*. Waluchow (2007, p. 204) (Gomes Júnior, 2023, p. 178). Na realidade a proposta aqui defendida é sobre a defesa de uma complementariedade em relação a esses modelos, ou seja, é possível dizer que o raciocínio casuístico é capaz de auxiliar na construção ou mesmo na correção de legislações incoerentes ou incompletas. Isso justifica a aproximação desses dois modelos de decisão em diferentes sistemas jurídicos do mundo, incluindo o brasileiro.

Um ponto relevante nesse contexto é a reflexão a respeito da capacidade desses dois modelos lidarem com situações nas quais diferentes formas de discriminação estão envolvidas, ou seja, situações nas quais a interseccionalidade é um fato relevante de compreensão do caso concreto trazido. A proposta de Réaume (2002, p. 132) é que o modelo de baixo para cima – inspirado no *common law* – é mais adequado para lidar com problemas interseccionais. É possível dizer que essa constatação não é resultado na própria natureza dessas duas formas de construção do direito. A questão é que a falta de reflexão interseccional da nossa tradição jurídica reflete em uma legislação incapaz de lidar com problemas interseccionais apenas tendo a legislação como recursos.

A recente teorização da interseccionalidade e a sua influência no pensamento jurídico contemporâneo por meio da doutrina e de estudos realizados por organismos internacionais fez com que juízes tomassem conhecimento de sua relevância na compreensão de direitos fundamentais, especialmente no Brasil. Essa realidade também fez com que o método de baixo para cima se tornasse mais adequado para lidar com problemas interseccionais. Outro motivo para se defender essa tese é a capacidade que o método *common law* possui na determinação e na individualização do direito em problemas interseccionais. É possível complementar afirmando que tais problemas possuem especificadas e individualidades que dificilmente podem ser antecipadas e inseridas em legislações.

Réaume (2002) cita como exemplo o caso canadense no qual uma mulher não foi atendida em uma loja pelo fato do atendente pensar que ela estava bêbada. Essa mulher, além de possuir deficiências que limitavam seus movimentos e sua comunicação, também era indígena. Após ser judicializado, o caso resultou na condenação do atendente apenas por capacitismo, se ignorando o fato dela ser indígena. Outro exemplo citado pela autora é um caso americano no qual uma empresa era acusada por não contratar mulheres negras. Após judicialização, foi constatado que havia a contratação de mulheres brancas e de homens negros. A conclusão no caso foi que não havia uma contratação discriminatória. Em ambos os casos, de acordo com Réaume (2002), a falta de reflexão interseccional foi determinante. Da mesma forma, também é possível dizer que sua utilização seria possível por serem casos em que a reflexão de baixo para cima está presente. A possibilidade de adaptação de critérios jurídicos a situações específicas permite, de maneira mais eficiente, uma reflexão interseccional.

4.3 Um caso brasileiro: os embargos de declaração no mandado de injunção nº 4733

O Mandado de Injunção (MI) nº 4733 possuía objeto semelhante ao da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Ambas tratavam a respeito da criminalização da homotransfobia por meio da lei que criminaliza o racismo no Brasil, a lei nº 7716/89. A lei foi promulgada de tal forma a criminalizar diferentes tipos de preconceito tais como os relativos à raça, à religião, à etnia e à procedência nacional (art. 1º). O MI nº 4733 e a ADO nº 26 são ações voltadas a suprir omissões do Congresso Nacional que impedem que direitos sejam respeitados. O MI de caráter individual ou subjetivo e a ADO de caráter geral ou objeto. O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) foi que havia uma omissão inconstitucional do Congresso Nacional ao não promulgar uma legislação criminalizando a homotransfobia. Logo, tanto o MI nº 4733 como a ADO nº 26 foram deferidas e a homotransfobia foi inserida como crime de racismo nos termos da lei nº 7716/89.

Os embargos de declaração são um instrumento processual voltado a resolver problemas relacionados à obscuridade, à contradição ou omissão da decisão impugnada. No caso de sua utilização no MI nº 4733, a utilização desse recurso serviu para questionar ao STF a respeito da inclusão da homotransfobia no crime de injúria racial tratado o art. 140, ° 3º do Código Penal brasileiro. Como o STF já havia equiparado a imprescritibilidade do crime de injúria racial ao crime de racismo no Habeas Corpus (HC) nº 154248, havia a dúvida se esses efeitos valeriam também para o caso de prática de injúria racial no âmbito da homotransfobia. O entendimento do STF nos embargos de declaração foi precedente ao pedido, ou seja, a imprescritibilidade do crime injúria racial também vale para o caso de sua prática no caso de homotransfobia. Tendo esse brevíssimo resumo em pauta, é possível demonstrar a relevância da reflexão interseccional para a construção desse precedente.

A interseccionalidade permite perceber de maneira mais clara e mais complexa as vulnerabilidades que determinados grupos estão dispostos. Como é citado na fundamentação do ministro Fachin, relator no MI nº 4733, a comunidade LGBTQIA+ sofre não apenas com ofensas relacionadas à sua sexualidade. Outros marcadores sociais da diferença entram em uma dinâmica social que vulnerabiliza ainda mais grupos que vivem em áreas periféricas, que são negros ou que são indígenas, por exemplo. Essas pessoas são as verdadeiras beneficiadas por uma legislação que almeja proteger contra injúrias raciais relacionadas à sexualidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que o estudo ainda mereça o devido desenvolvimento e aprofundamento, é possível ter como considerações finais, primeiro, que a interseccionalidade é um conceito teórico que permite ao jurista perceber que existem grupos sociais que sofrem diferentes tipos de subordinação social, superando a ideia de que esses grupos são independentes. Dessa forma, políticas públicas, assim como o acesso à justiça, devem considerar essa especificada para que suas ações sejam mais eficientes.

Em segundo, é possível dizer que o marco mais importante na defesa da interseccionalidade como pilar de direitos humanos e fundamentais foi o parecer de Kimberlé Crenshaw na Conferência de Durban na África do Sul em 2001. Nela, a primeira constatação foi que esse conceito ainda é pouco utilizado e conhecimento pelos especialistas de direitos humanos e que é necessária uma reflexão interseccional para que possamos construir políticas públicas eficientes na defesa de direitos humanos.

Por fim, o reconhecimento da injúria racial para casos de homotransfobia pelo STF é uma forma de atuação interseccional na defesa da igualdade dentro do modelo do *common law*. Isso porque a defesa e a proteção do grupo LGBTQIA+ deve ser mais fortalecida nos casos específicos nos quais outras formas de discriminação social estão presentes como a territorial, a financeira e outras.

INTERSECTIONALITY AS A PILLAR FOR THE INTERPRETATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN BRIEF ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE OF RACIAL INJURY

ABSTRACT

Intersectionality is a determining parameter for the interpretation and application of fundamental rights in Brazil today. This article aims to critically conceptualize intersectionality, determining its role in the interpretation and implementation of fundamental rights. Through bibliographical research focusing on specialized doctrine and Brazilian precedent, the relationship of the common law method in the legal application of intersectionality is defended within the model of living constitutionalism. In the discussion, it is said that intersectional reflection in the application of law is the result of a more recent theorization of this concept and its influence on the training of jurists, but it can and should also influence legislation. In the final considerations, it is said that there is a natural relationship between the common law model and intersectionality and that it is necessary to deepen this reflection in new cases.

Keywords: intersectionality ; fundamental rights ; common law ; living constitutionalism.

REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, Carla. **O que é interseccionalidade?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BRASIL. STF, ADO 26, MI 4277. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240> , Acesso em: 22 set. 2024.
- BRASIL. Brasil e Durban [livro eletrônico]: 20 anos depois / Geledés – Centro de Documentação e Memória Institucional; [pesquisa de Iradj Eghrari]. – São Paulo : Geledés – Centro de Documentação e Memória Institucional, 2021.
- CRENSHAW, Kimberlé. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. **The University of Chicago Legal Forum**. n. 140 p.139-167, 1989.
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero. **Revista Estudos Feministas**. Ano 10 (1). Florianópolis, 2002. p.171-188
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I - A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2014.
- GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. **O constitucionalismo como árvore viva de Wil Waluchow: Entre emergência e autoritarismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.
- RÉAUME, Denise. Of Pigeonholes and principles: a reconsideration of discrimination law. **Osgoode Hall Law Review**, [s. l], v. 40, n. 2, p. 113-143, fev. 2002.
- SCHAUER, Frederick F.. **Playing by the Rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life**. Oxford: Oup Oxford, 1991.
- SCHAUER, Frederick F.. Is the Common Law Law? **California Law Review**, [s. l], v. 77, n. 2, p. 455-471, fev. 1989.
- WALUCHOW, Wilfrid.. **A common law theory of judicial review: The living tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

OS AVANÇOS E OS RECUOS
JURÍDICO-AMBIENTAIS NA
RECUPERAÇÃO DA BR-319

*THE LEGAL AND ENVIRONMENTAL
ADVANCES AND SETBACKS IN
THE RECOVERY OF BR-319*

OS AVANÇOS E OS RECUOS JURÍDICO-AMBIENTAIS NA RECUPERAÇÃO DA BR-319¹

*THE LEGAL AND ENVIRONMENTAL ADVANCES AND SETBACKS
IN THE RECOVERY OF BR-319*

João Gaspar Rodrigues²

RESUMO

Nos últimos cinquenta anos, milhões de pessoas de uma porção importante da Amazônia Legal vem aguardando a integral operabilidade e trafegabilidade de uma rodovia federal, a BR-319, cujos propósitos de integração nacional e internacional podem resultar em largos benefícios econômicos e sociais. Este artigo parte da problemática de uma obra vital para o desenvolvimento socioambiental e cuja conclusão definitiva é postergada por conta de debates infundáveis, permeados por uma lógica formal e sectária. São destacados no desenvolvimento do estudo, o isolamento da região amazônica como modelo de preservação ambiental, os efeitos socioambientais da obra, os riscos de degradação ambiental e as contramedidas governamentais para minorar ou neutralizar os riscos.

Palavras-chave: BR-319; Amazônia; recuperação; isolamento geográfico; benefícios socioambientais.

1 INTRODUÇÃO

A BR-319 é uma rodovia federal que apresenta a capacidade de conectar Manaus (AM) a Porto Velho (RO), e daí gerar integração nacional e internacional (por também possibilitar uma saída rodoviária para o Pacífico, via Bolívia e Peru), atravessando boa parte da floresta amazônica. Apresenta 885 km de extensão, a quase totalidade no Estado do Amazonas. A rodovia foi oficialmente inaugurada em 27 de março de 1976. Atualmente, a maior parte da via não apresenta mínimas condições de trafegabilidade,

¹ Data de Recebimento: 22/10/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Mestre em direito pela universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em direito penal e processo penal pela universidade cândido mendes/rj. promotor de justiça do ministério público do Amazonas. atualmente chefe do centro de estudos e aperfeiçoamento funcional do MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3728284485798564>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6512-4643>.

principalmente no período das chuvas constantes, quando recebe o epíteto de “rodovia da lama”. O estado de inércia na sua completa recuperação persiste ladeado pelo infundável debate entre ambientalistas e desenvolvimentistas, divididos em campos ferozmente antagônicos.

Sobre a reconstrução ou recuperação da BR-319 há, de um lado, uma narrativa de ecoterror³, a partir de premissas que precisam ser melhor debatidas e compreendidas, incluindo os riscos não completamente quantificáveis (mas fruto de especulações e de construções cerebrinas ou estimativas de verossimilhança antecedidas da indefectível expressão “pode ser”) e os elevados custos sociais. De outro lado, há a pauta dos desenvolvimentistas entusiastas, que sem maiores raciocínios técnicos ou científicos, desatam alguns argumentos de ocasião para justificar a plausibilidade do empreendimento.

Quando estudiosos, os mais diversos, contemplam um processo que é mal compreendido (pois envolto em narrativas inconciliáveis e sem concessão argumentativa alguma), qualquer avaliação que possam oferecer é equiparável a um palpite consciente, esgrimido por meio de teorias ou hipóteses logicamente sólidas, mas ainda assim sujeitas a revisões à luz de novas evidências ou *insights*. Buscar essas evidências, purificá-las dos preconceitos e dos impulsos sectários, talvez seja o grande desafio para oferecer parâmetros definitivos ao problema.

Não é o propósito deste ensaio minimizar os perigos ou subestimar a probabilidade de resultados ruins com a reconstrução ou recuperação da BR-319, nem tampouco maximizar ou superestimar os benefícios do empreendimento, mas apenas apresentar, de um ponto de vista o mais objetivo possível, os reais fatos embutidos na discussão. E a partir disso, contribuir, de algum modo, com a construção de uma solução valiosa para um problema real e crônico que, de um ponto de vista objetivo, arredando as paixões envolvidas e os impermeáveis preconceitos, já poderia ter sido equacionado.

Para desenvolver uma investigação verdadeiramente científica, será feito uso de uma metodologia consistente em revisão bibliográfica (pesquisa da literatura mais relevante, principalmente em trabalhos de ciência política, ecologia sistêmica, economia, filosofia e uma série de outras fontes), análise documental (exame de leis, regulamentos e tratados) e análise crítica dos dados coletados, relacionando-os às hipóteses e questões da pesquisa.

³ “Em geral, o discurso ambientalista tende ao alarmismo e ao espetacular, dramatizando os problemas reais” (Antunes, 2020, p. 267).

2 A TENTATIVA DE INTEGRAÇÃO RODOVIÁRIA DA AMAZÔNIA: BR-319

A construção da BR-319 foi uma decisão adotada ainda durante a ditadura militar, portanto, foi política antes de ser jurídica; foi imposta antes de ser consensual. Hoje, com a necessidade de sua recuperação, tenta-se uma rotação dos pólos: impondo o jurídico ao político-social. A vontade geral ou o interesse público predominante, sob um formato decisional político-democrático (vez que agora conduzido por agentes democraticamente eleitos) não tem mais o Direito para proteger-lhe, mas se submete a uma instância técnica “suprapolítica” com uma forte densidade de ativismo: é a judicialização da vida pública.

O interesse da maioria não pode ser, legitimamente, defendido por instituições contramajoritárias ou por minorias partidárias, principalmente quando há o derruimento do debate público (vide item 3). Quando qualquer dessas alternativas se dá, a opinião da maioria é contrariada, desprezada ou ignorada. Esse esquema é quase infalível. Se decisões sobre questões controvertidas são tomadas por juízes ou instituições fora do alcance das maiorias, então não é de surpreender que as políticas públicas divirjam (ou contrariem), impunemente, as opiniões majoritárias ou, propriamente, suas necessidades e interesses.

Além disso, como ressaltam Levitsky/Ziblatt (2023a, p. 170), há grupos de interesse organizados (e quase sempre bem financiados) que exercem influência considerável sobre políticas públicas e leis, muitas vezes em desacordo com a opinião pública majoritária. Este parece ser o caso da recuperação da BR-319⁴.

3 A PULVERIZAÇÃO DO DEBATE PÚBLICO

A arma mais poderosa contra mudanças é o silêncio, dizem Levitsky e Ziblatt (2023a, p. 216). Quando uma ideia ou iniciativa é vista em círculos tradicionais como impossível ou violadora de outros tantos direitos consagrados, ou se a *intelligentsia* dificilmente a menciona como razoável, quando a mídia a ignora, quando professores não a abordam em sala de aula, quando especialistas param de falar nela, enfim quando uma ideia é considerada altamente improvável e uma cortina de silêncio se fecha sobre ela, a batalha está perdida.

4 Sem uma rodovia a integrar o Amazonas ao resto do país, os únicos modais existentes são o fluvial e o aéreo. Destes, o fluvial e o respectivo setor portuário privado respondem pela maior parte da logística de transporte. Em virtude disso, tornou-se um setor extremamente poderoso, capaz de influenciar as decisões políticas e, naturalmente, opondo-se a um terceiro modal – o rodoviário –, pela forte concorrência a ser estabelecida. Por não constituir um dos eixos da pesquisa, a presente notação esgota-se em si, prestando-se como germen para futuras investigações.

Este cenário retrata muito bem a iniciativa em torno do desafio em recuperar a BR-319 que se arrasta por décadas. Com o lento passar dos anos, o tema evapora-se do escrutínio público, dissolve-se lentamente em meio a tantos outros problemas que reclamam a atenção pública. O povo, impotente, acostuma-se com a inércia. Não mais se comove, não se indigna, não se mobiliza e chega a duvidar de seus valores socioambientais. O que deveria ser um assunto estelar e permanente da política local e nacional, uma discussão séria e extensa, motivo de seguimento e de preocupação, confina-se, atualmente, a meia dúzia de tecnocratas politicamente irresponsáveis⁵ (integrantes de instituições meritocráticas sem qualquer mandato político-democrático que os levem a ser cobrados periodicamente pela solução de problemas sociais), em que, consciente ou inconscientemente, têm patrocinado interesses contramajoritários com um impacto desproporcional na governança local. Isso apenas confirma, consoante lição de Rees (2005, p. 74), que a educação científica ou a educação técnica não reduz a propensão à extrema irracionalidade.

Um debate sobre uma questão com amplos e profundos efeitos sociais, econômicos e ambientais exige que um grande número de pessoas tome parte, seja qual for a forma dessa participação, pois como anota Garapon (1999, p. 101), “os resultados fecundos e benéficos que decidem sobre o bem-estar dos povos são frutos em geral da meditação e da avaliação”. Mas a realidade é bem outra, como referido acima. Quando um debate dessa magnitude fica restrito a processos judiciais e quando considerações políticas e econômicas se arrastam por décadas em autos da justiça, todos perdem, os “muitos” mais que os “poucos”.

Os adeptos do pensamento convencional (ligados ao nacionalismo, regionalismo, ufanismo e outros “ismos”) tendem a destravar um emocionalismo argumentativo bem além (ou aquém) da discussão racional⁶. Muitas vezes podem estar errados, mas nunca em dúvida. A maioria desses pensadores ou investigadores parece mais preocupada com o impacto de relações públicas ou de construção de imagem pessoal daquilo que eles próprios ou outros dizem ou escrevem (Calogero, 2000), do que em garantir que os fatos sejam apresentados ao público com completa objetividade científica ou técnica.

É preciso que o debate seja aberto, diverso e inclusivo. Além disso, o debate deve ser bem informado, alicerçado na ciência desinteressada, na boa-fé e na integridade, pois, do contrário, não passará de *slogans* ou manchetes sensacionalistas da imprensa marrom. Todo o público amplo interessado, não apenas as minorias diretamente interessadas, por um motivo ou outro, deve ter a oportunidade de conhecer o empreendimento

5 Eventual ativismo judicial, embora possa embaraçar o avanço de uma política pública, não produz os ecos permanentes para manter aceso o debate público em torno da matéria sujeita ao escrutínio judicial.

6 “Vivemos numa época em que emoções e sentimentos contam mais do que a verdade” (Lovelock, 2006, p. 25).

e participar das discussões. Todos, enfim, devem ser escutados, e o tema submetido a extenso escrutínio.

O envolvimento da sociedade – ambientalmente desperta e esclarecida - na reflexão sobre o problema é fundamental, pois como ressalta M. Rees (2005, p. 90), “escolhas a respeito de como a ciência é aplicada – em medicina, no meio ambiente, e assim por diante – deveriam ser debatidas muito além da comunidade científica”, ou no caso em análise, muito além da comunidade jurídica. Ademais, há uma tolerância maior a riscos quando o povo é exposto de livre, espontânea e esclarecida vontade, ou se são identificados benefícios que compense.

Nesse debate, as opiniões de ativistas e de especialistas a serviço de uma causa não deveriam ter peso especial na deliberação de questões que envolvam riscos ou impactos éticos/sociais. Nestes casos, é melhor que os julgamentos sejam entregues ao público amplo e imparcial, melhor gestor (autorizado) do interesse público. Por essa linha de raciocínio, nenhuma decisão política é equipada para resistir à opinião pública forjada por um debate bem informado, aberto e plural.

É sabido, por fim, que a classe política não se torna defensora de uma causa por conta própria. Há sempre uma consulta ao instinto de preservação política (Levitsky e Ziblatt, 2023a, p. 223). Seus representantes só abraçam um empreendimento específico quando movimentos sociais em larga escala alteram seus cálculos políticos.

4 ISOLACIONISMO GEOGRÁFICO COMO MODELO DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL ⁷

Muitos ambientalistas alimentam a visão idílica de que a preservação da Amazônia pressupõe, inevitavelmente, um isolamento geográfico, social e cultural. Em deixar as coisas como estão (como se a inércia das “coisas” resolvesse os problemas) ou aceitar o futuro, sempre olhando para trás com nostalgia. São os *nimbys*, de que fala Lovelock (2006, p. 143). Acrônimo inglês de *Not In My Backyard* (“Não no meu quintal”), usado pejorativamente para designar moradores de determinada área que são contrários ao desenvolvimento da região.

