

Ano 13 - Nº 1
Jan./Jul./2021
Fortaleza-CE

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

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



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

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

REVISTA ACADÊMICA ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ

ANO 13, Nº1 (JAN./JUL. 2021) SEMESTRAL
FORTALEZA-CE

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



Tatiana Quirino Crisóstomo Melo - CRB 1162

Revista Acadêmica [recurso eletrônico/físico] / Escola Superior do Ministério Público do Ceará – Ano 13, nº1 (Jan./Jul. 2021) - Fortaleza: PGJ/ESMP/CE, 2021.

Semestral

ISSN Físico: 2527-0206

ISSN Eletrônico: 2176-7939

Disponível também em versão eletrônica:

<https://revistaacademica.mpce.mp.br/>

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

CDD 340

EXPEDIENTE

Procurador-Geral de Justiça

Manuel Pinheiro Freitas

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público

Plácido Barroso Rios

Coordenação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Diretoria de Ensino

Ramon de Vasconcelos Negócio

Técnica Ministerial

Marcela Márjore Olímpio Pereira

Diretoria Administrativo-Financeira

Lise Alcântara Castelo

Editor-Chefe

Enéas Romero de Vasconcelos

Conselho Editorial

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

André Mauro Azevedo

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

Ednéa Teixeira Magalhães

Emerson Garcia

Flávia Soares Unneberg

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Antônio Abrantes Pequeno

Manuel Lima Soares Filho

Manuel Pinheiro Freitas

Mark Vlastic

Nicholas Cowdery

Plácido Barroso Rios

Rasmus Wandall

Sílvio Marques

Vladimir Aras

Vladimir P. Zimin

Corpo de Pareceristas

Alexandre de Oliveira Alcântara

Alexandre Pinto Moreira

Alfredo Ricardo de Holanda C. Machado

André Luís Tabosa de Oliveira

André Machado Maya

Ângela Teresa Gondim C. Chaves

Ardyllis Alves Soares

Bruno Tadeu Buonicore

Carina Rodrigues de Araújo Calabria

Cláudia dos Santos Costa

Dione Cardoso de Alcântara

Douglas Elmauer

Enéas Romero de Vasconcelos

Fabiane Bordignon

Flávia Soares Unneberg

Francisco Sales Martins

José Evandro Alencar Correia

Lincoln Simões Fontenele

Luciana Aquino Vasconcelos Frota

Luciano Tonet

Luiz Alexandre Cyrilo P. M. Cogan

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira

Mariana Dionísio de Andrade

Nara Rúbia Sílvia Vasconcelos Guerra

Nicholas Cowdery

Plácido Barroso Rios

Ramon de Vasconcelos Negócio

Rodrigo da Silva Brandalise

Sheila Cavalcante Pitombeira

Apoio Técnico

Richardson Macedo de Carvalho

Secretaria

Kelviane Sombra Lima

Suziane Holanda Fernandes Vieira

Biblioteca

Josimar de Jesus Lemos

Tatiana Quirino Crisóstomo Melo CRB3 - 1162

Projeto gráfico e diagramação

Everton Viana - CE 01799 DG

Periodicidade semestral

Resumo em português, inglês ou espanhol

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

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

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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO _____ 08

ARTIGOS INTERNOS NACIONAIS

A PROVA DIGITAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

DIGITAL EVIDENCE IN BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

Diego Fontenele Lemos

Larissa Homsí Cavalcante

Rafael Gonçalves Mota _____ 11

MINISTÉRIO PÚBLICO E A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO POLÍTICA: RADIOGRAFIA DO PROBLEMA E MEIOS DE AÇÃO

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND FIGHT AGAINST POLITICAL CORRUPTION: PROBLEM ANALYSIS AND MEANS OF ACTION

João Marcelo Negreiros Fernandes

Isabelle Lucena Lavor _____ 35

OLHARES NÃO ADVERSARIAIS EM PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL: MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA

LOOKS NON ADVERSARIAL IN A PERIOD OF SOCIAL ISOLATION: MEDIATION AND SHARED CUSTODY

Cláudia dos Santos Costa

Maria Izabelly Morais da Silva

Thais Silva Araújo de Amorim Coelho _____ 59

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: A EXPERIÊNCIA NA 97ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FORTALEZA

NON CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN PANDEMIC TIMES: THE EXPERIENCE IN THE 97th FORTALEZA PROSECUTION OFFICE

Marcus Vinícius Amorim de Oliveir

Rickelly Kelman Pereira de Souza _____ 79

ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS E FILOSÓFICOS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO AO CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EXERCIDIDO PELOS CONSELHOS SOCIAIS

EPISTEMOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL ASPECTS OF PUBLIC PROSECUTORS' INTERVENTION REGARDING THE SOCIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES CONDUCTED BY SOCIAL COUNCILS

Helga Barreto Tavares _____ 97

O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO E O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

THE TOULMIN MODEL OF ARGUMENTATION AND THE JURY TRIAL

Ythalo Frota Loureiro _____ 115

ARTIGOS EXTERNOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

LA EVIDENCIA DIGITAL EN EL PROCESO PENAL Y LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A EVIDENCIA DIGITAL NO PROCESSO PENAL E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando M. Rodrigo _____ 135

TOWARDS A LEGAL FRAMEWORK FOR NON-PROSECUTION AND DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS IN NIGERIA

RUMO A UM MARCO LEGAL PARA ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E DE ACUSAÇÃO DIFERIDA NA NIGÉRIA

Akeem Olajide Bello _____ 163

A SEGURANÇA ALIMENTAR FRENTE À DERIVA DO 2,4-D NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: PERSPECTIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO DIFUSO

THE FOOD SECURITY FACE TO 2,4-D DRIFT IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL: THE PUBLIC MINISTRY PERSPECTIVES FOR THIS DIFFUSED RIGHT CONCRETIZATION

Francieli Jung Izolani

Jaqueline Sampaio de Oliveira _____ 185

MEDIDAS PARA A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DO TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE CONSENT DECREE EXECUTION

Paulo Antonio Locatelli _____ 205

PROTEÇÃO E AUTONOMIA DA MULHER NA LEI 13.718/2018: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

PROTECTION AND AUTONOMY OF WOMEN IN LAW 13.718/2018: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

Fabricao Pinto Weiblen

Maria Luiza Mezzomo _____ 223

A HISTÓRIA DA DEFICIÊNCIA, A INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALGUNS CASOS PARADIGMÁTICOS

DISABILITY HISTORY, PSYCHIATRIC HOSPITALIZATION AND THE WORK OF THE PUBLIC MINISTRY IN SOME PARADIGMATIC CASES

Anna Caramuru Pessoa Aubert _____ 245

APRESENTAÇÃO

Com a chegada de seu volume 13, a Revista Acadêmica do Ministério Público do Ceará inicia 2021 com uma edição mais transdisciplinar composta por doze artigos, de modo que colocou em foco não apenas um olhar dogmático sobre o direito, mas também em problemas e soluções que demandam um debate de ordem psicológica, sociológica e filosófica. Assim, a Revista é tanto instrumento acadêmico como também de abertura social do Ministério Público, sendo um espaço de aprendizado mútuo entre instituição e sociedade.

Nessa edição, os artigos de autores do Ceará contribuem com utilização da processual da prova digital no direito brasileiro (“A prova digital no direito processual brasileiro”, de Diego Fontenele Lemos, Larissa Homs Cavalcante e Rafael Gonçalves Mota) e com o efetivo combate à corrupção pelo Ministério Público (“Ministério Público e a luta contra a corrupção política: radiografia do problema e meios de ação”, de João Marcelo Negreiros Fernandes e Isabelle Lucena Lavor). A Revista não se eximiu de entender a importância da contextualização jurídica em tempos de pandemia, tal como nas práticas e desafios da mediação em um cenário de isolamento social (“Olhares não adversariais em período de isolamento social: mediação e guarda compartilhada”, de Cláudia dos Santos Costa, Maria Izabelly Moraes da Silva e Thais Silva Araújo de Amorim Coelho) e nas dificuldades da ANPP nesse momento em que vivemos (“Acordo de não persecução penal em tempos de pandemia: a experiência na 97ª promotoria de justiça de fortaleza”, de Rickelly Kelman Pereira de Souza). Ainda nessa edição, temos o prazer de publicar dois artigos com forte e profunda incidência teórico-filosófica do direito (“Aspectos epistemológicos e filosóficos da atuação do ministério público quanto ao controle social de políticas públicas exercido pelos conselhos sociais”, de Helga Barreto Tavares, e “O modelo toulmin de argumentação e o julgamento pelo tribunal do júri”, de Ythalo Frota Loureiro).

A Revista teve a contribuição de artigos externos, sendo de dois autores estrangeiros. Em um contexto globalizado de aplicação do direito, a contribuição dogmática ficou marcada tanto no uso do Acordo de Acusação Diferida e Acordo de não-acusação (“Towards a legal framework for non-prosecution and deferred prosecution

agreements in nigeria”, de Akeem Olajide Bello) e o uso da prova digital no processo penal, abarcados pelos direitos fundamentais (“La evidencia digital en el proceso penal y la preservación de los derechos fundamentales”, de Fernando M. Rodrigo). A contribuição externa também se deu no âmbito transdisciplinar e com profundidade filosófica (“A segurança alimentar frente à deriva do 2,4-d no estado do rio grande do sul: pers-

pectivas do ministério público para a concretização desse direito difuso”, de Francieli Lung Izolani e Jaqueline Sampaio de Oliveira). A importância de proteção do espaço ambiental e urbanístico também é tema na abordagem do uso dos TACs (“Medidas para a efetividade da execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta”, de Paulo Antonio Locatelli). Também é possível acompanhar uma visão sobre a proteção da mulher contra importunação sexual – e seus questionáveis efeitos – em comparação com Portugal (“Proteção e autonomia da mulher na lei 13.718/2018: uma análise comparada entre Brasil e Portugal”, de Fabrício Pinto Weiblen e Maria Luiza Mezzomo). Por fim, o artigo que aborda a atuação do Ministério Público em torno da internação psiquiátrica, incluindo elementos críticos a partir de Michel Foucault, encerra essa edição (“A história da deficiência, a internação psiquiátrica e a atuação do ministério público em alguns casos paradigmáticos”, de Anna Caramuru Pessoa Aubert).

Cabe aproveitar o espaço para salientar que a Revista busca melhorar em cada edição. Desde 2017, temos buscado alguma avaliação da CAPES, por meio da classificação Qualis, que oriente melhor os próximos passos. Apesar de buscar contribuir academicamente com a publicação de autores estrangeiros e professores qualificados, a Revista espera que, nesse segundo semestre de 2021, obtenha uma resposta para esse esforço. Ainda assim, continuamos os esforços para sempre melhorar. Para o atual número, será o primeiro que inaugura o sistema OJS, que facilitará todo o serviço de publicação e editoração da Revista.

Muito poder-se-ia dizer a respeito dos desafios futuros, mas é necessário encerrar este Editorial e reverenciar mais uma vez as autoras e os autores que contribuíram com seus trabalhos. Recordamos a todo interessado que nos mantemos abertos para receber trabalhos que estejam comprometidos em fortalecer o diálogo crítico entre o Ministério Público e a sociedade.

Equipe Revista Acadêmica da ESMP-CE



A PROVA DIGITAL NO DIREITO
PROCESSUAL BRASILEIRO

*DIGITAL EVIDENCE IN
BRAZILIAN PROCEDURAL LAW*

A PROVA DIGITAL NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO¹

DIGITAL EVIDENCE IN BRAZILIAN PROCEDURAL LAW

Diego Fontenele Lemos²
Larissa Homsí Cavalcante³
Rafael Gonçalves Mota⁴

RESUMO

A produção de provas, hodiernamente, não se dá de forma exclusivamente física, mudando a forma de atuação do direito processual. Assim, as provas digitais surgem como um avanço tecnológico, permitindo que meios de provas, antes indisponíveis, estejam hoje ao alcance de investigadores e partes processuais, contribuindo para uma maior celeridade processual. Pretende-se, neste trabalho, demonstrar como a prova digital é utilizada no direito formal e material brasileiro, quais são os seus princípios e discutir a questão da autenticidade e da integridade das provas, destacando a importância da cadeia de custódia digital para a garantia de uma prova idônea e válida processualmente.

Palavras-Chave: Prova Digital. Cadeia de custódia. Pacote Anticrime. Evidências Digitais.

1 Data de Recebimento: 13/02/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Mestrando em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de La Empresa (UDE) – Uruguai. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Comunicação Social – Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: diegofontenelemos@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9312223663787049> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6483-2322>.

3 Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: larissahcavalcante@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2282179529218152> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0755-7760>

4 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2018 - CAPES 6), com tese de doutoramento sobre Guerra Cibernética e Estado Democrático de Direito (Estado de Emergência Cibernética), sob orientação do Prof. Dr. Martônio MontAlverne Barreto Lima e co-orientação do Prof. Dr. Rômulo Guilherme Leitão. É mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2010) com dissertação sobre direito, crime organizado e terrorismo. Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2000) e Especialização em Direito Processual Penal (2001) pela mesma instituição. Atualmente é Professor Auxiliar da Universidade de Fortaleza (UNIFOR - Fortaleza, Ceará), ministrando as disciplinas de Direito Penal e Direito Processual Penal. Também é Professor Adjunto na Faculdade Ari de Sá (FAS - Fortaleza, Ceará), ministrando a disciplina de Teoria Geral do Processo, de Direito Processual Penal e Direito Processual Civil, bem como foi orientador em Grupo de Pesquisa sobre Direito e Guerra. Na Faculdade Ari de Sá (FAS - Fortaleza, Ceará) faz parte do Núcleo Docente Estruturante (NDE). Ocupa também o cargo de Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: rafaelgmota@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5380334141260091> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1188-9453>.

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia da informação (TI) vem mudando a forma como lidamos com os assuntos diários. Os crimes ocorriam de forma tradicional, a investigação feita em campo era conduzida pelos policiais especializados e havia a necessidade de produzir provas habituais (documentais, testemunhais, periciais, dentre outras) para que o caso se encaminhasse ao Ministério Público para a realização ou não da denúncia. O trabalho era feito de forma praticamente manual, contando com a cooperação de testemunhas e não havia suporte eletrônico que pudesse auxiliar na investigação e na busca de provas.

O avanço tecnológico trouxe diversos benefícios para a investigação policial. Agora é possível utilizar esses instrumentos para auxiliar na investigação: câmeras, smartphones, acesso a *internet*, são algumas das tecnologias que permitem aos investigadores solucionar crimes de maneira mais eficaz. No entanto, da mesma forma que a tecnologia trouxe benefícios, trouxe também oportunidades para que os crimes, que antes era praticados de maneira tradicional, passassem a ser feitos também de forma *online*. Estelionato, extorsão, estupro virtual são apenas alguns dos diversos crimes praticados utilizando a tecnologia, particularmente a *internet*.

Assim, os investigadores, que antes eram treinados para o combate ao crime tradicional, tiveram que adaptar suas técnicas para o ambiente virtual, na tentativa de frear o crescente número de vítimas destes e dos demais crimes cibernéticos. As provas, que antes eram físicas, passaram também a ser virtuais. Isso trouxe uma nova forma de lidar com o direito probatório, visto que as provas virtuais não estão expressamente previstas no ordenamento jurídico nacional.

Desta forma, pretende-se analisar como a prova digital é utilizada no direito processual penal brasileiro, suas características, conceitos e princípios que a balizam, da mesma forma é preciso compreender como a cadeia de custódia digital funciona, especialmente com as recentes alterações legislativas advindas do Pacote Anticrime.

2 A PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, dentro do rol de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXIII)⁵, assegura a pessoa humana o direito de não produzir provas contra si. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, § 2º, “g”)⁶ também protege a pessoa no que tange a produzir qualquer tipo de

⁵ *In verbis*: Art. 5º, LXIII, CF/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

⁶ *In verbis*: Artigo 8º, § 2º, ‘g’, Decreto 678/1992: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade,

prova ou mesmo declarar-se culpado de eventual crime a ela imposto.

É possível aduzir desta forma que o exercício do direito de não produzir provas contra si mesmo não permite ao magistrado fazer juízo de valor negativo contra a pessoa, seja ela acusada, condenada, indiciada ou mesmo apenas suspeita de prática delituosa. Isso se dá em razão do princípio da presunção de inocência, também previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LVII) (LIMA, 2020).

Compartilha esse entendimento Lima (2020, p. 82) ao asseverar que esse “direito não pode ser utilizada como argumento a favor da acusação, não pode ser valorado na fundamentação de decisões judiciais, nem tampouco ser utilizado como elemento para a formação da convicção do órgão julgador”.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que:

EMENTA STJ: Nesse mesmo diapasão, o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), ainda que não expresso na Carta Magna, desponta como garantia essencial da pessoa humana, assegurando ao acusado o direito de não produzir provas em seu desfavor (HC nº 179.486/GO, 5.ª T., rel. Jorge Mussi, 14.06.2011, v.u.).

Diante desses entendimentos, fica clara a importância da produção da prova no direito brasileiro, devendo a mesma seguir uma cadeia que permitirá sua valoração no momento de formação da convicção por parte do magistrado.

2.1 Breves considerações sobre a teoria geral da prova

A seguir, elencam-se alguns conceitos importantes que envolvem a teoria geral da prova para, posteriormente, analisar algumas definições acerca do objeto deste trabalho.

2.1.1 Conceitos de prova

Faz-se *mister*, primeiramente, conceituar o termo prova. Para Mougenot (2019, p. 467), “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

Uma rápida consulta ao dicionário permite observar que a palavra ‘prova’ tem sua etimologia no idioma latim e deriva da palavra “provar” (*prōbo, probus*) e significa

às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (BRASIL, 1992).

examinar, verificar, reconhecer por experiência, julgar, aprovar, demonstrar.

Nesse mesmo sentido, Lima (2020, p. 657) aduz que o referido termo tem origem latina e que tem seu significado vinculado à ideia de “verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação [...] estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro”.

Nucci (2020, p. 591) conceitua o termo prova e afirma que ele se origina do latim *probatio*:

Significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *pro-bare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

É necessário destacar que a prova pode ser compreendida também por três vieses: (a) prova como atividade probatória; (b) prova como resultado; e (c) prova como meio (NUCCI, 2020; LIMA, 2020; BADARÓ, 2015).

O primeiro está relacionado ao conjunto de atos praticados com a finalidade de obter a real situação dos fatos relevantes para o processo de convicção do julgador. Nesse entendimento, “identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa” (LIMA, 2020, p.657).

O segundo refere-se à existência ou inexistência de elementos que comprovem (ou não) uma situação fática ocorrida que irá influenciar no processo de formação da convicção do magistrado/julgador (NUCCI, 2020). Já o terceiro refere-se aos instrumentos idôneos que permitem a demonstração da ocorrência (ou não) de uma situação fática (NUCCI, 2020; LIMA, 2020).

2.1.2 Finalidade e os meios de prova

Para Pacelli (2020, p.416), a prova judiciária tem o objetivo de reconstruir os “fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”. Sua finalidade é auxiliar na formação da convicção do magistrado buscando a maior similaridade com os fatos decorridos que deram origem à lide (LIMA, 2020).

A finalidade da prova é permitir que o magistrado tome conhecimento sobre os fatos e atos praticados e que deram origem à respectiva demanda judicial (MOUGENOT,

2019). “Esse, aliás, [é] o objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito do julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional” (MOUGENOT, 2019, p. 468).

O meio de prova está vinculado ao meio utilizado pelo magistrado para apreciar a prova para seu próprio e livre convencimento. “Os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática” (BADARÓ, 2015, p. 383). Para Lima (2020, p. 661) são:

Os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endo-processual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípuo é a fixação de dados probatórios no processo.

Destaca-se que os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos, sendo apenas os primeiros reconhecido pelo julgador, conforme disposto no art. 157 do Código de Processo Penal⁷. Da mesma é preciso ressaltar a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal (STF) que no RHC 90.376/RJ⁸ decidiu sobre a ilicitude por derivação, isto é, as provas derivadas obtidas de provas originalmente ilícitas não podem ser apreciadas pelo julgador sendo passíveis de nulidade. Nesse sentido, Moraes (2014, n.p.) afirma que a “inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas não tem o condão de gerar a

⁷ *In verbis*: Art. 157 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP): Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

⁸ *In verbis*: Ementa – STF – RHC 90.376/RJ [...] A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “frutos da árvore envenenada”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária [...] (RHC 90376/STF, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007).

nulidade de todo o processo, pois, a previsão constitucional não afirma serem nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos”. Por outro lado, a ilicitude da prova gera sua nulidade e imprestabilidade, além de contaminar as provas derivadas dela mesma.⁹

A Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, trouxe nova discussão acerca das provas ilícitas obtidas. Assim, no artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal¹⁰, o legislador trouxe inovação legislativa que tem a finalidade de não mais apenas afastar a prova obtida de forma ilícita do processo, mas todo o processo que contenha essa prova deve ser anulado de forma parcial ou total (CUNHA, 2020). Assim, “o processo será refeito ou nova sentença será proferida, não se admitindo nessa reconstrução a participação do magistrado que conheceu seu conteúdo, agora presumidamente não parcial” (CUNHA, 2020, p. 173). Desta forma, “a autoridade judiciária que tomou conhecimento do conteúdo da prova declarada inadmissível, psicologicamente contaminado, não poderá proferir decisão (sentença ou acórdão)” (CUNHA, 2020, p. 173).

3 A PROVA DIGITAL

Após conceituar a prova dentro da teoria geral da prova, é preciso seguir o curso do trabalho e analisar os termos que definem a prova digital, suas características e os princípios que a balizam.

3.1 Conceitos

Em um contexto em que a tecnologia da informação (TI) está criando oportunidades e trazendo benfeitorias em todos os aspectos da vida moderna, desde um sistema que controla todos os aparelhos da sua residência até um telefone celular em que estão todos os seus arquivos e dados pessoais, antes presentes apenas em seu computador, ao mesmo tempo criam-se oportunidades para que agentes mal-intencionados utilizem essa mesma tecnologia na consecução de bens de forma ilegal e ilícita. A investigação realizada pela polícia precisa estar atualizada com o avanço tecnológico, da mesma forma que os meios de prova e a forma de obtenção da mesma precisam mudar frente às novas tecnologias. Assim, a “criminalidade informática fez reavivar a problemática da prova. Desde logo porque implica meios de obtenção de prova e meios de prova di-

⁹ Nesse sentido, recomenda-se a leitura dos HC 69.912/RS, HC 74.152/SP, RHC 74.807-4/MT, HC 75.8926/RJ, HC 76.231/RJ.

¹⁰ *In verbis*: Art. 157, §5º, do Código de Processo Penal Brasileiro: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (BRASIL, 1941).

gitalis, com algumas características específicas face aos meios tradicionais” (SANTOS, 2005, p. 53).

É importante destacar que o legislador não poderia prever todos os tipos de prova que eventualmente poderiam ser produzidos. Assim, dividiram-se as provas em provas típicas e atípicas, estes instrumentos probatórios devem ser lícitos e não podem violar nenhuma garantia constitucional ou infraconstitucional previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma forma, por não estar previsto na legislação nacional de forma explícita, a prova digital deve ser considerada uma prova atípica, isto é, “trata-se de identificar se existem mesmo mecanismos que não se enquadrem no modelo legal, mas que sejam admissíveis no processo como método para se acessar uma fonte de prova e elucidar uma questão fática controvertida” (AMARAL, 2017, p. 68). Rodrigues (2011, p. 39) descreve a prova digital como sendo:

Qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório electrónico-digitais (sic) de armazenamento ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações electrónicas (sic), privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital.

Outro conceito que merece destaque diz que a “informação passível de ser extraída de um dispositivo electrónico (sic) (local, virtual ou remoto) ou de uma rede de comunicações. Pelo que esta prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e concreta” (RAMOS, 2014, p. 86).

Por sua vez Thamay e Tamer (2020) explicam que a prova digital guarda grande semelhança com a prova tradicional. No entanto, o termo digital agregado à prova permite duas¹¹ interpretações: (a) a primeira trata a prova digital como uma manifestação de um ação ou ato ocorrido no meio digital; (b) a segunda diz que a prova digital demonstra um fato que não aconteceu no meio digital, porém pode ser evidenciado por meios digitais.

Assim, com base nas acepções acima, Thamay e Tamer (2020, cap.1.3) formulam o conceito de prova digital como sendo o “instrumento jurídico vocacionado a demonstrar

¹¹ Thamay e Tamer (2020, cap.1.3) explicam o que seriam fatos ocorridos por meios digitais e fatos ocorridos em meio não digital. “São fatos ocorridos por meios digitais e a respeito dos quais a prova pode ser feita (prova digital), por exemplo: envio de um e-mail, envio de uma mensagem por aplicativo de mensagens (WhatsApp, Telegram, entre outros), cópia ou desvio da base de dados, cópia de software, disponibilização de um vídeo na internet (conteúdo íntimo ou difamador), entre outros. Também é possível que o meio digital sirva de instrumento para demonstrar a existência de um fato ocorrido em meio não digital. Basta pensar, por exemplo, em uma ata notarial lavrada a partir da constatação pelo tabelião de foto em mídia social em que constam juntos um colaborador da empresa e um diretor da empresa concorrente, a fim de demonstrar o conluio fático entre eles. Na seara criminal, é possível que por meio de monitoramento autorizado judicialmente de conta de conversas de WhatsApp se prove a prática de tráfico de drogas ou outros crimes. Os fatos não são digitais em si, mas os suportes digitais servem de mecanismo de demonstração”.

a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para sua demonstração”.

Por fim, a doutrina americana traz uma relevante definição de prova digital (*digital evidence*) como “quaisquer dados armazenados ou transmitidos usando um computador que apoiam ou refutam uma teoria de como um crime ocorreu ou que abordam elementos críticos do crime, como intenção ou alibi” (CASEY, 2011, p. 07).¹²

3.2 Características da prova digital

A prova digital possui características próprias que as distinguem das espécies de prova previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Vaz (2012) elenca quatro características da referida espécie probatória, quais sejam: (a) imaterialidade e desprendimento do suporte físico originário; (b) volatilidade; (c) suscetibilidade de clonagem; e (d) necessidade de intermediação de equipamento para ser acessada.

No que tange à imaterialidade da prova digital, esta se relaciona com a sua natureza não corpórea, uma vez que os dados presentes na espécie probatória em análise são compostos por bits e impulsos elétricos. Desta forma, o dado digital é intangível e não está sujeito ao suporte físico para existir permitindo sua transferência por meio de redes de comunicações diversas a outros dispositivos eletrônicos e digitais, havendo uma separação de fato entre o suporte físico e os dados em si (VAZ, 2012). Assim, “a imaterialidade possibilita aos sistemas informáticos o armazenamento de imensa quantidade de informações, já que os dados não ocupam espaço físico relevante, mostrando-se compactos” (VAZ, 2012, p.68).

Em relação à volatilidade, esta se caracteriza pela possibilidade de alteração binária ou algorítmica que poderia inviabilizar o dado digital e, por consequência, a prova digital. Essa volatilidade permite a alteração dos dados digitais e isso pode resultar na perda de informações e mudanças que levantem questionamentos sobre a confiabilidade da prova digital (VAZ, 2012). Casey (2011, p. 26) afirma que: “A prova digital pode ser alterada ou obliterada maliciosamente pelos infratores ou acidentalmente durante a coleta, sem deixar nenhum sinal óbvio de distorção”¹³.

A prova digital é caracterizada como imaterial. Assim, no que diz respeito à suscetibilidade de clonagem esta representa uma reprodução em sua totalidade da sequência

12 Traduziu-se do original: “any data stored or transmitted using a computer that support or refute a theory of how an offense occurred or that address critical elements of the offense such as intent or alibi” (CASEY, 2011, p.07).

13 Traduziu-se do original: “the fact that digital evidence can be manipulated or destroyed so easily raises new challenges for digital investigators. Digital evidence can be altered or obliterated either maliciously by offenders or accidentally during collection without leaving any obvious signs of distortion” (CASEY, 2011, p. 26).

numérica dos dados que compõem a prova digital. Além disso, “os dados digitais permitem a sua transferência a outros dispositivos eletrônicos, em sua integralidade. Por essa razão, ele admite a execução de infinitas cópias, todas iguais, sem que se possa falar em um exemplar original” (VAZ, 2012, p. 69).

Por fim, tem-se a necessidade de intermediação uma vez que a prova digital é composta de sequência algorítmica que perfaz um código digital. Desta forma, para que haja o processamento da informação, é necessário um meio que permita a compreensão deste código digital e sua demonstração ao detentor da referida prova digital (VAZ, 2012). É importante ressaltar que “não é possível a leitura dos dados diretamente pelo receptor da informação, vez que está é imaterial, invisível e codificada” (VAZ, 2012, p. 70).

3.3 Princípios relativos à atividade probatória

É preciso balizar, por meio de princípios relevantes para o direito brasileiro, a questão do direito probatório. Os princípios do devido processo legal, proibição de produção de provas ilícitas e do livre convencimento motivados permitem um melhor entendimento acerca do direito probatório no processo penal brasileiro.

3.3.1 Princípio do Devido Processo Legal¹⁴

A Constituição Federal de 1988 é clara em seu artigo 5º, inciso LIV¹⁵, ao tratar do devido processo legal. O referido princípio trata da obediência às normas processuais e suas respectivas garantias, da mesma forma que se deve seguir o previsto tanto no direito formal quanto no material. Nucci (2015, p. 148) assevera que:

A ação e o processo penal somente respeitam o devido processo legal, caso todos os princípios norteadores do Direito Penal e do Processo Penal sejam, fielmente, respeitados durante a persecução penal, garantidos e afirmados os direitos do acusado para produzir sua defesa, bem como fazendo atuar um Judiciário imparcial e independente.

14 O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento jurisprudencial sobre o devido processo legal em correlação com a ampla defesa: EMENTA: STJ: “O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. 2. Compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu [...]” (HC 91.474-RJ, 5.ª T., rel. Arnaldo Esteves Lima, DJe: 02/08/2010).

15 *In verbis*: Art. 5º, inciso LIV, CF/88: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

A pretensão punitiva, portanto, deve se encaixar em um procedimento regular definido legalmente, perante autoridade competente e mediante análise de provas válidas, com o devido respeito às garantias processuais do contraditório e da ampla defesa (TÁVORA; ALENCAR, 2017).

No que tange à prova digital, o princípio do devido processo legal deve permitir a produção de provas na forma da lei, sejam elas típicas ou atípicas, desde que não violem o ordenamento jurídico pátrio. Assim, caso a prova digital seja produzida dentro do rigor da lei ela deve ser considerada válida para fins formais e materiais (RAFFUL; RAFFUL, 2017).

3.3.2 Princípio da proibição de produção de provas ilícitas

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI¹⁶, prevê o princípio da vedação das provas ilícitas que proíbe a utilização de qualquer prova obtida, seja de forma originária ou derivada, ilicitamente. “O princípio significa a proibição de se valer de provas – elementos destinados à demonstração da verdade, persuadindo o julgador – maculadas pelo vício de origem, vez que extraídas por mecanismos ilícitos” (NUCCI, 2015, p. 1165).

Em relação às provas digitais, Rafful e Rafful (2017) descrevem que as provas digitais serão ilícitas quando alteradas por meio de *softwares* modificando no todo ou em parte a referida espécie probatória. A obtenção ilícita das provas digitais pode se dar por meio de invasão cibernética pela rede mundial de computadores, de computador de outrem sem a sua devida permissão. Além disso, “é possível até o entendimento que uma invasão no computador fere também o domicílio, supondo a existência de um ambiente e de um endereço virtual” (RAFFUL; RAFFUL, 2017, p. 58).

No que concerne à vedação das provas obtidas ilicitamente, no julgamento do RHC 51.531/RO (Informativo nº 583), o STJ se manifestou acerca da nulidade das provas obtidas pela autoridade policial ao verificar aparelhos telefônicos apreendidos sem prévia autorização judicial:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXTRAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE DADOS E DE CONVERSAS REGISTRADAS NO WHATSAPP. Sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no WhatsApp presentes no celular

¹⁶ *In verbis*: Art. 5º, inciso LVI, CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988).

do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. [...] Desse modo, sem prévia autorização judicial, é ilícita a devassa de dados e de conversas de WhatsApp realizada pela polícia em celular apreendido. (STJ, 6ª Turma, RHC 51.531/RO, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, julgado em 19/4/2016, DJe 9/5/2016).

Dessa forma, embora seja possível a utilização de conversas obtidas em aplicativos de troca de mensagens entre os usuários como meios de prova, a análise destas sem que haja uma autorização judicial prévia e devidamente motivada torna ilícitas as provas obtidas, sendo vedada a sua utilização no processo penal, em razão da violação da intimidade, do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, conforme o art. 5º, incisos X e XII, da CF/88.

Embora o presente entendimento esteja consolidado no STJ, o Tema 977 da Repercussão Geral do STF, que trata acerca da “aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime” (BRASIL, 2017), abre precedente para o surgimento de entendimentos contrários acerca da ilicitude da investigação de aparelhos eletrônicos apreendidos pela autoridade policial sem prévia autorização judicial.tqc2705

A presente temática se encontra em discussão no ARE nº 1.042.075/RJ, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, cujo entendimento é pela licitude da prova obtida pela autoridade policial mediante acesso ao celular apreendido, ainda que sem a autorização judicial, não configurando ofensa ao art. 5º, incisos X e XII, da CF/88 (BRASIL, 2017). Em entendimento contrário, os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, que negavam provimento ao recurso interposto, alegaram que o acesso aos dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime necessita de decisão judicial motivada, com a delimitação da necessidade da medida e da sua abrangência (BRASIL,2017).

Depreende-se, dessa forma, que o supracitado precedente abre espaço para o surgimento de posicionamentos divergentes entre os respectivos Tribunais Superiores, além de alterar o entendimento atual acerca da ilicitude das provas obtidas mediante verificação de aparelhos celulares apreendidos sem a devida autorização judicial, em razão da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, constitucionalmente assegurada, e do princípio da proibição de produção de provas ilícitas.

3.3.3 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado permite a utilização de provas, sejam elas típicas ou atípicas, pelas partes processuais. No entanto, deve a decisão proferida pelo magistrado estar vinculada às provas previamente apresentadas nos autos do processo. Thamay e Tamer (2020, cap.1.5.3) declaram que:

A ideia, justamente, é que o destinatário fará sua avaliação sobre o conjunto probatório que está à sua disposição. No momento da tomada de decisão sobre a ocorrência ou não dos fatos e as consequências jurídicas respectivas, confere o valor ou maior relevância ao meio probatório e ao fato vinculado que, na sua percepção transparente e racionalmente fundamentada, tem mais peso no deslinde da dúvida. Inclusive, a mesma motivação deve ser dada em relação à credibilidade do meio probatório.

O Código de Processo Penal¹⁷ em seu art. 155 declara que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas juntadas aos autos do processo.

3.4 Autenticidade e integridade da prova digital

Para que se faça uso, sem questionamento sobre sua validade ou seu valor, a prova digital deve estar em conformidade com, pelo menos, dois fatores, quais sejam: (a) autenticidade; (b) integridade. A autenticidade deve ser compreendida como uma propriedade essencial da prova digital que assegura que os fatos ali dispostos estão de acordo com o fato jurídico ocorrido e que foram praticados pelos seus respectivos autores. A autenticidade garante que sobre aquela prova digital não pairam dúvidas acerca dos fatos ali narrados ou sobre sua autoria (THAMAY; TAMER, 2020). A autenticidade também pode ser compreendida como “a qualidade que elimina toda e qualquer hipótese válida e estruturada de suspeição sobre quem fez ou participou da constituição do fato no meio digital” (THAMAY; TAMER, 2020, cap. 1.4).

É importante destacar que os fatores elencados acima estão previstos no ordenamento jurídico nacional, particularmente no art. 195 do Código de Processo Civil de 2015, no que diz respeito ao registro de atos processuais eletrônicos. Além disso, há a possibilidade, seja por analogia ou pela finalidade da referida prova, de propagar esse

¹⁷ *In verbis*: Art. 155, CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

entendimento a qualquer registro eletrônico com a finalidade de viabilizar a fazer prova em autos processuais (PASTORE, 2020). O entendimento conferido no ordenamento jurídico nacional sobre a autenticidade pode ser visto em algumas outras legislações infraconstitucionais, como a MP nº 2.200, de 2001, que institui a Infra-Estrutura (sic) de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil¹⁸ o Código de Processo Civil de 2015¹⁹, o Código de Processo Penal²⁰, a Lei nº 11.419, de 2006²¹, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e o Decreto nº 10.046, de 2019²², que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados (THAMAY; TAMER, 2020).

Na esfera criminal a questão ganha contornos ainda mais sensíveis. Como sabido, a individualização da conduta e a premissa de personalidade são pressupostos absolutamente fundamentais de formação da imputação acusatória e da formação da culpabilidade, o que não poderia ser diferente. Nessa perspectiva, assegurar a autenticidade sobre o fato digital ou a autoria sobre o fato criminoso é imprescindível, inclusive considerando o postulado necessário do *in dubio pro reo*. (THAMAY; TAMER, 2020, cap.1.4).

18 *In verbis*, MP nº 2.200/2001: “Art. 1º. Fica instituída a Infra-Estrutura (sic) de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras. Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento” (BRASIL, 2001).

19 *In verbis*: É importante elencar alguns dos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015 que tratam da questão da autenticidade: Art. 19; Art. 29, inciso II; Art. 41; Art. 195; Art. 264; Art. 267, inciso III; Art. 367, § 3º; Art. 411, inciso I, II e III; Art. 412; Art. 421; Art. 422, § 1º; Art. 425, inciso III e IV; Art. 428, inciso I; Art. 429, inciso II; Art. 436, inciso II; Art. 439; Art. 478; Art. 522; Art. 882, § 2º; Art. 914, § 1º; Art. 965

20 Elenca-se os dispositivos previstos no Código de Processo Penal que tratam da questão da autenticidade: Art. 39, § 1º; Art. 166; Art. 174, inciso II; Art. 232; Art. 235; Art. 289, § 2º; Art. 289-A, § 2º; Art. 299; Art. 541, § 1º e § 2º; Art. 543, inciso II; Art. 782; Art. 788, inciso IV; Art. 789, §4º.

21 *In verbis*: “Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico. § 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares. § 2º Os autos de processos eletrônicos que tiverem de ser remetidos a outro juízo ou instância superior que não disponham de sistema compatível deverão ser impressos em papel, atuados na forma dos arts. 166 a 168 da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial. § 3º No caso do § 2º deste artigo, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará os autores ou a origem dos documentos produzidos nos autos, acrescentando, ressalvada a hipótese de existir segredo de justiça, a forma pela qual o banco de dados poderá ser acessado para aferir a autenticidade das peças e das respectivas assinaturas digitais” (BRASIL, 2016).

22 *In verbis*: “Art. 2º, inciso V – autenticidade – propriedade de que a informação foi produzida, expedida, modificada ou destruída por uma determinada pessoa natural, ou por um determinado sistema, órgão ou entidade” (BRASIL, 2019).

No que diz respeito à integridade, esta deve ser compreendida como uma propriedade necessária da prova digital que aduz que a mesma não foi adulterada, isto é, que não foi alterada ou modificada desde a sua constituição. Desta forma, é possível concluir que a prova digital íntegra é aquela que não foi adulterada e permanece idônea no que tange aos fatos dispostos desde sua constituição, permanecendo de forma completa e íntegra (THAMAY; TAMER, 2020).

3.5 Diferentes tipos de provas digitais

As chamadas provas digitais em espécie não estão previstas de forma expressa nos Códigos de Processo Civil ou Penal, sendo originadas a partir dos meios de provas tradicionais que foram adaptados ao meio digital. O que se pretende, neste momento, é analisar se “os meios de transporte ou transferência dos fatos ocorridos no plano fático – ocorridos nos meios digitais ou que estes possam ser utilizados para demonstração – para dentro dos processos ou procedimentos” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 112), verificando nesse processo se, de fato, o evento ocorrido aconteceu, bem como elucidar suas circunstâncias.

Destacam-se, dentre os diversos meios de produção de provas, três tipos de provas que estão diretamente ligados a prova digital e que serão analisadas neste trabalho: prova documental, ata notarial e *blockchain*.

A prova documental para Montenegro Filho (2016, p. 522-523) “consiste no registro material (não necessariamente escrito), no seu sentido lato ou estrito, da ocorrência de um fato. Há, portanto, um registro material do fato”.

Nery Júnior e Nery (2019, p. 1051) asseveram que a prova documental abrange “os instrumentos e os documentos, públicos e privados. Qualquer representação material que sirva para reconstituir e preservar através do tempo a representação de um pensamento, ordem, imagem, situação, ideia, declaração de vontade etc., pode ser denominada documento”.

Thamay e Tamer (2020, p. 113) afirmam que “documento, portanto, é qualquer suporte físico ou eletrônico em que um fato e suas circunstâncias estão registrados. A prova documental, por sua vez, é o resultado obtido no processo ou procedimento a partir da utilização desse documento”.

A ata notarial é outro meio de prova bastante vinculado ao direito digital. Prevista no art. 384 do Código de Processo Civil (CPC), é considerada meio de prova típico, pois está presente de forma taxativo no referido diploma infraconstitucional. Na ata notarial o tabelião registrará documentalmente fatos que foram observados no meio eletrônico. Trata-se de prova que deve conter observações do notário realizadas de forma indepen-

dente. Conferida por lei, os atos praticados pelo notário tem fé pública e presunção de veracidade (*juris tantum*, pois admite prova em contrário). A ata notarial é importante meio “para a preservação de identificação e coleta de provas digitais. A presença do notário que acompanha pessoalmente e de forma imparcial o procedimento, com sua narrativa precisa em ata notarial, reforça a lisura da identificação e coleta da prova” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 137).

Por fim, merece destaque, dentre os meios de prova digitais, o *blockchain*. Por se tratar de algo ainda muito recente, o referido meio de prova é muito pouco utilizado. Thamay e Tamer (2020) atestam que a ideia do *blockchain* é uma cadeia interligada de blocos em que cada bloco contém uma nova informação e as informações de todos os blocos anteriores e que essa cadeia de blocos está de forma descentralizada de um mesmo dispositivo, formando também uma cadeia de dispositivos em que cada um contém uma cópia da cadeia de blocos do *blockchain*²³.

O *blockchain* é um “‘livro-razão distribuído’, é um protocolo seguro no qual uma rede de computadores verifica de forma coletiva uma transação antes de registrá-la e aprová-la. A tecnologia que sustenta o *blockchain* cria confiança, permitindo que pessoas que não o conheçam (e, portanto, não têm nenhuma base subjacente de confiança) colaborem sem ter de passar por uma autoridade central neutra – ou seja, um depositário ou livro contábil central. Em essência, o *blockchain* é um livro contábil compartilhado, programável, criptograficamente seguro e, portanto, confiável; ele não é controlado por nenhum usuário único, mas pode ser inspecionado por todos (THAMAY; TAMER, 2020, p. 137).

Após análise de alguns meios de prova digital, é possível discutir a questão da cadeia de custódia no pacote anticrime e a cadeia de custódia digital.

23 Thamay e Tamer em seu livro “Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020” explicam sobre o *blockchain*: “No *blockchain*, de forma diversa, as informações ficarão salvas de forma descentralizada e integral em cada terminal conectado na rede. Em outras palavras, os arquivos ou movimentações on-line feitas ficarão registradas em toda a rede. Isso significa, em termos práticos, que qualquer terminal integrante do *blockchain* (computador, dispositivo eletrônico ou estrutura computacional) tem uma cópia integral das informações (arquivo, transações etc.) e pode acessá-las imediatamente. Além disso, cada um dos terminais é responsável por validar ciberneticamente qualquer alteração informacional da rede, de tal modo que qualquer alteração precisa do consenso de toda a estrutura do *blockchain*. Funciona como um grande livro-razão de registro eletrônico de informações. Não só o armazenamento é distribuído, como a construção e desenvolvimento da rede, se dá em blocos em sequência ou cadeia. Uma cadeia de blocos ou uma corrente de vários elos. É dessa característica estrutural que decorre o nome da tecnologia. E mais. Essa cadeia não é apenas uma questão de forma, mas também de formatação e segurança do conteúdo nela contido.

4 CADEIA DE CUSTÓDIA NO PACOTE ANTICRIME E A CADEIA DE CUSTÓDIA DIGITAL

A cadeia de custódia foi alterada no ordenamento processual penal brasileiro (CPP) por meio da lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime. O art. 158-A, do CPP traz o referido conceito como sendo “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 1941).

A cadeia de custódia é um instrumento que assegura a autenticidade das provas e evidências coletadas e examinadas, garantindo que o material colhido não sofra alterações em qualquer momento do processo. A cadeia de custódia serve para documentar a cronologia das provas evidências, desde sua coleta até seu uso no judiciário, evitando que haja alterações, sejam internas ou externas, que possam comprometer a validade, a integridade e seu valor probatório. Baliza-se pelo princípio da autenticidade da prova, que assegura que a prova colhida durante a prática de fato jurídico será a mesma que o magistrado irá analisar a prova por meio do princípio do livre convencimento motivado (LIMA, 2020b). A finalidade da cadeia de custódia é assegurar que a autenticidade e a validades das provas que serão analisadas pelo magistrado, sob a égide do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (PACELLI, 2020).

É importante destacar a questão do acondicionamento dos vestígios materiais durante a coleta das provas e evidências, conforme trata o art. 158-D do Código de Processo Penal²⁴, que estabelece uma série de regramentos para que a manutenção da cadeia de custódia continue intacta e idônea. Esse artigo ainda traz um elemento importante para caracterizar a fraude processual pela pessoa que entra ou adultera um local isolado e que não foi liberado pelo responsável (LIMA, 2020b).

Frisa-se que o delito em questão – fraude processual –, está diretamente relacionado às suas elementares “notadamente o chamado elemento subjetivo especial do injusto, que encontra previsão legal no art.347 do Código Penal, no art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro e nos artigos 23 e 24 da nova Lei de Abuso de Autoridade” (LIMA, 2020b, p. 265).

²⁴ *In verbis*: Art. 158-D, do CPP: “O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente” (BRASIL, 1941).

A ideia por trás da cadeia de custódia digital tem os mesmos elementos da cadeia de custódia prevista no art. 158-A do CPP. É importante resguardar a integridade e a autenticidade da cadeia de custódia da prova digital (THAMAY; TAMER, 2020), “desde o processo de produção da prova digital, passando pela identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino” (THAMAY; TAMER, 2020, cap.1.4). O registro detalhado dos acessos, horários, e datas de quem teve acesso as referidas provas digitais vai manter a cadeia de custódia digital idônea e pronta para que seja utilizada pelo magistrado nos autos dos processos. Importante salientar, que a prova e as evidências devem observar o disposto no art.159, caput e § 1º ao 7º do CPP, que tratam dos responsáveis pela coleta dos materiais. (THAMAY; TAMER, 2020)

Por fim, merece destaque as instruções feitas pela ISO/IEC nº 27.037/2012 que tratam das diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências digitais. Alguns conceitos são importantes como: “(a) evidência digital: “informações ou dados, armazenados ou transmitidos em forma binária que podem ser considerados como evidências” (ISO..., 2012); (b) coleta: “processo de coleta de itens físicos que contêm evidências digitais em potencial” (ISO..., 2012); (c) identificação: “processo envolvendo a busca, o reconhecimento e a documentação de possíveis evidências digitais” (ISO...,2012); (d) preservação: “processo para manter e salvaguardar a integridade e / ou condição original da potencial evidência digital” (ISO..., 2012); (e) adulteração: ato de fazer ou permitir alterações deliberadamente em evidências digitais” (ISO..., 2012); (f) dados voláteis: “dados que são especialmente sujeitos a alterações e podem ser facilmente modificados” (ISO..., 2012).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova digital é uma importante ferramenta presente no direito processual brasileiro. Apesar da sua não previsão legal, pode-se considerar a prova digital como uma prova atípica, isto é, uma prova não prevista no ordenamento jurídico nacional, mas que, desde que obedeça à legalidade e à licitude, pode integrar o processo e servir como instrumento para aplicação do princípio do livre convencimento motivado pelo magistrado no momento de valoração das provas. Assim, é nítida a importância da prova digital face o avanço tecnológico.

A *internet* e o acesso a computadores permitiram o uso de diversas ferramentas que servem para a obtenção e produção de provas, da mesma forma que é meio de prática de crimes cibernéticos em todos os lugares do país. É preciso levar em consideração que a prova digital deve conter meios de certificação, autenticidade e integridade para que

possa valer como prova.

Por fim, a prova digital vai, cada vez mais, integrar o processo digital no país, sendo, por vezes, prova decisiva para decisão do magistrado. É preciso apenas que a mesma se revista de idoneidade para que não seja contestada na corte.

ABSTRACT

The production of evidence, nowadays, does not occur in an exclusively physical way, changing the way procedural law operates. Thus, digital evidence emerges as a technological advance, allowing means of proof, previously unavailable, to be within the reach of investigators and parties, contributing to greater procedural speed. This paper aims to demonstrate how digital evidence is used in Brazilian formal and substantive law, what are its principles, and discuss the issue of authenticity and integrity of evidence, highlighting the importance of the digital chain of custody to ensure a suitable and procedurally valid evidence.

Keywords: Digital proof. Chain of custody. Anti-crime package. Digital Evidence.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ivo Filipe de. **A prova digital**. Portugal, 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Departamento de Direito. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2014.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. - São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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: 08 out. 2020

BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 1992

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm acesso em: 05 out 2020

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e

processual penal. Brasília, DF: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm acesso em 16 out 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.** Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus nº 179.486 Goiás.** Habeas Corpus preventivo. Furto qualificado. Determinação de comparecimento ao instituto de criminalística para colheita de imagem. Direito ao silêncio. Princípio da não auto-acusação (nemo tenetur se detegere). Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. Impetrante: RONNIERY RIBEIRO CABRAL E OUTRO. Impetrado: Tribunal de Justiça do estado de Goiás. Relator: ministro Jorge Mussi. 14 jun. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21105838/habeas-corpus-hc-179486-go-2010-0130145-0-stj/inteiro-teor-21105839> acesso em 14 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma) **Habeas Corpus nº 94.020 Amapá.** [...] O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. 2. Compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu [...]. Impetrante: Iracema Vaz Ramos Leal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Arnaldo Esteves de Lima. Julgado em 23/02/2010, DJe de 02/08/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137630/habeas-corpus-hc-91474->

-rj-2007-0229907-3/inteiro-teor-19137631 Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma) **Recurso em Habeas Corpus nº 51.531 Rondônia**. Direito Processual Penal. Extração sem prévia autorização judicial de dados e de conversas registradas no whatsapp. Recorrente: Leri Souza e Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 19/04/2016, DJe de 09/05/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3944/4169> Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 90.376 Rio de Janeiro**. Prova penal - banimento constitucional das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI) - ilicitude (originária e por derivação) – inadmissibilidade [...]. Reclamante: Sérgio Augusto Coimbra Vial. Reclamado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj> Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo ARE RG nº 1.042.075 Rio de Janeiro**. Constitucional. Processual penal. Perícia realizada pela autoridade policial em aparelho celular encontrado fortuitamente no local do crime. Acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas sem autorização judicial. Acórdão recorrido em que se reconheceu a ilicitude da prova (CF, art. 5º, inciso LVII) por violação do sigilo das comunicações (CF, art. 5º, incisos XII). Questão eminentemente constitucional. Matéria passível de repetição em inúmeros processos, a repercutir na esfera do interesse público. Tema com repercussão geral. Reclamante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Guilherme Carvalho Farias. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de publicação Dje 12/12/2017 ata nº 35/2017 - dje nº 285, divulgado em 11/12/2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313464292&ext=.pdf> Acesso em 02 jun. 2021.

CANCELA, Alberto Gil Lima. **A prova digital: os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime**, Portugal, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

CASEY, Eoghan. **Digital evidence and computer crime: forensic Science, computers and the internet**. Third Edition. Waltham: Elsevier, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ISO – INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO); INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC). ISO/IEC 27.037/2012: Information technology — Security techniques — Guidelines for iden-

tification, collection, acquisition and preservation of digital evidence. first ed. Geneva: ISO: IEC, 2012. Disponível em: <https://www.iso.org/standard/44381.html> Acesso em: 07 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

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

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: de acordo com o novo CPC**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre. O devido processo legal e a vedação às provas ilícitas. In: **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 11 abr. 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-abr-11/justica-comentada-devido-processo-legal-vedacao-provas-ilicitas> Acesso em: 12 out 2020.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 18 Ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. – 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ªEd. São Paulo: Atlas, 2020. Livro Eletrônico.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 63-79, Jan.-mar., 2020

RAFFUL, Leonardo José. RAFFUL, Ana Cristina. Prova eletrônica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 2, p. 48-76, ago. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n2p48

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Da prova penal: Tomo IV – Da prova-eletrônico-digital e da criminalidade informático-digital**. Lisboa: Rei dos Livros, 2011, p. 39.

RAMOS, Armando Dias. **A prova digital em processo penal: o correio eletrônico**. Lisboa: Chiado, 2014.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal. Parte Especial, I, Direito Penal Informático-Digital**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Rita Coelho dos. **O Tratamento Jurídico-Penal da Transferência de Fundos Monetários Através da Manipulação Ilícita dos Sistemas Informáticos**. Boletim

da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie**. 1ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro Eletrônico.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no processo penal: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO E A LUTA CONTRA
A CORRUPÇÃO POLÍTICA: RADIOGRAFIA
DO PROBLEMA E MEIOS DE AÇÃO

*PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND
FIGHT AGAINST POLITICAL CORRUPTION:
PROBLEM ANALYSIS AND MEANS OF ACTION*

MINISTÉRIO PÚBLICO E A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO POLÍTICA: RADIOGRAFIA DO PROBLEMA E MEIOS DE AÇÃO¹

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND FIGHT AGAINST POLITICAL CORRUPTION: PROBLEM ANALYSIS AND MEANS OF ACTION

João Marcelo Negreiros Fernandes²

Isabelle Lucena Lavor³

RESUMO

Escândalos de corrupção envolvendo políticos eleitos contribuíram para fomentar um campo fértil de discussões sobre ética pública, reflexões sobre a modernização do Estado e o aperfeiçoamento dos órgãos de controle. Nesse sentido, buscou-se evidenciar o papel do Ministério Público (MP), na qualidade de instituição constitucionalmente legitimada para combater tal fenômeno, destacando os instrumentos judiciais e extrajudiciais de que se serve, além dos desafios para uma agenda futura. Para tanto, usou-se o método qualitativo, exploratório, bibliográfico, respaldando tal análise na legislação constitucional e infraconstitucional. Ao final, conclui-se que, ao lado da atuação jurisdicional, a interação do MP com a sociedade civil parece indicar um caminho promissor na obstrução de atos corruptos.

Palavras-chave: Corrupção. Política. Controle. Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a ocorrência de atos corruptos no campo da política ameaça o funcionamento do sistema democrático brasileiro e dificulta o cumprimento das promessas constitucionais relativas à efetividade dos direitos sociais. Tal circunstância

1 Data de Recebimento: 18/05/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Mestre em Direito Público pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutorando pela Universidade de Salamanca (Espanha). Advogado pela Seccional da OAB/Ceará. Professor do Centro Universitário FAMETRO - UNIFAMETRO. E-mail: jmnfernandesadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6087334631554689>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6549-2662>.

3 Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará - UECE. Advogada pela Seccional da OAB/Ceará. Professora do Centro Universitário Estácio do Ceará. E-mail: isabellelucenadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4044652301215359>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7292-382X>.

trouxe fatalmente a necessidade de um debate profundo sobre a operacionalização e a organização dos órgãos nacionais investidos na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Dentre eles, situa-se o Ministério Público (MP) com atribuições descritas no texto constitucional de 1988. Os esforços da instituição podem ser verificados tanto na condução de investigações junto a outras entidades estatais (Polícia, Tribunais de Contas, Poder Judiciário etc.), como também pela propositura de demandas judiciais e até projetos voltados à conscientização da comunidade com o desígnio de desestimular a prática de condutas corruptas.

O texto visa promover uma análise sobre a recente atuação anticorrupção do órgão ministerial, o que acabou desencadeando prisões e julgamentos de vários políticos e governantes ímprobos por parte do Poder Judiciário. Ademais, a importância do trabalho diário dos promotores de justiça teve, sem dúvida, um impacto bastante positivo no âmago da opinião pública, o que revela a importância da autonomia e independência da citada instituição.

A elaboração da pesquisa desenvolveu-se mediante uma revisão bibliográfica, com enfoque em livros e escrito científicos, bem como na legislação constitucional e infraconstitucional a respeito da temática. Por outro lado, a análise de dados quantitativos encontrados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) e os estudos analíticos sobre o funcionamento da justiça brasileira foram imprescindíveis para o desenvolvimento do texto.

O artigo divide-se em três partes: num primeiro momento, realiza uma digressão conceitual sobre o fenômeno da corrupção na política, com enfoque criminológico nos crimes de colarinho branco (*white collar crime*), a partir da teoria da associação diferencial do sociólogo Edwin Sutherland; em seguida, examina as principais instituições de *accountability* que agem em prol da eficiência administrativa e da transparência nas ações dos agentes políticos, e, por fim, aborda ações recentes do Ministério Público e os desafios na luta contra políticos corruptos.

2 O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO POLÍTICA: PREMISSAS CONCEITUAIS

Uma aproximação ao conceito de corrupção sugere inevitavelmente abordar um fenômeno complexo com várias causas e efeitos, podendo assumir distintas formas em razão de práticas que se modificam com o tempo e em função de desenhos institucionais. Não por acaso o estudo do tema flutua desde modelos teóricos universais a

descrições de situações de corrupção individual, mas sem apresentar um referencial preciso de comparação⁴.

A ausência de parâmetros conceituais claros a respeito do assunto coloca, sem dúvida alguma, grandes dificuldades em mensurar a percepção e o alcance do fenômeno num determinado país e o seu impacto real sobre os recursos públicos. As tentativas de quantificação existentes geralmente se baseiam em três indicadores principais: escândalos veiculados pelos meios de comunicação, condenações criminais de corruptos pela Justiça e pesquisas de opinião.

Contudo, é certo que a literatura moderna tem se esforçado em formular diferentes modelos empíricos e teóricos com o escopo de conferir maior operacionalidade e facilitar a análise da corrupção. Surgiram, portanto, definições baseadas na ideia de cargo público (*public office*), a exemplo de Nye, que entende o fenômeno como “a conduta de alguém que se afasta dos deveres formais de uma função pública em razão de interesses pessoais” (NYE, 1989, p. 966).

Por outra parte, alguns autores relacionam a corrupção com a violação de um sistema normativo de referência. Ela é explicada, na visão de Huntington, como o “ato das autoridades públicas que se desviam de regras estabelecidas, para servir a fins particulares” (HUNTINGTON, 1975, p. 72). Friedrich também a qualifica como “a prática que vulnera norma que predomina ou que se crê que predomina em um certo contexto” (FRIEDRICH, 1989, p. 15).

Uma terceira abordagem procura explicá-la a partir de pressupostos econômicos, mais precisamente tomando em conta a lógica de mercado. Para Rose-Ackerman, “a corrupção está baseada na elaboração de um cálculo racional por agentes auto interessados que examinam os custos e os benefícios de burlar as regras do sistema político, tendo sempre em vista a maximização do lucro em detrimento de recursos públicos” (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 64).

Compreendido nestes termos, o fenômeno em alusão pode incluir inúmeros atos ilícitos, dentre os quais: suborno, nepotismo, extorsão, fraude, tráfico de influências, lavagem de dinheiro. Essas condutas adquirem efeitos ainda mais perversos sobre o sistema democrático quando servidores públicos, burocratas, legisladores, políticos usam do poder que lhes foi delegado pela sociedade civil para alcançar interesses pessoais às expensas do ideal comum.⁵

4 De fato, não existe um consenso sobre o que se entende por corrupção, de maneira que o conceito é um dos grandes problemas que enfrentam os teóricos interessados no assunto. A explicação talvez esteja no fato de que cada definição representa um nível de análise distinto, portanto, um modo diferente de entender a matéria.

5 Vale esclarecer que a corrupção política tem alcance nefasto sobre o processo eleitoral na medida em que se verificam intervenções ilícitas na condução do jogo político-partidário, cujo fim é impedir, anular ou modificar resultados reais advindos das urnas e da vontade do eleitorado (corrupção eleitoral). Também não se pode ignorar que práticas subversivas, que alteram o curso das funções administrativas de um Estado para beneficiar um determinado indivíduo ou terceiros,

Agora, e em conformidade com os propósitos traçados no texto, as linhas que se-guem se ocuparão da corrupção realizada por políticos profissionais, vale dizer, gover-nantes e parlamentares investidos nos seus respectivos cargos por intermédio de elei-ções populares, livres e periódicas. De modo mais concreto, trata-se de uma modalidade de criminalidade perpetrada na dimensão da representação política, afetando valores e princípios democráticos.

Com um olhar crítico, espírito humanista e com bastante coragem para enfrentar os detentores de poder político e econômico, Edwin Sutherland tornou-se um dos sociólo-gos mais influentes do século XX. Atribui-se a ele, a introdução no ambiente científico do termo “crime de colarinho branco” (*white collar crime*), tendo o autor trabalhado o mesmo fenômeno (corrupção) na cidade de Chicago (EUA), no início do século passa-do, retrato do Brasil atual.

Para chegar a tal conclusão, desenvolveu uma pesquisa com 70 grandes corporações norte-americanas, que resultou no livro *White-Collar Crime*, em 1949, fortalecendo ain-da mais a Teoria da Associação Diferencial ou *Social learning theory*, também criada por ele. Esta teoria criminológica busca explicar a formação do comportamento cri-minoso apenas pelo âmbito social, não analisando o motivo pelo qual alguém se torna criminoso. Uma de suas inovações é a crítica as demais teorias com bases sociológicas, que associam a criminalidade à pobreza.

Para o autor, o crime de colarinho branco na política tem sido usado por algumas pessoas como parâmetro rigoroso para medir esse tipo de crime nos negócios. Suther-land citando James A. Farley, diz que este teve a experiência de trabalhar com negócios e política, e uma vez afirmou que: “O volume da prática destas condutas é tão alto entre autoridades e políticos quanto na vida comercial [...] Um político geralmente não passa de um mero amador na nobre arte de corromper se comparando com seu irmão no cam-po dos negócios” (SUTHERLAND *apud* FARLEY, 2015, p. 36).

A ligação entre a teoria com o fenômeno da corrupção se observa à medida que o in-divíduo, quando inserido em determinado meio social (política), acaba assumindo uma tendência a copiar aquilo que os semelhantes (políticos) fazem. Importante destacar que tal comportamento não é determinante, porém, uma vez eleito, o político se insere no ambiente corrupto e passa a aprender (*social learning*⁶) o *modus operandi*, acreditando em uma eventual impunidade (SUTHERLAND, 2015, p. 36).

têm sido inseridas no âmbito da corrupção administrativa, estando aí incluídas outras formas de exposição do fenômeno: corrupção policial, judicial, financeira etc.

6 *Social learning*, ou aprendizagem social, indica que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que definem de forma desfavorável. A pessoa em uma situação apropriada se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis.

Em que pese o anterior, para compreender a conduta corruptiva na política, cabe considerar que pelo menos um dos envolvidos no arranjo corrupto desempenhe cargo representativo, isto é, que seja escolhido pelo voto de eleitores para administrar as suas vontades no âmbito do Estado. “São agentes constituídos por uma relação de representação que possuem delegação e autoridade para atuar em nome do povo, com liberdade para decidir e influenciar processos legislativos e planos de governo” (HOLMES, 2003, p. 193).

Além disso, entre as razões para a prática do ato corrupto (comissivo/omissivo), deve prevalecer a vontade do sujeito na obtenção de uma vantagem indevida que não conseguiria, caso respeitasse os deveres que impõe um determinado marco normativo de referência. “Tal vantagem pode ser direta ou indireta - em favor de terceiros-, de sorte que os interesses dos agentes condicionam o funcionamento do estamento burocrático” (CASTILLO, 2003, p. 17-18)⁷.

Associado as características anteriormente relatadas, existe ainda a consciência por parte do político corrupto de que a sua ação ou omissão é (ou pode ser) considerada ilegal ou imprópria. Sobre este último aspecto, entenda-se como imprópria toda e qualquer conduta que afronte as preferências ou mesmo os interesses expressados pelos cidadãos que o elegeram por meio dos mecanismos eleitorais. Nessa perspectiva, Gisbert observa o seguinte:

A corrupção não é mais que a violação de um contrato em virtude do qual se produz a transmissão do exercício de determinados poderes com uma certa margem de discricionariedade por parte do agente que, contra os interesses e as preferências de seu principal, atua em favor de um terceiro de quem recebe uma recompensa. Evidentemente em tal análise, o agente é o político eleito, o principal é o cidadão e o contrato está constituído por uma relação de representação política (GISBERT, 2007, p. 138).

No caso brasileiro, as muitas análises, relacionadas às práticas de corrupção no sistema político, procuram explicá-la a partir de raízes históricas e culturais. Para autores como Faoro, “a herança ibérica e portuguesa durante o período colonial criou um modelo de relação entre o público e o privado, uma espécie de patrimonialismo, que marcaria a trajetória da política contemplando o ato corrupto como algo praticamente inevitável no país” (FAORO, 2001, p. 23).

⁷ Interessa observar que não há necessidade de que a vantagem indevida seja de natureza econômica, pois é suficiente, para concretização do ato de corrupção, que o agente receba algo com a convicção de que esse algo lhe seja realmente valioso, o que leva a interpretações não somente restritas à presença de dinheiro nas relações corruptas.

Sobre esse aspecto patrimonialista, Filgueiras complementa que:

O resultado do patrimonialismo é que a corrupção faz parte de um cotidiano de nossa constituição histórica. O clientelismo, a patronagem, o patriarcalismo e o nepotismo constituem tipos de relação do Estado com a sociedade em que a corrupção é a marca fundamental; afinal, à sociedade nada resta senão buscar o acesso aos privilégios do estamento burocrático mediante a compra de cargos públicos e títulos de honraria, favores da burocracia e a participação no erário do Estado (FILGUEIRAS, 2009, p. 389).

Entretanto, a tese patrimonialista parece equivocada já que ignora os projetos de modernização do Estado brasileiro e a racionalização administrativa introduzida nos anos 1990, a qual teve como balizas o aumento da eficácia, eficiência e efetividade da administração pública. Não bastasse isso, despreza os novos mecanismos de controle da corrupção como os Tribunais de Contas, Controladoria Geral da União e mudanças na estrutura da Polícia Federal⁸.

Não há dúvida de que é preciso se desvencilhar da interpretação atávica da corrupção política ligada à transmissão cultural de gerações passadas para as gerações presentes. Esse enfoque põe em xeque não só a capacidade das instituições (Ministério Público, Poder Judiciário, etc.) de coibi-la e punir agentes que insistem em atos corruptos, como ignora que a opinião pública tem mudado e condena o desvio de recursos e o abuso de poder por parte dos políticos.

Traçadas essas considerações, vale mencionar, mesmo de modo abreviado, “que os efeitos corruptos na política trazem consequências negativas tanto para o caráter democrático que permeia as instituições, quanto para as atitudes e comportamentos cívicos. A confiança nas decisões públicas é vista como fortemente prejudicada, redundando na incapacidade estatal em promover o desenvolvimento econômico-social no interesse de todos” (WARREN, 2005, p. 111).

Ademais, práticas nocivas dessa natureza alteram a ordem de prioridades e projetos sobre direitos (saúde, educação, moradia, entre outros) que beneficiariam a população, sobretudo a mais necessitada, já que verbas públicas serão canalizadas para financiar interesses particulares espúrios. Vinculado a isso, se produz um aumento nos preços de bens e serviços acirrando desigualdades sociais, figurando a corrupção como uma das causas da pobreza.