Os *nimbys* não existem apenas no senso comum da sociedade, mas florescem com mais ímpeto na *intelligentsia* dos centros de ensino superior, em que, muito especialmente, não apresentam uma congruência entre a sua responsabilidade humana e a responsabilidade científica. E neste *locus*, os agentes obstrutivos podem ser particularmente virulentos, impedindo o surgimento de ideias disruptivas ou apenas contrárias ao

⁷ Muitas das ideias deste item constam ou são desenvolvimentos de estudo anterior (Rodrigues, 2024).

pensamento dominante. E este aspecto, destacado por Lovelock (2006, p. 94) e Applebaum (2021, p. 21), pode impedir que pesquisadores mais jovens expressem livremente suas opiniões “sem por em risco a possibilidade de obter bolsas ou publicar artigos” ou “ditar como os professores podem ensinar e o que os alunos podem dizer”. É uma predisposição, destacadamente, autoritária, que afronta a liberdade acadêmica, as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento e o exercício da autonomia intelectual. E, correlatamente, é a busca pela unidade da narrativa, extinção do debate comum e aniquilação do livre pensamento.

A lógica por trás dos *nimbys* pode chegar a conclusões cruéis, como sugere Bregman (2022, p. 297). Por exemplo, à pergunta se países deveriam mandar alimentos para a Etiópia, a resposta, seguindo a referida lógica, é: nem pensar. Mais comida quer dizer mais filhos, o que, num círculo vicioso, resulta em mais fome. Essa visão pessimista vê a superpopulação como a tragédia final e restrições ao direito de reproduzir como a solução.

O objetivo da intangibilidade ambiental é abraçado, em especial, por setores marginais e idealistas nativistas agressivos, agrupados no monismo ambiental e seu esquema único de valorização não antropocêntrica. Sentem antes de pensar, surgindo daí uma versão idealizada-emotiva-romântica da história. Os bioeticistas usam o termo “fator eca” (*yuck factor* em inglês) para denotar uma aversão emocional a violações do que é percebido como a ordem natural (Rees, 2005, p. 88). Essa reação às vezes não reflete mais do que um conservadorismo não pensante.

É necessário um salto imaginativo para compreender o psiquismo que anima os *nimbys*. São guiados, fundamentalmente, por um ufanismo primitivo, emocional, quase visceral, assim como antigamente, os povos eram guiados pelo credo do nacionalismo inflamado – e agressivo - de pouco alcance e de terríveis consequências históricas. Além disso, alimentam-se de uma “visão de mundo excessivamente dramática” (Rosling, 2019, p. 78) e pessimista.

O nacionalismo, segundo Popper (1987, p. 56), além de trabalhar sobre a ideia perdida de “nação”, “faz apelo a nossos instintos tribais, à paixão e ao preconceito, e a nosso nostálgico desejo de ser aliviados da tensão da responsabilidade individual que ele tenta substituir por uma responsabilidade coletiva ou de grupo”. Quanto à questão ecológica transfronteiriça, o nacionalismo carece de uma visão de futuro para o mundo (Harari, 2018, p. 34), voltando-se, emocionalmente, para seus interesses mais imediatos. De igual modo, o ufanismo regional e provinciano une as pessoas pela emoção da massa, e esta quase sempre suprime a crítica e o debate. E tudo aquilo que elimina a crítica e o debate – elementos essenciais da democracia – tende a ser não apenas antidemocrático, mas desdemocratizante.

A intangibilidade ambiental, aludida acima, ou o desejo de um mundo “natural”

intocado é ingênuo (Rees, 2005, p. 115), como se o “isolamento esplêndido” fosse uma política viável na era da internet e do aquecimento global (Harari, 2018, p. 35). O meio ambiente que muitos prezam (principalmente os ufanistas edênicos) e com o qual sentem-se mais em sintonia é uma criação artificial, resultado de séculos de cultivo intensivo, enriquecido por muitas plantas e árvores não nativas. Mesmo a paisagem amazônica, a curto ou médio espaço dos vilarejos, aldeias, comunidades rurais e cidades está longe de ser natural. Os indígenas vêm transformando o terreno muito antes dos colonizadores europeus chegarem: “corte e queimada” são práticas que datam pelo menos um milênio.

A Primeira Onda de Extinção que o planeta conheceu acompanha a disseminação dos primitivos caçadores-coletores. A Segunda Onda de Extinção, acompanhou a disseminação dos agricultores e dá uma perspectiva importante sobre a Terceira Onda de Extinção, que a atividade industrial está causando hoje. E como afirma Harari (2015, p. 83-84):

Não acredite nos abraçadores de árvores que afirmam que nossos ancestrais viveram em harmonia com a natureza. Muito antes da Revolução Industrial o *homo sapiens* já era o recordista, entre todos os organismos, em levar as espécies de plantas e animais mais importantes à extinção. Temos a honra duvidosa de ser a espécie mais mortífera nos anais da biologia.

James Lovelock (2006, p. 137-138) também compartilha igual entendimento sobre o homem primitivo e seu poder destrutivo sobre o mundo natural:

Intelectuais urbanos ingênuos acreditam que os seres humanos primitivos viviam em harmonia com o mundo natural. Alguns vão ainda mais longe e coletam contribuições para preservar o que veem como comunidades naturais vivendo em regiões remotas, como as florestas tropicais. Eles veem o mundo moderno como inteligente mas ruim, e esses estilos de vida simples como naturais e bons. Estão errados. Não devemos considerar os seres humanos primitivos melhores ou piores do que nós. É provável que nem fossem tão diferentes.

O problema com a abordagem geral que prega a intangibilidade ambiental e o isolamento geográfico é, antes de tudo, político. Andrew Light (2002, p. 439), em ensaio seminal sobre o tema, anota:

Como conselho para os ambientalistas, a abordagem seria politicamente suicida. Na medida em que considerações como os benefícios

de utilidade para a preservação ou o desenvolvimento são uma parte razoavelmente persistente da discussão sobre o desenvolvimento da Amazônia, adotar uma abordagem que, convenientemente, contorna essas questões, garante que os ambientalistas serão excluídos dessas discussões, ou pelo menos, facilmente ignorados. Ir à mesa de negociações armado com uma teoria que ‘torna irrelevantes as questões de benefício e satisfação humanos’, quando essas questões são necessariamente abordadas e quando os representantes desses interesses são os únicos presentes e capazes de articular tais interesses, tornaria as negociações irreversivelmente cáusticas, se não impossíveis. Negociar prioridades ambientais a partir de um ponto de vista moral irreconciliável e intratável que se opõe aos interesses humanos não é engajar-se em negociações, mas simplesmente fazer exigências a partir de uma posição moral presumidamente superior. Na medida em que é difícil para os ambientalistas, até mesmo encontrarem uma voz em um fórum onde tais decisões são tomadas, essa abordagem seria, no mínimo, ingênua e imprudente. Também vai de encontro à quantidade substancial de pesquisas realizadas sobre negociações e formulação de políticas⁸.

Pode-se dizer, portanto, a partir dos parâmetros lançados acima, que a prova mais autêntica para a civilização, não é o colorido dos bosques, o tamanho das cidades nem das florestas intactas e mantidas em pé (embora sejam excelentes indicadores) ou a presença redentora do “bom selvagem” que permeia o imaginário latino, mas o tipo de homem ou mulher que o país produz (Kohn, 1963, p. 60). É a partir do elemento humano cultivado e dignificado que se mede a grandeza de um país, de um povo, de uma sociedade. É este ser humano digno e tratado com dignidade, dotado com o mínimo existencial (*basic needs*), que será o futuro ambientalista consciente, entusiástico e razoável, defensor dos recursos naturais de Gaia sem desgarrar da perspectiva humana (que de igual forma é um recurso natural).

8 No original: “As advice to environmentalists, the approach would be politically suicidal. To the extent that such considerations as utility benefits for preservation or development are a reasonably persistent part of the discussion over whether to develop the Amazon, adopting an approach that conveniently skirts around such issues ensures that environmentalists will be excluded from such discussions, or at least easy to ignore. To come to the bargaining table armed with a theory “making questions of human benefit and satisfaction irrelevant,” when issues of human benefit and satisfaction are necessarily on the table, and when representatives of those interests are the only ones who are at the table and able to articulate those interests, would make bargaining irreducibly caustic if not impossible. To negotiate environmental priorities from the point of view of an irreconcilable and intractable moral view opposing human interests is not to engage in negotiations but simply to make demands from a presumed superior moral position. To the extent that it is difficult for environmentalists even to find themselves with a voice at a forum where such decisions are made, this approach would be, at the very least, naïve and imprudent. It also stands against the substantial amount of research that has been done on negotiations and policy making”.

O pensamento econômico predominante estabelece quatro estágios para o desenvolvimento de uma sociedade (Capra e Mattei, 2018, p. 155): 1) o de caçadores-coletores; 2) o de sociedades nômades, baseadas no pastoreio e na atividade pecuária; 3) o de sociedades baseadas na agricultura; 4) o de sociedades baseadas no comércio. Sem vias de acesso rápido e barato, desenvolver atividades de pastoreio, de pecuária, de agricultura e de comércio, torna-se absolutamente proibitivo, pela impossibilidade de escoar o excedente e estabelecer relações com mercados consumidores, que não apenas o interno. Sem integração regional, nacional e internacional, o Estado do Amazonas está fadado ao primitivismo do primeiro estágio. Sem meios para importar insumos e exportar os bens produzidos, a preços competitivos, a população continuará refém de um isolamento brutal, dentro de um imenso santuário ecológico, a imitar, grosseiramente, o mito de Tântalo, em que o objeto de desejo fogia à proximidade do toque.

A verdadeira base de uma democracia pode ser indefinível e até irracional como se passa com seu átomo fundamental, o homem. Mas, dentro de um senso prático de proporção, pode-se declarar que o verdadeiro fundamento será sempre a habilidade de um sistema social, projetado democraticamente, em fornecer a esses mesmos átomos constituintes, o direito de esperar que poderão melhorar de vida e de condição social.

A melhoria econômica e de vida das pessoas têm um apelo muito forte em qualquer regime político. No início do século XXI, a governança global atingia um marco importante. Pela primeira vez, o número de democracias no mundo ultrapassou a contagem de Estados autoritários: 98 para 80. Mas esse fenômeno durou pouco. Uma dramática crise financeira originada nos Estados Unidos (2008) levou a economia global ao colapso, minando a fé na governança democrática ocidental (Guriev e Treisman, 2024, p. 15). Em 2019, o número de democracias havia caído para 87, enquanto o de ditaduras voltou a subir para 92.

A partir disso, acadêmicos descobriram dois padrões praticamente universais em relação aos sistemas políticos modernos (Levitsky e Ziblatt, 2023b, p. 07; Guriev e Treisman, 2024, p. 40): democracias ricas nunca morrem e democracias antigas nunca morrem (nenhuma democracia com mais de cinquenta anos nunca morreu – Dahl, 2015, p. 91).

Qualquer fórmula de governo é avaliada pelos cidadãos não apenas pela maior ou menor liberdade que pode ser exercida, mas também pela melhoria ou deterioração das condições de vida e dos direitos sociais que podem ou não ser explorados (Woldenberg, 2019, p. 35). O apreço, em especial, pela democracia é uma dimensão que não pode escapar a essa análise. Obviamente, o apreço (ou despreço) depende da compreensão e valorização que é feita dela, a partir da percepção de resultados concretos obtidos na melhoria do meio social. Não há como fortalecer qualquer democra-

cia, seja no Brasil ou alhures, sem passar pela necessidade de construir um contexto socioeconômico que a sustente.

O mais importante, quando esse contexto tangencia a ecologia, não é estabelecer e resolver debates na base da teoria de valores, exigindo atos de heroísmo ambiental, mas motivar as pessoas a agir sobre um compromisso razoável e prático de preservar a natureza na qual encontram-se inseridas. As preocupações com moradia, emprego, saúde, educação não podem ser rejeitadas como mero “antropocentrismo” egoísta⁹. Até porque a equação humana é tão natural quanto as florestas e os rios. A crença do ser humano como animal supranatural (Lovelock, 2006, p. 76) ou extranatural representa um falso conceito sob a perspectiva ambiental.

Não há um mundo humano e um mundo natural separados. O ser humano faz parte da natureza, a integra e nela se reconhece e se reencontra a si mesmo¹⁰. E se, por um motivo ou outro, existiram em esferas próprias, as alterações climáticas em escala planetária encarregaram-se de destruir esses muros ilusórios. A incindibilidade referida pode ir às últimas consequências, como reconhece Lorenz (1986, p. 13), no extermínio do meio ambiente e na correlata “decadência” da cultura. E esta pode ser a era do Antropoceno - a época geológica em que a ação humana está transformando o planeta (Gray, 2018, p. 99-100), mas também é aquela em que o animal humano está menos no controle do que nunca¹¹. Ao desestabilizar o clima, o ser humano está tornando o planeta menos propício à vida em geral. Ao pretender refazer o mundo à sua imagem, a espécie humana está criando um mundo pós-humano. Como quer que venha a terminar, o Antropoceno será breve.

A receita de renunciar à integração regional, nacional e internacional, ou aos amplos benefícios oferecidos por uma rodovia federal, não parece o caminho mais adequado para preservar a floresta amazônica, mas certamente é a rota mais curta para manter o povo amazônida afastado de conquistas ofertadas pela diversidade civilizatória. Seria como renunciar à pesquisa científica mais moderna (robótica, engenharia genética, nanotecnologia, inteligência artificial etc.) pelos riscos que a mesma oferece à existência humana e à capacidade de remodelar o mundo, sem atentar para os benefícios e os me-

9 É interessante a observação de John Hart Ely (2010, p. 78): “A maioria dos teóricos dos direitos fundamentais começa a esvaziar o recinto sempre que alguém menciona emprego, alimentação ou moradia; esses direitos são importantes, é claro, mas não são fundamentais”.

10 A Carta Mundial da Natureza (Resolução 37/7 de 28 de outubro de 1982 da Assembleia Geral das Nações Unidas) proclama que “a espécie humana é parte da natureza, sendo a vida dependente do funcionamento ininterrupto dos sistemas naturais, os quais garantem os suprimentos de energia e de nutrientes”, tendo “a civilização suas raízes na natureza”.

11 Até do ponto de vista epistemológico, para ir mais longe na análise, não é possível falar da natureza sem, ao mesmo tempo, falar do ser humano. A física quântica revelou para todos os investigadores, através do princípio da incerteza de Heisenberg, que o sistema observado é influenciado pelo sistema observador. É impossível considerar separadamente o objeto observado e o processo de observação. O observado não é a natureza em si, mas como é exposta ao método humano de indagação (sistema observador).

canismos que a mantém nos limites razoáveis: ética, bioética, ética ambiental etc.

Isolar comunidades e povos é a rota certa para uma desidentificação com os valores da humanidade. Quanto menos contato com outras pessoas e quanto menor a diversidade cultural, maior a possibilidade dos preconceitos, da discriminação e da “polarização de grupo”, pela qual “aqueles que interagem somente com os semelhantes têm seus preconceitos e suas obsessões reforçados, e assim se deslocam para posições mais extremas” (Rees, 2005, p. 76). A diversidade torna os indivíduos mais amigáveis (Bregman, 2022, p. 342), inteligentes e flexíveis; pessoas que moram em comunidades mais diversificadas tendem a se identificar mais com a humanidade em geral, a se conectar com os problemas e a cooperar nas soluções.

E ainda há um postulado teórico de vital importância: todos os fenômenos naturais (incluindo o elemento humano) são, em última análise, interconectados e suas propriedades intrínsecas derivam de suas inter-relações. Qualquer região, estado ou cidade modernos e multiculturais (Applebaum, 2021, p. 62-145), só floresce graças a profundas conexões com o mundo externo. É possível ter raízes em um lugar e, mesmo assim, estar aberto ao mundo. É possível se importar com o local e o global ao mesmo tempo.

O isolamento geográfico leva, naturalmente, a um modelo de preservação da Amazônia como um ecossistema natural, a exemplo da Antártica. Mas para admitir esse modelo de controle à moda antártica, a população residente no território amazônico (milhões de pessoas¹²) deveria ser evacuada, pois afinal, o excesso de população com seus padrões extrativistas, consumistas e destruidores, segundo Capra e Mattei (2018, p. 27), desempenha um relevante papel na degradação ambiental. No máximo, no santuário amazônico, seriam admitidas expedições científicas de estudo. O que é, sem qualquer discussão, um absurdo, mesmo frente à ética ambiental mais ortodoxa e menos aderente ao antropocentrismo. Uma abordagem politicamente suicida já batizada como “fascismo ambiental” (*environmental fascism* – Light, 2002, p. 432) e “verde totalitário” (Lovelock, 2006, p. 134) ou ecofascismo¹³.

Não há como negar o valor intrínseco (ou não instrumental) e relacional do mundo natural amazônida. Esta premissa, todavia, pode ser conciliada com as noções tradicionais dos valores e dos compromissos morais humanos, o que serve para temperar e enriquecer o debate, conferindo um caráter pragmático (“pragmatismo ambiental”). A questão não se reduz às perguntas: Quais interesses contam mais? Os antropocêntricos

12 Na chamada Amazônia Legal vivem cerca de 27 milhões de brasileiros (Barroso e Campos Mello, 2020, p. 1.264).

13 Nenhum autoritarismo político ou ecológico pode ter sucesso sem o apoio da *intelligentsia*: os escritores, intelectuais, panfletários, blogueiros, assessores de imprensa e produtores de TV que vendem sua imagem para o público. Essa especialíssima forma de defender o meio ambiente precisa de “membros da elite intelectual e educacional para ajudá-los a iniciar uma guerra contra o restante dessa mesma elite, mesmo que isso inclua colegas de universidade, conhecidos amigos” (Applebaum, 2021, p. 20/21).

ou os não antropocêntricos? A verdade como sempre está no meio: uma solução de compromisso. A gestão dos recursos pode atender ambos os interesses, sob uma “justificativa que inclua razões antropocêntricas fortes, mesmo que não se limite a essas razões” (Light, 2002, p. 440).

A concepção não antropocêntrica do valor da floresta tropical, forjada fora do Brasil e imposta, pelos canais acadêmicos, à *intelligentsia* local, soa como uma forma imperialista de imposição cultural. Mesmo que alguém esteja comprometido com a afirmação de que a descrição não antropocêntrica do valor natural articula o único valor verdadeiro da natureza, independente da percepção humana ou da perspectiva cultural, ainda assim, usar essa concepção de valor para justificar uma interrupção no desenvolvimento brasileiro (e amazônica, em especial) seria uma imposição geral sobre os brasileiros. Se é “imperialista” forçar os brasileiros a aceitar um cálculo de utilidade do primeiro mundo sobre o valor da floresta, que dá mais peso ao bem-estar global do que ao desenvolvimento local, então deve ser imperialista impor-lhes essa versão desenvolvida de não antropocentrismo (Light, 2002, p. 439). Afinal, não são necessariamente as formas particulares de justificação do cálculo moral que se impõem ao Brasil, mas o fato de prevalecer uma avaliação alienígena do valor da floresta tropical e não a dos nativos da Amazônia legal (que a vivem, a preservam e estão adaptados a ela).

Um dos mais famosos ambientalistas do Brasil, Chico Mendes, afirmava, de forma muito clara e explícita (Light, 2002, p. 440), que a razão de sua luta para a proteção da floresta tropical era porque tratava-se de sua casa, de seu local de trabalho, e não por algum senso abstrato do valor da floresta em si mesma. Os ambientalistas *extramuros* (de fora do Brasil) e *intramuros* (influenciados e doutrinados por aqueles, os “ambientalistas urbanos”), ao pregarem a proteção da floresta, perdem de vista os verdadeiros fatores sociais e econômicos envolvidos na destruição/preservação, que, localmente, são melhor compreendidos como matéria de justiça social¹⁴. Uma posição que “ignore tais evidências só pode ser considerada intencionalmente cega” (Light, 2002, p. 440).

São essas questões de justiça social (redução das desigualdades sociais e econômicas) que motivam as pessoas a agir para proteger a floresta, e não preocupações teóricas globais sobre valores antropocêntricos ou naturais. “Preocupações teóricas” que, na verdade, revelam um desejo tardio pelo bem da humanidade. Não será fácil, portanto, vender a política ambiental do “primeiro mundo” às pessoas que vivem na e da floresta. Não só pelo ilogismo intrínseco e histórico, mas pelo inafastável elemento de injustiça climática.

¹⁴ “O equilíbrio ecológico também requer justiça social” (Capra, 1982, p. 208).