⁸ De modo geral, pode-se afirmar que houve uma mudança nos mecanismos de gerenciamento e na cultura no serviço público brasileiro. Entre os ganhos da reforma implementada, sobretudo a partir de 1995, destaca-se: melhorias no gerenciamento fiscal do Estado, inovações nos planos dos governos subnacionais e a promoção de políticas públicas, mecanismos de avaliação de políticas públicas e, igualmente, um melhor gerenciamento dos recursos aplicados.

A relação entre corrupção e pobreza é assim explorada por Malem Seña:

A corrupção é a grande responsável para que se descuide das necessidades fundamentais da população, em particular necessidades básicas como alimentação, saúde e educação. Assim, a corrupção se constitui na causa fundamental do subdesenvolvimento e da pobreza em geral. O resultado é um círculo vicioso. Por sua parte, a pobreza contribui para aumentar a corrupção, já que aquele que não pode cobrir as suas necessidades básicas possam se ver forçados a recorrer a métodos menos honestos para a sua subsistência (MALEM SEÑA, 2000, p. 29).

Portanto, a presença da corrupção na dimensão do sistema político impacta nos princípios sobre os quais se assenta o regime democrático, especialmente porque afasta a possibilidade dos cidadãos de determinarem os rumos do Estado a que pertencem. Os desejos destes acabam sendo substituídos pelos dos representantes eleitos, os quais perseguem objetivos gananciosos, gerando custos negativos para as decisões que interessam à sociedade.

3 ACCOUNTABILITY, INSTITUIÇÕES E CONTROLE DA CORRUPÇÃO POLÍTICA NO ESTADO BRASILEIRO: UMA BREVE REVISÃO DA LITERATURA

Os comportamentos corruptivos no âmbito da política, os quais maculam visivelmente a ideia de representação e provocam seu descrédito perante a opinião pública, têm dado lugar ao relevante debate em torno da necessidade de que o agente eleito (seja ele parlamentar ou membro pertencente ao Executivo) preste, de alguma forma, contas dos seus atos e responda pelos ilícitos cometidos em prejuízo do ideal coletivo, o que envolve a noção de *accountability*⁹.

O uso da expressão é próprio de sistemas democráticos e pressupõe que parlamentares e governantes sejam responsáveis, no exercício dos respectivos cargos, pelo cometimento de atos contrários aos interesses dos sujeitos (leia-se: governados) que legitimaram a investidura e o exercício daqueles atores no âmbito do Estado. E descumpridos os deveres aos quais se vincularam, deve ocorrer a apuração dos fatos e a aplicação de penalidades nos moldes da lei.

⁹ Define-se *accountability* como a responsabilidade dos indivíduos, agências e organizações - públicas, privadas e da sociedade civil - pela execução de seus poderes. No setor público, corresponde à responsabilidade do governante em prestar contas de suas ações, o que significa apresentar o plano de atuação, a justificativa e o procedimento. Também é frequente entre os autores a tipologia *accountability* vertical (fiscalização dos cidadãos com respeito aos políticos e governos) e horizontal (mútua fiscalização e controle entre órgãos públicos).

Na experiência brasileira, importa reforçar que o processo de redemocratização do país trouxe uma série de avanços nas regras e nas rotinas das instituições estatais no que se refere à *accountability*. Dentro desse cenário, a Constituição Federal de 1988 propiciou um forte aparelhamento burocrático do estado brasileiro com a clara finalidade de impedir, entre outras coisas, diversos comportamentos corruptos e a sensação de impunidade na sociedade.

A este propósito, Avritzer ressalta que:

Ainda nos 1960, era possível ganhar eleições no Brasil com o *slogan* informal “rouba, mas faz”. Mesmo nos anos 1970, histórias sobre a corrupção e a certeza da impunidade faziam desta uma prática completamente instituída no sistema político. Mas a Constituição de 1988 e a criação de alguns novos formatos institucionais começaram a virar o jogo (AVRITZER, 2016, p. 83).

Em vista disso, merecem destaque quatro instituições que detêm independência para avaliar a regularidade da gestão pública, sugerir melhorias a serem implementadas e buscar a responsabilização a quem deu causa a ilícitos, tudo com o objetivo de resguardar a probidade, a eficiência da Administração e dar transparência à ação de agentes estatais. São elas: o Tribunal de Contas da União, a Polícia Federal, a Controladoria-Geral da União e o Ministério Público.

A começar pelo Tribunal de Contas da União (TCU), convém destacar que se está diante de uma instituição fundada em 1981, tendo a atual constituição lhe encomendado a tarefa de auxiliar o Congresso Nacional no monitoramento dos gastos públicos. Cumpra ao TCU, de modo transparente, participar ao povo onde e como estão sendo empregados os recursos obtidos pela via da tributação, o que se coaduna com os princípios de um estado democrático de direito.

Nesse *mister*, possui várias competências no artigo 71 da Constituição Federal, dentre elas: julgar as contas anualmente prestadas pelo Presidente da República, apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal, realizar inspeções e auditorias nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; aplicar aos responsáveis, em situação de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, penalidades fixadas em lei (BRASIL, 1988).

Sem dúvida, uma das grandes iniciativas do TCU no campo da transparência e fiscalização de despesas e receitas declaradas por candidatos e partidos políticos, consistiu, em 2018, na entrega ao Tribunal Superior Eleitoral de uma lista contendo os nomes de 7.431 gestores públicos com contas julgadas irregulares nos oito anos anteriores à elei-

ção. Segundo o documento, o estado com mais nomes foi o Maranhão (659), depois o Rio de Janeiro, com 614¹⁰.

É notório que as atribuições outorgadas à Corte de Contas lhe permitiram exercer uma função de suma importância no controle da corrupção política, no instante em que aprecia e julga condutas de gestores quanto à alocação e aplicação de verbas públicas. E, “ao identificar irregularidades, tem a oportunidade de interromper os desvios e desperdícios de recursos, não se abstendo em orientar os servidores a evitar comportamentos ilícitos” (AGUIAR, 2005, p. 19).

Por outro lado, a Controladoria Geral da União (CGU) é um ator relevante no controle interno, existindo para identificar a malversação de verbas no interior do Executivo. Com a estrutura definida na Lei n.º 10.683/2003, a sua trajetória põe ênfase em iniciativas de fomento e fortalecimento do controle social, prestando assistência em temas como: defesa do patrimônio público; controle interno; auditoria pública, correição, combate à corrupção; atividades de ouvidoria e transparência no plano da administração federal. A este propósito:

Ela centraliza o controle interno da Administração Pública Federal no Brasil e tem desempenhado papel de relevo na construção da ordem democrática brasileira, com atuação que vai além da de um mero órgão de controle interno, abarcando outras funções, como o combate à corrupção, o monitoramento das políticas públicas, a promoção da transparência, e, como aspecto mais inovador, tem um importante papel na mobilização da sociedade civil, o que a capacita para o exercício da função de controle social dos governantes (LOUREIRO *et al*, 2012, p. 55).

Um exemplo de atuação sucedida da CGU, em integração com a Polícia Federal e o Ministério Público, resultou na elucidação de um esquema denominado de “máfia das sanguessugas”, que consistiu em fraudes a licitações e desvios de recursos federais para compra de ambulâncias em municípios brasileiros. Na operação, foram presos assessores municipais e servidores públicos acusados de utilizar 110 milhões de reais do orçamento para adquirir veículos superfaturados, com participação direta de parlamentares e funcionários ministeriais¹¹.

Outra instituição organizada que desempenha ações importantes no controle administrativo é a Polícia Federal (PF). Alçada à condição de polícia judiciária da União pos-

10 Essa atuação é um exemplo de que o TCU cumpre o seu papel legal de disponibilizar as contas julgadas irregulares, colaborando com a Justiça Eleitoral. Consultar: <https://bit.ly/2PtNB7t>. Acesso em: 15 fev. 2020.

11 Este é apenas um dos casos e para entendê-lo melhor: <https://bit.ly/2Z2yztZ>. Acesso em: 18 fev. 2020.

sui poderes, referenciados no artigo 144 da Carta de 1988, para deflagrar investigações frente a subversões à ordem pública e social ou em detrimento de bens, interesses ou serviços da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, assim como das infrações cuja prática tenha uma repercussão interestadual/internacional e exija repressão uniforme (BRASIL, 1988).

O protagonismo da PF no combate à corrupção é bastante satisfatório no momento em que se examina a quantidade de operações deflagradas no período compreendido entre 2009 a 10 de setembro de 2019. O gráfico 1 ilustra, de modo inequívoco, que a questão de entorpecentes e a corrupção é o foco das ações da instituição, de modo que foram 869 investidas contra o tráfico de drogas e mais de 822 atuações com vistas a desmantelar fortes esquemas relacionados ao pagamento de propinas e desvios de verbas da administração pública¹².

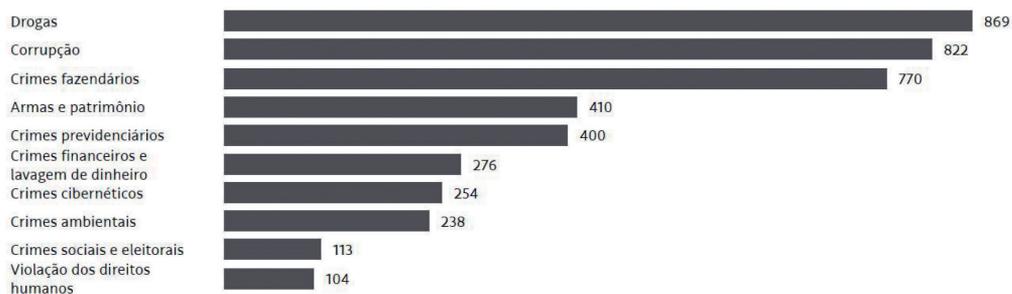


Gráfico 1. Operações da Polícia Federal de 2009 a 10 set. 2019, por tipo. Fonte: Folha de São Paulo, 2019.

No caso do Ministério Público, a Carta constitucional de 1988 lhe assegurou grande autonomia funcional, tornando-o imune a ingerências políticas externas que possam obstaculizar o desempenho das suas atribuições. Não é novidade que o MP figura como engrenagem essencial à democracia e que, além da titularidade da ação penal, age para garantir o respeito aos poderes e aos serviços públicos, a tutela dos interesses transindividuais, o patrimônio público e a moralidade administrativa, espaço esse em que detém o inquérito civil.

No combate à corrupção política no país, ele assumiu uma grande preponderância em ações cíveis (ação civil pública e de improbidade administrativa) e penais, cuja finalidade reside na condenação de agentes corruptos a penas privativas de liberdade ou restritivas de direitos e, igualmente, na restituição dos recursos públicos desviados do Erário.

¹² A respeito destas informações, visitar: <https://bit.ly/2QUvTev>. Acesso em: 22 fev. 2020.

Aranha e Filgueiras resumem a importância do órgão ministerial desta maneira:

Cabe ao Ministério Público uma função essencial de *accountability* horizontal, dado que suas competências de fiscalização e promoção de feitos judiciais contra gestores públicos e políticos eleitos lhe são típicas. Isso implicou um processo brusco de mudança, que resultou num incrementalismo institucional balizado em mudanças de práticas, legislação e competências (ARANHA; FILGUEIRAS, 2016, p. 18).

Mais adiante, e com base na pesquisa de satisfação realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em várias cidades do país, é evidente o aumento no número de brasileiros que confiam no MP e o avaliam como imprescindível à sociedade. No tocante à sua atuação, é crescente a quantidade de entrevistados que percebem as ações da referida instituição na luta contra o fenômeno da corrupção, o que pode ser conferido no gráfico abaixo¹³.



Gráfico 2. Percepção popular das ações do Ministério Público, por temas. Fonte: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017.

Assim, é evidente que a Carta Magna, no contexto do retorno ao regime democrático, forneceu condições essenciais para que órgãos de *accountability* atuem na defesa estatal. Primeiro, por outorgar competências, regras e procedimentos a serem seguidos. Segundo, porque permitiu uma série de práticas de aperfeiçoamento e de monitora-

¹³ Para outros resultados sobre a pesquisa do CNMP: <https://bit.ly/2Zbn5nq>. Acesso em: 27 fev. 2020.

mento, investigação, persecução civil e criminal na punição de condutas corruptas e da improbidade administrativa.

4 ÓRGÃO MINISTERIAL FRENTE À CORRUPÇÃO POLÍTICA: FERRAMENTAS DE ATUAÇÃO, BALANÇO DE AÇÕES E DESAFIOS PARA UMA AGENDA FUTURA

Com a finalidade de combater irregularidades e o legado corrupto no país, mudanças estruturais se fizeram imprescindíveis de sorte a idealizar uma organização política brasileira menos vulnerável à incidência do fenômeno. Sob uma nova moldura constitucional, o Ministério Público foi elevado ao papel de fiscal e protetor da moralidade pública, munido de mecanismos que o protegem da interferência de governantes e políticos de uma maneira geral.

Para lograr cumprir com eficiência os seus objetivos, passou a atuar em conjunto com outros órgãos estatais (Polícia Federal, TCU, Poder Judiciário, etc.), na investigação e elucidação de casos corruptos e, por conseguinte, na propositura de ações que tramitarão perante o sistema de justiça¹⁴. Sobre o funcionamento da instituição como um forte instrumento de *accountability* em relação a políticos/governantes eleitos, Kerche anota que:

Um órgão responsável pela fiscalização de políticos, como o Ministério Público, é o reconhecimento de que somente os clássicos instrumentos dos *checks and balances* – poderes de Estado limitando poderes de Estado – não seriam suficientes. A complexidade do Estado contemporâneo fez surgir órgãos especializados e auxiliares dos poderes de Estado, não previstos na teoria clássica da democracia liberal, para limitar abusos de atores estatais (KERCHE, 2007, p. 273).

Através de simples consulta aos dispositivos constitucionais e às leis orgânicas estaduais concernentes ao MP, é possível verificar a sua missão quanto à defesa de direitos difusos/coletivos e da máquina administrativa. Para citar um exemplo, o artigo 65 da Lei complementar nº 72/2008, do Estado do Ceará, dispõe que todos os seus membros deverão priorizar, dentre outras questões, a proteção da cidadania e o patrimônio público estatal (CEARÁ, 2008).

¹⁴ O leque de atribuições do Ministério Público é extenso, permitindo afirmar que atualmente há poucos assuntos referentes à sociedade brasileira que não possam ser transformados por esta instituição em uma questão judicial.

Nessa perspectiva, não se pode ignorar que o esforço de seus membros na árdua e incessante luta contra administradores e parlamentares corruptos, culminou no surgimento de inquéritos civis, ações civis públicas (Lei n.º 7.347/85) e de improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92). Contudo, paralelamente à seara cível e para tornar mais efetivas as ações do MP frente a inegável demora nos processos, observou-se a propositura de várias ações criminais.

A respeito dessa litigância no terreno penal, Arantes esclarece que:

Para enfrentar o problema da baixa efetividade processual, era preciso dar um passo além e fazer avançar a instituição para outro campo de batalha contra a corrupção: o campo criminal. Na verdade, foi o Ministério Público quem atraiu o inimigo para a arena criminal, na qual armas velhas foram usadas com inteligência e chegaram a obter resultados mais efetivos do que aqueles alcançados, até então, com as armas de última geração da esfera cível, tais como o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública (ARANTES, 2009, p. 24).

Na esfera criminal, cabe ao órgão, entre outras atribuições, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial; promover privativamente a ação penal pública; e até exercer o controle externo da atividade policial. Essa atuação do Ministério Público com a Polícia Judiciária - e a forte conexão em tal sentido-, resultou no ingresso perante o Judiciário de inúmeras demandas contra representantes políticos corruptos.

No campo processual penal, outro avanço legislativo no que concerne à atuação do MP, foi a previsão do Acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido no CPP pelo art. 28-A da Lei n.º 13.964/2019 (Pacote anticrime), modalidade de justiça negocial, na qual o membro ministerial poderá propor o acordo desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições pré-estabelecidas, sendo necessário, também, que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a 4 (quatro) ano (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, há previsão de:

- I - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - Renunciar voluntariamente a bens e direitos **indicados pelo Ministério Público** como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição **indicada pelo Ministério Público**, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 2019, grifo nosso).

Ademais, outra inovação trazida pela lei acima, em seu art.28 *caput*¹⁵, alterou significativamente o processo investigatório, dado que, em caso de arquivamento do inquérito policial, não cabe mais ao juiz a homologação, visto que, em violação ao sistema acusatório, estaria o órgão judiciário invadindo a competência do titular da ação penal pública. Nestes termos: “ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei” (BRASIL, 2019).

Pois bem, voltando a explicar melhor a relação entre as instituições anticorrupção, os membros do Poder Judiciário passam a ser provocados pelo Ministério Público. No que se refere ao ajuizamento da ação penal pública, cuja legitimidade é do MP, ela depende do trabalho de investigação que será desenvolvido pela autoridade policial que, por vezes, necessita de autorização judicial, agora, na figura do juiz de garantias¹⁶ (art. 3-B do CPP¹⁷), para implementar medidas contundentes na fase de elucidação dos crimes.

Vale lembrar que foi com amparo na permissão da Justiça, sob fiscalização do MP, que a Polícia Federal já deflagrou várias ações contra políticos corruptos em todos os

15 Relevante destacar que, o Ministro Luiz Fux, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, revogou a decisão monocrática constante nas ADIs supra, **suspendendo *sine die* a eficácia, ad referendum** do Plenário, **a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial** (art. 28, *caput*, Código de Processo Penal);

16 Ainda na mesma decisão anteriormente comentada, o Ministro Luiz Fux, na condição de relator das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, revogou a decisão monocrática constante nas ADIs supra, **suspendendo *sine die* a eficácia, ad referendum** do Plenário, a implantação **do juiz das garantias e seus consectários** (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal);

17 Art. 3º-B. O juiz das garantias é **responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal** e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...] (grifo nosso).

níveis da federação e em distintos ramos de governo. Lideranças de diversos partidos do país tornaram-se alvos de acusações do Ministério Público, a exemplo da operação Lava Jato, que revelou um esquema de desvios da Petrobrás e colocou em risco o sistema político inaugurado em 1988.

Para além do plano jurisdicional, o MP também desenvolve funções extrajudiciais (isto é, fora do recinto do Poder Judiciário) em que adota medidas administrativas tendentes à solução de irregularidades através de uma maior aproximação com a coletividade, alertando e instruindo acerca dos riscos de condutas corruptas. Nessa esteira, Odete Medauar pontua a mencionada atuação do *parquet* (Federal e Estadual) da seguinte maneira:

A atuação de controle extrajudicial recai sobre as autoridades, entes e órgãos públicos em todos os níveis da Federação brasileira, que resulta na adoção de medidas de instauração de inquérito civil público, emissão de recomendações, expedição de relatórios e realização de termo de ajustamento de conduta com os infratores. (...) Os mecanismos extrajudiciais e as funções extrajudiciais desempenhadas pelos representantes do Ministério Público são meios alternativos de resolução de conflitos, mas não exclui sua utilização como procedimento preparatório para atuação judicial (MEDAUAR, 2012, p. 165).

A atitude do órgão ministerial, na forma de recomendações e sugestões, decorre do dever de zelar pelo patrimônio e pela administração pública, consectário da proteção dos valores previstos na Carta Magna. Como exemplo, a recomendação n.º 42/2016 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) exalta a necessidade de criação de estruturas especializadas dentro do MP para a otimização do enfrentamento da corrupção, com atribuição cível e criminal (BRASIL, 2016).

De igual modo, o CNMP tem expressado vasta preocupação em construir espaços e fóruns de debate com o propósito de coletar, organizar e divulgar boas práticas de prevenção às condutas corruptas¹⁸. Além disso, discute e chama atenção para a formulação de mecanismos efetivos na busca de recuperar ativos desviados por agentes políticos e a obrigação de render contas, com vistas ao adequado gerenciamento dos bens e assuntos públicos¹⁹.

18 Não se pode olvidar a criação, em 2003, da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Trata-se de uma ampla rede de órgãos composta pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário federais e estaduais, o Ministério Público e setores sociedade civil. Nessa linha, o princípio norteador das atividades da ENCCLA reside na criação de estratégias ao combate e instituição de políticas contra atos corruptos.

19 Entre as atividades contra a corrupção, ver: <https://bit.ly/2UONINI>. Acesso em: 06 mar. 2020.

No tocante às ações conduzidas perante o sistema judicial, conforme o relatório de atividades da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, o órgão elencou um conjunto de setores prioritários na luta contra a corrupção em termos nacionais. Consoante demonstra o gráfico 3, os temas mais visados nos últimos anos são os que envolvem as licitações e o campo da educação, sendo os marcos iniciais da atuação de seus membros²⁰.

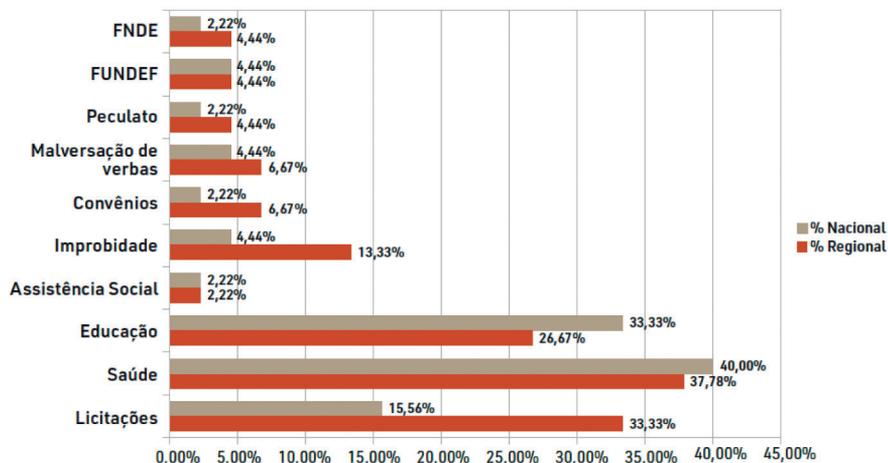


Gráfico 3. Temas considerados como prioritários no combate à corrupção. Fonte: Ministério Público Federal, 2019.

Em âmbito estadual, o Ministério Público do Estado do Ceará (MPCE) divulgou recentemente um balanço geral de suas ações referentes ao período compreendido entre os anos de 2016 a 2018. Na ocasião, constatou-se 34 operações pelo órgão que resultaram em 65 prisões; 12 prefeitos foram afastados dos cargos e um foi preso; 57 interceptações telefônicas foram autorizadas pela Justiça Estadual, sem falar em 80 investigações ainda em andamento²¹.

Por outro lado, o MPCE vem incentivando cada vez mais a ocorrência de seminários e palestras abertas ao público para debater temas relativos à corrupção política. A medida se justifica pela necessidade de educar a sociedade por meio do estímulo à ética, à moralidade e à honestidade, construindo um processo cultural de formação de consciência e responsabilidade cidadã para, ao final, contribuir para a diminuição drástica nos números de processos judiciais.

²⁰ Sobre o relatório completo, acessar: <https://bit.ly/2QUBYrl>. Acesso em: 07 mar. 2020.

²¹ Esses dados estão disponíveis em: <https://bit.ly/2QWTW3y8>. Acesso em: 08 mar. 2020.

Indo além, e considerando o compromisso assumido pelo Brasil na Convenção Interamericana contra a Corrupção, viabilizada na ordem interna pelo decreto n.º 4.410/2002, surge para o MP, na qualidade de defensor da sociedade, a tarefa de propor/articular junto aos poderes estatais a implementação de políticas públicas. No plano legislativo, destaque-se a iniciativa de grande valia pela instituição que, em 2015, anunciou dez medidas anticorrupção.²²

Constitui, assim, um desafio manter a interação e coordenação entre Ministério Público e as esferas de governo para colocar em prática ações eficazes e voltadas para a repressão da lavagem de dinheiro e da corrupção política. Nesse espaço, há que se valorizar, por igual, a participação popular que poderá contribuir com denúncias encaminhadas aos canais institucionais no intuito de que se adotem todas as medidas destinadas a combater os ilícitos.

Com relação a essa participação popular, Power e Gonzáles advertem:

À medida que o associativismo em uma determinada sociedade cresce, formas ‘privadas’ de interação política, como o clientelismo e a corrupção, desgastam-se; estilos ‘públicos’ ou ‘cívicos’ de política, baseados em noções republicanas de cidadania, enraízam-se mais e, talvez mais importante, os cidadãos obtêm mais poder [empowered], permitindo que possam manter seus líderes políticos mais responsáveis ou *accountable* (POWER; GONZÁLES, 2003, p. 92-93)

No mais, diversos são os casos em que a presença do MP foi determinante na tutela da probidade administrativa e da moralidade pública, tanto a nível federal como estadual. Esses resultados somente foram possíveis com agendas de trabalho sólidas e novos planos de ação, vendo na cooperação com outras instituições (Polícia, Tribunais de Contas, Poder Judiciário, entre outros) maiores possibilidades de êxito na guerra contra a corrupção no Brasil.

Reitera-se, destarte, que se está diante de um órgão diligente e fundamental no que diz respeito ao combate de irregularidades no país, atuando através de instrumentos e prerrogativas que lhe foram confiadas pela ordem constitucional. Há de se observar, neste contexto, que a atividade dos seus membros não pode dar-se de maneira isolada, mas em conjunto com a sociedade civil organizada, fomentando canais e vias de diálogo permanentes e democráticas.

22 As dez medidas podem ser vistas e analisadas em: <https://bit.ly/341Cvgz>. Acesso em: 12 mar. 2020.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do grave risco de condutas irregulares, inclusive por parte de parlamentares e governantes com a conseqüente degradação dos valores democráticos e do regime representativo, o constituinte de 1988 realmente percebeu a grande necessidade de outorgar à algumas instituições um aparato de investigação e combate que reunisse mecanismos de informação e técnicas de inteligência destinadas ao enfrentamento da problemática no Brasil.

O Ministério Público, então, ganhou forte notoriedade e teve seu foco de atuação ampliado, passando a conduzir investigações criminais e propor ações judiciais na busca da responsabilização penal e cível de políticos corruptos. Como um importante órgão de *accountability*, age não somente no ambiente processual, mediante a propositura de demandas, mas também alavanca medidas administrativas com o fim de conter a todo custo a corrupção.

As razões para essa frente de atuação talvez se devam ao fato de uma certa paralisia do Poder Judiciário em promover celeridade no julgamento das ações que lhe são submetidas, seja pela infinidade de recursos protelatórios interpostos por parte dos acusados, seja pela lentidão e pelo excessivo formalismo da máquina jurisdicional com inúmeros graus de jurisdição e expedientes processuais a serem concretizados por parte de magistrados e tribunais.

Seja como for, a verdade é que o aumento da criminalidade e a complexidade dos delitos praticados em total afronta aos valores republicanos mobilizou diretamente o Ministério Público na implementação de novas estratégias contra a corrupção. Exsurge daí uma atuação mais dentro de um contexto de envolvimento da cidadania para lutar contra o fenômeno e exigir, de maneira incisiva, uma maior transparência nas condutas de políticos e burocratas públicos.

Esse caminho, baseado na conscientização popular através de fóruns de discussão e da *internet*, consistiu numa postura que viabiliza a aproximação com atores sociais e instituições, criando ambientes com vistas a alcançar maior eficácia na fiscalização e controle da corrupção. Outra prática que também deve ser priorizada pelo MP é a colaboração em políticas públicas, visando fornecer alternativas aos poderes públicos quanto ao combate desse fenômeno no país.

Por último, a análise aqui empreendida e a conclusão a que se chega sinaliza que controles mais participativos, nos quais se vislumbra a sociedade realmente interessada, pode contribuir e muito para a edificação de um processo cultural que tem um valor ético imperativo na moralidade. Esse passo pode ser, sem dúvida alguma, o início do rompimento e da falta de tolerância com comportamentos ímprobos e desonestos que permeiam as estruturas estatais.

PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND FIGHT AGAINST POLITICAL CORRUPTION: PROBLEM ANALYSIS AND MEANS OF ACTION

ABSTRACT

Corruption scandals involving politicians and elected officials contributed to a field of discussions on public ethics, reflections on the modernization of the state, as well as the improvement of control institutions. The text seeks to highlight the role of the Public Ministry as a constitutionally legitimate institution to combat the corrupt phenomenon in politics, extolling the judicial/extrajudicial instruments, in addition to the challenges for an agenda future. In the end, it is concluded that, alongside jurisdictional action, interaction and a greater dialogue with society seems to indicate a promising path in the obstruction of corrupt acts.

Keywords: Corruption. Politics. Control. Public Prosecutor's Office.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, U. Tribunais de Contas e as estratégias para reduzir o risco de corrupção. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v.35, n. 105, p.17-28, 2005.
- ARANHA, A. L.; FILGUEIRAS, F. **Instituições de accountability no Brasil, mudança institucional, incrementalismo e ecologia processual**. Brasília: Fundação Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), 2016.
- ARANTES, R. B. O ministério público e a corrupção política em São Paulo. In SADEK, Maria Tereza (Org.). **Justiça e cidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Edelstein, 2009, p. 23-116.
- ARANTES, R. B. et al. Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI. In: LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. (Orgs.). **Burocracia e Política no Brasil**. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010, p. 109-148.
- AVRITZER, L. **Impasses da democracia no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 08 fev. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://bit>

ly/2xDbQLa. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 08 fev. 2021.

CASTILLO, A D. Medición de la corrupción: Un indicador de la rendición de cuentas. **Revista de la Auditoria Superior de la República**, México, DF, v. 5, p. 07-63, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/2RIoiB2>. Acesso em: 12 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Relatório da pesquisa de satisfação e imagem do CNMP e do Ministério Público**. Brasília, DF, jul. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Zbn5nq>. Acesso em: 27 fev. 2020.

FABRINI, F.; MATTOSO, C. Sob Moro, Polícia Federal tem o menor número de operações em 5 anos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2QUvTev>. Acesso em: 22 fev. 2020.

FAORO, R. **Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FILGUEIRAS, F. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. **Opinião Pública**, Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, 2009.

FRIEDRICH, C. Corruption concepts in historical perspective. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSTON, M.; LEVINE, V. T. (eds.). **Political corruption: A handbook**. New Brunswick: Transaction, 1989, p. 15-24.

GISBERT, R. B. Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 135-160, 2007.

HOLMES, L. Political Corruption in Central and Eastern Europe In: BULL, M. J.; NEWELL, J. L. (eds.). **Corruption in Contemporary Politics**. London: Palgrave, 2003, p. 193-206.

HUNTINGTON, S. **A Ordem Política nas Sociedades em Mudança**. São Paulo: USP, 1975.

KERCHE, F. Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

LORENTE, V. M. Corrupção no Brasil e estratégias de combate. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública**, Belo Horizonte, n. 14, p. 203-257, 2016.

LOUREIRO; M. R. et al. Do controle interno ao controle social: a múltipla atuação da CGU na democracia brasileira. **Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 17, n. 60, p. 54-67, 2012.

MALEM SEÑA, J. F. La corrupción política. **Revista Jueces para la democracia**, Madrid, n. 37, p. 26-34, 2000.

MATAIS, A.; GUERREIRO, G. Operação Sanguessuga completa 1 ano sem punir maioria dos envolvidos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 mai. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2Z2yztZ>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MEDAUAR, O. **Controle da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ (MPCE). **MPCE divulga balanço das ações de combate à corrupção**. Estado do Ceará, 07 dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2QTW3y8>. Acesso em: 08 mar. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Relatório de Atividades da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão ao Combate à Corrupção**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2QUBYrl>. Acesso em: 07 mar. 2020.

NYE, J. Corruption and political development: A cost-benefit analysis In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSTON, M.; LEVINE, V. T. (eds.). **Political corruption**: New Brunswick, Transaction, 1989, p. 963-983.

O'DONNELL, G. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <https://bit.ly/31XMT70>. Acesso em: 20 nov. 2019.

POWER, T. J.; GONZÁLES, J. Culture, values, and perception of corruption: a cross-national analysis. In: RAMASWAMY, S.; CASON, J. W. **Development and democracy: new perspectives on an old debate**. New York: University Press of New England, 2003, p. 71-97.

ROSE-ACKERMAN, S. Economia política da corrupção. In: ELLIOT, K. A. (Org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília: UnB, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes; tradução: Clécio Gomes, 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Presidente do TCU entrega ao TSE lista dos gestores com contas irregulares**. Brasília, Secom TCU, 27 de jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2PtNB7t>. Acesso em: 15 fev. 2020.

WARREN, M. E. La democracia contra la corrupción. **Revista mexicana de ciencias políticas y sociales**. México, DF, v. 47, n. 193, p. 109-141, 2005.

OLHARES NÃO ADVERSARIAIS EM
PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL:
MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA

*LOOKS NON ADVERSARIAL IN A PERIOD
OF SOCIAL ISOLATION: MEDIATION
AND SHARED CUSTODY*

OLHARES NÃO ADVERSARIAIS EM PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL: MEDIAÇÃO E GUARDA COMPARTILHADA¹

*LOOKS NON ADVERSARIAL IN A PERIOD OF SOCIAL ISOLATION:
MEDIATION AND SHARED CUSTODY*

Cláudia dos Santos Costa²

Maria Izabelly Moraes da Silva³

Thais Silva Araújo de Amorim Coelho⁴

RESUMO

O cenário de isolamento social em decorrência da pandemia causada pelo coronavírus tornou ainda mais complexa as questões referentes à guarda compartilhada. Neste contexto a mediação familiar é apontada como importante instrumento de resolução de conflitos. Os estudos de Andrade (2020), de Cachapuz (2003), e de Coutinho (2019) indicam a mediação como prática célere, acessível e informal que apesar de nova, traz consigo vastas potencialidades de crescimento no âmbito da resolução extrajudicial de conflitos. O cenário do isolamento social em decorrência da pandemia causada pelo COVID 19 revelou um aumento do número de demandas familiares. Desta forma, compreender que existem possibilidades de atuação na demanda pontuada anteriormente durante um período pandêmico nos faz exergar a partir de alguns olhares singulares que perpassam entre a mediação presencial e on-line. No estudo em análise nosso foco volta-se para os conflitos familiares, especialmente os decorrentes das situações de guarda compartilhada. A concretização das práticas de mediação familiares tornou mais acessível a possibilidade da resolução de conflitos de forma consensual e pacífica. A prática da mediação on line se apresenta como importante estratégia de garantia de acesso à justiça, compreendendo os limites e possibilidades desta prática no contexto de desigualdades sociais do cenário brasileiro. Necessário se

1 Data de Recebimento: 05/03/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – ES. E-mail: claudiacostabraga@gmail.com, lattes: <http://lattes.cnpq.br/5296262306686122>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7636-6787>

3 Graduada em Psicologia. Mediadora Comunitária PRONUMEC MP-CE. E-mail: izaabellymoraes.s@hotmail.com, lattes: <http://lattes.cnpq.br/0593219257457627>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1953-2707>.

4 Graduada em Direito, Mediadora de Conflito Extrajudicial e Judicial NUPEMEC TJ/CE. Thais Silva Araújo de Amorim Coelho³. E-mail: thaisamorimc@hotmail.com, Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0884859671243230>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8780-800X>.

faz o exercício da construção de olhares não adversariais em qualquer contexto, mais ainda em tempos de isolamento social

Palavras-chave: Isolamento social. Mediação familiar. Guarda compartilhada.

1 INTRODUÇÃO

A resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 13.140/15, a lei de mediação são importantes regulamentos da mediação como método extrajudicial e sobre a sua atuação na gestão e resolução de conflitos. Dentre estes conflitos ressaltamos o foco do nosso interesse e das nossas pesquisas: os conflitos familiares, especialmente os que são decorrentes de situações de guarda compartilhada em período de isolamento social devido a Covid-19.

O objetivo da construção dessa escrita é explorar o enraizamento já existente sobre a atuação da mediação, seja ela na forma presencial ou online, enquanto possibilitadora de transformação social através do diálogo pacífico mesmo diante de estímulos externos estressores que são inerente ao convívio social. No decorrer do texto examinaremos o movimento da revolução de acesso a essa prática ainda mais célere diante do momento socialmente vivenciado.

A mediação, em sua totalidade, é um instrumento gerador de resultados positivos para ambos os mediados possibilitando cuidado nos fatores jurídicos, psicológicos e sociais. Abordaremos também a aplicabilidade da mediação em certos ramos do direito, como por exemplo, no direito de família dando alusão ao viés da guarda compartilhada.

Alusivo a Angelo (2020), o convívio com os genitores mostra-se como um ato de grande importância para o desenvolvimento cognitivo e psicológico do (a) menor, no entanto, ela deve ocorrer de forma saudável afim de não causar nenhum dano à saúde da criança. É preciso que nesse momento haja, sobremaneira, empatia e compreensão por parte dos genitores assim como prática de diálogo.

Na construção desta pesquisa optou-se pela pesquisa bibliográfica, tendo como principal fonte de pesquisa a legislação referente ao tema e os autores como CACHAPUZ (2003) e DORIA (2020). Foram também consultados sites especializados em Direito de Família e Mediação familiar, bem como artigos abordando aspectos referentes ao contexto da pandemia.

2 DIFERENTES POSSIBILIDADES DE GUARDAS

O cotidiando revela diferentes possibilidades de configurações familiares num contexto plural e mutante que muitas vezes a legislação não consegue acompanhar todas as vertentes desta conjuntura. Configurações que se apresentam de forma mais complexa ainda quando há a presença de filhos. Existindo filhos, enquanto casal afetivo, os genitores detêm da guarda destes menores. E quando ocorre a separação deste casal? Como a jurisdição brasileira compreende as diferentes possibilidades da guarda?

A análise e compreensão das facetas dos tipos de guarda que seguem a legislação brasileira são fundamentadas na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I. Este artigo concede um procedimento isonômico tanto a mulheres como para homens, ou seja, para ambos são concedidos os mesmos direitos e deveres para com o (s) filho (os). De acordo com Rodriguez (2014) a isonomia de gênero, mencionada anteriormente, só foi possível a partir da vigência do Código Civil de 2002 sendo assim pode-se entender a constituição como organizadora da teoria e o código, da prática.

Sob esta ótica, podemos concluir, com foco no direito de família e em especial ao tema ora tratado, que “chega a hora de reconhecer que mães e pais têm a mesma importância na vida dos filhos e têm, ambos, de participar ativamente no respectivo crescimento. (RODRIGUEZ, 2014)

A compreensão da Carta Magna, de 1988 é relevante no ensejo da construção do poder familiar. O objetivo seria dividir igualmente as obrigações, direitos e deveres dos genitores para com os menores até que ocorram eventuais possibilidades inseridas no Código Civil no artigo 1.635. Ainda alusivo a Rodriguez (2014), para que exerça estas obrigações, os genitores não necessariamente precisam estar casados ou inclusos em uma união estável por compreender que a família, enquanto unidade, não pode ser confundida como uma relação afetiva do casal. Ela se constrói de forma independente da relação dos pais.

Tal afirmação é tão verdadeira que o artigo 1.936 do Código Civil cita, expressamente, que o pai ou mãe que contrai novas núpcias ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos provenientes de relacionamento anterior, os direitos e deveres do poder familiar. (RODRIGUEZ, 2014).

Exemplos de ações que podem ser formalizadas, diante da nova composição do poder familiar, são as divisões da guarda do (s) menor (es). As espécies de guarda no Brasil são concisas na guarda unilateral, guarda alternada e a guarda compartilhada. A guarda unilateral, de acordo com Ortega (2017), está delimitada e detalhada no artigo 1.583 do Código Civil. Este tipo de guarda delimita a guarda para apenas um genitor ou a um outrem que se responsabilize pelo (os) menor (es) enquanto para o outro genitor será disponibilizado uma fixação das visitas, ou seja, uma formalização da convivência com o (os) menor (es). Importante enfatizar que o genitor que não detém da guarda unilateral não se torna excludente do poder familiar, apenas exercerá um outro formato de atribuições e cuidados para com o filho (a).

Essa tem sido a forma mais comum: um dos cônjuges, ou alguém que o substitua, tem a guarda, enquanto o outro tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Tal modalidade apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.968/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como ser decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho. (ORTEGA, 2017).

Ainda alusivo a Ortega (2017) o formato da guarda alternada não é disciplinada na legislação do Brasil, no entanto é, no mundo prático, utilizada pelos genitores. Nesse aspecto os pais alternam a convivência com o (a) (os) filho (a). Importante enfatizar que essa guarda se diferencia da guarda compartilhada já que os pais, durante a alternância, detêm da guarda de forma exclusiva.

(...) guarda alternada: modalidade de guarda unilateral ou monoparental, caracterizada pelo desempenho exclusivo da guarda, segundo um período predeterminado, que pode ser anual, semestral, mensal ou outros. Essa modalidade de guarda não se encontra disciplinada na legislação Brasileira e nada tem a ver com a guarda compartilhada, que se caracteriza pela constituição de famílias multinucleares, nas quais os filhos desfrutam de dois lares, em harmonia, estimulando a manutenção de vínculos afetivos e de responsabilidades, primordiais à saúde biopsíquica das crianças e dos jovens. (DIAS, 2011, p.528).

A guarda compartilhada, por sua vez, como o foco de estudo deste ensaio analítico, foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei de nº 11.698 no ano de 2008 e é aplicada no Código Civil 2002 através do artigo 1.584 tendo sua atualização pela Lei nº 13.058/2014. De acordo com Ortega (2007), respeita em maior escala os direitos fundamentais dos envolvidos e em consonância e harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal. Esta modalidade de guarda foi idealizada através de um Projeto de Lei nº 6.350/02 que teve como autoria o Deputado Tilden Santiago que, de acordo com Ortega (2007), discorre que não só a doutrina como também a jurisprudência visualiza essa medida e assegura o melhor interesse das crianças e a igualdade entre pais e mães na responsabilização por seus filhos.

Esta modalidade ainda contempla uma forma diferente para sua adoção, que, visando amenizar a ansiedade da criança com a constante mudança entre as residências de seus genitores, possibilita que as crianças continuem morando sempre na mesma casa, mantendo assim a rotina com a qual estão acostumadas. Ocorre que, obviamente, trata-se de uma modalidade de alto custo, pois para sua adoção seriam necessárias três residências, uma para mãe, outra para o pai e outra para que os filhos recebam, alternadamente, cada um de seus pais. (ORTEGA, 2017).

Essa modalidade de guarda apresenta uma pluralização quando se refere às responsabilidades dos pais para com o(s) filho(s) ocasionando assim uma maior convivência entre ambos. O foco é o fortalecimento da afetividade e na existência de uma alternância na tenção da guarda.

3 ISOLAMENTO SOCIAL: ADAPTAÇÕES NO JUDICIÁRIO

A pandemia causada pelo coronavírus apresentou inúmeros desafios no campo econômico, social e político exigindo respostas jurídicas que atendam às necessidades das famílias neste contexto.

Necessário ressaltar que a situação preventiva já reverbera no Direito de Família e na esfera da guarda compartilhada e os efeitos são mais velozes tendo em vista a modificação direta da convivência dos genitores com os menores. Atualmente, de acordo com Andrade (2020), a guarda compartilhada prevalece sobre a unilateral cabendo a aplicação desta última apenas se um dos genitores expressamente abrirem mão do seu direito ou em casos muito específicos de perda do poder familiar.

Várias variações devem ser levadas em consideração no período de pandemia como por exemplo, a assiduidade dos pagamentos dos alimentos in natura e pecúnia dos menores. São problemáticas como essas que estão levando o judiciário à adaptação.

Diante dos riscos de contágio da Covid-19 e da necessidade de medidas de prevenção da doença que atinge toda a população, processos relacionados ao tema têm chegado ao Judiciário. Há necessidade de sopesamento de princípios, adotando, em cada caso concreto, aquilo que pareça ser a melhor solução para o problema atual do Covid-19, com vistas à preservação dos direitos fundamentais, mas sem olvidar das determinações das autoridades sanitárias de isolamento social, eis que a situação excepcional exige que se respeite as recomendações médicas no presente momento, sob pena de agravar-se ainda mais o quadro de pandemia. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

Durante o enfrentamento do COVID-19 é necessário que surjam novas ferramentas de auxílio judicial como a tecnologia para viabilizar a resolução de conflitos ou a resolução de disputas. De acordo com Rosa (2020), a utilização do termo tradicional não condiz com o período vivenciado assim, frisando que o fenômeno ocorrido no judiciário, trouxe uma constância nas problemáticas assim como a preocupação com os sujeitos processuais. Como mencionado anteriormente novas ferramentas estão sendo cada vez mais buscadas com o intuito de amenizar as deficiências ocorridas no período de isolamento social como, por exemplo, as conciliações, mediações e negociações. Ainda alusivo à Rosa (2020), no atual cenário de crise a espera por soluções que inevitavelmente demandam tempo reclama a agilidade que é própria das soluções consensuais possa haver efetiva constituição de uma dada situação jurídica.

4 MEDIAÇÃO COMO RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL: DEMANDA FAMILIAR

A mediação embora seja ainda pouco esrudada em sua totalidade e aplicada de forma insuficiente no contexto jurisdicional atual não é uma técnica recente entre os meios de resolução de conflito, ao contrário do que se possa imaginar. Seu surgimento está presente nas primeiras sociedades existentes e se encontra como uma das primeiras formas capazes de resolver os conflitos bem antes do surgimento do Estado como um ente organizado politicamente e principal detentor da tutela jurisdicional. Faz-se neces-

sário analisarmos o passado não só pela questão doutrinária e, sim, para que possamos compreender a mediação atual. Compreender o contexto histórico é fundamental para a ampliação do olhar acerca dos limites e possibilidades de cada instituto. E com a mediação não seria diferente como já havia sido destacado por Maximiliano (1965) que menciona em sua escrita, “não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável”.

Ressalta Cachapuz (2003), que o instituto da mediação é tão antigo que, “sua existência remonta aos idos de 3000 a.C, na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades Estados”. Incontestavelmente, a presença da mediação poderia ser encontrada em quase todas as culturas mundiais sendo reconhecida por essas comunidades como principal forma válida e eficiente na resolução dos conflitos.

Se hoje o Estado é responsável pela função jurisdicional e exerce esta de forma exclusiva e indelegável na antiguidade a resolução dos conflitos era dividida de forma nada unânime e essa divisão dependia da cultura local e suas tradições por meio da intervenção de mediadores ou árbitros. No que tange a mediação em si, há notícias de que a própria Igreja Católica, através de seus representantes, utilizava a técnica de mediação entre os seus seguidos tornando-se a principal organização de mediação até o período da Renascença e o clero atuava mediando todos os tipos de conflitos tais como: criminais, familiar e principalmente as disputas entre a nobreza, MOORE (1998).

A mediação foi regulamentada na França no ano de 1995 com o advento da lei francesa 95-125. O Canadá só tomou conhecimento da mediação em 1981, que desde então, passou a fazer parte do próprio Tribunal de Justiça disponibilizado ao público como um serviço gratuito nas questões que envolviam conflitos familiares. Dessa forma, observamos que historicamente são encontrados registros que revelam que havia uma intenção nacional de utilizar os meios alternativos e, entre eles, a mediação para que os litígios existentes pudessem ser resolvidos, mesmo que não houvesse de forma explícita e concretada, normas que regulamentassem a mediação no Brasil.

Durante o período de isolamento social, os questionamentos sobre os acordos formalizados são inúmeros. Perpassam sobre a dificuldade de acesso ao âmbito judicial devido ao fechamento de vários órgãos, assim como, sobre as dúvidas acerca de como será cumprido acordos que foram diretamente prejudicados pela pandemia. A guarda compartilhada, dentre os inúmeros exemplos, poderá passar por ajustes durante o isolamento social a fim de resguardar o menor. De acordo com Angelo (2020) as decisões estão sendo fundamentadas pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), que tem como regra fundamental o princípio do melhor interesse da criança.

Até o momento foram publicizados apenas três casos envolvendo guarda compartilhada. Em um deles, o juiz Eduardo Gesse, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Presidente Prudente (SP), proibiu que um piloto de avião visitasse a filha por 14 dias, prazo recomendado para a quarentena. Segundo o magistrado, “em razão da pandemia decorrente da propagação do coronavírus, é realmente recomendável, por força da profissão exercida pelo requerido”, evitar contato com terceiros. (ANGELO, 2020).

A importância da mediação, sobremaneira à mediação online, é de suma importância para o enfrentamento brando nas demandas de conflitos familiares neste período em que a maior parte da população mundial encontra-se de forma isolada. A mediação foi incluída no Novo Código de Processo Civil (NCPC) de acordo com Prado (2015) e entrou em vigor na data 17 de março de 2016. O novo código civil traz em sua composição atualidades na esfera jurídica incluindo assim, a realização das mediações antecedendo defesas em processos judiciais pela Lei 13.140/15 da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e do novo Código de Processo Civil de 2015.

(...) a adoção da Mediação como meio de resolução de conflitos representa um grande avanço jurídico, uma vez que se refere a um mecanismo que vem crescendo fortemente no Brasil, como uma forma de estimular um acordo prévio a ser realizado entre as Partes. Se a relação culminar com o conflito, o novo procedimento judicial também as indicará, previamente, como forma de solução ao litígio. (PRADO, 2015).

Esta inclusão causou mudanças referentes ao mediador trazendo consigo, a regulamentação deste profissional perante aos Centros de Mediações, Tribunais de Justiça e Centros Judiciários mais específicos para a resolução de conflitos consensuais. Ainda alusivo a Prado (2015), essa prática trouxe o distanciamento na morosidade judicial enfrentada atualmente pelas partes litigiosas.

Alusivo a Pereira (2015), essas e outras menções relatadas anteriormente vão adquirindo algumas habilidades como na mediação a partir da perspectiva de que várias resoluções de conflitos, que contraem formas tradicionais de atuações e delimitadas ao Estado, tem como consequências positivas e negativas mas, que se alinham a um objetivo comum qual seja a garantir da eficácia das normas contidas na CRFB/1988. A existência de uma correlação entre a mediação e a prática da democracia gira em torno da busca de uma melhor solução para as partes envolvidas em um conflito ou demanda.

Vendo através desta linha de pensamento, de acordo com Coutinho (2019), a mediação viabilizando a resolução de conflitos durante o isolamento social por meio de sua prática on-line confere-se em uma ferramenta legítima de autonomia e empoderamento.

O enfoque de ambas seria o fortalecimento dos envolvidos, através da tomada de decisão sobre si mesmos, com o auxílio do diálogo incluindo a participação, cidadania social, acesso à justiça, dignidade humana, pacificação social, direitos fundamentais e inclusão social. Assim, um acordo advém como consequência e não como uma premissa básica. A partir da compreensão sobre a importância e a efetivação da mediação no âmbito constitucional, é importante mencionar que a mediação para o Código de Processo Civil, de acordo com Prado (2015), representa um avanço significativo que está em constante crescimento no Brasil tendo em vista em como se constrói um acordo prévio tendenciando apenas para a solução ao litígio. Desta forma, é uma autocomposição pacífica de resolução de conflito que é intermediada por um terceiro totalmente imparcial. Assim, ainda de acordo com Prado (2015), o CPC implementou inovações direcionadas à regulamentação dos mediadores e Centros de mediações através de insituições aos Tribunais de Justiça afim de criarem centros judiciários específicos.

Dessa forma, importante ressaltar que a Mediação prévia trazida pelo NCPC, busca dirimir conflitos que abordam questões inerentes à esfera cível, sendo possível, de acordo com o texto legal, a realização de mais de uma sessão de mediação, desde que necessária para a composição amigável das partes. (PRADO, 2015).

A mediação, a partir da visão do Direito Civil, pode ser vista como uma forma de efetivação de direito e de garantias fundamentais à população. Como aponta Alves (2017), ter acesso à justiça, de forma menos burocrática, constitui em direito fundamental assim como os demais direitos que são garantidos pela Carta Magna. O objetivo da mediação seria assegurar tais direitos e ampliá-los. Alusivo a Barbosa (2015), muitas mudanças estão reestruturando o Sistema Processual Civil brasileiro já que é de suma importância abrir espaço para o Poder Judiciário à sociedade. A justiça tende a ser menos técnica e mais acessível, assim como enfatizar a garantia de direitos a fim de resguardar a cidadania.

Por fim, dentre as diversas mudanças do Novo Código é relevante mencionar o Projeto de Lei nº 8046/10 que refere-se aos Métodos Concensuais de Resolução de Conflitos. Ainda alusivo a Barbosa (2015), refere-se que o projeto assim como a sua expectativa, consiste na explanação dos motivos tais como:

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deuse ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. (Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/15). (BARBOSA, 2015 *apud* Exposição de Motivos da Lei nº 13.105/15).12).

Para os ideais e os objetivos sejam cumpridos o Novo Código Processual Civil concluiu, ainda de acordo com o autor anterior, que os mediadores e também conciliadores judiciais atuariam também como auxiliares da justiça. Porém, assim como objetiva a própria atuação da mediação, deveria ser regulamentada a forma de atuação e princípios.

deverão observar em suas atribuições: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. Estabeleceu aos Tribunais, ainda, a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos e abriu a possibilidade de os mediadores e os conciliadores serem remunerados por suas atividades. (BARBOSA, 2015).

5 PRÁTICA DA MEDIAÇÃO ONLINE EM PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL: GUARDA COMPARTILHADA

A mediação presencial, assim como na modalidade online, a partir do Novo Código de Processo Civil, ganharam um protagonismo diferente. A mediação é um método autocompositivo de resolução de conflitos eficiente que, um dos resultados, é evitar encaminhamentos para vias judiciais e auxiliar na construção do empoderamento e autonomia. Nesse viés, como foco de abordagem durante esta escrita destina-se a prática da mediação online como ferramenta importante durante o isolamento social para a resolução de conflitos de cunho familiar, como por exemplo, é importante compreender a adequação da prática da mediação durante o isolamento social devido à pandemia do COVID-19. A mediação online foi permitida nos termos da lei através do Novo CPC pelo Art. 334, § 7º e de acordo com Damasceno (2019), através da Lei da Mediação Art. 46 a mediação, é possibilitada a sua prática de forma presencial. Os atendimentos por meios eletrônicos que passou a ser permitido na transação à distância, obviamente, desde a concordância de ambas as partes.

Damasceno (2019) afirma que esta modalidade mostra-se vantajosa e torna a assistência jurídica mais proativa pois, reduz custos e por ser célere se torna ainda mais eficaz quando pensado nas inúmeras demandas que irão surgir diante do isolamento social e consequentemente da paralisação de alguns órgãos judiciais. Como mencionada anteriormente, a mediação iniciou as suas atividades durante o ano de 2015 através da busca por mobilidade para resolução de suas demandas e ainda sobre Damasceno (2019), a mediação online mostra-se capaz de levar além da praticidade e da otimização do judiciário a segurança e sigilo de quem dela necessita. Podemos, desta forma, compreender os resultados positivos que a mediação nesta modalidade está gerando em alguns órgãos judiciais brasileiros neste ano de 2020 em relação à diversas demandas familiares. Segundo o site G1 CE a Defensoria Pública do Estado do Ceará oferece, em meio ao isolamento social, sessões de mediação familiar. Ressaltando assim, as sessões já realizadas em outras cidades com Fortaleza, Eusébio e Sobral.

A proposta do Núcleo de Soluções Extrajudiciais de Conflitos (Nusol) é não paralisar os atendimentos. Por telefone, a equipe do Nusol entra em contato com os assistidos que têm audiências agendadas para explicar e propor o modelo online. Caso seja aceito, é criado um grupo no WhatsApp e o acordo firmado é encaminhado para homologação no Poder Judiciário. Em caso de negativa, os atendimentos presenciais serão realizados ao término do período de isolamento social. (G1 CE, 2020).

A guarda compartilhada costuma, de acordo com Doria (2020), estabelecer um regime de convivência equilibrada entre os genitores e seus filhos e desta forma, em um período normal, acontece um revezamento da convivência com os pais. Devido ao atual cenário vivenciado mundialmente, em relação aos acordos e sentenças dos casos de guarda compartilhada, os mesmos estão passando por adaptações necessárias perante a atual conjuntura social. O regime rígido de isolamento social foi implementado, aqui no Brasil, por diversos governadores e a partir da visibilização destas restrições, incertezas e cautelas de forma primordial com a saúde, os questionamentos acerca de como ficaria o cumprimento do direito de convivência dos pais com os filhos surgiu tanto pelas partes como também por profissionais do âmbito judicial.

O direito das crianças e dos adolescentes a uma convivência familiar adequada é um direito previsto art. 227 da Constituição Federal de 1988. Porém, esta mesma lei sinaliza a importância de, paralelamente, que é dever da família, sociedade e Estado

manter crianças e adolescentes o direito à saúde colocando-os distante de toda e qualquer negligência.

O tema da suspensão compulsória da convivência em razão da COVID-19 aparentemente coloca em conflito dois direitos fundamentais. Por um lado, a criança tem assegurado pela Constituição o direito à convivência familiar, especialmente com seus pais. Por outro, cabe a ambos os pais, ao Estado e à sociedade preservar a saúde das crianças, com absoluta prioridade.” (DORIA, 2020).

É relevante salientar que nenhum direito sobressai o outro, como afirma a autora, e dessa forma é importante que a solução respeite ambos os direitos.

De acordo com o art. 1.853 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Logo, para lidar com essas mudanças de rotina impostas pela pandemia, recomenda-se que os pais definam, consensualmente, um regime de convivência específico para esses tempos de quarentena, sempre pensando no melhor interesse das crianças. (DORIA, 2020).

Compreendendo que a atuação deve ser pautada no compromisso ético e, deve ser visto como comportamento prioritário, a mediação on-line viabiliza a possibilidade de diálogo em torno da nova logística de convivência. A mediação na guarda compartilhada é de extrema relevância para que os sentimentos e vivências sejam compreendidos para além do acordo fixado. Alusivo a Gonçalves (2017), a mediação familiar vai para além de uma técnica simples ela, por sua vez, elenca o diálogo restituindo as partes como protagonistas daquele cenário e de daquela solução.

O termo de acordo da mediação extrajudicial gera efeito processual, ou seja, possibilita a solicitação de homologação daquele acordo consensual. De acordo com Teixeira (2019), ao final de uma mediação extrajudicial, é gerado um termo de acordo ou de não acordo. O acordo gerado é um encontro entre a verdade de ambas as partes e do encontro entre as vontades das partes. Ao final do procedimento é produzido seus efeitos jurídicos em função dessa convergência. Porém, é bastante importante salientar que o acordo é apenas uma consequência e não o objetivo final do procedimento. Muito embora seja visualizado como objetivo pontual a formalização das soluções, o

que de fato tem enfoque é a potencialidade na abertura do diálogo e na reorganização das relações continuadas.

No acordo necessita a qualificação das partes, identificação de seu objeto, a definição das respectivas obrigações, as diretrizes a respeito de onde, como, quando deverão ser cumpridas essas obrigações e as consequências do não cumprimento, bem assim do não cumprimento bem assim o foro ou o modo como será exigido o seu cumprimento, e as assinaturas. (TEIXEIRA, 2019).

Assim, o termo de acordo da mediação, como afirma Teixeira (2-19), é um contrato que produz efeitos entre todos os envolvidos. A lei 13.140/2015 menciona no parágrafo único do art.20 que o termo de acordo tem eficácia de título executivo extrajudicial ou judicial se assim for homologado judicialmente. O Código Civil ressalta que o acordo poderá ser homologado se for construído por um mediador credenciado por um Tribunal. É necessário que o documento seja referendado por alguns desses órgãos: Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia Pública e Centros Judiciários de Soluções de Conflitos. Ainda sobre métodos processuais, é importante salientar a CPC/15, art. 165, resolução 125/2010 CNJ no art. 8º ao 11º.

Através do cuidado técnico a construção da formalização do acordo em meio ao isolamento social reduz o risco de uma possível invalidação futura.

Sendo assim, toda tentativa de anular os acordos futuramente deve ser analisada à luz da boa-fé. Sobre o tema Rodrigo Xavier Leonardo ensina-nos que o comportamento leal, honesto e transparente das partes antes, durante e depois do acordo de vontades (art. 422 do Código Civil) integra a função social do contrato, conforme preconizam inúmeros precedentes dos Tribunais brasileiros. (PELLIZZARI, 2020).

Por fim, a mediação a partir de uma organização de qualidade e prática é uma poderosa ferramenta com viés de melhora da sociedade civil. A partir dela é possível engrandecer diversos seguimentos sociais e que estes ajudem a estruturar uma sociedade mais humana, consensual, coletiva e com acesso a ordem jurídica.

6 CONCLUSÃO

As pesquisas sobre famílias indicam as mudanças nas configurações familiares. Através dessas mudanças, também foram sendo originados os tipos de famílias e é importante salientar o quão necessário foram essas mudanças na compreensão de que cada uma tem o seu lugar no papel social.

Assim, o direito de família foi sendo ampliado e tornou-se uma prática pluralista. Essas formas são estudadas através de um olhar antropológico pois, interferem nos comportamentos, rituais, cultura e na sociedade (dos povos). Através dessas mudanças foram criados instrumentos e locais que possam estar, de uma certa forma, contemplando a evolução desta temática. Assim, é visível que a mediação e sua prática ganharam um protagonismo diferente.

Após os estudos e análises sobre a mediação na sua perspectiva presencial e online em período de isolamento social com ênfase nas demandas familiares, identificou-se a necessidade de maior compreensão acerca das diferentes possibilidades de configurações familiares. De fato o conceito de famílias está em constante mudança. O estudo sobre a família pede um olhar processual, gradativo, lúdico, fluido e possível de ser modificado.

Compreender a guarda compartilhada exige um olhar ampliado, plural, fundamentado em diferentes áreas do conhecimento, quais sejam o Direito, a Psicologia, a Sociologia, a Educação, dentre outros. Situação que assume dimensão mais complexa em tempos de pandemia, de isolamento social, em tempos de incerteza. A construção de diferentes olhares, de posturas não adversariais se faz mais ainda necessária.

As leituras indicam a eficiência da mediação como método autocompositivo de resolução de conflitos, sendo aplicável no contexto da comunicação remota, através da mediação on line, consolidando-se como ferramenta importante durante o isolamento social para a resolução de conflitos de cunho familiar, como por exemplo, a adequação da guarda compartilhada durante o isolamento social devido a pandemia do COVID-19 mas que, necessariamente, após o conhecimento de todas as suas potencialidades e acessibilidades, continuará sendo utilizado após este momento vivenciado. A prática da mediação on line se apresenta como importante estratégia de garantia de acesso à justiça, compreendendo os limites e possibilidades desta prática no contexto de desigualdades sociais do cenário brasileiro. Necessário se faz o exercício da construção de olhares não adversariais em qualquer contexto, mais ainda em tempos de isolamento social.

LOOKS NON ADVERSARIAL IN A PERIOD OF SOCIAL ISOLATION: MEDIATION AND SHARED CUSTODY

ABSTRACT

The scenario of social isolation as a result of the pandemic caused by the coronavirus has made issues related to shared custody even more complex. In this context, family mediation is identified as an important instrument for conflict resolution. The studies by Andrade (2020), Cachapuz (2003), and Coutinho (2019) indicate mediation as a quick, accessible and informal practice that, although new, brings with it vast potential for growth in the context of extrajudicial conflict resolution. The scenario of social isolation as a result of the pandemic caused by COVID 19 revealed an increase in the number of family demands. In this way, understanding that there are possibilities of action in the demand mentioned above during a pandemic period makes us look at it from some singular perspectives that permeate between face-to-face and online mediation. In the study under analysis, our focus is on family conflicts, especially those arising from situations of shared custody. The implementation of family mediation practices made the possibility of consensual and peaceful conflict resolution more accessible. The practice of online mediation presents itself as an important strategy to guarantee access to justice, understanding the limits and possibilities of this practice in the context of social inequalities in the Brazilian scenario. It is necessary to exercise the construction of non-adversarial views in any context, even more so in times of social isolation.

Keywords: Social isolation. Family mediation. Shared custody.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Thiago. **Sem marco legal para guarda dos filhos na epidemia, pais devem priorizar acordos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guarda-compartilhada-tempos-coronavirus>. Acesso em: 15/05/2020.

ALVES, Welinton Fernando. **Mediação de conflitos e a efetivação de direitos e garantias fundamentais.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58574/mediacao-de-conflitos-e-a-efetivacao-de-direitos-e-garantias-fundamentais>. Acesso em: 23/05/2020.

ANDRADE, Renato. **Pandemia e Direito de Família.** Disponível em: <https://domtotal.com/noticia/1440373/2020/04/pandemia-e-direito-da-familia/>. Acesso em: 23/05/2020.

BARBOSA, Oriana; SILVA, Cristiano. **Os Métodos Consensuais de solução de con-**

flito no âmbito do novo código de processo civil brasileiro (Lei nº13.105/15). Disponível em: file:///C:/Users/izaab/Documents/Trabalho%20-%20TGP,%20CIVIL%20E%20CONSTITUCIONAL/copy5_of_artigo.pdf. Acesso em: 15/05/2020.

CACHAPUZ, Rosane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família.** Curitiba: Juruá, 2003.

COUTINHO, Priscila; QUEIROZ, Yuri Augusto. **Mediação e o Estado Democrático: como se relacionam.** **Universidade Sul de Santa Catarina.** 02 a 14, 2019.

DAMASCENO, Luana. **Mediação on-line como que funciona?** Disponível em: <https://www.ebradi.com.br/coluna-ebradi/mediacao-online/>. Acesso em: 24/05/2020.

DORIA, Isabel. **Guarda Compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19>. Acesso em: 24/05/2020.

FERREIRA, Rodrigo. **Os princípios e métodos da Moderna Hermenêutica Constitucional (MHC).** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18341/os-principios-e-metodos-da-moderna-hermeneutica-constitucional-mhc/2>. Acesso em: 23/05/2020.

GONÇALVES, Regina Celia. **Mediação na Guarda Compartilhada.** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/mediacao-na-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 20/05/2020.

G1 CEARÁ. **Defensoria Pública do Ceará realiza audiências de conciliação organizadas pelo WhatsApp.**

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 8º ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1965.

MOORE, Cristopher W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Porto Alegre: Artmed, 1998.

ORTEGA, Flavia. **Quais são as espécies de guarda no Direito Brasileiro?** Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/439791372/quais-sao-as-especies-de-guarda-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 20/05/2020.

PEREIRA, Rafaela Henrique. **Mediação e arbitragem como garantia constitucional.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-16/rafael-pereira-mediacao-arbitragem-garantia-constitucional>. Acesso em: 23/05/2020.

PRADO, Melitha. **A importância da mediação e da conciliação no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: https://www.abf.com.br/a-importancia-da-mediacao-e-da-conciliacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/?gclid=EAIaIQobChMI6_XkxYrD-6QIVw4GRCh2iiwS8EAAAYASAAEgLRAvD_BwE. Acesso em: 24/05/2020.

PELLIZZARI, Allan; LOBO, Arthur. **Os negócios jurídicos constituídos durante a pandemia podem ser invalidados?.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-civil-atual-negocios-juridicos-constituídos-pandemia-podem-invalida>

dos. Acesso em: 24/05/2020.

RODRIGUEZ, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.** Disponível em: <https://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>. Acesso em: 20/05/2020.

RICHE, Flavio Elias. **O método concretista da “Constituição Aberta” de Peter Häberle.** Disponível em: <https://www.oocities.org/flavioriche/Haberle.htm>. Acesso em: 21/05/2020.

ROCHA, Alexandre; COGO, Sandra. Os modelos do constitucionalismo e a efetividade dos direitos fundamentais. **Publica Direito.** 01 a 21, 2001.

ROSA, Percio Thomaz. **A covid-19 e os métodos alternativos de resolução de disputas.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-covid-19-e-os-metodos-alternativos-de-resolucao-de-disputas-11042020>. Acesso em: 24/05/2020.

TEIXEIR, Benigna. **O efeito do termo de acordo da mediação extrajudicial.** Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-efeito-do-termo-de-acordo-da-mediacao-extrajudicial>. Acesso em: 21/05/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Novas decisões de juízes paulistas sobre questões relacionadas ao Coronavírus.**

VIEIRA, Eduardo Lucas. **Modelos Constitucionais.** Disponível em: <http://blogardireito.blogspot.com/2014/03/02-modelos-constitucionais.html>. Acesso em: 23/05/2020.