É empiricamente mais provável motivar as pessoas a proteger alguma parte da natureza se eles a considerarem parte de suas obrigações generalizáveis para o futuro (Light, 2002, p. 445). Ou seja, como algo concreto que afeta seu modo e qualidade de vida, tanto atual quanto futuro, e não como um ideal distante e transcendental. É questão amplamente empírica descobrir o que motiva moralmente os seres humanos a mudar suas atitudes, comportamentos e preferências políticas em direção a posturas mais favoráveis à sustentabilidade ambiental a longo prazo.

É interessante observar, embora sem o privilégio da originalidade, que os países desenvolvidos (ditos de “primeiro mundo”), no período correspondente à Revolução Industrial estabeleceram uma relação mecânica de extração dos bens e dos recursos naturais, tendo-os como próprios, sob o conceito dominante de propriedade como um direito individual e ainda sob a proteção do Estado¹⁵. É uma concepção jurídica centrada no proprietário que caracterizou, por séculos, a teoria do Direito no Ocidente, a começar pelo absolutismo jurídico do Código Civil Francês de 1804 (conhecido como Código Napoleônico), em que a propriedade era, dentro de uma ideia mecânica, o direito de dispor de uma coisa da maneira mais absoluta possível.

O conceito de dominação legal (apropriação) de terras “vazias” forneceu ainda a mais forte justificação intelectual para a exploração do Novo Mundo, que era habitado por “selvagens” que não tinham uma divindade cristã, nenhuma racionalidade e nenhuma ideia de propriedade (Capra e Mattei, 2018, p. 109). A partir desse sistema jurídico racional foi colocado em prática todo um potencial estrativista e acumulativo (uma clara aliança entre o capital e o Direito).

Enriquecidos, a partir desse esquema extrativista e predatório, e agora sob a ameaça existencial das mudanças climáticas extremas (por si deflagradas), os países desenvolvidos converteram, à força de teorias e de doutrinas, os antigos bens dominiais (ou senhoriais) em comuns e planetários (os *commons* globais - Capra e Mattei, 2018, p. 63). A riqueza derivada da exploração da natureza é privatizada, enquanto os danos ambientais que não conhecem fronteiras, são socializados e ganham extensão planetária. Dito de modo simples, durante a ganância e o processo de enriquecimento industrial, os bens naturais eram de propriedade individual/senhorial (uma riqueza de poucos), mas depositada a fatura sobre a mesa (mudanças climáticas, extinção acelerada de espécies e aquecimento global), esses mesmos bens residuais passam a ser socializados e “planetarizados” (o prejuízo de muitos). Como sempre, os menos privilegiados pagam a conta.

15 A antiga visão holística do mundo como um *kósmos*, ensinam Capra e Mattei (2018, p. 81-82), da Terra como um generoso presente de Deus à humanidade como um todo, e de abundância de riquezas coletivamente acessíveis a todos, foi substituída por uma ênfase humanista no indivíduo e na razão humana, transformando instituições jurídicas populares, baseadas nos *commons*, para a concentração da propriedade em mãos privadas e, finalmente, para o capital.

O que se tem ainda, em escala global, como anota Chomsky (1999, p. 26-27), é um sistema duplo: proteção para os ricos e a disciplina férrea do mercado para todos os demais. A conversão dos antigos bens privados em comuns ou planetários tem suscitado também, na comunidade internacional, a ideia de algum tipo de internacionalização da floresta amazônica, numa espécie de governança global ou compartilhada (Pereira, 2010), inibindo, de qualquer modo, a soberania do Brasil sobre o respectivo território.

James Lovelock (2006, p. 99), reconhece a dívida planetária do “mundo desenvolvido e mal-acostumado” (“sociedade do sucesso” e mecanicista), preocupado antes em estender ainda mais o tempo de vida, que de alterar (ou revalorar) seus hábitos de consumo, de comodidade e de riqueza, que afetam profundamente o planeta e a vida nele existente. E conclui o ambientalista britânico:

A ironia disso tudo é que nós, do mundo desenvolvido, somos os principais poluidores, as pessoas mais destrutivas do planeta, e embora disponhamos do dinheiro e dos meios para impedir a Terra de transpor o limite mortal que tornará a mudança global irreversível, somos paralisados pelo medo.

A trajetória da riqueza hoje em dia passa, inevitavelmente, por uma política verde e um novo sistema ético que controle a ânsia de crescimento econômico ilimitado¹⁶, dentro de um planeta finito e de um cenário planetário de mudanças extremas. Neste novo mundo, inaugurado e criado pelo Antropoceno, enriquecer exige passos sem precedentes, sob a compreensão de que a economia não engloba todos os aspectos da vida, sendo apenas uma variável no todo ecológico. Neste sentido, ainda não se conseguiu reunir provas mais sólidas, anota Freund (2003, p. 14), para demonstrar que o conjunto das atividades humanas reduz-se, em última análise, à economia.

Como espécie é vital encontrar um ponto de equilíbrio, sabendo ao que renunciar, para garantir um futuro menos perigoso. A persistir neste padrão consumista e perdurário, como adverte M. Rees (2005, p. 115), “precisaríamos de uma área equivalente a ‘quase três planetas’ para manter a população mundial com um estilo de vida e o padrão de consumo previsto para 2050”. A questão vital reside na resposta a esta indagação (Bregman, 2022, p. 121): em que medida o atual estilo de vida civilizado é sustentável?

De qualquer modo, os problemas ambientais são analisados num contexto humano,

¹⁶ “Uma das características predominantes das economias de hoje, tanto a capitalista quanto a comunista, é a obsessão com o crescimento. O crescimento econômico e tecnológico é considerado essencial por virtualmente todos os economistas e políticos, embora nesta altura dos acontecimentos já devesse estar bastante claro que a expansão ilimitada num meio ambiente finito só pode levar ao desastre. (...) A mais grave consequência do contínuo crescimento econômico é o esgotamento dos recursos naturais do planeta” (Capra, 1982, p. 204-206).

e não sobre um senso abstrato de valor natural fora da interação ser humano – natureza. Isto, de per si, não implica na redução da natureza a um simples instrumento fornecedor de recursos “ilimitados”. Significa, ao contrário, que a discussão ambiental, seja ela qual for, fora de um cenário social humano prejudica a capacidade de discutir formas pelas quais os impactos antropogênicos sobre os recursos naturais podem ser compreendidos, mitigados e neutralizados. Se a ética ambiental continuar a perseguir uma teoria do valor natural em si, transcendental e voltada unicamente para si, pode levar a uma fratura importante com outras áreas de conhecimento, afastando-se da tendência moderna da interdisciplinariedade.

5 OS RISCOS ASSOCIADOS À OBRA E AS CONTRAMEDIDAS NECESSÁRIAS

Qualquer empreendimento humano tem um potencial para o mal, assim como para o bem (Rees, 2005, p. 86). A disposição para criar salvaguardas e contramedidas pode representar o antídoto eficiente para neutralizar os riscos (de que a sociedade moderna é cada vez mais sensível e avessa). O que há de negativo em um empreendimento como esse, pode ser remediado com uma governança democrática mais policêntrica (a partir da cooperação e troca de informações entre os diferentes níveis de poder – político e social), com mais fiscalização estatal (redirecionada), com esforços de controle (mitigatório, neutralizador etc.) e planos de ação mais eficientes.

O nível de risco embutido na obra é genuinamente incerto, alavancado antes em especulações e comparações grosseiras¹⁷ do que em estudos científicos sérios ou indicadores de riscos reais e palpáveis. E ainda há uma carga apreciável de preconceito que turva os pensamentos mais competentes. De qualquer modo, como se trata de um empreendimento de engenharia humana, há um parâmetro de risco natural, cujo alcance é ampliado por conta da projeção de cenários históricos pessimistas. Todavia, como já dito, a capacidade destrutiva do ser humano (ou uma forte tendência destrutiva) habilitada pelo conhecimento técnico deve ser contrabalanceada por mecanismos e instituições sociais/governamentais de educação ambiental, de controle, de fiscalização, de monitoramento e de responsabilização. A tecnologia forjada pela ciência não pode, impunemente, romper as amarras éticas e jurídicas elaboradas por séculos para guiar a sã convivência social.

A propósito da forte tendência destrutiva do ser humano, a partir dos recentes desenvolvimentos da nanotecnologia, engenharia genética e robótica, diz Bill Joy (2000):

17 A principal comparação relaciona-se com a tragédia ecológica da Mata Atlântica.

Acho que não é exagero dizer que estamos à beira da perfeição extrema do mal, um mal cuja possibilidade se espalha muito além do que as armas de destruição em massa legaram aos Estados-nação, avançando para um empoderamento surpreendente e terrível de indivíduos extremos. (...). À medida que esse enorme poder computacional se combina com os avanços manipulativos das ciências físicas e com os novos e profundos entendimentos em genética, um poder transformador imenso está sendo desencadeado. Essas combinações abrem a oportunidade para redesenhar completamente o mundo, para melhor ou pior: os processos de replicação e evolução que foram confinados ao mundo natural estão prestes a se tornar domínios do esforço humano.

E se houver, questiona Bregman (2022, p. 286), “um cidadão construtivo e consciente dentro de cada um de nós?”. Eis uma visão otimista da humanidade e ao mesmo tempo, existindo as condições políticas adequadas capazes de gerar esse cidadão, realista ou possibilista. Mas para forjar um cidadão construtivo, em termos ecológicos, qualquer mudança será cosmética e limitada, se não houver um amplo programa de educação ambiental (ou de “ecoalfabetização”, como designam Capra e Mattei, 2018, p. 62) que: 1- fortaleça as intuições ou categorias morais que a maioria das pessoas carrega consigo no dia a dia; 2- o habilite a enfrentar, com racionalidade e razoabilidade, os riscos inerentes à atividade humana.

Em rápida digressão, é importante ressaltar que a solução do problema do aquecimento global não passa apenas pela aplicação de “paliativos tecnológicos” ou de alta tecnologia, como captura e armazenamento de dióxido de carbono ou de equipamentos para extrair CO₂ direto do ar e reagir-lo com um elemento estabilizante (Lovelock, 2006, p. 125). A adoção de tecnologia para reduzir a ameaça de aquecimento global leva apenas, enquanto durar, a uma queima maior de combustível fóssil. Essa conduta é parte da natureza humana. Um programa planetário de redução da ameaça das mudanças climáticas extremas passa por um construto essencial: a mudança de comportamento e de hábitos do ser humano em relação ao mundo natural. Um novo mundo espera o ser humano, se cada um revisar sua visão antropocêntrica e sua forma de interação com os outros. E neste sentido, a educação ambiental massiva, expressa até o ponto de exaustão, pode ser a chave para o surgimento ou o progresso de uma democracia verde.

Não importa a corrente filosófica ou de comportamento social, comunidades e povos não têm opção a não ser atuar em um ambiente afetados pelas forças do ambientalismo e da revolução do conhecimento (entenda-se, educação ambiental). O comportamento destrutivo e sem sentido arrastou-se de geração a geração, até resultar neste ponto de

inflexão (crise ecológica em escala existencial) em que põe-se em xeque a própria sobrevivência da humanidade.

A mudança de comportamento, de hábitos e de estilo de vida só vem com uma educação ambiental inserida no mais básico currículo escolar até o ensino superior. Educadas desde cedo nos princípios mais valiosos de convívio harmonioso com o meio ambiente, as crianças carregarão essa fé pelo resto da vida, sem os riscos dos enganos e das armadilhas sem saída das gerações pretéritas. Como destaca Lovelock (2006, p. 131):

Moldes parecidos, mas diferentes, consolidam a fidelidade tribal e nacional vida a fora. A mente de uma criança é tão flexível que pode ser moldada para seguir fielmente algo tão trivial como um time de futebol ou com potencial tão sinistro como uma ideologia política. Abundantes experiências dessa espécie sugerem que poderíamos, se quiséssemos, fazer de Gaia uma crença instintiva, expondo nossas crianças ao mundo natural, contando como e por que ele é Gaia em ação, e mostrando que elas pertencem a esse mundo.

A educação e a propaganda podem não apenas fornecer dados e informações científicas, mas também reunir as pessoas sob as bandeiras de uma causa justa e compassiva. As medidas educacionais começam pelo treinamento das faculdades de percepção e sensação de uma imagem, pois só estas podem transmitir a sensibilidade por harmonias (Lorenz, 1986, p. 16). Um contato tão íntimo quanto possível com a natureza viva, tão cedo quanto possível na vida das crianças, é um caminho altamente promissor para atingir o objetivo de construir uma cidadania verde.

De qualquer modo, os riscos impostos pela ação humana são, às vezes, aliados necessários do progresso: se o risco não é aceitável, grandes benefícios podem não ser obtidos. Tolerar riscos não implica em aceitá-los, pura e simplesmente, mas saber mitigá-los e neutralizá-los. E neste sentido, a agenda ambiental não é incompatível com o desenvolvimento humano, desde que ambas as variáveis sejam conduzidas com inteligência e ponderação. Questões de benefício e satisfação humanos não são irrelevantes frente aos valores não antropocêntricos da floresta tropical. Os interesses humanos de desenvolvimento vão estar presentes em qualquer cenário. Logo, para solucionar esses conflitos de valor, a melhor postura ética e política é canalizar, racionalmente, esses interesses, de modo a apaziguar a índole destrutiva do ser humano (reduzindo, por exemplo, o quantitativo de pessoas que vivem de forma errada).

Ao poder destrutivo potencialmente existente ou amplificado pela capilaridade intrusiva fornecida pela rodovia, nada melhor que a oposição inteligente do contrapoder

construtivo e verde do Estado e da sociedade (por meio de suas inúmeras energias de fiscalização, de crítica, de monitoramento, de enfrentamento e de reivindicação). Como diz Woldenberg (2019, p. 32), “no reino dos interesses particulares é ilusório esperar solidariedade”, mas para uma obra dessa envergadura está o Estado, para tentar cuidar do todo.

A destrutividade não é um mal próprio do outro; emitido o sinal ou o estímulo certo, qualquer ser humano é capaz de realizá-la. A redenção vem pelos benefícios da civilização, pois como adverte Lovelock (2006, p. 23), na qualidade de “animais individuais, não somos tão especiais assim, e em certos aspectos, a espécie humana é como uma doença planetária. Mas pela civilização nos redimimos e nos tornamos um recurso precioso para a Terra”. Um exemplo serve para ilustrar como o ser humano pode ser destrutivo e criar problemas, mas pode também se redimir e encontrar soluções. A emergência do buraco de ozônio na estratosfera (Rees, 2005, p. 121), a partir de reações químicas de clorofluorcarbonetos (CFC’s), ameaçava a saúde do planeta, mas um acordo internacional¹⁸ diminuiu o problema: o buraco de ozônio agora está desaparecendo. Mas soluções como esta, derivadas da civilização, não chamam tanta atenção quanto o problema original, tudo por conta de um viés de negatividade que leva o ser humano a uma sintonia mais íntima com o ruim que com o bom¹⁹.

6 AS PECULIARIDADES DE UMA RODOVIA NO CORAÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA E A NEUTRALIZAÇÃO DE SEUS POSSÍVEIS EFEITOS NEGATIVOS

Em qualquer lugar do Brasil ou do mundo, uma rodovia de quase mil quilômetros de extensão, não se esgota num projeto de engenharia de asfalto, cascalho e terra. Isto é ainda mais pronunciado numa rodovia que corta parte importante da floresta amazônica. Daí a importância da recuperação da rodovia ser feita de forma planejada, dentro de um amplo programa, considerando os impactos ambientais e sociais (incremento ao desmatamento; impacto negativo em terras indígenas e unidades de conservação; e aumento da grilagem e estímulo a novas ocupações ilegais).

O risco de grilagem e de ocupações ilegais de terras ao longo da BR-319 é superestimado. Mais de 50% do trajeto da rodovia está localizado dentro de reservas indígenas e

¹⁸ Esse acordo resultou no Protocolo de Montreal, cujo objetivo é eliminar a produção e o consumo de substâncias como os CFC’s e HCFC’s.

¹⁹ As más notícias, parafrazeando uma imagem de Carnelutti (2006, p. 08), se assemelham às papoulas, que quando há uma no campo, todas se dão conta dela, e as boas ações se escondem como as violetas, entre a grama do prado. E isso também reflete a toxidez da mídia democrática, que prefere mostrar “a violência à sua solução social, o homem à personalidade pública, a injustiça à justiça” (Garapon, 1999, p. 93).

unidades de conservação (a área em torno da BR-319 é rodeada de 28 unidades de conservação ambiental), onde historicamente, as ocupações irregulares têm sido quase inexistentes. E quando ocorrem, a cobertura midiática e as ações do governo são imediatas e assertivas, dado o peso da opinião pública nacional e, principalmente, internacional.

Sobre eventual incremento ao desmatamento é um risco sempre presente, mas pode ser enfrentado e neutralizado com medidas adequadas (item 5):

1) **Uso de Tecnologia de Monitoramento:** Implementar sistemas de monitoramento por satélite e drones para acompanhar a vegetação ao longo da rodovia. Isso permitirá identificar atividades de desmatamento ilegal em tempo real.

2) **Postos de fiscalização ao longo da Rodovia:** Estabelecer postos de controle e fiscalização em pontos estratégicos da BR-319 para coibir atividades ilegais, garantindo que a presença de órgãos ambientais seja constante.

3) **Participação comunitária:** Incluir comunidades locais e indígenas no processo de gestão e monitoramento ambiental, garantindo que tenham voz nas decisões que impactam suas terras e recursos.

4) **Educação e conscientização:** Realizar campanhas educativas sobre os riscos do desmatamento e a importância da conservação, mobilizando a população local para proteger o meio ambiente.

5) **Fomento à agricultura sustentável:** Oferecer apoio técnico e financeiro a práticas agrícolas sustentáveis, como agroflorestas e sistemas agroecológicos, para incentivar o uso responsável da terra sem a necessidade de desmatamento.

6) **Inovação e tecnologia: Desenvolvimento de aplicativos e plataformas que permitam à população denunciar atividades ilegais de desmatamento e exploração de recursos. Isso pode incluir aplicativos que conectem cidadãos a órgãos de fiscalização.**

7) **Colaboração multissetorial: Parcerias entre governos, ONGs e Setor Privado que visem o desenvolvimento sustentável e a conservação, unindo esforços de diferentes setores para combater o desmatamento.**

Obviamente que essas medidas devem ser adotadas em articulação com outras, de modo a ser criado um sistema inter-relacionado. Novos mecanismos podem ser adquiridos ou agregados, ou ainda modificados (ou atualizados).

7 BENEFÍCIOS SOCIOAMBIENTAIS

A BR-319 não tem finalidades meramente estéticas ou turísticas (que atualmente são atendidas por meio aéreo), mas objetivos mais relevantes como transporte de bens essenciais de consumo, industriais, agropecuários, médicos etc. Abaixo são indicados alguns desses benefícios:

7.1 Integração regional, nacional e internacional

A recuperação total e a manutenção da rodovia em condições de plena trafegabilidade representam um marco significativo para a integração de regiões isoladas da Amazônia, cujas comunidades, muitas vezes, enfrentam desafios logísticos que limitam seu desenvolvimento. A integração no sistema de transporte nacional é fundamental para a prosperidade econômica de qualquer cidade ou Estado (Loumeau, 2021). A BR-319 não apenas melhora o acesso físico, mas também atua como um catalisador para a interação econômica e social entre diferentes áreas, integrando todo o Estado à rede rodoviária nacional.

A rodovia presta-se ao escoamento de produtos locais, permitindo que os agricultores e pequenos produtores acessem mercados mais amplos. Isso resulta em um aumento na renda das comunidades locais e na diversificação das economias regionais. Além disso, a infraestrutura viária favorece a circulação de bens e serviços, contribuindo para o fortalecimento das cadeias produtivas e a criação de empregos.

No âmbito social, a rodovia possibilita o intercâmbio cultural entre as diversas etnias e grupos sociais da região, promovendo a troca de conhecimentos, tradições e práticas. Esse contato é fundamental para o fortalecimento da identidade regional e para a construção de uma sociedade mais coesa e integrada.

No cenário internacional, a rodovia pode atuar como um corredor de comércio, ligando a Amazônia a mercados externos. A melhoria das vias de transporte pode atrair investimentos estrangeiros e fomentar parcerias comerciais, contribuindo para um crescimento econômico sustentável. Contudo, a integração, como já referido, deve ser secundada de contramedidas políticas em fluxo contínuo que garantam a preservação ambiental e o respeito às comunidades locais, assegurando que os benefícios sejam amplamente compartilhados e que a biodiversidade da região seja protegida.

7.2 Acesso a serviços essenciais

A estrutura rodoviária em análise aumenta o acesso a serviços essenciais, como saúde e educação, para as populações que vivem nas proximidades da rodovia e também para todo o Estado (dado que o abastecimento do interior depende da capital Manaus). A crise de oxigênio em 2021, durante a pandemia do coronavírus, é um exemplo de como um modal rodoviário eficiente atende a saúde e pode salvar vidas. A falta de oxigênio hospitalar como referido e a dificuldade do transporte aéreo do insumo, somada à fragilidade da infraestrutura existente, evidenciou como a falta de acesso rápido e confiável pode resultar em consequências trágicas.

As palavras do prefeito de Manaus à época, Davi Almeida, ressaltaram essa realidade: “Este povo que preserva a floresta e que vive no isolamento é punido por preservar. A punição foi tão grande que pagamos com mortes”²⁰. Esse testemunho revela a urgência de se garantir que comunidades remotas não sejam penalizadas por sua localização geográfica.

Com a BR-319, a logística de transporte de insumos médicos, alimentos e materiais de construção se tornaria mais ágil e eficiente. Em situações de emergência, como a que o Estado enfrentou, uma rodovia bem mantida pode fazer a diferença entre a vida e a morte, facilitando a rápida distribuição de oxigênio e outros recursos vitais. Além disso, a rodovia ampliaria o acesso a hospitais e centros de saúde, permitindo que as comunidades recebam atendimento médico especializado e de qualidade, muitas vezes indisponível nas áreas isoladas.

No que diz respeito à educação, a melhoria da infraestrutura rodoviária também pode facilitar o acesso de alunos e professores a escolas e universidades. A possibilidade de um transporte mais seguro e eficiente permite que jovens e adultos busquem oportunidades de aprendizado e formação, contribuindo para o desenvolvimento humano e social das comunidades.

7.3 Redução de custos de transporte

A otimização da logística proporcionada pela BR-319 pode resultar em uma diminuição substancial dos custos operacionais para empresas que atuam na região. Com uma infraestrutura viária adequada, as transportadoras poderão realizar trajetos mais curtos e diretos, reduzindo o tempo de entrega e, conseqüentemente, os custos relacionados a combustível e manutenção de veículos. Essa eficiência se traduz em preços mais competitivos para os produtos locais, beneficiando tanto os produtores quanto os consumidores.

Além disso, a redução dos custos de transporte pode estimular o desenvolvimento de novas atividades econômicas, tornando viáveis negócios que antes eram inviáveis devido aos altos custos logísticos. A facilidade de acesso a mercados também incentiva o aumento da competitividade, permitindo que produtores locais diversifiquem suas ofertas e ampliem suas operações.

20 “Dificuldade de acesso agrava crise sanitária em Manaus”, Agência Brasil, 19.01.2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-01/dificuldade-de-acesso-agrava-crise-sanitaria-em-manaus-diz-prefeito#:~:text=%E2%80%9CEste%20povo%20que%20preserva%20a,pagamos%20com%20mortes%E2%80%9D%2C%20acrescentou>. Acesso em: 04 Out. 2024.

Outro aspecto importante a considerar é o impacto ambiental. A utilização de uma rodovia bem mantida (fiscalizada e monitorada) pode resultar em um uso mais eficiente dos veículos, contribuindo para a diminuição das emissões de gases poluentes em comparação com transportes que dependem de rotas menos estruturadas e mais longas.

Por fim, a redução de custos de transporte também pode promover uma maior integração entre os diferentes setores econômicos da região, facilitando a troca de insumos e produtos, o que gera um efeito positivo em cadeia no desenvolvimento regional.

7.4 Impacto nas diversas formas responsáveis de turismo

A recuperação integral da estrada pode estimular o turismo, permitindo que mais pessoas visitem a Amazônia e suas belezas naturais. O modal rodoviário facilitará o acesso a áreas remotas da Amazônia, permitindo que mais turistas visitem locais que antes eram difíceis de alcançar. Isso pode incluir comunidades indígenas, parques nacionais e reservas naturais.

Novos destinos turísticos podem surgir, diversificando as opções disponíveis. Isso pode incluir ecoturismo, ecoturismo de pesquisa (*research ecotourism* - Clifton e Benson, 2006, p. 238), turismo sustentável, turismo de aventura e cultural, turismo de base comunitária, atraindo diferentes perfis de turistas. As Nações Unidas, em 14 de dezembro de 2022, aprovou a Resolução n. 77/178 (“Promoção do turismo sustentável e resiliente, incluindo o ecoturismo, para a erradicação da pobreza e a proteção do meio ambiente”), em que reconhece o turismo sustentável e o ecoturismo como elementos fundamentais para o desenvolvimento social e a conservação do meio ambiente (Nações Unidas, 2022):

O turismo sustentável, incluindo o ecoturismo, é uma atividade multissetorial que pode contribuir para as três dimensões do desenvolvimento sustentável e para a realização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, em particular promovendo o crescimento econômico, mitigando a pobreza, criando emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos, acelerando a transição para modalidades de consumo e produção mais sustentáveis e promovendo a utilização sustentável dos oceanos, mares e recursos marinhos, promovendo a cultura local, melhorando a qualidade de vida de mulheres e jovens, dos povos indígenas e das comunidades locais, empoderando-os economicamente, e promovendo o desenvolvimento rural e melhores condições de vida para as populações rurais, incluindo pequenos proprietários e agricultores familiares.

O turismo sustentável, guiado por um planejamento e gestão adequados (Clifton e Benson, 2006, p. 238), pode incentivar investimentos em infraestrutura turística, como pousadas, restaurantes e guias turísticos, criando um ambiente mais atraente e seguro para os visitantes. E ainda oferecer uma plataforma para a promoção das culturas locais, incluindo tradições indígenas e artesanato, ajudando a preservar e valorizar essas heranças.

O aumento do turismo pode levar a uma maior conscientização sobre a importância da preservação da Amazônia, tanto entre os turistas quanto entre os moradores (da comunidade anfitriã), incentivando esforços persistentes de conservação.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que toda a *intelligentsia* concordasse que uma rodovia de algumas centenas de quilômetros que corta uma floresta para interligar toda uma unidade política ao resto da Federação, reduzindo custos logísticos e aproximando comunidades, tem um *porém* inquietante de possível degradação ambiental, com que eficácia poderia ser posta em prática tal obstrução (inclusive a nível de investigação científica)? Em qualquer dos sentidos, a decisão final (obstrutiva ou não) só pode ser fertilizada por um debate aberto, democrático e plural, seja a nível social, institucional ou acadêmico, com o objetivo de informar cientificamente e esclarecer a cidadania local interessada²¹.

A inviabilidade de recuperação da BR-319, se cogitável, deve ser determinada por um limite ainda mais rigoroso dos riscos possíveis ao meio ambiente amazônico. O nível proibitivo dos riscos não deve apenas elevar-se por uma lógica formal e sectária, mas fazer-se concreto e iminente, e ainda avesso a mitigações e contramedidas. Alcançado esse limite, em que se visualiza uma proteção insuficiente, inadequada ou ineficiente do meio ambiente com as contramedidas e ações governamentais previamente traçadas no projeto de recuperação e de manutenção, a inviabilidade é total e completa. Mas fora desse círculo proibitivo, hipoteticamente delineado, a questão fica em aberto e plenamente concretizável, sem desconsiderar contramedidas públicas de controle, de fiscalização, de monitoramento e de responsabilização.

O longo período de indecisão na recuperação/reconstrução da BR-319, sem qualquer apreço pelo senso de proporção ou de limites, está consumindo décadas de bem-estar e de melhores perspectivas econômicas para a população do Estado do Amazonas. Milhões de pessoas que poderiam ser beneficiadas e estarem melhor preparadas para o esforço de preservação, amargam um fardo injusto de insulamento geográfico, econô-

²¹ É uma questão de ética ambiental: os cidadãos são agentes de mudança que efetuam esforços na proteção ambiental, e não podem ser excluídos das discussões sobre o valor moral da natureza (Light, 2002, p. 427).

mico, social, cultural e político. Todo esse tempo de “tentativas e erros”, de avanços e recuos, deve proporcionar, no mínimo, as lições adequadas para uma nova governança do problema, assegurando uma cooperação contínua entre as diversas esferas de poder rumo à solução definitiva.

O isolamento local da população amazonense (que tende a ser maior com a inusual recorrência das secas) em contraste com a integração do resto do país, com a multiplicidade de modais integrativos das outras regiões (Centro-Oeste, Nordeste, Sudeste e Sul), torna-se (ou deveria tornar-se) mais escandaloso. A inércia sobre esse item de desaforo social não seria tão agressiva se não se reproduzisse diante dessas quatro outras regiões plenamente integradas ao país, como se constituíssem um país à parte. Esse estado estacionário de coisas, se não soa ou não é assumido como privilégio para 4/5, produz o equivalente em injustiça para 1/5. Fica em suspenso um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF, art. 3º., III)²². Esta norma constitucional, em relação ao povo amazonense, continua sendo mais uma aspiração e uma promessa que uma realidade. Não é algo excêntrico, difícil de documentar, basta acompanhar com mediana atenção, a literatura produzida e as decisões político-administrativas adotadas a propósito do tema, para consolidar a percepção aludida.

Interesses econômicos poderosos e insolidários (setor portuário, por exemplo, como já referido na nota de rodapé 2), de conluio com setores decisoriais da política, podem não deter em definitivo o curso da história e do progresso de uma região, mas podem atrasar em muito o bem-estar comum e suscitam, ademais, a discussão sobre quem deveria decidir uma questão tão fundamental ao próprio desenvolvimento de uma larguíssima faixa da população.

Por fim, a rodovia não é apenas uma infraestrutura física, é um vetor de transformação social e um elemento fundamental para o desenvolvimento integrado da Amazônia, promovendo a união entre o progresso econômico, a justiça social (CF, art. 3º., III) e a sustentabilidade ambiental. As objeções ambientais ao projeto de recuperação, limadas as confusões conceituais, são facilmente superáveis com o poder prometeico que a ciência fornece aos especialistas; os embaraços jurídicos (ou pseudojurídicos) não resistem diante de uma sólida vontade política, transparentemente retratada e apoiada por uma cidadania esclarecida e educada ambientalmente.

²² O núcleo duro da discriminação não se encontra na diversidade étnica, cultural, religiosa, ideológica, sexual, etc., *per se*, mas se apresenta, com demasiada frequência, na marcada desigualdade econômica e social (Woldenberg, 2019, p. 38).

THE LEGAL AND ENVIRONMENTAL ADVANCES AND SETBACKS IN THE RECOVERY OF BR-319

ABSTRACT

For the past fifty years, millions of people in a significant portion of the Legal Amazon have been waiting for the full operability and accessibility of a federal highway, BR-319, whose purposes of national and international integration could result in substantial economic and social benefits. This article addresses the issues surrounding a vital project for socio-environmental development, the definitive conclusion of which has been postponed due to endless debates characterized by a formal and sectarian logic. The study highlights the isolation of the Amazon region as a model of environmental preservation, the socio-environmental effects of the project, the risks of environmental degradation, and government countermeasures to mitigate or neutralize these risks.

Keywords: BR-319; Amazon; recovery; geographical isolation; socio-environmental benefits.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Internacional do Meio Ambiente: particularidades. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, Janeiro/Abril de 2020, pp. 263-294.
- APPLEBAUM, Anne. **O crepúsculo da democracia**. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- BARROSO, Luis Roberto.; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: por que a floresta de pé vale mais do que derrubada. **Revista de Direito da Cidade**, 12(2), 2020, pp. 1262–1307. <https://doi.org/10.12957/rdc.2020.50980>.
- BREGMAN, Rutger. **Humanidade**. Uma história otimista do homem. Tradução de Claudio Carina. 5ª. reimpressão. São Paulo: Planeta, 2022.
- CALOGERO, Francesco. **Might a laboratory experiment now being planned destroy the planet Earth?** *Interdisciplinary Science Reviews* 23, 2000, pp. 191-202. Disponível em: https://www.roma1.infn.it/~maiani/corso-fermi/lettere-consigliate/lettere-consigliate5/calogero_%20planet.pdf. Acesso em: 30 ago. 2024.
- CAPRA, Fritjof.; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.
- CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARNELUTTI, Francisco. **As misérias do Processo Penal**. Tradução de Isabela Cristina Sierra. 2ª ed. Sorocaba/SP: Editora Minelli, 2006.

CHOMSKY, Noam. **Segredos, mentiras e democracia**. Tradução de Alberico Loutron. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CLIFTON, J.; BENSON, A. Planning for Sustainable Ecotourism: The Case for Research Ecotourism in Developing Country Destinations. **Journal of Sustainable Tourism**, vol. 14, n. 3, 2006, pp. 238-254.

DAHL, Robert Alan. **A Constituição norte-americana é democrática?** Tradução de Vera Ribeiro. 2a. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FREUND, Julien. **¿Qué es la política?** Tradução de Sofia Nöel. Buenos Aires: Editorial Struhart, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAY, John. **A alma da marionete**. Um breve ensaio sobre a liberdade humana. Tradução de Clóvis Marques. São Paulo: Record, 2018.

GURIEV, Sergei.; TREISMAN, Daniel. **Democracia fake**. A metamorfose da tirania no século XXI. Tradução de Rodrigo Seabra. São Paulo: Vestígio, 2024.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**. Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. 3. ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século XXI**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

JOY, Bill. **Why the future doesn't need us**. 2000. Disponível em: "<https://sites.cc.gatech.edu/computing/nano/documents/Joy%20-%20Why%20the%20Future%20Doesn't%20Need%20Us.pdf>". Acesso em: 29. ago. 2024.

KOHN, Hans. **A era do nacionalismo**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.

LEVITSKY, Steven.; ZIBLATT, Daniel. **Como salvar a democracia**. Tradução de Bérilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2023a.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Tyranny of the Minority: Why American Democracy Reached the Breaking Point**. First edition. New York: Crown, 2023b.

LIGHT, Andrew. Contemporary environmental ethics from metaethics to public philosophy. **Metaphilosophy (Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishers Ltd.)**, vol. 33, n. 4, July 2002, pp. 426-449.

LORENZ, Konrad. **A demolição do homem**. Crítica à falsa religião do progresso. Tradução de Horst Wertig. São Paulo: Brasiliense, 1986.

LOUMEAU, Nicole. **Capital cities and road network integration: Evidence from the U.S.** KOF Working Papers, n. 498, 2021, ETH Zurich, KOF Swiss Economic Institute, Zurich, <https://doi.org/10.3929/ethz-b-000516618>.

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2006.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução n. 77/178. Promoción del turismo sostenible y resiliente, incluido el ecoturismo, para la erradicación de la pobreza y la protección del medio ambiente**. 2022. Disponível em: https://webunwto.s3.eu-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/2023-01/Resolucion_A_RES_77_178_Espa%C3%B1ol.pdf?VersionId=Q5tzz5elyxkWcwH1KN8OQ80mvffwcp1z. Acesso em: 28 set. 2024.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 37/7 de 28 de outubro de 1982 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Carta Mundial da Natureza**. Disponível em: <https://www.gob.mx/semarnat/articulos/carta-mundial-de-la-naturaleza>. Acesso em: 03 out. 2024.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. A relativização da soberania brasileira na floresta amazônica à luz do direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD**, n. 18, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rfduej/article/view/1350/1139>. Acesso em: 03 out. 2024.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos. Tomo II**. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Universidade São Paulo/Itatiaia, 1987.

REES, Martin. **Hora final**. Tradução de Maria Guimarães. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

RODRIGUES, João Gaspar. **Isolamento geográfico como modalidade de preservação ambiental da Amazônia**. Consultor Jurídico, 11 de setembro de 2024, ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-11/o-isolamento-geografico-como-modalidade-de-preservacao-ambiental-da-amazonia/>. Acesso em: 28 set. 2024.

ROSLING, Hans. **Factfulness**. O hábito libertador de só ter opiniões baseadas em fatos. Tradução de Vitor Paolozzi. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

WOLDENBERG, José. **En defensa de la democracia**. México: Cal y Arena, 2019.

O PODER JUDICIÁRIO SOB AS NOVAS
DEMANDAS DO SÉCULO XXI: PERSPECTIVAS
DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS ENTRE
AS INSTITUIÇÕES

*THE JUDICIAL POWER UNDER THE NEW
DEMANDS OF THE 21ST CENTURY:
PERSPECTIVES FOR NEGOTIATED SOLUTIONS
BETWEEN INSTITUTIONS*

O PODER JUDICIÁRIO SOB AS NOVAS DEMANDAS DO SÉCULO XXI: PERSPECTIVAS DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS ENTRE AS INSTITUIÇÕES¹

THE JUDICIAL POWER UNDER THE NEW DEMANDS OF THE 21ST CENTURY: PERSPECTIVES FOR NEGOTIATED SOLUTIONS BETWEEN INSTITUTIONS

Leticia Moreira De Martini²

RESUMO

Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, voltada à análise da viabilidade de execução negociada das demandas coletivas do século XXI entre as instituições administrativas e judiciais. Compreende-se que a ineficácia do Estado levou paulatinamente à abertura das vias para a reestruturação do sistema de justiça no Brasil e de um novo modelo processual, incidindo na invasão, pelo Judiciário, das capacidades institucionais afetas aos demais poderes. Para minimizar as possíveis tensões institucionais, este artigo revela a necessidade de uma mediação entre as instituições e a sociedade civil, pautada na boa-fé, a fim de encontrar a melhor solução racional, coerente e segura.

Palavras-Chave: poder judiciário; interesses coletivos; demandas coletivas; execução negociada.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo proporcionar, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, uma análise acerca da possibilidade de resolução conjunta e negociada das demandas coletivas surgidas a partir do final do século XX, diante da percepção da dificuldade em encontrar respostas eficazes tanto na esfera administrativa como judicial.

A história da sociedade brasileira é flagrantemente marcada por violências, lutas de classes, imposições de interesses (Oliveira, 1999). Tudo isto fulminou em grande medi-

¹ Data de Recebimento: 05/11/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Mestra 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). Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade UniBF (2022). Advogada do quadro efetivo 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>. Email: leticiademartini@hotmail.com.

da a construção de um espaço cívico em momento tempestivo e que pudesse garantir, de forma ordinariamente satisfatória, o mínimo desejável dos interesses sociais. Pelo contrário, à contramão deste modelo, criou-se uma frágil estrutura tendente a universalizar direitos na forma de microprogramas precários, que de modo algum poderiam servir para alavancar a proposta constituinte de 1988.

Por outro lado, a necessidade de dar força ao texto constitucional, mormente no que circunscreve à inafastabilidade jurisdicional e ao amplo acesso à justiça, levou à reestruturação do sistema de justiça brasileiro, conferindo maiores autonomias aos membros das instituições, sob a diretriz de fazer jus aos direitos reprimidos através da ausência ou ineficiência das políticas públicas.

Entretanto, o arranjo social que passou a se verificar, após as crises do capitalismo e disparidades regionais, propôs uma dinamicidade que refletiu umbilicalmente no modelo de gestão pública que a sociedade almejava. Consequentemente, tal modelo jamais poderia ser transposto e imposto sob o âmbito jurisdicional de forma rígida e padronizada, sem considerar as latitudes que naturalmente permeiam os conflitos coletivos.

Foram estes os desafios que se impuseram ao Poder Judiciário sob a forma de novas demandas coletivas, proporcionando resoluções que muitas vezes têm o condão de extrapolar o seu âmbito de cognição sumário, o que, se não for bem alinhado, pode gerar efeitos completamente reversos ao pretendido. Se é bem verdade que as capacidades institucionais afetas aos poderes, à primeira vista, não funcionam como simplificadoras de funções e esvaziadoras de conteúdos, quando tomadas de maneira indiscriminada e abusiva, certamente levam ao comprometimento dos próprios objetivos constitucionais, e ao invés de solucionar o problema proposto, criam mais um embaraço.

Nesses casos, portanto, este artigo traz como proposta a reunião de esforços por parte das instituições envolvidas e interessadas na resolução do conflito, com a finalidade de se chegar a um acordo consensual para o cumprimento das políticas públicas. A funcionalidade desta medida dependerá, com todo efeito, do grau de boa-fé e disposição participativa entre os envolvidos, demonstrando que não existe um modelo pré-pronto neste sentido, assim como nas fórmulas liberais árcicas, mas envergaduras condizentes com cada realidade processual e dinâmica a ser adotada.