VIEIRA, Sylvia. **A guarda compartilhada no ordenamento jurídico.** Acesso em: <https://jus.com.br/artigos/58322/a-guarda-compartilhada-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 24/05/2020.

VAL, Eduardo Manuel; SOARES, Alice. Inovando com a mediação: as garantias e princípios do processo constitucional e a proposta do Tribunal Multiportas como modelo de solução de conflitos na América Latina. **Publica Direito.** 01 a 28, 2015.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: A
EXPERIÊNCIA NA 97ª PROMOTORIA
DE JUSTIÇA DE FORTALEZA

*NON CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT
IN PANDEMIC TIMES: THE EXPERIENCE IN THE
97TH FORTALEZA PROSECUTION OFFICE*

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: A EXPERIÊNCIA NA 97ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE FORTALEZA¹

*NON CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN PANDEMIC TIMES:
THE EXPERIENCE IN THE 97th FORTALEZA PROSECUTION OFFICE*

*Marcus Vinícius Amorim de Oliveira²
Rickelly Kelman Pereira de Souza³*

RESUMO

Este trabalho aborda a experiência da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza na aplicação das regras do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP. Expõe as bases normativas do ANPP, como a Resolução CNMP n.º 181/2017, a Lei n.º 13964/19 e o Ato Normativo PGJ n.º 145/2020. Explica o fluxo sistêmico do procedimento interno da Promotoria de Justiça para a reunião destinada a celebração de ANPP. Apresenta dados coletados no SAJMP referentes aos acordos celebrados no ano de 2020.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Promotoria de Justiça. Pandemia de COVID19. Reuniões Remotas.

1 APRESENTAÇÃO DO TEMA: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA NEGOCIADA NUMA PROMOTORIA DE JUSTIÇA

O Acordo de Não Persecução Penal, doravante chamado simplesmente de ANPP, disciplinado no art. 28-A, do CPP, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 13964/19, é o passo mais largo até hoje dado no direito processual penal brasileiro na construção de um modelo de justiça penal negociada⁴. A nosso ver, tem-se aqui uma poderosa fer-

1 Data de Recebimento: 16/02/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Ceará, titular da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Professor na ESMP - Escola Superior do Ministério Público do Ceará. E-mail: marcus.amorim@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7436079094251452>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9252-8707>.

3 Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Ceará, lotada na 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza. Graduada em Direito. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UNI7 - Centro Universitário 7 de Setembro. E-mail: rickelly.kelman@mpce.mp.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5740689083048497>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2082-0279>.

4 Sobre o modelo de justiça penal negociada ou consensual e, em especial, o ANPP, a literatura jurídica brasileira já dispõe

ramenta para que o Ministério Público, sem afastar-se de um princípio de legalidade, porém, temperado pela concessão legal para um alargado juízo de discricionariedade, e que deve estar atrelado a uma política criminal cujos contornos ainda são imprecisos, consiga promover não somente mais celeridade como também, e sobretudo, uma melhor seletividade dos casos criminais que deverão ser submetidos a juízo em sequência à persecução penal.

Neste trabalho, não pretendemos esgotar as variadas repercussões jurídicas da introdução desse instituto no direito processual penal brasileiro. Permanecendo numa perspectiva essencialmente empírica, nosso propósito consiste em expor a experiência que um determinado órgão de execução do Ministério Público do Estado do Ceará – a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza⁵ – teve na aplicação das regras do ANPP ao longo do ano de 2020, com as dificuldades inerentes a um instituto novo e complexo, somatizadas pela ocorrência da pandemia de COVID19 e, por conseguinte, o desafio por ela imposto para que as regras legais pudessem ser cumpridas com o necessário distanciamento social. Seja como for, parece-nos relevante tecer alguns comentários sobre a natureza jurídica do ANPP a fim de introduzir o tema e contextualizar a abordagem daquela experiência.

Para Avena (2020), por ANPP compreende-se o ajuste celebrado, em determinadas condições e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado - acompanhado de defensor, por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará em não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade⁶. Segundo Nucci (2020), trata-se de mais um benefício previsto para autores de crimes menos relevantes, porém, não se confundindo com o *plea bargain* do direito norte-americano, pois este é amplo e irrestrito⁷. Por sua vez, Moraes (2020) salienta que o ANPP ocorre na

de uma significativa produção acadêmica. Nesse sentido, podemos relacionar algumas obras: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**, Curitiba: Juruá, 2016; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**, 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021; CUNHA, Rogério Sanches (coord) *et alli*. **Acordo de Não Persecução Penal**, 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020; OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal**, São Paulo: Almedina, 2015; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro**, São Paulo: IBCCrim, 2015. Para além disso, manuais e compêndios de direito processual penal atualizados podem ser consultados.

5 Esta Promotoria de Justiça atua, junto com a 164ª Promotoria de Justiça de Fortaleza, em matéria judicial perante a 18ª Vara Criminal de Fortaleza, órgão da Justiça Estadual. Por sua vez, esta Vara Criminal tem competência privativa – porém, não é exclusiva – para crimes ambientais, isto é, os crimes ambientais de médio ou maior potencial ofensivo cometidos na capital são de competência apenas da 18ª Vara Criminal, que também conhece dos comuns assim como as demais Varas Criminais. Veremos mais à frente que esse detalhe repercutiu na configuração dos casos criminais levados para ANPP.

6 Cf. AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>. Acesso em: 14 jan.2021.

7 Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989422/>. Acesso em: 14 jan.2021. Com efeito, Albergaria define *plea bargain* como a negociação entre o investigado e o representante da acusação, com ou sem a participação do juiz, cujo objeto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*). Cf. ALBERGARIA, Pedro Soares

fase da investigação criminal, podendo ser proposto na audiência de custódia, no curso da investigação ou após a conclusão do procedimento criminal investigatório, ou seja, deve ser realizado antes do recebimento da denúncia⁸.

Com vistas a sua celebração, a lei elenca os requisitos para que se tenha um ANPP⁹. O primeiro deles é o de que não se trate de hipótese que conduza ao arquivamento, algo que, para nós, acrescentamos, significa que o caso criminal em mãos do membro do Ministério Público deve estar pronto para denúncia, ou seja, se não houver acordo se deve de pronto exercer a ação penal pública. O segundo é o de que a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça¹⁰. O terceiro é a cominação de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, um intervalo que abrange parte significativa da legislação penal. O quarto é ter o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática da infração¹¹, isto é, de um modo tal que tenha concretamente contribuído para a formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público. Finalmente, e aqui está, no nosso pensar, a pedra de toque do

de. **Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Penal Negociada nos E.U.A.**, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 20. Sobretudo, percebemos como distinção fundamental do ANPP em relação ao *plea bargain* do direito norte-americano o fato de que, entre nós, o Ministério Público não pode chamar o investigado para que ele confesse a autoria ou co-autoria do delito: tal confissão deverá ter sido feita nos autos do procedimento investigatório sem qualquer estímulo ou iniciativa do Ministério Público. Sobre o assunto, veja-se também: CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

8 Cf. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo *et alli*. **Pacote Anticrime**. São Paulo: Random House Publishing Services, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270579/>. Acesso em: 14 jan.2021.

9 Nos termos do art. 28-A, *caput*, do CPP. Em complementação, a legislação afasta a possibilidade jurídica do acordo em determinadas situações: se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; quando o agente tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (art. 28-A, §2º, incisos I a IV, CPP).

10 Neste ponto, em face dos crimes culposos de que resultar ofensa à integridade física da vítima, Avena aponta que vários dispositivos, na legislação criminal, restringem sua própria incidência a crimes dolosos, a exemplo do art. 71, parágrafo único (hipótese de continuidade delitiva, quando praticados os crimes com violência ou grave ameaça à pessoa) e do art. 92, II (incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela e curatela como efeito específico da condenação), ambos do Código Penal. No art. 28-A, todavia, segundo ele, não há esta especificação, possibilitando a interpretação de que qualquer infração cometida com violência ou grave ameaça não poderá estar sujeita à celebração do acordo de não persecução penal, independentemente de ser dolosa ou culposa a conduta, tornando-se importante perceber que também os crimes culposos podem ser considerados como de resultado violento na hipótese de provocarem ofensa à integridade física do ofendido. Assim, para o autor, a despeito da omissão legislativa quanto a limitar o alcance da vedação do art. 28-A, *caput* a crimes dolosos, os termos genéricos utilizados por esse dispositivo não inserem na proibição os crimes culposos. Enfim, não há impedimento ao acordo nessa ordem de delitos, isto porque a vedação existente em relação aos crimes com violência e grave ameaça decorre da presunção de maior distúrbio de personalidade do agente e de sua consequente periculosidade social, sendo insuficiente, em tais casos, para efeitos de prevenção e repressão, a formalização do ajuste. O mesmo, contudo, não ocorre nos crimes culposos, nas quais o resultado da infração, conquanto previsível, não decorre de ato direcionado do agente à sua produção, mas sim de sua imprudência, negligência ou imperícia. Cf. AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530991708. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>. Acesso em: 14 jan.2021.

11 A propósito, Nucci (2020) compreende que este requisito representa a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada, porém, reputa como inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente.

ANPP, o acordo deve se apresentar como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime¹².

O conteúdo do acordo haverá de compreender uma ou mais das seguintes obrigações a serem assumidas pelo investigado¹³. A primeira é a de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo¹⁴. A segunda vem a ser a renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime¹⁵. A terceira consiste em prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal. A quarta é o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Finalmente, e eis aqui um tópico bastante aberto, o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada¹⁶.

Uma vez presentes as condicionantes para um ANPP, o membro do Ministério Público dará início a um procedimento interno que poderá resultar em celebração do ajuste, apresentação de uma proposta de acordo seguida de recusa ou inviabilidade de acordo em função da ausência do investigado. Essa procedimentalização será esmiuçada nos tópicos seguintes. Por ora, importa frisar que a *vacatio legis* foi ridiculamente curta¹⁷, exigindo dos Ministérios Públicos todos uma agilidade extremamente penosa, uma vez que não houve tempo hábil para capacitar os membros e servidores da instituição, isto é, os operadores do instituto tiveram que aprender a pedalar uma bicicleta já em movimento. Logo, os fluxos de procedimentalização do ANPP foram sendo construídos ao longo da jornada.

12 Na avaliação desse requisito, a melhor doutrina tem se orientado, por analogia, nos termos do art. 59, do CP.

13 Consoante disposto no art. 28-A, incisos I a V, do CPP.

14 Para Nucci (2020), trata-se de um discurso pronto e preparado para constar em quase todas as leis penais e processuais penais, especialmente as que se voltam a conceder benefícios aos agentes criminosos. Ele pondera que, no Brasil, no entanto, considerando a criminalidade de baixo poder aquisitivo, pode-se assegurar que quase nunca ocorre a indenização. Segundo ele, poderá ser útil para a criminalidade de alto poder aquisitivo.

15 Nucci (2020) ressalva que, como quem indica quais são os bens e direitos a serem renunciados é o Ministério Público, pode ser que não haja acordo. Portanto, antes de estabelecer qualquer confissão expressa e por escrito, é preciso, segundo ele, que o Ministério Público aponte quais são os bens e direitos a serem perdidos. Não compensando ao agente, Nucci entende que é melhor não confessar e não realizar o acordo de não persecução penal.

16 Nucci (2020) vê com maus olhos este inciso. Para ele, nunca deu certo uma condição aberta para se fixar qualquer coisa, a exemplo das condições do *sursis* da pena previstas no art. 79, do CP. Ele afirma que, em três décadas de magistratura, jamais viu uma condição advinda da mente do juiz que fosse razoável e aceita pelo Tribunal. Portanto, dentro do princípio da legalidade, ele diz esperar que o membro do Ministério Público não cometa os mesmos erros que os juizes já realizaram por conta do art. 79, do CP.

17 De apenas 30 dias, nos termos do art. 20, da Lei n.º 13964/19, tendo entrado em vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

2 BASES NORMATIVAS: DA RESOLUÇÃO CNMP N.º 181/2017 PARA A LEI N.º 13964/2019 E O ATO NORMATIVO PGJ N.º 145/2020

A Resolução n.º 181/2017 do CNMP disciplina a investigação criminal direta do Ministério Público. Ao surgir em substituição à anterior, de n.º 13/2006, trouxe consigo um dispositivo, o art. 18, que apresentava aos membros da instituição e à comunidade jurídica em geral um instituto novo: o ANPP. Vale frisar que muitas normas desse dispositivo, repleto de incisos e parágrafos, foram incorporadas no projeto que resultou na Lei n.º 13964/2019. De qualquer modo, é importante deixar claro que a introdução do ANPP por meio de uma Resolução era evidentemente problemática porque inovava no processo penal. A nosso ver, isso somente poderia ser feito através de lei ordinária ou, preferencialmente, como acabou findando sê-lo, no bojo do CPP. Por isso, a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza não aplicava o instituto. Assim, não temos elementos para comparativo de dados em relação a anos anteriores a 2020.

A Lei n.º 13964/2019, quase repetindo o que já se tinha na Resolução n.º 183/2018, que modificou, dentre outros, o citado art. 18, deixou muitas lacunas quanto ao fluxo sistêmico na aplicação do instituto. Não houve sequer uma preocupação para determinar que leis posteriores, o CNMP ou outras instâncias administrativas do Ministério Público viessem detalhar a tramitação de um acordo no âmbito da instituição e também em sede judicial.

Nesse cenário nebuloso, em janeiro de 2020, à vista de uma lei que nesta parte era plenamente eficaz¹⁸, o MPCE se viu na contingência de dar início à aplicação do ANPP¹⁹. Num primeiro momento, com base em esboço feito por um grupo de trabalho, na modalidade presencial. Todavia, pouco tempo depois, premido pelas circunstâncias que se apresentaram na pandemia de COVID-19, tornou-se necessário promover uma adaptação do fluxo para o formato remoto. Desse modo, a 97ª Promotoria de Justiça da capital atuou como unidade-piloto com vistas à experimentação do fluxo. Finalmente, os Atos Normativos PGJ n.º 115/20 e, sobretudo, n.º 145/20 surgiram em junho e dezembro daquele ano, respectivamente, como uma tentativa de suprir as lacunas legais e regulamentares e adaptar o fluxo para priorizar o formato virtual. Este último estabeleceu também uma etapa posterior à homologação do acordo no âmbito da execu-

18 Foram ajuizadas em face da Lei n.º 13964/19as ADI 6298, 6299 e 6300. Poucos dias depois, o Ministro do STF Luiz Fux revogou a decisão liminar do Presidente da Corte, Ministro Dias Toffoli, e apreciando os pedidos cautelares numa quarta – a de número 6305, impetrada pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, suspendeu não apenas os dispositivos referentes ao juiz das garantias, como também aqueles sobre o arquivamento de inquérito policial, o impedimento do art. 157, §5º, do CPP e o relaxamento automático da prisão quando não realizada a audiência de custódia em 24 horas. E mais: ao invés de 180 dias, a suspensão passou a ser *sine die*, sujeita a confirmação pelo Plenário da Corte.

19 Nesse sentido, o Procurador-Geral de Justiça expediu a Recomendação n.º 1/2020, datada de 24 de janeiro de 2020.

ção penal. Neste trabalho, pretendemos nos circunscrever ao ANPP em três momentos: preparativos para a realização de reunião com o investigado; tratativas e celebração do acordo; e encaminhamento dos autos para homologação judicial do acordo. Não abordaremos a fase de execução.

3 O FORMATO DE REUNIÕES REMOTAS E A ADAPTAÇÃO À PANDEMIA DE COVID-19

Poucos dias após a vigência da norma que trouxe o ANPP, a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza procedeu a realização do primeiro acordo desta capital, sob a égide da legislação processual, através de reunião presencial na sede das Promotorias de Justiça Criminais. Até então, para a formalização desse instrumento negocial, a presença *in loco* do investigado era imprescindível e, por isso, o instituto teve seu fluxo posto em xeque com a superveniência da pandemia de COVID-19, que comprometeu o atendimento presencial. Foi nesse contexto que surgiu, no âmbito do Ministério Público Estadual, o Projeto “ANPP 100% Virtual”, que teve a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza encabeçando o piloto. Com ele, a ideia de uma formalização integralmente remota e de um fluxo em substituição às tradicionais reuniões presenciais no âmbito dos procedimentos extrajudiciais do Ministério Público. Naquele momento, inegavelmente, o projeto prometia uma imediata solução com vistas à aplicação das regras do ANPP, bem como propiciava uma economia de tempo e recursos para o sistema de justiça criminal para além do contexto da pandemia.

Nessa linha, as novas ferramentas para a formalização do ANPP, de forma inovadora e objetiva, reclamavam tão somente o uso de equipamento com acesso à *internet*, contato telefônico e o manuseio de aplicativos digitais, como os de mensagem. Então, a 97ª Promotoria de Justiça analisou todos os casos - basicamente, em inquéritos policiais - que preenchiam os requisitos legais para o ANPP e iniciou o novo fluxo inteiramente virtual, em meados de maio de 2020. Com efeito, após o período de testes, com seis acordos firmados com sucesso²⁰, sobreveio a normatização das audiências extrajudiciais virtuais no âmbito do Ministério Público através do Ato Normativo n.º 115/2020 da PGJ²¹, incluindo o fluxo integralmente virtual para o ANPP.

20 Os seis acordos seguiram o fluxo integralmente virtual - ainda em adaptação à época - e foram realizados nas seguintes datas: dois em 2 de junho de 2020; e quatro em 17 de junho de 2020.

21 O Ato Normativo PGJ n.º 115/2020 institui o formato de “audiência virtual” para realização de atos finalísticos na atuação extrajudicial dos membros do Ministério Público do Estado do Ceará. Depois disso, o MPCE disponibilizou um manual de apoio, elaborado pelo CAOCRIM, visando esclarecer desde a ambientação até o passo a passo para a realização de reuniões remotas, conforme estabelecido no respectivo ato normativo. Esse material contém todos os modelos utilizados pela 97ª Promotoria de Justiça em seu período piloto na formalização do ANPP seguindo o fluxo 100% virtual. Disponível em <http://intranet.mpce.mp.br/manuais/audiencias/Manual.para.Realizacao.de.Audiencias.Virtuais.pdf>. Acesso

A proceduralização do fluxo adota as diretrizes do Ato Normativo PGJ n.º 145/2020²² e é feita, em síntese, em três etapas: a preparação da reunião, a realização da reunião e a finalização do procedimento.

Os atos preparatórios revelam a possibilidade de um ANPP virtual. Assim, uma vez diante de um investigativo com possibilidade de acordo, o primeiro passo é elaborar um despacho de encaminhamento do caso para tratativas de ANPP, determinando que a assessoria jurídica entre em contato telefônico com o investigado, com vistas a viabilizar a possibilidade de uma reunião remota. Cabe aqui uma atenção especial. É que, estando a cargo do Ministério Público, todas as orientações pertinentes ao ANPP devem ser explanadas ao investigado nesse primeiro contato telefônico, especialmente sobre a realização de uma reunião *online* - ainda hoje uma novidade para muitos. Nada mais salutar que se tenha um diálogo para ajustar as formas de acesso à plataforma virtual, que são por *e-mail* ou *WhatsApp*, bem como sobre eventual impossibilidade de constituir advogado e, assim, a necessidade de intervenção da Defensoria Pública, com quem convém estabelecer uma parceria para agendamento de datas específicas a fim de conciliá-las com a disponibilidade do Defensor Público. Uma vez colhidas as informações necessárias, a assessoria jurídica deve certificar nos autos todos os dados de contato eletrônico do investigado e se ele conta com assistência de advogado ou se necessitará dos préstimos da Defensoria Pública e, em seguida, devolvê-los ao membro para o agendamento da reunião virtual.

No passo seguinte, o Promotor de Justiça deve emitir um despacho com data e hora para a reunião, bem como a notificação do investigado e sua defesa técnica, determinando que a assessoria jurídica providencie todos os expedientes necessários para tanto. Feito isso, a assessoria deve agendar a reunião no calendário do sistema SAJMP - para fins de controle interno da Promotoria -, e criar o evento na plataforma digital *Microsoft Teams*, utilizada no âmbito da Instituição para as reuniões virtuais²³. Em sequência, deve-se enviar notificação para o investigado, via *e-mail* ou *WhatsApp*²⁴, já contendo o *link* de acesso à reunião e, importa registrar, o cumprimento desses expedientes tem de ser certificado nos autos²⁵.

em: 10 fev.2021.

22 O Ato Normativo PGJ n.º 145/2020 veio regulamentar, provisoriamente, o trâmite do acordo de não persecução penal no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará.

23 As audiências virtuais serão realizadas através da ferramenta *Microsoft Teams* já disponível no âmbito da Instituição (Art. 1º, §2º, Ato Normativo PGJ n.º 115/2020).

24 As notificações direcionadas às partes e aos seus representantes envolvidos na audiência deverão ser efetivadas por meio eletrônico, seja por *e-mail* institucional, por aplicativo de mensagens e/ou por contato via telefone (Art. 3º, inciso II, Ato Normativo PGJ n.º 145/2020).

25 As comunicações realizadas por telefone e aplicativo de mensagens direcionadas aos envolvidos na audiência deverão ser certificadas pelo servidor ministerial no procedimento, o qual também fará a juntada aos autos virtuais dos e-mails emitidos e recebidos (Art. 3º, inciso III, Ato Normativo PGJ n.º 145/2020).

Superada a fase de preparação, passa-se à realização do ato. No dia agendado, os envolvidos deverão acessar a plataforma *Microsoft Teams* pelo *link* que lhes tiver sido enviado pela assessoria jurídica e a condução da reunião deve observar as regras aplicáveis²⁶. Assim, estando todos presentes, a reunião deverá ser gravada²⁷, e nela o membro apresentará o Termo de Acordo de Não Persecução Penal para o investigado e seu defensor. Entendemos ser este o momento crucial de negociação entre as partes, cabendo, por isso, seguidas contrapropostas.

Uma vez estabelecidas as condições do acordo com a plena ciência dos envolvidos, a gravação da reunião remota poderá ser encerrada e a mídia audiovisual será armazenada em nuvem, numa conta da Promotoria de Justiça na plataforma digital *Sharepoint*, com o fornecimento de um *link* de acesso ao vídeo devidamente disponibilizado nos autos em certidão emitida pela assessoria jurídica²⁸. Este *link* também será informado na petição de homologação judicial do ANPP.

Compreendido o fluxo integralmente virtual para a formalização do acordo com o Ministério Público, há de se considerar algumas possíveis intercorrências, sobretudo quando se tratar de reunião remota, tais como o não comparecimento do investigado ou a indisponibilidade de conexão à *internet* para acesso à reunião. Isto resulta no adiamento da reunião *online* ou, ainda, em último caso, na transmutação do fluxo para o formato presencial.

Para finalizar a formalização do ANPP, o membro deve elaborar o Pedido de Homologação do Acordo e peticionar nos autos, via SAJMP, junto com todos os documentos correspondentes, e o Juízo da causa, enquanto não houver juízo das garantias, realizará a audiência para sua homologação, mediante análise das condições do acordo, seguida da devolução dos autos ao membro para a devida execução das obrigações assumidas pelo investigado²⁹.

26 A audiência de negociação do acordo será realizada preferencialmente por meio eletrônico, seguindo os ditames do Manual do ANPP Virtual elaborado pelo CAOCRIM, e aplicando-se de forma subsidiária as disposições do Ato Normativo nº 115/2020, que disciplina o formato de “audiência virtual” para realização de atos finalísticos na atuação extrajudicial (Art. 6º, Ato Normativo PGJ n.º 145/2020).

27 Os termos do ANPP, sempre que possível, deverão ser registrados em mídia audiovisual, colhendo-se a manifestação de consentimento do investigado a cada condição ajustada (Art. 8º, §1º, Ato Normativo PGJ n.º 145/2020).

28 Nas hipóteses de gravação da audiência virtual, o *link* onde poderá ser encontrado o respectivo vídeo deverá ser obrigatoriamente disponibilizado no SAJ-MP, seja no próprio termo, seja em certidão emitida pelo servidor do órgão de execução (Art. 3º, inciso VI, Ato Normativo PGJ n.º 115/2020).

29 O Ato Normativo PGJ n.º 145/2020 disciplina essa matéria da seguinte forma: “Art. 12. Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal e recebidos os autos do juízo, o membro do Ministério Público que formulou a proposta promoverá sua execução perante o juízo competente, instruindo o pedido com a petição inicial, a cópia do termo de acordo e a decisão de homologação. §1º. O membro do Ministério Público que formulou o acordo, quando não possuir atribuição para promover a sua execução, remeterá cópia do termo de acordo e da decisão de homologação em arquivo digital para o órgão de execução com atribuição para a matéria ou para a Secretaria-Executiva respectiva, quando houver mais uma promotoria de justiça com atribuição para execução. §2º. A remessa a que se refere o parágrafo anterior será realizada exclusivamente por meio do Sistema de Automação do Ministério Público - SAJMP, por meio de protocolo, a fim de que o pedido de execução do acordo seja cadastrado no Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). §3º.

4 ACORDOS CELEBRADOS: UMA ANÁLISE DE DADOS

Na extração de dados do SAJ-MP, observa-se que, no ano de 2020, a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza realizou um total de 21 reuniões de ANPP entre março e outubro de 2020, das quais 17 seguiram o fluxo integralmente virtual e, como exceção, apenas 4 obedeceram o modo presencial. Desse total, uma reunião não resultou em acordo porque o investigado não compareceu e depois não mais foi localizado, e por outro lado, em procedimento integrando dois investigados, uma única reunião abrangeu dois acordos. Com efeito, foram firmados 21 acordos. O quadro a seguir traz detalhes dos casos levados à reunião (Quadro 1):

Quadro 1 – Quadro Geral de ANPP

Número do Processo	Natureza do Crime	Defesa	Início dos atos preparatórios	Data da Reunião de ANPP	Data de Audiência de Homologação Judicial
0208025-75.2020.8.06.0001	Embriaguez ao volante (art. 306, CTB)	Advogado	19 de fevereiro de 2020	3 de março de 2020 (presencial)	3 de junho de 2020
3000268-60.2020.8.06.0001	Receptação qualificada (art. 180, §1º, CP)	Defensoria Pública	27 de maio de 2020	2 de junho de 2020	16 de junho de 2020
0224222-08.2020.8.06.0001	Posse irregular de arma de fogo (art. 12, Lei n.º 10826/03)	Advogado	27 de maio de 2020	2 de junho de 2020	18 de junho de 2020
0048581-74.2018.8.06.0001	Substância tóxica (art. 56, caput, Lei n.º 9605/98)	Defensoria Pública	27 de maio de 2020	17 de junho de 2020	21 de outubro de 2020
0230911-68.2020.8.06.0001	Furto qualificado (art. 155, §4º, incisos II e IV, CP)	Advogado	13 de junho de 2020	17 de junho de 2020	21 de outubro de 2020
0230911-68.2020.8.06.0001	Furto qualificado (art. 155, §4º, incisos II e IV, CP)	Advogado	13 de junho de 2020	17 de junho de 2020	21 de outubro de 2020
3001105-78.2017.8.06.0015	Poluição ambiental (art. 54, caput, Lei n.º 9605/98)	Defensoria Pública	8 de junho de 2020	17 de junho de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0034753-16.2015.8.06.0001	Embriaguez ao volante (art. 306, CTB)	Advogado	31 de julho de 2020	24 de agosto de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0118242-77.2017.8.06.0001	Disparo de arma de fogo (art. 15, Lei n.º 10826/03)	Advogado	27 de julho de 2020	26 de agosto de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0208030-97.2020.8.06.0001	Crime contra a fauna (art. 29, §1º, inciso III, Lei n.º 9605/98) e desacato (art. 331, CP)	Defensoria Pública	27 de julho de 2020	26 de agosto de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0226758-89.2020.8.06.0001	Receptação qualificada (art. 180, §1º, CP)	Defensoria Pública	27 de maio de 2020	26 de agosto de 2020	Pendente (aguardando audiência)

0188483-08.2019.8.06.0001	Porte ilegal de arma de fogo (art. 14, Lei n.º10826/03)	Advogado	23 de julho de 2020	9 de setembro de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0157576-84.2018.8.06.0001	Furto qualificado (art. 155, §4º, incisos II e IV, CP)	Advogado	10 de agosto de 2020	14 de setembro de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0246956-50.2020.8.06.0001	Embriaguez ao volante (art. 306, CTB)	Advogado	28 de agosto de 2020	14 de setembro de 2020	22 de outubro de 2020
0203338-55.2020.8.06.0001	Substância tóxica (art. 56, caput, Lei n.º 9605/98).	Advogado	28 de agosto de 2020	14 de setembro de 2020	3 de dezembro de 2020
0202675-09.2020.8.06.0001	Abandono de incapaz (art.133, caput, CP)	Defensoria Pública	27 de julho de 2020	15 de setembro de 2020 (presencial)	Pendente (aguardando audiência)
0233256-07.2020.8.06.0001	Receptação simples (art.180, caput, CP)	Defensoria Pública	24 de julho de 2020	15 de setembro de 2020 (presencial - investigado faltou e não foi mais localizado)	-
0238636-11.2020.8.06.0001	Receptação qualificada (art. 180, §1º, CP)	Defensoria Pública	4 de agosto de 2020	23 de setembro de 2020	9 de dezembro de 2020
0116805-64.2018.8.06.0001	Furto simples (art.155, caput, CP)	Defensoria Pública	31 de julho de 2020	23 de setembro de 2020	9 de dezembro de 2020
0244714-21.2020.8.06.0001	Embriaguez ao volante (art. 306, CTB)	Defensoria Pública	19 de agosto de 2020	23 de setembro de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0245597-65.2020.8.06.0001	Porte ilegal de arma de fogo (art. 14, Lei n.º10826/03)	Advogado	28 de agosto de 2020	28 de setembro de 2020	Pendente (aguardando audiência)
0103623-74.2019.8.06.0001	Posse irregular de arma de fogo (art. 12, Lei n.º 10826/03)	Defensoria Pública	28 de agosto de 2020	13 de outubro de 2020 (presencial)	Pendente (aguardando audiência)

Fonte: elaboração própria.

Em relação ao quantitativo de homologação dos acordos firmados, vê-se o seguinte (Quadro 2):

Quadro 2 – Homologação de ANPP

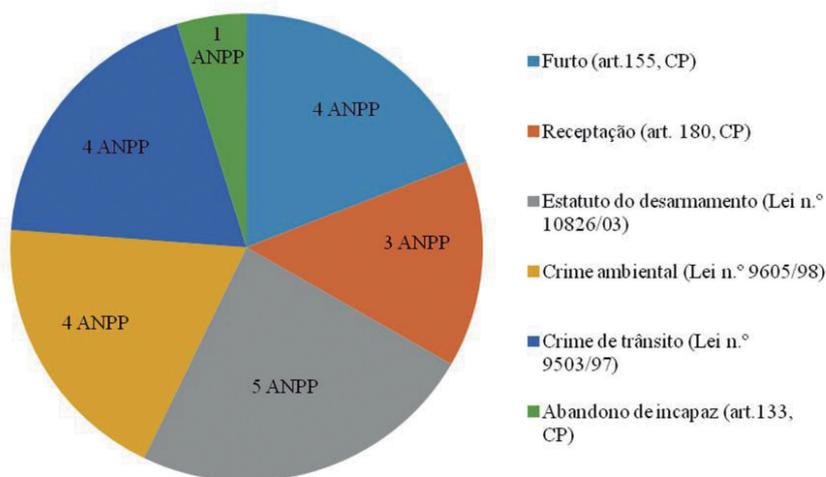


Fonte: elaboração própria.

Até o dia 10 de fevereiro de 2021, data de fechamento deste artigo, apenas 10 acordos haviam sido homologados. Não houve rejeição a celebração do acordo durante as reuniões como também não houve acordo cuja homologação tenha sido recusada pelo Juízo da causa. Em geral, um dado que nos parece preocupante é o de que a audiência de homologação tem demandado mais tempo do que aquele despendido para a celebração do acordo. Não nos parece cabível apontar a razão dessa demora. Por vezes, isso parece ocorrer em função do congestionamento da pauta de audiências da Vara; em outras, simplesmente pela delonga no cumprimento de expedientes de praxe. Seja como for, torna-se desafiador exigir a devida celeridade na tramitação judicial do ANPP, com vistas à preservação da efetividade do instituto. Ainda não dispomos de dados acerca da fase judicial de execução.

Quanto à natureza dos crimes que se constituíram em objeto de acordo firmado, verifica-se o seguinte (Quadro 3):

Quadro 3 – Natureza dos Crimes Objetos de ANPP



Fonte: elaboração própria.

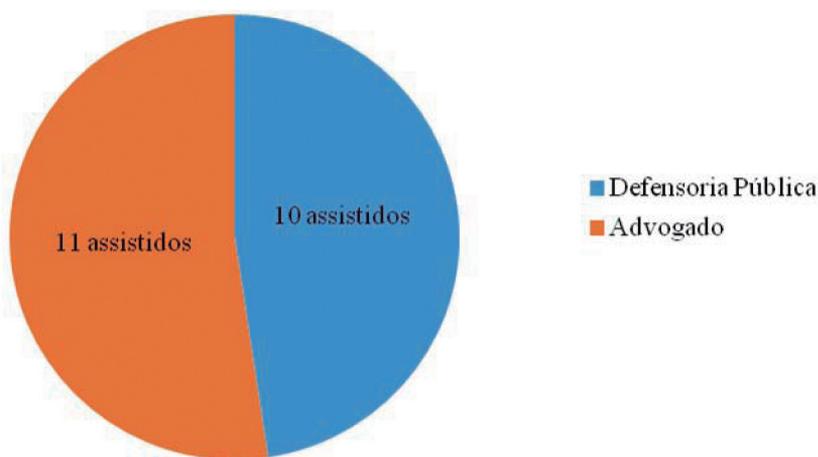
Apesar do pequeno quantitativo, percebe-se uma variedade significativa de tipos penais - porte, posse ou disparo de arma de fogo (5), embriaguez ao volante (4), receptação simples ou qualificada (3), furto simples ou qualificado (4), abandono de incapaz (1). Vale destacar os casos que envolvem crimes ambientais (4), por força da competência privativa da 18ª Vara Criminal da capital para causas dessa natureza³⁰. Observamos

³⁰ Nos termos do art. 58, §3º, da Lei Estadual n.º 16397/17, que dispõe sobre a organização judiciária do Estado do Ceará:

que a maior parte desses casos decorria de prisões em flagrante delito, destacando-se aqui os crimes patrimoniais, com imediata recuperação do bem, e crimes vagos, o que atenuava eventuais dificuldades quanto à obrigação de reparação do dano à vítima.

No que diz respeito à classe do profissional que oferecia assistência ao investigado nos acordos firmados, tem-se o seguinte (Quadro 4):

Quadro 4 – Classe do Profissional Envolvido no ANPP



Fonte: elaboração própria.

Em metade dos casos houve participação de advogados acompanhando os investigados, o que parece indicar uma compreensão do instituto como um novo nicho de atuação da advocacia, fora da perspectiva de litigância. A outra metade foi assistida pelo Defensor Público atuante na 18ª Vara Criminal de Fortaleza. Nenhuma reunião foi realizada na ausência de advogado ou Defensor Público. Pudemos observar que, nos casos com assistência de advogado, em poucos deles o profissional acompanhou o inquérito policial, isto é, sua intervenção ocorreu quando o inquérito policial já estava em mãos do Ministério Público, durante a fase preparatória para a reunião de ANPP. Quanto à

“Art. 58. Compete aos Juízes de Direito das Varas Criminais exercer, por distribuição, as atribuições definidas nas leis processuais penais, não privativas de outros juízos. §1º. Ao Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal compete, com exclusividade, processar e julgar os crimes praticados contra a criança e adolescente, ressalvada a competência das Varas do Júri e dos Juizados Especiais Criminais. §2º. Ao Juiz de Direito da 17ª Vara Criminal compete exercer, em caráter privativo e exclusivo no âmbito da jurisdição da Comarca de Fortaleza, as atribuições relativas à realização das audiências de custódia, devendo ser a ele apresentadas, sem demora, todas as pessoas presas em flagrante delito, observado o regulamento próprio a ser editado pelo Tribunal de Justiça e ressalvada a competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. §3º. Ao Juiz de Direito da 18ª Vara Criminal compete, privativamente, processar e julgar, com jurisdição na Comarca de Fortaleza, as ações penais pela prática de crimes ambientais, definidos em legislação federal”.

Defensoria Pública, como é cediço, a instituição não costuma intervir no procedimento investigatório, a não ser em pedidos relacionados à prisão provisória ou outras medidas cautelares. Sua participação decorreu da manifestação do investigado, ao ser notificado sobre a reunião de ANPP, de que necessitaria de assistência da Defensoria Pública.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A experiência da 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza com o ANPP tem sido bem-sucedida. Todavia, o ANPP não pode ser visto como mera ferramenta para desafogar as Varas judiciais. É muito mais do que isso: trata-se de um instrumento de política criminal deitado em mãos do Ministério Público pelo legislador. Por isso, acreditamos que cabe à instituição zelar por sua efetividade e, neste primeiro momento de assentamento de uma exegese de seus dispositivos legais, evitar sua desnaturação. ANPP, afinal, não é *plea bargain*. Além disso, a quantidade e a natureza dos casos criminais submetidos a tratativas para o ANPP parecem de algum modo resultado da seletividade desses casos na seara policial, algo sobre o qual o Ministério Público, no regime atual, não tem adequada ingerência. Em outras palavras, a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza realizou acordos sobre aquilo que lhe foi apresentado, não exatamente sobre aquilo que ela demandou em termos de investigação.

Cumpre registrar que a 97ª Promotoria de Justiça de Fortaleza lida especialmente com crimes ambientais e isso exige algumas adaptações na configuração do acordo. Por exemplo, quando o crime é do tipo material, torna-se imprescindível a prévia realização de exame pericial para uma melhor avaliação da dimensão do dano ambiental, o que pode retardar a entrada do caso no fluxo para ANPP.

Em suma, as reuniões *online* foram rápidas, executadas com objetividade, um tanto facilitada pela disponibilidade na rede do Ministério Público do Estado do Ceará de um pacote de aplicativos digitais e pelas orientações prévias ao investigado para evitar problemas de conexão, porém, longe de serem apressadas, durando, em média, algo em torno de 20 minutos.

Sentimos, com isso, que o formato de reuniões virtuais não trouxe prejuízo à eficácia da aplicação do instituto. Com o uso de aplicativos digitais adequados e uma boa conexão à *internet*, é possível conferir uma adequada fluidez às reuniões. Não só isso é pertinente e necessário em tempos de pandemia como pode representar um padrão a ser seguido daqui em diante, com economia de recursos públicos e celeridade.

NON CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT IN PANDEMIC TIMES: THE EXPERIENCE IN THE 97th FORTALEZA PROSECUTION OFFICE

ABSTRACT

This work addresses the experience of the 97th Prosecutor's Office of Fortaleza in the application of the rules of the Penal Non-Persecution Agreement – ANPP. It exposes ANPP's normative bases, such as CNMP Resolution No. 181/2017, Law No. 13964/19 and PGJ Normative Act No. 145/2020. It explains the systemic flow of the internal procedure of the Public Prosecutor's Office for the meeting for the celebration of ANPP. It presents data collected in the SAJMP referring to the agreements celebrated in the year 2020.

Keywords: Non-Persecution Agreement. Prosecutor of Justice. COVID19 pandemic. Remote Meetings.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining: Aproximação à Justiça Penal Negociada nos E.U.A.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991708/>. Acesso em: 14.jan.2021.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n.º 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 fev.2021.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 10 fev.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luiz Fux. **Decisão cautelar contemplando as ADI 6298, 6299, 6300 e 6305**, ajuizadas em face de dispositivos da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os quais alteraram dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal, no bojo do que se denominou “Pacote Anticrime”. 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso 10 fev.2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal.** 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2021.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos.** Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

CEARÁ. Ministério Público. **Manual de Realização de Audiências Virtuais.** 2020. Disponível em: <http://intranet.mpce.mp.br/manuais/audiencias/Manual.para.Realizacao.de.Audiencias.Virtuais.pdf>. Acesso em 10 fev.2021.

CEARÁ. Procuradoria Geral de Justiça. **Ato Normativo n.º 114/2020, de 29 de junho de 2020.** Estabelece o início do plano de retorno gradual às atividades presenciais no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em <http://intranet.mpce.mp.br/provimentosv2/2020/AtoNormativo114-2020-dispoe.sobre.o.plano.de.retorno.das.atividades.presenciais.do.MPCE.pdf>. Acesso 10 fev.2021.

CEARÁ. Procuradoria Geral de Justiça. **Ato Normativo n.º 115/2020, de 29 de junho de 2020.** Institui o formato de “audiência virtual” para realização de atos finalísticos na atuação extrajudicial dos membros do Ministério Público. Disponível em: <http://intranet.mpce.mp.br/provimentosv2/2020/AtoNormativo115-2020-regulamenta.as.audiencias.virtuais.no.MPCE.pdf>. Acesso em 10 fev.2021.

CEARÁ. Procuradoria Geral de Justiça. **Ato Normativo n.º 145/2020, de 7 de dezembro de 2020.** Regulamenta, provisoriamente, o trâmite do acordo de não persecução penal no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/12/Ato-Normativo-n%C2%BA-145-2020-Regulamenta-o-tr%C3%A2mite-provis%C3%B3rio-do-ANPP.pdf>. Acesso em 10 fev.2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Lei n.º 16.397, de 14 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a organização judiciária do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/lei-16-397-2017.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. **Portaria Conjunta nº 1658-2020-CGJ/TJCE, de 4 de dezembro de 2020.** Regulamenta o trâmite do acordo de não persecução penal de que

trata o art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal - CPP, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Ceará. Disponível em: <https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/12/Portaria-Conjunta-n-1658-2020-PRES-CGJCE.pdf>. Acesso em 10 fev.2021.

CUNHA, Rogério Sanches (coord) *et alli*. **Acordo de Não Persecução Penal**. 3ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530989422. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989422/>. Acesso em: 14 jan.2021.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma Alternativa para a Crise do Sistema Criminal**. São Paulo: Almedina, 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo *et alli*. **Pacote Anticrime**. São Paulo: Random House Publishing Services, 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: Análise das Tendências de Expansão dos Espaços de Consenso no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2015.

ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS E
FILOSÓFICOS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO QUANTO AO CONTROLE SOCIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS EXERCIDO PELOS
CONSELHOS SOCIAIS

*EPISTEMOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL ASPECTS OF
PUBLIC PROSECUTORS' INTERVENTION REGARDING THE
SOCIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES CONDUCTED BY
SOCIAL COUNCILS*

ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS E FILOSÓFICOS DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANTO AO CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EXERCIDO PELOS CONSELHOS SOCIAIS¹

*EPISTEMOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL ASPECTS OF PUBLIC
PROSECUTORS' INTERVENTION REGARDING THE SOCIAL CONTROL OF
PUBLIC POLICIES CONDUCTED BY SOCIAL COUNCILS*

Helga Barreto Tavares²

RESUMO

O presente trabalho busca construir embasamento epistemológico e filosófico para a atuação do Ministério Público quanto ao controle social de políticas públicas exercido pelos Conselhos de Direito, em várias esferas federativas. Para tanto, inicialmente, problematiza-se a legitimidade do Direito. Depois, apresenta-se a possível solução do aprofundamento democrático por meio da participação popular, para a qual os Conselhos, experiência democrática quase única brasileira, possuem enorme potência. Ademais, busca-se ainda na epistemologia dialética e seu foco na relação sujeito-objeto quando da elaboração do conhecimento, o suporte crítico necessário para promover o diálogo entre os autores trabalhados. Em último tópico, abordou-se o quão a atuação do Ministério Público, por meio de instrumentos extrajudiciais e autocompositivos preferencialmente, na melhor esteira do que apregoam atualmente os órgãos de controle institucionais, pode vir a fortalecer os Conselhos de Direito, garantindo desde o respeito a suas decisões e a sua composição até a estrutura necessária para seu funcionamento, orçamento e outros. Assim, o Ministério Público corroboraria não só com o melhor funcionamento dos colegiados e a ampliação da participação popular em políticas públicas, e assim, consequentemente, com o aprofundamento de nossa democracia, mas também com a reaproximação consigo mesmo enquanto instituição remoldada pela Constituição Federal de 1988 como fiscal da ordem jurídica, garanti-

¹ Data de Recebimento: 07/03/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

² Promotora de Justiça, Especialista em Direito Público, Mestranda em Políticas Públicas UECE.

E-mail: helga.tavares@mpce.mp.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4268127023002948>; Orcid : <https://orcid.org/0000-0002-7759-2185>.

dora democrática e de direitos, para muito além da persecução penal.

Palavras-chave: Legitimidade. Participação popular. Conselhos de Direitos. Epistemologia. Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

Sempre que se pensa em políticas públicas, os recursos para tal, sejam financeiros ou de pessoal, escassos com frequência, assumem um papel central na discussão seguinte. E mais à frente o problema, ou seria a solução em alguns casos, infelizmente, da judicialização de tais políticas. O que muitas vezes passa despercebido no debate em questão é o papel central que instâncias de controle popular e democrático, que são os conselhos de direitos, são capazes de desempenhar. E mais ainda, a contribuição que a atuação do Ministério Público, enquanto fiscal da ordem jurídica, e portanto também do controle social, poderia trazer. Afinal, se o controle social é princípio norteador de políticas públicas previsto no artigo 204 da Carta Magna e mecanismo de participação popular sobre a gestão pública capaz de aprofundar o leque de atuação do Estado Democrático de Direito³, bem como o Ministério Público, dentro da sua redefinição como instituição encetada pela Carta Magna de 1988, lançou-se para além da mera promoção da persecução penal estatal, mas, precipuamente, como agente de transformação social por meio da indução de políticas públicas, como não relacionar os dois?

Se o argumento generalizado dos gestores quanto à reserva do possível e o custo destes direitos é o que impera na concretização das políticas fiscalizadas pelos Conselhos de Direitos, quem dirá quanto à promoção de suas estruturas para exercício de um controle social mais efetivo. A realidade no interior, em regra, destes órgãos, é a parca estrutura física e de pessoal, ausência de formação continuada, muitas vezes sequer capacitações esporádicas para os conselheiros, reuniões esvaziadas, que em alguns casos sequer atingem o quórum mínimo para instalação, com pautas, quando existentes, recheadas de temas de interesse da Administração ou dos entes do terceiro setor que o compõem, de pouca abertura real para proposições diretas e acompanhamento das deliberações pela sociedade local, não obstante os avanços tecnológicos e etc, sendo justamente nestes pontos que o acompanhamento ministerial poderia surtir grandes efeitos.

Tal contribuição, diga-se, está longe de somente ocorrer pela via da judicialização, sendo factível a utilização de instrumentos extrajudiciais resolutivos como a recomen-

³ SAUERBRONN, Selma. Políticas Públicas e a proteção integral para crianças e adolescentes, com enfoque no Distrito Federal, p.5. Disponível em https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/Artigo_Politicas_Publicas_para_a_Infancia_Juventude.pdf Acesso em 20 de dezembro de 2020.

dação, reuniões intersetoriais, audiências públicas, termos de ajustamento de conduta, para não falar nas modernas técnicas de processo coletivo estrutural em caso de eventual judicialização, dentro da qual há atualmente a possibilidade sempre presente da auto-composição, esta última solução preferencial inclusive na visão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2014 e 2017⁴). Mas sempre nos depararemos com a máxima de como pretende o Direito, já que não obstante os esforços de transdisciplinaridade, o Membro do Ministério Público é profissional do Direito e a instituição função essencial à Justiça, ‘fiscalizar’ o controle social, legítimo por excelência?

E assim potencializa-se o ‘problema da legitimidade no direito’ (ADEODATO, 2006), como se não houvesse fundamentação epistemológica ou filosófica suficiente na direção contrária, ignorando-se o potencial que a providência poderia trazer para aumentar a efetividade de tal controle, e quiçá, no melhor estilo das preocupações do epistemólogo Larry Laudan, contribuir para solucionar mais problemas nessa matéria. Então, a partir de uma exposição dialética e qualitativa, procuraremos desenvolver no presente trabalho, primeiramente o problema da legitimidade no Direito, uma possibilidade de sua solução através dos mecanismos de participação popular, como os Conselhos de Direitos brasileiros, os aspectos epistemológicos até então envolvidos e, em seguida, o quanto a atuação do Ministério Público pode contribuir para o melhor funcionamento desses colegiados.

2 O PROBLEMA RECORRENTE DA LEGITIMIDADE NO DIREITO – A CRISE DO PODER COMO CRISE DE SUA LEGITIMIDADE SOB A ANÁLISE DE ADEODATO

Se a decisão judicial que intervém em políticas públicas é cada vez mais problematizada na academia, deve-se muito ao debate sempre presente da legitimidade do Direito. É bem verdade que o ápice da problematização dessa legitimidade acaba por atacar as bases nas quais se sustentam a própria política, instância esta, em última monta, que produz a legislação, mas que, em regra, é mais poupada das críticas nessa seara. Assim, quando a problematizamos questionamos, dentre outras coisas, ‘*como é possível que tantos se sujeitem às diretrizes de tão poucos*’ (ADEODATO, 2017) ou seja, como as decisões e o próprio ordenamento jurídico são impostos sem violência explícita, precipuamente quando o direito e a sociedade pós-modernas encontram-se em contexto de

4 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recomendação n. 54 de 28 de março 2017. Dispõe sobre a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf> _____. Resolução n. 118 de 2014. Dispõe sobre a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>.

progressivo esvaziamento ontológico e /ou de conteúdos de valor, os quais tradicionalmente forneciam as bases de consenso sociais.

Nesse diapasão que, segundo João Maurício Adeodato, a legitimação do poder emerge como uma das maiores questões da Filosofia Política pós-moderna, ressonando ainda nas áreas da própria Ciência Política, do Direito Constitucional, da Teoria Geral do Estado e da Sociologia Jurídica. Como bem nos lembra o autor, o relevo de refletirmos sobre o tema dificilmente será despiciendo, precipuamente considerando o momento histórico em que vivemos, marcado por grandes rupturas com as tradições que outrora traziam consenso e algum conforto social, como a religião, ou a idéia do ‘inimigo’ comum, por exemplo, sem que tenhamos conseguido obter algo ou algum conteúdo que liderasse o fazer da política e embasasse a criação de normas jurídicas. Não por menos o pernambucano conclui que a “crise de poder” atual em verdade é uma crise de legitimidade do poder (ADEODATO, 2017)

Ademais, dada a pretensão de universalização dos temas jusfilosóficos e seu inequívoco caráter histórico, é difícil conceituarmos a legitimidade de forma definitiva ou ‘verdadeira’. Quanto a esta última característica João Maurício assevera-nos como cada era acrescenta ou transforma o assunto e o passa adiante. E adentrando no caráter histórico do conceito, inicialmente lembra-nos de Rousseau e seu ideal de contratualismo com pressuposto na dita ‘vontade geral’, o que garantia alguma operacionalidade conceitual ao ideal de legitimidade propagado e fixou durante muitos anos a clássica doutrina da soberania nacional. Mas também e principalmente de Hannah Arendt e a sua teoria de estrutura-cebola⁵ do poder na sociedade contemporânea, do meio do século passado, onde a legitimidade externa perde o sentido, transformando-se em autoconstituída, com os meios mantendo os círculos externos subsequentes sob controle (ADEODATO, 2012).

Não obstante ainda haja algum emprego com força extremamente retórica de princípios tradicionais, o direito nunca foi tão casuístico e sujeito a interesses e circunstâncias do momento, tornando sua legitimidade cada vez mais questionável. Neste contexto surgem as teorias ditas funcionalistas, bem atuais, apesar de já bem criticadas por Arendt⁶, como a legitimidade (ação) pelo procedimento de Luhmann, na qual se faz todo o sentido a troca de sufixo pretendida, na medida em que a legitimidade deixa de ser um conteúdo, apresentando-se como um processo, aonde se chega após percorrer as etapas de um procedimento pré-estabelecido (ADEODATO, 2012) en-

⁵ “camadas superpostas sobre um núcleo do qual o poder emana”. ADEODATO, 2012. E-book Kindle, n.p.

⁶ “Sua atenção recai apenas sobre as funções, e o que quer que preencha a mesma função pode, conforme tal ponto de vista, ser englobado sob a mesma denominação. É como se eu tivesse o direito de chamar o salto de meu sapato de martelo porque, como a maioria das mulheres, o utilizo para enfiar pregos na parede” ARENDT, 2003, p. 140.

sejando as merecidas críticas portanto, muito embora rebatidas pelo jus-sociólogo alemão, de que sua teoria poderia legitimar até mesmo os campos de concentração, assim como o normativismo kelseniano.

Na verdade, prossegue questionando João Maurício quanto a possibilidade das normas jurídicas servirem de régua para a organização social, quando os destinatários de tais regras, em número muito maior, nenhum papel desempenham em sua elaboração e sequer, muitas vezes, as compreendem. Com a crescente complexidade do ordenamento jurídico, decorrência natural da expansão regulatória do moderno Estado Democrático de Direito, o processo de alienação política torna-se mais visível, estimulando-se a população, que não entende as leis produzidas, muito menos a aplicação delas e talvez menos ainda sobre as suas elaborações, de que o mero voto a cada 02 anos seria uma participação política suficiente.

Quem melhor procura responder a essas questões atualmente é Habermas, focando, dessa vez, na possibilidade de construção de consenso na pós modernidade, ainda que produzido mediante procedimentalismo, só que agora, o democrático. Neste sentido, apregoa a necessidade de uma ‘esfera pública’, espécies de espaços públicos discursivamente democráticos, autônomos em relação ao poder e ao dinheiro, para o debate e um ‘agir comunicativo’, forma de diálogo orientada para a construção de um entendimento intersubjetivo (NEVES, 1995, p.27-28) Assim, a própria autonomia do Direito é posta em xeque pelo autor se não há democracia real, sendo o ponto fulcral da legitimidade no direito atual a forma democrática. Posto isso, vale questionarmos o quão democrático em verdade é o espaço democrático brasileiro e conseqüentemente o direito por ele produzido.

3 A SOLUÇÃO PELA AMPLIAÇÃO DO CÂNONE DEMOCRÁTICO E A SUA RELAÇÃO COM O FOMENTO AO CONTROLE SOCIAL

Muitas das preocupações externadas na problematização da legitimidade acima elencadas, podem ser em parte respondidas com as demodiversidades e/ou o experimentalismo democrático de Avritzer e Santos, valendo antes contextualizarmos esses conceitos produzidos pelos autores. Segundo o texto conjunto deles, na primeira metade do século XXI o debate sobre democracia era mais quanto a sua aceitação / deseabilidade como sistema de governo. Em um segundo momento, no pós guerra, o debate transformou-se, abordando quem – quais países - tinha(m) condições estruturais de ser uma democracia. Hoje em dia o debate novamente mudou, precipuamente depois da década de 80 e a falência do Estado de Bem Estar Social, dando azo às críticas marxistas sobre o real significado da democracia para os países em desenvolvimento.

Foi nesse contexto que teorias contra-hegemônicas encabeçadas por intelectuais como Habermas começaram a aparecer, à semelhança do já visto no capítulo anterior, colocando a democracia⁷ como prática social. Porém, foi só com o fim da guerra fria e o aprofundamento da globalização que surgiu o embate atual entre democracia representativa ou hegemônica ou de baixa intensidade, conforme colocado pelos autores, e a proposta contra hegemônica fundada em um ideal de democracia participativa, afinal, se de um lado a democracia representativa facilita a colocação em escala da prática democrática, por outro, dificulta em muito a prestação de contas e a representação da diversidade. Nesse diapasão, apregoam : “quanto mais se insiste na fórmula clássica da democracia de baixa intensidade, menos se consegue explicar o paradoxo de que a extensão da democracia tenha ampliado práticas não democráticas” (SANTOS & AVRITZER, 2003)

Assim, propõem a ampliação do conceito de ‘democracia’ participativa como forma de aperfeiçoar o cânone democrático efetivo deste sistema de governo, contestando dessa forma a hegemonia da democracia liberal, apenas representativa. Para tanto, com foco em incrementar tal participação, seriam necessárias pelo menos três atitudes a serem tomadas : aprofundar as ‘demodiversidades’ já existentes, ampliar o experimentalismo democrático e articular o local *versus* o global; e cooptação pelos grupos hegemônicos, burocratização excessiva na participação e desenvolvimento de novas formas de clientelismo (SANTOS & AVRITZER, 2003) As demodiversidades citadas em um primeiro momento poderiam ser definidos como mecanismos ampliados de democracia participativa locais, sendo exemplo delas no Brasil, para os autores, as experiências com a iniciativa legislativa popular, o orçamento participativo e os conselhos sociais.

Quanto a estes últimos especificamente, vale trazer à baila o conceito de Berclaz, em sua obra quanto à natureza jurídico política dos Conselhos Sociais:

Os conselhos sociais são mediações que, ao integrarem organicamente Estado e sociedade civil, destinam-se a garantir, por meio do exercício do poder cidadão e da efetividade do controle social, que as políticas públicas nos respectivos campos materiais de atuação sejam realizadas de modo coerente com as necessidades históricas de cada comunidade política, tudo de maneira a ampliar o horizonte de manutenção, reprodução e incremento da qualidade de vida do povo, razão de ser da política como atividade. (BERCLAZ, 2013, p. 332).

⁷ Repise-se que a palavra no contexto deste trabalho vai além do ideal semântico de democracia como processo eleitoral, sendo lida de uma forma mais ampla.

Prossegue o autor gaúcho afirmando a potência que carregam nossos Conselhos na medida em que fornecem maior legitimidade e validade às decisões políticas dos governantes, reavivando a democracia representativa. Ademais, funcionando em todas as esferas federativas, inclusive nos mais modestos e longínquos Municípios, mostram-se como importante solução concreta na articulação local do Estado (BERCLAZ, 2013). Focada em outro ponto inovador importante da experiência brasileira dos Conselhos, ressalta Gohn (GOHN, 2011) o quanto suas implementações enfatizam o debate em torno das políticas públicas, constituindo-se uma oportunidade de intervenção social participativa, periódica e planejada no tema, ampliando-se os conceitos de cidadania e papel do Estado.

Por fim, vale ressaltar que a iniciativa brasileira de controle social por meio dos conselhos de políticas públicas é considerada peculiar e salutar mesmo por pesquisadores estrangeiros, fruto de uma inovação democrática e que coloca o Brasil à frente de outros países⁸. Contudo, claro que há limites nas possibilidades de intervenções destes órgãos e nem tudo são flores, sendo comum na realidade dos conselhos também reuniões esvaziadas, com pouca transparência, pautas de interesse da gestão ou das associações integrantes, não investimento em publicidade oficial para divulgação do órgão, desestrutura física e de pessoal, falta de previsão financeira que lhes assegure orçamento compatível, não compreensão dos Membros quanto ao seu papel e etc. (BERCLAZ, 2013). Nesse ponto, vale a pena trazer também lição do gaúcho:

Longe de constituírem panaceia para a resolução dos múltiplos problemas da Política e do Direito como universos complexos, entende-se que a simples existência e a potencialidade dos conselhos repercutirem nessas esferas por meio do exercício intermitente da manifestação democrática do povo, ao contribuir para o alcance dos objetivos postulados pela República (artigo 3.º da Constituição), já serve para que a sua análise e consideração seja encarada com senso crítico, coragem e esperança (*Op. cit.*, p. 334).

A título de exemplificação quanto às inovações democráticas que cercam os conselhos sociais, mencione-se o Conselho Municipal de Direitos como diretriz de atendimento preconizada pelo ECA. Nesse sentido definindo-o assim no artigo 87, inciso II ‘ (...) órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis

⁸ MEZAROBBA, Glenda. **Adrian Lavalle**: No exercício da democracia. Estudo sobre mecanismos de controles não eleitorais revela caráter inovador da experiência brasileira. Entrevista. Edição 288. fev. 2020. Disponível em <https://revistaspesquisa.fapesp.br/adrian-lavalle-no-exercicio-da-democracia/>, com acesso em 03.02.2021.

federal, estaduais e municipais'. Aliás, todo o papel do CMDCA na política pública de infância e juventude traçada pelo Estatuto, merece destaque, tratando-se de órgão que pode atuar desde a sua formulação, na medida em que possui poder deliberativo, inclusive com efeito vinculativo dos gestores, até mesmo a sua avaliação e controle, na medida em que lhe competem não só a fiscalização em geral da política, como também a gestão de recursos, quando da gestão do Fundo da Infância e Adolescência, bem como o cadastramento das entidades que a ofertam.

4 EPISTEMOLOGIA E METODOLOGIA RELACIONADAS

Para melhor entendermos os aspectos quanto ao método esboçados nesse trabalho, importa primeiro compreendemos as teorias básicas que cercam a elaboração do conhecimento humano, a relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Segundo MARQUES NETO (2001), tradicionalmente nos vemos às voltas com as duas correntes mais tradicionais, o empirismo e o racionalismo. Quanto à primeira, ressalta o autor o total foco no objeto, típico do positivismo do francês Augusto Comte, como se somente dele, objeto, emanasse o conhecimento, colocando o sujeito a título de uma espécie de câmera fotográfica (op. cit. p.13). De outra banda, para os racionalistas, o conhecimento é sobre o sujeito e sua razão cartesiana, numa espécie de cegueira quanto a realidade do próprio objeto investigado. A título de exemplos desta matriz intelectual, traz o professor maranhense inclusive Immanuel Kant, o qual tentou com seu criticismo desvendar a relação sujeito-objeto no conhecimento mas acabou por considerar a razão na função de um *a priori* do conhecimento (op. cit. 17), além de Husserl e seu fenomenalismo.

O problema é que ambas vertentes acabam por ignorar um importante vetor na formação do conhecimento que é justamente a relação sujeito-objeto, longe da qual a tentativa de conhecer acaba apequenada e menos eficiente. Com base no pesamento hegeliano, e a sua ideia de tese, antítese e síntese surgem as epistemologias dialéticas as quais buscam um conhecer concreto, ativo, não uma mera captação passiva da realidade ou do pensamento (op. cit. 19) e, nesse sentido, inclusive, reputo-as como as mais adequadas ao presente trabalho. Um grande exemplo dessa concepção epistemológica, conforme lição de Marques Neto é a obra de Gaston Bachelard, a quem devemos o entendimento de que o conhecimento científico não necessariamente é linear ou contínuo. Diante disso, concebemos que apenas sob o enfoque dialético é possível a construção de um saber científico libertário e engajado, algo fundamental ao estudarmos legitimidade do Direito, democracia, participação popular e conselhos sociais como procuramos aqui fazer.

Modernamente, cumpre registrar, porém, a importância dos ensinamentos epistemológicos de Boaventura para o presente estudo, também alinhados com uma leitura dialé-

tica do conhecimento e, mais ainda, com a impossibilidade pós-moderna de excessivas teorias gerais para explicar uma realidade tão marcada pela diferença, precipuamente quando consideramos a parcela do globo subdesenvolvida, por sinal a maioria, a quem o autor chama de ‘sul’:

Não é possível hoje uma epistemologia geral, não é possível hoje uma teoria geral. A diversidade do mundo é inesgotável, não há teoria geral que possa organizar toda essa realidade. [...] Mas não podemos permanecer com uma fragmentação total, é necessário criar inteligibilidade recíproca no interior da pluralidade. [...] é preciso criar inteligibilidade sem destruir a diversidade. (SANTOS, 2007. p.39-40).

Nesse esteio, quanto aos métodos em si empregados na consecução do trabalho, resalto que esse foi bibliográfico, pois os problemas levantados restaram estudados com base em trabalhos publicados sob a forma de livros, artigos, publicações especializadas disponibilizadas na internet e imprensa, que abordem direta ou indiretamente o tema. No que concerne à finalidade, a pesquisa desenvolvida tanto foi do tipo exploratória, uma vez que utilizou-se de levantamentos bibliográficos para angariar mais informações sobre o tema, aprofundando-o, quanto descritiva, haja vista que buscou através da análise e interpretação das informações obtidas descrever com mais precisão os fenômenos abordados.

Teve ainda caráter eminentemente qualitativo, uma vez que buscou a interpretação do fenômeno em estudo, para o qual foram atribuídos significados. Muito embora não se pretenda aqui qualquer rechaço aos métodos quantitativos, de inquestionável importância, impende salientar a relevância da pesquisa qualitativa em ciências sociais e sua oposição ao positivismo, consosante a lição de Miriam Goldemberg (2004):

Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa em pesquisa se opõem ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências, baseado no modelo de estudo das ciências da natureza. Estes pesquisadores se recusam a legitimar seus conhecimentos por processos quantificáveis que venham a se transformar em leis e explicações gerais. Afirmam que as ciências sociais têm sua especificidade, que pressupõe uma metodologia própria. Os pesquisadores qualitativistas recusam o modelo positivista aplicado ao estudo da vida social.

5 A RESPONSABILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE AO MELHOR FUNCIONAMENTO DOS CONSELHOS SOCIAIS

A Carta Política de 1988 traz o Ministério Público em seu artigo 127 como “ (...) instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Já o artigo 129 da Constituição Federal, por sua vez, erige o Ministério Público para além da titularização do *jus puniendi* estatal de modo independente dos demais poderes e com forte atuação nos direitos coletivos da sociedade e fiscalizações em geral, também alcançando todos os poderes (SADEK, 2009). Na verdade, asseverando o caráter único do desenho constitucional da instituição, aduz a socióloga : “Quando as pessoas se gabam da existência só no Brasil da jabuticaba, retruco imediatamente observando que o que, de fato, existe só no Brasil é o nosso Ministério Público” (*Op cit*, p. 4). Contudo, é fato que o Ministério Público Brasileiro, declaradamente, não tem alcançado com êxito um dos maiores objetivos dentro da sua redefinição como instituição encetada pela Carta Magna citada, preso muitas vezes na função da promoção da persecução penal estatal, deixando, precipuamente, de atuar como agente de transformação social por meio da indução de políticas públicas (BERCLAZ, 2013)

Ora, por outro lado, visível o quanto embora os Conselhos Sociais sofram com problemas de transparência, estrutura e etc, representam antes espaços de democracia participativa e controle social relevantes, verdadeiras ‘demodiversidades’ no sentido de Boaventura e Avritzer de nossa democracia, sendo importante *locus*, também, do debate em políticas públicas, conforme pontos já abordado no tópico anterior. Porém, muitas vezes sem espaço ou ferramentas jurídicas para fazer valer suas decisões, como bem ressalta Gohn (2011. p.96) : “O fato de as decisões dos conselhos terem caráter deliberativo não garante sua implementação efetiva, pois não há estruturas jurídicas que deem amparo legal e obriguem o Executivo a acatar as decisões dos conselhos (mormente nos casos em que essas decisões venham a contrariar interesses dominantes)” No mesmo sentido, vemos a lição de Bauman, para quem seria difícil ainda que o cidadão conseguisse chegar ao poder através da participação em espaço politicamente administrado fazer valer suas eventuais decisões contra o sistema (BAUMAN, 2000). Some-se a isso a lembrança do autor gaúcho quanto a dificuldade técnico-jurídico desses órgãos em se lançar mão de ações judiciais dada a sua despersonalização jurídica e, portanto, incapacidade de ser parte, aliada à parca estruturação de pessoal jurídico neles (BERCLAZ, 2013).

Assim, considerando as dificuldades supra aludidas dos Conselhos, e o desenho institucional ministerial atual, com toda a defesa de instituições democráticas, dos direitos difusos e coletivos e a indução de políticas públicas, como não atuar a institui-

ção na promoção dos Conselhos de Direitos? Nesse momento, vale repisar o trecho da introdução deste trabalho ao se propor atuação órgãos ligados ao sistema de justiça sobre os conselhos sociais: não se propõe aqui uma abordagem litigiosa, com foco em judicialização dos conflitos que se verifiquem neste acompanhamento mais detido que se propõe. Se a legitimidade no Direito por si só já é problematizada, como abordado também em tópico anterior aqui, quiçá a decisão judicial que, no afã de promover políticas públicas, muitas vezes sem conhecer os detalhes dos atores envolvidos na política *sub examine*, as peculiaridades de financiamento e etc, tenta resolver um problema que é simplesmente estrutural através de um comando simplório, muitas vezes simbólico, no dispositivo da sentença.