2 A NOVA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: PRECURSIONISMO IDEOLÓGICO E ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO

Um dos principais nortes de inspiração da Revolução Francesa de 1789, e responsável por delinear o seu perfil histórico-sociológico, é o ideal individualista enquanto concepção regente da sociedade, que se caracteriza pelos meandros da limitação do Estado

nas liberdades individuais e da tripartição clássica dos poderes. Bobbio (2004, p. 84) afirma que tal concepção parte da premissa de que “o indivíduo isolado, independentemente de todos os outros, embora juntamente com todos os outros, mas cada um por si, é o fundamento da sociedade, em oposição à ideia, que atravessou séculos, do homem como animal político e, como tal, social desde as origens”.

No contexto revolucionário, assistiu-se à vitória de uma burguesia que, em distorção aos ideais de liberdade e igualdade propalados, assumiu uma postura refletora de princípios essencialmente formais, notadamente albergando seus interesses individualísticos, refratários às aspirações sociais fruto das mudanças e de uma nova realidade que se assistia à época. Ao constatar a nitidez dos objetivos de classe defendidos na Revolução, Marx chegou a afirmar que o homem tutelado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, era o burguês enquanto homem separado da comunidade e persecutor de seus fins egoísticos, tendo sido este documento submetido “a duas críticas recorrentes e opostas: foi acusada de excessiva abstratividade pelos reacionários e conservadores em geral; e de excessiva ligação com os interesses de uma classe particular, por Marx e pela esquerda em geral” (Bobbio, 2004, p. 91).

Considerando a Declaração Francesa como ainda mais “intransigentemente” individualista do que a Declaração Americana, Bobbio (2004, p. 80) destaca o conteúdo de liberdade revelado pela primeira vez através da Revolução Francesa e enunciado por Kant como “o direito de um povo a decidir seu próprio destino”. Os seus sentidos permeavam a “autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais” (Bobbio, 2004, p. 80).

Para Bobbio (2004, p. 85), “foram os princípios de 1789 que constituíram, no bem como no mal, um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, princípios invocados pelos primeiros e execrados pelos segundos”. O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é expressivo neste sentido, ao invocar, na primeira parte, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Deste modo, qualquer associação política só passaria a existir sob o condão de assegurar a sobrevivência dos direitos naturais e imprescritíveis do homem, a teor do disposto no art. 2º, o qual demanda referência implícita à ideia do “contrato social” de Rousseau. O art. 4º define a liberdade como o direito de poder fazer tudo aquilo que não prejudique o outro, a quem cabe o livre exercício dos mesmos direitos (Bobbio, 2004). Com todo efeito, esta tão proclamada igualdade era uma igualdade de cunho meramente político, enquanto preponderava a desigualdade econômica e social (Santos, C. C., 2004).

A autossuficiência e completude sistemática presente na filosofia individualista pre-

via o próprio direito de acesso à justiça simplesmente como “o *direito formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 9, grifo do autor). A ideia que vigorava era a de que, enquanto um direito natural e, portanto, inerente ao homem, sua vigência na sociedade independia de qualquer ação do Estado no sentido de assegurá-lo. A nota típica dessa passividade estatal se resumia em verificar e agir quando tal direito sofria ingerência externa.

Essa compreensão atemporal marcou a necessidade de se atribuir uma carga positiva ao Estado, diante das observadas lutas de classes, disparidades, contradições sociais e reivindicações populares de toda ordem que acometeram o cenário brasileiro no final dos anos 70, quando se assistiu a direitos sociais sendo solapados diante de um regime ditatorial centralizador da economia e indutor de um processo acelerado de industrialização e modernização retardados, que não foram devidamente acompanhados de um projeto unificador e estruturante da sociedade, necessário para atender aos novos conflitos incidentes (Martini, 2021).

Somente no final do século XX, com as lutas pelo Estado de Direito, pelos direitos sociais e pela democracia, presenciou-se um conjunto de situações denominadas por Sposati (2003) como regulação social tardia, marcadas pela prática da universalidade da cidadania e pela busca da conquista dos direitos humanos, como o direito à educação e à saúde pública, este último com reconhecimento expresso somente na Constituição Federal de 1988, bem como os direitos difusos, como os de gênero, etários, de etnia e de opção sexual.

Uma nota interessante é que, concomitantemente à tentativa de construção de um projeto social e democratizante no Brasil, houve a invasão de políticas neoliberais (sob a influência do contexto internacional dos países de primeiro mundo, que já viviam a crise do *Welfare State*), alavancado os dilemas de uma “confluência perversa” (Dagnino, 2004) e fragilizando as garantias efetivas de programas sociais de âmbitos nacional, regional e local. Segundo Sposati (2003), esse cenário se sobreleva através da substituição dos direitos sociais e políticas sociais duradouras por ações sociais, ou seja, simples programas de governo não preocupados em promover a responsabilidade pública efetiva, mas apenas em resolver de forma emergencial as situações extremas, ocorrendo “uma precarização dos serviços, já que dirigidos aos mais pobres e, ao mesmo tempo, a má qualidade e precária cobertura das políticas passa a ser mais um agravante da miserabilidade dos ‘cidadãos potenciais’” (Sposati, 2003, p. 75).

Exemplo emblemático dessa concessão de benesses são os programas de transferência de renda, de valorações simbólicas e que visam manter a sobrevivência de setores populacionais ameaçados. “Os alvos dessas políticas não são vistos como cidadãos, com direitos a ter direitos, mas como seres humanos ‘carentes’” (Dagnino, 2004, p.

158). Não se trata, portanto, da concessão plena e efetiva de direitos, mas de caridades, regulações *ad hoc* com prazo de validade, sem cunho universal, criando embaraços ao pleno acesso à justiça.

Assim sendo, a regulação legal tardia dos direitos sociais no Brasil não significou sua efetivação concreta, de modo que muitos desses direitos permaneceram como direitos de papel, sem passar pelas instituições políticas e pelos orçamentos públicos. “Embora estejam inscritos em lei, seu caráter difuso não os torna autoaplicáveis ou reclamáveis nos tribunais” (Sposati, 2003, p. 66). O que se viu, com efeito, é que muito embora tenha se assistido a todo um movimento de construção de um Estado democrático de Direito, fulcrado na nova ordem jurídica recém inaugurada com a Constituição de 1988 e a previsão de um núcleo de direitos fundamentais, não se podia falar em um aparato estatal condizente a esta lógica formal, fazendo brotar alternativas que culminaram na reestruturação do sistema de justiça brasileiro e seu arranjo junto aos demais poderes republicanos. Assim:

O Estado Democrático de Direito é, na verdade, uma fórmula de Estado Social que vai além de um projeto de bem-estar e proporciona uma inovação nas relações entre o “princípio democrático e o princípio (função) de garantia que advém das origens do constitucionalismo liberal, afetando diretamente um de seus pilares mais tradicionais, a separação/especialização de poderes/funções, quando cada uma delas ganha um papel renovado”. (Morais, 1988, p. 97-123). Tal mudança reflete em um rearranjo das relações intrapoderes e dos papéis peculiares de cada um. A jurisdição, nesse sentido, acaba sendo, através de uma crescente judicialização da política, alçada a um patamar de garante positivo dos conteúdos legislativos, ao realizar uma reviravolta na sua perspectiva clássica liberal, deixando de ser apenas um agente “encarregado do expurgo do sistema jurídico de textos infraconstitucionais em dissonância com a Constituição assumindo uma postura substancialista – não apenas procedimentalista – frente aos conteúdos constitucionais”. (Morais, 1988, p. 97-123) (Verbicaro, 2019, p. 102).

Sob o amálgama da necessidade de remediar o fracasso das políticas sociais, diante da carência social e do fundamento da inafastabilidade da prestação jurisdicional, presente de modo expresso no texto constitucional (art. 5º, XXXV), a nova ordem jurídica propôs uma reconfiguração orgânica do poder Judiciário, com visibilidade marcante no cenário nacional, o que se observa através da autonomia administrativa e financeira

concedidas, que permitiram, dentre outras atribuições, a participação direta do Poder na elaboração de seu orçamento (art. 99, §1º/CF). Também passou a ser de sua competência o provimento dos cargos de juiz que compõem o seu quadro (art. 96, I, “c”/CF), denotando a incorporação de um nível maior de liberdade e independência funcional. Em convergência, na perspectiva de atuação da Corte constitucional, questiona-se a tempo: “se a Constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da Constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?” (Silva, 2005, p. 130).

Ao tratar do contexto histórico-comparativo entre os modelos francês e norte-americano que serviram de palco para a expansão judicial global, Arantes (2007) analisa que, se por um momento a dinâmica adotada no Brasil procurou afastar-se do republicanismo democrático europeu, centralizado na hegemonia parlamentar em prol da igualdade, para adotar um modelo liberal de proteção às liberdades individuais por meio do controle judicial da “tirania da maioria”, por outro lado, pela via da promoção da igualdade, esta perspectiva liberal vai cedendo espaço para a configuração de uma instituição pautada na viabilização de direitos sociais e coletivos, mormente a partir da segunda metade do século XX. Dessa forma, o autor aponta dois enfoques complementares passíveis de contemplar o processo de expansão do Judiciário no Brasil: o primeiro, relacionado ao desenvolvimento e crise do Estado Providência, e o segundo, concretizado através da ampliação do acesso à justiça para os direitos coletivos, notadamente a partir da década de 70.

A bem da verdade, o argumento acerca da “tirania da maioria” tem sido utilizado como um dos principais catalisadores das funções judiciais na dinâmica político-administrativa. Toma-se por fundamento a ideia de que se mostra perigosa a eterna vinculação às decisões eleitas pelas maiorias populares, sem racionalizar acerca de sua real efetividade, pragmaticidade e promoção de direitos fundamentais, deixando-se conduzir tão somente pelo princípio majoritário, o qual, em sentido oposto, pode dificultar a imparcialidade das instâncias políticas, quando estas decidem influenciadas por pressões externas. Neste sentido, é como explica Arantes (2007, p. 83):

No caso americano, a experiência da primeira década de independência revelou que governos populares não estavam imunes ao arbítrio, e outras possibilidades de tirania – não só aquela promovida por um monarca absoluto – deveriam ser prevenidas. [...] Note-se, portanto, que os formuladores da Constituição americana divisaram a possibilidade da tirania para além do governo autoritário de um só, chegando a temer sua ocorrência também sob o governo eletivo

de muitos, ou seja, sob o governo democrático da maioria. Por essa razão, e contrariamente ao que fizeram os franceses, os americanos não afirmaram a supremacia do parlamento e, reconhecendo que o corpo legislativo não poderia ficar imune a controles, trataram de imaginar formas de limitar o seu poder político.

Sob a premissa de que só caberia a um poder majoritariamente eleito tomar as decisões e agir em prol da satisfação dos direitos fundamentais sociais, o poder Judiciário figuraria de mãos atadas diante da omissão e/ou inércia da Administração, “fazendo da discricionariedade um refúgio para a inação” (Perez, 2017, p. 80). “Nessas situações vê-se a jurisdição na tarefa de ordenar ao administrador que atue concretamente, de modo a eliminar sua omissão, além de eventualmente acautelar direitos e interesses que não possam aguardar pela ação efetiva das autoridades administrativas” (Perez, 2017, p. 80).

Ao mesmo tempo, outros atores do sistema de justiça tiveram seu espaço e suas funções institucionais remodeladas, propiciando o fortalecimento da nova dinâmica criada através da ordem jurídica vigente. Ao lado do Judiciário, o Ministério Público passa a ser visto como o defensor direto dos interesses precípuos da sociedade. Plínio de Arruda Sampaio, relator da subcomissão referente ao Poder Judiciário e Ministério Público, que compunham a Assembleia Nacional Constituinte de 1º de fevereiro de 1987, assim defendeu a separação das funções de representação da União com aquelas destinadas ao Ministério Público:

O SR. RELATOR (Plínio Arruda Sampaio): –Permita-me fazer uma observação. Esta também é uma emenda que será melhor analisada depois de apreciarmos uma questão de fundo. Havíamos proposto no projeto a diferença entre o Ministério Público e Procuradoria Judicial da União. E esta é uma questão realmente de fundo. Um é o homem que detém o mandato recebido do Chefe do Executivo, seja federal ou estadual. Na minha concepção, entraria no Capítulo do Poder Executivo, onde deverá merecer toda atenção. O Ministério Público é algo à parte. Por isso, defendemos que o Ministério Público seja proibido de representar interesses da União. Esta é uma atribuição privativa do Procurador” (Bretano, 2017, p. 25). O mesmo *lobby* é observado através das palavras do então deputado Osvaldo Macedo: “O Ministério Público será, ao mesmo tempo, o fiscal da lei, o defensor da sociedade e o advogado da União, ao contrário do que já ocorre em todos os Estados. O

Ministério Público é o Ministério Público, a advocacia do Estado é exercida por advogados com essa finalidade. E temos, em todos os órgãos federais e públicos, advogados que devem exercer a advocacia contenciosa em nome do Poder Público. Não deve caber essa função ao Ministério Público. Quando houver conflito de posições entre a defesa do direito da sociedade e a defesa de um órgão público, onde ficará o Ministério Público? Com dois corpos, um para representar a sociedade, outro para representar a União ou o Poder Público, sob um mesmo chefe? E uma contradição inaceitável (Brentano, 2017, p. 26).

Por outro lado, a criação do espaço institucional da Defensoria Pública no corpo da Constituição Federal de 1988 também se destaca no cenário desta nova jurisdição. Em estudo comparado, realizado em 2004 pelo Observatório Latino Americano de Política Criminal (OLAPOC) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), sobre a situação normativo-institucional das Defensorias Públicas existentes em 31 (trinta e um) países da América Latina, Renault (2004, p. 7) revela que “o Brasil tem posição de destaque por conferir caráter constitucional à instituição incumbida de dar voz aos despossuídos no sistema de Justiça”, o que, segundo o autor, pode subsidiar o aporte de um padrão formal de maturidade democrática.

O caráter democrático da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por sua vez, foi apontado antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988. Segundo R. O. Silva (2011, p. 3), a criação da OAB, “em plena Revolução de 1930, assume um caráter ambíguo, haja vista ser este um órgão liberal dentro de um regime de exceção, o qual destituiu uma série de dispositivos ‘democráticos’, como: o Congresso, as Assembléias [sic] e Câmaras”. De outra ponta, as reações da OAB à intervenção dos militares em seu âmbito de independência institucional são exemplificadas por Motta (2006, p. 3): “Em 1970, a OAB conseguiu frustrar a intenção do governo Médici de cobrar o imposto sindical aos advogados, a despeito da existência de uma lei que dispensava deste recolhimento os profissionais que tivessem pagado a contribuição à Ordem”. Para R. O. Silva (2011), o ápice de mobilização da instituição ao lado da sociedade civil, em favor da abertura democrática, deu-se em 1977. Posteriormente, Motta (2006) destaca ainda a importante atuação da OAB em 1992, como um dos polos centrais que alavancou o processo de *impeachment* do presidente Collor.

Neste contexto, a autora (2006, p. 7) analisa que com a inauguração da nova ordem democrática, algumas medidas passaram a ser tomadas pelo Executivo, entre os governos de Itamar Franco (1993-1994) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), no

intuito de “dar um novo formato ao tradicional aparato estatal brasileiro”. Sob a vertente de “reformas”, as privatizações e o uso das medidas provisórias foram combatidos pela OAB, inclusive com o manejo das ações diretas de inconstitucionalidade, levando a consequentes conflitos com o poder administrativo.

O que a nova ordem jurídica prescreve, em sua fórmula central, é que a protuberância de um sistema de justiça, onde o Poder Judiciário assumia uma mobilidade frente aos demais poderes, só coexiste em um ambiente pautado na democracia e na valoração dos direitos fundamentais sociais.

3 OS INTERESSES COLETIVOS: DIREITOS SOCIAIS RECLAMÁVEIS JURIDICAMENTE

As sociedades de massa, assim caracterizadas como populações modernas formadas por indivíduos que congregam os mesmos dilemas, pugnam pelos mesmos interesses e assemelham-se pelo fato de estarem situadas no tempo e no espaço em razão de complexidades e contradições abrangentes, são os expoentes das denominadas “aldeias globais”, cuja configuração desfez a necessidade adstrita de uma ligação jurídica antecedente, de maneira que apenas uma situação de fato pode vir a se tornar a responsável pela agregação episódica e conjuntural destes cidadãos (Appio, 2008; Bacal, 2010).

Como resultado, inaugura-se uma dinâmica processual fundada em um novo conceito de ação, que se insculpe sob um viés mais amplo e propenso à participação política. A jurisdição também descaminha em novo horizonte: antes direcionada unicamente à razão do direito objetivo, passa a servir como catalisadora de uma ordem mais atenta aos valores sociais (Bacal, 2010).

A expansão desses interesses coletivos comuns, aliada à nova perspectiva de acesso jurisdicional e dinâmica do processo, tornam-se importantes facilitadores na superação das barreiras capazes de dificultar a efetividade desses direitos. Cappelletti e Garth (1988) já atentavam para a importância e necessidade da conexão processual, quando se via que uma demanda individual pode se tornar desestimulante, ante a fragilidade do indivíduo isolado, sua parca capacidade econômica e indisposição para o enfrentamento de todas as burocráticas fases processuais. Além disso, a indenização individual não representa, nem de longe, a justa sanção a que o infrator teria o dever de cumprir em prol de uma coletividade, tornando letra-morta a função educativa e fomentando, por consequência, a continuidade da prática questionada. Ainda, ante a dispersão das partes interessadas em razão da fragmentariedade do direito proposto, sua reunião processual constitui medida estratégica e redistributiva. Portanto, diante de uma sentença de procedência a ser por todos aproveitada, sem a necessidade da propositura de ações individu-

ais dependentes da sorte de julgamentos futuros, evita-se julgamentos contraditórios e ao mesmo tempo estimula-se a economia processual, de modo a fomentar a isonomia e contribuir no incremento do acesso à justiça (Campanella, 2018). Neste sentido:

No caso brasileiro, os direitos fundamentais de terceira geração, tais como o direito a um meio ambiente saudável, passam a desempenhar um relevante papel na pauta de expectativas dos cidadãos. A tutela jurisdicional coletiva está vocacionada a discutir o tamanho do Estado e o grau de sua intervenção na economia, especialmente no tocante aos serviços públicos concedidos à iniciativa privada. Considerando-se o fato de que “o processo tradicional representa uma desvantagem dificilmente superável para a tutela dos interesses supraindividuais”, impõe-se um novo modelo de tutela coletiva, forjado na superação do paradigma individual-dispositivo e vocacionado à efetividade (Appio, 2008, p. 148, grifos nossos).

Segundo pesquisa realizada por Castro (1997), em 1994, o perfil dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal (STF) ainda demonstrava flagrantemente um direcionamento à proteção dos interesses privados, impactando negativamente a implementação de políticas públicas, de forma que o Tribunal não teria servido, naquele momento, como um “meio eficaz de balizamento institucional (através da proteção de direitos) de políticas oficiais” (Castro, 1997, p. 16). Por outro lado, pode-se constatar uma mudança comportamental na atuação do Judiciário brasileiro contemporâneo, propiciando um alargamento da reclamação de interesses coletivos inseridos em demandas coletivas, visando à sua efetiva proteção e viabilização social enquanto detentores da condição de direitos.

Sob estes vieses, constrói-se a expansão do Judiciário brasileiro na vida dos cidadãos, motivado pela agregação e solidarização social, condutores de uma cidadania afirmativa. É de se perceber que as faíscas desta dinâmica atingiram a instrumentalística processual, propiciando uma abertura às demandas sociais, com a insurgência e mobilização de novos atores aptos a reclamarem um agir do Estado na defesa e/ou garantia de seus direitos constitucionais (Verbicaro, 2019). Em resultado, o direito processual aproximou-se do direito constitucional, verbalizando o culto a uma tutela jurisdicional coletiva.

Uma das consequências diretas dessa nova performance judiciária resultou em uma atuação mais desinibida dos padrões formais da literalidade jurídica, necessária para abarcar as diversas questões sociais originadas de um mundo tão desigual e sequejado pelas atrocidades humanas vivenciadas no decorrer do século XX. Se, nas palavras de Grinover (2010, p. 13), “o primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi

o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes”, o segundo “foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *la bouche de la loi*”.

Uma das grandes polêmicas que atravessa esse tema inicia-se quando o Judiciário se depara com os casos de grande repercussão social, os quais muitas vezes demandam uma interdisciplinaridade não inerente à esfera jurídica. Na imensidão destes “casos difíceis”, os Tribunais vêm adequando-se a toda essa transformação, de modo que, se o dinamismo da sociedade reflete diretamente na flutuação das políticas públicas exigidas, como imaginar uma atuação judiciária diferente, pautada em fórmulas únicas e genéricas? É fato que o ideário liberal e individualista, firmado sob um Estado neutro, apático e equidistante, já não cabia nos moldes do que se propunha consagrar como Estado social. “Assim, transformar a realidade passa a ser visto como a consequência lógica de um programa estruturante que tem por escopo combater as disparidades sociais, reverso do que predisponha a natureza gerida pelo Estado liberal” (Martini, 2021, p. 45). Nesta linha:

[...] tendo que assumir funções que vão da saúde às telecomunicações, da educação aos portos de navegação ou aeroportos; da vigilância sanitária à defesa nacional, da manutenção de sistemas de previdência à intervenção urbanística, entre muitas e muitas outras, torna-se evidentemente impossível catalogar-se a partir de fórmulas vinculantes todos os modos de atuação das autoridades públicas. Aliás, ainda que possível, talvez fosse indesejável a existência desse catálogo universal de condutas que fizesse do administrador público um carimbador autômato, um mero verificador de fatos concretos para aplicar o direito posto como “longa manus” da vontade do legislador. Afinal a realidade socioeconômica é constantemente mutável, as ações exigidas da Administração de ontem são distintas das ações de hoje, que serão distintas das que passarão a ser imperiosas amanhã. O direito posto não é insensível a essa realidade e tende a se tornar mais flexível, mais processual e mais principiológico de modo a conservar-se eventualmente íntegro e estável diante da flutuação constante e imprevisível da realidade (Perez, 2017, p. 68, grifo nosso).

Com efeito, a problemática incide quando o Judiciário, na busca da resposta social demandada, adentra na capacidade institucional originalmente afeta a outro Poder. Nestes casos, tendo em vista os elementos de racionalidade decisória que devem ser

equacionados no caso concreto, vislumbra-se que as habilidades típicas de cada esfera acabam funcionando como arranjos presumidos, quando o que se busca, em verdade, é a efetividade dos comandos constitucionais. A capacidade inicial de um Poder em ofertar uma resposta não blinda os demais Poderes de buscarem alternativas e de compartilharem suas soluções, as quais, em todo caso, deverão ter sempre por fim último a satisfação dos interesses sociais:

[...] a teoria das capacidades institucionais nem sempre levará o magistrado a adotar uma postura formalista, isto é, de autocontenção diante das preferências do processo político majoritário. Será preciso avaliar, em cada caso, e levar em consideração elementos empíricos, qual o órgão com maior aptidão para ocupar a posição de protagonista em um determinado processo decisório. Em outras palavras, o juiz deverá verificar se a instância decisória reúne as condições para tomar a melhor decisão no caso concreto. Se esta aptidão não se fizer presente, ou o Judiciário se mostrar mais apto para tomar uma decisão mais consentânea com a Ordem Constitucional, caberá ao magistrado adotar o comportamento incisivo que lhe exija a Constituição, podendo mesmo declarar a inconstitucionalidade de uma eventual decisão tomada pelo Legislativo ou pelo Executivo (Abraham; Castro; Farias, 2016, p. 32).

Os efeitos imprevistos que a confluência dessas capacidades institucionais pode operar, causando tensões interinstitucionais, “[...] interferem, portanto, no espaço reservado aos demais poderes, suprimindo as prerrogativas inerentes ao sistema representativo e impondo suas concepções próprias acerca do tamanho do Estado” (Appio, 2012, p. 136). Essa atuação pode revelar que muitas vezes o Judiciário não dispõe de todo o aparato necessário para decidir de forma satisfatória em determinada demanda, possibilitando a reunião de informações advindas de outras esferas de Poder, as quais são as detentoras primárias dos conhecimentos técnicos especializados que lhes imprimem a tarefa de agir neste sentido, conforme os meios e o tempo necessário para a melhor realização do resultado.

De fato, se a definição das capacidades de uma instituição para formular respostas para certos problemas depende do seu desenho normativo e das condições fáticas sob as quais ela desempenha as suas atividades, distinções abstratas a respeito do que compete a cada instituição decidir servem, no máximo, como argumentos extra-ins-

titucionais que podem (e não devem) orientar a discussão quando não for possível definir claramente as capacidades institucionais ou houver problemas de incomensurabilidade no cruzamento de méritos e deméritos de diferentes instituições. Por tal motivo, buscar, por exemplo, resolver tensões interinstitucionais entre o Legislativo e o Judiciário apelando para classificações rígidas como “questões de direito/judiciáveis” e “questões políticas” ou “questões de princípio” e “questões de política” (definida sobre as bases da distinção entre principles e policies de Dworkin) é recorrer a uma estratégia de argumentação tipicamente não orientada para a comparação das capacidades de diferentes e concretos atores institucionais (Arguelles; Leal, 2011, p. 22-23).

Para esses casos mais obscuros e que permeiam órbitas alheias à previsibilidade comumente praticada, a busca da solução adequada, ou seja, a melhor solução possível para determinada demanda, deverá partir de uma mediação sob a qual se proponha um abandono de ideais pré-concebidos e condutas universalizantes, demandando uma nova cultura jurídica em constante e desafiador processo de implantação.

4 AS DECISÕES PARTICIPATIVAS E SUA FUNCIONALIDADE NO NOVO MODELO DE GESTÃO PROCESSUAL

As novas demandas do século XXI, conflitos cujas insurgências tiveram suas origens desde meados do século XX com os desdobramentos resultantes das grandes violações aos direitos humanos, propiciando o alargamento das demandas por interesses coletivos *lato sensu*, as quais implicam em atuações conectivas, intersetoriais, além de conhecimentos técnicos que caracterizam toda a complexidade que as permeia, representam verdadeiros litígios de natureza estrutural. Este novo conceito abriga uma noção de demanda que se perfaz em um sistema marcado pela concentração de inúmeras variáveis que interferem no tradicional modelo processual individual, necessitando da ampliação do leque de atores participantes na construção da decisão do caso concreto. Assim, se a sociedade se viu cada vez mais impositiva em seus anseios, notadamente sua participação na estrutura desse modelo processual tornou-se um elemento de destaque. Em didática explicação acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça afirma a importância dos litígios estratégicos e sua natureza estrutural:

[...] 6 - Os litígios de natureza estrutural, de que é exemplo a ação civil pública que versa sobre acolhimento institucional de menor

por período acima do teto previsto em lei, ordinariamente revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo civil clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual. 7- Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos amici curiae e pela Defensoria Pública na função de custos vulnerabilis, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo (REsp 1.854.842/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/06/2020, grifos nossos).

De fato, quando a população contribui ativamente na efetivação de suas garantias constitucionais, fomenta o exercício da cidadania e o controle social, em cooperação com o Poder Público para uma maior eficácia dos programas sociais, aparatos materiais de instrumentalização dos interesses coletivos. Este processo de interação afigura-se como um ideal de participação política democrática, representando o exercício da cidadania tanto em sentido formal, como material, e fortalecendo a construção de uma sociedade livre e igualitária. Neste sentido, a aferição da qualidade da democracia deve estreita pertinência ao grau de participação popular na enseada de seus direitos, de tal modo que a verdadeira legitimidade democrática “somente ocorrerá com maior amplitude se houver participação dos cidadãos e da sociedade no Estado, rompendo com a representatividade meramente formal e demonstrando que a democracia não é apenas um regime político, mas é um direito da humanidade” (Campanella, 2018, p. 185). Assim:

A disseminação dessa concepção de cidadania foi expressiva, e ela orientou não só as práticas políticas de movimentos sociais de vários tipos, mas também mudanças institucionais, como as incluídas na Constituição de 1988, conhecida como a “Constituição Cidadã”. Foi graças a essa disseminação que, diferentemente de outros países do continente, no Brasil a expressão “cidadania” esteve longe de se limitar a meramente designar o conjunto da população, mas foi preenchida por um significado político claro (Dagnino, 2004, p. 155).

Neste panorama, tendo em vista a necessidade de organização de um aparato capaz de orientar a atuação do Ministério Público em questões sociais complexas e causadoras de efeitos sistêmicos, a Proposta de Recomendação nº 02, de 07 de agosto de 2017 (Proposição nº 1.00720/2017-02), que tem por enfoque as políticas públicas efetivadoras de direitos fundamentais, prevê a necessidade dos órgãos de execução do Ministério Público difundirem informações e práticas capazes de estimular a interação entre a sociedade civil e o poder público, a fim de identificar as principais demandas sociais e as políticas públicas prioritárias (art. 1º). Além disso, a Proposta prescreve como medidas para o real conhecimento dos problemas sociais, dentre outras, a priorização do diálogo com a população por meio da participação e realização de audiências públicas (art. 3º).

O art. 4º da referida Proposta, ao contemplar diretrizes voltadas ao seu objeto, estabelece a necessidade de realização de audiências públicas e/ou reuniões públicas antes da propositura de medidas judiciais ou extrajudiciais, convocando os representantes dos grupos passíveis de serem atingidos pelas medidas (IV); a atuação destinada à implementação de políticas públicas socialmente necessárias (VII); a atenção para as possíveis repercussões sistêmicas ocorridas na implementação das políticas públicas, seja por meio de medidas judiciais ou acordos firmados (IX); a necessidade de diligenciar com o objetivo de obter a cooperação de órgãos técnicos especializados em determinada política pública a ser efetivada (X); e a priorização de tentativas de acordos com o Poder Público antes de buscar a resolução pela via judicial (XII).

A atuação planejada, prioritária e em cooperação com a sociedade e com o Estado apresenta-se também como medida de contenção de situação caracterizada como estado de coisas inconstitucional, o qual se manifesta quando a violação de direitos fundamentais for grave, permanente e generalizada, afetando um número amplo e indeterminado de pessoas, podendo ser provocada por omissões reiteradas dos órgãos estatais, e demandando a construção de uma solução onde haja o envolvimento de todos os órgãos responsáveis, tendo em vista a adoção de mudanças estruturais (art. 5º).

Naqueles conflitos sociais mais complexos e de maior relevância e repercussão social cuja Proposta visa subsidiar, e que envolvem mais de uma área de atuação, o desempenho do Ministério Público deverá se manifestar de forma colaborativa, com a realização de diagnósticos prévios e adoção de estratégias conjuntas voltadas à participação comunitária, de modo que a escolha da melhor metodologia de trabalho tenha como parâmetros a solução acordada e a utilização de procedimento de projeto social ou outra ferramenta que se disponha a agregar todos os interessados, entes públicos e privados (arts. 6º e 7º).

Para Dagnino (2004), se em determinado momento histórico houve a isenção do

Estado enquanto garantidor de direitos e o conseqüente encolhimento de suas responsabilidades sociais, necessariamente, houve a transferência destas responsabilidades para a sociedade civil. Neste sentido, poder-se-ia falar em uma verdadeira identidade de propósitos entre os projetos políticos neoliberal e democrático, cuja confluência teria por vértice a participação popular. Assim, longe de significar um maniqueísmo, mas “apontando para direções opostas e até antagônicas, ambos os projetos requerem uma sociedade civil ativa e propositiva” (Dagnino, 2004, p. 142).

Em uma perspectiva atual, demanda-se um esforço para a criação de espaços públicos onde o poder do Estado possa ser compartilhado com a sociedade inclusive na tomada de decisões, permitindo o delineamento do novo alcance do conceito de cidadania enquanto materialização de um conjunto de direitos no sistema político-jurídico. Nas palavras de Dagnino (2004, p. 154):

A nova cidadania é um projeto para uma nova sociabilidade: não somente a incorporação no sistema político em sentido estrito, mas um formato mais igualitário de relações sociais em todos os níveis, inclusive novas regras para viver em sociedade (negociação de conflitos, um novo sentido de ordem pública e de responsabilidade pública, um novo contrato social, etc.). Um formato mais igualitário de relações sociais em todos os níveis implica o “reconhecimento do outro como sujeito portador de interesses válidos e de direitos legítimos (Telles, 1994, p. 46). Isso implica também a constituição de uma dimensão pública da sociedade, em que os direitos possam se consolidar como parâmetros públicos para a interlocução, o debate e a negociação de conflitos, tornando possível a reconfiguração de uma dimensão ética da vida social (grifos nossos).

As demandas conflitivas da natureza e envergadura que se discute, quando levadas à esfera judiciária, criam embaraços que desafiam a própria lógica de um poder que não fora originariamente criado pra atuar sob as vicissitudes e as singularidades de uma sociedade cujos padrões modificam-se conforme as suas necessidades. Com efeito, a discricionariedade técnica da Administração não foi levada para a seara jurídica – e nem poderia –, de forma que a escolha da melhor decisão deverá estar pautada no equilíbrio de razões, construído por meio do diálogo entre as instituições envolvidas e a sociedade civil interessada.

Essa proposta tem por vantagem, além de minimizar as tensões interinstitucionais, buscar um modelo cooperativo e dinâmico de processo, que tenha por objetivo encontrar a melhor solução para o caso concreto, aquela guiada pela segurança jurídica,

racionalidade, coerência, consistência e toda uma argumentação capaz de evitar quaisquer traços de subjetivismos ou impessoalidades em suas linhas decisórias. Sobre o conceito de segurança jurídica proposto e a problematização que o envolve, Habermas (1997) descreve um novo modelo jurídico teórico que busque decisões corretas para o caso concreto, garantindo assim a segurança jurídica “em outro nível”, sem que haja uma resposta universal e já construída para todos os problemas. Desta forma, na medida em que esta segurança passa a depender do procedimento, a cada indivíduo passam a ser destinados os direitos que lhe são próprios, de forma materialmente justa e equitativa, através de argumentos relevantes e não arbitrários. Segundo o filósofo alemão:

[...] um sistema de direitos que não é formado apenas e *a fortiori* de ‘regras’ que incluem procedimentos de aplicação, como pretende o positivismo, não pode garantir o mesmo grau de previsibilidade de decisões judiciais, obtido em programas condicionais. O conceito clássico de segurança jurídica, cujas implicações racionais foram analisadas, por exemplo, por Lon Fuller, exige uma estrutura de regras que ultrapassa um sistema jurídico complexo e auto-referencial, construído com regras, princípios e determinações de fins. A segurança jurídica, apoiada sobre o conhecimento de expectativas de comportamento inequivocadamente condicionadas, representa ela mesma um princípio que pode ser contraposto, *in casu*, a outros princípios (Habermas, 1997, p. 273).

O objetivo central desta proposta de execução negociada de políticas públicas e interesses coletivos, é, de fato, dar efetividade aos programas definidos na Constituição Federal, realizando-os em sua máxima medida. Espera-se, por meio da boa-fé entre as partes, bem como de sua real colaboração processual, que a noção de cumprimento forçado se transfunda para um modelo que permita uma abertura e pluralidade decisória, reclamando, mais uma vez, um agir jurisdicional apartado das tradições formalistas típicas do liberalismo clássico.

Em que pese o direito brasileiro não dispor de sanções penais impostas para compelir ou penalizar o agente público omissivo, tal comando, em verdade, não se reveste de eficácia prática e utilitária capaz de determinar a realização da política pública. A resposta que a coletividade almeja não se esbarra sob determinações revanchistas. Com efeito, a carência social persiste, endossada pela pecha do desprestígio que a decisão judicial acaba carregando consigo, de maneira a reforçar a evidência de que a execução forçada se mostra cada vez mais questionável: impelida como sanção à prática de atos ilícitos, sobrevém uma enorme carga de imoralidade e reprovabilidade, que em nada contribui

para solucionar as demandas de forma harmônica. Em última análise, “na supercomplexidade da vida social pós-moderna, as fórmulas árcuicas de coercitividade judicial tendem, em razão da sua ingenuidade simplificadora, a falhar. Aliás, elas vão na contra-mão de um mundo em que se assiste à disseminação de ‘técnicas leves de interferência social’” (Costa, 2016, p. 119).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do Estado mínimo à falência de um Estado (Mészáros, 2015) de regulação social tardia, as duas formas de liderar as aspirações populares mostraram-se insuficientes diante da emergência e variedade de demandas, da dinamicidade da sociedade, da complexidade dos problemas e da continuidade das contradições impostas por um modelo de exploração capitalista cujo metabolismo vinha se desenvolvendo e alavancando índices em uma corrida frenética visando alcançar os patamares internacionais.

A repartição tripartida de competências entre os poderes, tão bem pensada sob os moldes liberais, cederia espaço para a reconstrução de um sistema de justiça com funções orgânicas e não exaustivas, porém fundamentalmente apoiadas no texto constitucional de 1988. A necessidade iminente era de dar voz às políticas previstas em normas de eficácia programática com conteúdos genéricos, transformando em força cogente estes comandos constitucionais.

O que se viu, e se vê, em grande medida, é o Judiciário – e principalmente este, enquanto principal ator responsável pelo processo de judicialização dos interesses coletivos e das políticas públicas – “perdido” em meio a um conturbado cenário de burocracia administrativa, pluralidade de matérias e excessiva tecnicidade, impondo a necessidade de um artefato político em um mundo jurídico que fora ensinado para atuar de forma padronizada e previsível. Portanto, pretensões isoladas de cunho ativista viram-se fadadas ao fracasso, ao “mais do mesmo” de uma dinâmica processual morosa e de uma justiça ilhada de reclamações e urgências por todos os lados. Aliás, bem vistas as coisas, o isolacionismo nunca se mostrou uma alternativa viável, seja por meio do rigor do individualismo liberal que isolava o indivíduo da sociabilidade, seja em razão da grandeza autoimposta ao Judiciário.

A transposição de lógicas decisórias, com efeito, não serviu para corresponder à noção de civilidade que se almejava com a nova ordem jurídica inaugurada. E note-se que não se está falando em adversários; não se pretende trazer a menção popular que afirma que quando não se pode lutar contra o inimigo, alia-se a ele. Nenhum poder republicano pode ser visto como inimigo do outro. Administração e Judiciário não são adversários, muito menos inimigos. Seu objetivo comum deve ser a busca pelos interesses da cole-

tividade, assim partilhados e perseguidos conjuntamente. Este é, em última análise o fundamento de um Estado democrático de Direito.

Nesse sentido, tendo em vista a persecução dos objetivos traçados no pacto cívico constituinte, a proposta de negociação de políticas públicas entre as instituições envolvidas e a coletividade atingida é medida de ação revolucionária no bojo da justiça brasileira, e que emana de uma dinâmica processual desvinculada de ritos formais, e precipuamente, de uma mudança de mentalidade que deve se articular entre os atores deste novo arranjo sistemático.

Para tanto, a máxima realização dos direitos fundamentais sociais necessita de um justo equilíbrio de razões e propostas, onde prevaleça uma noção de realidade e factuabilidade pautadas na boa-fé e na vontade colaborativa, alicerces do que se espera de um modelo cooperativo de processo efetivamente voltado para a resolução dos interesses da sociedade.

THE JUDICIAL POWER UNDER THE NEW DEMANDS OF THE 21ST CENTURY: PERSPECTIVES FOR NEGOTIATED SOLUTIONS BETWEEN INSTITUTIONS

ABSTRACT

This is a bibliographic and documentary research aimed at analyzing the feasibility of negotiated execution of collective demands in the 21st century between administrative and judicial institutions. It is understood that the ineffectiveness of the State has gradually led to the opening of avenues for the restructuring of the justice system in Brazil and of a new procedural model, resulting in the invasion, by the Judiciary, of the institutional capacities of the other branches of government. To minimize possible institutional tensions, this article reveals the need for mediation between institutions and civil society, based on good faith, in order to find the best rational, coherent and safe solution.

Keywords: judicial power; collective interests; collective demands; negotiated execution.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das capacidades institucionais e reserva do possível no julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle – Doutrina e Artigos**, v. 14, n. 2, p. 18-51, 2016. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Desktop/330-Texto%20do%20artigo-668-1-10-20170424.pdf. Acesso em: 10 jun. 2019.
- APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: F. Konrad Adenauer; São Paulo: Edunesp, 2007, p. 81-115. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/31282009/Judiciario-entrea-justica-e-a-politica?campaign=VigLink&ad_group=xxc1xx&source=hp_affiliate&medium=affiliate. Acesso em: 04 mar. 2020.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e ao absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24322/O_argumento_das_capacidades_institucionais.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BACAL, Eduardo A. Braga. Acesso à justiça e tutela dos interesses difusos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, n. 5, p. 262-291, jun. 2010. Disponível em: https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:BR+content_type:4/interesses+difusos/WW/vid/216272017. Acesso em: 16 maio 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- 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. Acesso em: 27 fev. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial 1.854.842**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorrido: Município de Fortaleza. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 02 de junho de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=110591713&num_registro=201901607463&data=20200604&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 20 maio 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento**

de Preceito Fundamental 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Requerido: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRENTANO, Alexandre. **Gênese e história política da Advocacia-Geral da União (AGU).** 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/168981>. Acesso em: 02 mar. 2020.