Ademais, cumpre registrar que dispõe o Ministério Público não só da via judicial no afã de fazer valer as decisões dos conselheiros, zelar pela transparência das atividades e composição paritária do órgão, mas também e precipuamente de instrumentos extrajudiciais como o inquérito civil, a audiência pública, a recomendação e o termo de ajustamento de conduta, mantendo a via autocompositiva sempre aberta. Cumpre registrar ainda como inclusive essa é a orientação institucional, estimulada pelos órgãos de controle ministeriais e positivada pelo Conselho Nacional, focada na utilização da atuação extrajudicial como a alternativa prioritária, capaz de consagrar a negociação, convencionalidade e resolutividade, mesmo quando diante de hipóteses de direitos sancionatórios clássicos, como o penal (CABRAL, 2019).

Então, caberia ao Ministério Público lutar pela criação dos conselhos ainda não implementados, fiscalizando quem está conselheiro e se houve respeito à composição paritária Estado - Sociedade Civil do órgão, a estrutura física e de pessoal disponibilizada para seu funcionamento, se há reuniões e com que frequência e publicidade, o quanto a gestão divulga o trabalho dos conselhos através dos meios oficiais de publicidade institucional, se lhe destina orçamento. Nesse diapasão, traz Berclaz uma nota diferencial básica de como deve se dar essa atuação: “Daí porque há de se entender que a participação institucional do Ministério Público nos conselhos há de ser como órgão externo fiscalizador, quando muito podendo emitir orientações e recomendações como faz em relação a qualquer outro órgão, jamais como membro ou parte integrante do colegiado que detenha poder de decisão” (*op. cit.* p.319) No mesmo sentido apontado, também frisa Gohn “Cabe ao Ministério Público zelar pela efetiva implementação e funcionamento dos conselhos. Os conselhos podem, também, acionar o Ministério ao detectar alguma irregularidade” (*op. cit.*, p. 94).

Outrossim, vemos que além de contribuir para o melhor funcionamento dos Conselhos e assim a realização de seus misteres participativos fundamentais no aprofundamento de nossa democracia, a atuação do Ministério Público junto a esses colegiados

beneficia o próprio ‘Parquet’ na medida em que reaproxima-o de suas atribuições constitucionais únicas, conjugando a um só tempo o fortalecimento do sistema democrático, com a defesa do direito difuso ao controle social e ainda a indução de políticas públicas, fortalecendo a sua capacidade de transformação social enquanto agente político, através do compromisso com a participação popular.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa aqui realizada contou com uma abordagem teórica, qualitativa, exploratória e descritiva do tema, propondo uma visão dialética envolvendo o problema da legitimidade no direito, uma possível solução por meio do aprofundamento da participação popular, da qual os Conselhos de Direitos brasileiros seriam uma instituição de grande potencial, e a necessidade de atuação do Ministério Público na promoção desses órgãos, a qual deve se observar num contexto extrajudicial preferencialmente, através da adoção de instrumentos de autocomposição, sem participar diretamente das decisões do colegiado mas lhe assegurando observância daquilo que restar decidido; respeito aos conselheiros, capacitação, autonomia, orçamento e estrutura dignos.

Nesse sentido, no primeiro tópico expôs-se vários autores, tais como Adeodato, Arendt, Habermas e Luhmann, que abordam a legitimidade do direito e do poder, buscando-se justamente o diálogo entre eles. No segundo tópico, sem fugir de uma proposta dialógica, só que agora entre Boaventura e Avritzer, Berclaz e Gohn, apresentou-se a participação popular como cânone democrático a ser aprofundando em nossa democracia, sendo os Conselhos sociais espaços imprescindíveis e únicos nesse sentido. No terceiro, buscou-se em exato explicitar a metodologia usada e os aspectos epistemológicos que cercam a análise dialética procedida no estudo, à luz de Agostinho Neto, rechaçando expressamente as propostas empirista e racionalistas, posto que desfocadas das relações sujeito-objeto na elaboração do conhecimento e ressaltando a relevância da análise qualitativa quanto ao método em ciências sociais. Aduziu-se ainda a visão crítica epistemológica de Boaventura contra a impossibilidade atual de uma epistemologia dita geral.

Finalmente, em sede do último item, frisou-se, a partir de uma visão crítica do desenho constitucional traçado para a instituição, calcando-se nas lições de Sadek, além de Berclaz e Boaventura já apontados, o importante papel que pode assumir o Ministério Público na atuação frente aos Conselhos de Direitos, buscando a concretização desses espaços como exemplos de participação popular e controle social de políticas públicas. À guisa de conclusão, impende salientar que não descarta o presente trabalho do fato de que apenas a participação da sociedade brasileira será capaz de elevar os Conselhos

ao papel de ‘demodiversidade’ que a teoria crítica espera deles. Porém, por meio da atuação acurada do *Parquet* sobre os conselhos, várias das dificuldades orgânicas pelas quais passam esses colegiados ao tentarem se fazer valer de seus papéis, como reuniões esvaziadas, falta de transparência e publicidade oficial, desrespeito pela gestão ao decidido etc, já tão abordadas ao longo do texto, podem ser sim desconstruídas ou pelo menos atenuadas, contribuindo assim não só para reforçar o princípio da soberania popular e o regime democrático, mas também para acordar o Ministério Público para a defesa desses valores – os quais não se esgotam em eleições - como, inclusive, determina-lhe a Constituição Federal.

EPISTEMOLOGICAL AND PHILOSOPHICAL ASPECTS OF PUBLIC PROSECUTORS’ INTERVENTION REGARDING THE SOCIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES CONDUCTED BY SOCIAL COUNCILS

ABSTRACT

This paper seeks to build an epistemological and philosophical basis for the work of the Public Ministry regarding the social control of public policies exercised by the Right’s Councils. Therefore, initially, the legitimacy of the law is questioned, then the possible solution of democratic deepening through popular participation is presented, for which the Councils, an almost unique Brazilian’s democratic experience, have an enormous power. In addition, the dialectical epistemology and its focus on the subject-object relationship when the knowledge is elaborated, was showed in the third topic as the critical support necessary to promote the dialogue between the authors worked on. In the last subject, it was discussed how the performance of the Public Ministry, through extrajudicial and self-compositional instruments preferably, as the institutional control bodies currently proclaim, can strengthen the Right’s Councils, guaranteeing to them respect for its decisions and composition, the necessary structure for its operation, budget and others. Thus, the Public Ministry actions would corroborate not only the better functioning of the collegiate councils and the expansion of social participation in public policies, but also, consequently, the deepening of our democracy and the rapprochement with itself as an institution reshaped by the Brazilian Constitution of 1988 as an inspector of the legal order, guarantor of democracy and rights, far beyond criminal prosecution.

Keywords: Legitimacy. Social participation. Rights Councils. Epistemology. Public Ministry (Prosecutor’s Office).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade : no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017

_____. **Ética e retórica** : para uma teoria da dogmática jurídica - 5. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. E-book Kindle

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social**. In: CHAVES, Cristiano et al (Coords.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 6 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 55-120.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2003

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BEAUD, Michael. **A arte da tese : como elaborar trabalhos de pós-graduação, mestrado e doutorado**. Tradução Glória de Carvalho Lins. 1 ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

BERCLAZ, Márcio Soares. **Adimensão político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/29933/R%20-%20D%20-%20MARCIO%20SOARES%20BERCLAZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 20.02.2021

BERCLAZ, Márcio Soares; CASTRO, Millen. **O Conselho dos Direitos da Criança e Adolescente e suas (des) funcionalidades: síndrome do Peter Pan em busca da “Terra do Nunca”?** Até quando? Tese apresentada e aprovada no XXIII Congresso da Associação Brasileira dos Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude. Brasília-DF, 05 a 07 maio 2010.

_____. **Para onde caminha o Ministério Público?** Um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. ROSENVALD, Nelson. *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. 6 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 05 out. 1988.

_____. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990.

BOTEGA, João Luiz de Carvalho; CIRESKI, Maristela; DIGIÁCOMO, Murilo in FE-CAM – Federação Catarinense de Municípios. **Fortalecimento do CMDCA em tempos de pandemia**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=D93hoOKm0OM>. Acesso em 20.12.2020

CABRAL, Antônio do Passo. **A resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais**. In CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique et al (Coords.) : Grandes temas do novo - vol 1 – Negócios Processuais – Tomo I. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2019 , p. 721-738

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Ministério Público e políticas públicas**. In: CHAVES, Cristiano et al (Coords.). Temais atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal. 6 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 867-876

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília – Modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público**. Disponível em https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf . Acesso em 16/08/2020.

_____. **Recomendação n. 54 de 28 de março 2017**. Dispõe sobre a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>

_____. **Resolução n. 118 de 2014**. Dispõe sobre a política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Controle Social: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social**. Brasília, DF: Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas, 2012.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais**. Ministério Público resolutivo; v. 3. 1. ed. - Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente: transparência de seu funcionamento como condição indispensável à legitimidade e legalidade de suas deliberações**. In: LAVORATTI, C. Programa de capacitação permanente da área da infância e adolescência: o germinar de uma experiência coletiva. Ponta Grossa: UEPG, 2007. p. 113-122.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e participação sociopolítica**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. **Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais**. Saúde e Sociedade, São Paulo, v.13, n.2, p.20-31, ago. 2004.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em**

ciências sociais. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho Marques. **A Ciência do Direito** - Conceito, Objeto e Método. 2ED. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEZAROBBA, Glenda. Adrian Lavallo: No exercício da democracia. Estudo sobre mecanismos de controles não eleitorais revela caráter inovador da experiência brasileira. Entrevista. Edição 288. fev. 2020. Disponível em <https://revistapesquisa.fapesp.br/adrian-lavalle-no-exercicio-da-democracia/>, com acesso em 03.02.2021.

NEVES, Marcelo. **Em torno das divergências e complementaridades entre os modelos luhmanniano e habermasiano de interpretação da modernidade e do estado de direito**: por uma releitura teórica com referência empírica à realidade brasileira. Perspectiva Filosófica, Recife, v. 3, n. 6-7, p. 25-47, jan./jun.-jul./dez. 1995. Disponível em https://www3.ufpe.br/ppgfilosofia/images/pdf/pf6e7_artigo20001.pdf. Acesso em 12.02.2021

SADEK, Maria Teresa. **Ministério Público**: um olhar externo. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, ano 4, n.6, p.27-37, jan./jun. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

_____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. **Para ampliar o cânone da democrático**. Revista Eurozine, 2003. Disponível em <https://www.eurozine.com/para-ampliar-o-canone-democratico/> com acesso em 20 de janeiro de 2021.

SAUERBRONN, Selma. **Políticas Públicas e a proteção integral para crianças e adolescentes, com enfoque no Distrito Federal**. Disponível em https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/PublicacoesArtigo_Politicadas_Publicas_para_a_Infancia_Juventude.pdf. Acesso em 20 de dezembro de 2020

O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO
E O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI

*THE TOULMIN MODEL OF ARGUMENTATION
AND THE JURY TRIAL*

O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO E O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI¹

THE TOULMIN MODEL OF ARGUMENTATION AND THE JURY TRIAL

Ythalo Frota Loureiro²

RESUMO

O artigo busca investigar como o modelo Toulmin de argumentação poderia ser aplicado na fase de julgamento pelo Tribunal do Júri. Como metodologia, utiliza-se uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos sobre o *layout* de argumento apresentado no livro *The Uses of Argument*. Como resultado, verificam-se os elementos essenciais da argumentação. A regra de inferência, entre dados (*D*) e conclusão (*C*), é justificada pelas garantias (*W*) e seus apoios (*B*), que, por sua vez, precisa ser confrontada com as refutações (*R*) e modelada pelo qualificador (*Q*). Esta estrutura argumentativa pode ser utilizada para justificar as regras de inferência que são extraídas na forma dos quesitos submetidos aos jurados, através dos quais se extrai o resultado do julgamento.

Palavras-chave: Modelo Toulmin de Argumentação. Tribunal do Júri.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o Tribunal do Júri ocupa um local de destaque entre os órgãos da Justiça Criminal. Não somente porque possui um procedimento especial ou, porque lida com crimes dolosos contra a vida. Muitos nichos judiciais possuem finalidades próprias. O Júri se destaca porque, certamente, é o único local em que as sustentações orais são realizadas em público, perante juízes não profissionais, e cujos debatedores podem protagonizar embates acalorados e desgastantes. É o palco da justiça em que autocontrole emocional, preparação e atenção contínua são virtudes essenciais. Deste modo, um modelo de argumentação é útil para tornar o ambiente do júri mais agradável e atraente aos operadores do direito.

1 Data de Recebimento: 08/03/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Promotor de Justiça lotado na 111ª Promotoria de Justiça de Fortaleza (com atuação junto a 4ª Vara do Júri de Fortaleza) e Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2020-2022). E-mail: ythalo.loureiro@mpce.mp.br. Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/6387713593384966>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0001-8605-7208>.

O presente trabalho busca investigar como o modelo Toulmin de argumentação poderia ser aplicado na fase de julgamento pelo Tribunal do Júri. O esquema foi proposto pelo filósofo Stephen Toulmin (1922-2009). Por meio do livro *The Uses of Argument*, publicado em 1958, Toulmin tornou-se uma das principais referências da Retórica no século XX. A metodologia adota uma pesquisa bibliográfica pura, através de livros e artigos científicos, que, na sua maioria, referenciam ou dialogam com as principais teses do autor.

O artigo é dividido em três seções. A primeira expõe algumas questões metodológicas a respeito da leitura do direito estrangeiro e sobre uma certa ontologia para a compreensão da realidade social, com base nas ideias do filósofo John Searle. A segunda seção realiza a exposição das principais ideias do modelo Toulmin de argumentação, focadas nos seus valores práticos e na inspiração teórica do conceito de *inference-tickets* do filósofo Gilbert Ryle. Por fim, a última parte é dedicada a responder como o referido esquema argumentativo poderia ser aplicado na fase de julgamento do procedimento de competência do Tribunal de Júri brasileiro.

2 QUESTÕES METODOLÓGICAS

Ler o direito estrangeiro exige alguns cuidados. O intérprete deve adotar uma perspectiva culturalista e interdisciplinar, invés de uma visão estritamente positivista. A mera importação da legislação estrangeira a realidades sociais distintas não gera os resultados previstos pela norma. A aplicação de uma norma estrangeira em um contexto social diferente pode resultar anomalias inesperadas. Deve-se ainda trocar o paradigma da autoridade pelo da alteridade, na medida em que comparar com outro Direito é essencialmente a comparação da divergência. Portanto, é necessário procurar os fatores diferenciais das jurisprudências invés de promover um projeto da similaridade. Por fim, o intérprete precisa ter consciência da incidência das pré-compreensões no trabalho comparatista e abandonar a crença na objetividade. O intérprete deve ter a consciência que seu trabalho não é neutro, pois, é sempre posicionado a objetivos específicos que beneficiem ou testem a viabilidade de determinado ponto de vista.³

Um modelo de argumentação é concebido em e para uma determinada sociedade e,

3 A jurisprudência substitui a visão limitada e estreita do direito positivo. A norma deve ser idealizada e considerada conforme a realidade social de cada sociedade, sob pena de não possuir eficácia. A alteridade alerta que a interpretação do direito estrangeiro é uma reapresentação necessariamente cheia de lacunas, portanto, não pode ser uma interpretação fiel ou exata. A interpretação não pode ser um exercício de busca por similaridades, sob as custas de sérias distorções daquilo que “existe”, de modo que é mais proveitoso a busca pelos fatores diferenciais entre *jurisprudências*. Ademais, toda interpretação é situada, submetida a uma pré-compreensão, forjada pela história ou pela tradição, na versão mais famosa defendida por Hans-Georg Gadamer. O intérprete, imerso na própria realidade, vê o Direito estrangeiro com intenções bem definidas, e procura reinterpretá-lo de um modo particular, muito distinto que um nativo poderia fazê-lo (LEGRAND, 2018).

por consequência, para um determinado sistema jurídico. O britânico Stephen Toulmin, autor do livro *The Uses of Arguments* (1958)⁴, desenvolveu suas principais teses sobre argumentação entre as décadas de 1940 e 1950. Toulmin foi influenciado por Gilbert Ryle⁵, autor de *The Concept of Mind* (1949) e pelo filósofo Ludwig Wittgenstein⁶, responsável pelas emblemáticas obras *Tractatus Logico-Philosophicus* (1921) e *Philosophical Investigations* (1953). Portanto, a teoria de Toulmin foi desenvolvida para o cenário anglo-saxão e teve desenvolvimentos próprios, como se percebe ainda nos livros de sua autoria, *An introduction to reasoning* (1979)⁷ e *Return to Reason* (2001)⁸.

No que diz respeito ao julgamento pelo júri, o autor destaca que os jurados não publicam suas refutações (*rebuttals*), e que somente se toma conhecimento sobre um “um conflito genuíno quando o júri não conseguiu chegar a um consenso” (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 306, tradução livre⁹). Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro tem uma lógica diferente: as decisões do júri são tomadas individualmente, por cada jurado, silenciosamente, sem discussão prévia, bastando a resposta ao quesito por mais 3 (três) votos (art. 483, §§1º, 2º e 3º, do Código de Processo Penal – CPP) (BRASIL, 1941, s.n.)¹⁰. Ou seja, na maioria das vezes, a unanimidade das decisões não é revelada ou conhecida, nem pelos próprios jurados¹¹. Por outro lado, a resposta às

4 Neste trabalho, utiliza-se a versão estrangeira do livro *The Use of Argument*, New York: Cambridge University Press, 2003; e a versão brasileira do mesmo livro, *Os usos do argumento*, 2 ed. Tradução: Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Col. Ferramentas).

5 A influência de Ryle é mencionada por Toulmin, no seu livro *The Uses of Argument*: “The analysis of arguments here presented owes much to Professor Gilbert Ryle, who has thrown out stimulating suggestions about logic both in the course of his book *The Concept of Mind* (London, 1949) and in subsequent papers, such as ‘If, So, and Because’ (in *Philosophical Analysis*, ed. M. Black, Cornell, 1950) and ‘Logic and Professor Anderson’ (*Australasian Journal of Philosophy*, 1950, pp. 137 ff.)” (TOULMIN, 2003, p. 239; 2006, p. 371).

6 Ludwig Wittgenstein foi um filósofo austríaco, naturalizado britânico, um dos principais colaboradores das modernas teorias da linguagem no século XX. Wittgenstein foi importante na formação de Toulmin nos anos 1940, quando Wittgenstein despertou a inovação na pesquisa sobre linguagem. Toulmin (2001, p. 20) declarou que “The most influential philosopher active at Cambridge in 1945 was Wittgenstein” [O filósofo mais influente ativo em Cambridge em 1945 foi Wittgenstein]. Wittgenstein é um dos autores mais referenciados por Toulmin, no seu livro *Return to Reason*, publicado em 2001.

7 O livro *An introduction to reasoning* foi escrito com outros dois autores, Richard Rieke e Allan Janik. Trata-se de um extenso manual sobre raciocínio geral em apertadas 435 páginas, praticamente sem referências, mas com muitos esquemas, resumos e exercícios. Utiliza-se a segunda edição publicada na cidade de New York, em 1984, pela Macmillan Publishing Co.

8 *Return to Reason* é o último livro de Toulmin antes do seu falecimento em 2009. Nesta obra, o autor destacou que, apesar de severamente atacado, o livro *The Uses of Argument* continuava a ser publicado pela Universidade de Cambridge, mesmo após uma vida de mais de quarenta anos. Assim, possui ainda o mérito e a influência na comunidade acadêmica. *Return to Reason* é uma ousada investigação acadêmica em que Toulmin busca demonstrar como compreender as origens do desequilíbrio das ideias de “racionalidade” e de “razoabilidade”. Ele inicia uma reflexão a partir do racionalismo da Inglaterra do século XVII, visando, ao mesmo tempo, “restabelecer o equilíbrio adequado entre Teoria e Prática, Lógica e Retórica, Racionalidade e Razoabilidade” (TOULMIN, 2001, p. 13, tradução livre).

9 Tradução livre, parcial, do trecho: “Juries to not publish their rebuttals. Once a unanimous decision is arrived at, we do not usually learn about the unsuccessful counterarguments in the jury. We know that there has been a genuine clash only when the jury cannot achieve consensus.” (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 306).

10 Antes do início da votação, cada um dos sete jurados recebe duas cédulas, feitas em papel opaco e facilmente dobráveis, uma contendo a palavra *sim* e outra, a palavra *não*. Após a leitura do quesito, o jurado deposita sua resposta em uma determinada urna, devendo a cédula não utilizada ser recolhida em urna distinta para assegurar o sigilo do voto (arts. 486 e 487, do CPP) (BRASIL, 1941, s.n.).

11 O juiz-presidente ou os oficiais de justiça poderiam saber sobre a unanimidade de votos durante o processo de retirada ou de reorganização das cédulas “sim” e “não”, mas nunca durante a contagem e publicação dos votos. O sigilo das votações

perguntas formuladas pode revelar o sucesso ou insucesso das alegações específicas das partes, apesar do jurado não justificar explicitamente os fundamentos fáticos ou jurídicos de suas decisões em um documento escrito. Deste modo, a teoria da argumentação de Toulmin merece alguma adaptação, tendo em vista o processo de votação no sistema jurídico brasileiro.

Outrossim, uma teoria argumentativa não dispensa a uma ontologia sobre a compreensão da realidade social. Para este trabalho, utiliza-se a investigação do filósofo norte-americano John Searle. Este autor expõe o conceito de *atos institucionais* como aqueles que requerem instituições humanas para sua existência, em contraste com os *atos brutos*, que, por sua vez, não necessitam nenhuma instituição humana para sua existência. Contudo, os atos brutos somente podem ser reconhecidos através da *linguagem* (SEARLE, 1995, p. 2; 2010, 10-11)¹². A compreensão sobre os objetos dependem de fenômenos mentais, ontologicamente subjetivos, mas que não impedem observações epistemicamente objetivas. A ontologia da realidade é socialmente criada ainda que se trate de atos brutos. A realidade, em última análise, é construída por instituições humanas¹³. Esta teoria ontológica reconhece que a intencionalidade individual é derivada da intencionalidade coletiva, ou seja, o indivíduo compartilha os valores intersubjetivamente experimentados (SEARLE, 1995, p. 11 e 24-25).

A experiência intersubjetiva é operacionalizada pela capacidade de reconhecimento de funções a objetos e pessoas, e depende da intencionalidade coletiva. Tal como os animais, seres humanos conseguem cooperar entre si, não apenas em ações, mas também em atitudes e crenças compartilhadas (SEARLE, 2010, p. 7-8). Desta forma, a instituição humana demanda um sistema de regras constitutivas. Este sistema, por sua vez, cria automaticamente a possibilidade de atos institucionais, que estabelece a realidade social como uma operação lógica-linguística. Por fim, para dá conta da enorme diversidade e complexidade da civilização humana, pode-se adotar uma estrutura formal de argumentação que contemple a forma recursiva das relações sociais. Para lidar com os resultados de aplicações anteriores e os com vários assuntos interligados, uma forma

deve ser preservado, ainda mais quando a técnica processual indica que, formada a maioria de mais de 3 (três) votos, a contagem é imediatamente interrompida, na forma do art. 483, §§1º e 2º do CPP (BRASIL, 1941, s.n.).

12 Como afirmou Searle (1995, p. 228, tradução livre), “A própria linguagem é uma estrutura institucional porque envolve a imposição de um tipo especial de função a entidades físicas brutas que não têm relação natural com essa função.” Desta forma, os sons e as marcas da linguagem são atos arbitrários que formam palavras, frases e enunciados que visam o desenvolvimento da capacidade humana de simbolizar estruturas institucionais como “dinheiro”, “propriedade”, “casamento”, “governo” e “universidades”.

13 A percepção humana é mediada pela linguagem, pois, os objetos em si não podem ser conhecidos. Os objetos somente podem ser compreendidos através da relação intersubjetiva entre os sujeitos cognoscentes. Por exemplo, não há oposição entre cultura e biologia. Biologia é a forma que a cultura toma, uma ontologia que inclui formas culturais e institucionais. Em verdade, “o que há de especial na cultura é a manifestação da intencionalidade coletiva e, em particular, a atribuição coletiva de funções a fenômenos onde a função não pode ser desempenhada apenas em virtude das características físicas puras dos fenômenos.” (SEARLE, 1995, p. 228, tradução livre).

simplificada de argumentação é necessária. O modelo Toulmin possui estas características, como se verá adiante.

3 O MODELO TOULMIN DE ARGUMENTAÇÃO

Toulmin, ao lado de Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, é considerado um dos precursores das atuais teorias da argumentação (ATIENZA, 2016, p. 253). Toulmin abandona a “lógica idealizada” de Aristóteles – que não se preocupa com a prática – e adota “uma lógica eficaz ou aplicada (*working logic*)” (ATIENZA, 2016, p. 100)¹⁴. Neste sentido, a argumentação não é apenas o produto de um evento comunicativo, mas é um processo orgânico. O padrão de raciocínio é representado pela regra de inferência constituída na relação entre “premissa” e “conclusão”. Esta relação inferencial, por sua vez, é justificada pela ideia de “garantia” (WALTON; REED; MACAGNO, 2008, p. 301). Toulmin compara os argumentos desenvolvidos em contextos extralegais a processos judiciais. As alegações são defendidas perante tribunais, as razões justificam as conclusões através de evidências lógicas sustentadas por outras evidências, chamadas de garantias. Portanto, o autor se ocupa com os procedimentos e com as categorias necessárias para articulação dos argumentos. Para o autor, a lógica é, essencialmente, retrospectiva e visa justificar as conclusões a que chegamos. A lógica é uma “jurisprudência generalizada”, que visa conservar os procedimentos e as categorias que operacionalizam as alegações (TOULMIN, 2006, p. 10).

O modelo Toulmin de argumentação reúne todos os elementos para construir um modelo normativo de fundamentação de decisão judicial, cuja premissa é o raciocínio jurisprudencial. Através de um *layout* ou um diagrama, extrai-se os elementos mínimos que deve conter um argumento. Como um organismo, o esquema do argumento possui uma estrutura bruta e anatômica e uma outra estrutura, mais fina ou fisiológica, que se ocupa com a validade ou a refutação dos argumentos (TOULMIN, 2006, p. 135). A estrutura anatômica poderia ser equiparada aos “problemas ético-normativos” da produção da prova judicial de fatos relevantes, que se ocupam com a admissibilidade e a produção de meios de prova. Por outro lado, a estrutura fisiológica diz respeito aos “problemas epistêmicos”, ou seja, a questão sobre o valor a ser atribuído às provas e como deve ser feita essa valoração¹⁵. Este modelo de argumentação possui elementos

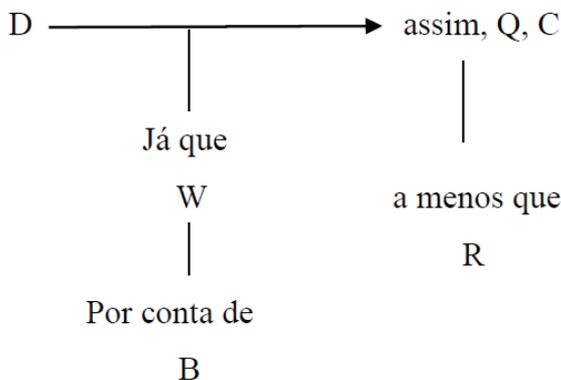
14 Toulmin vê as teorias filosóficas como importantes para resolver problemas práticos, não apenas para oferecer soluções formais, mas também porque “conferem significado prático e concreto às vidas de indivíduos, famílias e políticas comunitárias.” (TOULMIN, 2001, p. 214, tradução livre). Deste modo, a proposição de um modelo de argumentação não foca em questões estereis, mas, essencialmente, visa a resolução de problemas concretos e que dizem respeito à convivência social.

15 Para as noções de “problemas ético-normativos” e “problemas epistêmicos” de provas judiciais de fatos relevante ver Guerra, 2015, p. 1-2.

anatômicos e fisiológicos que expressam, de modo dinâmico, a validade, a admissibilidade, a falseabilidade (ou refutabilidade) e a força dos argumentos. O autor adota, em resumo, os seguintes elementos argumentativos: Premissa, Dado ou Razão (*D – datum*; ou *G – ground*), Pretensão ou Conclusão (*C – claim*); Garantia (*W – warrant*), respaldo (*B – backing*); Qualificador (*Q – qualifier*); e Refutação (*R – rebuttal*) (TOULMIN, 2003, p. 87-98; 2006, p. 135-152; TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 302-306).

Eis o esquema das estruturas argumentativas do modelo de Toulmin¹⁶:

Figura 1: Layout completo de argumento de Toulmin



Fonte: Toulmin (2006, p. 150).

O esquema pode ser assim resumido: “O dado *D* implica, necessariamente [*Q*]¹⁷, a conclusão *C*, já que a garantia *W* a sustenta [por sua vez, a garantia possui o apoio *B*], a menos que haja a refutação *R*, que afasta a regra de inferência”. O modelo Toulmin é uma estrutura argumentativa, não é uma teoria, não faz nada por si mesma. Deste modo, ele tem como objetivo a produção e a avaliação de argumentos em uma perspectiva filosófica (MERCIER; SPERBER, 2017, p. 344¹⁸). Trata-se de um esquema que resolve

16 Esquema extraído de Toulmin, 2006, p. 150, como tradução do esquema original em Toulmin, 2003, p. 97. O mesmo modelo consta em Toulmin, Reike e Janik, 1984, p. 125, em que o elemento *dado, datum* (*D*), é substituído por *razões, grounds* (*G*), contudo, possuem o mesmo significado de premissa menor que implica a *pretensão* ou a *conclusão, claim* (*C*).

17 O qualificador “necessariamente” é mais adequado nos casos de procedimentos criminais. Outros *qualifiers*, como “presumivelmente” e “provavelmente”, são utilizados em procedimentos de natureza civil ou administrativa.

18 Na perspectiva natural e evolutiva defendida por Hugo Mercier e Dan Sperber, as razões são para consumo social e constituem “uma adaptação ao nicho hipersocial que os humanos construíram para si próprios”, que se encaixam entre outros módulos de inferência intuitiva (MERCIER; SPERBER, 2017, p. 329, tradução livre). Deste modo, seres humanos, dotados de intuições e razões, relacionam-se entre si, através de um mecanismo de inferências e não através de sistemas bastante diferentes entre si, como defende, por exemplo, Daniel Kahneman (MERCIER; SPERBER, 2017, p. 7). As razões são entendidas como ferramenta de interação social. As razões podem não ser perfeitas, mas, por si só, também não são falhas. As razões são fruto de um complexo e desenvolvido sistema que acompanhou a evolução humana (MERCIER; SPERBER, 2017, p. 331).

problemas de cunho prático a respeito de questões gerais da argumentação.

Inicia-se a partir da inferência entre premissa (*D*) e conclusão (*C*)¹⁹. O argumento é compreendido por uma sentença inicial: “se *D*, então *C*”. Na seara criminal, os investigadores costumam realizar, a todo momento, estas relações de inferência na construção de um caso a ser apresentado em juízo. Neste ambiente, as principais fontes de informações são o testemunho ocular ou presencial, e as evidências de DNA (DI BELLO; VERHEIJ, 2018, p. 448-450). Deste modo, os argumentos são, em geral, construídos tendo em vista as razões de apoio e de ataque. Por exemplo, as premissas: “a testemunha *A* afirmou ter visto o suspeito na cena de crime” e/ou “o perfil de DNA encontrado na cena de crime corresponde com o do suspeito”, induzem à conclusão: “o suspeito estava na cena do crime”.

A estrutura “dado *D* implica a conclusão *C*” é um esquema comum da lógica, em que a premissa menor implica a premissa maior. Contudo, a inovação do modelo Toulmin reside na solução a um questionamento: o que justifica a passagem entre o precedente *D* e o conseqüente *C*? Para responder ao desafio, Toulmin introduz seu conceito de *warrant* (garantia), elemento chave do seu esquema de argumentação. O autor extraiu a ideia de *warrant* (garantia) do conceito de *inference-tickets* desenvolvido por Ryle (GUERRA, 2015, p. xi). Ryle explica que os enunciados legais podem ser verdadeiros ou falsos, mas não declaram a verdade ou a falsidade da mesma forma que os enunciados fáticos. As normas jurídicas funcionam como *inference-tickets* ou inferências autorizativas que possibilitam a passagem de enunciados factuais a outros enunciados factuais (RYLE, 2009, p. 105). *Inference-tickets* estabelecem algo que deve ser ou que necessariamente é em determinadas situações. Portanto, as inferências autorizativas justificam o funcionamento de uma inferência argumentativa entre premissa menor e conclusão. Esta é, em síntese, a ideia geral que inspira o elemento argumentativo *warrant* (garantia)²⁰.

A garantia fornece suporte genuíno, solidez e confiabilidade na relação entre dados e conclusão. Esta estrutura resulta de “leis da natureza, princípios legais e estatutos, regras de ouro, fórmulas de engenharia e assim por diante”, que autorizam a passagem dos dados à conclusão (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 26, tradução livre). Por exemplo, no caso da testemunha ocular de um delito, os elementos cruciais da sua garantia são as “razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade” (art. 203, última parte, do CPP) (BRASIL, 1941, s.n.). Portanto, trata-se de uma regra estabelecida em lei. Sendo assim, para o dado *D* “a testemunha

19 Como explica Marcelo Guerra (2015, p. 75), a “relação inferencial que se verifica entre premissa e conclusão de um argumento ocorre, na realidade, entre duas crenças (no caso de argumentos empíricos) e não entre dois fatos, nem entre um fato que serve como razão para uma crença.” Para o conceito de crença: Guerra, 2015, p. 29.

20 De forma semelhante, explicando a teoria de argumentação de Toulmin, Manuel Atienza (2016, p. 104) menciona que as garantias são “regras que permitem ou autorizam a passagem de uns enunciados a outros.”

A afirmou ter visto o suspeito na cena de crime”, que induz a conclusão *C* “o suspeito estava na cena do crime”, demanda a garantia *W*, ou seja, as razões de sua ciência ou as circunstâncias que denotam a credibilidade da alegação. Por exemplo, “a *testemunha A* acompanhava a vítima no momento do delito” e “a *testemunha A* não teve impedimento relevante para identificar o suspeito”. Os dados são as premissas de uma conclusão, enquanto as garantias expressam a regra de inferência, uma generalização ligando as premissas à conclusão (FREEMAN, 2005, p. 83). No caso, o fato da *testemunha A* acompanhar a vítima autoriza a passagem entre o fato da testemunha ter visto o suspeito e a conclusão de que o suspeito estava no local de crime.

A generalização provocada pela garantia *W* pode ser contestada. O esquema argumentativo de Toulmin estabelece o apoio ou a confiabilidade da garantia, que se denomina respaldo ou suporte (*backing – B*). Deste modo, *backings* são os avais “sem os quais nem as próprias garantias teriam autoridade ou vigência” (TOULMIN, 2006, p. 148). É possível que a garantia não seja desafiada, e, neste caso, seu apoio já estaria subtendido. Contudo, se a garantia é questionada, deve-se demonstrar o seu suporte ou apoio para avaliação de sua validade, segurança e credibilidade (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 26). A relação entre a garantia e o apoio não é uma implicação do tipo premissa-conclusão, mas de fortalecimento da garantia pelo apoio (FREEMAN, 2005, p. 377). Por exemplo, para apoiar a garantia “a *testemunha A* acompanhava a vítima no momento do delito” pode-se deduzir os seguintes enunciados: “outras pessoas mencionaram que a *testemunha A* estava com a vítima”, e “os primeiros policiais que chegaram na cena do crime coletaram a informação de que a *testemunha A* estava na companhia da vítima.” Assim, demonstra-se que o apoio *B* visa justificar a credibilidade da garantia *W*²¹.

Por sua vez, na relação entre o dado *D* e a conclusão *C*, pode ocorrer que um elemento qualifique o grau de probabilidade de uma crença²². Assim, “pode ser preciso acres-

21 O desafio pode ser renovado para questionar a pertinência do *apoio*. A reiteração de “desafios” gera a regressão ao infinito, na medida em que os suportes subsequentes podem ser questionados. A regressão ao infinito é encerrada através de uma convenção arbitrária estabelecida pela comunidade que limita um determinado *campo de argumento*. Sobre *campos de argumento e modais*, vide Toulmin, 2006, p. 15-54. “Diz-se que dois argumentos pertencem ao mesmo campo quando os dados e as conclusões em cada um dos dois argumentos são, respectivamente, do mesmo tipo lógico; diz-se que eles vêm de campos diferentes quando o suporte ou as conclusões de cada um dos dois argumentos não são do mesmo tipo lógico.” (TOULMIN, 2016, p. 20). Para encerrar a regressão ao infinito, leva-se em consideração os critérios ou os motivos necessários para validade e credibilidade dos apoios e das garantias de um determinado campo de argumento; e as regras procedimentais que limitam o desenvolvimento do processo argumentativo. Assim, a argumentação encerra-se por disposições arbitrárias mediadas pela linguagem.

22 Searle define crença como “um compromisso com a verdade”, enquanto desejo “é um compromisso com a satisfação” e intenção, “um compromisso com a ação” (SEARLE, 2010, 88-89, tradução livre). O compromisso com a verdade é, essencialmente, uma tarefa filosófica, mas também é uma atividade psicológica. Deste modo, a crença é diferente da explicação, para a qual basta a justificação da relação entre causa e efeito. A crença sobre um fato relevante se opera através da justificativa em relação a outra crença. Portanto, uma crença não justifica fatos, mas, sim, outra crença sobre fato relevante. Acreditar em algo é, essencialmente, estar disposto a agir como se a coisa representada fosse real. A relação epistêmica não se dá entre fatos e, sim, entre crenças. Em outros termos, “uma crença consiste num conjunto de disposições a agir

centar alguma referência explícita ao grau de força que nossos dados conferem à nossa alegação em virtude de nossa garantia” (TOULMIN, 2006, p. 145). Os qualificadores são *standards* probatórios²³ na forma de advérbios, que adequam a força argumentativa: “necessariamente”, “provavelmente”, “presumivelmente” etc. Por exemplo, o qualificador “necessariamente” expressa os casos em que a garantia da relação inferencial é inequívoca, e fica mais próximo do *standard* probatório “prova além de dúvida razoável”.

Por fim, logo abaixo do qualificador, que modula a força da regra de inferência, está *rebuttal R*, que expressa as condições de exceção ou de refutação. Tal como a garantia *W*, a refutação *R* faz referência direta à relação de inferência entre o dado *D* e a conclusão *C*. A refutação indica as circunstâncias nas quais a garantia não possui relevância ou deve ser ignorada (TOULMIN, 2006, p. 145). Em geral, a legislação criminal fornece um conjunto de contestações jurídicas que visam anular ou diminuir a força das inferências acusatórias (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 306). É a principal matéria-prima dos operadores do direito, profissionais especializados em identificar o sistema de refutações válidas para contestar argumentos jurídicos. É também a principal preocupação de investigadores na ordenação de casos criminais, em especial, quando há evidências conflitantes.

Na estrutura argumentativa, os debates giram em torno das razões contra e a favor de uma determinada conclusão. Os ataques aos argumentos podem ser realizados através da refutação, redução ou neutralização, que expressam, em conjunto, a ideia de *rebuttal (R)*. A refutação mais comum é a negação da crença sobre um fato relevante, que, por sua vez, afasta a conclusão. A redução e a neutralização são o ataque à justificação da regra de inferência, ou seja, à garantia e seu apoio, diminuindo sua força ou afastando a sua capacidade de justificação (DI BELLO; VERHEIJ, 2018, p. 454). Recapitulando o exemplo: o dado *D*, “a testemunha *A* afirmou ter visto o suspeito na cena de crime”, induz a conclusão *C*, “o suspeito estava na cena do crime”, justificada pela garantia *W*, “a testemunha *A* acompanhava a vítima no momento do delito”, por sua vez, apoiada por *B*, “outras pessoas mencionaram que a testemunha *A* estava com a vítima”. A refutação *R* pode ser a negação do dado *D*: “a testemunha *A* não viu o suspeito na cena do crime”. Contudo, *R* não ataca a garantia e o apoio, de modo que, dificilmente, será uma refutação convincente. Por outro lado, uma refutação *R* pode desconstituir a garantia e

de um sujeito como se fosse real determinado fato ou estado de coisas que, na crença em si, comparece apenas mental ou internamente ‘representado’ pelo sujeito mesmo que experimenta a crença.” (GUERRA, 2015, p. 29). A ideia de crença é, normalmente, representada como “convencimento” ou “convicção judicial” (GUERRA, 2015, p. 17).

23 Segundo Guerra (2015, p. 91), a “noção de estandar probatório é trivialmente definível como mero desdobramento da noção de força probatória.” Contudo, essa noção não possui nada de trivial, pois, esconde “um dos mais graves problemas relacionados à fundamentação das decisões judiciais” (GUERRA, 2015, p. 91). Guerra (2015, p. 92) afirma que o direito brasileiro não define e nem poderia definir nenhum *standard* para o processo judicial. Trata-se de um problema que deve ser resolvido pela doutrina, sob pena das decisões judiciais incorrerem em critérios exclusivamente discricionários.

seu apoio, aduzindo que a *testemunha A* mentiu em razão de um determinado interesse pessoal comprovado de forma convincente. De outra forma a refutação *R* pode introduzir outras crenças de fatos relevantes que anulam a validade da regra de inferência, como seria o caso de ter o agente agido em legítima defesa.

4 ARGUMENTAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO

A argumentação perante o júri²⁴ utiliza, essencialmente, a Retórica, enquanto técnica de bem falar ou de se comunicar de forma persuasiva. O efeito da argumentação é, para Perelman e Olbrechts-Tyteca (2014, p. 18), a “adesão dos espíritos” entre orador (promotor de justiça e advogado ou defensor público) e interlocutores (juiz ou jurados). O orador busca a adesão do interlocutor, o apreço de seu convencimento, por sua participação mental, e se interessa pelo seu estado de espírito²⁵. Contudo, a Retórica não está em conflito com a Lógica. A Lógica não é “a demonstração formal de verdades”, e a Retórica não é “a venda enganosa de falsidades” (TOULMIN, 2001, p. 12, tradução livre). Na primeira metade do século XVII, privilegiou-se a verdade apenas no âmbito das ciências e da filosofia natural. As leis da física foram um assunto que despertou o interesse obsessivo de Thomas Hobbes na década de 1630. Hobbes declarou que o mundo real poderia ser conhecido através da física. Isto influenciou o autor na primeira edição de sua obra mais conhecida, o *Leviathan*, que atacou a Retórica e a classificou como uma matéria preocupada em verificar as “Consequências das Paixões dos Homens” (Capítulo IX). Contudo, em uma nova edição, Hobbes reclassificou a Retórica, junto com a Lógica, como “Consequências da Fala”, matérias que surgem da contemplação do homem e de suas faculdades (TOULMIN, 2001, p. 164-165). Assim, Hobbes reconhece a Retórica como “a análise lógica dos argumentos na estrutura mais ampla da argumentação” (TOULMIN, 2001, p. 165, tradução livre). Como sintetizou Toulmin:

Se você apresentar uma linha de raciocínio de maneira vigorosa e vívida, você não procurará convencer seus ouvintes despertando suas paixões; em vez disso, você tenta dar a eles uma compreensão mais completa e fácil de suas afirmações substantivas. Truques retóricos são ocasionalmente usados para fugir ou ocultar um ponto

24 O Tribunal do Júri é órgão do Poder Judiciário responsável pelo julgamento dos crimes dolosos contra a vida (homicídio doloso, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto). A instituição do júri é organizada, principalmente, no Código de Processo Penal, que dispõe sobre competência, suspeição dos jurados, procedimento, nulidades, recursos e forma execução das penas (BRASIL, 1941).

25 Na verdade, a Retórica não se afasta da Lógica aristotélica: o discurso persuasivo visa mover as pessoas até um determinado ponto, é “a arte de convencer as pessoas a fazerem algo que não fariam caso não fosse pedido” (BORG, 2011, p. 18). Portanto, a persuasão exige que do interlocutor uma ação, uma tomada de atitude.

substantivo, mas isso mais uma vez é uma questão do que pode acontecer, não do que deve acontecer: no geral, o ato de argumentar ainda tem o duplo papel de prender a atenção dos ouvintes e usar isso para convencê-los de uma reivindicação bem fundada. (TOULMIN, 2001, p. 165, tradução livre)²⁶

Assim, as técnicas que visam aumentar a adesão dos julgadores aos argumentos propostos são importantes²⁷. Contudo, ainda mais relevante é a construção de um conjunto de argumentos bem fundamentados. Como explica Gadamer (2013, p. 433), a “ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto.” A decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos é passível de anulação, conforme o art. 593, inciso III, letra *d*, do CPP (BRASIL, 1941, s.n.). A decisão do Júri pode ser auditada e seus fundamentos revelados de forma retrospectiva através da adesão ou rejeição dos argumentos expostos pelas partes. O conjunto de argumentos materializado nos autos deve justificar de forma ética a decisão dos jurados.

Em geral, os oradores se preparam para a sessão de julgamento em três etapas: (1) organização e memorização de dados²⁸; (2) análise da prova e escolha dos argumentos; e (3) planejamento do discurso. Fórmulas de persuasão do tipo “*SEP: Sinceridade + Em-*

26 Tradução livre do trecho: “If you present a train of reasoning forcibly and vividly, you do not seek to convince your hearers by arousing their passions; instead, you try to give them a fuller and easier grasp of your substantive claims. Rhetorical tricks are on occasion used to evade or conceal a substantive point, but that once again is a matter of what *may* happen, not what *must* happen: overall, the act of arguing still has the dual role of seizing the hearers’ attention and using this to convince them of a well-founded claim.” (TOULMIN, 2001, p. 165)

27 Além dos ensaios e manuais sobre técnicas de argumentação, referenciados neste trabalho (TRAINING, 2012; GARÇON, 2002; e BORG, 2011), estão disponíveis, no mercado editorial brasileiro, outros, entre os quais: CARNEGIE, Dale, *Como falar em público e encantar as pessoas*. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Sextante, 2020; SCOTT, Adams, *Ganhar de Lavada: persuasão em um mundo onde os fatos não importam*. Tradução: Alessandra Bonrrunquer, 1 ed. Rio de Janeiro: Record, 2018; CUDDY, Amy, *O Poder da Presença: como a linguagem corporal pode ajudar você a aumentar sua autoconfiança*. Tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2016; ANDERSON, Cris, *TED Talks: o guia oficial do TED para falar em público*. Tradução: Donaldson Garschagen e Renata Guerra, 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016; e GALLO, Carmine, *TED falar, convencer, emocionar: como se apresentar para grandes plateias*. Tradução: Cristina Yamagami. São Paulo: Saraiva, 2014. Trata-se de ensaios estrangeiros, em geral, destituídos de referências bibliográficas. Apesar, o conteúdo destes livros não pode ser desprezado. Na verdade, são obras bastante instrutivas e úteis para aqueles que visam melhorar as habilidades de oratória e argumentação.

28 É constrangedor revelar aos jurados que teve um lapso de memória e que precisa procurar uma informação importante e urgente para comprovar o que acabou de alegar. O principal material é a prova dos autos. Tudo é importante. O conhecimento profundo da prova é essencial. Se o orador for capaz de preencher o tempo com a demonstração das provas e dos principais argumentos, a maior parte do trabalho já estará feito, antes mesmos de iniciar a sessão de julgamento. O estudo dos autos pode ser realizado em três etapas: uma primeira leitura superficial e rápida; uma segunda leitura mais aprofundada; e uma terceira, na qual se decide o que será postulado no julgamento. Não há uma quantidade certa de leituras. O mais importante é que nada reste despercebido. O pior cenário é ser surpreendido com uma informação desconhecida, desprezada ou esquecida. É sempre útil conhecer todas as provas para debater a real dimensão de sua importância. James Borg (2011, p. 93) sugere uma técnica de ensaio e recuperação de informações: observar, demonstrar interesse em reter a informação, criar uma associação e registrar na memória. Ainda que se utilize tecnologias de apresentação de conteúdo, como retroprojektor, ou que se tenha a mão todos os dados do processo, os jurados ficarão impressionados e convictos se o orador conseguir indicar nos autos a prova que sustenta suas alegações, sem recorrer a anotações ou esquemas.

*patia = Persuasão*²⁹ são interessantes para maximizar a retórica, contudo não afastam a necessidade de bons argumentos. Uma boa apresentação sempre estará mais na cabeça do que no “coração”. Criar empatia é mais um processo racional do que emocional. É preciso fazer algo extremamente antinatural parecer o mais natural possível. Como em qualquer prática, o que se vê no exterior é apenas uma fração do que realmente está acontecendo (TRAINING, 2012, p. 17-18). Portanto, o planejamento e o autocontrole são imprescindíveis em qualquer projeto argumentativo. Trata-se mais de trabalho e de uma certa dose de sorte do que simplesmente talento. Algumas pessoas possuem mais facilidade do que outras em determinadas atividades. Contudo, são raros os casos em que se conseguirá desenvolver uma oratória de impacto se não houver um mínimo de elaboração. Planejamento é um método intuitivo natural, que não exige nenhuma sofisticação³⁰. Ter os melhores argumentos, mas sem organização, pode levar a um trabalho mais desgastante. A causa pode se perder em um discurso mal executado, repetitivo, enfadonho de aspecto pouco convincente³¹.

A escolha dos argumentos depende dos cenários que se pretende defender. Pesquisas concluíram que “os júris não se empenham em análises detalhadas dos fatos e das provas que lhes competem, mas usam tipicamente ‘histórias’, com o escopo de organizar os elementos de prova apresentados em audiência” (TARUFFO, 2016, p. 85). Em outros termos, “os cenários são melhores para oferecer uma interpretação coerente e holística de grandes corpos de evidências” (DI BELLO; VERHEIJ, 2018, p. 451, tradução livre). Os cenários são grupos coerentes de eventos, ordenados no tempo e com relações causais. Os jurados não seguem uma metodologia analítica para formulação de suas decisões, preferindo a reconstrução dos fatos segundo uma narrativa boa e verdadeira (TARUFFO, 2016, p. 218). A concepção holística é fundamental para que os jurados possam construir suas próprias narrativas, segundo o esquema de estereótipos, *scripts* e situações que fazem parte do seu *stock of knowledge* (conjunto de conhecimentos), de

29 James Borg (2011, p. 23) defende que os elementos básicos de um orador persuasivo são: *ethos* (ética, caráter e reputação); *pathos* (apelo emocional); e *logos* (lógica). Deste modo, a sinceridade (fonte de credibilidade) e a empatia (habilidade de identificar e compreender os sentimentos) auxiliam uma persuasão bem-sucedida.

30 Maurice Garçon explica que o plano de trabalho perante um tribunal pode ser “reduzido a um simples e muito breve esquema” e que o documento pode ser útil para consulta e para assegurar que não nos afastemos do necessário e não se esqueça do principal (GARÇON, 2002, p. 204). O plano pode ser simplificado na seguinte fórmula: “Diga-lhes o que você vai lhes dizer. Diga-lhes. Então, diga o que lhes disse. Uma apresentação estruturada dessa forma terá abertura, meio e encerramento.” (TRAINING, 2012, p. 16).

31 A desproporção das partes pode prejudicar a perspectiva e o essencial pode desaparecer numa variedade de pormenores indiferentes ao desenvolvimento das ideias, abandonando a ordem lógica e aborrecendo os julgadores (GARÇON, 2002, pág. 192). Pensa-se bem mais rápido do que se fala. As pesquisas demonstram que se pode falar, em média, de 120 a 150 palavras por minuto, enquanto se pensa, em média, de 600 a 800 palavras por minutos (BORG, 2011, p. 29). Quando os dados não estão dispostos em um plano de ação, o expositor costuma falar menos do que pensou. Muitas informações importantes podem não ser demonstradas aos jurados, quando o orador confiou, erroneamente, que as utilizou e que entraram na esfera de conhecimento dos julgadores. Portanto, não é preciso ter pressa no desenvolvimento do discurso, se o objetivo é demonstrar os elementos de prova ou sustentar os argumentos mais contundentes que levem o júri a decidir conforme a tese sugerida.

modo que os jurados acabam por formar suas convicções através daquilo que “julgam normal e verossímil” (TARUFFO, 2016, p. 219). Não há nada de errado nisso.

As evidências probatórias, produzidas na investigação e na instrução judicial, são a matéria-prima dos cenários apresentados pelas partes. Trata-se das razões ou dos dados no modelo Toulmin de argumentação. A fonte mais frequente de razões é o depoimento de testemunhas, em especial, daquelas que possuem conhecimento de primeira mão sobre algum assunto em disputa. O testemunho mais equilibrado é aquele submetido ao processo de interrogatório cruzado, em que as partes podem testar a credibilidade e a consistência do seu conteúdo. Sendo assim, o depoimento obtém legitimidade formal, adquire aparência de admissibilidade e autenticidade, e age de modo suficiente para justificar a crença em outros fatos relevantes (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 302). Evidências físicas de diversos tipos também podem constituir razões ou dados. Entre elas estão documentos, manchas de sangue, armas, impressões digitais, fotografias, gravações, materiais recolhidos em local de crime, ou de acidente e outros objetos que podem colaborar para sustentar uma conclusão ou alegação (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 303).

Toulmin pensou testemunhos pessoais e evidências físicas como dados ou razões que implicam em uma crença a respeito de outros enunciados fáticos. Por outro lado, as garantias são as fórmulas que sustentam a credibilidade dos testemunhos pessoais e das evidências físicas, e que, ao mesmo tempo, autorizam a passagem de crenças sobre fatos relevantes para uma conclusão. A garantia sobre o testemunho pessoal responde às perguntas “como ele o vê?” e “para quais propósitos da lei?”. Quando as testemunhas têm seus depoimentos testados, material suficiente é gerado para o juiz e para o júri decidir sobre um conjunto de crenças que resolverá a disputa (TOULMIN; RIEKE; JANIK, 1984, p. 303).

O modelo de argumentação pode ser utilizado para demonstrar cenários a serem visualizados pelos jurados. Contudo, as exigências da alteridade, os fatores diferenciais do Tribunal do Júri e as pré-compreensões, que são expressas na legislação pátria, exigem uma certa adaptação do modelo argumentativo, sem o desconfigurar. No ordenamento brasileiro, cabe ao juiz monocrático realizar a admissão da acusação na forma de uma sentença, denominada de *pronúncia* (art. 413, do CPP) (BRASIL, 1941, s.n.). Nos Estados Unidos da América, a admissibilidade do caso criminal é tarefa do *Grand Jury*, que funciona no início do procedimento para definir quais acusações podem ser apresentadas perante um tribunal (USA, 1944, s.n.)³². No Brasil, as teses acusatórias

32 Estipula a *Rule 6, a, 1*, da *Federal Rules of Criminal Procedure, Title 18, US Code*: “*In General*. When the public interest so requires, the court must order that one or more grand juries be summoned. A grand jury must have 16 to 23 members, and the court must order that enough legally qualified persons be summoned to meet this requirement.”

são submetidas a uma fase de instrução probatória perante um juiz monocrático que, ao final, decide sobre a plausibilidade das alegações e das refutações apresentadas pelas partes, e autoriza ou não a submissão do caso ao Tribunal do Júri. É reaberta a produção de novas evidências durante o julgamento pelo júri, mas, existe a possibilidade das evidências nesta fase se limitarem ao interrogatório do acusado perante os jurados, na forma do art. 474, do CPP (BRASIL, 1941, s.n.). Deste modo, em grande medida, a construção e a validação das estruturas argumentativas são desenvolvidas na primeira fase do procedimento dos processos relativos aos crimes da competência do Tribunal do Júri. Isto demonstra que as fases de investigação criminal e de instrução processual são relevantes para consolidar os esquemas argumentativos da fase de julgamento pelo Tribunal do Júri.

Ademais, o procedimento do júri brasileiro estipula uma técnica de questionário, em que os jurados devem responder uma série de perguntas previamente estabelecidas na forma dos arts. 482 e seguintes, CPP. Dita o art. 482 que o “Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.” (BRASIL, 1941, s.n.). Conforme o art. 484, os quesitos são formulados na seguinte ordem sequencial e: (i) sobre a materialidade do fato; (ii) sobre a autoria do crime ou a sua participação; (iii) se o acusado deve ser absolvido; (iv) se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa; (v) se existem circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (BRASIL, 1941, s.n.).

Deste modo, utilizando o modelo de argumentação, a resposta do questionário poderia corresponder aos dados que implicam às conclusões sustentadas pelas partes. Por exemplo, o dado *D*: “No dia [...], na rua [...], por volta das [...] horas, João [...] sofreu disparos de arma de fogo que resultaram na sua morte” corresponde à conclusão *C*: “Ocorreu um crime de morte”, portanto, está demonstrada a materialidade delitiva. A assertiva *D*: Francisco [...] efetuou disparo de arma de fogo contra João [...]” ajusta-se à conclusão “Francisco [...] é o autor do crime”, portanto, está anunciada a autoria. Se ocorre o dado *D*: “o jurado absolve o acusado”, então a conclusão é “o réu deve ser absolvido” (o contrário também ocorre: “o jurado não absolve o acusado” corresponde à conclusão “o réu deve ser condenado”). No caso de condenação, o dado *D*: “Francisco [...] cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima” (causa de diminuição de pena) atrai a conclusão *C*: “A pena deve ser reduzida de um sexto a um terço” (art. 121, §1º, do Código Penal – CP). Ainda em caso de condenação, o dado *D*: “Francisco [...] cometeu o crime utilizando recurso que dificultou a defesa da vítima” (circunstância qualificadora) corresponde a conclusão *C*: “Deve ser atribuída uma pena prevista ao crime de homicídio qualificado” (art. 121, §2º,

inciso IV, do CP). O dado *D*: “o crime foi praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos” (causa de aumento de pena) encaixa-se na conclusão *C*: “a pena é aumentada em 1/3 (um terço)” (art. 121, §4º, inciso IV, última parte, do CP) (BRASIL, 1940, s.n.).

O modelo Toulmin serve para evidenciar, inicialmente, a arquitetura exterior dos quesitos, enquanto cenários das circunstâncias do delito. Por sua vez, os cenários são justificados pelo conjunto probatório que sustenta a passagem entre as razões e as conclusões. Neste caso, o que para Toulmin seriam razões (testemunhos pessoais e evidências físicas), na estrutura legal de quesitos da legislação brasileira, seriam garantias *W* – *warrants*, na medida em que o conjunto das provas permite a passagem das razões *D* para as alegações *C*.

Assim, as evidências probatórias podem ser reorganizadas ora como razões, ora como garantias, a partir de sentenças simples. O dado *D* “a testemunha *A* afirmou ter visto o suspeito na cena de crime” reflete na conclusão *C* “o suspeito estava na cena do crime”. Esta regra de inferência expressa o contexto de justificação³³ para o quesito da autoria: dado *D*: “Francisco [...] efetuou disparo de arma de fogo contra João” condiz, necessariamente, com a conclusão “Francisco [...] é o autor do crime”, já que “a testemunha *A* afirmou ter visto o suspeito na cena de crime”, apoiada na evidência de que “outras pessoas mencionaram que a testemunha *A* estava com a vítima”. Assim, o testemunho de *A* sustenta a regra de inferência relacionada à autoria.

O modelo Toulmin também auxilia na identificação das estruturas argumentativas diante de evidências contraditórias. Por exemplo, o ataque (*rebuttal*) à garantia pode se dar pela afirmação “a testemunha *A* está mentindo”. A refutação, em si mesma, é um dado que busca uma conclusão *C*: “a testemunha *A* não viu o suspeito na cena do crime”, justificada por uma garantia *W*: “a testemunha *B* afirmou que a testemunha *A* não estava no local do crime”. Contudo, a própria refutação pode ser atacada com a afirmação *R*: “a testemunha *B* está mentindo, já que tem interesse na absolvição de Francisco, por ser integrante do mesmo grupo criminoso de Francisco, portanto, a testemunha *A* diz a verdade”. A solução para esta controvérsia será resolvida em favor daquele argumento que possuir o melhor suporte para a garantia de razões ou para as refutações.

Deste modo, vê-se que o modelo argumentativo de Toulmin expressa a estrutura básica que pode ficar ainda mais complexa a depender das linhas argumentativas em torno de garantias (*W*), suportes (*B*) e refutações (*R*). Em síntese, “derrotar os argu-

33 Atienza (2016, p. 5) explica que, na filosofia da ciência, distingue-se *contexto de descoberta* (atividade de anunciar uma teoria não suscetível de uma análise de tipo lógico) e *contexto de justificação* (procedimento de justificação ou validação de uma teoria, confrontando-a com crenças sobre fatos, portanto, exige uma análise sob as regras do método científico. O contexto de descoberta, normalmente confundido com as “primeiras impressões”, pode ser relevante para fixação de uma decisão não-jurídica. Contudo, no campo jurídico, a sentença sobre uma controvérsia judicial deve ser suficientemente justificada. Portanto, uma prática jurídica somente pode ter validade dentro do contexto de justificação (ATIENZA, 2016, p. 134 e 263-264).

mentos de ataque é o critério para cumprir o padrão de prova” (DI BELLO; VERHEIJ, 2018, p. 480, tradução livre). Com o objetivo de estabelecer a culpa do suspeito além da dúvida razoável, devem ser derrotados todos os ataques contra a conclusão de que o acusado é culpado. Por outro lado, vencer todos os ataques com “certeza absoluta” seria esperar demais. Assim, “de forma mais realista, todos os ataques devem ser derrotados de forma quase definitiva” (DI BELLO; VERHEIJ, 2018, p. 480, tradução livre). Isto significa que a prova da culpa deve ser razoável, possuir verossimilhança e legitimidade procedimental. A forma “quase definitiva” corresponde ao elemento modal do esquema Toulmin denominado *qualifier* – qualificador *Q*, ou seja, a estrutura argumentativa na forma do advérbio “necessariamente”, que fica ao lado da conclusão *C*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pleiteou no início, o objetivo deste trabalho era proporcionar uma ferramenta para lidar com o ambiente do Tribunal do Júri. Logo se verificou que o modelo Toulmin de argumentação não faz nada por si só. Não proporciona soluções para casos concretos, apenas apresenta uma estrutura de argumentação em que é possível identificar alguns elementos essenciais. A regra de inferência, entre dados (*D*) e conclusão (*C*), é amparada pelas garantias (*W*) e seus apoios (*B*), que, por sua vez, precisa ser confrontada com as refutações (*R*), e, modelada pelo qualificador (*Q*), que expressa a sua força argumentativa.

Este esquema possui a virtude de alocar as evidências contraditórias em linhas argumentativas simples e, ao mesmo tempo, bem articuladas. A visualização da posição de cada elemento de persuasão pode ser útil para a montagem de argumentos convincentes. Portanto, é propício à preparação dos dados, ao planejamento e à execução do discurso perante o júri. O modelo Toulmin serve para uma Retórica prática, compromissada com a verdade e, naturalmente, com a justiça, longe de ser um projeto voltado a produção de enganos e falsidades. Aliás, é justamente o que combate qualquer modelo sério de argumentação.

Contudo, devem ser consideradas algumas questões metodológicas para viabilizar a aplicação deste esquema argumentativo no Brasil. É preciso respeitar a alteridade e considerar que *jurisculturas* diferentes não podem implicar os mesmos resultados. Ademais, deve-se considerar que a construção da realidade social depende de uma intencionalidade coletiva, de modo que a instituição humana demanda um sistema particular de regras constitutivas.

No caso do júri brasileiro, o parâmetro a ser seguido é a maneira de formulação dos quesitos a serem respondidos pelos jurados no final dos debates. Trata-se de uma etapa em que perguntas, pré-estabelecidas em lei, são submetidas ao júri, determinando o

resultado do julgamento. Os quesitos podem ser reconstruídos através dos elementos essenciais do modelo Toulmin de argumentação. A argumentação visa a obtenção dos resultados. Portanto, nada mais apropriado do que focar a organização dos dados em esquemas argumentativos. Sob o aspecto prático, o modelo de argumentação idealizado por Toulmin se mostra útil aos operadores do direito no cotidiano forense do Tribunal do Júri.

THE TOULMIN MODEL OF ARGUMENTATION AND THE JURY TRIAL

ABSTRACT

The article seeks to investigate how the Toulmin model of argumentation could be applied at the trial stage by the Jury. As a methodology, a bibliographic search is used in books and scientific articles on the argument layout presented in the book *The Uses of Argument*. As a result, the essential elements of the argument are verified. The rule of inference, between *datum* (*D*) and *conclusion* (*C*), is justified by the *warrants* (*W*) and their *backing* (*B*), which, in turn, needs to be confronted with the *rebuttals* (*R*) and modeled by the *qualifier* (*Q*). This structure of argumentation can be used to justify the rules of inference that are extracted in the form of the questions submitted to the jury, through which they pronounce the result of the trial.

Keywords: Toulmin Model of Argumentation. Jury Trial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito:** teoria da argumentação jurídica. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- BORG, James. **A Arte da Persuasão:** consiga tudo o que quer sem precisar pedir. Tradução: Gustavo Mesquita. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. [Código Penal (1940)]. **Código de Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.
- BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.
- DI BELLO, Marcello; VERHEIJ, Bart. Evidential Reasoning. *In* BONGIOVANNI,

Giorgio *et. Alli* (ed.). **Handbook of Legal Reasoning and Argumentation**. Dordrecht, The Netherlands: Springer, p. 447-493, 2018.

FREEMAN, James B. **Acceptable Premises**: an epistemic approach to an informal logic problem. New York: Cambridge University Press, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 13ª ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

GARÇON, Maurice. **Ensaio sobre a Eloquência Judiciária**. Tradução: Amilcare Carletti. Campinas: Servanda, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial**: Uma Introdução. Boulesis Editora, 2015.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The Enigma of Reason**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

PERELMAN, Chaïm; e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

RYLE, Gilbert. **The Concept of Mind**. New York: Routledge, 2009.

SEARLE, John R. **Making the Social World**: the structure of human civilization. Oxford, New York: Oxford University Press, 2010.

SEARLE, John R. **The Construction of Social Reality**. New York: The Free Press, 1995.

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Victor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. 2 ed. Tradução: Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (Col. Ferramentas).

TOULMIN, Stephen. **Return to Reason**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

TOULMIN, Stephen. **The Use of Argument**. New York: Cambridge University Press, 2003.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. **An Introduction to Reasoning**. 2nd ed. New York: Macmillan Publishing Co., 1984.

TRAINING, Dale Carnegie. **Como Falar em Público e Encantar as Pessoas**. Tradução: Antônio Carlos Vilela. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2012.

USA. [Federal Rules of Criminal Procedure (1944)]. **United State Code, Title 18, Federal Rules of Criminal Procedure**. Washington, DC: Office of the Law Revision Counsel, [2020]. Disponível em: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/title18a/node35&edition=prelim>. Acesso em: 12 fev. 2021.

WALTON, Douglas; REED, Chris; MACAGNO, Fabrizio. **Argumentation Schemes**. New York: Cambridge University Press, 2008.

LA EVIDENCIA DIGITAL EN EL PROCESO
PENAL Y LA PRESERVACIÓN DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES

*A EVIDENCIA DIGITAL NO PROCESSO PENAL
E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

LA EVIDENCIA DIGITAL EN EL PROCESO PENAL Y LA PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES¹

A EVIDENCIA DIGITAL NO PROCESSO PENAL E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fernando M. Rodrigo²

RESUMEN

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (“TIC”), han modificado nuestra cotidianidad. El individuo social ha perdido su anonimato comunicacional, para convertirse en fuente comunicacional registrable. De este modo, la constante comunicación del sujeto en la modernidad mediante estas herramientas permite claramente nuevos mecanismos de control estatal. La evidencia digital es la información o los datos que han sido almacenados o transmitidos en un formato digital o a través de un medio informático y que poseen valor probatorio. Consecuentemente, la manipulación y el examen de las pruebas electrónicas es una tarea que requiere particular cuidado en consideración a las características especiales de la evidencia digital, entre otras cosas porque esta clase de evidencia se puede reproducir y alterar fácilmente, en tanto es maleable, haciéndola vulnerable. A lo largo del presente trabajo se podrá identificar las diferencias que posee la evidencia digital con relación a la física y como consecuencia de ello, se analiza la problemática que genera la aplicación de la normativa hoy vigente a la evidencia digital y la incidencia que tiene la evidencia digital en los diferentes delitos y especialmente en los delitos informáticos. No existe duda alguna que los entornos digitales y los nuevos modos de comunicarse con los que se interactúan cada día y en los que se depositan y registran aspectos íntimos y privados de nuestro proyecto de vida, son ámbitos que merecen protección frente a la injerencia estatal.

¹ Data de Recebimento: 03/03/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

² Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); exPresidente de la Asociación de Fiscales del Ministerio Público de la Acusación de la Provincia de Santa Fe, República Argentina (años 2014 a 2018); Magister en Derecho Procesal (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); Candidato a Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario -U.N.R.-, República Argentina); Mediador Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe); Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina (cátedras de Introducción al Derecho y Derecho Penal I –Parte General-); exProfesor del Instituto de Seguridad Pública (I.Se.P.) –ex Escuela de Cadetes de Policías- de la Provincia de Santa Fe, República Argentina; Certificación Internacional en Ética y Compliance AAEC-IFCA; Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP); Miembro de la Asociación Argentina de Ética y Compliance (AAEC); E-mail: fernandorodrigol@gmail.com

Palabras clave: Investigación. Evidencia digital. Internet. Ciencia y Tecnología. Derecho a la intimidad. Derechos Humanos. Delitos informáticos. Proceso Penal. Recolección de evidencia digital y evidencia física. Cooperación internacional.

1 INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante, “TIC”³), han modificado nuestra cotidianidad: se utilizan smartphones para subir información a redes sociales, a la “nube”⁴, para pagar las cuentas, etc. Con ello se dejan huellas digitales que quedan alojadas en registros disímiles que pueden ser evidencia digital en un proceso judicial.

El desarrollo de Internet conlleva beneficios indiscutibles, sin embargo, con ellos se produce la pugna de la modernidad tecnológica con el tradicional sistema de garantías constitucionales vigentes en nuestro país.

Así, el panorama se refleja en el creciente quebrantamiento de éstas y en el seguimiento de los individuos a raíz del almacenamiento de las visitas efectuadas en la navegación⁵.

No debe olvidarse que en el origen el ciberespacio fue utilizado por John Perry Barlow en 1966 como rechazo a la intromisión de los Estados en la red⁶. Pero esta idea lejos quedó, puesto que los Estados comenzaron a ver en el ciberespacio una fuente de riesgos, y no sólo de riesgos, sino de datos, y en tanto éstos hacen al poder de la política estatal, se lo consideró una fuente de pruebas y de investigación de sujetos que no saben que están siendo observados en qué momento o bajo qué circunstancias: ¿panoptismo de la modernidad?

Es necesario dejar en claro que ante la mínima búsqueda o con la utilización de la herramienta más frecuente de comunicación, como es el correo electrónico, la red captura datos, que son atribuidos a ese perfil registrado o en su defecto al IP. Es decir que, aunque no se desee, la captación de los datos es parte de la arquitectura de internet⁷ y

3 Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son el conjunto de tecnologías que permiten el acceso, producción, tratamiento y comunicación de información presentada en diferentes códigos (ya sea como imagen, como sonido, en versión de texto, etc.). Su ejemplo más claro es “internet”.

4 En inglés el término es cloud, que es la información que se almacena de manera permanente en servidores de internet que proporcionan dicho servicio (iCloud, Dropbox, OneDrive, Google Drive, entre otros).

5 FILLIA, SUEIRO, MONTELEONE, NAGER, ROSENDE, Análisis a “La reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación (ley 26.388)”, en: Sup. Penal 2008 (agosto), 15, LL 2008-E-938; BADENI, Tratado de Derecho Constitucional, p. 564.

6 BARLOW, A Declaration of Independence of Cyberspace. Disponible en: <https://projects.eff.org/~barlow/DeclarationFinal.html> (consultada el 24/02/2021). También puede v. CORTÉS, Vigilancia de la red: ¿Qué significa monitorear y detectar contenidos en internet?, pp. 3 y ss., en: <https://www.palermo.edu/cele/pdf/El-deseo-de-observar-la-red.pdf>

7 Por ello puede entenderse que: 1.- El Principio de extremo a extremo (PEE) refiere a un diseño de redes de extremo, donde los datos se transportan hasta su destino. 2.- La conmutación de paquetes de datos complementa al PEE, agrupando

ello hoy por hoy es inevitable para el usuario, que se ha convertido en “objeto registrable”.

El individuo social ha perdido su anonimato comunicacional, para convertirse en fuente comunicacional registrable. Ya no comunica con palabras o escritura, sino con simples búsquedas.

De este modo, la constante comunicación del sujeto en la modernidad mediante estas herramientas permite claramente nuevos mecanismos de control estatal.

Las nuevas tecnologías constituyen un desafío para los conceptos jurídicos existentes y los procesos de investigación que se llevan adelante en los diferentes países.

2 LA EVIDENCIA EN EL PROCESO PENAL Y HECHOS QUE SE PRUEBAN

El objeto de prueba en el proceso penal está constituido por los hechos, pueden probarse hechos humanos individuales o sociales, estados de ánimo de los particulares, condiciones mentales de los individuos⁸ y tantas otras situaciones que sirvan al esclarecimiento de lo sucedido y que es sometido al proceso penal.

El material fáctico es incierto en cuanto a su conocimiento⁹, de tal modo, se pretenderán probar hechos externos (físicos) y hechos internos (síquicos), que son los que configuran la acción o conducta, los elementos objetivos y subjetivos del tipo, las causas de justificación, la imputabilidad o inimputabilidad y/o a culpabilidad o las causas de inculpabilidad de quien es sindicado por el hecho considerado encuadrable en un tipo penal.

En el esclarecimiento de los hechos juega un gran papel la labor e investigación intelectual, cuyo fin es el descubrimiento o esclarecimiento de lo sucedido, que puede definirse como la conformidad de las palabras, ideas, y las relaciones con la naturaleza y la realidad de los hechos y las cosas, a partir de lo probado y corroborado mediante pruebas introducidas legalmente en el proceso.

Tras lo expresado podría llegarse a la conclusión, un tanto precipitada, de que el proceso penal no es un medio adecuado para encontrar la verdad, y que de lo que en realidad se trata es del cumplimiento de ciertos ritos y fórmulas más que la búsqueda de la verdad misma. Como advierte Habermas, la búsqueda de la verdad en el discurso institucional tiene sus particularidades que la distinguen de la búsqueda de la verdad en el discurso libre de dominio, en el que precisamente por serlo, todas las partes están en

do los datos que se transmiten en la red, formada por un encabezado y una carga útil que permite el ensamble del dato.
3.- El modelo de interconexión de Sistemas abiertos: aquí el modelo de red está dividido en capas (MISA), estandariza la función, asignando funciones separadas.

8 FLORIÁN, De las pruebas penales, tomo I, p. 101.

9 JAUCHEN, Tratado de la prueba en materia penal, p. 21.

un plano de igualdad y tienen el mismo interés de encontrar la verdad¹⁰.

En el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada, entonces, por el respeto a las garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra cultura. Principios como el de proporcionalidad, dignidad¹¹ o el derecho a intimidad, entre otros.

La evidencia digital ha puesto al proceso penal ante una problemática jurídica con relación a la posible adaptación de los medios probatorios tradicionales a las nuevas tecnologías y también enfrenta al proceso penal a la formulación de nuevos medios de prueba, de coerción probatorios, o medidas de investigación -que son comúnmente abarcados por la denominación medios de prueba simplemente por el capítulo de la ley que los establece- (por ejemplo, al acceso transfronterizo de datos, los accesos remotos, o la utilización de software maliciosos por parte del Estado). En una u otra tarea, el examen jurídico es complejo y requiere de discusiones profundas atravesadas siempre por el resguardo de garantías constitucionales (principalmente, el derecho a la intimidad) y por garantizar la certeza del elemento probatorios (cadena de custodia).

El avance tecnológico exige el acompañamiento del derecho penal y de las garantías, mediante una revisión integral de tales conceptos, los cuales deben ser amoldados a este nuevo paradigma social, para dar tutela efectiva y una respuesta satisfactoria.

3 QUÉ ES LA EVIDENCIA DIGITAL Y DÓNDE SE ENCUENTRA

Cuando se habla de delitos informáticos o aquellos cometidos utilizando directa o indirectamente un medio tecnológico, se pregunta inmediatamente por el tipo de prueba o evidencia que se puede utilizar para probarlos.

En informática forense, la evidencia digital es uno de los términos más destacados. El término evidencia digital de acuerdo con la ISO/IEC 27037:2012¹², se conoce como

10 Cfr: HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, pp. 113 y ss. Una exposición resumida de esta teoría puede verse en: HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, pp. 163/8.

11 El principio de dignidad de la persona humana implica reconocer la personalidad jurídica de todos los seres humanos y el carácter de sujetos de derechos, con derechos y obligaciones. Ello tiene grandes consecuencias dentro del proceso penal, ya que significa reconocerle al imputado el carácter de sujeto de derecho, lo que exige que debe garantizarse su derecho de defensa y dentro de este el derecho de audiencia, de modo que pueda influir sobre el resultado final del proceso. Por otro lado, como consecuencia del principio de dignidad de la persona humana se debe garantizar el derecho de abstención de declarar, de modo que no puede ser compelido a aportar prueba en su contra. Ello lleva también a la proscripción de toda forma de tortura y malos tratos, careciendo de todo valor la declaración recibida en esta forma, lo mismo que la prueba que sea obtenida como consecuencia de dicha declaración. La tortura y los malos tratos constituyen violaciones extremas del principio de dignidad de la persona humana. El principio de dignidad de la persona humana lleva también al necesario respeto del principio de proporcionalidad en la actuación estatal.

12 Es una norma perteneciente a la familia de estándares ISO/IEC 27000 (estas normas son estándares de seguridad publicados por la Organización Internacional para la Estandarización -ISO- y la Comisión Electrotécnica Internacional -IEC-), la misma establece las "Directrices para identificación, recolección, adquisición y preservación de evidencia digital

“información o datos, almacenados o transmitidos de forma binaria que pueden ser tomados en cuenta como evidencia o prueba”. La evidencia digital es la información o los datos que han sido almacenados o transmitidos en un formato digital o a través de un medio informático y que poseen valor probatorio¹³. Este último elemento -valor probatorio- estará dado por la normativa procesal de cada país que posibilita la utilización de la evidencia recolectada en un proceso judicial, siempre y cuando respete las pautas y principios establecidos.

La evidencia digital no es ni más ni menos que todo dato que esté almacenado o sea transmitido mediante la utilización de computadoras (en sentido amplio) que soporta o bien rechaza una teoría acerca de cómo ocurrió un delito o bien aborda los elementos críticos de este, como ser la intención (dolo) o su coartada. Pareciera, entonces, que la evidencia digital se asimila en gran medida a cualquier elemento de prueba susceptible de ser secuestrado en un procedimiento judicial.

Hoy en día, cualquier operador o investigador judicial o de las fuerzas de seguridad realiza investigaciones en fuentes abiertas (OSINT, por sus siglas en inglés, *open-source intelligence*), con el objetivo de obtener aquella información que está disponible en internet respecto de todos los seres humanos y la cual no requiere de ningún otro acto más que el colocar nombre y apellido de determinado sujeto en un buscador *online*. Ahora bien, la clave está en tratar de identificar cuándo es posible validar aquellos datos obtenidos a través de las TIC en una investigación penal preparatoria, para así incorporarlos y usarlos, por ejemplo, para probar la intención de un imputado o bien su inocencia¹⁴.

En este sentido, evidencia digital no solo es una fotografía digital recopilada en un teléfono, sino que también lo son los resúmenes bancarios almacenados en un CD, archivos y documentos guardados en el disco rígido de una computadora (piénsese, verbigracia, un archivo de *Word*, una planilla *Excel*, una presentación en *Power Point*,

(*Guidelines for identification, collection, acquisition and preservation of digital evidence*)”, por lo que proporciona guías para actividades específicas en el manejo de evidencia digital, dichas actividades hacen referencia a la identificación, recolección, preservación de evidencia digital potencial. Provee guías para: medios de almacenamiento usados en computadores estándares, dispositivos móviles, sistemas móviles de navegación, computadores estándares y conexiones de red, redes basadas en los protocolos TCP/IP y otros.

Además de dicha norma ISO, existen otras aplicables a la materia de evidencia digital, así se encuentra la ISO/IEC 27042 (2015), “Directrices para el análisis e interpretación de la evidencia digital”, que provee guías en el análisis y la interpretación de la evidencia digital, de forma que se logre garantizar o abordar cuestiones de continuidad, validez, reproducibilidad y repetitividad. Contiene, además, buenas prácticas para la selección, diseño e implementación de un proceso analítico y recoger suficiente información que permita que dichos procesos puedan ser sometidos a escrutinios independientes cuando sea necesario. En resumen, este estándar provee un marco común, para lidiar con incidentes en sistemas de seguridad analizando e interpretando los elementos propios del incidente. El cual puede ser empleado para asistir a la implementación de nuevos métodos.

13 Definición del FBI: “*Digital Evidence: Information of probative value stored or transmitted in digital Form*”, en: <https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2000/swgde.htm> (consultada el 24/02/2021)

14 ABDELCAJER, *La evidencia digital en el proceso penal. A propósito del fallo mediante el que se condenó a Ricardo Russo, pediatra del Hospital Garrahan*.

audios, entre otros), o en un *pendrive*, o bien, datos registrados en un *Smart TV* (el historial de búsquedas en internet, listas de reproducción de *Youtube*, películas y series vistas en *Netflix*, entre otros)¹⁵.

La ciencia que adquiere, preserva, recupera y presenta la evidencia digital se denomina informática forense¹⁶.

Lo cierto es que día a día cada uno de los individuos genera más información¹⁷ lo que puede convertirse en evidencia digital, fenómeno que se retroalimenta con las nuevas ofertas de dispositivos cada vez más compactos y cuyo almacenamiento es cada vez mayor (hoy en día es fácil acceder a un disco rígido externo de un Terabyte que cabe en la palma de la mano, capacidad que duplica, y muchas veces cuadriplica la contenida en un disco rígido de una Notebook). Estas conductas han originado lo que se conoce como *Big Data* que posibilita el *Data Mining*¹⁸.

Lo anterior resulta muy importante si se considera que la manipulación y el examen de pruebas electrónicas es una tarea que requiere particular cuidado en consideración a las características especiales de la evidencia digital, entre otras cosas porque esta clase de evidencia se puede reproducir y alterar fácilmente, en tanto es maleable, haciéndola vulnerable, como también, en muchas ocasiones establecer la verdadera procedencia de los datos no firmados digitalmente es muy difícil para alguien sin el debido entrenamiento.

4 DIFERENCIAS ENTRE LA EVIDENCIA FÍSICA Y LA EVIDENCIA DIGITAL

La evidencia digital no tiene las mismas características que la evidencia física, presentando diferencias.

En primer término, la evidencia física es tangible, mientras que la digital no lo es (sí podrá serlo el soporte que la almacena pero no el dato en sí). Esta última es volátil, ya que es fácil modificarla, suprimirla, alterarla (ya sea para cambiar su formato, extensión o tamaño, por ejemplo). Por otro lado, el volumen también es distinto -lo que dificulta muchas veces la pertinente investigación-, anteriormente se señaló que el almacena-

15 PICCIRILLI, *Ausencia de regulación procesal penal aplicable a la evidencia digital y su correlación con los delitos informáticos. Legislación vigente, anteproyectos y convenio de Budapest*.

16 Definición del FBI: “*Computer forensic science is the science of acquiring, preserving, retrieving, and presenting data that has been processed electronically and stored on computer media*”.

17 Sobre todo, si se compara, por ejemplo, la cantidad de fotografías físicas que guardamos en contraposición a las digitales, o los documentos físicos que almacena una oficina con relación a los archivos digitales que resguardan una PC o un disco rígido externo.

18 Mientras que *big data* es la acumulación de muchísimos datos, *data mining* es el fenómeno por el cual se utilizan herramientas que analizan grandes bases de datos con el objetivo de crear perfiles, patrones o tendencias. En este sentido ver: <https://www.techopedia.com/7/29678/technology-trends/what-is-the-difference-between-big-data-and-data-mining>

miento y producción de datos digitales crece exponencialmente en virtud de la existencia de dispositivos de mayor capacidad y generación de muchísima información, que antes era inconcebible (fotos digitales, perfiles en redes sociales, numerosos archivos almacenados en una PC, en la “nube”, entre otros).

Asimismo, y como se expresó anteriormente, la evidencia digital puede ser alterada, por lo cual es necesario contar con herramientas de recolección más sofisticadas y personal experto -a diferencia de la evidencia física que puede tomarse simplemente-. En este sentido, cabe explicar que cuando un usuario elimina un archivo en una computadora, existe la posibilidad de recuperarlo¹⁹, por lo que existen archivos que, aunque a primera vista estén “borrados” (y un simple usuario no pueda verlos), pueden ser recolectados mediante el empleo de técnicas forenses, lo que involucra una mayor complejidad.

En este mismo sentido, archivos que han sido alterados (por ejemplo, en su formato) o han sido ocultados, también pueden ser obtenidos mediante la utilización de herramientas forenses²⁰.

Por otro lado, las técnicas forenses permiten realizar una copia *bit a bit* o copia forense, que implica la creación de un duplicado íntegro de la información que se recolecta. Es decir que, en esa copia, mediante el empleo de herramientas que más adelante se explicarán, es posible obtener exactamente lo que hay, a guisa de ejemplo, en una computadora, incluyendo archivos que cualquier usuario puede ver, como así también los “borrados” que no están a simple vista.

A diferencia de la evidencia digital, con la evidencia física no es posible obtener este tipo de copias exactas, o “clonación”²¹.

Como corolario de lo expuesto, cabe resaltar que la evidencia digital requiere del conocimiento de un experto con formación técnica especial, justamente por sus características de volatilidad, como también para recolectar archivos que a primera vista no se visualizan y sobre todo para comprender la información que se quiere recolectar ya que

19 Siempre y cuando el lugar en el cual se alojaba no se haya sobrescrito, es decir que con la utilización de herramientas forenses es posible recuperar archivos que se han borrado a simple vista, mientras que ese “lugar” no haya sido utilizado para alojar un nuevo archivo.

20 A modo de ejemplo el software EaseUS Data Recovery disponible en Internet para su descarga cuenta “(c)on una poderosa capacidad de recuperación de datos, este software profesional puede tratar con todos los casos de pérdida de datos, como recuperar archivos cifrados y comprimidos, formateados, recuperar datos infeccionados por virus, y soporta recuperar datos desde varios tipos de dispositivos de almacenamiento, todo este hace que sea el mejor para la recuperación de datos forense”, (consultado el 24/02/2021 en el sitio web <https://es.easeus.com/data-recovery-solution/best-forensic-data-recovery-software.html>). Por otro lado, Disk Drill “es una herramienta de recuperación de datos probada que ha sido utilizada con éxito por innumerables usuarios en todo el mundo para recuperar documentos, imágenes, archivos de vídeo y otros tipos de datos de una variedad de dispositivos de almacenamiento diferentes” (consultado en fecha 24/02/2020), en <https://hardzone.es/2017/08/22/recuperar-archivos-disco-duro-disk-drill/> y <https://www.cleverfiles.com/howto/es/computer-forensic.html#:~:text=Disk%20Drill%20es%20una%20herramienta,de%20dispositivos%20de%20almacenamiento%20diferentes>.

21 Para un mayor desarrollo sobre el tema puede v. SALT, Nuevos Desafíos de la evidencia digital: Acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos.

“generalmente requiere algún tipo de traducción tecnológica del formato digital para ser apreciada por los sentidos de los operadores del sistema penal o de cualquier persona”²².

5 LA IMPORTANCIA DE LA EVIDENCIA DIGITAL PARA PROCESO PENAL

Las leyes penales son de suma importancia, por cuanto afectan a la libertad, la honra y a la vida del hombre.

El proceso tiene por finalidad, no el estudio de la ley penal para su fiel interpretación y recta aplicación, sino que debe permitir la averiguación de los hechos, determinándolos con toda precisión y claridad; por donde se deja entrever y comprender hasta dónde llega la importancia de la confirmación procesal. Nunca puede prescindirse de ella.

No hace falta entonces, mayor imaginación para comprender la importancia de la prueba en la vida jurídica, en razón de que la convicción de culpabilidad necesaria para condenar debe derivar de los datos probatorios legalmente recolectados e incorporados al proceso, “son las pruebas, no los jueces, las que condenan, ésta es la garantía”²³. La prueba, por ser insustituible como fundamento de una condena es la mayor garantía ante la arbitrariedad judicial que busca concretar el *ius puniendi*.

El derecho a la prueba es la posición jurídico-constitucional que posee el presente o futuro justiciable o litigante de exigirle al Estado o al órgano jurisdiccional el aseguramiento, la producción y valoración de los medios de prueba relevantes²⁴, con el que se busca sintetizar los contenidos de la prueba judicial, posee los siguientes componentes: **1)** es una garantía constitucional; **2)** tiene como destinatario cualquier persona que en el presente o en el futuro tenga el carácter de justiciable; **3)** obliga al Estado, en especial a sus órganos de justicia; **4)** reúne los medios probatorios relevantes o pertinentes; **5)** es suficientemente omnicompreensivo de la actividad probatoria. Se prioriza el enfoque jurídico de la persona, sobre el de la norma, la jurista francesa Aurélie Bergeaud²⁵ dice que el derecho a la prueba es ante todo un concepto, una manera de representar y de organizar las percepciones y los conocimientos.

22 SALT, Nuevos Desafíos de la evidencia digital: Acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos, p. 32.

23 CAFFERATA NORES, La Prueba en el Proceso Penal, con especial referencia a la Ley 23.984, p. 6.

24 En términos más concisos, Picó i Junoy define este derecho como el “que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”, en: PICÓ I JUNOY, El derecho a la prueba en el proceso civil, pp. 18/9. Por su parte, Taruffo define el derecho a la prueba desde su finalidad: “El derecho a la prueba puede ser definido como el derecho de las partes de influir sobre la determinación judicial de los hechos, por medio de todas las prueba relevantes, directas y contrarias de las que se dispone”. Por ello, considera el autor que reconocer el derecho de las partes a aducir las pruebas y a que se practiquen se torna ilusoria y meramente ritualista, sino se garantiza el resultado probatorio, esto es la valoración de la prueba como parte del juicio en la sede de las decisiones, cfr. TARUFFO, “Il Diritto allá prova. nel processo civile”, en: Rivista di Diritto Processuale XXXIX, p. 106.

25 BERGEAUD, Le droit à la preuve, p. 6.

Para comprender la incidencia que tiene la diferencia que se observa entre la evidencia digital y la física, con relación a las normas procesales vigentes cabe primero recordar el principio de libertad probatoria²⁶ que prima en el derecho penal y sus límites.

En este sentido, la prueba en el proceso penal puede entenderse como “todo lo que pueda servir para el descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que (...) son investigados y respecto de los cuales se pretende actuar la ley sustantiva”²⁷. Por otro lado, el medio de prueba refiere a

las distintas maneras según las cuales quien interviene en el procedimiento penal puede obtener y conducir al procedimiento los conocimientos necesarios, ciertos o probables, acerca de la hipótesis a investigar y conocer (el testimonio, la peritación, los documentos) más las autorizaciones coercitivas que las leyes conceden para poder llevarlos a cabo²⁸.

La máxima de la libertad probatoria se define expresando que “en materia penal, todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento y, por tanto, importante para la decisión final, puede ser probado y lo puede ser por cualquier medio de prueba”²⁹, en otras palabras, este principio “se sustenta en el criterio de que todo se puede probar por cualquier medio; es decir, no requiere de un medio de prueba determinado, ya que todos son admisibles”³⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los medios probatorios no deben ser ajenos a los avances tecnológicos dirigidos a facilitar la gestión eficiente y económica del proceso³¹.

Ahora bien, la obtención de la evidencia debe ser legítima y por ello la normativa procesal establece pautas para que pueda ser utilizada en el proceso³², a diferencia de la obtenida ilícitamente: “fruto del árbol envenenado”.

En efecto, las medidas que pueden adoptarse legalmente para obtener y preservar

26 Este principio aparece en varios códigos procesales provinciales de la República Argentina, a guisa de ejemplo, art. 209 Código Procesal Penal (CPP) de la Provincia de Buenos Aires, art. 199 CPP de la Provincia de Chaco; art. 165 del CPP de Chubut, art. 192 CPP de Córdoba, art. 250 CPP de Entre Ríos, art. 205 CPP de Mendoza, art. 159 CPP de Santa Fe, entre otros. De los códigos procedimentales de Sudamérica, puede observarse el principio de libertad probatoria, por ejemplo, en el art. 171 del Código de Procedimiento Penal del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 173 del Código Procesal Penal de la República del Paraguay, art. 198 del Código Orgánico Procesal Penal de la República Bolivariana de Venezuela, entre otros.

27 CAFFERATA NORES, La prueba en el proceso penal, p. 4.

28 MAIER, Derecho procesal penal. Parte General. Actos Procesales, Tomo III, p. 79.

29 MAIER, Derecho Procesal Penal, tomo I, p. 864.

30 ORÉ GUARDIA, Manual de Derecho Procesal Penal, p. 437.

31 Corte IDH, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, párr. 41.

32 PICCIRILLI, Ausencia de regulación procesal penal aplicable a la evidencia digital y su correlación con los delitos informáticos. Legislación vigente, anteproyectos y convenio de Budapest.

prueba digital (como cualquier otra prueba) pueden ser explicadas como una intromisión gradual que hace el Estado en la esfera de intimidad de las personas. Esto abarca desde una medida como la orden de conservación de datos electrónicos, incluidos los datos de tráfico de las comunicaciones, hasta la medida extrema de intervenir comunicaciones y obtener su contenido en tiempo real.

Como consecuencia de lo expresado, si bien el principio de libertad probatoria existe en el proceso penal, tiene un límite debido a las intromisiones que genera, por lo que debe respetar las garantías constitucionales. Es por ello que el modo de incorporación de las pruebas debe responder a medios reglados y, ante la ausencia de pautas legales para la obtención de una prueba, se deberá aplicar por analogía las pautas establecidas para otra prueba similar. En este sentido, Cafferata Nores dice: “El ingreso del dato probatorio en el proceso deberá ser realizado respetando el modo de hacerlo previsto en la ley (o el analógicamente más aplicable en el caso de que el medio de prueba utilizado no estuviera expresamente regulado)”³³.

En función de lo expuesto, se debe interpretar que la ley no establece un sistema taxativo ni contiene fórmulas cerradas sobre cuál es el camino adecuado para probar un hecho, por lo tanto, en materia probatoria ha de interpretarse que todo lo que no resulta prohibido se encuentra permitido.

Sin embargo, la libertad de medios de prueba no significa arbitrariedad en el procedimiento probatorio, pues a éste se lo concibe como una forma de asegurar la eficacia de la prueba y los derechos de las partes. Cada prueba se ajustará al trámite asignado, y cuando se quiera optar por un medio probatorio no previsto, como se señaló precedentemente, se deberá utilizar el procedimiento señalado para el medio expresamente regulado que sea analógicamente más aplicable, según la naturaleza y las modalidades de aquél. Además, se deberá observar las disposiciones tendientes a garantizar la defensa de las partes, como requisito para la válida utilización del medio de prueba.

6 INFORMACIÓN EN LA “NUBE”. ACCESO TRANSFRONTERIZO. REGISTRO REMOTO DE DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS. PROBLEMAS DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN

Debe diferenciarse el caso o evidencia digital donde se analiza la información que se encuentra en un dispositivo (computadora, móvil, Tablet, etc.) de los casos en los cuales se debe analizar o investigar datos que se almacenan en los que se denomina “nube”.

El primer gran desafío al que se enfrenta la persecución penal en la Era Digital radica

³³ CAFFERATA NORES, La prueba en el proceso penal, p. 21.

en la deslocalización de la información digital a conseguir, ya que la misma puede ser “accesible” desde nuestros hogares sin necesidad de estar “localizada” dentro de los confines de nuestro domicilio.

Una de las principales diligencias judiciales de investigación que se ordena cada vez más frecuentemente consiste en ordenar la clonación y el examen forense de los discos duros y elementos periféricos de los equipos informáticos aprehendidos tras un registro domiciliario, así como de cualquier otro dispositivo electrónico de comunicación o almacenamiento. Sin embargo, al movernos en un entorno digital e interconectado a nivel mundial, la óptica desde la que enfocar esas tareas de incautación de la información digital debe ser sustancialmente distinta al tradicional enfoque con el que se procede a un registro domiciliario en el mundo corpóreo, pues la protección constitucional y legal del domicilio es claramente insuficiente para la salvaguardia del entorno digital³⁴, pues está claro que el contenido vendría constituido por la información digital, con independencia del tamaño o formato utilizado, pero el continente no tiene por qué ser el equipo informático a través del cual dicha información fue creada, recopilada, transformada o emitida. Dicho equipo puede ser simplemente un medio a través del cual la información digital fue colocada en otro lugar, otro continente.

Es preciso tener en cuenta, además, que esta deslocalización de la información almacenada se hace cada vez más habitual en aquellos entornos que trabajan conforme a lo que se conoce como “técnicas de computación en la nube (Cloud Computing)”, en donde la información se almacena de manera permanente en servidores alojados en cualquier parte del mundo y se envía, a través del acceso a Internet, a cachés temporales del ordenador de sobremesa del cliente, su portátil, PDA, etc. Es que cada vez es más común depositar nuestra información en lugares como *I Cloud*, *Google Drive*, *Dropbox*, *One Drive*, entre otros. Ello significa que subimos nuestros datos a un espacio virtual y dejan de alojarse en nuestros dispositivos (computadora, *tablet*, celular), cuestión que puede tornar infructuosa la realización de allanamientos que tengan por objeto el secuestro de dispositivos con el objetivo de incautar la información que estos contengan.

La trascendencia jurídica de la ubicación física de las pruebas electrónicas, a los efectos de lograr su incautación cuando se encuentran en el extranjero, nos hace recordar que la expresión “Internet no conoce fronteras” favorece al delincuente, porque en el plano policial las fronteras nacionales se convierten en auténticos obstáculos para las legítimas labores de investigación y recogida de las evidencias de dichos delitos. Las fuerzas y cuerpos de seguridad deben respetar la soberanía de otros países y, como norma general, no pueden llevar a cabo actividades de investigación y obtención de

34 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Garantías constitucionales en la persecución penal en el entorno digital, p. 891.

pruebas fuera de su jurisdicción³⁵. Se hace preciso una inmediata colaboración internacional, que no siempre llega a tiempo, bien porque el país requerido no disponga de la tecnología adecuada para cumplir con la orden solicitada, bien porque el tiempo que transcurra hasta su realización no impida que las pruebas puedan alterarse o destruirse, o bien porque dicho país simplemente no atienda a la ayuda reclamada.

Ahora bien, determinar en dónde se encuentra esa *cloud* es fundamental para determinar las cuestiones de competencia territorial respecto a las investigaciones penales.

Antes de adentrarnos en este tema es importante destacar que, cuando se está ante información o evidencia digital a la que se debe acceder para su recolección, deben destacarse dos posibilidades: **a)** que la misma se encuentre en el territorio en el cual se está llevando a cabo la investigación judicial o bien, **b)** que se encuentre en otra jurisdicción. En el primer caso no se presenta ninguna problemática, mientras que, en este segundo caso, el remedio procesal previsto es el exhorto, lo que implica que el juez que investiga solicita a otro magistrado sito en el lugar en el cual se encuentra la evidencia o donde se debe llevar a cabo un acto procesal, su cooperación. Este trámite que puede darse entre provincias de un mismo estado o entre distintos países, requiere varios pasos formales a seguir que muchas veces se extienden en el tiempo (a veces tardan años) y no permiten una eficaz recolección de evidencia digital, la cual se caracteriza, tal como se dijo, por su volatilidad.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta importante identificar en qué lugar físico se encuentra la evidencia. Si bien esto parece obvio, hay casos en los cuales no es tan fácil establecer su localización. La información en la “nube” es uno de ellos. Cabe preguntarse entonces, ¿qué debe entenderse por lugar físico?: a) desde el cuál se accede a la información, o b) el lugar en el cual se encuentran los servidores que alojan la evidencia. Esta problemática no posee una solución en la normativa procesal, por lo que resulta importante abordarla.

De considerar correcta la primera opción (lugar desde dónde se accede a la información), podría entenderse que puede hacerse desde cualquier lugar del mundo con acceso a Internet, con lo cual con el simple acceso se garantiza la jurisdicción.

Por otro lado, de entender que la respuesta es la segunda (ubicación del servidor) correspondería solicitar la cooperación interjurisdiccional o internacional toda vez que de intentar extraer o recabar información almacenada en la “nube”, podría considerarse, que se vulnera el principio de territorialidad.

En este sentido, cabe destacar que el Convenio sobre Cibercriminación del Consejo de

³⁵ En el mismo sentido, CSONKA, The Council of Europe’s Convention on Cyber-Crime and other european initiatives, p. 477. También, GERCKE, Understanding cybercrime: a Guide for Developing Countries, www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/legislation.html

Europa³⁶ establece en su art. 32 (cap. III - Cooperación Internacional) el acceso transfronterizo a datos almacenados sin requerir la autorización del otro estado, en los siguientes casos: a. tener acceso a datos informáticos almacenados accesibles al público (fuente abierta), independientemente de la ubicación geográfica de los mismos; o b. tener acceso a datos informáticos almacenados en otro Estado, o recibirlos, a través de un sistema informático situado en su territorio, si dicha Parte obtiene el consentimiento lícito y voluntario de la persona legalmente autorizada a revelárselos por medio de ese sistema informático.

Como consecuencia, entre los Estados que hayan aprobado e incorporado en su legislación interna, la referida Convención, se vislumbra una opción al interrogante planteado (vinculado al lugar desde el cuál se accede a la información), por el cual no se requiere la tramitación de un exhorto para el acceso transfronterizo a los datos almacenados, pero solo para los dos supuestos allí contemplados.

Por otro lado, los problemas de jurisdicción pueden plantearse incluso cuando la información está almacenada en un dispositivo, pues existen técnicas forenses para acceder o recolectar evidencia digital ya sea que aquel se encuentre en el territorio en la cual se está llevando a cabo la investigación o que esté ubicada en extraña jurisdicción sin la necesidad de solicitarla a otro magistrado o estado o si quiera desplazarse físicamente: *remote forensic* (o registro remoto en español). Esto significa que el desarrollo de las nuevas TIC ha generado herramientas o programas informáticos “capaces de interceptar en tiempo real y grabar datos transmitidos o recibidos a través de diferentes medios de comunicación electrónica (ello puede incluir tanto datos de contenido como datos de tráfico de comunicaciones e, incluso datos de geolocalización que permitan la ubicación geográfica de un dispositivo)”³⁷. Es posible entonces acceder a datos informáticos contenidos en un dispositivo a distancia, de manera remota, es decir sin el contacto físico con el soporte que contiene la información y sin necesidad de librar un exhorto para ello. La manera técnica de llevar a cabo el *Remote Forensic* consiste en la instalación de un software “malicioso” (malware)³⁸ en el dispositivo al que se quiere acceder sin que el usuario o propietario del mismo lo sepa.

Si bien esta herramienta parece algo novedosa, hay países como el caso de España que ya la han reglamentado como una herramienta a fin de recolectar evidencia digital en un proceso penal. En este sentido, la Ley Orgánica 13/2015 que modifica la Ley de

36 Conocido como Convenio de Budapest. La argentina aprobó con reservas este Convenio, mediante Ley 27.411.

37 SALT, Nuevos Desafíos de la evidencia digital: Acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos, p. 53.

38 El término Malware es la abreviatura de malicious software y este término engloba a todo tipo de programa o código informático malicioso cuya función es dañar un sistema o causar un mal funcionamiento; dentro del grupo de malwares podemos encontrar términos como, por ejemplo, virus, troyanos, spyware, gusanos (worm), keyloggers, botnets, ransomwares, entre otros.

Enjuiciamiento Criminal española, prevé en su art. 588 septies a).1, la autorización judicial para

la instalación de software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento del titular o usuario, del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos, siempre que se persiga la investigación de alguno de los siguientes delitos: Delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, de terrorismo, los cometidos contra menores o discapacitados, contra la Constitución, de traición y relativos a la defensa nacional y los cometidos a través de instrumentos informáticos o de telecomunicación³⁹.

Esta herramienta, no se encuentra legislada en el código procesal penal federal de la República Argentina, aunque sí lo hace el proyecto de reformas promovidas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través del Programa “Justicia 2020”, en el art. 21 del proyecto se establece la incorporación del título VI “Medidas especiales de investigación” que establece, previo un examen de razonabilidad que deberá efectuar el juez, la posibilidad de disponer medidas de vigilancia remota sobre equipos informáticos, la cual no podrá ser mayor a un mes (prorrogable a un máximo de 3 meses)⁴⁰. Tampoco se encuentra normado en los Códigos procesales en materia punitiva de las provincias que conforman la República Argentina, con excepción del art. 153 del CPP de Neuquén⁴¹.

La realidad indica que este tipo de herramientas que si bien son beneficiosas para la investigación deben resultar regladas para legitimar su incorporación al proceso judicial y para resguardar las garantías del sospechoso, pues la prueba que se obtiene ha sido recolectada mediante un acceso a distancia; máxime, asimismo, porque no sólo sirve

39 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

40 <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2016/09/texto-final-del-proyecto-reforma-CPP.pdf>

41 Esta es la única provincia argentina que lo ha incorporado en su CPP (Ley 2.784), en su art. 153 dispone: “Información digital. Cuando se hallaren dispositivos de almacenamiento de datos informáticos que por las circunstancias del caso hicieran presumir que contienen información útil a la investigación, se procederá a su secuestro, y de no ser posible, se obtendrá una copia. O podrá ordenarse la conservación de los datos contenidos en los mismos, por un plazo que no podrá superar los noventa (90) días. Quien deba cumplir esta orden deberá adoptar las medidas necesarias para mantenerla en secreto. **También podrá disponerse el registro del dispositivo por medios técnicos y en forma remota.**

A cualquier persona física o jurídica que preste un servicio a distancia por vía electrónica, podrá requerirse la entrega de la información que esté bajo su poder o control referida a los usuarios o abonados, o los datos de los mismos.

La información que no resulte útil a la investigación, no podrá ser utilizada y deberá ser devuelta, previo ser puesta a disposición de la defensa, que podrá pedir su preservación. Regirán las limitaciones aplicables a los documentos” (el resaltado me pertenece).

para el registro y secuestro de datos (archivos, registro de búsquedas, entre otros) sin tomar contacto físico con el dispositivo de almacenamiento, sino que también posibilitan la interceptación de datos de tráfico y contenido⁴², como así también pueden activarse remotamente las cámaras y micrófonos incorporados al dispositivo accedido.

Además, pueden obtenerse elementos de gran importancia como contraseñas o claves de acceso y de encriptación⁴³ que son fundamentales para la obtención y posterior utilización de la evidencia digital. Por lo demás, esta herramienta también posibilita “identificar al autor de una comunicación por Internet que se hubiera realizado con técnicas especialmente diseñadas para enmascarar la dirección IP desde la que se produce la comunicación”⁴⁴. Como consecuencia, la herramienta permite ver el pasado: las huellas, es decir, los archivos o búsquedas almacenadas en el dispositivo, el presente: el tráfico de datos en vivo y el futuro: luego de que se insertó el *malware*, toda la actividad posterior a la autorización de la medida se sigue recolectando, lo cual podría exceder el cumplimiento de una orden de registro o allanamiento, si la se la piensa análogamente, aunque -cabe reiterar-, por las particularidades de este medio y la evidencia digital, no es posible asimilarlo a los institutos probatorios reglados hoy en día. En este sentido, la búsqueda de información que pueda realizarse tomando esta herramienta debe circunscribirse a los elementos que sean pertinentes a la investigación, por lo que debería establecerse para cada caso una suerte de orden de allanamiento electrónica a fin de evitar abusos y violaciones a las garantías del sospechoso. Por lo demás, no debería dejarse que la herramienta actúe sola recolectando información indiscriminadamente, sino que resulta fundamental que se asigne personal de investigación junto con un experto en informática para controlar que el funcionamiento de aquella se desarrolle en el marco de la autorización judicial.

Finalmente, y en relación al tiempo que debe durar la medida, el *malware* debe estar programado por un determinado tiempo, no puede permitirse un acceso irrestricto sin limitación temporal. De tal modo deberá establecerse en la orden que lo permita, un límite temporal de duración donde se permita recabar evidencia digital y no extenderse en el tiempo innecesariamente, pues ello, vulneraría las garantías del imputado.

42 Mientras que los datos de contenido serían los datos relativos al mensaje en sí, los datos de tráfico tienen que ver con elementos que permiten conocer el lugar y horario de la comunicación, entre otros.

43 Cabe señalar que no tiene utilidad un documento que esté cifrado si no es posible leerlo y por ende utilizarlo como evidencia en el proceso de investigación. Los métodos para descifrar sin las claves necesarias pueden ser muy engorrosos y tomar mucho tiempo del que a veces no disponen las investigaciones. Cfr. PICCIRILLI, María Eugenia, Ausencia de regulación procesal penal aplicable a la evidencia digital y su correlación con los delitos informáticos. Legislación vigente, anteproyectos y convenio de Budapest, en: SJA 11/03/2020, 45 - LLOnline AR/DOC/509/2020.

44 SALT, Nuevos Desafíos de la evidencia digital: Acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos, p. 72.

7 LA IMPORTANCIA DE LA COPIA FORENSE (*BIT A BIT*) - ALGORITMO *HASH*

Las técnicas forenses permiten realizar una copia *bit a bit* o copia forense, que implica, como se señaló anteriormente, la creación de un duplicado íntegro de la información que se recolecta.

En este sentido, la información que puede contener cualquier tipo de archivo (documento, video, foto) no es solo la que un simple usuario puede ver, es decir, no solo contiene datos visibles, sino que también posee metadatos que no son advertidos ni conocidos por el ojo del simple usuario. Estos últimos son definidos como los datos acerca de los datos, por ejemplo, en una foto el dato que percibe cualquier persona es la imagen, pero los metadatos contienen información como las coordenadas GPS del lugar en donde se tomó la foto, el modelo de la cámara que se utilizó, la fecha y hora, el software que se implementó para editar la imagen, el usuario utilizado, entre otros.

Consecuentemente cabe realizarse los siguientes interrogantes: a) ¿Cómo pueden visualizarse los metadatos de un archivo?; b) ¿Pueden modificarse los metadatos de un archivo pero que siga pareciendo igual a simple vista?; y c) ¿Cómo saber si dos archivos son exactamente iguales?

Con respecto al primer interrogante, cabe decir que los metadatos se pueden observar y recolectar mediante el empleo de herramientas forenses como, como pueden ser, los *software EXIF reader, EXIF Viewer, EXIF Image Viewer, FIV Forensic Image Viewer*, entre otros. Es por ello que para un simple usuario los metadatos permanecen escondidos, esperando a ser encontrados.

En cuanto a la siguiente pregunta, resulta importante señalar que, por ejemplo, un archivo que contiene una foto puede ser modificado sin que aquello sea visible ante un simple usuario. A modo de ejemplo han podido descubrirse archivos de imagen que contenían una foto a la cual se le habían agregado mensajes que eran prácticamente invisibles al ojo humano con el fin de que narcotraficantes se contactaran sin ser descubiertos⁴⁵.

Dado que es posible alterar un archivo siendo muy difícil su detección, corresponde adentrarnos en la última pregunta, en este sentido hay herramientas forenses que permiten determinar, mediante la utilización de un algoritmo matemático de autenticación hexadecimal denominado *hash*, este algoritmo transforma cualquier bloque arbitrario

⁴⁵ Cabe destacar la utilización de fotografías que, si bien en principio parecen inocentes, esconden mensajes ocultos con el fin de organizar y ejecutar el plan delictual (lugares de encuentro, fechas, etc.), enviadas a través de correos electrónicos. Una de las herramientas que puede permitirnos establecer la existencia de estos mensajes es el *hash* que determina si estamos ante una foto que es idéntica o no a la que tenemos presentada en un correo. Para mayor información ver <https://www.securityartwork.es/2010/04/15/introduccion-a-la-esteganografia-i/>

en una nueva serie de caracteres con una longitud fija, si se está ante dos archivos idénticos tanto en sus datos como en sus metadatos; las herramientas disponibles actualmente son MD5, SHA1 y SHA256⁴⁶. Esto significa que, si el archivo en cuestión sufre alguna modificación, por más mínima que sea (como puede ser un punto o un solo *bit*), el resultado que arroja el algoritmo es completamente diferente, lo que nos permite concluir que el archivo no es el mismo, que ha sido modificado.

Analizadas las cuestiones anteriores, corresponde adentrarse en la copia forense o *bit a bit*, una herramienta útil que permite copiar de manera total y exacta la información contenida en un disco rígido (*bit a bit*, es decir con sus datos ya sean visibles o no visibles -borrados, pero no sobre escritos-, sus metadatos, etc.) en una o más copias, siempre utilizando herramientas forenses que deben ser manipuladas exclusivamente por expertos en informática⁴⁷. Como consecuencia la pérdida de la información es casi imposible y permite que varias partes (la defensa, la fiscalía, el juez, la querrela) tengan acceso irrestricto a las copias efectuadas de manera simultánea, las cuales pueden garantizarse que son copias exactas del original, lo que resulta ser una de las características ventajosas de la evidencia digital. El elemento que posibilita efectuar ese control de identidad de la copia es el ya mencionado *hash*.

8 ALGUNOS PROBLEMAS PROCESALES VINCULADOS CON LA EVIDENCIA DIGITAL

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, la obtención de evidencia digital nos coloca en una situación sumamente compleja en términos procesales, y por qué no, constitucionales, ya que no se encuentra previsto legalmente un método específico para su recolección y tratamiento.

Señala Saín que la evidencia digital “está representada por los datos e información digital que se almacena, transmite o recibe en un dispositivo electrónico”⁴⁸. Por ende, las dos características fundamentales son la volatilidad y la sensibilidad de la evidencia. Muchas veces también son pruebas transfronterizas, ya que por ejemplo puede entrar en juego que una empresa proveedora de servicios de internet tenga sus servidores en un país distinto al lugar donde se investiga la comisión del delito. Ello, sumado a que no se cuenta al día de la fecha con un convenio de cooperación sobre esta temática, genera que

46 La diferencia radica en la cantidad de bits que trabaja, mientras que MD5 lo hace con 128, SHA 1 con 160 y SHA 256 con 256. Para más información ver: <https://www.gaussianos.com/algoritmos-hash-i-introduccion/>

47 En este sentido, debe aclararse que tanto la realización de las copias *BIT a BIT* como la preparación de los discos rígidos (ya sea el original o sobre los cuales sea harán las copias) deben manipularse por el experto en informática sin excepción, ya que de efectuarse por una persona sin los conocimientos y herramientas específicos podría afectarse la prueba recolectada, alterando su contenido original, o bien perjudicando las copias, las cuales podrían no ser iguales a la evidencia.

48 SAIN, Delito y nuevas tecnologías. Fraude, narcotráfico y lavado de dinero por internet.

la evidencia muchas veces tenga que solicitarse por vía de exhortos en más de un país, lo que afecta tanto el proceso de averiguación de la verdad, como bien el plazo razonable al que tiene que estar sujeto un proceso.

Es menester, entonces, estandarizar estos procedimientos, ya que, por el contrario, habría un sinfín de técnicas de investigación y de recolección de evidencia obligando así a un imputado a prever otras tantas estrategias de defensa lo que en principio no luce ni legal, ni congruente, ni igualitario, ni mucho menos, justo. Si bien rige en el derecho procesal el principio de libertad probatoria, lo cierto es que ello no otorga la posibilidad a ningún investigador de obtener pruebas por cualquier medio⁴⁹.

En efecto, siempre que la medida probatoria coloque en una situación de crisis a los derechos y garantías de los justiciables, se transformará en una medida de coerción o de injerencia. Es por ello que mientras no sean medidas legalmente previstas, deben ser analizadas con el prisma de cualquier medida de coerción, como por ejemplo el del principio de proporcionalidad y última ratio del derecho penal.

8.1 La doctrina de la *plain view* en el registro de dispositivos electrónicos

Resulta sumamente ilustrativo para comenzar este acápite el ejemplo que brinda Marcos Salt, citado en la obra de Christian Sueiro:

Si en el registro y secuestro de evidencia en entornos digitales yo pretendo utilizar las normas del secuestro de evidencia física o la jurisprudencia de la CS, seguramente las soluciones a las que arribe no van a ser siempre las más adecuadas. Por ejemplo, pensemos para el caso de hallazgos casuales y toda la doctrina de la *plain view*. No podemos aplicar la doctrina de la Corte de la misma manera para un ámbito físico que para un ámbito digital. Si allano esta aula en la que estamos sentados para buscar un elemento físico, obviamente por más que busque y busque solo vamos a encontrar lo que está

49 “Isto se dá porque o ordenamento a partir do momento que permite restrições a determinados direitos fundamentais, deve fazê-lo de forma descrita em lei, em respeito ao princípio da legalidade, bem como adequando-o estas restrições ao direito positivo, em respeito também o princípio da proporcionalidade.

Este é o grande marco da temática da proibição de determinadas provas e a seus métodos de obtenção, que nem sempre seguem o os princípios do estado democrático de direito, regidos pela Carta Magna de 1988.

Portanto, para estipular um regime adequado para recolha e produção de provas digitais é fundamental definir quais os dados são produzidos e atrelados a uma determinada comunicação na rede, a saber, se são dados de apenas cadastrais —aqueles necessários por exemplo para efetuar um cadastro no Facebook para abertura de conta, ou dados de localização —aqueles que revelam a localização do emissor da mensagem, meio eletrônico utilizado, podendo citar os IP’s ou se são dados de conteúdo —aqueles que revelam o conteúdo das mensagens de whatsaps”, cfr. EMMERICH de SOUZA, Tatiana Lourenço, A prova digital no processo penal e seus efeitos colaterais na preservação dos direitos fundamentais, en: DPyC 2019 (noviembre), 05/11/2019, 106; LLOnline AR/DOC/2887/2019.

en el ámbito físico en este momento. Si el registro lo realizo sobre una computadora, voy a poder encontrar lo que está alojado digitalmente en este momento, lo que estaba hace un año, lo que estaba hace cinco años, lo que se trató de borrar, lo que introdujo el usuario anterior de la computadora, y voy a poder encontrar todo de manera tal que el hecho de la incorporación de datos accidentales encontrados en un sistema informático no puede ser regulado de la misma manera que en el caso de la evidencia física⁵⁰.

La doctrina de la *plain view* -plena vista- supone en términos prácticos la posibilidad de incautar evidencia descubierta durante un registro válido si la naturaleza incriminadora del elemento que hay que incautar, suficiente para crear una causa probable de que este constituye una prueba, es inmediatamente aparente.

De este modo sería válida la incorporación de evidencia al proceso que haya sido encontrada de conformidad con el objeto delimitado en la orden de registro, siendo nulo todo aquello que se obtenga más allá de esos límites. La doctrina de la *plain view* convalida aquella evidencia que no se encontraba dentro de esa delimitación previa, pero que fue hallada “a simple vista o casualmente” mientras se realizaba el procedimiento original.

En relación con la búsqueda de evidencia digital se presenta un primer problema y es aquel vinculado al formato. Por ello un procedimiento como el que se encuentra previsto en Argentina o en otras legislaciones similares, no es apto para distinguir previamente el objeto de la búsqueda, por lo que coloca al investigador en la posición de poder revisar la totalidad de los datos de cualquier dispositivo informático, lo que genera un estado de indefensión total del individuo respecto de su propia privacidad.

El desafío es que el procedimiento seleccionado sea capaz de conjugar tanto con las garantías constitucionales de defensa en juicio, debido proceso, legalidad, así como también con las exigencias procesales que se establezcan en cada legislación procedimental.

Actualmente, existe un nivel interesante de consenso en las costumbres, buenas prácticas forenses y la comunidad científica, respecto de cómo proceder para incautar la información en entornos digitales; que tal como se expresó anteriormente es la creación de una copia *hash*.

Sin embargo, y más allá de la eficacia de este mecanismo, se presentan dos importantes limitaciones. En primer lugar, no está regulado en la mayoría de los ordenamientos

50 SALT, La relación entre la persecución de los delitos informáticos y el derecho penal internacional. Delitos informáticos. Aspectos de derecho penal internacional, en: Revista Informática y Delito, p. 240.

procesales (tal como ocurre en la República Argentina, salvo la excepción señalada) por lo que más allá del consenso que reúne, no se cuenta hoy en día desde la perspectiva de la defensa, de un remedio procesal para invalidar un procedimiento que se aparte de estos saludables estándares. Finalmente, no se encuentra aún una respuesta al interrogante sobre cómo analizar esa información obtenida sin afectar los derechos de los justiciables.

Y aquí debe recordarse que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha ocupado de delimitar el alcance de la doctrina de la *plain view*. En el caso “Estados Unidos v. Carey”⁵¹ -precedente de los primeros en ocuparse del registro en entornos digitales- un analista forense descubrió una imagen de pornografía infantil mientras estaba realizando un registro a través del disco duro de un ordenador buscando evidencia de venta de estupefacientes. Seguidamente abandonó el registro original y comenzó a buscar por otras imágenes. Consecuentemente, abrió una cadena de archivos adicionales que contenían pornografía infantil. La Corte sostuvo que la primera imagen descubierta era admisible, pero los archivos abiertos subsiguientes estaban más allá del alcance de la orden.

Como puede observarse, la idea de mecanismos legalmente previstos *ex ante*, exigibles para cualquier investigación no resulta antojadiza, sino que de lo contrario se está en una zona gris entre la utilización de la información obtenida para combatir el crimen y la utilización como práctica estatal abusiva.

Ha dicho a su vez la Corte Estadounidense que “esta práctica discriminatoria e ineficiente era justo el tipo de mal uso de los poderes de gobierno que la Cuarta Enmienda fue creada para detener”⁵², deviene que la misma línea de pensamiento puede ser utilizada para proteger lo establecido en las diferentes Constituciones Nacionales de países que establecen el Estado Constitucional de Derecho⁵³.

En suma, se entiende desde aquí que una regulación legal previa sobre los mecanismos de investigación es estrictamente necesaria, de manera tal que se permita saber cómo debe procederse en pos de averiguar la verdad sin afectar garantías individuales

51 “United States v. Carey”, Decided: April 14, 1999, 172 F.3d 1268 (10th Cir. 1999).

52 “Coolidge v. New Hampshire”, 403 US 443 (1971, voto del juez J. Stewart).

53 En la República Argentina, es a partir del art. 18 de su Constitución Nacional, como también a partir del art. 75 inc. 22 de dicha carta fundamental, en razón de que en dicha norma, a partir de la reforma año 1994, se incorporaron, con igual Jerarquía, varios Tratados Internacionales. Es así que en algunos de ellos encontramos disposiciones protectoras del domicilio. Así, el artículo 9º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad del domicilio. A su vez, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su domicilio y que las leyes deben proteger a las personas contra tales actos. El artículo 11, inc. 2, del Pacto de San José de Costa Rica establece que “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas... en su domicilio...”. También, se puede relacionar con la reserva de la intimidad, puesto que protege todo aspecto de la vida privada de un individuo que este quiera preservar del conocimiento e intrusión de los demás (Art. 11. 1, CADH).

tanto en la obtención de la información como en su análisis⁵⁴.

8.2 El uso de las redes sociales por parte de las fuerzas policiales

Otra de las cuestiones a considerar en la recolección de la evidencia digital, está vinculado con el actuar de los agentes policiales en las diferentes redes sociales, como ser, *Facebook, Instagram, Twitter, TikTok*, entre otras; donde dichos funcionarios policiales realizan diferentes averiguaciones que luego son incorporadas al proceso.

Por lo general dicha actividad se realiza en hechos delictivos donde los presuntos autores son desconocidos, para luego atribuirles a individuos concretos las averiguaciones obtenidas de perfiles públicos de las redes sociales.

Esta técnica forma parte de lo que actualmente se conoce como OSINT (*Open Source Intelligence*) o búsqueda en fuentes abiertas. Se trata de búsqueda de información en fuentes públicas (redes sociales, buscadores, fotografías, medios de comunicación, etc.) sin autorización previa, ya que en principio son datos de acceso público.

Se utiliza no solo en procesos penales, sino que tiene aristas sumamente positivas en lo que tiene que ver, por ejemplo, con seguridad pública, investigaciones corporativas o procesos de negociación. Sus principales ventajas son el alto volumen de información que se puede analizar, la posibilidad de que este análisis sea prácticamente automatizable y que, a su vez, suelen ser herramientas gratuitas.

Lejos de la novedad la inteligencia sobre fuentes abiertas (OSINT; también se habla de SOCMINT, *Social Media Intelligence*) es una actividad desplegada con generalidad para la prevención e investigación de delitos que, por cierto, es conveniente que esté regulada con precisión, fijándole límites tanto en lo referente a los motivos que la habilitan como en la extensión o profundidad que puede alcanzar⁵⁵. La jurisprudencia argentina ha validado la utilización de esta herramienta, al sostener que

se advierte que en el caso particular de autos no puede aludir la defensa una expectativa razonable de privacidad, en tanto la información fue publicada voluntariamente por la imputada en una plataforma digital que, al no contar con restricciones para su acceso (como un usuario o contraseña), es accesible por cualquier persona. En definitiva, esa parte no realiza una crítica suficientemente fundada de la utilización de un dato que obtuviera la prevención mediante la investigación en fuentes abiertas (*‘Open-source*

54 MOLINAS, La obtención de evidencia digital y sus desafíos constitucionales. Una mirada defensora.

55 RIQUERT, Coronavirus: entre la prevención y el ciberpatrullaje.

intelligence’ -OSINT-), práctica esta que conlleva el uso de un conjunto de técnicas que facilitan la recolección de información accesible en internet⁵⁶.

9 COLOFÓN

No existe duda alguna que los entornos digitales y los nuevos modos de comunicarse con los que se interactúan cada día y en los que se depositan y registran aspectos íntimos y privados de nuestro proyecto de vida, son ámbitos que merecen protección frente a la injerencia estatal.

Los entornos digitales encierran ámbitos de privacidad profunda de las personas, y cualquier injerencia estatal que pretenda obtener elementos probatorios en este contexto, deberá estar debidamente fundada, ser ordenada por autoridad jurisdiccional en el marco de una causa penal ya iniciada y con elementos objetivos que den sustento al interés. Estas injerencias “solo se justifican cuando razones de sospecha suficiente autorizan a sostener que en un proceso penal existen motivos bastante que ponderan aquel objetivo de la realización del derecho penal sustantivo”⁵⁷.

Además de ello, y por sobre todas las cosas, debe existir una ley que regule las condiciones y los procedimientos bajos los cuales el Estado podrá inmiscuirse en este ámbito de privacidad en procura de localizar elementos probatorios que permitan llegar a la resolución de un hecho criminal.

A EVIDENCIA DIGITAL NO PROCESSO PENAL E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

RESUMO

As novas tecnologias da informação e da comunicação (TIC) modificaram o nosso cotidiano. O indivíduo social perdeu seu anonimato comunicacional para se converter em fonte comunicacional registrável. Desse modo, a constante comunicação do sujeito na modernidade, mediante estas ferramentas, permite claramente novos mecanismos de controle estatal. A prova digital é a informação dos dados que foram armazenados ou transmitidos em um formato digital ou através de um meio informático e que possua valor probatório. Consequentemente, a manipulação e o exame das provas eletrônicas são

56 Cámara Federal de Casación Penal, sala I, 23/12/2019, *in re* “T. S., F. s/ recurso de casación”, RDP 2020-4, 162; LLOnline AR/JUR/52246/2019.

57 PETRONE, Prueba informática, p. 23.

uma tarefa que requer particular cuidado em consideração às características especiais da prova digital, porque, entre outras coisas, esta classe de prova pode se reproduzir e se alterar facilmente, dado que é maleável, o que a tornando vulnerável. Ao longo do presente trabalho, será possível identificar as diferenças que a prova digital tem em relação à prova física e, como consequência disso, é analisada a problemática que gera a aplicação da regulamentação atual com base na prova digital e a incidência que a ela tem nos diferentes crimes, especialmente nos crimes informáticos. Não há dúvida de que os ambientes digitais e as novas formas de comunicação, por meio dos quais há interação social que inclui aspectos íntimos e privados depositados e registrados, são áreas que merecem proteção contra a interferência do Estado.

Palavras-chave: Investigação. Evidência digital. Internet. Ciência e Tecnologia. Direito à intimidade. Direitos Humanos. Delitos informáticos. Processo Penal. Coleta de evidência digital e evidência física. Cooperação internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ABDELCADER, Yamila L. **La evidencia digital en el proceso penal. A propósito del fallo mediante el que se condenó a Ricardo Russo, pediatra del Hospital Garrahan.** En: RDP 2020-3, 38, 09/03/2020; LLOnline AR/DOC/4223/2019.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional.** 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of Independence of Cyberspace.** Disponible en: <https://projects.eff.org/~barlow/DeclarationFinal.html>

BERGEAUD, Aurélie. **Le droit à la preuve.** LGDJ-Lextenso éditions, París, 2010.

CAFFERATA NORES, José I. **La Prueba en el Proceso Penal, con especial referencia a la Ley 23.984.** 3º edición, Depalma, Buenos Aires: 1998.

CORTÉS, Carlos. **Vigilancia de la red: ¿Qué significa monitorear y detectar contenidos en internet?**, Investigación del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, pp. 3 y ss., en: <https://www.palermo.edu/cele/pdf/El-deseo-de-observar-la-red.pdf>

CSONKA, Peter. **The Council of Europe's Convention on Cyber-Crime and other european initiatives.** Revue Internationale de Droit Pénal, 2006, vol. 77.

EMMERICH de SOUZA, Tatiana Lourenço. **A prova digital no processo penal e seus efeitos colaterais na preservação dos direitos fundamentais.** en: DPyC 2019 (noviembre), 05/11/2019, 106; LLOnline AR/DOC/2887/2019.

FILLIA, Leonardo C., SUEIRO, Carlos C., MONTELEONE, Romina, NAGER, Hora-

cio S., ROSENDE, Eduardo E. **Análisis a “La reforma en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación (ley 26.388)”**. en: Sup. Penal 2008 (agosto), 15; *LL* 2008-E-938.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. 3º edición, trad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 2002, tomos I y II.

GERCKE, Marco. **Understanding cybercrime: a Guide for Developing Countries**. 2011, en: https://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/ITU_Guide_A5_12072011.pdf

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. **Garantías constitucionales en la persecución penal en el entorno digital**. en AA.VV., **Derecho y Justicia penal en el Siglo XXI**. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García, Colex, Madrid, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 3º edición, traducción de Manuel Jiménez Redondo, Ediciones Cátedra S.A., Madrid, 1997.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho Penal**. trad. Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984.

JAUCHEN, Eduardo M., **Tratado de la prueba en materia penal**. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.

MAIER, Julio B. J., **Derecho procesal penal**. *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2015, tomos I, II y III.

MOLINAS, Juan. **La obtención de evidencia digital y sus desafíos constitucionales**. Una mirada defensista. en: *DPyC* 2019 (abril), 03/04/2019, 96, *LLOnline AR/DOC/392/2019*

ORÉ GUARDIA, Arsenio. **Manual de Derecho Procesal Penal**. 2º edición, Editorial Alternativas, Lima, 1999.

PETRONE, Daniel Alberto. **Prueba informática**. 1ª edición, Didot, Buenos Aires, 2014.

PICCIRILLI, María Eugenia. **Ausencia de regulación procesal penal aplicable a la evidencia digital y su correlación con los delitos informáticos**. **Legislación vigente, anteproyectos y convenio de Budapest**. en: *SJA* 11/03/2020, 45 - *LLOnline AR/DOC/509/2020*

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Bosch, Barcelona: 1996.

RIQUERT, Marcelo A. **Coronavirus: entre la prevención y el ciberpatrullaje**, en: *DPyC* 2020 (diciembre), 15.

SAIN, Gustavo Raúl. **Delito y nuevas tecnologías. Fraude, narcotráfico y lavado de dinero por internet**. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.

SALT, Marcos. **La relación entre la persecución de los delitos informáticos y el derecho penal internacional. Delitos informáticos. Aspectos de derecho penal internacional.** En: Revista Informática y Delito, Reunión preparatoria del XIX Congreso internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal AIDP, 2014.

SALT, Marcos. **Nuevos Desafíos de la evidencia digital: Acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos.** *Ad Hoc*, Buenos Aires, 2017.

TARUFFO, Michele. Il Diritto allá prova. nel processo civile. En: **Rivista di Diritto Processuale XXXIX.** Supplemento al N. 4, 1984.

TOWARDS A LEGAL FRAMEWORK FOR
NON-PROSECUTION AND DEFERRED
PROSECUTION AGREEMENTS IN NIGERIA

*RUMO A UM MARCO LEGAL PARA ACORDOS
DE NÃO PERSECUÇÃO E DE ACUSAÇÃO
DIFERIDA NA NIGÉRIA*

TOWARDS A LEGAL FRAMEWORK FOR NON-PROSECUTION AND DEFERRED PROSECUTION AGREEMENTS IN NIGERIA¹

*RUMO A UM MARCO LEGAL PARA ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO
E DE ACUSAÇÃO DIFERIDA NA NIGÉRIA*

Akeem Olajide Bello²

ABSTRACT

This article examines the use of Deferred Prosecution Agreement and Non-Prosecution Agreement as alternative mechanisms to criminal prosecution of corporations in the United States of America and United Kingdom. The articles examine the justifications for the use of the mechanisms, and concerns arising from their use. The article finds that in the United States of America, a Deferred Prosecution Agreement is subject to limited judicial review while a Non-Prosecution Agreement is not subject to any form of judicial review. The wide discretionary powers exercised by prosecutors in the United States is consequently a major concern. The legal framework for Deferred Prosecution Agreement in the United Kingdom however provides for judicial standards of review and approval which empower courts to ensure that the terms of Deferred Prosecution Agreement are in the interest of justice, fair, reasonable, and proportionate. The article finds that the Nigeria Constitution provide a framework for Non-Prosecution Agreement although there is currently no framework for Deferred Prosecution Agreement. The article recommend that Nigeria should adopt the United Kingdom's legal framework.

Keywords: Non-Prosecution Agreement. Deferred Prosecution Agreement. Legal framework.

1 INTRODUCTION

In this article, the writer examines the use of Deferred Prosecution Agreement (“DPA”) and Non-Prosecution Agreement (“NPA”) in resolving criminal cases. The

¹ Data de Recebimento: 23/09/2020. Data de Aceite: 07/06/2021.

² Akeem Olajide Bello. LL.B. (Hons.), LL.M., PhD. Associate Professor of Law, Department of Public Law, Faculty of Law, University of Lagos, Lagos, Nigeria. Dr. Bello was a former Senior Special Assistant to the Attorney General of Lagos State, Nigeria between 2007 and 2011. E-mail: abello@unilag.edu.ng

United States of America (US) Department of Justice (DOJ) frequently utilizes DPA and NPA in criminal cases involving corporations. A legal framework has also emerged for the use of DPA in the United Kingdom (UK). DPA and NPA are used in all areas of corporate criminal wrongdoing including antitrust, fraud, domestic bribery, tax evasion, environmental violations as well as foreign corruption cases.³ These legal mechanisms bypass the traditional plea-bargaining process and instead involve a negotiated settlement whereby the organisation may agree without pleading guilty, to a combination of restitution, forfeiture, monetary sanctions, and other legal and structural governance reforms. DPA and NPA did not arise from any change in federal statutes but through an innovation in criminal enforcement practices and related coordination between criminal and civil enforcement authorities.⁴

The use of DPA and NPA offer another mechanism for the prosecution to use in handling corporate criminal liability beyond the conventional approach of prosecuting corporations and their officers and employees for criminal conduct. The article examines the meaning of NPA and DPA, the justifications and concerns arising from their use, and the legal framework in the US and UK with the objective of drawing any relevant lessons for the use of DPA and NPA in Nigeria.

2 MEANING OF DPA AND NPA

Federal officials in the US no longer simply fine publicly held firms that commit crimes, they instead, use their enforcement authority to impose mandates on these firms – mandates that can require a firm to alter its compliance programme, governance structure, or scope of operations. These mandates are imposed through Pretrial Diversion Agreement (PDA), specifically DPA and NPA.⁵ In a PDA, the prosecutor agrees not to pursue a criminal conviction of a firm, but nevertheless impose financial sanctions on the firm. In return, the firm usually agree to cooperate in the investigation of criminal conduct and admit to the facts of the crime. In addition, most PDAs contain mandates that govern the firm's future behaviour. These mandates impose new prosecutor-created duties on the firm. They may require the firm to adopt a corporate compliance programme with specified features not otherwise required by law, to alter its internal reporting structure, to add specific individuals to the board of directors, to modify certain business

3 Cindy R. Alexander & Mark A. Cohen, "The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements" (2015) 52 *American Criminal Law Review*, 532.

4 *Ibid.*

5 Jennifer Arlen & Marcel Kahan "Corporate Governance Regulation through Non-prosecution" (2017) 84, *The University of Chicago Law Review*, 323 at p 324-325.

practices, or to hire a prosecutor-approved corporate monitor.⁶

A PDA usually take the form of a DPA or NPA. A DPA or NPA is an agreement entered into between the government and a target corporation whereby the government agrees to either dismiss a filed criminal charge (in the case of a DPA) or refrain from filing any charges (in the case of an NPA), in exchange for the target corporation agreeing to reform its conduct, pay restitution to its victims and submit to government oversight over a set period of time.⁷ DPA and NPA differ from plea bargaining because they do not involve a plea agreement, guilty plea and conviction. It gives corporations and their officers the option of avoiding guilty plea and conviction although they may agree to pay fine, compensate victims, and carry out other mandates that may be incorporated in the DPA or NPA.

Where a DPA is used, the corporation and its officers are charged to court and the prosecution agrees to defer the prosecution of the charges for a period during which the defendant is expected to carry out the mandates and corrective measures outlined in the DPA. If the defendant fully performs its obligations under the DPA, the prosecution at the end of the duration of the deferment would move the court to dismiss the charges.⁸ NPA operates in a similar manner except that no charges are filed; the prosecution agrees not to prosecute the defendant if the mandates and corrective measures outlined in the NPA are performed within the duration of the NPA.⁹

3 JUSTIFICATION FOR DPA AND NPA

Several justifications have been advanced for the emergence and use of DPA and NPA in the US. The following are some of the arguments canvassed in support of NPA and DPA.

First, it has been argued that NPA or DPA might punish a corporation more effectively and efficiently than a criminal conviction. NPA or DPA also allow prosecutors to implement a variety of reforms within the corporation. Prosecutors can impose reporting requirements, improvements to compliance programmes and policies, and a variety of remedial measures, including significant fines. The prosecution can also appoint a monitor to oversee the corporation's activities for the term of the agreement.¹⁰ The kernel

⁶ *Ibid*, at p. 325.

⁷ Scott A. Resnik & Keir N. Dougall The Rise of Deferred Prosecution Agreements (2006) *New York Law Journal*.

⁸ Cindy R. Alexander & Mark A. Cohen, *supra* note 1, at p. 545.

⁹ *Ibid*.

¹⁰ Mary Miller, "More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Under Its Inherent Supervisory Power Under Its Inherent Supervisory Power" (2016) 115 *Michigan Law Review*, 135 at p. 140.z

of the argument is that the NPA or DPA enable prosecutors to reform corporations and make them more compliant rather than just punishing them for their crimes.

Second, is the question of time, cost and resources that are required to ensure a successful prosecution of corporations. Prosecuting corporations via trial is often difficult and time consuming, and there is no guarantee that the government will secure a victory against a corporation deserving punishment. It is argued that corporate crimes are often low visibility crimes and are thus hard to detect. As such, it is usually difficult for prosecutors to gather enough evidence for a criminal conviction, which requires proof beyond reasonable doubt.¹¹

The third and perhaps the strongest argument canvassed in support of DPA and NPA is that prosecutors are often able to avoid imposing significant adverse collateral consequences of corporate criminal conviction on innocent third parties, such as shareholders or employees.¹² The argument is that the effect of conviction on a corporation may signal its death and innocent employees of the company and shareholders may lose their jobs and investments. The conviction of Arthur Anderson for obstruction of justice charges in the US resulted in almost 28,000 employees losing their jobs and the ultimate death of the firm.¹³ A DPA or NPA with the firm could have averted its demise and thus save the job of its employees.

4 CONCERNS FOR USE OF DPA AND NPA

The use of DPA and NPA has continued to attract criticisms and objections. DPA and NPA attract criticisms because of the wide discretionary powers that the prosecution has over criminal cases generally and the possibility of the abuse of such powers. The following are some of the objections that have been raised against the use of DPA and NPA.

The major concern with the use of DPA and NPA is the wide discretionary powers exercised by prosecutors. These concerns have manifested in diverse forms. Some have argued that prosecutors favour large companies over small businesses and domestic corporations over foreign companies. Others have expressed concern about the extent to which the agreement focus on corporate compliance programmes and thus involve the DOJ in management controls and structural reforms that may go beyond its core area of litigation expertise.¹⁴ Punishments placed on businesses may be unrelated to the crime

11 Michael Yangming Xiao, "Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime" (2013) 23 *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 233 at p.242.

12 Mary Miller, *supra* note 8, at p. 140.

13 See Linda Greenhouse, *The Andersen Decision: The Overview*; *Justices Reject Auditor Verdict in Enron Scandal*, N.Y. TIMES, June 1, 2005 available online at <https://www.nytimes.com/2005/06/01/business/justices-reject-auditor-verdict-in-enron-scandal.html> (accessed on 1st of April 2020).

14 David M. Uhlmann "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal

that precipitated the DPA. For instance, the Bristol-Meyers Squibb DPA, which resulted from an allegation of securities fraud, required the company to endow a chair in business ethics at Seton Hall, the prosecuting US Attorney's law school *alma mater*. While beneficial to Seton Hall, the windfall did not advance the criminal justice system's goals of punishment and deterrence.¹⁵

Another important concern which has been raised in relation to DPA and NPA is that the DOJ use these mechanisms when it does not have a provable case against corporations. An empirical analysis of cases resolved by the DOJ arising from the enforcement of Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) revealed that since the use of DPA and NPA by the DOJ since 2004, prosecution of corporate officials has significantly declined in cases where DPA or NPA were used to resolve the FCPA violations.¹⁶ The argument is that corporations find it more convenient to resolve alleged FCPA violations through DPA or NPA and that corporate officials are not prosecuted because DOJ does not have provable cases. Corporate officials, according to the argument are more likely to resist criminal prosecutions more vigorously than corporations because they stand to go to jail if convicted. The empirical evaluation reveals that:

... the comparison of individual FCPA enforcement actions related to enforcement actions of business organizations materially flipped when the DOJ introduced NPAs and DPAs to the FCPA context in late 2004. In short, since the FCPA's enactment in 1977 to December 2004, 83% of enforcement actions against business organization did involve related criminal prosecutions of company employees, whereas since December 2004, 77% of enforcement actions against business organizations did not involve any related criminal prosecutions of company employees.¹⁷

Using the above empirical analysis of DOJ prosecution of FCPA violations, Koehler persuasively argued that the reason the DOJ does not bring criminal action against corporate officials is because they generally do not have provable cases against them and take the easy option of concluding DPA or NPA with corporations who for a variety of reasons prefer the option of settling the cases with the DOJ. The empirical analysis undertaken by Koehler unearths the tremendous possibility of abuse that a DPA or NPA portend.

Liability" (2013) 72 Maryland Law Review, 1295 at p.1326.

15 Rachel Delaney "Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements" (2009) 93 *Marquette Law Review*, 875 at p. 880.

16 Mike Koehler "Measuring the Impact of Non-Prosecution and Deferred Prosecution Agreements on Foreign Corrupt Practices Act Enforcement" (2015) 49 *University of California, Davis*, 497.

17 *Ibid* at p. 541.

The issue of lack of adequate judicial supervision of DPA and lack of supervision of NPA has also raised concerns of rule of law and abuse of powers. It has been argued that prosecutors' offices, exercise the broadest potential form of authority when they create and impose new mandates – authority to create, impose, and potentially enforce duties that bind individual firms. Indeed, prosecutors not only use DPA or NPA to create new duties, but they also use them to impose new duties on specific firms.¹⁸ Furthermore, while prosecutors can use DPA or NPA to create new duties, senior DOJ officials have not adopted *ex ante* guidelines to constrain the scope of individual prosecutors' authority over the mandates they can impose. The consequence is that there is no genuine mechanism to ensure consistency in the mandates imposed on similarly situated firms by different prosecutors' offices. Instead, each individual US Attorney's office has authority to create and impose the duties that the specific US Attorney's office concludes should be imposed, provided that the firm is willing to consent to avoid prosecution.¹⁹

The rule of law concerns with DPA and NPA also arises in relation to the reality of lack of judicial oversight of NPA and little or no oversight over DPA. NPAs are not subject to judicial scrutiny or review. Unlike plea bargains, the fines, penalties, and mandates imposed under NPAs are not subject to judicial oversight, review, or approval. This implies that prosecutors have absolute control over the fines, penalties, and mandates that they impose.

The scope of authority of judges over DPA is more limited compared with plea bargains. The prosecution file a DPA in court after charges have been filed to suspend trials pending the implementation of the DPA. The suspension puts a hold to the time stipulated for criminal trials under the Speedy Trial Act. The decision in *United States v. HSBC Bank USA, N.A.*,²⁰ involved a criminal prosecution against HSBC, a DPA and a Corporate Compliance Monitor Agreement filed by the parties. The parties filed a request to the court urging a suspension of trial for five years under the Speedy Trial Act. The court conceded that although it does not have the general powers to accept or reject a DPA like the powers it has to accept or reject a plea agreement, it approved the DPA pursuant to its supervisory powers under the Speedy Trial Act. The court further directed the parties to file quarterly report and to inform it of significant developments in the implementation of the DPA pending the five years period of suspension of trial.

Two attempts by trial courts in the US to superintend over the process of approving DPA vide the court's power to suspend trial were thwarted by appellate courts. In *Uni-*

18 Jennifer Arlen, "Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements" (2016) 8 (1) *Journal of Legal Analysis* 191 at p. 214.

19 *Ibid*, at p. 216.

20 No. 12–CR–763, 2013 WL 3306161 (E.D.N.Y. July 1, 2013).

*ted States v. Fokker Serv. B. V.*²¹ the trial Judge rejected the request of parties to suspend trial after the prosecutor and the defendant entered a DPA. The court rejected the request *inter alia* on the ground that the DPA was unduly lenient having regard to the alleged criminal conduct of the company. The DOJ and the defendant successfully appealed against the trial court's order. The DC Circuit Court held that the responsibility to make decisions concerning DPA with defendants belong to prosecutors and not the court. The DC Circuit Court held that the judiciary has no authority to second-guess executive determinations in criminal charging decisions and that the courts have no free-ranging authority to scrutinise prosecutions charging decisions. A similar position was taken in *SEC v. Citigroup Global Markets, Inc.*,²² The picture that emerge from the above cases is that the role of the court in approving DPA is substantially more limited than its role in accepting or rejecting a plea agreement.

5 DPA IN THE UK

The concerns of the lack of judicial supervision of DPA in the US has not gone unnoticed in other parts of the world desirous of utilising some of the benefits of DPA while avoiding the almost total lack of meaningful judicial supervision. The UK and Singapore are two jurisdictions where a robust legal framework has provided guidance for DPA and instituted standards of judicial oversight.

The legal framework for DPA in the UK is contained in section 45 schedule 17 of the Crime and Courts Act 2013²³ (CC Act). A DPA is defined as an agreement between a designated prosecutor and a person ("P") whom the prosecutor is considering prosecuting for an offence specified in Part 2 (the "alleged offence").²⁴ Under a DPA, P agrees to comply with the requirements imposed on P by the agreement, and the prosecutor agrees that upon approval of the DPA by the court, criminal proceedings will be instituted in relation to the prosecution of P for the alleged offence.²⁵

The prosecutor is required to institute proceedings in the Crown Court by preferring a bill of indictment charging P with the alleged offence subject to the consent of a Crown Court Judge after the court approves the DPA. When the proceedings are instituted, they are automatically suspended. The suspension may only be lifted on an application to the Crown Court by the prosecutor; and no such application may be made at any time

21 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015), vacated and remanded, No. 15–16, 2016 WL 1319266 (D.C. Cir. Apr. 5, 2016).

22 752 F.3d 285, 330 (2011).

23 A similar framework to the UK approach has been adopted in Singapore Criminal Procedure Code (Chapter 68, 2012, Section 149F) See also Eunice Chua & Benedict Chan Wei, "Deferred Prosecution Agreements in Singapore: What Is the Appropriate Standard for Judicial Approval?" (2019) *International Commentary on Evidence*, 1.

24 Section 1(1) of Crime and Courts Act 2013 (CC Act).

25 Section 1(2) CC Act.

when the DPA is in force. During the suspension of proceedings, no other person may prosecute P for the alleged offence.²⁶

The CC Act specifically listed designated prosecutors who may enter a DPA. They are the Director of Public Prosecutions, the Director of the Serious Fraud Office and any prosecutor designated by an order made by the Secretary of State. A designated prosecutor must personally exercise the power to enter a DPA and, accordingly, the CC Act excludes the application of any enactment that enables a function of a designated prosecutor to be exercised by a person other than the prosecutor. The CC Act however provides that if the designated prosecutor is unavailable, the power to enter a DPA may be exercised personally by a person authorised in writing by the designated prosecutor.²⁷ This is to streamline the category of officers that may enter a DPA and ensure the personal responsibility of designated officers. It also ensures that a decision to enter a DPA is made at the upper echelons of the prosecutorial authority.

The CC Act addressed one of the concerns with the use of DPA in the US associated with decline in the number of individual officers of corporations prosecuted whenever a DPA is used instead of prosecution. The CC Act provides that a DPA may be used with a body corporate, a partnership, or an unincorporated association, but not an individual. This ensures that in the UK, officers of corporations who commit crimes while carrying out the business of the corporations are prosecuted even where a DPA is concluded with the corporation. This would strengthen the deterrent effect of the criminal law because it is only human beings behind a corporation who are responsible for committing crimes and not the corporation itself.

The CC Act sets out elaborately the contents of a DPA. A DPA is required to contain the followings:

- (a) a statement of facts relating to the alleged offence, which may include admissions made by P;
- (b) must specify an expiry date, which is the date on which the DPA ceases to have effect if it has not already been terminated for breach;
- (c) may impose on P (but not limited to) the following requirements:
 - (i) to pay to the prosecutor a financial penalty;
 - (ii) to compensate victims of the alleged offence;
 - (iii) to donate money to a charity or other third party;
 - (iv) to disgorge any profits made by P from the alleged offence;
 - (v) to implement a compliance programme or make changes to an existing compliance programme relating to P's policies or to the training of P's employees or both;

²⁶ Section 2, CC Act.

²⁷ Section 3, CC Act.

- (vi) to cooperate in any investigation related to the alleged offence; and
- (vii) to pay any reasonable costs of the prosecutor in relation to the alleged offence or the DPA.

The CC Act also requires that a DPA may contain the following additional provisions:

- (a) time limits within which P must comply with the requirements imposed on P;
- (b) the amount of any financial penalty agreed between the prosecutor and P must be broadly comparable to the fine that a court would have imposed on P on conviction for the alleged offence following a guilty plea; and
- (c) may include a term setting out the consequences of a failure by P to comply with any of its terms.²⁸

The requirement that the amount of any financial penalty agreed between the prosecutor and P must be broadly comparable to the fine that a court would have imposed on P on conviction for the alleged offence following a guilty plea is significant. This provision would ensure that applicable Sentencing Guideline governing the assessment and imposition of fine would have to be considered in fixing financial penalty. This precludes arbitrary imposition of fines either in excess or below fines the corporation would have had to pay if it were convicted of the offence following a guilty plea.²⁹ In the judgment approving the DPA in *Serious Fraud Office v. Standard Bank Plc. (Now known as ICBC Standard Bank Plc.)*³⁰ the court made the following observation:

The most difficult assessment was as to the appropriate financial penalty which para. 5(4) of Schedule 17 mandates must be “broadly comparable to the fine that a court would have imposed” following conviction after a guilty plea. This has required detailed consideration of the Definitive Guideline for corporate offenders issued by the Sentencing Council in respect of Fraud, Bribery and Money Laundering Offences. Assessment of culpability and harm led to a conclusion that the appropriate penalty should be 300% of the total fee reduced by one third to represent the earliest admission of responsibility i.e., US \$16.8 million.

The statutory framework under the CC Act is also combined with a mandatory policy framework. The CC Act require the Director of Public Prosecutions and the Director of the Serious Fraud Office to jointly issue a Code for Prosecutors giving guidance on: (a)

²⁸ Section 5, CC Act.

²⁹ This s one of the concerns raised with the use of DPAs in the US.

³⁰ Case No: U20150854, approved Judgment of Rt. Hon. Sir Brian Leveson, 30th November 2015, Para 16 of judgment available online at https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2015/11/sfo-v-standard-bank_Final_1.pdf (accessed 5 April 2020).

the general principles to be applied in determining whether a DPA is likely to be appropriate in a given case, and (b) the disclosure of information by a prosecutor to P in the course of negotiations for a DPA and after a DPA has been agreed. The Code may also give guidance on any other relevant matter, including: (a) the use of information obtained by a prosecutor in the course of negotiations for a DPA; (b) variation of a DPA; (c) termination of a DPA and steps that may be taken by a prosecutor following termination; and (d) steps that may be taken by a prosecutor when the prosecutor suspects a breach of a DPA.³¹ In compliance with the CC Act, a Deferred Prosecution Agreements Code of Practice (DPA Code) was issued in the UK to regulate and guide the entire DPA process particularly the vexed issue of how to properly regulate and place *ex-ante* limitations on the exercise of prosecutorial powers to enter a DPA.

The DPA Code contained detailed provisions regulating different aspects of a DPA, principles and standards governing the exercise of prosecutorial discretion to enter a DPA and the terms of a DPA, etc. The advantage of such detailed provisions in the Code is that it places specific *ex ante* limitations on the scope of authority of prosecutors and helps promote the rule of law by forcing executive branch actors to justify their actions with respect to a legitimate articulation of the public good. The constraints also enhance consistency across decision-makers in the executive branch.³²

The CC Act sets up a two-stage judicial approval process. The first stage involves an application by the prosecution to the Crown Court for preliminary approval after the commencement of negotiations between a prosecutor and P in respect of a DPA but before the terms of the DPA is agreed. The application is for a declaration by the court that: (a) entering a DPA with P is likely to be in the interests of justice, and (b) the proposed terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate. The court is required to give reasons for its decision to make the declaration. The hearing of the application must be held in private, any declaration made by the court must be made in private, and reasons for the declaration must be given in private. In *Serious Fraud Office v. Standard Bank Plc.*³³ the court reasoned that the rationale for the privacy provisions is that it enables the court retain control of the ultimate outcome and, if the agreement is not approved, the possibility of prosecution is not jeopardised because of any publicity that would follow if these proceedings had not been held in private.

The second stage of the judicial approval process comes into play after the parties have reached an agreement. The prosecutor must apply for a final declaration that the

31 Section 6, CC Act.

32 Jennifer Arlen, "Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements" (2016) 8 (1) Journal of Legal Analysis 191 at p. 208.

33 Supra note 28.

terms of the DPA is in the interests of justice, and its terms are fair, reasonable and proportionate. A DPA only comes into force when it is approved by the Crown Court making a declaration of approval. The court must give reasons for its decision on whether to make a declaration. The Act allows a hearing at which an application for approval is determined to be held in private, but if the court decides to approve the DPA and make the approval declaration it must do so, and give its reasons, in open court.³⁴ This provision is to ensure that a declaration of approval is subject to transparency and to make it open to public scrutiny and prevent abuse of approval powers.

In the judgment approving the DPA in *Serious Fraud Office v. Standard Bank Plc.*³⁵ the court considered the following factors before approving the terms of the DPA on the grounds that it would promote the interests of justice and that they were fair, reasonable and proportionate:

(a) The court considered inter alia the following terms of the DPA related to fines, compensation and penalties as follows:

- (i) Payment of compensation of US \$6 million plus interest in US \$1,046,196.58;
- (ii) Disgorgement of profit on the transaction of US \$8.4 million;
- (iii) Payment of a financial penalty of US \$16.8 million;
- (iv) Past and future cooperation with the relevant authorities in all matters relating to the conduct arising out of the circumstances of the draft indictment;
- (v) At its own expense, commissioning and submitting to an independent review of its existing internal anti-bribery and corruption controls, policies and procedures regarding compliance with the Bribery Act 2010 and other applicable anti-corruption laws; and
- (vi) Payment of the costs incurred by the Serious Fraud Office.

(b) The court also considered the following factors in determining whether the terms of the DPA served the interest of justice:

- (i) the seriousness of the conduct, although the predicate offence of bribery involved public officials and utilisation of public funds, the criminality potentially facing Standard Bank arose out of the inadequacy of its compliance procedures and its failure to recognise the risks inherent in the proposal;
- (ii) the promptness of the self-report, the fully disclosed internal investigation and cooperation of Standard Bank; and
- (iii) the agreement for an independent review of anti-corruption policies and the fact that Standard Bank is now differently owned, a majority shareholding having been acquired by ICBC.

(c) In determining the appropriateness of the financial penalty, the court applied para-

³⁴ Section 8, CC Act.

³⁵ Supra note 28.

graph 5(4) of Schedule 17 of the CC Act which required that fines must be “broadly comparable to the fine that a court would have imposed” following conviction after a guilty plea. This the court held required detailed consideration of the Definitive Guideline for corporate offenders issued by the Sentencing Council in respect of Fraud, Bribery and Money Laundering Offences. The court noted that it applied the Guideline to assess the appropriateness of the financial penalty before approving it.

The above outlines of the statutory standards reveal that these are standards which the courts are competent to consider and apply before approving a DPA. The terms of DPA involve mainly the imposition of fines, penalties and remedial mandates that corporations are obliged to implement. The determination of whether these disposition measures are in the interest of justice or whether they are fair, reasonable and proportionate are matters unquestionably within the competence of the court. In plea bargain agreements, the courts have the final say as to whether the terms of the agreement are in the interest of justice and whether they are fair, reasonable and proportionate. While a DPA does not involve a guilty plea, the effect of a DPA without judicial supervision and approval is to allow the prosecution, a member of the executive branch of government, to determine breach of laws and impose punishment without the intervention of the courts constitutionally saddled with the powers to consider and impose punishment. The approach to the application of DPA in the UK provides a due process safeguard to prevent the abuse of prosecutorial powers inherent in the US approach.

The prosecution reserves the right not to prosecute or enter NPA with a suspect, but the moment the judicial process is activated by the filing of an indictment, judicial powers over the administration of criminal justice is activated and the approach of providing a legal framework for judicial oversight of DPA accords in the writer’s view with due process and the rule of law.

6 EVOLVING A FRAMEWORK FOR NPA AND DPA IN NIGERIA

Prosecutorial powers in Nigeria are derived from the provision of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999 (the Constitution) which confers prosecutorial discretionary powers. Nigeria operates a federal system of government with a national federal government exercising governmental powers over the entire country and components units known as States. The Constitution confers prosecutorial powers on the Attorney General of the Federation (AGF) with respect to offences under Federal Acts and on the Attorney General of a State (AGS) over offences under State laws.

Section 174 of the Constitution confers the following powers on the AGF:

(1) The Attorney-General of the Federation shall have power -

- (a) to institute and undertake criminal proceedings against any person before any court of law in Nigeria, other than a court-martial, in respect of any offence created by or under any Act of the National Assembly;
 - (b) to take over and continue any such criminal proceedings that may have been instituted by any other authority or person; and
 - (c) to discontinue at any stage before judgement is delivered any such criminal proceedings instituted or undertaken by him or any other authority or person.
- (2) The powers conferred upon the Attorney-General of the Federation under subsection (1) of this section may be exercised by him in person or through officers of his department.
- (3) In exercising his powers under this section, the Attorney-General of the Federation shall have regard to the public interest, the interest of justice and the need to prevent abuse of legal process.

Section 211 of the Constitution confers similar powers on the AGS with respect to offences under State Laws. The constitutional provisions confer prosecutorial discretionary powers on the AGF and the AGS.³⁶ The discretionary powers include the power to institute, take over and discontinue criminal prosecution. In *State v Ilori*³⁷ the Supreme Court of Nigeria held that the AGF or AGS has an unquestionable discretion in the exercise of prosecutorial powers to institute or discontinue criminal proceedings. Within the scope of prosecutorial discretionary powers, the authority of prosecutors to decide whether to prosecute is without dispute. Within the scope of that power, prosecutors can decide to enter NPA with any person whether an individual or corporation suspected of committing a crime. The exercise of the powers to agree NPA is not subject to judicial review and it is not subject to statutory strictures because the power has its roots in the Constitution. A statute cannot restrict constitutional powers except to the extent allowed by the Constitution. There is no need for a new framework for NPA in Nigeria; the constitutional sources of prosecutorial powers in the writer's view cover the use of NPA by the prosecution.

In addition, to the constitutional framework outlined above, the Economic and Financial Crime Commission (Establishment) Act 2004 (EFCC Act) established the Economic and Financial Crimes Commission (the Commission). Section 14(2) of the EFCC Act provides a platform for NPA as follows:

Subject to the provision of Section 174 of the Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999 (which relates to the power of the

³⁶ Akeem Olajide Bello, "Plea Bargaining and Criminal Justice in Nigeria: Issues, Problems and Prospects" in (2006) *Current Law Series* Vol. 1, 42 at p. 47.

³⁷ [1983] 1 SCNLR 94.

Attorney-General of the Federation to institute, continue or discontinue criminal proceedings against any persons in any court of law), the Commission may compound any offence punishable under this Act by accepting such sums of money as it thinks fit, not exceeding the amount of the maximum fine to which that person would have been liable if he had been convicted of that offence.

Section 14(2) empowers the Commission to compound offences punishable under the EFCC Act. In *PML (Nig.) Ltd v. FRN*³⁸ the Supreme Court considered the import of section 14(2). The court defined compounding as follows:

... an act on the part of the victim, who decides to pardon the offence committed by the accused person and requests the court to exonerate him. That does not mean that the offence has not been committed; it only means that the victim is willing to pardon it or has accepted some form of compensation for what he or she has suffered. So the compounding of offences terminates the legal proceedings against the offender and he is entitled to an acquittal.³⁹

The court held that the Commission has power to compound an offence under the EFCC Act by accepting such sum of money as it thinks fit not exceeding the maximum amount to which that person would have been liable if he had been convicted of that offence. This power is however subject to the AGF's powers to institute, continue, takeover or discontinue criminal proceedings under section 174 of the Constitution. The court held further that compounding terminates legal proceedings although it is the Court and not the Commission that acquits the accused. The court clearly held that the Commission's power to compound an offence extends to charges that are already before the court subject to the AGF's power under the Constitution. The import of this is that the Commission can compound a matter already in court and conclude an NPA with a defendant. In such a case, the prosecution can apply to the court to withdraw the charges and discontinue with prosecution. The prosecution has the power to withdraw charges subject to the consent of the court.⁴⁰ The prosecution may also compound an offence before criminal proceedings are instituted.

In the subsequent case of *Romrig (Nig.) Ltd. v. FRN*,⁴¹ the Supreme Court added the requirement that there must be a written agreement between the defendant and the

38 [2018] 7 NWLR (Pt. 1619) 448)

39 Ibid, at p. 484, paras. G-H.

40 Section 108 Administration of Criminal Justice Act.

41 [2018] 15 NWLR (Pt.1642) 284. See also *EFCC v. Chidolue* [2019] 2 NWLR (Pt. 1657) 442.

Commission on the issue of compounding of the crime for which the accused was charged and the amount to be accepted by the Commission must be explicitly stated in the written agreement for compounding the offence.

There have been allegations that the Commission uses section 14(2) to compound crimes under the EFCC Act. There have however been problems of openness that makes the assessment of such settlements difficult. The one clear case where there was an admission of using this provision is the case involving Halliburton. The Halliburton bribery scandal involves bribes paid to Nigerian government officials that paved the way for the TSKJ consortium to be awarded a \$6 billion contract in 1995 for the expansion of the Nigeria Liquefied Natural Gas company based in Rivers State, Nigeria. Besides the country's former rulers, some ex-ministers, former top Nigerian National Petroleum Corporation officials, and political party officials were also embroiled in the scandal. A former Justice Minister was accused of buying shares in a private airline company with proceeds from the Halliburton bribe scandal.⁴² The case against Halliburton was eventually resolved with the Nigerian Government after Halliburton agreed to pay fines and penalties.⁴³ The secrecy and lack of openness surrounding the alleged NPA in the Halliburton cases exposes the risk of abuse and corruption that an unregulated NPA portend.

There have also been allegations that the Commission uses NPA to conclude criminal allegations of tax evasions, and money laundering offences and cases of contractors who got paid for contracts without performing their obligations. Without an articulated policy framework outlining the procedure, principles, and factors that the Commission would consider in concluding NPA with defendants, there would always be the possibility of favoritism and abuse of powers.

A defence counsel willing to negotiate a criminal matter with the Commission under the provisions of section 14(2) must ensure that whatever is agreed is captured in a written NPA as noted by the Supreme Court in *Romrig (Nig.) Ltd. v. FRN*.⁴⁴ The existence of such NPA will guarantee to the defendant that the Commission would not be able to pursue any criminal action with respect to the matter. Whatever NPA is concluded between the defendant and the Commission is however still subject to the powers of the AGF under section 174 of the Constitution. This implies that the AGF

42 Punch Editorial "Dusting off Halliburton's Corruption Case File" November 24, 2016 available online at <https://punchng.com/dusting-off-halliburtons-corruption-case-file/>

43 Various sums were reported by different news agencies as the agreed fines and penalties. The sum of \$250 Million was reported by Guardian while CNN reported \$35 Million see Nigeria to drop Dick Cheney charges after plea bargain available online at <https://www.theguardian.com/world/2010/dec/15/nigeria-dick-cheney-plea-halliburton> and Halliburton settles Nigeria bribery claims for \$35 million, available online at <http://edition.cnn.com/2010/WORLD/africa/12/21/nigeria.halliburton/index.html>(accessed on 17th May 2020).

44 Supra note 37.

despite the NPA is not barred from instituting a fresh prosecution against the defendant with respect to the charge in relation to which the NPA was concluded.

It is important to draw attention to an error in the Supreme Court decision in *EFCC v. Chidolue*⁴⁵ which arose most probably from a typographical error in the typed judgment which was not spotted by their Lordships. The court held that for compounding an offence under section 14(2) of the EFCC Act, the following must co-exist:

- (a) The accused must not only have knowledge of the offence, there must be the actual commission of the crime;
- (b) There must be an agreement not to prosecute;
- (c) There must be a receipt of consideration, that is sums of money exceeding the maximum amount to which that person would have been liable if he had been convicted of the offence; (emphasis mine) and The offence must be punishable under the EFCC Act.

The underlined portion of the decision above is reference to the provision of section 14(2) of the EFCC Act. It provides that the money received by the Commission must be sums “not exceeding the maximum” amount of fine the person would have paid if he had been convicted. The underlined portion of the decision indicating that the Commission must receive sums of money exceeding the maximum amount to which that person would have been liable if he had been convicted of the offence is therefore wrong. The provision of section 14(2) of EFCC Act was wrongly quoted at page 460 paragraph F of the Nigerian Weekly Law Report. The error appears to have come from the certified true copy of the judgement because other law reports contained the same error.⁴⁶ The correct application of section 14(2) of the EFCC Act is as stated by the Supreme Court in the earlier case of *Romrig (Nig.) Ltd. v. FRN* discussed earlier.

There is no law in Nigeria permitting the prosecution, after filing a charge or instituting a criminal action to apply to the court to defer prosecution on the grounds that a DPA exist between the prosecution and the defence. A defendant’s right to trial within a reasonable time is a constitutional matter and there is no law that allows the right to be held in abeyance pending the implementation of a DPA between the prosecution and the defence.

In the writer’s view, a legislation may provide a framework for DPA and empower the court to adjourn a criminal matter to allow for the implementation of a DPA. It is instructive to note that the Supreme Court held in *Ariori v. Elemo*⁴⁷ that the right to speedy trial belongs to the category of fundamental rights that a citizen can waive subject

45 Supra note 39.

46 See *EFCC v. Chidolue* as reported in Legalpedia Report available online at <https://legalpediaonline.com/economic-and-financial-crimes-comm-ission-v-chief-patrick-t-chidolue/> (accessed on 17th May 2020).

47 Supra note 35.

to a limitation. The court noted that although a litigant can waive the right to speedy trial by asking for adjournments of the case, waiver of a right to a speedy trial is not permissible where the adjournments requested is of such a nature that the court will lose the advantage it has of accurate assessment of the witnesses it had observed during trial. If this dictum is applied, a statute allowing a court at the request of parties to defer the trial of a criminal matter before the commencement of trial would fall within the waiver of rights approved by the Supreme Court in *Ariori v. Elemo*. The right to a fair trial within a reasonable time is designed primarily for the protection of the defendant. If defendants seeking to benefit from a DPA agrees with the prosecution for a waiver of the right by conceding an adjournment of trial, there is no greater public interest demanding that the adjournment should not be granted.

Another reason a legal framework for DPA is necessary in Nigeria is that unlike the NPA, which does not involve the exercise of judicial powers, a DPA involves a defendant agreeing in a formal judicial proceeding to pay fines and be subject to other penalties it may agree with the prosecution. A DPA when filed in court subjects the information/charges to the judicial process albeit a plea has not been taken and may not be taken. The terms of a DPA usually involve the imposition of fines and other criminal penalties such as forfeiture of the proceeds of crime. The imposition of fines and penalties are matters within the province of the court in criminal matters and which the courts have the competence to determine. The imposition of fines and penalties by the court is not a matter within prosecutorial discretion. Prosecutorial discretion stops at the point when the prosecution decides to file charges or to discontinue prosecution. Where fines and penalties would be the product of a criminal action, the determination of the appropriateness of penalties and punishment is matter within the domain of the courts. This argument provides the basis for a legal framework like what obtains in the UK for the court to determine whether a DPA is in the interest of justice and whether its terms are fair, reasonable and proportionate.

The justification and benefits of a DPA have been examined earlier. In view of its justification and benefits, it is fair to contend that the need to have a legal framework for DPA may emerge in the nearest future in Nigeria. The writer recommends a legal framework similar to the UK's CC Act. This would ensure that the option of a DPA would be available to the prosecution in deserving cases and made subject to judicial review. The legal framework for a DPA may be introduced by an amendment to the Administration of Criminal Justice Laws of the States and the Federal Administration of Criminal Justice Act.

7 CONCLUSION

The foregoing analysis has examined the meaning of NPA and DPA, the justifications and concerns for their use, and lessons that Nigerian can draw from the legal framework in US and UK. There is a grave danger of abuse of prosecutorial discretion in concluding DPAs if the US approach precluding judicial oversight of DPAs is adopted in Nigeria. The approach in the UK which provides a legal framework incorporating standards of review and judicial approval of DPAs is recommended for Nigeria. The expanding scope of the work of the Commission and other financial regulatory authorities in Nigeria, would inevitably give rise to the need to have a legal framework for DPAs in Nigeria.

RUMO A UM MARCO LEGAL PARA ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO E DE ACUSAÇÃO DIFERIDA NA NIGÉRIA

RESUMO

Este artigo examina o uso do Acordo de Acusação Diferida e do Acordo de Não Persecução como mecanismos alternativos ao processo criminal de empresas nos Estados Unidos da América e no Reino Unido. O artigo examina as justificações para o uso dos mecanismos e as preocupações decorrentes de seu uso. O artigo conclui que, nos Estados Unidos da América, um Acordo de Acusação Diferida está sujeito a revisão judicial limitada enquanto um Acordo de Não Persecução não está sujeito a qualquer forma de revisão judicial. Os amplos poderes discricionários exercidos pelos promotores nos Estados Unidos são, conseqüentemente, uma grande preocupação. A estrutura legal do Acordo de Acusação Diferida no Reino Unido, entretanto, prevê padrões judiciais de revisão e aprovação que habilitam os tribunais a assegurar que os termos do Acordo de Acusação Diferida sejam no interesse da justiça, justos, razoáveis e proporcionais. O artigo conclui que a Constituição da Nigéria fornece uma estrutura para o Acordo de Não Acusação Diferida, embora não exista atualmente uma estrutura para o Acordo de Acusação Diferida. O artigo recomenda que a Nigéria deve adotar a estrutura legal do Reino Unido.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução. Acordo de Acusação Diferida. Estrutura legal.

REFERENCES

Cindy R. Alexander & Mark A. Cohen. The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements. (2015) 52. **American Criminal Law Review**, 532.

Constitution of the Federal Republic of Nigeria 1999.

United Kingdom, Crime and Courts Act 2013.

Economic and Financial Crime Commission (Establishment) Act 2004.

Michael Yangming Xiao. Deferred/Non-Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime (2013) 23. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 233.

A SEGURANÇA ALIMENTAR FRENTE À
DERIVA DO 2,4-D NO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL: PERSPECTIVAS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A
CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO DIFUSO

*THE FOOD SECURITY FACE TO 2,4-D DRIFT
IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL:
THE PUBLIC MINISTRY PERSPECTIVES FOR THIS
DIFFUSED RIGHT CONCRETIZATION*

A SEGURANÇA ALIMENTAR FRENTE À DERIVA DO 2,4-D NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: PERSPECTIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DESSE DIREITO DIFUSO¹

THE FOOD SECURITY FACE TO 2,4-D DRIFT IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL: THE PUBLIC MINISTRY PERSPECTIVES FOR THIS DIFFUSED RIGHT CONCRETIZATION

*Francieli Iung Izolani²
Jaqueline Sampaio de Oliveira³*

RESUMO

Este estudo visa a compreender as perspectivas de concretização do direito difuso à segurança alimentar através do Ministério Público frente à deriva do 2,4-D. A complexidade desta problemática requer a adoção do trinômio metodológico, com a abordagem sistêmico-complexa, calcada em Edgar Morin e Fritjof Capra; o procedimento de pesquisa bibliográfica; as técnicas de resumos e fichamentos. Conclui-se que, dentre as funções constitucionais do Ministério Público, encontra-se a de zelar pela proteção do

1 Data de Recebimento: 11/03/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Doutoranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2021) - Linha de Pesquisa Direitos da Sociobiobiodiversidade e Sustentabilidade. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2016) e Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2016). Pós-Graduada em Direito Previdenciário com ênfase ao Magistério Superior pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2011). Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (2008). Aprovada no 3/2008 Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiobiodiversidade (GPDS/UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito dos Animais (GPDA/UFSM). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria (REDESG/UFSM). Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi). Coordenadora da Coleção Latinoamérica y Derecho en Exposición. Coordenadora da Coleção Derecho Civil en Foco. Organizadora da Coleção Mulheres e Meio Ambiente: Nosso Papel Fundamental. Possui Curso de língua italiana pelo Idiomas Sem Fronteiras (2019 - nível A2), Curso de língua espanhola pelo Instituto Cervantes (2013- Nível B2), Curso de língua inglesa pelo Centro de Ensino Fisk (1998-2003) com Proficiência e Aprovação no Toefl Exam (2005) e Curso de informática pela Maffia (1997). Pesquisa sobre agrotóxicos e segurança alimentar, preservação da sociobiodiversidade e estratégias geopolíticas ambientais do Sul Social voltadas à promoção da soberania alimentar. E-mail: franizolani@hotmail.com. CV: <http://lattes.cnpq.br/9027530784430798>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1307-7758>.

3 Graduada em Administração de Empresas com habilitação em Administração Pública pela Universidade Estadual do Ceará (UECE), Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará, Especialista em Administração Judiciária pela Universidade Vale do Acaraú (UVA). Aluna regularmente matriculada no curso de Doutorado em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires em convênio com a ANDMDB - Associação Nacional dos Docentes Mestrados e Doutorandos do Brasil. E-mail: jaqueadm@yahoo.com.br. CV: <http://lattes.cnpq.br/6497906187820612>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1729-2815>.

meio ambiente e de outros interesses difusos, como o da segurança alimentar, amparando-se na Ação Civil Pública, ferramenta voltada à concretização do referido direito sob a perspectiva jurídica.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Deriva do 2,4-D. Segurança alimentar.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa a compreender as perspectivas de concretização do direito difuso à segurança alimentar através do Ministério Público frente à deriva do 2,4-D⁴. A deriva⁵ de agrotóxicos como o 2,4-D, utilizados na produção de *commodities* no Brasil, tem comprometido a efetivação de vários direitos constitucionais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à saúde e o da segurança alimentar, com reflexos sobre as dimensões da sustentabilidade, dentre as quais, a econômica, a ambiental e a social.

Em que pese a problemática, há mecanismos voltados à proteção de direitos, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se de políticas públicas e de órgãos, que guardam precipuamente o chamado Estado de Direito e o respeito às leis, como é o caso do Ministério Público.

Nesse contexto, questiona-se: Quais as perspectivas de concretização do o direito difuso à segurança alimentar através do Ministério Público frente à deriva do 2,4-D? Para tanto, esta pesquisa utiliza o trinômio metodológico, método de abordagem, método de procedimento e técnica.

Por tratar-se de questão sistêmico-complexa, que envolve diversas áreas do Direito, como o direito à saúde, à alimentação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, todos inter-relacionados com o direito à segurança alimentar, bem como as áreas da Economia, Política, Sociologia, justifica-se a adoção do método de abordagem sistêmico-complexo, calcado em Edgar Morin e Fritjof Capra. Com relação ao método de procedimento adota-se o da pesquisa bibliográfica com as técnicas de resumos e fichamentos.

Com relação à estrutura, o presente trabalho será dividido em três tópicos. Primeiramente, objetiva-se inferir a segurança alimentar no Brasil enquanto um direito novo,

4 Um dos agrotóxicos utilizados na produção de soja é o 2,4-D, ácido diclorofenoxiacético, um herbicida hormonal do grupo fenoxiacético (ANVISA, 2019), produzido em um contexto de guerra química e biológica durante a Segunda Guerra Mundial, tendo também sido utilizado na Guerra do Vietnã, ficando conhecido como agente laranja e que era utilizado como desfolhante das florestas vietnamitas (BESTER et al, 2020).

5 De acordo com Flavia Londres (2011, p. 23), “deriva é o nome que se dá à dispersão de agrotóxicos no meio ambiente através do vento ou das águas. Trata-se do veneno que não atinge o alvo (a lavoura a ser tratada) e sai pelos ares a contaminar o entorno”.

advindo da sociedade sistêmico-complexa. Em um segundo momento, almeja-se identificar a deriva do 2,4-D nas lavouras do Rio Grande do Sul e os impactos sobre a segurança alimentar. O terceiro e último tópico tem por escopo elucidar as perspectivas de concretização do direito à segurança alimentar pelo Ministério Público, especificamente, através da ferramenta da Ação Civil Pública.

2 A SEGURANÇA ALIMENTAR NO BRASIL: NOVOS DIREITOS DIFUSOS NA SOCIEDADE SISTÊMICO-COMPLEXA

O direito à segurança alimentar é entendido como um direito emergente desta sociedade global, tendo surgido em decorrência de problemáticas atinentes à fome, tanto no aspecto quantitativo como em seu viés qualitativo. Nesse contexto, este tópico busca inferir a segurança alimentar no Brasil enquanto um direito novo, advindo da sociedade sistêmico-complexa, compreendendo a evolução de seu conceito e as problemáticas principais em torno dele.

A segurança alimentar é um conceito em evolução. Desde a Primeira Guerra Mundial, esteve associado ao abastecimento e manutenção de estoques estratégicos de alimentos básicos, entretanto, na atualidade também perpassa por questões de suficiência, estabilidade e autonomia, destacando os aspectos quanti e qualitativos (MALUF; MENESSES; VALENTE, 1996, p. 8).

No Brasil, através da II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional em 2004, a Lei 11.346/2006 menciona, oficialmente, o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional, definido como

o direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras da saúde, que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (BRASIL, 2006).

Ele é, outrossim, um direito que se relaciona com o direito à saúde e à alimentação adequada, podendo ser conceituado a partir do disposto no art. 6º da Carta Magna, constando no rol de direitos sociais (BRASIL, 1988), aqueles compreendidos como de Segunda Dimensão (NOVELINO, 2009).

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), são direitos fundamentais, os direitos à saúde e à alimentação: “Art. 6º São direitos

sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Também estão preconizados em âmbito internacional, como no Protocolo San Salvador, o Decreto 3.321/1999 que, em seu art. 10 define o direito à saúde enquanto o “gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social” (BRASIL, 1999), e em seu art. 12, prevê que “ toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual” (BRASIL, 1999).

Ante às suas inter-relações, afirma-se que o direito à segurança alimentar trata-se de algo complexo e sistêmico, motivo pelo qual a abordagem calcada em Edgar Morin (2003) e em Fritjof Capra (1996) faz-se a mais acertada. Referida abordagem, chamada sistêmico-complexa, aduz ao fato que os atuais problemas da sociedade são complexos por se encontrarem espalhados por diversas áreas que, a seu turno, encontram-se interpenetradas sem ser atingível um entendimento apenas compartimentado.

Dessa forma, visando a solucionar as questões complexas, tal qual a ambiental, há que se separar a parte do todo, sem desligá-la, compreendendo que faz parte de um sistema maior, estabelecido como uma teia da vida (CAPRA, 1996).

Sendo assim, o direito à segurança alimentar e nutricional seria possibilitado, basicamente, se o acesso e a distribuição de alimentos chegasse a todos, considerado seu aspecto quantitativo - já que a produção em quantidade não é impeditivo -, somado ao fato de que esse alimento seria de qualidade, o que pressupõe a sua forma de produzir sem riscos à saúde humana, vale dizer, sem agrotóxicos nem transgênicos. Isso respeitaria o aspecto qualitativo e contribuiria para o acesso à diversidade de alimentos saudáveis disponíveis ao consumo.

Nessa toada, a fome de acesso e a fome nutricional seriam supridas, respeitando-se a saúde coletiva, bem como, sem agressões ao meio ambiente, esse outro direito fundamental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também seria viabilizado.

Todavia, a inefetividade da segurança alimentar e nutricional passou a ser acentuada, após os temores da fome com as Grandes Guerras, a partir da introdução do que se pactuou denominar Revolução Verde, trazendo um pacote tecnológico, misturando mecanização e agrotóxicos, em um primeiro momento, e manipulação de espécies em um segundo momento.

Para Vandana Shiva (2003, p. 16), o “paradigma da Revolução Verde substituiu o ciclo dos nutrientes por fluxos lineares de insumos e fertilizantes químicos comprados de fábricas e produtos comercializados de bens agrícolas”. Através do referido para-

digma, utilizado como supostamente milagroso, foi organizado o controle centralizado da agricultura e o uso intensivo de agrotóxicos, uma fórmula eficaz para acabar com a diversidade pela expansão da biotecnologia.

Entretanto, a Revolução Verde somente teve êxito devido à colonialidade de países localizados no Sul Social, dentre os quais, o Brasil. Nesse sentido, afirma Francieli Lung Izolani (2021, p. 75) que

Essa colonialidade reflete em diversas dimensões, inclusa na político-econômica, pois durante toda a história brasileira, a sua produção tem sido a da monocultura agrícola latifundiária do tipo exportação, através do poder de persuasão do Norte viabilizada pela mentalidade reducionista aqui vigente.

Em decorrência dessa colonialidade, que a Revolução Verde foi implementada na década de 1960, introduzida por diversas artimanhas, sendo uma delas a discursiva, enquanto a via para a solução da fome, corroborada por outra artimanha, a científica, fundando-se em teorias mundialmente disseminadas, como as malthusianas e as neomalthusianas a que Carlos Walter Porto-Gonçalves (2012) menciona em sua obra.

Aníbal Quijano (2009, p. 84) ainda refere que a colonialidade liga-se ao colonialismo, no viés de ser uma estrutura de dominação/exploração e que tem se mantido para além deste pelas relações de poder que vêm sendo mantidas entre Norte e Sul Social .

Uma dessas relações é entre a Revolução Verde e a inefetividade do direito à segurança alimentar, consolidada no Brasil até os dias atuais. Desde a Primeira Revolução Verde, com a introdução dos agrotóxicos, perpassando pela Segunda fase, com as sementes transgênicas, e mais um mecanismo de subjugação e convencimento. Agora de que essas sementes seriam mais resistentes, duradouras e lucrativas, bem como que utilizariam menos agrotóxicos.

Contudo, ao passo que a venda casada é notável, do agrotóxico com a semente correta, são evidentes os impactos socioambientais reportados por Juliana Santilli (2009), tais como a perda da agrobiodiversidade, a erosão dos solos, a poluição das águas, o empobrecimento de agricultores familiares e o êxodo rural.

Arelado a esse fator que é denominado insustentabilidade ecológica e insustentabilidade social, dentre as várias dimensões da sustentabilidade atribuídas por Ignacy Sachs (2002), advém outra forma referida por Juarez Freitas (2012) como insustentabilidade político-jurídica. No caso em tela, ela é causada pela inefetividade de direitos atrelados à segurança alimentar, como a saúde, a alimentação, que, por sua vez, vêm a atingir um número indeterminável de pessoas.

Ante o exposto, convém mencionar que o direito à segurança alimentar trata-se de um direito difuso. Entretanto, para se chegar ao entendimento supramencionado, cabe, em primeira instância, definir direitos difusos. Nesse sentido, Adriano Andrade et al (2016, p. 34) apresenta o quadro que ilustra a classificação dos direitos coletivos. Ou seja, os interesses coletivos em sentido amplo subdividem-se em interesses essencialmente coletivos e interesses acidentalmente coletivos.

Os direitos coletivos, conforme o mesmo autor, “é o gênero de interesses ou direitos pertencentes a um grupo, classe ou categoria de pessoas, ou a coletividade, e cuja defesa em Juízo pode ser feita, independentemente de litisconsórcio, por um legitimado que não necessariamente seja titular do direito material invocado” (ANDRADE, A; MASSON; ANDRADE, L., 2016, p. 35).

Com relação aos interesses acidentalmente coletivos, eles caracterizam-se por serem os interesses individuais homogêneos, cujos objetos são divisíveis e, além disso, seus titulares são determináveis.

Já os interesses essencialmente coletivos, subdividem-se nos interesses difusos e interesses coletivos. Nos interesses difusos, a indeterminabilidade dos titulares é absoluta, pois não é possível identificá-los, pois têm em comum apenas circunstâncias de fato, são numerosos e extremamente dispersos, enquanto nos interesses coletivos, ela é relativa e, portanto, é possível identificar todos os titulares.

Outrossim, segundo Amado (2011, p. 504), os interesses ou direitos difusos, a partir da definição expressa no art. 81, I, da Lei 8.078/1990, “são entendidos, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Portanto, o direito à segurança alimentar é um interesse ou direito difuso, pois não há possibilidade de determinar com precisão os titulares do direito violado. Ademais, possui natureza indivisível, decorrente dos bens jurídicos lesados - saúde, meio ambiente, cultura, economia, bastando uma ofensa para prejudicar uma coletividade, ao tempo que a reparação ou inibição do dano a todos beneficiará.

Sendo assim, referido direito difuso à segurança alimentar vem sendo desrespeitado e se tornado não passível de concretização, especialmente a partir da instituição da agricultura *moderna*, com larga utilização de agrotóxicos e efeitos socioambientais devastadores. Uma das questões causadoras desse panorama dá-se pela deriva de agrotóxicos como o 2,4-D, que vem afetando regiões predominantemente agrícolas, como o Estado do Rio Grande do Sul, que, a seguir, passa-se a delatar.

3 A DERIVA DO 2,4-D NAS LAVOURAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SEUS IMPACTOS SOBRE A SEGURANÇA ALIMENTAR

Em que pese ser a segurança alimentar e nutricional um direito difuso e de caráter fundamental, posta a sua inter-relação com outros direitos também fundamentais, como a saúde, a alimentação e o meio ambiente equilibrado, ele não vem sendo efetivado pelo Estado, especialmente, devido ao modelo produtivo agrícola predominante. Trata-se de modelo hegemônico, de agricultura convencional que se utiliza de uma variada gama de agrotóxicos, dentre os quais, se encontra o 2,4-D.

Dessa forma, alguns reflexos dessa utilização são decorrentes, como é o caso da deriva desse agrotóxico, acentuada em Estados da Federação que são predominantemente agrícolas, incluso o Rio Grande do Sul. Nesse contexto, este tópico busca identificar a deriva do 2,4-D nas lavouras do Rio Grande do Sul e os impactos sobre a segurança alimentar.

Inicialmente, cabe mencionar que desde a Revolução Verde, ocorrida na década de 1960, Rachel Carson (1994), autora de *Silent Spring* de 1962, cuja obra à época alertava sobre a extinção da humanidade, encontrando-se entre as razões principais, a contaminação do meio ambiente por substâncias químicas mortíferas que se acumulam nos tecidos de plantas e animais, corrompendo o material genético, aliado aos impactos sociais, com as superproduções agrícolas e a superutilização de agrotóxicos.

Entretanto, mais de 60 anos após as denúncias sobre o silêncio dos pássaros, o silêncio da primavera (CARSON, 1994), cada vez mais os agrotóxicos têm sido utilizados para sustentar a capacidade de produção monocultora da sociedade atual. Os exemplos são inúmeros, com destaque para a mortandade das abelhas pela deriva do fipronil⁶ e para a devastação em decorrência do 2,4-Diclorofenoxiacético (2,4-D) sobre a vitivicultura⁷, oliveiras, maçãs, pêsego, kiwi e erva mate, dentre outros hortifrutí, ambos

6 A notícia na íntegra pode ser acessada na Página do Colégio Politécnico da UFSM. Disponível em: <https://www.ufsm.br/unidades-universitarias/politecnico/2019/04/30/colégio-politecnico-e-larp-ufsm-participam-de-simposio-internacional-sobre-mortandade-de-abelhas-e-agrotoxicos/>.

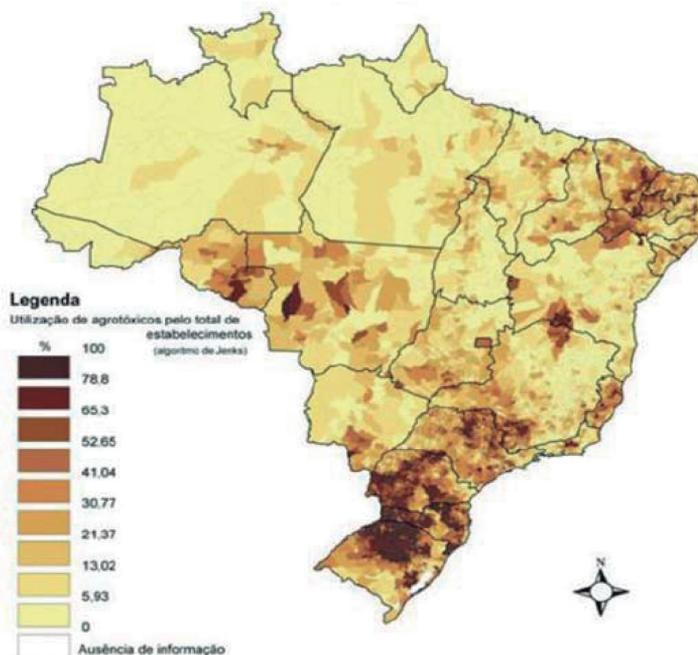
7 A pesquisa publicada no Research Society and Development, comprovou que “Atualmente, plantas de videira no município de Jaguari, enfrenta problemas de fitotoxidez nas plantas, possivelmente oriundos da aplicação de agrotóxicos em áreas de produção agrícola. A uva é um produto de grande valor econômico, social e cultural para a região e ocupa uma área de produção de 130 hectares. Os agricultores apontam o uso do herbicida ácido 2,4 diclorofenoxiacético (2,4-D) em outras culturas agrícolas como responsável pelos danos causados nas videiras da localidade, pois têm observado nas videiras sintomas similares aos danos causados por este herbicida. Este herbicida não é utilizado no manejo de videiras, porém, é aplicado em outras culturas, o que pode ocasionar sua deriva pelo ar e, conseqüentemente, prejudicar na produção de uvas. coleta das amostras foi realizada em seis propriedades localizadas dentro do perímetro delimitado pela Lei Municipal N° 3.163”.

(...) O período de amostragens foi semanal de 29/09/2017 a 06/12/2017, perfazendo um total de 62 amostras. Foram coletadas folhas de videiras e armazenadas em sacos plásticos devidamente identificados e encaminhados para o Laboratório de Análises de Resíduos e Pesticidas (LARP), na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Durante o período de amostragem observou-se problemas de fitotoxidez das plantas. Comprovou-se a presença de resíduos do herbicida em 69% das amostras, concluindo-se que a deriva do produto pode ser a causa dos danos nas videiras apontados pelos

com grande incidência no Estado do Rio Grande do Sul.

Segundo dados do Dossiê Abrasco (2015, p. 53), ocorre alta concentração do uso de agrotóxicos no Estado do Rio Grande do Sul, em especial na porção centro-norte, conforme a Figura 1, e com predominância das propriedades maiores de 100 hectares.

Figura 1 - Utilização de agrotóxicos nos municípios brasileiros



Fonte: (ABRASCO, 2015, p. 53).

Ressalta-se que ambos os agrotóxicos supramencionados são utilizados nas lavouras de soja e são causadores dos efeitos pela deriva, que é entendida como o transporte do agrotóxico pelo vento, se despreendendo do ponto foco da aplicação.

O 2,4-D, um agrotóxico do tipo herbicida, ficou bastante conhecido por ser um componente do agente laranja, um agente desfolhante da Guerra do Vietnã que foi associado ao aumento de câncer em seus veteranos. Outrossim, o 2,4-D é “o terceiro agrotóxico mais utilizado no Brasil (5%), depois do glifosato (29%) e do óleo mineral (6%). Até o

produtores de Jaguari. (RIBEIRO et al, 2020, p. 1).

presente momento, de acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que regulamenta e avalia a toxicidade de agrotóxicos, o 2,4-D é classificado com o nível de toxicidade mais elevado” (BRASIL, 2014, p. 8-9).

A comprovada toxicidade de agrotóxicos como o 2,4-D, atualmente, encontra-se associada à contaminação de variedades na região da Campanha no Estado do Rio Grande do Sul.

Os herbicidas hormonais, especialmente aqueles com o princípio ativo 2,4-D, possuem altíssimo índice de vaporização e, quando aplicados, podem ocasionar derivas capazes de atingir locais distantes de até 30km do local da aplicação original. Em contato com plantas frutíferas, como a uva e a maçã, os herbicidas hormonais causam efeitos nefastos, acarretando abortamento de fecundação, deformidade e atrofia das folhagens, morte de plantas jovens entre outras consequências que afetam diretamente a produção de forma irreversível (BRASIL, 2020, p. 2).

Ademais, o referido agrotóxico, do tipo herbicida, pode ser absorvido pelas folhas, caule e raízes, possuindo translocação sistêmica e podendo ser acumulado nos meristemas apicais do caule e raiz, o que provoca a divisão celular na planta, causando multiplicação e engrossamento de raízes, formação de gemas múltiplas, encurtamento das nervuras das folhas e epinastia -curvatura dos ponteiros da planta resultante do maior crescimento da sua parte superior - nas espécies de folhas largas (MELHORANÇA, 2002 apud BRASIL, 2002, p. 4), trazendo como resultado a morte das plantas de modo paulatino, em até cinco semanas (VARGAS, 2003 apud BRASIL, 2002, p. 6).

Como uma das consequências, encontram-se os impactos socioambientais em decorrência da aplicação do 2,4-D nas lavouras de soja, que

passou a afetar diversas culturas integrantes da biodiversidade produtiva do Estado, como pastagens de leguminosas endêmicas ou cultivadas, erva-mate, citrus, frutas de caroço e de pepita, hortaliças, e de uma forma mais intensa, a viticultura e a pomicultura, uma vez que a uva e a maçã são espécies de alta sensibilidade à deriva dos herbicidas hormonais, causando importantes prejuízos sociais, ambientais e econômicos a toda a cadeia produtiva destas culturas (BRASIL, 2020, p. 5).

Complementando, existem “estudos indicativos de que o 2,4-D traz riscos para a

saúde humana (perturbações endocrinológicas, genotoxicidade, reprotoxicidade e potencial cancerígeno) e para o meio ambiente” (BRASIL, 2014, p. 9).

A literatura científica atualizada (cuja referência bibliográfica encontra-se pormenorizada nos Anexos do IC nº 3486/2013-45) demonstra que o uso do 2,4-D provoca os seguintes danos: toxicidade aguda; má-formação embrionária; alterações neurotóxicas, nefrotóxicas, metabólicas e hormonais; contaminação de leite materno; alteração dos hormônios estrógenos e andrógenos; alterações hematológicas e respiratórias; câncer gástrico, de próstata e linfoma non-hodgkin (BRASIL, 2014, p. 9).

Portanto, ressalta-se que as multidimensões da sustentabilidade são afetadas a partir da problemática da aplicação e deriva do 2,4-D, perpassando pela produção e a dimensão ecológica, pelo consumo e saúde, com a dimensão socioeconômica, chegando à inefetividade do direito à segurança alimentar como um todo, interligando essas dimensões.

Assim, alternativas e ações são necessárias ante a essa problemática, cabendo a órgãos e instituições representativas dos interesses da sociedade, como é o caso do Ministério Público, velar pela possibilidade de concretização de direitos que estão sendo infringidos por esse padrão hegemônico em questão. É o que passa a ser estudado a seguir.

4 PERSPECTIVAS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SEGURANÇA ALIMENTAR ATRAVÉS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A FERRAMENTA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O Ministério Público possui inúmeras funções institucionais e, dessa forma, ante ao problema de desrespeito ao direito difuso à segurança alimentar, é capaz de exercer o seu *múnus* público, com amparo legal para tanto. Desse modo, este último tópico tem por escopo elucidar as perspectivas de concretização do direito à segurança alimentar pelo Ministério Público, especificamente, através da ferramenta da Ação Civil Pública (ACP).

Primeiramente, cabe destacar que as funções institucionais do *parquet* encontram-se previstas na Carta Magna, em seu art. 129, bem como na Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), especificamente em seu art. 5º, o qual segue *in verbis*:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:
I - a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios:

(...)

II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos:

(...)

d) à seguridade social, à educação, à cultura e ao desporto, à ciência e à tecnologia,

à comunicação social e ao meio ambiente;

(...)

III - a defesa dos seguintes bens e interesses:

(...)

d) o meio ambiente;

(...)

Ademais, o art. 6º da referida Lei aponta, dentre as competências do Ministério Público da União, a de:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos

de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos

às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias

étnicas e ao consumidor;

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (BRASIL, 1993).

Nesse sentido, o art. 1º, IV da Lei 7.347 de 24 de julho 1985, que disciplina a Lei de Ação Civil Pública (LACP), a qual prevê: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo regem-se por ação civil pública”. (BRASIL, 1985). Conclui-se que todos os interesses/direitos difusos ou coletivos poderão ser tutelados por meio dessa ação, cujo rol é meramente exemplificativo.

Com relação à ACP, originada a partir do anteprojeto do Ministério Público do Estado de São Paulo, é uma ação prescrita na Lei 7.347/1985, disciplinando a responsabilidade por danos, dentre os quais, aqueles causados ao meio ambiente e ao consumidor.

Esses danos inserem-se na questão dos agrotóxicos, sendo da sua utilização decorrentes.

A esse fato, Alexandre Sturion de Paula (2003, p. 1) agrega que

Ainda nos seus primórdios, a presente medida judicial já se destacava na efetiva viabilização da defesa dos direitos difusos e coletivos, como se observou no clássico exemplo do caso do embargo do leite oriundo da antiga União Soviética, devido ao risco de contaminação ocasionado pelo acidente nuclear de Chernobyl, então recente.

Trata-se, portanto, de um mecanismo de proteção ao direito difuso, esse é o caso do direito à segurança alimentar lesionado pelo uso dos agrotóxicos, pois afeta a saúde da coletividade, incluso o do consumidor, e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Com relação à legitimidade para a sua propositura, de acordo com o ordenamento, a ACP pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, por autarquias, empresas públicas, fundação, sociedade de economia mista ou por associação constituída a mais de um ano nos termos da lei civil e que inclua entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A legitimação ativa para agir nas ações civis públicas em geral é observada pela leitura combinada dos art. 129, III, e § 1º, da Constituição Federal, que trata das funções institucionais do Ministério Público entre elas promover a ação civil pública; do art. 5º, caput e § 4º da LACP, que descrevem os legitimados para propor a ação, entre eles, primeiramente o Ministério Público; e por fim os arts. 82, caput e § 1º e 91, ambos do CDC, que igualmente elencam os legitimados para a ACP.

Pelo fato de não estar entre os legitimados o cidadão, ele apenas pode apresentar provas para dar sustentáculo à convicção do Ministério Público, que atua através da ACP para fazer com que o interesse público prevaleça. Eis a importância de cada vez mais haver proposituras de ACP visando à defesa do meio ambiente.

No caso em questão, a LACP incumbe ao Ministério Público a tutela de direitos difusos não específicos, quando autoriza a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1ª, IV da LACP). Por igual modo, a Constituição Federal elenca entre as suas funções institucionais, a promoção de ações civis públicas para a defesa de “outros interesses coletivos” (art. 129, III, CF), como a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8.625/1993) que outorga a propositura de ações para proteção de “outros direitos difusos” e a Lei complementar 75/1993, que incumbe também a defesa de “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (art. 6º, VII, d).

Em razão dessas fórmulas abertas, Andrade et al (2016, p. 68) informa que não se exige do Ministério Público pertinência temática, razão pela qual é autor da maioria das ações civis públicas em nosso país.

Em relação aos interesses difusos, o mesmo autor, comenta que é inegável a relevância social ante a grande dispersão de seus titulares, eles são sempre compatíveis com a função institucional do Ministério Público, legitimado a defendê-los.

Desse modo, constatada a lesão ou ameaça de lesão de um direito difuso pelo qual cabe ao Ministério Público zelar, é deve fazê-lo. Portanto, a atuação do Parquet em prol dos interesses que a Constituição e a lei lhe conferem proteger rege-se pelo princípio da obrigatoriedade.

É como no caso em questão, importante ressaltar que como cita Amado (2011, p. 507), o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem difuso, sendo que normalmente a sua degradação afeta uma gama de pessoas indetermináveis, subsumindo-se a hipótese de interesse ou direitos difusos.

Assim, a utilização dos agrotóxicos, afetará uma coletividade indeterminável, pois as pessoas estarão ligadas pela circunstância de fato, como o consumo de alimentos diretamente ou indiretamente com a presença do insumo agrícola e/ou outras formas de contato e não por relação jurídica base, não sendo possível identificar as pessoas prejudicadas, que inclusive poderá alcançar as futuras gerações.

Passadas as questões legais, um caso de atuação do *parquet* seria a propositura de mais ACPs e conduções de inquéritos civis para angariar provas visando à mitigação das consequências da deriva do 2,4-D.

Já há exemplos concretos de atuação de outros legitimados, como com o peticionamento de uma Ação Civil Pública Ambiental, constando pedido de tutela provisória à suspensão do uso do 2,4-D, fundamentada com vários relatórios e amostras comprovadas da presença do agrotóxico nas culturas de uva, maçã, hortaliças, nogueiras, oliveiras e erva-mate.

Referida ACP foi protocolada no final do ano 2020, na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Alegre, pela Associação dos Produtores de Vinhos Finos da Campanha Gaúcha e da Associação Gaúcha dos Produtores de Maçã (AGAPOMI) em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul.

Apesar da ACP dos produtores focar na questão dos prejuízos econômicos decorrentes das perdas de produção e qualidade dos frutos, verifica-se que também alerta que a aplicação do herbicida deriva alcança grandes áreas “aplicação do produto sem as devidas cautelas e que proporciona o carreamento das gotículas pelo vento para locais distintos daquele de emprego direto, que pode ainda variar conforme o tamanho das gotículas e das condições climáticas”. (BRASIL, 2020, p. 4).

A ACP quanto ao mérito, apresenta as seguintes questões: da omissão do Estado do Rio Grande do Sul quanto ao uso dos herbicidas; da violação do princípio da prevenção e dos danos ambientais individuais causados e necessidade de medidas adicionais no emprego do 2,4-D. As duas primeiras questões, sua fundamentação e medidas concretas aplicam-se à situação dos direitos difusos defendidos pelo MPRS.

Quanto à omissão do Estado, observa-se a competência do Estado definida no art. 23, VI; 24, VI c/c art. 225 da CRFB/1988, para fiscalizar o uso dos agrotóxicos de forma a evitar os danos ambientais. Aponta ainda a precedente medida prática: suspensão temporária da aplicação da deriva do 2,4-D em IN/SEAPDR 15/2019 (BRASIL, 2020, p. 32).

Outra importante medida que se observa nessa ACP é o fato que a “Agência Nacional de Vigilância sanitária, realizou a reavaliação toxicológica do 2,4-D na forma que disciplina o art. 2º, I, do Decreto Federal nº 4.074/02 e editou a RDC nº 284/19 (Doc. 24) com expressa previsão sobre as cautelas com a deriva, entre outras” (BRASIL, 2020, p. 32-33).

Em relação ao Princípio da Prevenção, a ACP cita que o desrespeito a ele se encontra reconhecido na jurisprudência, colacionando o caso específico do Recurso Especial 1153500, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, que trata dos agrotóxicos e seus efeitos ao ambiente (BRASIL, 2020, p. 34).

Destarte, a ACP supramencionada trata-se de um exemplo de atuação do Ministério Público como *custos legis*, ou seja, fiscal da lei, posto o peticionamento via as associações legalmente constituídas, também abarcadas no rol de legitimados para tanto.

Entretanto, como já previamente abordado, o Ministério Público possui legitimidade para ser parte em casos envolvendo questões ambientais. Um exemplo dessa atuação, é a ACP proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) no Distrito Federal, datando de 2014.

Mencionada ACP/DF tem por escopo tutelar a saúde humana e o meio ambiente ecologicamente equilibrado para que seja determinada à União, por meio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), a suspensão do registro dos agrotóxicos que contenham o herbicida 2,4-D em suas formulações. Isso deve perdurar enquanto a Anvisa não divulgar os resultados conclusivos acerca da reavaliação toxicológica do 2,4-D e que, por meio da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). Também que a União seja proibida de liberar a comercialização de sementes transgênicas tolerantes ao 2,4-D enquanto, mais uma vez, a Anvisa não finalizar a reavaliação toxicológica do referido princípio ativo.

A partir desses pontos, infere-se que é possível, tanto pela existência de argumentos jurídicos, quanto pelas medidas práticas aplicadas em ações anteriores, a con-

cretização do direito à segurança alimentar em oposição à aplicação desregrada do agrotóxico 2,4-D.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa buscou compreender quais as perspectivas de concretização do direito difuso à segurança alimentar através do Ministério Público frente à deriva do 2,4-D, considerando a existência de mecanismos voltados à proteção de direitos, previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre esses mecanismos, encontra-se a atuação do Ministério Público, por meio do Inquérito Civil, em nível pré-processual enquanto procedimento administrativo com natureza instrumental, e da Ação Civil Pública, guardando amparo na Carta Magna, especificadamente, no art. 129, III, a qual atribui como função institucional do *parquet* promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A promoção da Ação Civil Pública é uma das funções institucionais do Ministério Público, que ocupa posição importante no processo, pois além de ser um dos legitimados para seu ajuizamento, enquanto parte, também atua como *custos legis*, nos casos em que ele não a tenha proposto, zelando pela regularidade do processo e pela correta aplicação da lei. Outrossim, se houver desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, deverá assumir a titularidade ativa, bem como no caso de inércia da associação em promover a execução, decorridos 60 (sessenta) dias da sentença condenatória.

Complementando, ainda segundo o art. 129, III, da Constituição, há a competência do Ministério Público para promover a ACP visando a proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos, não podendo dela desistir, em decorrência da indisponibilidade de seu objeto.

Cabe destacar que a segurança alimentar é um direito difuso, conforme previamente compreendido, que vem sendo comprometido ante à deriva de agrotóxicos como o 2,4-D, utilizados na produção de *commodities* no Brasil, espalhando-se em outros direitos que também devem ser tutelados pelo Ministério Público, como o do consumidor e a parte da saúde coletiva, e o do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sendo assim, é uma função institucional legalmente prevista a defesa de direitos como esses acima mencionados, que vêm em conjunto a comprometer a efetivação do direito à segurança alimentar no Brasil frente à utilização de agrotóxicos, carecendo de ações em diversos níveis, como a do Ministério Público, tanto como *custos legis* quanto como titular, para dissipar os inúmeros reflexos sobre as multidimensões da sustenta-

bilidade, contribuindo para a promoção de direitos difusos indispensáveis à existência digna do ecossistema como um todo e à garantia de direitos juridicamente reconhecidos como imprescindíveis às relações humanas desta sociedade complexa.

THE FOOD SECURITY FACE TO 2,4-D DRIFT IN THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL: THE PUBLIC MINISTRY PERSPECTIVES FOR THIS DIFFUSED RIGHT CONCRETIZATION

ABSTRACT

This study aims at understanding the perspectives to concretize the food security diffuse right through the Public Ministry face to the 2,4-D drift. The complexity of this problem requires the methodological trinomial adoption, with the systemic-complex approach, based on Edgar Morin and Fritjof Capra; the bibliographic research procedure; summaries and files techniques. It is concluded that, among the Public Ministry constitutional functions, there are the environment protection and other diffuse interests, such as the food security one, based on the Public Civil Action, a tool for that right realization from a legal perspective.

Keywords: Public Civil Action. 2,4-D drift. Food security.

REFERÊNCIAS

- ABRASCO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva. **Dossiê ABRASCO: um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde.** Carneiro, Fernando Ferreira; AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva; RIGOTTO, Raquel Maria; FRIEDRICH, Karen; BÚRIGO, André Campos (Org.). Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado.** 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Agrotóxicos.** Dispõe sobre a manutenção do ingrediente ativo ácido 2,4-diclorofenoxiacético (2,4-D) em produtos agrotóxicos, no País. Brasília: ANVISA, 2019.
- BESTER, Adriano Udich et al. Os efeitos das moléculas de 2,4d, acefato e tebuconazol sobre o meio ambiente e organismos não alvos. **Revista Monografias Ambientais (REMOA/UFSM)**, v. 19, e2, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/remoa/article/>

view/39624/html. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. [Constituição de (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Decreto 3.321/1999. **Pacto San Salvador**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF, 30 dez. 1999. Disponível em: [D3321 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1999/3321.htm). Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. **Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF, 15 set. 2006. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Lei Complementar 75/1993. **Lei Orgânica do Ministério Público da União**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF, 20 maio 1993. Disponível em: [Lcp75 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm). Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei de Segurança Alimentar e Nutricional**: conceitos. Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006. Brasília: Consea, 2006. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/consea/biblioteca/publicacoes/cartilhalosan-portugues>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Civil Pública 5118121-39.2020.8.21.0001/RS**. Requerentes: Associação dos Produtores de Vinhos Finos da Campanha e Associação Gaúcha de Produtores de Maçã. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 16 dez. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação Civil Pública**. Requerente: Ministério Público Federal. Requeridos: União (Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento – MAPA – e Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio). Brasília, 20 mar. 2014. Disponível em: [acp_mpf_mapa_ctbio_2_4_d.pdf \(mprs.mp.br\)](http://www.trf1.jus.br/portal/verdocumento.aspx?documento=acp_mpf_mapa_ctbio_2_4_d.pdf). Acesso em: 08 fev. 2021.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton Roberval Eichmberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

IZOLANI, Francieli Iung. **Direito à Segurança Alimentar e acesso à informação ambiental**: agrotóxicos e impactos do consumo de hortifrutigranjeiros. Orientador:

Jerônimo Siqueira Tybusch. 2021. 191f. Dissertação (Mestrado - Centro de Ciências Sociais e Humanas), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Maria, RS, 2021.

LONDRES, Flavia. **Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida**. Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

MALUF, Renato Sérgio Jamil; MENEZES, Francisco; VALENTE, Flávio L. Contribuição ao tema da segurança alimentar no Brasil. **Revista Cadernos de debate, uma publicação do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Alimentação da Unicamp**, v. 4, p. 66-88, 1996.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Trad. Dulce Matos. 4. ed. Lisboa: Piaget, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PAULA, Alexandre Sturion. Noções sobre a Ação Civil Pública. **DireitoNet**, 12 mar. 2003. Disponível em: Noções sobre a Ação Civil Pública (Processo Civil) - Artigo jurídico - DireitoNet. Acesso em: 20 fev. 2021.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

RIBEIRO, Ana Lúcia de Paula; BRUM, Ana Paula Rodrigues; KEMMERICH, Magali; BUZZATTI, Jerônimo Zamberlan; RODRIGUES, Francisco Teixeira. 2,4-D em videiras: estudo de caso no Município de Jaguari-RS, estado do Rio Grande do Sul, Brasil. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 10, p. 1-11, set. 2020. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/8379/7536>. Acesso em: 13 nov. 2020.

SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. **Agrobiodiversidade e o direito dos agricultores**. São Paulo: Petrópolis, 2009.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente: Perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

MEDIDAS PARA A EFETIVIDADE DA
EXECUÇÃO DO TERMO DE COMPROMISSO
DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

*MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS
OF THE CONSENT DECREE EXECUTION*

MEDIDAS PARA A EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO DO TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA¹

MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE CONSENT DECREE EXECUTION

Paulo Antonio Locatelli²

RESUMO

O presente artigo aborda as medidas judiciais cabíveis para garantir a efetividade da execução judicial dos TACs, apresentando diversos instrumentos disponíveis para a busca do adimplemento das obrigações assumidas quando do ajustamento ou alcançar o resultado prático equivalente. Mais do que um acordo com o MP, o TAC relacionado ao tema ambiental-urbanístico constitui um pacto com a Terra. O TAC dispõe sobre interesses supraindividuais e é um instrumento voluntário sendo que o modo, o tempo e o local do cumprimento das obrigações são firmados de maneira a atender as necessidades do bem jurídico atingido, fixando as condições do compromissário.

Palavras-chave: Ministério Público. Efetividade do TAC. Execução.

1 INTRODUÇÃO

Desde a sua origem na Lei n. 7.347/85, o termo de ajustamento de condutas (TAC) tem-se mostrado como um valioso instrumento à disposição do Ministério Público (MP) na tutela dos direitos metaindividuais, porém, em algumas oportunidades apesar do zelo da Instituição o acordo não é cumprido pelo compromissário. De maneira que todo o trabalho produzido nos procedimentos administrativos para a apuração dos fatos que

1 Data de Recebimento: 09/03/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

2 Promotor de Justiça Titular da 32ª Promotoria de Justiça da Capital com atribuição para o Meio Ambiente do Ministério Público de Santa Catarina, tendo atuado no Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente por 6 anos (entre abril de 2013 e março de 2019), membro da diretoria da ABRAMPA, Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e Professor das Disciplinas de Direito Ambiental e de Prática de Direitos Difusos e Coletivos. Mestre pelo Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI com dupla titulação com a Universidade de Alicante – IUACA. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Público com ênfase em Direito Constitucional ambas na UNOCHAPECÓ, endereço eletrônico: plocatelli@mpsc.mp.br, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8474-7870>, currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3697343217509463>.

permitiram a identificação das partes e do objeto, culminando com a celebração do TAC, não seja inócuo, torna-se fundamental a execução do título executivo extrajudicial. Dessa forma, esse trabalho tem como objeto abordar as medidas para a efetivação da execução do TAC, visando garantir a sua exigibilidade. O objetivo é apontar os meios para permitir o cumprimento integral das obrigações firmadas ou do resultado prático equivalente ao seu adimplemento, utilizando-se da execução judicial do título.

Para tanto, o artigo está dividido em três seções. No primeiro, trata brevemente do TAC, no segundo, aborda sobre a forma de execução do acordo firmado com o MP. No terceiro, discute algumas medidas para a eficácia do acordo com o resultado prático do adimplemento ou o seu equivalente no caso concreto, tais como providências indutivas, coercitivas ou mandamentais.

Para o desenvolvimento do trabalho, de acordo com as diretrizes metodológicas explanadas por Pasold, utilizou-se o método dedutivo, além do uso das técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (2018, p. 31-115).

2 O TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

A Lei da Ação Civil Pública (LACP, Lei n. 7.347/85) permitiu aos órgãos públicos legitimados a celebração de TAC, cuja eficácia tem sido largamente defendida e reconhecida, principalmente em razão do seu caráter não litigioso e resolutivo de conflitos ambientais. A origem do TAC está no art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85 (BRASIL, 1985) e foi concebido como um instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos cuja defesa incumbe ao MP tutelar (ALMEIDA; COSTA; ALVARENGA, 2019, p. 247).

O título de cidadão, expresso como de caráter individual ou de abrangência social pela Constituição da República, pouco significa para aqueles a quem são negados os direitos e garantias da cidadania, encontrando no Ministério Público um dos órgãos colegitimados para a sua defesa.

No perfil do Ministério Público, há o modelo com atuação extrajudicial, que se posiciona diretamente na qualidade de Instituição de intermediação e de pacificação da conflituosidade social (RODRIGUES, 2019, p. 190).

A atuação extrajudicial encontra no TAC o seu mais eficiente instrumento para a resolução dos conflitos diários que recaem sob o órgão ministerial. O TAC possui rol aberto ou meramente exemplificativo, abrange direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (BRASIL, 1990, art. 81) e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988, art. 127).

O TAC possui natureza jurídica plúrima: é garantia fundamental de acesso à justiça

e negócio jurídico que deverá ser construído pelo diálogo e, pelo consenso e não uma imposição arbitrária (RODRIGUES, 2019, p. 248).

A motivação do TAC deve trazer a legislação e os fundamentos do acordo, expondo minuciosamente os fatos e principalmente as obrigações assumidas pelo compromissário, estabelecendo prazos para o cumprimento delas (RODRIGUES, 2002, p. 191). Como o TAC possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial, ratificado com o disposto no art. 1º da Resolução n. 179/2017 do CNMP (BRASIL, 2017), as obrigações firmadas deverão revelar certeza e liquidez. Desse modo, para atingir a plena eficácia de título executivo que lhe confere a lei, o compromisso de ajustamento de conduta deve atender aos requisitos específicos dessa sua condição, sendo reiterada na doutrina a exigência de certeza e liquidez.

Segundo Gavronski, para caracterizar o cumprimento a essas exigências, devem estar definidos os elementos que o constituem, como os sujeitos, a natureza da relação e o objeto, e em relação à sua liquidez, suas obrigações devem ser expressamente determinadas (2010, p. 390-391).

O objeto do compromisso de ajustamento de conduta distingue-se de uma mera e própria transação do direito civil que trata de interesses disponíveis de partes maiores e capazes. Os órgãos que celebrarão o TAC não têm disponibilidade do direito material controverso, que deve versar unicamente quanto a assunção de obrigação de fazer ou não fazer por parte do causador do dano, ajustando sua conduta às exigências legais. (MAZZILLI, 2016, p. 508).

O TAC, ao incluir em seus termos e obrigações a integralidade do objeto discutido no procedimento administrativo próprio do MP, se celebrado, tornará desnecessário o processo de cognição baseado em eventual ACP. Obviamente que, se o objeto for mais abrangente, a ACP pode não perder o objeto mesmo diante do TAC que não esgotou o tema.

Independentemente da espécie de obrigação avençada, o compromissário assume o dever de adequar a sua conduta às exigências legais, sob pena de incorrer nas sanções fixadas no próprio documento. A sua celebração implica na instauração de PA para acompanhamento (SANTA CATARINA, 2018, art. 1º, I) e o seu descumprimento, acarretará no ajuizamento de ação de execução objetivando o cumprimento da obrigação assumida no título extrajudicial. Está sedimentado inclusive que, além de ser possível a execução dos TACs celebrados por seus próprios órgãos, o MP também possui legitimidade para executar os ajustes firmados por qualquer outro órgão público (BRASIL, 1985, art. 5º, §6º), em casos de omissão deste. Isso, sem prejuízo da adoção de medidas de natureza civil ou criminal pertinentes, nos termos do art. 12 da Resolução n. 179/2017 do CNMP (BRASIL, 2017).

3 A EXECUÇÃO DO TAC DE ACORDO COM O CPC

Quando o órgão tomador do compromisso for o Ministério Público, ele deverá diligenciar para fiscalizar o seu efetivo cumprimento. Na hipótese de não cumprimento das condições estipuladas, poderá ser necessário executá-lo, sendo que também são passíveis de protesto extrajudicial (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019 p. 279). Nesse particular, acrescentam os autores ser prescindível para a exequibilidade do título que o compromissário reconheça expressamente ser causador do dano ou da ameaça. Todavia, deve-se atentar que nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais o executado pode alegar qualquer matéria que lhe seja lícito arguir como defesa em processo de cognição, de acordo com o art. 917, VI CPC (BRASIL, 2015, art. 917,VI). Assim, torna-se conveniente ao que pactua fazer com que o compromissário admita, no termo de compromisso de ajustamento de conduta, ser o causador do dano ou da ameaça, o que enfraqueceria possível questionamento em sentido contrário quando da eventual execução do título (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 280).

Com o compromisso de ajustamento de conduta nasce o título executivo, o que quer dizer que o inquérito civil foi concluído e as obrigações necessárias à reparação da ofensa foram definidas (liquidez e certeza) (VIEIRA, 2005, p. 294).

Além disso, o compromisso tem eficácia legal para embasar a execução judicial em caso de descumprimento, inclusive quanto à exigibilidade das cominações estabelecidas (VIEIRA, 2005, p. 297).

Não há norma expressa para fixar o juízo competente para o ajuizamento da execução de termos de compromisso de ajustamento de conduta. Por analogia, aplica-se a regra do Código de Defesa do Consumidor (CDC) cujo princípio da sua integração com a Lei n. 7.347/85 lhe assegura vigência em ações de cunho coletivo. Dispõe o art. 98, §2º, II do CDC ser competente para a execução coletiva de sentenças o juízo da condenação (BRASIL, 1990). Portanto, presume-se que se não fosse celebrado o TAC, a ACP ajuizada com semelhante objeto, partes e causa de pedir, se procedente, teria sua sentença executada no juízo da condenação. Logo, o eventual foro competente do TAC é o mesmo da ACP que tratasse do mesmo interesse, que seria ajuizada, nos termos do art. 93 do CDC (BRASIL, 1990) no foro do lugar onde o dano ocorreu ou deveria ocorrer, se o dano for âmbito local; capital do Estado ou Distrito Federal, se o dano for de âmbito regional ou nacional. Os autores observam ainda que, caso o autor da execução do título extrajudicial vinculado aos metadireitos não for o Ministério Público, mesmo assim a este incumbirá a sua obrigatória participação como fiscal da lei (LACP, art. 5, §1º) (ANDRADE; MASSON; LANDOLFO, 2019, p. 281-282).

Em relação ao procedimento para a execução do TAC, o CDC e a LACP embora

trate da execução de provimentos jurisdicionais, provisórios e definitivos, pouco acrescentam ao tema. Aplica-se, então, analogicamente, as normas de execução das decisões judiciais referentes à tutela coletiva e de maneira subsidiária o CPC.

O Código de Processo Civil (CPC) estabelece, no art. 786, que a execução deve ser certa, líquida e exigível, não se entendendo que esses seriam os requisitos do título, e sim da obrigação que se busca satisfazer (BRASIL, 2015). Sobre os requisitos de exequibilidade do TAC, Geisa de Assis Rodrigues esclarece:

Quer consideremos que apenas a certeza é importante para o ajuste, quer reputemos que tanto a certeza quanto a liquidez devam estar presentes, o que não pode faltar no ajuste é a definição de quem é o responsável pelo seu cumprimento, a delimitação de seu objeto, e, sendo cláusula de indenizar, o valor quantificado; sendo cláusula de entregar coisa, a individualização precisa desta; sendo obrigação de fazer e de não fazer, a definição mais precisa possível dessa obrigação, o modo de cumpri-la, onde cumpri-la, que resultado prático se visa obter. (2002, p. 209).

O CPC facilitou a reivindicação da obrigação no processo de execução de título extrajudicial. O art. 778 do CPC disciplina a legitimidade ativa para promover a execução forçada, nele incluindo o MP (BRASIL, 2015). No mesmo sentido, o art. 784 trata dos títulos executivos extrajudiciais, elencando, no inciso IV, que o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público também constitui título extrajudicial, sendo passível de execução, permitindo, em consonância com o art. 786, que a execução seja instaurada caso o devedor não satisfaça obrigação certa, líquida e exigível (BRASIL, 2015). A tradicional atuação do Ministério Público na formação de títulos executivos extrajudiciais se dá na elaboração de termo de ajustamento de conduta e apesar de o art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 (BRASIL, 1985) atribuir legitimidade para qualquer órgão público na tomada dos interessados do compromisso de ajustamento de conduta, é inegável a prevalência do Ministério Público nessa atuação (NEVES, 2016, p. 1039).

O MP também possui legitimidade para executar os TACs firmados por qualquer outro órgão público, em casos de omissão deste, sem prejuízo da adoção de medidas de natureza civil ou criminal pertinentes, nos termos do art. 12 da Resolução n. 179/2017 do CNMP (BRASIL, 2017). Consolidou-se, assim, a regra *erga omnes* ou *ultra partes* do alcance social do TAC, fazendo com que qualquer membro do MP possa executá-lo desde que o objeto do TAC lhe interesse e tenha repercussão no local de sua atribuição.

Acolheu também posição há tempo defendida pela Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente (ABRAMPA) de que o TAC celebrado por qualquer colegitimado pode ser executado pelo MP. Ante a inércia para executar a sentença condenatória proferida em ACP, o MP deve promover a execução de acordo com o art. 15 da Lei n. 7.347/85 (BRASIL, 1985), nada mais justo do que, em face da não execução do ajuste de conduta pelo órgão público que o celebrou, tenha também o *Parquet* legitimidade para fazê-lo.

O art. 782, em seu § 3º, permite que, mediante requerimento da parte, o juiz poderá determinar a inclusão do nome do executado no cadastro de inadimplentes (SPC ou SERASA), até que a obrigação seja cumprida, se for garantida a execução ou se ela for extinta por qualquer outro motivo (BRASIL, 2015). Assim, o referido dispositivo garante mais efetividade no modo de executar a obrigação contida no TAC, trazendo possibilidades não antes existentes no código anterior. O CPC, na sua parte geral, previu, entre os poderes do juiz, listados em seu art. 139, a possibilidade de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (BRASIL, 2015). Contemplou-se, dessa maneira, certa flexibilização no que toca ao manejo das técnicas executivas, autorizando ao magistrado, no exercício de seu dever-poder de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, lançar mão de mecanismos atípicos, não previstos no procedimento executivo próprio àquela espécie de obrigação.

Esse dispositivo legal aplica-se a qualquer ordem judicial, prolatada para o cumprimento de sentença ou naquela fundada em título executivo extrajudicial, abrange, portanto, a execução do TAC firmado pelo MP. A interpretação de que as medidas de natureza indutiva, coercitiva, mandamental ou sub-rogatória, tradicionalmente identificadas com a execução de obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa, tiveram, por força de disposição expressa de lei, a sua aplicação estendida, ao menos de forma subsidiária, às obrigações de pagar quantia.

4 MEDIDAS PARA O RESULTADO PRÁTICO OU EQUIVALENTE AO SEU ADIMPLEMENTO - PROVIDÊNCIAS INDUTIVAS, COERCITIVAS OU MANDAMENTAIS

Se o executado, citado para cumprir voluntariamente a obrigação, quedar-se inerte, o art. 816 do CPC prevê que poderá o exequente requerer, nos próprios autos, a satisfação à custa do devedor ou a conversão da obrigação principal em perdas e danos (BRASIL, 2015). Diante da preferência da concretização da obrigação de fazer, a possibilidade estipulada no art. 816, *caput*, parte final, do CPC (BRASIL, 2015), consistente em re-

querer a conversão da obrigação principal em indenização pecuniária, deve ser evitada, tanto quanto possível, tendo apenas espaço quando versar sobre dano absolutamente irreversível. Conforme leciona Jelinek, a conversão, quando se trata de direitos indisponíveis, só é viável quando a obrigação versar sobre um dano irreversível (2010, p. 122). Se o caso é de prevenção ou de remoção de ilícito, prevenção de dano ou reparação de dano reversível, há de se buscar a tutela específica, sendo incabível a conversão em perdas e danos. Tal situação é confirmada pelo disposto no art. 461, § 1º, do CPC (BRASIL, 2015).

Assim, sustenta-se que o juiz, de ofício ou a requerimento, pode lançar mão das medidas executivas elencadas no art. 536, § 1º, do CPC (BRASIL, 2015). Essas providências previstas nas disposições concernentes ao cumprimento de sentença, são aplicadas à execução fundada em título extrajudicial, haja vista a regra de aplicação subsidiária inserta no art. 771, parágrafo único, da Lei Processual, assim grafado: “Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial” (BRASIL, 2015). O comando do § 1º do art. 536 se aplica: a) inicialmente, à execução de fazer e não fazer fundada em decisão judicial (provisória ou definitiva); b) por força do §3º do art. 538, também se aplica ao cumprimento de sentença para a entrega de coisa; c) por força do art. 771, parágrafo único, o dispositivo também se aplica à execução para efetivar prestação de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro fundada em título extrajudicial (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 105). Ademais, o rol é meramente exemplificativo, conforme se depreende da literalidade do § 1º do art. 536, que faz menção à possibilidade de incidência de outras medidas além daquelas já fixadas (BRASIL, 2015).

O dever do magistrado de determinar a realização de providências indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias na execução fundada em título extrajudicial, como o é o TAC, é reforçado pelo art. 139, IV, do CPC (BRASIL, 2015). A prerrogativa do art. 139 é vista como um poder geral de efetivação, visando assegurar o cumprimento de qualquer ordem judicial. Em igual sentido, esclarece Cassio Scarpinella Bueno:

É irrecusável o entendimento de que se justifiquem outras medidas de apoio, consoante as vicissitudes do caso concreto, e sejam aplicadas, fundamentadamente, pelo magistrado. A atipicidade dos meios executivos, derivada do inciso IV do art. 139 encontra, também aqui [execução de obrigações de fazer ou não fazer], largo espaço para ser adotada. (2016, p. 548).

Quanto à tutela específica ou às providências que possibilitem o resultado prático equivalente ao adimplemento de obrigação de fazer ou não fazer, destaca-se, ainda,

o disposto no art. 11 da Lei n. 7.347/85 (BRASIL, 1985) e no art. 84, § 5º, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC) (BRASIL, 1990).

4.1 As Medidas Sub-rogatórias

As medidas sub-rogatórias, previstas no art. 84, § 5º, do CDC (BRASIL, 1990) e também nos arts. 139, IV, e 536, § 1º, do CPC (BRASIL, 2015), permitem a substituição por um fazer ou não fazer passível de concretização pelo Estado-Juiz, de forma direta, independentemente da anuência ou da colaboração do executado, propiciando a execução específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Dentre os vários meios de execução possíveis, certamente as medidas de sub-rogação de uma obrigação em outra de tipo diferente são bastante eficazes. Não se trata de sub-rogação comum, que é a conversão da obrigação de fazer ou não fazer descumprida em perdas e danos, mas de sub-rogação propiciadora da execução específica da obrigação de fazer ou não fazer ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover exemplifica, quando do dever legal de não poluir (obrigação de não fazer), uma vez descumprida, poderá a obrigação de não fazer ser sub-rogada em obrigação de fazer (v.g., colocação de filtro, construção de um sistema de tratamento de efluente etc.) e descumprida esta obrigação sub-rogada de fazer poderá ela ser novamente convertida, desta feita em outra de não fazer, como a de cessar a atividade nociva. A execução desta última obrigação pode ser alcançada coativamente, inclusive através de atos executivos determinados pelo juiz e atuados por seus auxiliares, inclusive com a requisição, se necessário, de força policial. São meios sub-rogatórios que o juiz deverá adotar enquanto for possível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. Não se trata de adoção arbitrária de qualquer medida, e sim apenas de medidas adequadas e necessárias (eis o parâmetro legal) à tutela específica da obrigação ou à obtenção do resultado equivalente (2011, p. 116-117).

Cumprido salientar que as providências previstas no art. 11 da Lei n.7.347/85 (BRASIL, 1985) e no art. 84 do CDC (BRASIL, 1990) devem ter plena aplicabilidade à execução do TAC por órgão ou entidade pública legitimada ao ajuizamento da ACP, na forma do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85 (BRASIL, 1985), porquanto não seria coerente permitir que se levasse a efeito tais medidas na fase cognitiva, cuja instauração não demanda a preexistência de título executivo, sem que houvesse semelhante possibilidade de satisfação na execução fundada em TAC. A aludida questão, conforme anteriormente mencionado, pode ser dirimida, na legislação processual em vigor, à luz do dever-poder do magistrado de impor todas as medidas (típicas ou atípicas) indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias a assegurar o cumprimento de

ordem judicial, previsto no art. 139, IV, do CPC (BRASIL, 2015). Frisa-se, ainda, que o procedimento a que aqui se reportou é aplicável à execução de obrigação de fazer contra a Fazenda Pública, haja vista que o rito específico do art. 910 do CPC (BRASIL, 2015) cinge-se ao pagamento de quantia.

4.2 A Multa por Ato Atentatório à Dignidade da Justiça

O art. 774 do CPC trata do rol de condutas do executado desaprovadas pelo sistema porque atentatórias à dignidade da justiça, podendo, ainda, de acordo com o seu parágrafo único, ser fixada multa pelo juiz, em decorrência da prática de tais atos (BRASIL, 2015). Também configuram atos atentatórios à dignidade da justiça, específicos do processo de execução, a oposição de embargos manifestamente protelatórios, conforme preleciona o art. 918, parágrafo único, do CPC (BRASIL, 2015) e a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante de que trata o art. 903, § 6º, do CPC (BRASIL, 2015). Inclusive, o art. 777 permite a cobrança da multa ou de indenizações decorrentes da litigância de má-fé ou, ainda, de prática de ato atentatório à dignidade da justiça, nos próprios autos da execução (BRASIL, 2015). É possível a cumulação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça com outras sanções de natureza processual³ ou material, bem assim a coexistência de referida penalidade com medidas coercitivas e sub-rogatórias. A resistência injustificada a ordem judicial e a não indicação de quais são e de onde estão os bens sujeitos à penhora, mencionadas no art. 774, IV e V (BRASIL, 2015), podem também se subsumir a figura do ato atentatório à dignidade da justiça previsto na parte geral do Código, art. 77, IV, e § 2º (BRASIL, 2015), que aborda a inobservância do dever de cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais de natureza provisória ou final e de não criar embaraços à sua efetivação. Assim, a multa devida em razão da prática do ato atentatório à dignidade da justiça, também é instrumento apto para punir o agente público recalcitrante que cria embaraços à efetivação de decisão jurisdicional. Eventualmente, o fato ainda pode representar infração penal e ensejar responsabilidade civil. É a lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

3 Para Luiz Guilherme Marinoni, é admissível a cumulação das duas multas, in verbis: “Quanto ao ato atentatório à dignidade da justiça consistente em descumprimento de ordens judiciais (art. 774 IV e V, CPC), o executado deve ser sancionado tanto pela multa do art. 774, parágrafo único, CPC, como por aquela do art. 77, IV c/c seu §2º, CPC. Embora o art. 77, § 2º se refira também a “ato atentatório à dignidade da justiça”, as sanções dos dispositivos não são equivalentes. Enquanto a multa do art. 774 reverte em favor da parte, a multa do art. 77 é dirigida ao Estado (art. 77, §3º).” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 737-739).

Sobre o tema, há, ainda, decisão proferida pelo STJ que é digna de nota: a Corte Superior já entendeu que mesmo pessoas que não são parte no processo podem ser condenadas ao pagamento da multa; basta que de alguma forma embaracem a efetivação de provimento judicial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 757.895. Relator: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 02 de abril de 2009).

A multa sancionatória por ato atentatório à dignidade da justiça pode ser aplicada sem prejuízo de outras sanções de natureza material ou processual. Em sendo o caso, pode ser cumulada com medidas coercitivas e sub-rogatórias (art. 139, IV, CPC), a exemplo da multa coercitiva (art. 537, CPC). Em tais casos, serão exigíveis, no caso de descumprimento, cumulativamente multa sancionatória e multa coercitiva. (2015, p. 738).

A viabilidade da incidência concomitante da multa cominatória e da multa decorrente de ato atentatório à dignidade da justiça, é totalmente justificável diante da finalidade diversa dos institutos, já que o primeiro é dotado de função coercitiva, com vistas a compelir o executado, ao passo que o segundo se reveste de caráter sancionatório.

4.3 As Astreintes Fixadas pelo Magistrado

Quando da execução de obrigação de fazer ou não fazer, deverá o magistrado tomar em conta o valor previsto como multa cominatória no TAC. Assim, no despacho inicial, conforme o art. 814, parágrafo único, do CPC (BRASIL, 2015), serão fixadas as astreintes, em regra no mesmo valor constante do título, salvo se este for excessivo, hipótese em que o juiz poderá reduzi-lo. Eventual cláusula penal moratória prevista no TAC não se confunde com as astreintes, porquanto estas têm natureza processual, ao passo que aquela tem caráter material. Por essa ótica, não há que se falar em *bis in idem*, pois a penalidade prevista no TAC, acordada voluntariamente pelas partes, tem como finalidade o descumprimento pretérito. As *astreintes*, por sua vez, de índole processual, visam a coagir o executado ao cumprimento de decisão judicial, na forma de obrigação de fazer ou não fazer, que remanesce.

A esse respeito, colaciona-se precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL MORATÓRIA E DAS ASTREINTES. OBRIGAÇÃO DE FAZER DESCRITA EM TAC. COMINAÇÃO PENAL IMPOSTA EM DE-CORRÊNCIA DA DISPOSIÇÃO LEGAL (§ 6º DO ART. 5º DA LEI N. 7.347/85). ASTREINTE, CONTUDO, FIXADA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DE COMANDO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. “[...] I - Na linha da jurisprudência desta Corte, não se confunde a cláusula penal, instituto de direito material vinculado a um negócio jurídico, em que há acordo de vontades, com as astreintes, instrumento de direito processual,

somente cabíveis na execução, que visa a compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer e que não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento. [...]” (STJ, Recurso Especial n. 422.966/SP, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 23-09-2003). A penalidade prevista no TAC, livremente pactuada pelas partes, tem como foco descumprimento pretérito, sendo que a multa diária, ou astreinte, de índole processual, objetiva coagir o executado a cumprir decisão judicial, na forma da obrigação de fazer pactuada, que remanesce. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, 2014).

Do corpo do acórdão, convém ainda salientar:

Registre-se que a penalidade prevista na cláusula primeira, parágrafo terceiro, do TAC não evitou a inadimplência do agravado, que foi negligente quanto à construção da casa de passagem, como demonstrado pelo agravante. [...] Nesse passo, imprescindível a intervenção do Juízo, objetivando a efetividade do cumprimento do pactuado no TAC. Portanto, não há que se falar em *bis in idem* ou dupla penalidade sobre o mesmo fato gerador, pois as multas possuem finalidades e naturezas distintas, cabendo, por conseguinte, a cominação simultânea [...] não tendo o agravado obedecido ao pactuado no item “1” do TAC e com o fim de tornar mais célere e efetiva a tutela jurisdicional, reconhece-se a cumulatividade das penalidades impostas. Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a decisão guerreada, reconhecendo a possibilidade da cumulação da cominação imposta no TAC com aquela instituída pelo direito processual civil (art. 461, § 4º, do CPC). (BRASIL, 2014).

Assim, é possível a incidência da cláusula penal moratória prevista no título extrajudicial e da astreinte fixada pelo magistrado, visando a compelir o executado a adimplir as obrigações vencidas e ao cumprimento da decisão judicial, visto que tal instituto seria um acréscimo em relação à multa cominatória, configurando-se como um importante instrumento para a garantia da efetividade dos TACs.

4.4 O Bloqueio de Verbas Públicas

Além da imposição de multa ao ente público demandado e ao seu gestor, ganhou espaço na jurisprudência do nos Tribunais a tese que advoga o bloqueio de recursos públicos, que passariam a estar vinculados ao cumprimento da determinação judicial. A constrição é aceita notadamente na concessão de tutela antecipada em demandas de fornecimento de medicamentos e tratamento médico, e ainda, no sequestro de verbas públicas para garantir, de forma eficaz, o direito à educação.

Nessa perspectiva, salienta-se que o judiciário já substituiu, de ofício, as astreintes por medida de sequestro, na execução de TAC que exigia a reforma e adequação geral de escola municipal, conforme segue:

No Estado Constitucional de Direito, que sucede o antigo Estado Legislativo de Direito, não há como se admitir a tese de que as normas constitucionais não são dotadas de normatividade plena. Afinal, hoje a Constituição está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. Além disso, se antes, no Estado Legislativo de Direito - e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação - o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, atualmente essa figura desaparece e a concretização das normas constitucionais passa a ser o principal compromisso do Poder Judiciário. A imposição de bloqueio ou sequestro de verbas públicas apresenta-se mais apta a garantir o cumprimento da determinação judicial, na medida em que, mesmo não atendido o comando sentencial, o sequestro dos valores será suficiente para agasalhar a pretensão e garantir, de forma eficaz, o direito à educação, enquanto que a multa cominatória raramente atingirá a finalidade da decisão judicial, senão por vontade do próprio demandado. (BRASIL, 2016).

O bloqueio de recursos públicos da entidade pública a fim de impelir o cumprimento de obrigação de fazer é até mais efetivo que a incidência de multa cominatória, porquanto, ainda que o executado deixe de observar voluntariamente o dever imposto, o sequestro de valores garantirá o cumprimento da obrigação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação extrajudicial do Ministério Público na tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, encontra no termo de compromisso de ajustamento de conduta um eficiente instrumento para a resolução dos conflitos relacionados aos meta-direitos.

O TAC deve satisfazer plenamente a tutela dos direitos metaindividuais evitando qualquer tipo de discussão judicial sobre os fatos e fundamentos objeto do acordo. Uma de suas principais características e o que o torna um vantajoso instituto é a sua eficácia de título executivo extrajudicial, conforme previsto expressamente no rol do CPC como um dos negócios jurídicos passíveis de eficácia executiva, valorizando a autonomia da vontade das partes e suprimindo o processo de conhecimento.

Dessa forma, o pacto exige respeito pelas partes que o celebraram, contudo, constata-se que cada vez mais os acordos estão sendo descumpridos, de modo a autorizar o membro do MP, além de acompanhar e fiscalizar o cumprimento do acordo, a cercar-se de medidas jurídicas que garantirão celeridade e eficiência quando da sua execução. O ajuste deve atender os requisitos legais da liquidez e certeza das obrigações assumidas, definido o responsável pelo seu cumprimento, a delimitação do seu objeto, valor quantificado quando se tratar de cláusula indenizatória e na hipótese de obrigação de fazer ou não fazer, apontado o modo de cumprimento, onde cumpri-la e o resultado prático que se objetiva com o pacto.

Na execução do título extrajudicial, baseada no termo de compromisso de ajustamento de conduta, deve-se utilizar dos instrumentos jurídicos cabíveis para o cumprimento integral das obrigações, postulando, se necessário, medidas para a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento. A inclusão de providências indutivas, coercitivas ou mandamentais, apresentam-se como fundamentais para dar eficácia resolutive ao termo de compromisso.

MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE CONSENT DECREE EXECUTION

ABSTRACT

This article addresses the appropriate legal measures to guarantee the effectiveness of the judicial execution of the consent decree, presenting several instruments available for the search of the fulfillment of the obligations assumed when the adjustment was made or its practical result equivalent. More than an agreement with the PM, the consent

decree related to the environmental-urban theme constitutes a pact with the Earth. The consent decree established obligations with the objective of serving supra-individual interests and is a voluntary instrument. In this sense, the way, time and place of fulfillment of obligations are signed in order to meet the needs of the legal good reached, determining the conditions of the agent.

Key words: Public Ministry; Effectiveness of the consent decree; Execution.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira; ALVARENGA, Samuel. Ministério Público como Função Essencial à Justiça na Tutela de Direitos ou Interesses Coletivos. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de Direitos Difusos**, 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2019. 1 v.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF, 27 jul. 2017. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Recurso Especial nº 757.895. Relator: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 02 de abril de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 maio 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500953248&dt_publicacao=04/05/2009. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Agravo de Instrumento nº 2014.001455-2. Relator: Des. Carlos Adilson Silva. Florianópolis, SC, 02 de dezembro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**. Florianópolis. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAI2LNAAH&categoria=acordao. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Apelação Cível nº 0007160-75.2013.8.24.0067. Relator: Des. Francisco Oliveira Neto. Florianópolis, SC, 06 de setembro de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**. Florianópolis. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=%22A%20imposi%20de%20bloqueio%20ou%20sequestro%20de%20verbas%20p%20fablicas%20apresenta-se%20mais%20apta%20a%20garantir%20o%20cumprimento%20da%20determina%20judicial%22&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAA GmfIAAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 09 fev. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: volume 5 - execução. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Vol. II. 10. ed. Revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

JELINEK, Rochelle. **Execução de Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Vol. único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Breves Considerações sobre o Ministério Público Federal do Século XXI: Trajetória e Desafios. In: VITORELLI, Edilson (Org.). **Manual de Direitos Difusos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. Cap. 3. p. 335-362.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo De Ajustamento De Conduta**: Teoria e Prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. Ato nº 398, de 11 de junho

de 2018. Disciplina a instauração e a tramitação de Procedimento Administrativo no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2018. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2369>. Acesso em: 26 fev. 2021.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos. In: MILARÉ, Édís (Org.). **A Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Cap. XVI. p. 281-297.

PROTEÇÃO E AUTONOMIA DA
MULHER NA LEI 13.718/2018: UMA ANÁLISE
COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

*PROTECTION AND AUTONOMY OF
WOMEN IN LAW 13.718/2018: A COMPARATIVE
ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL*

PROTEÇÃO E AUTONOMIA DA MULHER NA LEI 13.718/2018: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE BRASIL E PORTUGAL¹

*PROTECTION AND AUTONOMY OF WOMEN IN LAW 13.718/2018:
A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL*

Fabício Pinto Weiblen²

Maria Luiza Mezzomo³

RESUMO

O presente estudo busca fazer uma análise crítica e comparada (sob a perspectiva funcionalista) de duas das principais alterações promovidas pela Lei n. 13.718/2018. Inicialmente, o trabalho aborda o novo crime de importunação sexual, bem como suas possíveis consequências práticas, além do problema do consentimento nos crimes sexuais. Na sequência, estuda-se a alteração da natureza da ação penal nos crimes sexuais em comparação com Portugal, na tentativa de se indicar o modelo mais adequado. Conclui-se que boa parte das modificações legais tem questionáveis efeitos quanto ao real incremento da proteção da mulher e, em certas hipóteses, representa claros retrocessos.

Palavras-chave: Violência de gênero. Crimes sexuais. Importunação sexual. Consentimento. Ação penal.

1 INTRODUÇÃO

Um homem foi preso após ter ejaculado no pescoço de uma passageira dentro de um ônibus na Av. Paulista, em São Paulo, em agosto de 2017, mas logo em seguida foi libertado. O caso gerou grande repercussão midiática e revolta na população, uma vez que na semana seguinte o homem cometeu novamente a mesma infração. Juristas e especialistas em direito penal e violência de gênero discutiram a decisão da soltura do homem após o primeiro ato. Porém, naquela oportunidade não havia outra infração penal

¹ Data de Recebimento: 11/02/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

² Membro do Ministério Público de Santa Catarina. Mestrando em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público (Anhanguera-UNIDERP) e Prevenção e Repressão à Corrupção (UNESA). E-mail: fpweiblen@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4298696450633366>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7782-5292>.

³ Advogada. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica pela Universidade de Lisboa (Portugal). E-mail: mamezzomo@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8591-6517>.

para enquadrar o fato cometido senão a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, que não admite prisão em flagrante.

Em 24/09/2018, pouco mais de um ano após o ocorrido, foi sancionada a Lei 13.718/18, que tipifica o crime de importunação sexual, altera a natureza da ação penal nos crimes sexuais e traz outras disposições.

Diante desse cenário, a discussão acerca das alterações trazidas pela lei faz-se necessária, a fim de verificar se a mulher, geralmente a principal vítima nesse tipo de crime, está sendo de fato protegida.

Para responder ao problema, será realizada uma análise de dois dos principais aspectos da legislação: o novo crime de importunação sexual e a alteração da natureza da ação penal nos crimes sexuais. Para tanto, será realizada uma abordagem das primeiras considerações doutrinárias e jurisprudenciais existentes, bem como da comparação com o Direito português, esta sob uma perspectiva principalmente funcionalista, isto é, com ênfase nos efeitos das normas sob análise (HEINEN, 2017, p. 178).

Adiantando algumas das conclusões, pode-se dizer: que o crime de importunação sexual, apesar de tipificar de forma clara condutas que demandavam uma criminalização autônoma, traz dificuldades relativas ao enquadramento de atos sexuais graves que não envolvem violência ou grave ameaça, além de ignorar a discussão sobre a simples ausência de consentimento e o crime de estupro; por sua vez, a alteração da natureza da ação penal representou retrocesso na proteção da mulher, pois retira sua autonomia, gera claro risco de revitimização, além de desestimular a busca por atendimento em outras áreas que não o direito penal.

2 O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: CONSENSOS E DÚVIDAS

2.1 A “lacuna legislativa” e o novo tipo penal

Uma das principais novidades trazidas pela Lei n. 13.718/2018 foi a criação do delito de “importunação sexual”, no art. 215-A do Código Penal (CP), que pune, com pena de 1 a 5 anos de prisão, aquele que “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

As alterações da legislação, notadamente em direito penal, muitas vezes surgem como uma resposta a fatos de muita repercussão, realidade que, apesar de criticada, não pode ser negada. No caso do crime de “importunação sexual”, os antecedentes da legislação são importantes para se entender o objetivo do novo tipo penal.

A tipificação do delito objeto de análise ganhou força, como dito, após alguns casos de “abusos sexuais” em meios de transporte público, sem violência ou grave ameaça,

mas com grande reprovção da populaçõ e repercussõ midiática. O caso mais impac- tante ocorreu no dia 29/08/2017, em São Paulo, em que, no interior de um ô nibus, um homem masturbou-se e ejaculou em uma mulher (MASSON, 2019, p. 38)⁴.

Talvez a principal causa para a grande repercussõ do fato, para além da gravidade da conduta propriamente dita, foi o que se seguiu ao acontecimento: após sua prisõ em flagrante, o agente foi solto no dia seguinte, a pedido do Ministério Público (MP), pois o fato não se enquadrava no crime de estupro, mas apenas em uma contravençõ penal (MASSON, 2019, p. 38).

De fato, por se tratar de crime hediondo e com pena grave, grande parte da doutrina entendia que não se podia dar uma interpretaçõ muito alargada ao crime de estupro, de modo que atos meramente ofensivos ao pudor (passar mã os nos seios da vítima, por exemplo), à falta de um tipo penal intermediário, deveriam ser enquadrados como contravençõ penal de importunaçõ ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto-lei 3.688/1941) (NUCCI, 2019b, p. 129-130; CAPEZ, 2018, p. 109; BRASIL, 2017b e BRASIL, 2018c). Além disso, o crime de estupro (art. 213 do CP), apesar de não exigir contato corporal entre autor e vítima, demanda que esta seja constringida mediante violênc ia ou grave ameaça, o que não se verificava no caso, em que a vítima estava sentada no ô nibus, atenta ao seu smartphone, quando foi surpreendida pelo ato do agente (MASSON, 2019, p. 38)⁵.

Daí por que se disse que havia uma “lacuna legislativa” (NUCCI, 2019b, p. 130), ou seja, faltava uma infraçõ penal intermediária entre uma conduta muito grave (estupro) e outra que se considerava geradora de impunidade (contravençõ penal). Assim, o tipo penal do art. 215-A do CP surgiu para preencher esse espaço, de modo que condutas como essa hoje configuram o delito de importunaçõ sexual (BITENCOURT, 2019, p. 79-80; MASSON, 2019, p. 38)⁶.

E por isso, nesse primeiro aspecto, a Lei n. 13.718/18, ao tipificar o crime de importunaçõ sexual, veio a representar uma maior puniçõ (e, como se espera, uma maior proteçõ) a fatos graves que antes ficam praticamente impunes.

Dessa forma, grande parte da doutrina veio a elogiar a tipificaçõ em questõ (BITENCOURT, 2019, p. 79-80; MASSON, 2019, p. 38; ARAS, 2018). E menos de dois

4 “Em primeiro lugar, assim como aprovado na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, cremos que a criaçõ de um novo tipo penal é a melhor opçõ para punir de forma adequada casos como o ocorrido recentemente no interior de transporte público em São Paulo.” (Voto em separado na Comissão de Constituiçõ, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados).

5 Quando muito, eventuais condutas poderiam enquadrar-se no delito de ato obsceno (art. 233 do CP), crime que ocorre apenas quando não há destinatário específico, o que não era o caso. Além disso, considerava-se também a pena deste crime (3 meses a 1 ano) desproporcional à gravidade da conduta (BITENCOURT, 2019, p. 79-80).

6 Além disso, a Lei n. 13.718/2018 revogou expressamente a contravençõ penal de “importunaçõ ofensiva ao pudor” (art. 3.º, II, da Lei 13.718/2018), embora haja críticas no sentido de que, em razõ de problemas de redaçõ, o novo tipo penal do art. 215-A do CP não abarcaria todas as condutas que antes se inseriam na contravençõ penal (PRADO, 2019, p. 562-563).

meses depois da lei já houve condenação pelo referido crime, justamente em razão de fatos similares àqueles que inspiraram a edição do diploma legal (ejaculação em vítima mulher no transporte público) (TJSP, 2018), além de outras condenações posteriores (BRASIL, 2019c), evidenciando, ao menos num primeiro momento, que se trata de condutas que, de fato, deveriam ser tipificadas como crime.

2.2 Proporcionalidade e crimes sexuais: o possível paradoxo da menor punição

Embora num primeiro aspecto a nova tipificação tenha vindo a representar uma punição para condutas que anteriormente ficavam praticamente impunes, há um segundo aspecto que pode ser considerado quase paradoxal.

Isso porque o motivo declarado da nova tipificação foi o de trazer uma maior punição para atos que antes ficavam impunes. Todavia, é bem possível que um dos reflexos da legislação seja também o de diminuir a pena de atos que eram enquadrados anteriormente como estupro.

De fato, muitas vezes a existência de conduta reprovável (passar mãos nos seios, nádegas e genitália, por exemplo) e a inexistência de alternativa razoável (conforme referido) levava a que a jurisprudência qualificasse casos como esses como estupro, em especial no STJ brasileiro. Assim, casos em que a vítima era beijada à força e o autor passava a mão em seios, nádegas e vagina eram muitas vezes qualificados como estupro (BRASIL, 2018a), pois este crime abrangeria atos libidinosos praticados nas mais diversas formas, tais como “toques, contatos voluptuosos, beijos lascivos, consumando-se o crime com o contato físico entre o agressor e a vítima” (BRASIL, 2012a e 2013).

Ocorre que o estupro no Brasil é apenado com prisão de seis a dez anos (art. 213 do CP), enquanto as condutas equivalentes no CP português, por exemplo, têm penas que variam de “até cinco anos” (forma mais leve de “*coacção* sexual” – art. 163, n. 2, do CP português) a de “três a dez anos” (forma mais grave de “*violação*” – art. 164, n. 1, do CP português). Percebe-se, portanto, que a pena do estupro no Brasil é bem mais grave do que a pena da “*violação*” de Portugal, mas no Brasil inclusive atos libidinosos menos graves eram por vezes enquadrados no crime de estupro, com a grave pena correspondente.

Em razão disso, já se sustenta que a Lei n. 13.718/2018 veio também para resolver esse problema de proporcionalidade, para que atos libidinosos menos graves sejam qualificados como importunação sexual (não mais como estupro). Assim, a nova lei teria dividido o tipo penal conforme a espécie de ato libidinoso: o estupro seria reservado para atos libidinosos em sua “potencialidade ofensiva máxima (coito anal, vaginal, feção etc.)”, enquanto “o passar de mãos lascivo nas nádegas”, “o beijo forçado”, confi-

gurariam agora o crime de importunação sexual (LOPES JR *et al*, 2018).

Ou seja, a legislação teria como reflexo também esclarecer essas condutas sobre as quais havia indefinição e eram qualificadas ora como estupro (que se revelava desproporcional), ora como contravenção penal (que redundava em sensação de impunidade) (ARAS, 2018, NUCCI, 2019b, p. 129-130).

Esses reflexos já são sentidos na jurisprudência: o STJ, em razão da superveniência da nova lei mais benéfica, reenquadrou a conduta de acusado de abordar uma vítima, interceptando sua passagem, e de passar a mão no seio e na cintura dela. A conduta havia sido qualificada como estupro, o que o STJ ressaltou que era correto na vigência da lei antiga, mas desclassificou para importunação sexual em razão do novo art. 215-A do CP (BRASIL, 2018b). No mesmo sentido, o TJSP, em caso em que o acusado, além de beijar a vítima na face e no pescoço, passara a mão em seus seios, entendeu que a conduta, inicialmente qualificada como estupro, enquadrava-se de forma mais adequada no art. 215-A do CP, que, por ser mais benéfico, retroagiria em seu favor (BRASIL, 2019b).

Há, de certa forma, uma tendência doutrinária e jurisprudencial de, à luz da proporcionalidade, separar os crimes de estupro e de importunação sexual de acordo com o tipo de ato libidinoso praticado: estupro seria resguardado para conjunção carnal, coito anal⁷, enquanto a importunação sexual abrangeria os atos libidinosos mais leves.

Trata-se, em linhas gerais, do tratamento conferido em Portugal (conforme será visto na sequência), todavia, em princípio, parece ser inaplicável ao Brasil.

2.3 O tratamento jurídico em Portugal e o problema da ausência de consentimento

Em Portugal, não há tipo penal que se enquadre perfeitamente na conduta tornada crime pelo art. 215-A do CP brasileiro.

É verdade que no Código Penal português há o crime de importunação sexual (art. 170 do CP)⁸. Todavia, trata-se de enquadramento subsidiário, consistente em um ato de natureza sexual praticado contra a vontade da vítima, na presença desta ou sobre ela, que resta importunada, mas desde que o referido ato sexual que não tenha a gravidade de um “ato sexual de relevo” (PORTUGAL, 2012b)⁹. Em geral, está presente nos “atos

⁷ “No entanto, as condutas tipificadoras do crime de estupro — conjunção carnal e ato libidinoso diverso (sexo oral e anal) —, logicamente, estão excluídos desta infração penal — importunação sexual —, quer por constituírem aquelas infrações penais, quer por sua gravidade que seria desproporcional à pena aqui cominada” (BITENCOURT, 2019, p. 83).

⁸ Art. 170. Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

⁹ A última reforma desse tipo penal, em tese, veio a dar cumprimento ao art. 40º da Convenção de Istambul, que dispõe sobre a obrigação dos Estados de tomarem medidas legislativas quanto a qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual (CAEIRO; FIGUEIREDO, 2016, p. 166).

exibicionistas”, desde que ultrapassem a mera imoralidade, tais como chamar a atenção de uma jovem e retirar o pênis das calças, seguido da exibição do órgão genital, ou mais claramente ainda quando há masturbação (PORTUGAL, 2014). Além dos atos exibicionistas, abrange também contatos sexuais não consentidos que não configurem atos sexuais de relevo (CAEIRO; FIGUEIREDO, 2016, p. 163-164). Porém, considerando a amplitude que se dá a esses atos sexuais de relevo (conforme se verá na sequência), é questionável que essa previsão tenha grande aplicabilidade (LOPES, 2007, p. 170-171; CAEIRO; FIGUEIREDO, 2016, p. 183-184). Apesar disso, há quem exemplifique tais atos como “o caso do ‘apalpão’ ou o ‘roçar’ ou pressionar partes do corpo do agente contra partes do corpo da vítima, por exemplo nos transportes públicos ou em espaços fechados” (LOPES, 2007, p. 172-173; LEITE, 2011, p. 25), o que, de certa forma, se assemelha ao novo tipo penal do art. 215-A do CP brasileiro.

Entretanto, parte do novo tipo penal brasileiro equivale ao crime português de “*coacção sexual*”, em especial em seu n. 2¹⁰, que trata de prática de “atos sexuais de relevo” sem violência, grave ameaça ou impossibilidade de resistência¹¹. A jurisprudência traz exemplos de atos sexuais de relevo, tais como aquele que “dentro do seu automóvel agarra com força o braço da ofendida, beija-a na cara ao mesmo tempo que, com a sua mão livre, lhe acaricia os seios” (PORTUGAL, 2012a), ou o homem que “dá beijos na boca, mexe nos seios, mexe na vagina [...], ainda que por sobre a roupa, e lhe exhibe o pênis, perguntando-lhe se gostava do que tinha visto” (PORTUGAL, 2013).

Quanto ao n. 2 do art. 163 do CP português, ganha relevo a ausência de consentimento da vítima, independentemente de grave ameaça, violência, ou impossibilidade de resistência. O constrangimento aqui decorrerá de uma situação de temor resultante de ordem ou de circunstâncias diversas (tais como a superioridade física ou numérica dos agentes) (LOPES, 2007, p. 163-164; DIAS, 2013, p. 77).

Por fim, o crime de violação (art. 164 do CP português) limita-se às condutas de cópula vaginal, coito anal ou oral, ou introdução de objetos na vagina ou no ânus, seja mediante violência, grave ameaça, redução à impossibilidade de resistência (n. 1), seja mediante outra forma de constrangimento (n. 2).

Percebe-se, portanto, que tais crimes sexuais, no sistema português, são separados conforme a gravidade do ato sexual praticado (cópula vaginal, coito anal ou oral, ou introdução de objetos na vagina ou no ânus na violação; ato sexual de relevo na coacção

10 Art. 163. 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, acto sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constranger outra pessoa a sofrer ou a praticar ato sexual de relevo, consigo ou com outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos. 11 O n. 2 do art. 163 do CP português era chamado, antes de 2015, de “abuso sexual” ou “assédio sexual”, em contraponto ao n. 1, que seria a “coacção sexual” propriamente dita (LOPES, 2008, p. 20).

sexual; ato exibicionista e outros contatos sexuais não consentidos na importunação sexual) e conforme o meio de constrangimento (violência, grave ameaça e impossibilidade de resistência, ou outra forma de constrangimento, nos crimes de violação e coação sexual).

Não é, contudo, o que ocorre no sistema brasileiro, mesmo com o advento da Lei n. 13.718/2018. Isso porque o crime de estupro abrange a conjunção carnal (cópula vaginal) ou qualquer outro ato libidinoso diverso deste, desde que cometido mediante violência, grave ameaça (art. 213 do CP), ou redução à impossibilidade de resistência (estupro de vulnerável – art. 217-A, § 1º, do CP), enquanto o crime de importunação sexual pune a prática de ato libidinoso sem a anuência da vítima, desde que não configure crime mais grave (art. 215-A do CP).

Ou seja, a diferença dos crimes não está na natureza do ato libidinoso, mas na presença ou não de violência, grave ameaça ou impossibilidade de resistência (vulnerabilidade). Não importa se o ato é uma carícia nas partes íntimas ou um coito anal: se o ato libidinoso foi obtido mediante violência ou grave ameaça, trata-se de crime de estupro; se foi cometido simplesmente sem o consentimento da vítima, normalmente de inopino, trata-se de importunação sexual (CABETTE, 2018, p. 7-8).

Surge aqui o problema do consentimento nos crimes sexuais, bastante presente na Europa, mas pouco discutido no Brasil.

A partir da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 2011 (conhecida como Convenção de Istambul), reforçou-se na Europa a necessidade de que a violência sexual contra as mulheres fosse tratada no plano legislativo tendo como parâmetro o consentimento da mulher. Assim, o art. 36º da Convenção estabelece o consentimento da mulher como fato determinante para a caracterização da violência sexual, independentemente de outros aspectos como violência ou grave ameaça¹².

Em Portugal, a Lei n. 83/2015, embora tenha como objetivo declarado adequar os crimes sexuais à Convenção de Istambul, trouxe redação dos tipos penais de violação e de *coação* sexual que não deixa claro que o simples não consentimento é apto a caracterizar os crimes¹³. Daí por que organizações internacionais entendem que Portu-

12 Artigo 36.º Violência sexual, incluindo violação. 1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última; b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa; c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro. 2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

13 De fato, o projeto 522/XII/3ª, apresentado pelo Bloco de Esquerda, que defendia a caracterização dos crimes pelo simples ato sexual sem consentimento, não foi adotado, já que os crimes exigem que, por alguma forma, a vítima seja coagida ao ato (LOPES; MILHEIRO, 2015, p. 36-37).

gal, contrariamente àquela Convenção, não adota a definição de violação baseada na ausência de consentimento (AMNESTY INTERNATIONAL, 2018). Apesar do entendimento contrário de parte dos estudiosos, que afirmam que a inclusão da ausência de consentimento como fator determinante não iria acrescentar nada à legislação, a qual já incriminaria tal prática justamente no n. 2 dos arts. 163 (*coação* sexual) e 164 (violação sexual) do CP (CÂNCIO, 2018), o país declarou a intenção de reformar a legislação nesse sentido (AMNESTY INTERNATIONAL, 2018), o que de fato tem sido discutido (FLOR, 2019).

A legislação brasileira, contudo, está na contramão dessa tendência. De forma ainda mais clara com a criação do tipo penal em análise (art. 215-A do CP), como dito, a divisão entre um crime de estupro e um crime de mera importunação sexual reside na existência de violência ou grave ameaça, de modo que o simples não consentimento, sem aqueles fatores de coação, enquadram o ato libidinoso em crime diverso do estupro.

Nesse sentido, parte da doutrina, ao analisar o novo tipo penal, já afirma que, no conflito aparente de normas entre o delito de importunação sexual e de estupro, este último crime exige a superação da discordância da vítima por meio da grave ameaça ou da violência, enquanto para a importunação sexual bastaria o não consentimento (PRADO, 2019, p. 562-563). Há quem sustente, em sentido similar, que na importunação sexual não há constrangimento da vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso, pois o ato libidinoso seria praticado pelo agente sozinho (MASSON, 2019, p. 40). Neste caso, todavia, vislumbra-se um problema, relativo às hipóteses de constrangimento da vítima ao ato por razões outras que não violência ou grave ameaça (superioridade numérica ou física, por exemplo), que não teriam enquadramento claro¹⁴.

De qualquer forma, constata-se, a partir desse panorama, que, embora recente, a legislação trouxe dúvidas determinantes sobre a efetiva proteção à vítima de crimes sexuais. Nesse ponto, destaca-se a aparente falha na legislação, que, na contramão de tendência mundial moderna (representada pelas orientações da Convenção de Istambul), continua a exigir violência ou grave ameaça para o crime de estupro, reservando a crime diverso (importunação sexual) e com pena muito mais leve a prática de atos sexuais sem consentimento da vítima, quando não houver violência ou grave ameaça.

14 Por outro lado, se se tratar de vítima vulnerável (pela idade, discernimento ou incapacidade de oferecer resistência), a prática de ato libidinoso configurará crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e § 1º, do CP brasileiro), ainda que sem violência ou grave ameaça ou mesmo com o consentimento da vítima (CABETTE, 2018, p. 11; BRASIL, 2019a).

3 NATUREZA DA AÇÃO PENAL E AUTONOMIA DA MULHER

3.1 Evolução e questionamentos sobre a natureza da ação penal nos crimes sexuais

Até 2009, o CP brasileiro estabelecia como regra que nos crimes sexuais a ação penal era de iniciativa privada, ou seja, deveria ser promovida pela vítima (art. 225 do CP). As exceções expressas eram: a) vítima ou responsáveis sem condições de custear as despesas do processo, caso em que tinha natureza pública condicionada à representação da vítima; b) crime cometido mediante abuso do poder familiar, tutela ou curatela (então art. 225, § 1º, do CP), hipótese em que o crime era perseguido mediante ação penal pública incondicionada (§ 2º). Além dessas exceções, caso ocorresse crime sexual com resultado lesão grave ou morte, a ação penal seria pública incondicionada, por se tratar de crime complexo (art. 101 do CP), o que foi consagrado na Súmula 608 do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada” (BITENCOURT, 2019, p. 186-190).

Em 2009, com a Lei n. 12.015, a regra passou a ser a ação penal pública condicionada à representação da vítima, salvo se a vítima fosse menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável, caso em que seria ação penal pública incondicionada (art. 225, parágrafo único, do CP, com a redação dada por aquele diploma legal).

Já nessa época houve certas críticas à alteração, sob o argumento de que os crimes sexuais existiriam com fundamento na proteção da liberdade (sexual), mas o exercício dessa liberdade seria restringido ao se atribuir à ação penal a natureza de prevalência do interesse público sobre o particular, representando verdadeiro constrangimento à vítima. Argumentava-se que, além de a ação penal privada ser a tradição brasileira nessa espécie de crime, seria a vítima a pessoa mais indicada para decidir sobre eventual violação de sua dignidade sexual, não cabendo ao Estado substituir sua vontade para determinar esse aspecto. Além disso, eventual titularidade do MP não seria sinônimo de maior proteção à vítima ou ao bem jurídico tutelado; pelo contrário, seria um desrespeito à intimidade da vítima (BITENCOURT, 2019, p. 186-190).

Por outro lado, houve também diversos elogios à alteração, por conciliar de forma sensata e razoável o interesse público na persecução de tais crimes graves (atribuindo ao Ministério Público a titularidade da ação penal) com o interesse privado da vítima em porventura querer resguardar sua intimidade e evitar a vitimização secundária (ao condicionar o exercício da ação penal à representação por parte da vítima) (GOMES, 2009).

Por fim, a Lei n. 13.718/2018 estabeleceu que os crimes contra a liberdade sexual, sem exceções, são perseguidos mediante ação penal pública incondicionada (art. 225 do CP, na atual redação). Na justificativa do projeto de lei (BRASIL, 2016), os fundamen-

tos para essa alteração podem ser resumidos em três: a) o interesse público na punição em razão da gravidade dos crimes, por ser o estupro “um crime bárbaro que merece repúdio por parte da sociedade e do Poder Público”, exigindo “medidas enérgicas” para sua repressão; b) a diminuição da subnotificação, pois, segundo as estatísticas apresentadas (sem maiores detalhes), “somente 35% dos crimes sexuais são notificados”, razão pela qual, apesar da “situação de fragilidade e exposição da vítima, o seu silêncio contribuirá para impunidade e aumento do número de casos”; c) prevenção de “retaliações por parte dos agressores”.

Sustenta-se que a alteração aumentará as investigações e processos por crimes sexuais, com efeito positivo na descoberta dos respectivos autores, que em geral seriam “criminosos de repetição, e não meramente de ocasião” (ARAS, 2018), além de uma mudança na mentalidade da sociedade brasileira, que passou a entender que o crime sexual afeta o interesse de toda a sociedade, não apenas da vítima (NUCCI, 2019a, p. 1209), em razão de sua especial gravidade (MARTINELLI, 2018, p. 345).

Todavia, os aspectos negativos da alteração parecem superar eventuais pontos positivos. Apesar de terminar com algumas discussões anteriores, a nova lei coloca os interesses punitivos do Estado acima do interesse da vítima, em crimes com peculiaridades que não recomendam essa prevalência. Ao retirar a capacidade de iniciativa da vítima, que é plenamente capaz (ou seja, não é vulnerável), a lei obriga-a a se submeter aos danos decorrentes do próprio processo. Embora se argumente que as vítimas (notadamente as mulheres) sofrem represálias que as impedem de buscar a punição do autor do crime e que os avanços da proteção à mulher recomendariam a facilitação da persecução de crimes de que são vítimas primordiais, contrapõe-se que justamente esses avanços fazem com que a mulher deva ser considerada capaz de decidir sobre o destino de sua privacidade, ao contrário do que faz a nova lei, que, nesse ponto, representa um retrocesso (CUNHA, 2018).

De fato, o principal questionamento diz respeito à retirada da autonomia da vítima, que traz reflexos na vitimização secundária (decorrente do processo). A vítima passa a ser obrigada a se submeter aos danos à privacidade decorrentes de um processo penal, sem prejuízo de exploração midiática e comentários que casos que envolvem crimes sexuais sempre provocam. A obrigatoriedade da ação penal pública causará um afastamento ainda maior das vítimas da persecução penal, justamente em razão da impossibilidade de escolha. E mesmo quando houver ação penal, a instrução do processo ficará muito prejudicada na hipótese de desinteresse da vítima (BITENCOURT, 2019, p. 186-190).

Ao pretender ampliar a proteção da vítima, o legislador acabou por ignorar sua capacidade de decisão, que era bem ponderada na submissão da ação penal à representação por parte da vítima. Não são incomuns hipóteses em que a vítima é obrigada a compa-

recer a um processo anos depois do fato, sendo exposta a constrangimentos familiares (muitas vezes já tem família constituída após o fato, sem que o tenha revelado) e no trabalho, tudo contra a sua vontade (LOPES JR. *et al*, 2018). Isso sem prejuízo de outros procedimentos constrangedores, tais como exame de corpo de delito, reconhecimento de pessoas, acareações, entre outros (GENTIL, 2016, p. 629), que fazem parte de investigações dessa espécie de crimes.

Nesse contexto, a ação penal pública condicionada à representação da vítima era mais coerente, até porque, como dito, se não houver colaboração da vítima na investigação e na instrução do processo, dificilmente haverá um resultado positivo. Nesses casos, a tendência é de que haja apenas a exposição indevida da intimidade da ofendida, que já foi vítima de um crime bárbaro (MASSON, 2019, p. 27).

Ainda que o STF tenha fixado a natureza pública incondicionada da ação penal na violência doméstica, para “conferir eficácia à exigência constitucional de proteção estatal à condição de vulnerabilidade da mulher” (BRASIL, 2012b), tratou-se de crime (lesão corporal leve) que interfere em menor grau na privacidade e na intimidade da mulher, quando comparado com crimes sexuais. Além disso, o contexto específico daquele julgado (violência doméstica), por si só, levanta maiores questionamentos sobre a autonomia efetiva da vítima em levar o caso às autoridades, do que decorreria também um reforço de argumento no sentido de se deixar a vontade da ofendida de lado (em razão de possíveis retaliações ou constrangimentos pelo autor da ofensa).

Porém, mesmo na simples violência doméstica contra a mulher, há críticas à simples desconsideração da vontade da vítima na persecução criminal: ainda que haja temores de que a manutenção do relacionamento possa levar à reiteração da violência, os estudos realizados indicam que a mulher é a pessoa mais capacitada para avaliar tal perigo; nem todos os casos são de perigo de morte, de modo que a mulher pode ter inúmeras razões (laborais, familiares) para não querer a submissão do autor do fato a uma possível pena de prisão; essas espécies de penas podem afetar de maneira substancial a vida da vítima, o que não deveria ocorrer; de uma perspectiva feminista, não se deveria tratar as mulheres como pessoas sem autonomia ou sem capacidade de tomar decisões que devam ser consideradas para sua própria proteção; por fim, o menosprezo à sua vontade pode levar à maior desconfiança da mulher em relação ao sistema penal (LARRAURI, 2018, p. 102-103).

Grande parte desses argumentos também se aplicam aos crimes sexuais, que atingem, como visto, de forma desproporcional as mulheres.

Deve-se considerar que a proteção da mulher vítima de crimes sexuais envolve muitas outras áreas que não apenas o direito penal: mesmo a vítima que não quer ser submetida às dificuldades de uma investigação criminal e de um processo penal pode

procurar outros meios de proteção (saúde, assistência social, etc.). Porém, como a ação agora é pública incondicionada e geralmente o fato chega ao conhecimento das autoridades pela notícia dada pela vítima, a mulher pode deixar de procurar outros meios de proteção com receio de que isso chegue ao conhecimento da polícia ou do MP e ela seja obrigada a participar de uma investigação criminal. Isso gera um risco de aumento da subnotificação, mas, mais grave do que isso, pode ensejar uma diminuição da proteção da mulher em áreas essenciais como saúde e assistência social, ou seja, pode gerar o efeito contrário à intenção declarada da lei.

3.2 A solução de Portugal: um caminho intermediário?

Em Portugal, o tratamento da natureza da ação penal em relação aos crimes sexuais tem sofrido uma evolução similar à brasileira, que pode lançar algumas luzes sobre os problemas trazidos pelas alterações promovidas pela Lei n. 13.718/2018.

O CP português dispunha originalmente que o processo penal pelos principais crimes sexuais dependia de “queixa” da vítima (semelhante à representação no Brasil), salvo se do crime resultasse suicídio ou morte desta (art. 178º do CP). Quando a vítima fosse menor de 12 anos, poderia o MP dar início ao processo se especiais razões de interesse público o impusessem. Ou seja, a regra geral era a natureza semipública de tais crimes (similar à ação penal pública condicionada à representação da vítima no Brasil).

Com a Lei n. 65/98, manteve-se a necessidade de queixa e as exceções do resultado suicídio ou morte. Como novidade, o limite de idade da vítima para que o MP pudesse dar início ao procedimento passou a ser de 16 anos, desde que o interesse da vítima o impusesse (não mais o interesse público)¹⁵.

Por sua vez, a Lei n. 99/2001 acrescentou mais uma exceção à dependência de “queixa”, para o caso de vítima menor de 14 anos em que o agente fosse a pessoa com legitimidade para requerer o procedimento criminal, em razão de poder familiar, tutela ou curatela, basicamente. Entendeu o legislador que, nessas hipóteses, deve prevalecer o interesse da vítima em detrimento da intimidade da vida privada e familiar¹⁶, pois aquela acaba por ser incapaz de requerer o início do procedimento, já que seu representante legatário seria o autor do delito (LOPES; MILHEIRO, 2015, p. 218-219).

Na sequência, a Lei n. 59/2007 ampliou as exceções, para abranger também o cri-

¹⁵ Em verdade, entendia-se que “interesse da vítima” era precisamente a interpretação correta a ser dada à anterior expressão “interesse público”: o Ministério Público deveria promover a ação quando fosse necessário para a proteção do menor e não fosse prejudicial à vítima (ANTUNES, 1999, p. 594).

¹⁶ Anteriormente, entendia-se que, se o agente fosse um familiar da vítima, a exigência de queixa teria também “a função de evitar que o processo penal represente uma indesejável intromissão na esfera das relações familiares” (ANTUNES, 1999, p. 596).

me praticado contra menor. Ou seja, estabeleceu a natureza pública dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação dos menores, o que configurou a mais importante modificação no que tange a crimes contra menores, tanto sob o aspecto dogmático quanto sob o aspecto prático, diante das repercussões dessa alteração na investigação criminal, que passou a não depender mais de “queixa” da vítima (LOPES; MILHEIRO, 2015, p. 219)¹⁷.

Por fim, a redação atual do art. 178º do CP, dada pela Lei n. 83/2015, manteve, para os crimes sexuais, a regra de dependência de “queixa”, bem como as exceções antes referidas. Todavia, para os crimes sexuais mais graves (*coação* sexual e violação), estabeleceu que, quando o procedimento depender de queixa, o MP poderá dar início a ele, sempre que o interesse da vítima o aconselhar, no prazo de seis meses contados da data em que tomar conhecimento do fato e de seus autores.

Ou seja, mesmo após inúmeras reformas quanto à característica da ação penal nos crimes sexuais, manteve-se a sua natureza semipública como regra geral. Para além disso, a última reforma, de 2015, baseou-se em projeto de lei que trazia a natureza pública para o crime de violação (similar à ação penal pública incondicionada no Brasil). Todavia, justamente em razão das características peculiares dessa espécie de delito, o legislador manteve o caráter semipúblico na redação final: em razão de se tratar de delito que interfere de maneira substancial com a esfera da intimidade da vítima (ANTUNES, 1999, p. 596), a alteração buscada originalmente redundaria em “vitimização processual não pretendida” por vítimas que contam com a plena capacidade de decisão. Ademais, já há exceção no sentido de que, quando o MP vislumbrar que a vítima não expressa sua vontade de forma livre (em razão de coação ou situação semelhante), poderá dar início ao procedimento independentemente de queixa da ofendida, por se tratar de seu interesse (LOPES; MILHEIRO, 2015, p. 219-220). Nesses casos, deverá o MP justificar as razões que levam a tal intervenção em substituição à vítima, diante das repercussões que o processo pode ter nessa espécie de crime (PORTUGAL, 2011).

Ou seja, nota-se, de certa forma, também uma tendência de “publicização” da ação penal em Portugal, de modo que hoje, nos crimes mais graves (*coação* sexual e violação), o MP pode dar início ao procedimento, se o interesse da vítima aconselhar. Porém, a atual solução portuguesa parece conciliar melhor os diversos interesses existentes quando se trata de crimes sexuais: protege os interesses da vítima em preservar sua intimidade, pois, como regra, a investigação depende da iniciativa dela (caráter semipúblico); atende ao interesse público, pois a ação, após a queixa da vítima, é de titularidade estatal; traz solução para os casos de constrangimento ou retaliação por parte do

¹⁷ Os crimes sexuais contra menores evoluíram de um “ato disponível” da família da vítima para uma prioridade de política criminal (LOPES, 2007, p. 160).

agressor, em que o MP, verificando tal situação, pode dar início à investigação de forma oficiosa; e diferencia de acordo com a gravidade do delito, pois essa possibilidade existe apenas nos crimes mais graves (*coação* sexual e violação).

Essa observação é reforçada pela já citada Convenção de Istambul, documento internacional moderno sobre a proteção da mulher vítima de violência (e que pode servir de orientação acerca do consenso internacional sobre o tema, em que pese o Brasil não seja signatário da convenção).

No art. 18º, a Convenção de Istambul estabelece que as partes deverão garantir que as medidas de proteção e apoio visem, entre outros objetivos, a evitar a vitimização secundária, ou seja, a vitimização fruto do processo, que, como visto, é bastante significativa no caso de crimes sexuais, em especial se a vítima vê-se obrigada a comparecer a exames invasivos e a participar do processo. Por sua vez, no art. 55º, a Convenção dispõe que as partes deverão garantir que as investigações e a ação penal, dentre outros, dos crimes sexuais, não dependam totalmente da denúncia ou queixa da vítima e que o procedimento possa prosseguir ainda que a vítima retire a sua declaração ou queixa. Ou seja, o art. 55º dá a entender que a persecução desses crimes deve ter um aspecto público, isto é, que não dependa totalmente da vontade da vítima (não seja ação penal de iniciativa privada exclusivamente), mas, de outro lado, o art. 18º traz a preocupação com a vitimização secundária, que é uma das principais críticas à ação pública incondicionada.

Diante disso, constata-se o equívoco da legislação brasileira, em especial da Lei n. 13.718/2018, ao prever a natureza de ação penal pública incondicionada para os crimes sexuais, com a pretensão de aumentar a proteção da mulher. Há risco de vitimização secundária, aumento da subnotificação e diminuição de acesso aos meios de proteção conferidos à mulher por outras áreas. Parece-nos que a solução portuguesa é bastante razoável, ao conciliar o interesse público evidente nessa persecução e o interesse privado da vítima, que é aquele que deve ser protegido. Além disso, a alternativa de iniciativa do Ministério Público quando for do interesse da vítima é uma solução engenhosa e satisfatória, ao menos em tese, à principal crítica que se fazia à ação penal pública incondicionada à representação (semipública em Portugal), ou seja, de que a mulher poderia sofrer constrangimentos no sentido de não dar início à investigação criminal.

Por isso, melhor seria um retorno à redação anterior do Código Penal brasileiro, que determinava a natureza de ação penal pública condicionada à representação da vítima, com a introdução de uma solução para eventuais casos em que se perceba coação da vítima para não requerer o início da investigação.

4 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, percebe-se que no Brasil e em Portugal há constantes modificações na legislação relativa a crimes que envolvem violência de gênero, as quais, como regra geral, trazem modificações mais protetivas às mulheres, acompanhando a evolução da sociedade no tratamento a esse tipo de conduta.

Em relação ao diploma legal objeto de análise, a Lei n. 13.718/2018, pode-se concluir que boa parte das modificações tem questionáveis efeitos e, em certos casos, claros retrocessos.

Se, por um lado, a criação do crime de importunação sexual representa importante proteção à autodeterminação sexual de vítimas que são atacadas de inopino, por exemplo, em transportes públicos, o novo tipo penal dá margem para que parte da doutrina sustente que houve divisão de crimes de acordo com a gravidade do ato sexual: enquanto o estupro seria restrito a atos mais graves (cópula vaginal, coito anal ou oral), outros atos libidinosos não poderiam ser enquadrados em tal crime. Não se concorda com semelhante afirmação, pois o crime de importunação sexual é expressamente subsidiário, e o delito de estupro não contém qualquer limitação legal quanto à espécie de ato libidinoso, desde que seja cometido com violência ou grave ameaça.

Além disso, talvez a maior ausência da nova tipificação seja um esclarecimento quanto ao fator não consentimento no que se refere aos crimes sexuais, pois a nova lei ignora a discussão acerca da configuração de estupro com o simples não consentimento e acaba por dar margem à interpretação (possível, segundo a atual redação) de que mesmo atos libidinosos graves, quando não praticados mediante violência ou grave ameaça, configurem apenas o delito de importunação sexual, na contramão das convenções internacionais mais modernas sobre o tema.

Por outro lado, como referido, o retrocesso é ainda mais claro no que diz respeito à modificação da natureza da ação penal nos crimes sexuais.

A imposição de ação penal pública incondicionada menospreza a capacidade da mulher de gerir autonomamente sua intimidade, o que se torna mais evidente quando se observa que a liberdade sexual é justamente o bem jurídico que se pretende proteger (e que a ausência de consentimento é, em geral, exigência para a configuração dos crimes em questão). Mais do que isso, enseja claro risco de vitimização secundária das ofendidas, que serão submetidas, ainda que contra suas vontades, a procedimentos de investigação invasivos (exames de vestígios na genitália, depoimentos sobre temas constrangedores, entre outros) e a um processo penal com exposição, ainda que limitada, de sua privacidade. Por fim, vislumbra-se um possível efeito contrário ao pretendido, na medida em que mulheres que não querem uma investigação criminal sobre o fato possam ser des-

estimuladas a procurar serviços de saúde e assistência, com receio de que isso chegue ao conhecimento das autoridades policiais.

Como visto, a redação anterior do CP nesse ponto (introduzida em 2009, ou seja, recentemente) e, com ainda mais vantagens, a solução adotada em Portugal são alternativas que conciliam melhor os diversos interesses envolvidos e trazem saídas para as principais críticas em sentido contrário, além de estarem e consonância com as convenções internacionais.

Diante disso, apesar do pouco tempo desde a vigência da nova lei, a análise de suas principais alterações não inspira otimismo em relação à melhora na proteção da mulher, o que também reforça os questionamentos sobre a prática de processos legislativos apressados adotados sob a influência de casos de grande repercussão.

PROTECTION AND AUTONOMY OF WOMEN IN LAW 13.718/2018: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN BRAZIL AND PORTUGAL

ABSTRACT

This study seeks to critically and comparatively (from a functionalist perspective) analyze two of the main changes promoted by Law n. 13.718/2018. Initially, the work addresses the new crime of sexual harassment is addressed, as well as its possible practical consequences and the problem of consent in sexual crimes. Following, the change in the nature of criminal prosecution in sexual crimes and its comparison with Portugal is studied, in an attempt to indicate the most appropriate model. It is concluded that most of the changes in the law have questionable effects on the real increase in the protection of women and, in certain cases, represent clear setbacks.

Keywords: Gender violence. Sexual crimes. Sexual harassment. Consent. Criminal prosecution.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMNESTY INTERNATIONAL. **Right to be free from rape.** Overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards. Londres: Amnesty International, 2018.

ANTUNES, Maria João. Artigo 178.º. *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial**, Tomo I. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

ARAS, Vladimir. **O estupro coletivo e os novos crimes sexuais da Lei 13.718/2018**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2018/09/26/o-estupro-coletivo-e-novos-crimes-sexuais-da-lei-13-718-2018/>>. Acesso em: 08/02/2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte especial 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5435/2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086185>. Acesso em: 08/02/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.154.806/RS, Relator: Ministro(a) Sebastião Reis Júnior, Diário Judicial eletrônico de 21/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.359.608/MG, Relator: Ministro(a) Assusete Magalhães, Diário Judicial eletrônico de 16/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.705.120/SC, Relator: Ministro(a) Reynaldo Soares da Fonseca, Diário Judicial eletrônico de 19/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.730.341, Relator: Ministro(a) Laurita Vaz, Diário Judicial eletrônico de 13/11/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.361.865, Relator: Ministro(a) Laurita Vaz, Diário Judicial eletrônico de 01/03/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.424, Plenário, Relator: Ministro(a) Marco Aurélio Mello, julgado em 09/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00361.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 3007403-86.2013.8.26.0624; Relator (a): Leme Garcia; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Tatuí - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 03/10/2017; Data de Registro: 04/10/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0020786-74.2014.8.26.0196; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Franca - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 09/11/2017; Data de Registro: 29/05/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0000340-89.2016.8.26.0516; Relator (a): Figueiredo Gonçalves; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Roseira - Vara Única; Data do Julgamento: 08/04/2019; Data

de Registro: 09/04/2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal 0002822-44.2018.8.26.0482; Relator (a): Reinaldo Cintra; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/05/2019; Data de Registro: 30/05/2019.

CABETTE, EDUARDO LUIZ SANTOS. **Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18**. Meu Site Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/11/b9efe85a-primeiras-impressoes-sobre-o-crime-de-importunacao-sexual-e-alteracoes-da-lei-13.pdf>>. Acesso em: 08/02/2021.

CAEIRO, Pedro; FIGUEIREDO, José Miguel. **Ainda Dizem que as Leis não Andam**: Reflexões sobre o Crime de Importunação Sexual em Portugal e em Macau. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, v. 26, n. 1 a 4, 2016.

CÂNCIO, Fernanda. Amnistia Internacional acusa Portugal de não definir violação como sexo sem consentimento. Diário de Notícias. Lisboa, 12 mai. 2018. Disponível em: dn.pt/portugal/amnistia-internacional-acusa-portugal-de-nao-definir-violacao-como-sexo-sem-consentimento-9332507.html. Acesso em: 08/02/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial**: arts. 213 a 359-H. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. Atualização Legislativa: Lei 13.718/2018. In: **Manual de Direito Penal - Volume Único**. Salvador: Juspodivm, 2018. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a717a7b72e63e04daed4a6ff7491c46b.pdf>>. Acesso em: 08/02/2021.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva. Notas substantivas sobre crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual. **Revista do Ministério Público**, v. 136, 2013.

FLOR, Aline. Parlamento discute propostas de BE e PAN para mudar crime de violação. Público. Lisboa, 9 jan. 2019. Disponível em: <https://www.publico.pt/2019/01/09/sociedade/noticia/crime-violacao-be-pan-consentimento-1857105>. Acesso em: 08/02/2021.

GENTIL, Plínio Antônio Britto. Art. 225. In: JALIL, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Orgs.). **Código Penal Comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri/SP: Manole, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Estupro com lesão corporal grave ou morte: a ação penal é pública condicionada**. 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1919678/estupro-com-lesao-corporal-grave-ou-morte-a-acao-penal-e-publica-condicionada>>. Acesso em: 08/02/2021.

HEINEN, Juliano. Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 27, n.

2, 2017.

LARRAURI, Elena. **Criminología Crítica y Violencia de Género**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade sexual. *In: II Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova*. Lisboa: Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais, 2011.

LOPES, José Mouraz. Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual na Reforma do Código Penal de 2007. **Galileu: Revista de Economia e Direito**, v. 12, n. 2, 2007.

_____. **Os Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexual no Código Penal**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____; MILHEIRO, Tiago Caiado. **Crimes Sexuais: análise substantiva e processual**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Moraes; BRAMBILLA, Marília; *et al.* **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.781/18?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>>. Acesso em: 08/02/2021.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Art. 225. *In: MACHADO, Costa; AZEVEDO, David Teixeira de (Orgs.). Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri/SP: Manole, 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)**. 9ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 27 de junho de 2012.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão de 26 de fevereiro de 2014.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 17 de maio de 2011.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Acórdão de 15 de maio de 2012.

PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Acórdão de 13 de março de 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte especial - arts. 121 a 249 do CP**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TJSP - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Homem que ejaculou em passageira no metrô é condenado. 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=55068> Acesso em: 08/02/2021.

A HISTÓRIA DA DEFICIÊNCIA, A INTERNAÇÃO
PSIQUIÁTRICA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO
PÚBLICO EM ALGUNS CASOS PARADIGMÁTICOS

*DISABILITY HISTORY, PSYCHIATRIC
HOSPITALIZATION AND THE WORK OF THE
PUBLIC MINISTRY IN SOME PARADIGMATIC CASES*

A HISTÓRIA DA DEFICIÊNCIA, A INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALGUNS CASOS PARADIGMÁTICOS¹

DISABILITY HISTORY, PSYCHIATRIC HOSPITALIZATION AND THE WORK OF THE PUBLIC MINISTRY IN SOME PARADIGMATIC CASES

Anna Caramuru Pessoa Aubert²

RESUMO

O objetivo deste artigo é (i) traçar um panorama histórico sobre o tratamento dado a indivíduos com deficiência, utilizando Michel Foucault como referencial teórico; e (ii) por meio de metodologia exploratória e indutiva, fazer um apanhado de casos em que a discussão em torno da institucionalização psiquiátrica no Brasil ganhou espaço, verificando-se três exemplos de atuações diversas do Ministério Público, quais sejam, pela (a) elaboração de relatórios investigativos sobre a situação de pessoas em condição de internação; (b) atuação no caso Ximenes Lopes *versus* Brasil; e (c) elaboração de Termo de Ajuste de Conduta no município de Sorocaba (SP).

Palavras-chave: Deficiência. Institucionalização. Foucault. Ministério Público. Reforma psiquiátrica.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as tantas lutas pela democracia e pelos direitos humanos testemunhadas pelo país, uma das mais importantes é aquela contra a institucionalização de pessoas com deficiência.

Perseguidos e discriminados em diversos momentos históricos, esses indivíduos enfrentaram, no final do século XIX e durante grande parte do século XX, uma segregação sistematizada, tendo sido vítimas, dentre outras coisas, de prisões arbitrárias em hospitais, de experimentações realizadas em seus corpos, de procedimentos psiquiátricos

¹ Data de Recebimento: 14/02/2021. Data de Aceite: 07/06/2021.

² Graduada em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Atualmente, cursa especialização em Direitos Animais pela Universidade de Lisboa e integra o grupo de pesquisa e extensão de Biodireito e Direitos Humanos da Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: annacaramurup@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2005170752734528>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4442-6217>.

violentos (como lobotomias e eletrochoques), e de uma animalização que lhes despia de toda e qualquer consideração moral por parte de seus pares.

Com o advento da reforma psiquiátrica e da extensão, às pessoas com deficiência, de direitos fundamentais, seu tratamento, pelo menos em tese, sofreu radical alteração, passando a predominar a ideia de inclusão social no lugar de segregação.

Apesar de esse reconhecimento normativo ser de fundamental relevância, sua efetivação tem se mostrado, na prática, bastante desafiadora.

Nesse cenário, um dos personagens mais importantes para que direitos fundamentais sejam concretizados é, nos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, II, III da Constituição Federal, o Ministério Público (MP).

Os objetivos do presente artigo passam a ser, então, (i) traçar, na primeira parte, um panorama histórico sobre o tratamento cedido às pessoas com deficiência, utilizando como marco teórico a obra de Michel Foucault, haja vista sua relevância para a construção de uma *arqueologia* – para nos utilizarmos de uma expressão do autor – da (a) normalidade/loucura; e (ii) na segunda parte, por meio de uma metodologia exploratória e indutiva, fazer um apanhado de casos em que a discussão em torno da institucionalização psiquiátrica ganhou protagonismo no Brasil, e em que foi possível verificar, de maneira exemplificativa, três maneiras diferentes pelas quais se deu a atuação do órgão citado, quais sejam: (a) a elaboração dos Relatórios de Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas e de Inspeção Nacional; (b) a atuação no caso de Damião Ximenes Lopes; e (c) a elaboração TAC no âmbito do município de Sorocaba (SP), para desinstitucionalizar os pacientes da região.

Não faz parte de nosso objetivo, portanto, traçar, em abstrato, os limites da atuação do *Parquet*, mas, diversamente, de maneira indutiva, analisar três casos concretos que serviram, como dissemos, de exemplos sobre sua atuação, na prática.

Será possível verificar, ao final, que ainda existe muito a ser feito no sentido de assegurar os direitos das pessoas com deficiência no que diz respeito à prática da institucionalização, o que parece revelar, com bastante clareza, a relevância da atuação do MP – estadual e federal – não apenas em casos concretos de violações de direitos, mas, também, para prevenir que novas violações aconteçam.

2 UM RECORTE FOUCAULTIANO SOBRE O TRATAMENTO DADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AO LONGO DA HISTÓRIA

2.1 Panorama geral

Na história do Ocidente, foram muitos os modos de se enxergar e tratar as pessoas com deficiência, mas, de um modo geral, em todos os momentos foram enfatizados

seus traços considerados, de alguma maneira, inúteis, anormais, animais, ou, por vezes, monstruosos.

Apenas para se ter uma ideia, na Antiguidade Clássica, em que um dos preceitos mais importantes era a harmonia, indivíduos que, por suas feições diferentes, desrespeitassem esse valor, eram exterminados logo ao nascerem, por meio do infanticídio³ (BARBOSA-FOHRMANN, 2020).

Na Idade Média, essas pessoas deixaram de ser sistematicamente mortas, mas começaram, pouco a pouco, a ser marginalizadas (BARBOSA-FOHRMANN, 2020). Seus traços distintivos passaram a ser vistos, no período, como fruto da vontade divina e, por essa razão, apesar de serem consideradas, de um modo geral, como espécies de “monstros”⁴, o olhar sobre elas era um de curiosidade, pois queria-se compreender os desígnios divinos traduzidos naqueles traços (FOUCAULT, 1981; LOBO, 2015).

Com o renascimento, tem início um movimento de institucionalização/segregação, que será visto mais adiante, e que vai se intensificar nos séculos XIX e XX, com trabalhos como o de Morel e seu *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés maladives* (1857), e de Francis Galton (1909, p. 35, tradução nossa), o qual cunhou o termo “eugenia” para se referir ao que ele considerava ser uma ciência que lidava com “todas as influências que melhoram as características inatas da raça [...]”.

A visão de Morel sobre as degenerescências, segundo Mario Eduardo Costa Pereira (2008, p. 491), chegou ao Brasil por intermédio de um certo “programa de combate à mestiçagem e de ‘arianização da raça brasileira’, sustentado notadamente pela Liga Brasileira de Higiene Mental”.

A teoria das degenerescências, de mais a mais, manifestava-se das mais diversas formas, inclusive no âmbito do entretenimento. Nesse sentido, nos séculos XIX e XX, eram frequentes as apresentações de “monstros” em circos e parques de diversão, com a participação de personagens como o anão, o gigante, a mulher barbada, o homem-macaco, etc. (LOBO, 2015).

Já especificamente com relação à eugenia, essa foi trazida ao Brasil pelo médico paulista Renato Kehl, que fundou, em 1917, a Sociedade Eugênica de São Paulo (ENGEL, 2001).

3 Não nos referimos, aqui, ao infanticídio previsto pelo artigo 123 do Código Penal Brasileiro, que prescreve pena de dois a três anos de detenção para quem “Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após”, mas, sim, à morte de pessoas com deficiência quando de seu nascimento.

4 A figura do monstro, note-se, vai mudando de significado ao longo do tempo – a partir do século XVIII, por exemplo, serão os hermafroditas os associados à monstrosidade (FOUCAULT, 2001, p. 83) –, mas da Idade Média até o século XVIII, ela era associada ao “misto entre dois reinos, o reino animal e o reino humano: o homem com cabeça e boi, o homem com pés de ave – monstros. [...] Transgressão, por conseguinte, dos limites naturais, transgressão das classificações” (FOUCAULT, 2001, p. 79).

Em uma faceta bastante cruel dessa pseudociência, os indivíduos tidos como degenerados eram vítimas de esterilização compulsória e de controle matrimonial, ante a preocupação dos eugenistas, na época, com as “crianças anormais”, já que se temia que elas crescessem com tendências para o crime e para a perversão sexual (LOBO, 2015).

O ápice desse movimento, contudo, foi ocorrer apenas com o Holocausto nazista, como uma manifestação, segundo Foucault (2001, p. 403), de um neorracismo, nascido da psiquiatria, que impunha uma defesa interna da sociedade contra aqueles considerados “anormais” e que poderiam transmitir, de modo hereditário, esses caracteres indesejados para as futuras gerações.

Nesse contexto, Hitler, ao assumir o poder em 1933, promulgou uma lei de esterilização compulsória e, não satisfeito, foi além, passando ao assassinato em massa e ao genocídio (SANDEL, 2015), de modo que, em seu “programa de eutanásia”, dezenas de milhares de pessoas com deficiência foram mortas (SINGER, 2018).

2.2 Histórico da institucionalização das pessoas com deficiência

Foucault (1972), em seu “História da Loucura na Idade Clássica”, narra, como um dos eventos marcantes para a institucionalização daqueles tidos como “loucos”, o fim das Cruzadas no século XVI e o término do surto de lepra que havia tomado a Europa. Assim, com o fim do contato entre os cruzados e os pontos de contágio orientais, e com o isolamento dos leprosos em locais conhecidos como leprosários, foi possível controlar a doença. Vazios, os referidos espaços foram, então, ocupados por uma nova forma de segregação nos séculos que se passaram (FOUCAULT, 1972, p. 9-10).

No século XVII, segundo nos conta o autor, foram criadas diversas casas de internamento e, no período, “mais de um habitante em cada cem da cidade de Paris viu-se fechado numa delas, por alguns meses” (FOUCAULT, 1972, p. 55).

É nesse contexto que ocorre a construção do famoso Hospital Geral, em Paris, que figurava não como um estabelecimento médico, mas como “uma estrutura semijurídica, uma espécie de entidade administrativa que, ao lado dos poderes já constituídos, e além dos tribunais, decide, julga e executa”. Tratava-se de uma instituição com “soberania quase absoluta, jurisdição sem apelações, direito de execução contra o qual nada pode prevalecer”, configurando “um estranho poder que o rei estabelece entre a polícia e a justiça, nos limites da lei: é a terceira ordem da repressão”. Segundo o autor:

O Classicismo inventou o internamento, um pouco como a Idade Média a segregação dos leprosos; o vazio deixado por estes foi ocupado por novas personagens no mundo europeu: são os “internos”.

[...] O gesto que aprisiona não é mais simples: também ele tem significações políticas, sociais, religiosas, econômicas, morais. (FOUCAULT, 1972, p. 57).

É marcante o evento, nesse cenário, da libertação dos loucos internados nos hospitais de Bicêtre e de Salpêtrière por Philippe Pinel ao final do século XVIII (ENGEL, 2001), que acabou por simbolizar, de alguma maneira, a apropriação, pela medicina, do campo de estudos e tratamento da loucura. Foi, contudo, apenas com a chegada do século XIX que a ideia de doença mental ganhou protagonismo (FOUCAULT, 1980) e, no lugar do louco, surgiu a figura do alienado.

2.3 A chegada das práticas higienistas ao Brasil

Como nos ensina Engel (2001, p. 118), o que temos de novidade na virada do século XVIII para o XIX é “conferir à loucura uma especificidade ao se passar a concebê-la, sobretudo, como uma doença, buscando-se, desse modo, transformá-la em objeto de conhecimento e de intervenção exclusivos do médico”. Nesse sentido, quanto mais a teoria da degenerescência se difundia, mais a loucura era percebida, no discurso de especialistas, como dissociada do delírio, e como uma forma de alienação mental.

No Brasil, a autora nos conta como, nas primeiras décadas do século XIX, os loucos eram figuras presentes no cotidiano de lugares como o Rio de Janeiro, fazendo parte do cenário boêmio da cidade. Eles “não pareciam temidos e, por mais estranhos e diferentes que fossem considerados seus hábitos, isso não impediu que, de alguma forma, tenham sido incorporados ao dia-a-dia da cidade” (ENGEL, 2001, p. 23-24).

Havia, especialmente por parte dos mais abastados, a prática de isolar membros familiares considerados loucos, os quais eram mantidos da maneira mais reclusa possível, e internados em locais como a Santa Casa da Misericórdia (ENGEL, 2001), mas a institucionalização não era, ainda, prática sistematizada.

Foi apenas a partir do final do século XIX, no contexto do período republicano e do fim da escravidão, que, em razão do interesse na transformação da cidade do Rio “em um verdadeiro cartão-postal”, esse cenário mudou, tendo início a aplicação de medidas higienistas:

“Vadios” ou “vagabundos”, vivendo de expedientes e de atividades que, para os padrões das classes dominantes, inseriam-se no universo do não-trabalho, nas fronteiras entre a legalidade e a ilegalidade, muitos desses personagens alternavam dias de liberdade com os de

reclusão [...]. Vaguear pelas ruas tornava-se, cada vez mais, um sinal que evidenciava e legitimava a internação no hospício. [...] O espetáculo do delírio continuava a despertar e a prender a atenção dos transeuntes, mas o destino de seus protagonistas passava a ser, cada vez mais seguramente, o hospício. (ENGEL, 2001, p. 51-52).

O diagnóstico da loucura, note-se, era realizado por psiquiatras, e estes buscavam os mais diversos sinais para fazê-lo. Em um dos casos narrados por Engel (2001), por exemplo, o sujeito foi considerado incapaz porque tinha o hábito de realizar investimentos considerados elevados e de alto risco, além de ser criativo e competente na matéria da engenharia sem que tivesse um diploma na área. O que havia no período, portanto, era uma postura autoritária por parte da medicina, que de maneira arbitrária tomava posse do corpo daqueles que diagnosticava como alienados.

2.3.1 O Holocausto Brasileiro de Daniela Arbex: o caso do Hospital Colônia de Barbacena

Em seu livro “Holocausto brasileiro” (2019), Daniela Arbex narra a tragédia ocorrida no Hospital Colônia de Barbacena, que perdurou entre as décadas de 1930 a 1980, e matou mais de sessenta mil pessoas, só encontrando seu fim com o início da reforma psiquiátrica no Brasil.

O funcionamento do Hospital Colônia tomava por base princípios eugenistas de limpeza social e, nessa medida, servia à sociedade, já que permitia que ela se livrasse daqueles, por ela, indesejados (ARBEX, 2019).

Não havia, para a admissão de pacientes, nenhum critério minimamente objetivo. Diversamente, era rotina a realização de diagnósticos padronizados, como o de Maria de Jesus, que foi para o Colônia aos vinte e três anos de idade, apenas porque tinha, como sintoma, a tristeza; ou o de Luizinho, internado aos dezesseis anos por sua mãe, porque era tímido. Como eles, estima-se que 70% dos pacientes não sofriam, efetivamente, de nenhuma condição médica a justificar a internação (ARBEX, 2019).

Barbacena, em um certo ponto, começou a vivenciar uma superlotação. No final da década de 1950, havia cinco mil pacientes num espaço planejado para acomodar duzentos. Com isso, as camas foram substituídas por capim, economizando-se espaço nos pavilhões para caber mais gente, e “o modelo do leito chão deu tão certo que foi recomendado pelo Poder Público para outros hospitais mineiros em 1959” (ARBEX, 2019, p. 21).

Um dos relatos que nos permite vislumbrar, um pouco, o que acontecia entre os

muros do Hospital, é aquele da atendente psiquiátrica, identificada como Marlene, que trabalhava no pavilhão Afonso Pena:

Duzentos e oitenta homens, a maioria nu, rastejavam [...] em meio à imundície do esgoto aberto que cruzava todo o pavilhão. [...] Tentou evitar pisar naqueles seres desfigurados, mas eram tantos, que não havia como desviar. [...] avistou num canto da ala um cadáver misturado entre os vivos. Observou quando dois homens de jaleco branco embrulharam o morto num lençol, o décimo sexto naquele dia [...]. Na tentativa de se aquecerem durante a noite, os pacientes dormiam empilhados, sendo comum que os debaixo fossem encontrados mortos, como naquele dia 7. (ARBEX, 2019, p. 18-20).

A tragédia de Barbacena contou, também, com a vitimização de crianças vindas do Oliveira, uma instituição criada em 1924 como hospital psiquiátrico para atender indigentes e mulheres e que, em 1946, passou a receber crianças com qualquer tipo de deficiência física, cognitiva ou psicossocial (a maioria rejeitada por suas famílias). Em 1976, o Oliveira fechou, e trinta e três crianças foram enviadas para o Colônia, onde passaram a ser submetidas, como os outros internos, a lobotomias, trabalho escravo, além de muitos outros maus-tratos:

[...] apesar de existir uma ala infantil, ela era tão desbotada quanto as outras. A diferença é que lá, em vez de camas de capim, havia berços em que crianças aleijadas ou com paralisia cerebral vegetavam. Ninguém os retirava de lá nem para tomar sol. Quando a temperatura aumentava, os berços eram colocados no pátio, e os meninos permaneciam encarcerados dentro deles. [...] recebiam tratamento idêntico ao oferecido aos adultos, permanecendo, inclusive, no meio deles. Aqueles meninos sentiram na pele os maus-tratos das correntes, dos eletrochoques, da camisa de força, do aprisionamento e do abandono (ARBEX, 2019, p.76-79).

A aplicação de eletrochoques era frequente no período. Segundo conta o médico Ronaldo Simões Coelho, que foi contratado como psiquiatra pelo Estado em 1971, eles “eram dados indiscriminadamente. Às vezes, a energia elétrica da cidade não era suficiente para aguentar a carga. Muitos morriam, outros sofriam fraturas graves” (ARBEX, 2019, p. 30). Relata Francisca Moreira dos Reis, funcionária da cozinha e candidata à vaga de atendente de enfermagem, que ela

e outras vinte mulheres foram sorteadas para realizar uma sessão de choque nos pacientes masculinos do pavilhão Afonso Pena, escolhidos aleatoriamente [...]. A colega Maria do Carmo, que também era da cozinha, foi a primeira a tentar [...]. O coração da vítima não resistiu. O paciente morreu ali mesmo, de parada cardíaca, na frente de todos. [...] Imediatamente, os atendentes do hospital embrulharam o coitado num lençol, como se aquele não fosse um cadáver. Simplesmente fizeram o pacote, colocaram no chão, e o corpo ainda quente ficou à espera de quem o recolhesse para o necrotério. [...] A segunda candidata se aproximou de outra cama e, trêmula, iniciou a prova. [...] O paciente escolhido era mais jovem que o primeiro. Aparentava ter menos de vinte anos. [...] Não resistiu. Era a segunda morte da noite e as aulas só estavam começando. (ARBEX, 2019, p.33-34).

Barbacena é um dos capítulos mais tristes e assustadores da história do Brasil e, como dito no início, depois de décadas de maus-tratos, torturas e mortes, a tragédia chegou ao fim.

Uma das poucas histórias de pacientes do Colônia que teve um final mais ou menos feliz foi a de Sônia, que, depois de ter permanecido internada por mais de quarenta anos, e de ter sido vítima dos mais diferentes tipos de violação – além de agressões físicas e eletrochoques, ela era largada em uma cela úmida sem qualquer cobertor para se aquecer, era obrigada a beber a própria urina para não passar sede, e tomava banho em uma banheira com fezes como uma espécie de castigo quando quebrava alguma regra –, ela finalmente foi liberta em 2003, quando recebeu o direito de viver, junto a Terezinha, uma amiga que ela adotou como filha, em uma residência terapêutica, só para elas. Nessa ocasião, elas receberam novos documentos – algo que só foi possível com a atuação do Ministério Público, que viabilizou sua emissão – e passaram, então, a ser incluídas no Benefício de Prestação Continuada, com direito a um salário mínimo, além de uma bolsa de duzentos e quarenta reais mensais (ARBEX, 2019).

Hoje, ainda existem cento e setenta pacientes crônicos internados no Centro Hospitalar Psiquiátrico de Barbacena, com expectativa de vida de dez anos. Estima-se, contudo, que cento e vinte pacientes sejam transferidos para módulos residenciais (onde os pacientes podem viver com autonomia, e recebem uma renda do Estado, como no caso de Sônia), de modo que permanecerão apenas sessenta internos. Com a morte destes últimos, o Hospital encerrará suas atividades (ARBEX, 2019).

2.3.2 A reforma psiquiátrica no Brasil

A reforma psiquiátrica, como já dito, começou a ganhar corpo, no Brasil, na década de 1980, por meio da luta antimanicomial, “que questionava a segregação e as violências a que, sob o falso manto do cuidado, eram submetidas as pessoas com transtornos mentais”. (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 24). Referida luta, contudo, já vinha sendo travada desde a década anterior, com a mobilização dos profissionais de saúde mental por meio do Movimento Nacional de Luta Antimanicomial, que visava a “uma reengenharia no modelo de atenção psiquiátrica, a partir do respeito aos direitos do paciente e da busca por sua reinserção social” (MENEZES; MENDES, 2013, p. 463).

Sob a vigência da Constituição Federal de 1988 e do regime de direitos fundamentais por ela implementado, a primeira lei a tratar, especificamente, do tema, foi editada no Rio Grande do Sul, sob o n. 9.716/1992 (CFP; MNPCT; MPF, 2018). No Ceará, tivemos a Lei n. 12.151 de 1993 (Lei Mário Mamede), que determinou, expressamente, a extinção progressiva dos Hospitais Psiquiátricos, a serem substituídos por outros recursos assistenciais (MENEZES; MENDES, 2013). Após, foi a vez do Distrito Federal, com a emissão da Lei n. 975/1995.

Em âmbito nacional, em 2001, foi editada, finalmente, a Lei n. 10.216/2001, intitulada Lei da Reforma Psiquiátrica:

A partir da Lei da Reforma Psiquiátrica, o Estado redireciona a política de promoção de saúde mental, adotando como eixo central a devida participação das famílias e da sociedade, oferecendo, preferencialmente, serviços comunitários de saúde mental, opções de tratamento e recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade. A legislação em questão rompe com a lógica segregacionista de internação como eixo da política de atenção à saúde. Nesse novo contorno legal, as internações são entendidas como recursos extremos, de curto prazo, somente quando os recursos extra-hospitalares se mostrem insuficientes, e visando à reinserção social do paciente em seu meio (Lei nº 10.216/2001, art. 4º) (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 24-25).

A reforma psiquiátrica não advoga, portanto, pela desassistência total, mas sim, pelo fim de espaços de segregação social como asilos e manicômios, assegurando-se “um tratamento profissional adequado às pessoas com sofrimento psíquico, respeitando-lhes seus direitos, em especial, a dignidade, a igualdade, a liberdade, a integridade e a saúde”

(MENEZES; MENDES, 2013, p. 464). A ideia, então, é que a sociedade reflita sobre “o que historicamente produziu e entendeu como ‘atenção em saúde mental’ e sobre suas próprias concepções acerca da chamada loucura e doença mental” (ACIOLY, 2006, p. 49-50) e efetive, assim, a inclusão social de todas as pessoas, respeitando e celebrando a diversidade.

3 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ALGUNS CASOS PRÁTICOS

Nos termos do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal de 1988, incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Ainda, segundo o artigo 129, incisos II e III, também da Constituição Federal, o *Parquet* tem a função de, respectivamente, “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Finalmente, conforme a inteligência do artigo 25, inciso VI da Lei Orgânica Nacional do MP, ao órgão incumbe, ainda, exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas com deficiência.

São diversos os instrumentos por meio dos quais o referido órgão pode exercer tais funções, como, por exemplo, o inquérito civil (IC), a ação civil pública (ACP), o termo de ajustamento de conduta (TAC) e a recomendação (RAMOS, 2007).

No presente capítulo, vamos analisar três casos distintos em que a atuação do *Parquet* se deu no âmbito da institucionalização de pessoas com deficiência ou transtorno psicossocial ou cognitivo.

Primeiramente, verificaremos os Relatórios da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas de 2018 e de Inspeção Nacional de 2020, que nos permitirão vislumbrar, além de exemplos de atuação do Ministério Público Federal (MPF), como se encontra o cenário brasileiro no que diz respeito à concretização, ou não, dos valores preconizados pela reforma psiquiátrica no âmbito da internação.

Em segundo lugar, analisaremos a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, decorrente da morte de Damiano Ximenes Lopes, pessoa com deficiência institucionalizada na Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, no Ceará.

Por fim, verificaremos como o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP)

procedeu à desinstitucionalização de pacientes no município de Sorocaba, utilizando-se, para isso, da elaboração de um TAC.

3.1 O Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas de 2018 e o Relatório de Inspeção Nacional de 2020

Neste subcapítulo, analisaremos o resultado de duas inspeções nacionais realizadas no âmbito da internação psiquiátrica, por meio do Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas, fruto de informações recolhidas em vinte e oito dessas comunidades em outubro de 2017, e do Relatório de Inspeção Nacional, resultado da investigação de quarenta hospitais psiquiátricos espalhados pelo país, em dezembro de 2018.

No primeiro caso, o MPF, o Conselho Federal de Psicologia (CFP), e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) atuaram em conjunto com a finalidade de revelar a presença de violações de direitos, as características e o cotidiano das comunidades terapêuticas, que se consolidaram, nos últimos anos, como alternativa à queda do número de leitos em hospitais psiquiátricos.

No segundo caso, o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o CFP e o MNPCT, em ação interinstitucional, buscaram analisar as condições em que vivem as pessoas internadas em hospitais psiquiátricos, qual a qualidade da assistência e dos insumos disponibilizados, as condições de trabalho, as medidas de caráter disciplinar aplicadas (castigos, revista íntima, medicação excessiva, aplicação de contenção mecânica, etc.), e o tratamento dado a crianças, adolescentes, mulheres, idosos, negros etc.

Dentre os graves problemas apontados pelo Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas, os seguintes foram destacados:

Em 16 dos locais inspecionados foram identificadas práticas de castigo e punição a internos. Essas sanções variam entre a obrigatoriedade de execução de tarefas repetitivas, o aumento da laborterapia, a perda de refeições e a violência física. Também foram identificadas práticas como isolamento por longos períodos, privação de sono, supressão de alimentação e uso irregular de contenção mecânica (amarras) ou química (medicamentos) – todas elas podem ser caracterizadas como práticas de tortura e tratamento cruel ou degradante, de acordo com a legislação brasileira. [...] As equipes de inspeção também colheram relatos do uso de isolamento físico

ou confinamento dentro da própria comunidade terapêutica como forma de “tratamento” ou punição por desvio de comportamento. [...] A violência física também foi apontada como prática, sobretudo em casos de tentativas de fugas, sendo relatados o uso de socos nos olhos e aquilo que os internos denominam “mata-leão” [...] (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 16).

Sobre a liberdade religiosa, o mesmo relatório constatou que esta era respeitada tão somente em quatro dos estabelecimentos visitados. Nos demais, havia a imposição de uma rotina rígida de orações, punindo-se aquele que se negasse a participar. Um dos casos relatados diz respeito a um paciente da comunidade Renascer, em São João Del Rei (MG), que teve a imagem da Nossa Senhora que carregava consigo rasgada, apenas porque “a instituição não aceitava culto a santos” (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 15).

Outro caso retratado teve lugar na comunidade terapêutica conhecida como Fazenda Vitória, em Lagoa Santa (MG), em que “internas relataram que entre as sanções recebidas em casos de ‘mau comportamento’ estava a de copiar, por inúmeras vezes, do Salmo 119 da Bíblia” (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 16).

Em catorze das vinte e oito instituições, ademais, foi possível constatar o desrespeito à diversidade de orientação sexual e identidade de gênero (CFP; MNPCT; MPF, 2018).

Outra prática verificada na maior parte das instituições foi a laborterapia, que se traduz na realização de trabalhos forçados e não remunerados, em condições análogas à escravidão, como ferramenta de disciplina. Um dos casos que mais nos chamou a atenção, pelo absurdo apresentado, diz respeito a “uma comunidade terapêutica no Rio Grande do Norte, onde internos estariam sendo utilizados como mão de obra não remunerada para a construção de uma casa de praia da proprietária do estabelecimento” (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 18).

Percebeu-se, ainda, a presença de adolescentes em onze das instituições visitadas (na maior parte dos casos, vivendo com adultos), sendo que em dois locais havia crianças e adolescentes acompanhando mães institucionalizadas. Foi identificada, de mais a mais, uma criança de onze anos internada por decisão judicial. Esses fatos violavam a Portaria n. 3.088/2011, do Ministério da Saúde, que determina que comunidades terapêuticas só podem acolher adultos (inciso II do art. 9º), além de diversos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), como o art. 94 (CFP; MNPCT; MPF, 2018).

De mais a mais, apesar de as comunidades terapêuticas se prestarem, em tese, à internação de adultos usuários de álcool e de drogas, foram identificadas situações em que as justificativas para a institucionalização diziam respeito à presença de (i) outros transtornos mentais; (ii) idade avançada de idosos; (iii) situação de morador de rua; e

(iv) “comportamentos considerados moralmente desviantes da norma, daí o registro de internações por ‘agressividade e rebeldia’ ou ‘deficiência intelectual’” (CFP; MNPCT; MPF, 2018, p. 138).

Nas palavras de Laércio Melo Martins:

Não restam dúvidas, diante da série de denúncias realizadas pelo Estado brasileiro e reconhecidas institucionalmente, inclusive pelo Ministério Público Federal, que as Comunidades Terapêuticas enquanto unidades “acolhedoras” são um engano, diante da realidade prática de inúmeras violações de direitos e garantias fundamentais, como consta dos relatórios oficiais, das pessoas ali confinadas, submetidas às situações de tortura, tratamento desumano e degradante. (MARTINS, 2020, p. 209).

Finalmente, apesar de ser obrigatória, no caso de internação involuntária (“aquela que se dá”, nos termos do artigo 6º, II da lei 10.216, “sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro”), a comunicação ao Ministério Público Estadual em até 72 horas, isso só foi atendido por duas das vinte e oito Comunidades Terapêuticas, sendo que uma delas sequer respeitou o prazo prescrito (CFP; MNPCT; MPF, 2018). A violação ao artigo 8º, §1º da lei 10.216 é prática, portanto, recorrente.

Passemos, agora, a uma breve análise sobre o Relatório de Inspeção Nacional, cujo objeto, como visto, era mais abrangente do que o do Relatório de Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas.

Segundo consta do referido documento, verificou-se a presença de violações a direitos em todas as unidades visitadas, que possuíam pelos menos uma das características asilares a seguir informadas:

[...] notamos a ausência de proposta de tratamento para a internação, tornando-a um fim em si mesma; a perpetuação de moradoras(es) no interior das instituições; a realização de intervenções sem consentimento; a violação das correspondências ou monitoramento de contatos telefônicos e a ausência de articulação com a rede extra-hospitalar para a continuidade do cuidado pós-alta. [...] insuficiência e a má qualidade de alimentação e água potável; banho frio e banheiros sem porta; indícios de apropriação indevida de recursos financeiros das pessoas internadas, entre outros. [...] impedimento da livre comunicação com familiares e entes queridos; violação da privacidade; exploração da força de trabalho das pessoas internadas;

castigos corporais, isolamento; contenção mecânica irregular e uso excessivo de medicação são algumas das violações que se destacam em ambas categorias. (CFP *et al.*, 2020, p. 501).

Tal qual verificado no Relatório analisado acima, também neste documento não se verificou o cumprimento do requisito de comunicação ao Ministério Público Estadual em até 72 horas nos casos de internações involuntárias, inclusive de longa permanência (CFP *et al.*, 2020).

Verifica-se, pois, a utilização de comunidades terapêuticas e dos hospitais psiquiátricos em termos muito parecidos com aqueles vistos na primeira parte deste artigo, ou seja, como ferramentas de segregação e isolamento social de pessoas indesejadas pela sociedade.

3.2 Caso Ximenes Lopes *versus* Brasil

O caso Ximenes Lopes *versus* Brasil teve origem na cidade de Sobral, no Ceará, após a morte de um interno com deficiência na Casa de Repouso Guararapes. O presente subcapítulo tomará por base a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2006.

Damião Ximenes Lopes fora internado em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico no referido centro de atendimento, vindo a falecer alguns dias depois, no dia 04 de outubro, aos trinta anos de idade.

Conforme se verifica no capítulo “fatos provados” da sentença em análise, Ximenes Lopes já havia sido internado em 1995 na Casa Guararapes, por dois meses, tendo regressado à sua casa com feridas nos joelhos e tornozelos, vítima, segundo dizia, de violência.

Quando, anos depois, foi internado pela última vez, ingressou na casa de repouso em questão sem lesões corporais visíveis nem sinais de hostilidade. Alguns dias após, contudo, por conta de uma crise de agressividade e de desorientação, teria entrado num banheiro do qual se recusava a sair, motivo pelo qual foi dominado e retirado à força por um auxiliar de enfermagem, com o auxílio de outros dois pacientes, ocasião na qual sofreu uma lesão no rosto, e acabou sendo contido mecanicamente e por meio de medicamentos.

Mais tarde, naquele dia, Ximenes Lopes teve novo episódio de agressividade, voltando a ser contido fisicamente até o dia seguinte. Quando, pela manhã, sua mãe chegou à casa de repouso, o encontrou com hematomas, sangrando, roupa rasgada, forte odor de excremento e as mãos amarradas para trás, tendo dificuldade para respirar e gritando por socorro à polícia.

À noite, ele foi medicado sem ter passado por quaisquer exames físicos e, depois que seu médico deixou a casa de repouso, acabou por falecer:

Nenhum médico ficou a cargo da instituição nesse momento. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999, às 11h30, na Casa de Repouso Guararapes, em circunstâncias violentas, aproximadamente duas horas depois de haver sido medicado pelo Diretor Clínico do hospital, sem ser assistido por médico algum no momento de sua morte, já que a unidade pública de saúde em que se encontrava internado para receber cuidados psiquiátricos não dispunha de nenhum médico naquele momento. Não se prestou ao senhor Damião Ximenes Lopes a assistência adequada e o paciente se encontrava, em virtude da falta de cuidados, à mercê de todo tipo de agressão e acidentes que poderiam colocar em risco sua vida. (CIDH, 2006, p. 32).

No dia 08 de novembro de 1999, então, o Ministério Público do Estado do Ceará (MP-CE) solicitou a instauração de investigação policial para esclarecer a morte de Damião. Com o término da investigação, em 27 de março de 2000, o *Parquet* instaurou uma ação perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral, pelo crime de maus-tratos seguidos de morte, contra todos os envolvidos.

Não obstante a pronta e eficaz atuação do Ministério Público (o que foi reconhecido, inclusive, pela sentença em análise), o Poder Judiciário demorou anos para julgar a causa, motivo pelo qual ela chegou ao conhecimento da Corte Interamericana, e o Estado Brasileiro foi, ao final, condenado.

O caso Ximenes Lopes revela a situação de insegurança em que muitas pessoas com deficiência ainda hoje se encontram. Revela, de mais a mais, a importância do olhar atento do *Parquet* sobre eventuais violações concretas a direitos, atuando de modo a assegurar a devida investigação do caso, que deverá ser levado, então, à apreciação pelo Poder Judiciário.

3.3 A desinstitucionalização de pacientes da região de Sorocaba (SP)

Por alguns anos, antes que o processo de desinstitucionalização de seus moradores fosse finalizado em 2018, o manicômio Vera Cruz, de Sorocaba (SP), chegou a ter o maior número de leitos conveniados ao Sistema Único de Saúde no Brasil (GARCIA, 2018, p. 65).

Depois de uma história que havia começado na década de 1920, o local, que era um dos quatro hospícios que “tornavam a região de Sorocaba nacionalmente conhecida como o maior parque manicomial do país – eram mais de 2.500 vagas (não camas) de internação” (SURJUS, 2018, p. 57), foi finalmente fechado, graças à atuação do Ministério Público.

Em 2012, foi realizado um TAC entre o MPF e MP-SP, o Governo Federal, o Estado de São Paulo, as Prefeituras Municipais de Sorocaba, Salto de Pirapora e Piedade, e sete hospitais psiquiátricos particulares de longa permanência da região de Sorocaba (São Paulo) (MPF; CFP; MNPCT, 2018).

Por meio do referido acordo, os hospitais “assumiram o compromisso de transferir todos os seus pacientes para a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) gerida pelo poder público” em até três anos. Ainda, o TAC determinou “a criação de residências terapêuticas e a concessão de benefício assistencial pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aos internos” (MPF; CFP; MNPCT, 2018, p. 44).

No artigo 3º, *caput* do documento, vem descrito seu objetivo e, no §1º, de que maneira ele deverá ser atingido:

Art. 3º - Este acordo tem por objeto a adequação da assistência aos pacientes com transtornos mentais, para fins de implementação das políticas e programas existentes no âmbito do SUS, de acordo com o estabelecido nas Leis 8.080/1990, 8.142/1990, 10.216/2001 e 10.708/2003. §1º O objeto previsto no *caput* será buscado, em especial, a partir de um processo contínuo de desinstitucionalização dos atuais pacientes moradores nos 07 (sete) hospitais psiquiátricos existentes na região de Sorocaba, no Estado de São Paulo, garantindo a integralidade da assistência terapêutica em todos os componentes da rede de atenção psicossocial, nos termos da Portaria 3.088/2011 do Ministério da Saúde (art. 7º, inciso 11, da Lei Orgânica da Saúde Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990; e arts. 9º e 10, do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011) começando, contudo, pelo Hospital Vera Cruz.

O artigo 8º traz as diretrizes para a execução do plano de ação, dentre as quais a necessidade de que o tratamento terapêutico se funde no princípio da dignidade, devendo buscar a desinstitucionalização do paciente e conseqüente reinserção social.

A desinstitucionalização dos pacientes na região de Sorocaba rendeu ao MPF, em 2014, o Prêmio Innovare, revelando a importância da sua atuação (MPF, 2014), que não se resume, é claro, a esse caso.

Diversamente, a atuação do MPF em Sorocaba é resultado da atuação de um de seus órgãos, qual seja, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que, no contexto da promulgação da Constituição Cidadã em 1988, da Lei n. 10.216/2001, da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada, no país, pelo Decreto 6.949, e internalizada com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal) e da Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015), passa a atuar com o objetivo permanente de acompanhar as políticas públicas destinadas aos indivíduos com deficiência e sua inclusão social. Inclusive, desde 2017, o referido órgão instituiu um grupo de trabalho que se dedica ao tema da saúde mental, atuando com o objetivo específico de assegurar a manutenção de políticas nacionais de saúde mental (CFP; MNPCT; MPF, 2018).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível perceber, apesar da reforma psiquiátrica ocorrida a partir da década de 80 e de sua consolidação, em âmbito nacional, pela Lei n. 10.216/2001, a segregação das pessoas com deficiência por meio de sua institucionalização ainda é prática costumaz a ser combatida.

Foucault nos mostra que mudam os tempos, mudam as vítimas, mas permanece a prática de isolar do convívio social aquelas pessoas tidas, por qualquer motivo, como indesejadas.

É preciso que rompamos com esse ciclo de segregações, e que viabilizemos a efetiva inclusão social de todas as pessoas, abraçando sua diversidade, e construindo uma sociedade mais plural, isonômica e democrática.

Nesse cenário, desde a consolidação, em nosso ordenamento jurídico constitucional, do regime de princípios estabelecido em 1988, o Ministério Público, seja em âmbito federal, seja em âmbito estadual, passa a ter, dentre suas incumbências, a de defender nossa ordem jurídica, nosso regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, proteger os interesses públicos e coletivos, e fiscalizar, nessa medida, estabelecimentos que abriguem pessoas com deficiência, eventuais violações a direitos fundamentais desses indivíduos, e zelar por sua efetiva inclusão social.

DISABILITY HISTORY, PSYCHIATRIC HOSPITALIZATION AND THE WORK OF THE PUBLIC MINISTRY IN SOME PARADIGMATIC CASES

ABSTRACT

The purpose of this article is to (i) draw a historical overview of the treatment of disabled individuals, using Michel Foucault's work as a theoretical framework; and (ii) through an exploratory and inductive methodology, analyse some cases in which the discussion regarding psychiatric institutionalization in Brazil gained space, verifying three examples of the Public Ministry's practice in that field, namely by (a) elaborating investigative reports about the situation of hospitalized people; (b) working in the case Ximenes Lopes *versus* Brazil; and (iii) elaborating an extrajudicial agreement in the municipality of Sorocaba (SP).

Keywords: Disability. Institutionalization. Foucault. Public Ministry. Psychiatric reform.

REFERÊNCIAS

ACIOLY, Yanne Angelim, **Reforma psiquiátrica: com a palavra, os usuários** (Diss. Mestr., Universidade Estadual do Ceará, 2006). Disponível em: [http://uece.br/politica-suece/dmdocuments/yanne_angelim_acioly\[1\].pdf](http://uece.br/politica-suece/dmdocuments/yanne_angelim_acioly[1].pdf). Acesso em: 09 fev. 2021.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Do modelo médico ao modelo intermediário: uma reflexão teórico-prática sobre a inclusão de pessoas com deficiência. *In*: BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; VIVAS-TESSÓN, Inmaculada. **Cruzando Fronteiras: Perspectivas Transnacionais e Interdisciplinares dos Estudos de Deficiência**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 07 fev. 2021.

_____. **Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso: 07 fev. 2021.

_____. **Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso: 28 fev. de 2021.

_____. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso: 07 fev. de 2021.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria n. 3.088 de 23 de dezembro 2011**. Disponível em:

http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html. Acesso: 07 fev. de 2021.

CEARÁ. **Lei n. 12.151 de 29 de julho de 1993**. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/trabalho-administracao-e-servico-publico/item/1445-lei-n-12-151-de-29-07-93-d-o-de-12-08-93>. Acesso: 07 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP); MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA (MNPCT); MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas**, 2018. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Relatorio-da-inspecao-nacional-em-comunidades-terapeuticas_web.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA (CFP) *et al.* **Hospitais psiquiátricos no Brasil: Relatório de Inspeção Nacional**, 2020. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Relatorio_Inspecao_HospPsiqui.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 09 fev. 2021.

DISTRITO FEDERAL. **Lei n. 975 de 12 de dezembro de 1995**. Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/Norma/48934/49222_4922_textointegral.html. Acesso: 07 maio 2021.

ENGEL, Magali Gouveia. 2001. **Os delírios da razão: médicos, loucos e hospícios** (Rio de Janeiro, 1830-1930). Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2001. Disponível em: <https://projetophronesis.files.wordpress.com/2009/08/foucault-michel-as-palavras-e-as-coisas-digitalizado.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Trad. José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

FOUCAULT, M. **O Nascimento da Clínica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1980.

FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. Trad. Salma Tannus Muchail. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

FOUCAULT, Michel. **Os Anormais: curso no Collège de France (1974-1975)**. Trad. Eduardo Brandão. 1ª ed. São Paulo, SP: WMF Martins Fontes, 2001.

GALTON, Sir Francis. **Essays in eugenics**. Londres: The Eugenics Education Society, 1909.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira. Alexandre, Presente! Sobre a banalidade do mal nos manicômios de Sorocaba. *In*: SURJUS, Luciana Togni de Lima e Silva; ROSA, Soraya Diniz (Orgs.). **Crônicas da resistência**: fechamos o Vera Cruz. São Paulo: Universidade Federal de São Paulo, 2008. Disponível em: https://unifesp.br/campus/san7/images/ppgbb/ebook_cronicas_das_resistencias.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021.

LOBO, Lígia Ferreira. **Os infames da história**: pobres, escravos e deficientes no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

MARTINS, Laércio Melo. Corpos, instituições e necropolítica: reflexões contemporâneas sobre a internação involuntária das pessoas com deficiência mental e as comunidades terapêuticas, **Teoria Jurídica Contemporânea**, UFRJ, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 189-213, jan./jun. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Teoria-Jur-Contemp_v.5_n.1.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

MENEZES Joyceane Bezerra de; MENDES Vanessa Correia. O tratamento psiquiátrico e direitos humanos: uma análise dos instrumentos de controle da internação involuntária, **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 458-481, julho/dezembro de 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/455/363>. Acesso em: 09 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm. Acesso: 07 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Termo de Ajustamento de Conduta Desinstitucionalização de Hospitais Psiquiátricos**, 2012. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude-mental/atuacao-do-mpf/tac-desinstitucionalizacao-de-hospitais-psiquiatricos-2012>. Acesso em: 09 fev. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). MPF/SP vence Prêmio Innovare com iniciativa pela desinternação e reinserção social de pacientes psiquiátricos: Termo de ajustamento de conduta firmado em 2012 resultou em medidas para garantia dos direitos das pessoas com transtornos mentais, **Jusbrasil**, 2014. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/158557231/mpf-sp-vence-premio-innovare-com-iniciativa-pela-desinternacao-e-reinsercao-social-de-pacientes-psiquiatricos>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MOREL, Benedict August. **Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine et les causes qui produisent ces variétés maladives**. Paris: Baillière, 1857.

PEREIRA, Mário Eduardo Costa. Morel e a questão da degenerescência, **Rev. Latinoam. Psicopat. Fund.**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 490-496, set. 2008. Disponível em:

<https://www.scielo.br/pdf/rlpf/v11n3/12.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A defesa dos direitos das pessoas com deficiência: atribuições do Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos de Direitos. **Revista de Políticas Públicas**, UFMA, Maranhão, v. 11, n. 1, p. 79-100, 2007. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/3790/1885>. Acesso em: 04 fev. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 9.716 de 07 de agosto de 1992**. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=15281&hTexto=&Hid_IDNorma=15281. Acesso: 07 maio 2021.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Trad. Ana Carolina Mesquita. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

SURJUS, Luciana Togni de Lima e Silva. Do lado de fora do muro: sobre o fechamento do maior hospício do Brasil. *In*: SURJUS, Luciana Togni de Lima e Silva; ROSA, Soraya Diniz (Orgs.). **Crônicas da resistência**: fechamos o Vera Cruz. São Paulo: Universidade Federal de São Paulo, 2008. Disponível em: https://unifesp.br/campus/san7/images/ppgbb/ebook_cronicas_das_resistencias.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021.



MPCE
Ministério Público
do Estado do Ceará



ESMP
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ



CEAF
CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL

Rua Assunção 1.200 - José Bonifácio, Fortaleza-CE
CEP: 60.050-011 - Fone: (85) 3452.4521 / 3433.7713
www.mpce.mp.br/institucional/esmp