CAMPANELLA, Fabiana Leonardi. **A atuação do Ministério Público no controle das políticas públicas.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21979>. Acesso em: 11 maio 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 34, jun. 1997, p. 147-156. Disponível em: http://www.anpocs.com/images/stories/RBCS/34/rbcs34_09.pdf. Acesso em: 29 fev. 2020.

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/images/recomendacao_dois.pdf. Acesso em: 18 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Proposta de Recomendação nº 02, de 07 de agosto de 2017 (Proposição nº 1.00720/2017-02). Dispõe sobre a atuação do Ministério Público em Políticas Públicas Efetivadoras de Direitos Fundamentais e estabelece diretrizes para a realização ou o referendo de acordos. Brasília, DF, **Corregedoria Nacional do Ministério Público**, 2017. Disponível em: https://cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Propostas_de_Resolucao/Proposta_Recomendacao_Politicas_Publicas_Direitos_Fundamentais.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 59, p. 109-136, jan./mar. 2016. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1275172/Eduardo_

Jose_da_Fonseca_Costa.pdf. Acesso em: 07 maio 2020.

DAGNINO, Evelina. Construção democrática, neoliberalismo e participação: os dilemas da confluência perversa. **Revista Política & Sociedade**, nº. 5, p. 139-164, outubro de 2004. Disponível em: http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/1134_17/mod_resource/content/1/Dagnino%20Pol%C3%ADtica%20e%20Sociedade.pdf. Acesso em: 03 jan. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, p. 9-37, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>>. Acesso em: 05 ago. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINI, Leticia Moreira De. **Os interesses coletivos de proteção ambiental e urbanística e o sistema de justiça**: a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público do Estado do Maranhão no período de 2015 a 2020. Curitiba: CRV, 2021.

MÉSZÁROS, István. **A montanha que devemos conquistar**: reflexões acerca do Estado. São Paulo: Boitempo, 2015.

MOTTA, Marly Silva da. A Ordem dos Advogados do Brasil: entre a corporação e a instituição. **Ciência Hoje**, Rio de Janeiro, v. 39, p. 32-37, dez. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6801/1674.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 mar. 2020.

OLIVEIRA, Francisco. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os Sentidos da Democracia**. Petrópolis: Vozes, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. Controle da discricionariedade administrativa. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (coord.). **Controle da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 63-82.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. A Defensoria Pública e a reforma do Judiciário. In: BRASIL. Ministério da Justiça. **Estudo diagnóstico**: Defensoria Pública no Brasil. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2004, p. 7-8.

SANTOS, Christianine Chaves. **Ações coletivas e coisa julgada**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SILVA, Rafael Oliveira da. Ordem dos Advogados do Brasil: espaço de história e de ação política. In: **XIX SEMANA DE HUMANIDADES**, Natal, CCHLA, 2011, p. 1-10. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/shXIX/anais/GT29/ORDEM%20>

DOS%20ADVOGADOS%20DO%20BRASIL%20-%20%20ESPA%C7O%20DE%20HIST%D3RIA%20E%20DE%20A%C7%C3O%20POL%CDTICA.pdf.

Acesso em: 02 mar. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

SPOSATI, Aldaíza. Regulação social tardia: características das políticas sociais latino-americanas na passagem entre o segundo e terceiro milênio. **Intervenção Social**, nº 27, p. 63-88, 2003. Disponível em: <http://www.clad.org.ve/fulltext/0044509.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2023.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL
CENTRADA EM PESSOAS: PROTEÇÃO
DE DADOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS
NO CENÁRIO GLOBAL

*PEOPLE-CENTERED ARTIFICIAL
INTELLIGENCE: DATA PROTECTION
AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE
GLOBAL CONTEXT*

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL CENTRADA EM PESSOAS: PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO GLOBAL¹

PEOPLE-CENTERED ARTIFICIAL INTELLIGENCE: DATA PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE GLOBAL CONTEXT

Stefani Juliana Vogel²

RESUMO

Este artigo exploratório investiga a importância dos princípios éticos para o desenvolvimento e uso de sistemas de inteligência artificial (IA), com foco na confiança e no respeito aos direitos fundamentais, especialmente na proteção de dados pessoais. Utilizando método dedutivo e revisão bibliográfica, o estudo apresenta as principais construções teóricas sobre IA centrada no ser humano. São abordados os desafios éticos e os riscos inerentes à IA sugerindo caminhos para uma IA ética e centrada em pessoas, essencial para a democracia e o debate público. Conclui destacando uma nova perspectiva para enfrentar os desafios contemporâneos em proteção de dados e privacidade.

Palavras-chave: inteligência artificial; direitos humanos; ética; equidade; justiça.

1 INTRODUÇÃO

As tecnologias baseadas em inteligência artificial, doravante denominada IA, têm o potencial de alterar profundamente a forma como as pessoas se veem e interagem com o mundo. Aplicações que vão desde assistentes virtuais até algoritmos preditivos são capazes de moldar comportamentos, influenciar decisões e criar relações de poder. Nesse sentido, é imperativo que a discussão sobre IA não se limite a seus benefícios técnicos, mas abarque os múltiplos impactos sociais. A confiança nestes sistemas é uma condição prévia para a aceitação da IA, dado o impacto transversal que ela possui (Comissão Europeia, 2020).

¹ Data de Recebimento: 28/10/2024. Data de Aceite: 05/11/2024.

² Chefe de Gabinete na Câmara dos Deputados e coordenadora do Grupo de Trabalho Mulheres no Direito Digital e nas Novas Tecnologias do Instituto Empoderar. Foi presidente suplente do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais (CNPD). É mestre em Alta Dirección en Seguridad Internacional pelo Centro Universitario de la Guardia Civil e Universidade Carlos III da Espanha. E-mail: dpvogel@gmail.com. Endereço para acessar currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0205978399239505>. ORCID: 000-0003-4239-7248.

Como afirma Steven Pinker (2018, p. 479), o progresso da civilização está ancorado na centralidade da razão, ciência e humanismo, com o ser humano no centro do desenvolvimento científico e tecnológico. Esse enfoque no ser humano é, portanto, não apenas desejável, mas essencial para assegurar que o progresso tecnológico traga benefícios reais à sociedade.

O surgimento de marcos legais dedicados a estabelecer diretrizes sobre o uso e o desenvolvimento da IA tem pautado preocupações relacionadas à privacidade, ética e a proteção de dados pessoais. Nos últimos anos, o conceito de IA focada em pessoas ou *Human-Centered AI* ganhou relevância, ao apresentar uma abordagem que coloca os seres humanos no centro do desenvolvimento e uso da IA e, ao mesmo tempo garantindo que seus direitos e sua dignidade sejam priorizados.

Este enfoque ocorre em meio a uma regulação global crescente, como o *AI Act* europeu, aprovado pelo Conselho da União Europeia em maio de 2024 e o Projeto de Lei 2338/2023³ em discussão no Brasil. Ambos buscam estabelecer normas de governança robustas, impondo obrigações proporcionais ao potencial de risco e impacto de diferentes sistemas de IA, promovendo, assim, o seu uso ético e responsável. Esses marcos regulatórios refletem uma preocupação global em estruturar uma abordagem de IA baseada em princípios e comprometida com a segurança e os direitos fundamentais, alinhando a inovação tecnológica aos valores sociais.

Dado o caráter invasivo de muitas tecnologias associadas a IA e o seu potencial de alterar o comportamento e identidade do ser humano, o objetivo do presente trabalho é analisar os contornos ético-jurídicos que emergem dos avanços tecnológicos e o seu impacto sobre os direitos humanos. Para o desenvolvimento desta pesquisa, realizou-se pesquisa bibliográfica na doutrina nacional e estrangeira, por meio de materiais impressos e digitais, como livros e revistas científicas, com a finalidade de abordar temas centrais como a IA centrada no ser humano e as suas implicações éticas e jurídicas.

2 IA FOCADA EM PESSOAS: CONCEITO E PRINCÍPIOS

A interdependência entre ética, política e direito exige que as normas que venham a regular a IA não sejam apenas ferramentas técnicas, mas também reflitam os valores ético-políticos fundamentais de nossa sociedade. O conceito de IA centrada em pessoas parte da premissa de que o desenvolvimento e uso de sistemas de IA devem ter como

³ No momento do fechamento do presente trabalho, o PL 2338, de 2023, uma iniciativa do senador Rodrigo Pacheco, a partir do trabalho de uma comissão de juristas se encontrava na Comissão Temporária Interna sobre Inteligência Artificial no Brasil (CTIA) com o relator. O projeto visa regulamentar o uso de sistemas de IA no país, abordando questões como a transparência, proteção de dados e responsabilidade no uso dessas tecnologias. Para mais detalhes, acesse: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 24 out. 2024.

objetivo fundamental o bem-estar humano, garantindo que as tecnologias trabalhem a serviço das pessoas e não o contrário. Dada sua natureza como tecnologia de propósito geral e o seu potencial impacto social, tanto sob o ponto de vista individual, como coletivo, como são os sistemas de seleção de candidatos para ingresso em empregos e estabelecimentos de ensino e os destinados a avaliar o acesso a serviços e benefícios públicos, torna-se essencial adotar uma abordagem ética para a IA.

Diversos princípios globais foram estabelecidos para guiar o desenvolvimento sustentável e equilibrado da IA. Em uma análise das principais iniciativas internacionais, esses princípios se organizam em seis dimensões: Equidade (*Fairness*); Confiabilidade e Segurança (*Reliability & Safety*); Impacto Social (*Social Impact*); Responsabilidade (*Accountability*); Privacidade & Segurança (*Privacy & Security*); e Transparência (*Transparency*) (Burle e Cortiz, 2019).

Os Princípios de Asilomar, por exemplo, elaborados pelo *Future of Life Institute* na *Beneficial AI Conference* (Asilomar, 2017), reúnem diretrizes focadas em maximizar os benefícios e mitigar riscos da IA. Entre os seus 23 princípios, destaca-se a “IA centrada no ser humano” como objetivo central da pesquisa, orientando para que a tecnologia seja projetada para o benefício humano e o bem-estar social (Floridi & Cowls, 2019).

Em “Ética e Valores”, o princípio da privacidade também é fundamental, assegurando que as pessoas mantenham controle sobre seus dados. O respeito à privacidade e à proteção de dados pessoais, a partir do tratamento de dados realizado de forma transparente e responsável, fortalece a confiança nos sistemas de IA. Em “Questões de Longo Prazo”, há um chamado para supervisão humana contínua, a fim de evitar que tecnologias autônomas ajam de forma independente e irresponsável. Assim, a IA centrada em pessoas orienta o desenvolvimento de sistemas que distribuam benefícios entre todos e assim minimizem desigualdades.

Além disso, as “Questões de Longo Prazo” reforçam uma perspectiva centrada no ser humano, ao estabelecer que a IA deve ser desenvolvida com um alinhamento de valores que esteja em conformidade com os direitos humanos e os interesses da humanidade como um todo. Isso inclui a supervisão humana contínua dos sistemas de IA para evitar que essas tecnologias atuem de forma autônoma e sem responsabilidade. Em um cenário onde sistemas autônomos podem tomar decisões importantes sem a participação direta de pessoas, é essencial criar diretrizes éticas e jurídicas que assegurem a responsabilidade e a transparência dessas ações.

O compartilhamento dos benefícios gerados pela IA entre todos os seres humanos é outro princípio fundamental, pois propõe que os avanços tecnológicos não resultem em exclusão ou aumento de desigualdades, mas sim em um impacto positivo global. Em suma, os Princípios de Asilomar constituem um importante referencial focado no ser

humano, ao focar em construir um futuro onde a IA contribua para o bem-estar coletivo e em respeito as normas éticas e os direitos de cada indivíduo.

O Regime sobre IA, robótica e tecnologias conexas aprovado pelo Parlamento Europeu em 2020 reforça o foco antropocêntrico e antropogênico dessas tecnologias, priorizando a dignidade, os direitos e a autonomia humana. A resolução recomenda supervisão e transparência em decisões automatizadas, protegendo contra discriminação e assegurando a segurança dos dados. Da mesma forma, o *Statement on Artificial Intelligence, Robotics, and Autonomous Systems* do *European Group on Ethics in Science and New Technologies* (EGE, 2018) enfatiza a necessidade de um quadro ético e legal reconhecido internacionalmente, alinhado aos valores morais e aos objetivos socioeconômicos da Europa.

A centralidade do ser humano fica evidenciada no conjunto de princípios éticos fundamentais que devem guiar o desenvolvimento e uso dessas tecnologias. Entre os princípios destacados, a dignidade humana é mencionada como fundamental, sendo descrita como a necessidade de respeitar o valor inerente de cada pessoa. Isso implica inferir que as tecnologias autônomas não devem violar a dignidade humana e que deve haver limites legais sobre como as pessoas são classificadas e tratadas por algoritmos e sistemas autônomos.

Outro destaque é a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que desde 2016 discute princípios e recomendações sobre IA. Em 2019, a OCDE publicou dez princípios para a IA, focados na proteção dos direitos humanos, autonomia e bem-estar, com a adesão de 47 países, incluindo a União Europeia. Em 2024, o princípio de “Crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar” foi atualizado para destacar o papel da IA na promoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Também se destaca o princípio de “Respeito pelo Estado de Direito, direitos humanos e valores democráticos”, que enfatiza o desenvolvimento de uma IA responsável, garantindo supervisão e segurança para prevenir riscos e assegurar justiça e transparência. O foco central é garantir que os valores humanos prevaleçam e que a IA seja desenvolvida e utilizada para promover o bem-estar, respeitando a dignidade e a autonomia dos indivíduos. A implementação de mecanismos de supervisão e salvaguardas são previstos como instrumentos-chave para atingir esse objetivo, prevenindo riscos e garantindo que os sistemas de IA sejam utilizados de forma segura, justa e transparente.

O *White Paper on Artificial Intelligence* (Comissão Europeia, 2020) estabelece a confiança como base para o quadro regulatório europeu, ao passo que as *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (União Europeia, 2018) promovem quatro princípios éticos: respeito à autonomia humana, prevenção de danos, justiça e explicabilidade. Esses princípios reforçam que os sistemas de IA devem empoderar os usuários, permitindo que compreendam e controlem suas interações com a tecnologia.

Mais recentemente, o relatório “Governing AI for Humanity” (2024) propôs um apelo para colaboração entre governos, empresas e sociedade civil para a criação de um ambiente seguro e ético para a IA. Diante do déficit das regulações, normas e instituições capazes de gerir a IA, propôs-se uma governança global que proteja os direitos humanos e maximize o bem-estar.

Nota-se que a IA centrada no ser humano atua como um meta princípio que conforma todos os demais. Esta abordagem prioriza valores e necessidades humanas no desenvolvimento, implementação e uso de sistemas de inteligência artificial. Por meio dela, busca-se garantir que a tecnologia não apenas atenda a objetivos técnicos ou de eficiência, mas que também respeite e promova a dignidade, os direitos e o bem-estar dos indivíduos e das comunidades.

3 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: O PILAR DA REGULAÇÃO GLOBAL

A proteção de dados pessoais é um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento de uma inteligência artificial que respeite os direitos humanos, como preconizam diversos marcos regulatórios globais. Legisladores em diferentes jurisdições, como o Brasil e a União Europeia, têm promulgado normas que visam garantir que o tratamento de dados pessoais seja conduzido de forma adequada e ética. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia são exemplos que impõem padrões de privacidade e transparência necessários para o desenvolvimento responsável da IA.

A coleta e o uso de dados pessoais sem o consentimento explícito e informado dos titulares levantam graves preocupações quanto à violação de direitos fundamentais, notadamente o direito à privacidade. A utilização oculta ou inadequada de tais dados pelas empresas ou instituições não apenas constitui uma infração aos preceitos legais estabelecidos, mas também configura uma quebra de confiança entre os indivíduos e as entidades que fazem uso desses dados. A ausência de transparência nas práticas de coleta e tratamento de informações pessoais pode desencadear uma crise de confiança, afetando diretamente a legitimidade dessas instituições perante o público.

Quando os titulares de dados não têm ciência de como suas informações são coletadas e utilizadas, ou quando não possuem controle sobre esses dados, o impacto jurídico e social é evidente. A sensação de vulnerabilidade resultante dessa opacidade pode levar à resistência no uso de serviços digitais e a uma demanda crescente por regulamentações mais severas em matéria de proteção de dados pessoais. Dessa forma, a falta generalizada de conformidade com as normativas vigentes não só expõe as instituições a sanções legais, mas também compromete a confiança social para o uso de novas tecnologias no ambiente digital.

Com efeito, recentemente a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) determinou a suspensão cautelar do tratamento de dados pessoais realizado pela empresa Meta para treinamento do seu sistema de IA⁴. A suspensão foi baseada na política de privacidade da Meta, que apresentava indícios de tratamento inadequado de dados pessoais, incluindo falta de informações claras e limitações excessivas ao exercício dos direitos dos titulares, especialmente de crianças e adolescentes.

Segundo o Voto nº 11/2024/DIR-MW/CD condutor, aprovado pelo Conselho Diretor em Circuito Deliberativo, as informações compartilhadas pelos titulares nas plataformas geridas pela Meta geralmente têm como finalidade a interação com amigos, comunidade ou empresas de interesse. Muitos titulares de dados não esperavam que informações compartilhadas para interação social fossem usadas para o treinamento de sistemas de IA. Para que o tratamento de dados com base no legítimo interesse seja válido, ele precisa estar fundamentado em situações concretas e bem definidas, e não em especulações. Assim, a decisão da ANPD ressalta a necessidade de que as expectativas legítimas dos titulares sejam observadas e reforça a importância de mecanismos que permitam o exercício de seus direitos, incluindo a possibilidade de oposição ao tratamento de dados e sua eliminação, quando necessário (ANPD, 2024).

Regulamentos como o GDPR estabelecem requisitos rigorosos para o tratamento de dados pessoais, incluindo princípios como a minimização de dados e a exigência de consentimento explícito. No contexto da IA, o GDPR é especialmente relevante, ao regular, por exemplo, as decisões automatizadas que afetam diretamente os indivíduos, assegurando o direito à revisão humana e à transparência nos processos. No Brasil, a LGPD impõe que sistemas de IA respeitem os princípios de necessidade, finalidade e segurança, protegendo os direitos dos titulares e promovendo a autodeterminação informativa. Tanto a LGPD, quanto o GDPR representam marcos significativos na proteção de direitos dos cidadãos especialmente em um contexto de crescente interação e expansão do uso de IA na vida cotidiana.

Nos Estados Unidos, o “*Blueprint for an AI Bill of Rights*” se apresenta como um documento estratégico desenvolvido pelo governo dos Estados Unidos que delinea princípios e diretrizes para a governança IA (Hine e Floridi, 2023). O objetivo do *Blueprint* é garantir que o desenvolvimento e a implementação de tecnologias de IA respeitem os direitos e a dignidade dos indivíduos, promovendo uma abordagem ética e centrada nas pessoas.

Para tanto, o documento estabelece cinco princípios que devem guiar a regulação da IA, dentre eles a proteção contra práticas abusivas de dados e agência sobre o uso de

⁴ Mais informações disponíveis em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-determina-suspensao-cautelar-do-tratamento-de-dados-pessoais-para-treinamento-da-ia-da-meta>. Acesso em: 23 out.2024.

dados pessoais. De acordo com este princípio, os indivíduos devem ter controle sobre como seus dados são coletados e utilizados, com proteção contra abusos no tratamento de informações pessoais. Isso implica em garantir que as pessoas possam dar consentimento significativo para a coleta de dados e ter o direito de corrigir informações pessoais errôneas

O *Blueprint* é uma tentativa de moldar a governança da IA nos Estados Unidos, promovendo uma abordagem que prioriza os direitos humanos e a ética no uso de tecnologias emergentes. Contudo, não se trata de uma norma com efeitos vinculativos.

As normas de proteção de dados, como a LGPD e o GDPR, representam conquistas notáveis na proteção dos direitos dos cidadãos e no estabelecimento de diretrizes para o uso ético da tecnologia. No entanto, essas regulamentações foram concebidas antes do surgimento da IA generativa e de sistemas avançados de análise preditiva, cujas características e potenciais implicações desafiam as capacidades regulatórias originalmente previstas. Com o avanço dessas tecnologias, torna-se cada vez mais necessário que os marcos regulatórios sejam revisados e atualizados para garantir que continuem adequados à proteção dos direitos individuais.

À medida que a IA evolui, é essencial que os legisladores realizem revisões periódicas das normas para adaptá-las a novos cenários tecnológicos, assegurando que o desenvolvimento da IA ocorra de maneira ética, segura e alinhada com os valores democráticos. Essa atualização contínua é fundamental para promover uma governança centrada nos direitos humanos, colocando a dignidade e a segurança das pessoas no centro das inovações tecnológicas.

4 DESAFIOS E RISCOS: VIESES E DISCRIMINAÇÃO

Apesar dos avanços regulatórios e do foco crescente em uma IA centrada nas pessoas, emergem riscos substanciais, especialmente relacionados a vieses e discriminação algorítmica. Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial, descreve o período atual como a quarta revolução industrial, marcada pela fusão dos domínios físico, digital e biológico em uma escala sem precedentes. Embora muitas inovações baseadas em IA estejam ainda em estágios iniciais, elas já têm transformado profundamente todos os setores, alterando modelos de negócios, padrões de consumo e modos de comunicação e trabalho (Schwab, 2018, p. 13-14). A quarta revolução industrial, embora traga benefícios significativos, também introduz riscos de que sistemas de IA sem auditoria adequada ou dados representativos reforcem preconceitos e gerem decisões desiguais, impactando negativamente grupos vulneráveis.

A presença de preconceitos nos sistemas de IA é amplamente documentada. O *Blue-*

print for an AI Bill of Rights (2022) ilustra casos em que algoritmos impediram o acesso de pessoas mais velhas a benefícios de saúde ou limitaram o acesso de pessoas negras a transplantes de órgãos ao pressupor um menor risco de doenças renais.

Da mesma forma, no capítulo sobre “Desafios e Riscos: Vieses e Discriminação”, do documentário *Coded Bias* (2020), dirigido por Shalini Kantayya, há um exemplo contundente sobre os perigos dos vieses presentes em tecnologias de inteligência artificial. O episódio investiga como algoritmos de reconhecimento facial, amplamente utilizados em diversas aplicações, perpetuam vieses racistas e machistas. A pesquisadora Joy Buolamwini, do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), é uma das protagonistas da obra e nela destaca as falhas e injustiças que descobriu ao conduzir uma pesquisa no MIT Media Lab.

Em uma de suas experiências, Buolamwini relata como, ao posicionar seu rosto em frente a um dispositivo de IA, o sistema de reconhecimento facial falhou em identificá-la. Apenas quando cobriu seu rosto com uma máscara branca o dispositivo foi capaz de “enxergá-la”. Esse incidente revelou o viés racial embutido nos algoritmos, que tendem a ser mais precisos no reconhecimento de rostos brancos, enquanto têm dificuldades com rostos de pessoas negras ou de mulheres.

A pesquisa de Buolamwini expôs o problema crítico de que os algoritmos de IA, muitas vezes desenvolvidos por equipes com pouca ou nenhuma diversidade, refletem os preconceitos da sociedade em que foram criados, amplificando desigualdades existentes e injustiças estruturais. Tendo em vista que os homens ainda dominam os campos da Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática, apelidadas de STEM, é preciso que mais iniciativas e políticas públicas sejam criadas para evitar que o aumento da demanda por habilidades técnicas não venha a exacerbar desigualdades de gênero.

Para combater esses efeitos, é necessário que haja um foco contínuo em transparência e explicabilidade, capazes de garantir que os algoritmos sejam auditados por equipes interdisciplinares que incluam especialistas em ética, direitos humanos e proteção de dados. Os usuários devem ser capazes de entender os processos que levam a uma decisão. Além de saber como as decisões são feitas, os usuários devem ser capazes de compreender as razões por trás dessas decisões. Isso é especialmente importante em contextos em que as decisões da IA podem ter um impacto significativo na vida das pessoas, como em áreas de saúde, finanças ou justiça. (Comissão Europeia, 2018, p.17).

Embora possa parecer uma solução simples remover informações sensíveis, como gênero, dos conjuntos de dados para evitar discriminação, essa abordagem é complexa e apresenta desafios. Proxies e correlações subjacentes podem perpetuar preconceitos sociais, mesmo sem dados explícitos de gênero. Por exemplo, atributos como nível educacional ou comportamentos correlacionados ao gênero podem ser utilizados de forma

indireta, levando a modelos de aprendizado de máquina que ainda refletem desigualdades de gênero (Barocas; Hardt; Narayanan, 2024, p. 21). Mesmo sem a informação explícita de gênero, outros atributos podem atuar como substitutos, refletindo desigualdades sociais. Por exemplo, períodos de ausência no histórico profissional, que podem estar relacionados à licença-maternidade ou determinados padrões de palavras usadas em descrições de trabalho, acabam servindo como proxies para o gênero. Assim, o sistema pode priorizar candidatos cujos perfis se assemelham a padrões historicamente masculinos, enquanto rejeita ou desvaloriza candidaturas de mulheres, perpetuando um viés implícito.

Ou seja, para garantir decisões justas e equitativas, é fundamental considerar esses fatores e adotar uma abordagem crítica e abrangente na análise de dados e no desenvolvimento de modelos.

Uma abordagem centrada no ser humano visa, portanto, assegurar que os direitos e a dignidade dos indivíduos sejam respeitados. Isso é fundamental para evitar abusos, discriminação e violação de privacidade que podem surgir do uso inadequado de tecnologias baseadas em IA.

5 IA E DEMOCRACIA: IMPACTOS NAS ELEIÇÕES E NO DEBATE PÚBLICO

A democracia tem por objetivo dar maior liberdade a todos e para todos, na medida em que trabalha a favor da justiça e propicia, em sua aplicação, a construção do estado Democrático de Direito.

A partir da relação indissociável entre ética, política e direito, as normas jurídicas que tratam do tema da IA devem refletir e ser instrumentos para a concretização dos valores ético-políticos existentes em nossa cultura.

Em uma sociedade plural, multicultural e complexa, composta por indivíduos com diferentes projetos de vida, habilidades e oportunidades, John Rawls, em sua obra “Uma Teoria da Justiça” (1971), defende que a justiça como equidade deve ser o princípio que governa as estruturas de uma sociedade democrática. Segundo Rawls, a ética é a base para a concepção de justiça, sendo operacionalizada pela política, cujo papel é construir e manter estruturas sociais justas. O direito, por sua vez, institui e consolida essas estruturas, garantindo que os princípios de justiça e equidade sejam aplicados de forma consistente. Assim, a ética define os valores que orientam a política, enquanto o direito assegura a implementação desses valores por meio de um sistema normativo.

Esses ensinamentos são particularmente importantes no contexto atual, onde a IA exerce uma influência crescente sobre as democracias modernas. O uso de IA em

campanhas eleitorais, por exemplo, tem levantado preocupações sobre a manipulação de dados pessoais e a criação de estratégias de *microtargeting*, que podem distorcer o debate público e comprometer a liberdade de escolha dos eleitores.

O caso emblemático da *Cambridge Analytica*, que envolveu o uso indevido de dados pessoais para influenciar eleitores, ilustra os perigos de uma IA que não respeita os princípios de transparência e proteção de dados. Para garantir a integridade do processo democrático, é essencial que haja uma supervisão mais rígida sobre o uso de IA nas campanhas e que os eleitores sejam devidamente informados sobre o uso de seus dados. Normas centradas no ser humano, que promovam a transparência e o respeito aos direitos fundamentais, são necessárias para que o uso de IA em contextos eleitorais não subverta o processo democrático através do abuso do poder de comunicação e da redução do poder de escolha dos eleitores.

Além disso, a democracia se sustenta sobre proteções constitucionais explícitas, como a liberdade de expressão e de imprensa, que também limitam o poder estatal e devem ser protegidas dos efeitos prejudiciais da IA nas redes sociais. Os algoritmos que amplificam certas vozes e mensagens contribuem para a criação de “câmaras de eco”, um fenômeno em que os indivíduos são expostos predominantemente a conteúdos que reforçam suas crenças pré-existentes. Esse fenômeno é exacerbado pela IA, que utiliza dados comportamentais para fornecer conteúdo altamente personalizado, o que intensifica a polarização política e, conseqüentemente, degrada o debate público.

Cass Sunstein, em *Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media* (2017), explora como as “câmaras de eco” nas redes sociais resultam em uma esfera pública fragmentada. Sunstein aponta que, ao se isolarem em bolhas ideológicas, os cidadãos perdem a oportunidade de serem desafiados por visões opostas, o que enfraquece a vitalidade do debate democrático e ameaça o diálogo aberto. Como a democracia prospera com a troca de ideias e o confronto de opiniões divergentes, a IA pode, ao restringir essa diversidade de perspectivas, contribuir para a erosão da própria essência democrática.

Nota-se que se por um lado a IA oferece inúmeras oportunidades para otimizar processos e promover a eficiência, por outro, o seu uso na democracia deve ser cuidadosamente regulamentado para evitar a erosão das liberdades individuais e garantir que a equidade e a justiça sejam preservadas no coração das sociedades democráticas. Em última análise, o uso da IA deve fortalecer os princípios fundamentais da democracia e não ser uma ferramenta que os enfraqueça, garantindo que os processos eleitorais e o debate público permaneçam genuinamente inclusivos, justos e representativos da diversidade de ideias que caracteriza uma sociedade democrática.

6 CAMINHOS PARA UMA IA ÉTICA E CENTRADA EM PESSOAS

Os mais pessimistas costumam associar o avanço da inteligência artificial a impactos negativos para os seres humanos, como a redução de oportunidades de emprego e o aumento de problemas de saúde mental, como a depressão. Além disso, surgem preocupações quanto a potenciais violações aos direitos da personalidade devido ao tratamento intensivo de dados que esses sistemas demandam. No entanto, é necessário reavaliar essas percepções predefinidas, pois cabe ao próprio ser humano e à sociedade moldar o desenvolvimento e as aplicações da tecnologia, a fim de assegurar que a IA atue de forma ética e beneficie todos os setores sociais (Soares e Medina, 2020).

Para alcançar esta ética, é essencial distinguir “*fairness*” (justiça) e “*equity*” (equidade) para garantir que as tecnologias de IA não apenas funcionem de maneira imparcial, mas também considerem as circunstâncias e necessidades individuais dos diferentes grupos afetados. De acordo com Barocas, Hardt e Narayanan (2024, p.24), os algoritmos de aprendizado de máquina devem ser projetados levando em consideração as limitações e oportunidades no que diz respeito à justiça e equidade. A justiça refere-se ao tratamento igual para todos os usuários, com base em normas universais. A equidade, por sua vez, reconhece que diferentes indivíduos ou grupos possuem necessidades distintas e que, para alcançar resultados verdadeiramente justos, a IA deve adaptar-se para oferecer recursos adequados a cada contexto. Em algoritmos de aprendizado de máquina, essa distinção é sutil, mas crucial. Um sistema de IA justo pode garantir que todos os grupos recebam o mesmo tratamento em termos de decisões ou resultados, enquanto um sistema equitativo busca mitigar desigualdades, ajustando-se às particularidades de cada indivíduo ou grupo.

No contexto de uma IA centrada em pessoas, essa distinção é essencial para assegurar que as tecnologias não apenas sejam imparciais, mas também considerem as circunstâncias específicas dos grupos que afetam. Barocas, Hardt e Narayanan (2024) argumentam que os algoritmos devem ser projetados com uma abordagem cuidadosa da justiça e da equidade. Para uma IA realmente focada em pessoas, é preciso identificar quando as disparidades nos sistemas de aprendizado de máquina são prejudiciais ou injustificadas, ou seja, se refletem preconceitos históricos e sociais. Esse processo envolve uma análise criteriosa dos dados usados para treinar os modelos e das decisões geradas por esses modelos.

Ao identificar essas disparidades problemáticas, o próximo passo é desenvolver intervenções que possam mitigá-las. O objetivo final é garantir que as decisões automatizadas sejam justas e equitativas, evitando que grupos marginalizados sejam desproporcionalmente afetados por sistemas supostamente neutros. Isso exige um compromisso

com a justiça social e a responsabilidade ética na concepção e implementação dessas tecnologias (Barocas; Hardt; Narayanan, 2024, p. 31).

Outro caminho não excludente é uma abordagem multidisciplinar, que inclua a participação de especialistas em direitos humanos, juristas, engenheiros e cientistas de dados. Alguns caminhos possíveis incluem auditorias contínuas dos algoritmos para identificar e mitigar vieses, promover a transparência em todos os processos de tratamento de dados, garantindo que os usuários saibam como seus dados estão sendo utilizados, implementar mecanismos de revisão humana nas decisões automatizadas e investir imediatamente em educação e conscientização sobre os direitos dos titulares de dados e as implicações do uso de IA.

Além de iniciativas voluntárias, o estabelecimento de marcos regulatórios é essencial para guiar o desenvolvimento e a implementação de tecnologias de inteligência artificial. Esses marcos devem incluir diretrizes claras sobre a ética no uso da IA, assegurando que os direitos humanos sejam priorizados em todas as fases do ciclo de vida da tecnologia. Regulamentações que exijam a realização de avaliações de impacto sobre direitos humanos antes da implementação de sistemas de IA podem ajudar a identificar e mitigar riscos potenciais, promovendo um ambiente mais seguro e responsável para o uso dessas ferramentas.

Um exemplo de avanço nessa área é a proposta do Projeto de Lei nº 2338, de 2022, que tramita no Senado Federal e é fortemente inspirada no *AI Act* da União Europeia. Esse projeto visa estabelecer um quadro regulatório específico para a IA no Brasil, classificando os sistemas em diferentes níveis de risco (baixo, médio e alto) e exigindo que sistemas de alto risco, como aqueles usados em decisões automatizadas em processos de recrutamento, de acesso à instituições de ensino e saúde, maiores cautelas como auditorias rigorosas de conformidade e participação social em processos de governança. Dessa forma, busca-se garantir que o uso dessas tecnologias ocorra com segurança e responsabilidade, preservando os direitos e a dignidade dos indivíduos.

7 CONCLUSÃO

O desenvolvimento de uma inteligência artificial focada em pessoas representa um desafio multifacetado, que requer um equilíbrio cuidadoso entre a inovação tecnológica e a proteção dos direitos fundamentais. Como abordado ao longo deste artigo, a IA possui um impacto social significativo que, se não for gerido com responsabilidade, pode perpetuar vieses, gerar discriminação e comprometer a integridade dos processos democráticos. Nesse contexto, a proteção de dados pessoais

desponta como um dos pilares centrais para a construção de uma IA ética, respeitosa dos direitos humanos e orientada para o bem-estar coletivo.

A crescente regulamentação da IA, como demonstram o GDPR, a LGPD, o AI Act e o Projeto de Lei 2338 no Brasil, é uma resposta essencial aos desafios éticos e jurídicos que essas tecnologias impõem. Esses marcos regulatórios estabelecem diretrizes que buscam assegurar que o uso da IA esteja alinhado com os princípios de liberdade, privacidade e dignidade humana, promovendo uma governança transparente e centrada nos direitos fundamentais. No entanto, como visto, essas normas devem acompanhar o ritmo acelerado das inovações, especialmente diante da IA generativa e dos sistemas automatizados que influenciam esferas vitais como o mercado de trabalho, a saúde, a educação e o debate público.

A aplicação da IA em contextos sensíveis, como os processos eleitorais, evidencia os riscos de manipulação e possível subversão da democracia. A transparência, justiça e equidade - conceitos essenciais para uma IA ética - ajudam a prevenir abusos de poder, assegurando que as tecnologias não enfraqueçam a liberdade de escolha e a confiança pública. Nesse contexto, a distinção entre “*fairness*” (justiça) e “*equity*” (equidade) é indispensável para que a IA não apenas trate todos de forma imparcial, mas também considere as necessidades e circunstâncias específicas dos grupos afetados, promovendo uma verdadeira igualdade de oportunidades.

Para construir uma IA ética e centrada em pessoas, é necessário um esforço multidisciplinar que envolva engenheiros, juristas, especialistas em ética, direitos humanos e cientistas de dados. Isso inclui a realização de auditorias contínuas, a implementação de mecanismos de revisão humana e a promoção de uma maior conscientização sobre os direitos de privacidade e as implicações éticas do uso de IA. Esses esforços devem ser acompanhados de marcos regulatórios robustos que exijam avaliações de impacto, principalmente em sistemas de alto risco, como os que envolvem a administração da justiça, a segurança pública e a assistência à saúde.

Em última análise, uma IA focada em pessoas não é apenas uma meta desejável, mas uma necessidade para garantir que o progresso tecnológico não ocorra às custas dos direitos e liberdades individuais. A construção de uma IA ética e inclusiva, que respeite a dignidade e as legítimas expectativas das pessoas, é o caminho para assegurar que essa tecnologia contribua positivamente para a sociedade. Ao reconhecer e mitigar os riscos, a sociedade pode maximizar os benefícios da IA, promovendo uma evolução tecnológica que fortaleça, ao invés de fragilizar, os valores democráticos e os direitos humanos.

PEOPLE-CENTERED ARTIFICIAL INTELLIGENCE: DATA PROTECTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE GLOBAL CONTEXT

ABSTRACT

This exploratory article investigates the importance of ethical principles for the development and use of artificial intelligence (AI) systems, focusing on trust and respect for fundamental rights, particularly in data protection. Using a deductive method and literature review, the study presents key theoretical frameworks on human-centered AI. It addresses ethical challenges and inherent risks in AI, suggesting pathways for an ethical, human-centered AI that is essential for democracy and public debate. The article concludes by highlighting a new perspective to address contemporary challenges in data protection and privacy.

Keywords: artificial intelligence; human rights; ethics; equity; fairness.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. **Inteligência artificial e direitos fundamentais:** síntese. Luxemburgo: Publicações do Gabinete da União Europeia, 2021. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_pt.pdf. Acesso em: 19 out. 2024. ISBN 978-92-9461-234-2. DOI: 10.2811/990836.

ARÃO, Cristian. Por trás da inteligência artificial: uma análise das bases epistemológicas do aprendizado de máquina. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 47, n. 3, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-3173.2024.v47.n3.e02400163>. Acesso em: 14 out. 2024.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Voto nº 11/2024/DIR-MW/CD: Medida preventiva para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação.** Brasília: ANPD, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/as-suntos/noticias/anpd-determina-suspensao-cautelar-do-tratamento-de-dados-pessoais-para-treinamento-da-ia-da-meta>. Acesso em: 15 out. 2024.

BAROCAS, Solon; HARDT, Moritz; NARAYANAN, Arvind. **Fairness and Machine Learning: Limitations and Opportunities.** Disponível em: <https://fairmlbook.org/>. Acesso em: 15 out. 2024.

BURLE, Caroline. CORTIZ, Diogo. **Mapeamento de princípios de inteligência artificial.** São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: <https://>

www.nic.br/publicacao/mapeamento-de-principios-de-inteligencia-artificial/. Acesso em: 21 out. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. **Ethics guidelines for trustworthy AI**. 2018. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 24 out.2024.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre a inteligência artificial — Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>. Acesso em: 19 out. 2024.

EUROPEAN GROUP ON ETHICS IN SCIENCE AND NEW TECHNOLOGIES. **Statement on artificial intelligence, robotics and ‘autonomous’ systems**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.2777/531856>. Acesso em: 16 out.2024.

FLORIDI, Luciano.; COWLS, Josh. A unified framework of five principles for AI in society. **Harvard Data Science Review**, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1162/99608f92.8cd550d1>. Acesso em: 14 out. 2024.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. **Asilomar AI Principles**. Disponível em: <https://futureoflife.org/2017/08/11/ai-principles/>. Acesso em: 08 out. 2024.

HIGH-LEVEL ADVISORY BODY ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE. **Governing AI for humanity: final report**. Setembro de 2024. Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_pt.pdf. Acesso em: 19 out.2024.

HINE, Emmie; FLORIDI, Luciano. **The Blueprint for an AI Bill of Rights: In Search of Enaction, at Risk of Inaction**. Minds and Machines, 2023. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4279449. Acesso em: 19 out.2024.

KANTAYYA, Shalini. **Coded Bias**. Direção de Shalini Kantayya. Produção de 7th Empire Media, 2020. Disponível em: <https://www.netflix.com>. Acesso em: 14 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Principles on AI**. Disponível em: <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>. Acesso em: 21 out. 2024.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu de 20 de outubro de 2020 que contém recomendações à Comissão sobre o regime relativo aos aspectos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas**. 2020/2012(INL). Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_PT.html. Acesso em: 16 out. 2024.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução de Laura Teixeira Mota e Pedro Maia Soares. - 1a ed.- São Paulo:

Companhia das Letras, 2018.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2018.

SOARES, Marcelo Negri; MEDINA, Valéria Julião Silva. Os impactos da inteligência artificial no direito da personalidade do jurisdicionado. **Revista de Direito Brasileira, Florianópolis**, v. 26, n. 10, p. 277-291, mai./ago. 2020.

SUNSTEIN, Cass R. **Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

**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 Maria Alice Ferraz, 120. Luciano Cavalcante, Fortaleza-CE - CEP: 60.811-295
Fone: (85) 3452.4521 / 3452.3709 / 3252.1790
<https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista>