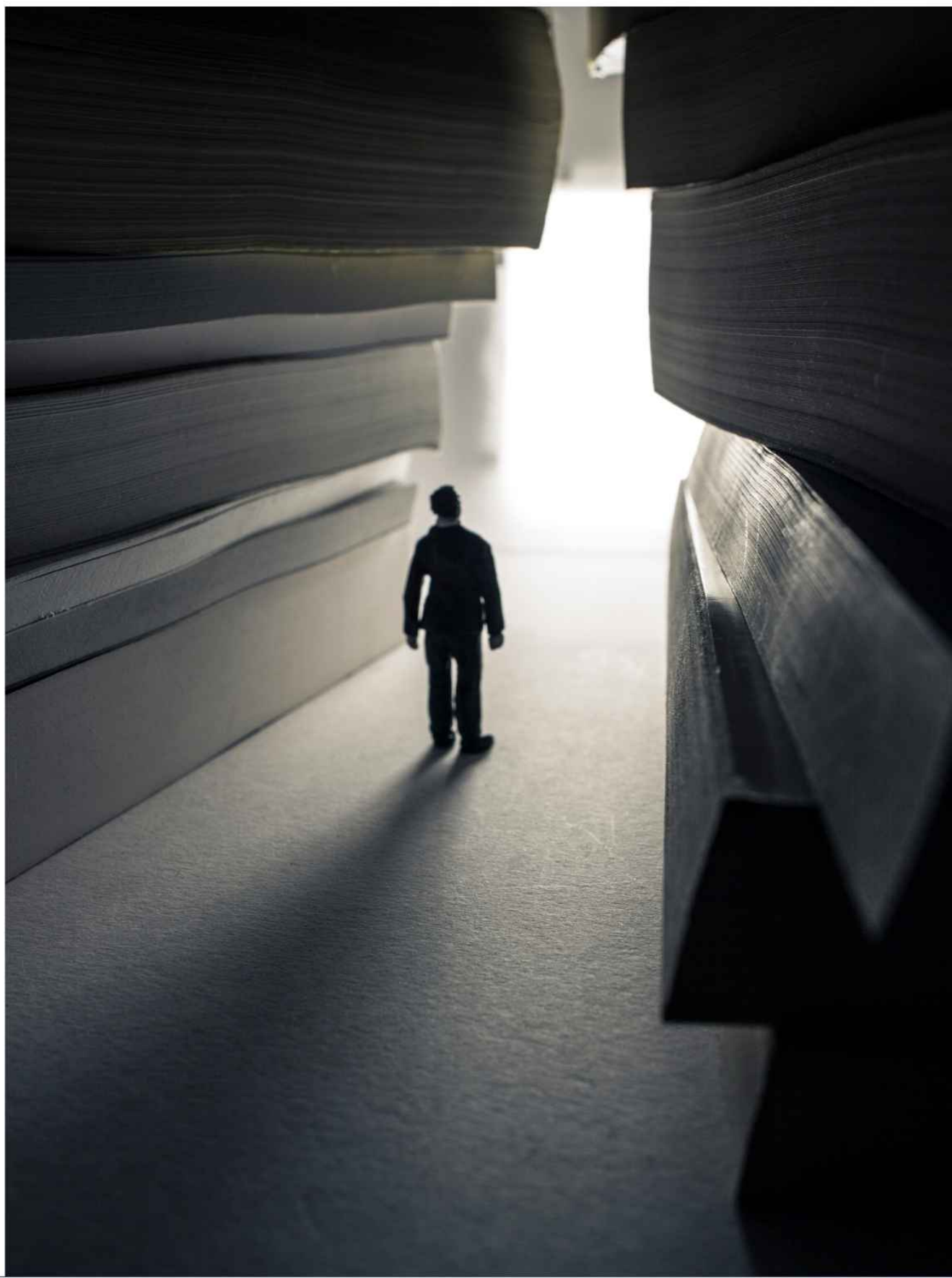


**ONDE** o conhecimento  
se encontra





**Copyright:** Editora Guedes*Jus*

Alameda Rolf Colin, nº 109, Sala 06 e 07

América, JZoinville-SC. CEP: 89204-070

CNPJ: 51.200.522/0001-78

#### **Ficha Técnica**

Gestão editorial: Thais Guedes

Edição: Kauany Dulz Silva

#### **Conselho Editorial**

Abimael Francisco de Carvalho Silva, Carlos Renê Magalhães

Mascarenhas, Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Kaiann

Barentin, Mariana Mostagi Aranda, Thais Tayane Carvalho Guedes e

Tiago Neu Jardim

#### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

---

Santa Catarina. Revista Di Fatto.

Revista Di Fatto, Vol. 1, n. 1 - Joinville-SC, 2023.

Bibliografia.

Vários colaboradores.

ISSN 2966-4527.

1. Publicações em série. Periódicos. I. Título.

CDU-05.

---

## APRESENTAÇÃO

A *Revista Di Fatto*, fundada em 1º de maio de 2023, em Joinville-SC, é uma publicação de periodicidade semestral da Editora GuedesJus. Nasceu com o propósito de ser veículo de divulgação científica e acadêmica, democratizando o acesso à publicação científica.

A revista se propõe a promover o conhecimento e o debate em múltiplas áreas do saber, proporcionando um espaço para pesquisas, artigos e ensaios de autores qualificados, abrangendo temas que refletem as demandas e as inovações da sociedade contemporânea.

Sob a coordenação de Eliézer Guedes de Oliveira Junior, Mestrando em Estudos Jurídicos pela Must University (Florida, EUA), a *Revista Di Fatto* é guiada por um compromisso com a qualidade e a seriedade acadêmica. Eliézer é especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz (2017) e atua como Procurador do Estado de Santa Catarina. Cofundador da Editora GuedesJus, possui uma ampla experiência no setor público, tendo servido no Tribunal de Contas da União (TCU), onde atuou na assessoria de Ministro da Corte por seis anos. Além disso, acumula a expressiva marca de aprovação em treze concursos públicos e é autor de livros na área jurídica.

A *Revista Di Fatto* se destina a profissionais, acadêmicos e pesquisadores interessados em acompanhar discussões aprofundadas e interdisciplinares. A cada edição, oferece um conteúdo diversificado, que inclui artigos originais, resenhas e estudos que enriquecem o diálogo científico.

Desejamos a todos uma leitura enriquecedora!

**Thais Tayane Carvalho Guedes**  
Editora Chefe

## **EXPEDIENTE**

### **Coordenação**

Eliézer Guedes de Oliveira Junior

### **Editor-chefe**

Thais Tayane Carvalho Guedes

### **Assessoria técnica**

Kauany Dulz Silva

### **Conselho Editorial**

Abimael Francisco de Carvalho Silva

Carlos Renê Magalhães Mascarenhas

Eliézer Guedes de Oliveira Junior

Kaiann Barentin

Mariana Mostagi Aranda

Thais Tayane Carvalho Guedes

Tiago Neu Jardim

### **Editora responsável**

Editora GuedesJus

Alameda Rolf Colin, nº 109, Sala 06 e 07, América, Joinville-SC. CEP: 89204-070

CNPJ: 51.200.522/0001-78

Contato: [contato@revistadifatto.com.br](mailto:contato@revistadifatto.com.br)

## **Sumário**

Impacto do Direito do Trabalho internacional na Legislação interna: análise da influência da Convenção nº 100 da OIT na Legislação Trabalhista Brasileira de igualdade remuneratória entre homens e mulheres - 6

A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas - 13

Reflexões sobre o princípio da insignificância no Direito Penal Brasileiro - 26

A Alteração do Prenome no Âmbito Cartorário e a Concretude do Direito à Dignidade Humana - 33

A discricionariedade do Delegado de Polícia na condução do inquérito policial - 38

A exploração do trabalho humano nas áreas rurais Brasileiras - 46

Administração Pública dialógica e a ressignificação do princípio da supremacia do interesse Público sobre o Privado - 62

Usuário de drogas: procedimento e natureza do delito - 68

A investigação criminal defensiva durante as apurações policiais - 75

Do regionalismo ao processo de integração econômica: um ponto de vista do direito constitucional internacional - 90

Conflitos familiares e mediação: construindo alternativas - 110

Teoria geral da prova e o sistema valorativo adotado no ordenamento Jurídico Brasileiro - 116

# **Impacto do Direito do Trabalho internacional na Legislação interna: análise da influência da Convenção nº 100 da OIT na Legislação Trabalhista Brasileira de igualdade remuneratória entre homens e mulheres**

**Eliézer Guedes de Oliveira Junior**

Mestrando em Estudos Jurídicos pela Must University (Florida - USA). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz (2017). Procurador do Estado de Santa Catarina. Cofundador da Editora GuedesJus. Anteriormente, foi servidor do TCU, atuando na assessoria de Ministro da Corte por 6 anos. Conquistou aprovação em 13 concursos públicos. Autor de livros.

## **Resumo**

O artigo explora o impacto da Convenção nº 100 da OIT na legislação trabalhista brasileira, com foco na promoção da igualdade de remuneração entre homens e mulheres. O direito do trabalho internacional tem um papel essencial em assegurar condições justas de trabalho, e a OIT, por meio de suas convenções, influencia diretamente as leis internas dos países membros. No Brasil, a ratificação da Convenção nº 100 em 1957 visou eliminar as disparidades salariais baseadas no gênero. A pesquisa tem como objetivo analisar as transformações na legislação trabalhista brasileira decorrentes dessa ratificação, observando o cenário antes e depois de sua implementação. A metodologia inclui uma revisão bibliográfica e documental das leis e normas brasileiras pertinentes, além de uma análise histórica das mudanças legislativas após a adoção da Convenção. Os resultados mostram que, apesar das reformas legais significativas, como a revogação de dispositivos discriminatórios na CLT e a inclusão de novos artigos para combater a discriminação salarial, a igualdade de remuneração ainda enfrenta desafios práticos. Persistem barreiras que impedem a plena concretização dos princípios de igualdade salarial, indicando a necessidade de um esforço contínuo em fiscalização, educação e sensibilização.

**Palavras-Chave:** Convenção nº 100 da OIT . Legislação brasileira. Impactos

## **Abstract**

*This article explores the impact of ILO Convention No. 100 on Brazilian labor legislation, focusing on the promotion of equal remuneration between men and women. International labor law plays a crucial role in ensuring fair working conditions, and the ILO, through its conventions, directly influences the internal laws of member countries. In Brazil, the ratification of Convention No. 100 in 1957 aimed to eliminate gender-based wage disparities. The research aims to analyze the transformations in Brazilian labor legislation resulting from this ratification, observing the scenario before and after its implementation. The methodology includes a bibliographic and documentary review of relevant Brazilian laws and regulations, as well as a historical analysis of legislative changes following the adoption of the Convention. The results show that despite significant legal reforms, such as the repeal of discriminatory provisions in the CLT and the inclusion of new articles to combat wage discrimination, equal remuneration still faces practical challenges. Barriers persist that prevent the full realization of the principles of equal pay, indicating the need for ongoing efforts in enforcement, education, and awareness.*

**Keywords:** ILO Convention No. 100. Brazilian legislation. Impacts

## **1. Introdução**

O direito do trabalho internacional desempenha um papel crucial na promoção de condições de trabalho justas e equitativas em nível global. Instituições, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabelecem convenções e recomendações que visam garantir direitos fundamentais aos trabalhadores, independentemente da nacionalidade. Isso acaba proporcionando impacto no direito interno das nações, pela necessidade de adequá-lo ao modelo internacional. No Brasil, um exemplo de como isso ocorreu se deu com a Convenção nº 100, adotada pela OIT em 1951, que busca a promoção da igualdade de remuneração entre homens e mulheres por trabalho de igual valor.

A relevância deste tema é inquestionável, pois a igualdade de remuneração não só representa uma questão de justiça social, mas também desempenha um papel crucial no desenvolvimento econômico sustentável e na promoção do bem-estar das famílias. A persistência de disparidades salariais entre homens e mulheres perpetua desigualdades sociais, limita o potencial econômico das mulheres e prejudica a coesão social.

O objetivo deste artigo é analisar as mudanças na legislação trabalhista brasileira supervenientes à ratificação da Convenção nº 100 da OIT, destacando as condições antes e depois de sua internalização.

A metodologia adotada para este estudo inclui uma revisão bibliográfica e documental das leis e normas brasileiras relacionadas à igualdade de remuneração, além de uma análise histórica das transformações legislativas ocorridas após a ratificação da Convenção nº 100.

O artigo está estruturado em três partes principais. Na primeira parte, será feita uma breve análise sobre os principais pontos da Convenção nº 100 da OIT. Na segunda parte, será apresentado o contexto histórico e legal antes da ratificação da referida convenção. Por fim, na terceira serão detalhadas as principais alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que reforçam a igualdade salarial, supervenientes à convenção. A conclusão refletirá sobre os avanços alcançados e os desafios persistentes.

## **2. Convenção nº100 da OIT**

### **2.1. Breve análise**

A Convenção nº 100 da OIT tem por objetivo a promoção da igualdade de oportunidades e remuneração no emprego e na profissão sem discriminação em razão do sexo. Foi adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 34ª sessão, em 29 de junho de 1951, e entrou em vigor, internacionalmente, em 23 de maio de 1953 (Decreto Legislativo nº 24, 1956). Foi ratificada pelo Brasil em 1957 (Decreto nº 41.721, 1957).

Composta por 14 artigos, a convenção se firma em duas premissas: igualdade de remuneração e trabalho de igual valor. A primeira é entendida como “salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou ‘in natura’ pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último” (art. 1º, al. a). A segunda (igual valor) é verificada a partir de uma avaliação objetiva dos empregados sobre a base dos trabalhos que eles comportam (art. 3º, 1).

O certo da carta é impedir a distinção salarial por pura e simples questão de gênero. Como explica seu artigo 3º, as variações que refletem diferenças resultantes de uma avaliação objetiva do trabalho não devem ser vistas como violação dos princípios de igualdade de remuneração entre homens e mulheres por trabalho de igual valor.

O objetivo da convenção é buscado por meio de edição, pelos estados-membros, de atos normativos que estabeleçam claramente a igualdade salarial, além de revisar e melhorar a legislação existente, prevenindo e reprimindo práticas discriminatórias. Deve-se implementar sistemas objetivos e transparentes para avaliar o valor do trabalho, capacitando profissionais de recursos humanos e gestores para aplicar esses sistemas de forma justa.

Além da atualização legislativa, naturalmente mostra-se necessário a promoção da negociação coletiva e do diálogo social, bem como campanhas de conscientização e educação sobre a importância da igualdade de remuneração. Essas medidas, quando implementadas de forma eficaz, ajudam a criar um ambiente de trabalho mais justo e a garantir que todos os trabalhadores recebam remuneração igual por trabalho de igual valor. Iremos nos ater, todavia, ao campo normativo, que é o objetivo deste estudo.

## **2.2. Contexto histórico e legal da legislação brasileira pré-ratificação**

Mostra-se necessário compreender o espelho normativo vigente quando da ratificação da Convenção nº 100 da OIT pelo Brasil, em 1957.

As Constituições Federais de 1934 e 1946 trouxeram proibição expressa de distinção salarial em razão do sexo, como esclarece Gomes, E. B., & Moro, F. (2013). Assim também a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vigente desde 1943.

CF/46, Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:



II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, **sexo**, nacionalidade ou estado civil; (grifo nosso)

CLT, Art. 5º. A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, **sem distinção de sexo**. (grifos nossos)

Art. 461 – Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, **sem distinção de sexo**, nacionalidade ou idade. (grifos nossos)

1º – Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

De uma primeira leitura, a legislação parece sinalizar, há muito tempo, a proibição de discriminação remuneratória em razão do sexo. Todavia, paralelo a isso, a CLT previa dispositivos com o intuito de “proteção ao trabalho da mulher”, exigindo atestados médicos para a prestação de determinados serviços e até mesmo viabilizando a rescisão do contrato por iniciativa do marido (arts. 374/375, 378 a 380, 387 e 446 da CLT, por exemplo), como alerta Delgado (2019).

Por outro lado, para Alvarenga (2021), a Convenção nº 100 da OIT constituiu o primeiro instrumento com força obrigatória na promoção da igualdade entre homens e mulheres no trabalho.

### **2.3. Alterações na legislação brasileira pós-ratificação**

A Convenção nº 100 da OIT foi internalizada num contexto legislativo em que já existia proibição de tratamento discriminatório em razão do sexo tanto em âmbito constitucional quanto legal no Brasil. Mas subsistiam barreiras legislativas que dificultavam, indiretamente, a concretização desse ideal.

Em 1989, a Lei 7.855/89 revogou os arts. 375 e 446 da CLT, que, respectivamente, impedia as mulheres de realizarem horas extras e possibilitava a rescisão contratual por iniciativa do marido.

Posteriormente, a Lei 9.029/95 elevou à categoria de ilícito penal a prática de discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho em razão do sexo.

Mais à frente, a Lei 9.799/99 incluiu o art. 373-A na CLT, que veicula vedações de práticas concretas que fomentam a discriminação salarial, a saber:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades

estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.”

Para Gomes, E. B., & Moro, F. (2013), ao analisar os impactos da convenção em exame, os avanços na legislação brasileira foram mínimos. A crítica é corroborada por Rodrigues (2023), o qual informa que, conforme estudo especial feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgado em março de 2021, a desigualdade salarial persistiria, com rendimento médio feminino equivalente a 77,7% do rendimento do masculino.

### **3. Considerações Finais**

A análise das alterações legislativas no Brasil após a ratificação da Convenção nº 100 da OIT revela avanços significativos em direção à igualdade de remuneração entre homens e mulheres. A introdução e a atualização de leis, como a revogação de dispositivos discriminatórios na CLT e a tipificação penal, demonstram o empenho do Brasil em alinhar sua legislação às normas internacionais e promover um ambiente de trabalho mais justo.

No entanto, apesar dos avanços legislativos, a implementação plena da igualdade salarial ainda enfrenta desafios. A continuidade da luta pela igualdade salarial exige mais do que reformas legais: um esforço conjunto de fiscalização efetiva, educação e sensibilização para garantir que os princípios estabelecidos sejam concretamente aplicados e respeitados no cotidiano das relações de trabalho.

#### 4. Referências Bibliográficas

ALVARENGA, R. (2021). **A Convenção 100 da OIT: Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor**. *Revista de Direito do Trabalho*, 220.

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/revista-de-direito-do-trabalho-220-12-2021/2078735515>. Acesso em: 26 de julho de 2024.

CLT. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 26 de julho de 2024.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 26 de julho de 2024.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 26 de julho de 2024.

Decreto Legislativo nº 24, de 1956. Disponível em: [https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_100.html](https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_100.html). Acesso em: 26 de julho de 2024.

Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11, 12, 13, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d41721.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d41721.html). Acesso em: 26 de julho de 2024.

**Delgado, M. G.** (2019). *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores* (18. ed.). São Paulo: LTr.

Gomes, E. B., & Moro, F. (2013). **Direitos sociais e discriminação de gênero: Uma análise acerca das Convenções nº 100 e 111 da OIT e sua aplicabilidade no Brasil**. *Revista Brasileira*

*de Direitos Fundamentais & Justiça*, 7(24), 134-152.

Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm). Acesso em: 26 de julho de 2024.

Rodrigues, F. A. (2023). **Barreiras à efetivação da igualdade salarial de gênero no Brasil.** *Revista Estudos Feministas*, 31, e82532.

# **A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas**

**José Francisco Russo Walter**

Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2017). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (2022).

## **Resumo**

O presente artigo científico tem como objeto o estudo da atuação do Ministério Público no processo de implementação de políticas públicas. Como ponto de partida, buscar-se-á a definição de políticas públicas e a caracterização do processo para sua elaboração – ciclo de políticas públicas. Após, será feita a análise da possibilidade da intervenção do Ministério Público em cada uma das fases do ciclo de política pública, com a exposição dos instrumentos existentes para sua concretização.

**Palavras-Chave:** Políticas públicas. Ciclos de políticas públicas. Ministério Público.

## ***Abstract***

*This scientific article aims to study the role of the Public Prosecutor's Office in the process of implementing public policies. As a starting point, it will seek to define public policies and characterize the process of their development—the public policy cycle. Following this, an analysis will be conducted on the possibility of the Public Prosecutor's Office intervening at each stage of the public policy cycle, with an exposition of the instruments available for this purpose.*

**Keywords:** Public Policies. Public Policy Cycles. Public Prosecutor's Office.

## **1. INTRODUÇÃO**

O intuito do presente artigo científico é analisar a atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas consagradas no texto constitucional, com o objetivo de proteger a vida humana digna e dar concretude aos direitos fundamentais, tendo em vista o Estado de Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

Ademais, pela complexidade do tema e das limitações encontradas na atuação judicial perante à discricionariedade administrativa, será utilizado o ciclo de formação de políticas públicas (SECCHI, 2012), simplificando a estrutura de uma política pública e evidenciando a possibilidade de atuação ministerial em cada uma das suas fases.

O ponto de partida é a conceituação de política pública como obrigação estatal e, a partir de estudos bibliográficos pelo método qualitativo, buscar-se-á apontar qual a atuação do Ministério Público dentre as suas finalidades institucionais.

Por fim, para além do objetivo de esclarecer sobre a atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas, serão apontados instrumentos para que a observância de seus fins constitucionais seja garantida.

## **2. CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.**

A teoria geral dos direitos fundamentais passou por diversas fases evolutivas marcadas por características próprias. No regime constitucional vigente, em resposta aos acontecimentos experimentados durante o regime antidemocrático, passou-se a prever uma extensa gama de direitos, de natureza exemplificativa, de aplicabilidade imediata. Em uma visão neoconstitucional, em que é característica a força normativa da Constituição, supera-se a ideia anterior da natureza programática dos princípios.

Outrossim, ao passo que o cidadão comum descobre as diversas previsões de direitos que lhe apadrinham e almeja pela implementação, em decorrência do Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil, surge denominada cultura de direitos (VITORELLI, 2022).

A implementação destes direitos dá-se por meio de políticas públicas.

O termo políticas públicas é equívoco e dotado de diversos conceitos segundo a doutrina especializada. Para os fins do presente artigo científico, conforme SMANIO (2013), políticas públicas são definidas “como o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado”.

As políticas públicas são meios de consecução do próprio fim estatal. Em outras palavras, os meios próprios utilizados pelo Estado para o cumprimento de suas finalidades inerentes, com a participação dos mais diversos atores.

Em que pese a extensa previsão de direitos fundamentais inerentes à vida humana digna, o Estado, por vezes, não os consagra, ante às limitações por ele experimentadas, especialmente pela finitude orçamentária.

É neste contexto que o ciclo de políticas públicas como processo de elaboração de políticas públicas (SECCHI, 2012) ganha importância. Há necessidade de os atores estatais (aqueles responsáveis pela consagração do interesse público no exercício da atividade constitucionalmente lhes confiada) intervirem para a consagração dos direitos constitucionalmente previstos, por meio de políticas públicas, desde a identificação do problema até a sua solução.

Neste contexto, o Ministério Público, instituição essencial ao funcionamento da justiça, incumbido constitucionalmente pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e de direitos sociais e individuais indisponíveis, tem atuação destacada.

A função constitucional de destaque conferida ao Ministério Público permite que o intérprete identifique verdadeira cláusula pétrea heterotópica, eis que tem por intuito a preservação do interesse público e a garantia de direitos, em especial os fundamentais, conferindo legitimidade à instituição para atuar ativamente no tema referente às políticas públicas.

### **3. CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O processo de elaboração de políticas públicas – ou ciclo de políticas públicas – consiste em “esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes” (SECCHI, 2012, p. 33). Em se constatando a existência de um problema, pela violação ou não implementação de 4 um direito fundamental, portanto, é necessária a intervenção coordenada e dialogada dos atores estatais para a sua mais solução.

É de se ver que o conceito de ciclo de políticas públicas apresentado por SECCHI (2012) faz interessante distinção do processo de elaboração em sete momentos: identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação; e, extinção.

Em que pese não serem fases estanques na realidade fática, tendo em vista a dinamicidade inerente à implementação das políticas públicas, o conceito de cada ciclo tem pertinência metodológica, para o correto entendimento sobre a complexidade do processo.

Passa-se, então, a fim de simplificar a complexidade de uma política pública, à análise de cada fase distinta do seu ciclo de formação.

Tentar-se-á também identificar possível atuação do Ministério Público, na proteção de direitos, em cada uma das fases do ciclo de formação das políticas públicas.

#### **3.1. Identificação do problema**

A identificação do problema, como fase inaugural do processo, consiste na discrepância entre a realidade fática sobre determinada questão relacionada a um direito fundamental e o que se almeja como realidade pública (SECCHI, 2012).

Os atores estatais constatarem uma situação de desconformidade entre os fatos atuais e uma situação ideal possível, que reclama providência do Estado para a devida consagração de direitos fundamentais.

Ressalta-se que a esta situação de desconformidade perante a realidade fática como problema público nem sempre é reflexo de desorganização ou deterioração. Ele pode surgir por fatores outros

como a melhora de uma situação semelhante em contexto diverso, a valorização de novos ideais pela coletividade, a percepção de quadros sociais importantes antes ignorados, ou ainda ganhar relevância repentina (SECCHI, 2012).

Neste contexto, é imperiosa a atuação proativa dos atores estatais para realizar um diálogo institucional com a coletividade, percebendo a existência de um problema, para a sua adequada delimitação e avaliação sobre a possibilidade de resolução.

Identificado o problema público, em havendo comunhão entre as possibilidades estatais e a vontade dos atores políticos, passará a constar da lista de prioridades de atuação do Estado – a agenda.

Já nesta fase inicial do ciclo de política pública a atuação do Ministério Público é imperiosa, tendo em vista que a vontade da coletividade em relação à resolução de determinado problema público não é respeitada, ou até mesmo considerada, na definição da lista de prioridades de atuação dos atores estatais, relevando problemas que já foram identificados.

A atuação do Ministério Público neste contexto identificará a existência de problemática na consagração dos direitos que lhe incumbe a defesa e buscará, junto aos atores estatais em verdadeiro diálogo institucional, a inclusão na lista das prioridades a serem solucionadas.

Após este primeiro passo, passa-se à análise da formação da agenda no ciclo das políticas públicas.

### **3.2. Formação da agenda**

A agenda é a consolidação dos problemas públicos identificados em uma lista de prioridades a serem atendidas pelo poder estatal. É etapa essencial para a resolução do problema constatado, posto que não há perspectiva de alteração do panorama fático de desconformidade identificado sem a eleição do problema como prioridade do Estado, inclusive para fins de previsão orçamentária.

Na verdade, a agenda aqui tratada se aproxima do aspecto formal, que vai além da agenda política como “conjunto de problemas ou temas que a comunidade política percebe como merecedor de intervenção pública, mas consiste na “agenda institucional (...) que elenca problemas ou temas que o poder público já decidiu por enfrentar (SECCHI, 2012, p.36).

Certo é que nesta fase deve haver mútua assistência entre os atores políticos, em um diálogo institucional, para que sejam feitas as melhores escolhas entre quais problemas devem ser privilegiados em detrimento de outros.

Neste contexto de discricionariedade na eleição das prioridades estatais quanto aos problemas identificados podem surgir embates entre a vontade dos atores estatais e a previsão de direitos



fundamentais mínimos a serem respeitados.

Sobre o embate MIRELLA MONTEIRO (2021) faz pertinente apontamento:

[n]essa fase, é relevante refletirmos sobre o quanto a previsão constitucional dos direitos sociais influencia a formação da agenda. Em outras palavras, se, havendo previsão constitucional dos referidos direitos, o poder público será obrigado a elaborar políticas públicas para concretizá-lo, independentemente de considerar como uma prioridade do seu governo.

A Constituição Federal de 1988 traz direitos e garantias fundamentais mínimos a serem respeitados pelos poderes públicos, que vinculam a atividade administrativa, na sua concretização. Não são meros programas ou ideais, mas direitos fundamentais a serem respeitados pelo Estado, pautando a sua atuação e criando dever de respeito.

Nesta linha discorre MIRELLA MONTEIRO (2021):

[p]ortanto, observa-se que as referidas normas constitucionais criam a obrigatoriedade de ser realizado um programa que garantam os direitos previstos, ou seja, impõem dever não só para a atividade legiferante, mas também para a atuação do executivo na implementação de políticas públicas que sejam eficazes.

Há, então, um embate entre a discricionariedade dos poderes públicos na eleição de suas prioridades na formação da agenda e os direitos fundamentais, em especial os de ordem social, mínimos a serem concretizados.

É neste aspecto que, somada à facilitação do acesso à jurisdição estatal e a consciência cidadã da sujeição de direitos (VITORELLI, 2022), permite-se a tutela jurisdicional, diante da ausência de acordo entre a vontade do Estado e a normatividade dos direitos constitucionalmente previstos.

O Ministério Público, neste panorama, tem sua atuação fundada na defesa dos seus objetivos constitucionais, na busca da consagração de direitos, como porta voz da vontade social.

De um lado está o Poder Judiciário chamado para a resolução do embate, com o dever de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo e sua implementação adequada conforme os ditames constitucionais, mas devendo respeitar as escolhas do administrador público em respeito à separação dos poderes. De outro estão os atores políticos que, sabendo de seus limites – principalmente de natureza financeira – não devem ter sua discricionariedade afetada, em respeito à independência entre os poderes.

A questão é delicada e de difícil solução, tendo em vista que valores constitucionais sensíveis e essenciais ao Estado Democrático de Direito são colocados em rota de colisão.

Além de prever sobre os direitos fundamentais e sua aplicação imediata, o texto constitucional traz dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a separação entre os poderes,

que são independentes e harmônicos entre si. Contudo, esta separação dos poderes prevista constitucionalmente não é absoluta, sendo certo que vigora o sistema de freios e contrapesos em que cada um dos poderes pode exercer fiscalização sobre o outro, em respeito ao Estado Democrático de Direito, a fim de se evitar possível sobreposição ou autoritarismo de cada um deles.

De fato, parece ser possível a reclamação perante o Poder Judiciário sobre a consagração de direitos constitucionalmente previstos e não implementados pela Administração Pública, mas questiona-se qual o limite desta ingerência, conforme bem explicita GRINOVER (2013, [n.p.]):

[h]á um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto, que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa, é a restrição à garantia do mínimo existencial. Constituem limites à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública (GRINOVER, 2013).

Sabe-se que para a consecução dos fins estatais, o administrador público tem sua atividade pautada na legalidade e na discricionariedade. Neste sentido, atua com conveniência e oportunidade dentro dos limites impostos pela lei para atingir os seus objetivos.

Os conceitos democráticos e basilares do Estado passam a se confundir.

Enquanto os indivíduos possuem direitos consagrados constitucionalmente que devem ter a sua aplicação direta, a Administração Pública deve atuar dentro da legalidade e com discricionariedade para a consecução dos fins estatais, tendo a garantia de não ingerência direta de outros poderes em sua atividade fim, com fundamento na separação dos poderes e o Poder Judiciário tem a função precípua de resguardar a norma constitucional.

Na ambição de conciliação destes institutos democráticos, o poder público terá maior liberdade de atuação apenas após a consagração dos direitos e garantias fundamentais mínimos. Até então a discricionariedade ficará restrita no modo de consagração da política pública, mas não em sua alocação ou não na agenda.

Neste sentido MIRELLA MONTEIRO (2021):

a CF vincula as prioridades da agenda pública enquanto não estiverem efetivamente garantidos todos os direitos sociais correspondentes ao mínimo existencial, conceituado como as “condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.

E também Celso de Mello em decisão monocrática na ADPF 45 MC/DF, importante paradigma jurisprudencial sobre o tema:

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se

afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial [...] (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.185.474 – SC (2010/0048628-4, Rel. MINISTRO HUMBERTO MARTINS).

A meta central das constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estabelecem-se exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir (grifos nossos) (STF, ADPF 45 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004).

Nesta fase, a atuação do Ministério Público denota relevância singular, vez que pode tanto exigir, por meio de mecanismos constitucionais e legais, a intervenção judicial para que o direito carente de defesa seja previsto em seu viés mínimo nas prioridades dos atores políticos, bem como atuar de maneira resolutiva junto ao Estado a fim de fazer constar na agenda os patamares mínimos de direitos.

### **3.3. Formulação de alternativas**

Com a inclusão do problema público na lista de prioridades estatais, o ideal é a constatação dos objetivos a serem alcançados. Realizada esta primeira tarefa, devem ser definidos os meios adequados, analisadas as estratégias, inclusive com a previsão das possíveis consequências, para a solução esperada (SECCHI, 2012).

Neste ponto é de relevante destaque, também, a necessidade da realização de um diálogo institucional entre os atores políticos responsáveis e a participação de especialistas e técnicos, sem afastar a possibilidade de participação da coletividade por meio de audiências públicas. Busca-se maior legitimidade e assertividade na solução dos problemas públicos.

Outrossim, SECCHI (2012) afirma que a formulação das alternativas possíveis podem ter como base uma projeção (análise prognóstica), predições (tentativa de prever as consequências de cada alternativa por um trabalho teórico-dedutivo) ou conjecturas (juízo de valor baseado na intuição dos atores responsáveis). “Projeções, predições e conjecturas são utilizadas para conseguir melhor aproximação dos acontecimentos do futuro por meio de um caminho menos adivinhatório ou baseado na sorte” (SECCHI, 2012, p. 39).

Denota-se, então, a importância desta etapa do ciclo de formação de políticas públicas, com a análise concreta do problema público frente às alternativas pensadas em meio às técnicas disponíveis, para a maior eficácia da medida, afastando as soluções possíveis baseadas em mero senso comum ou “achismo” (MONTEIRO, 2021).

A atuação do Ministério Público nesta fase será pautada no necessário diálogo institucional com os órgãos estatais responsáveis pela política pública, para uma análise conjunta da viabilidade das alternativas aferidas para a consecução finalística de resolver o problema.

### 3.4. Tomada de decisão

É a fase em que a política pública elaborada para a solução do problema objeto de estudos e das tratativas pelos atores políticos será efetivamente criada. Nesta fase, os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas” (SECCHI, 2012, p. 40).

Ressalta-se que a tomada de decisão é fase importante do processo de elaboração e concretização de uma política pública, vez que deve considerara a totalidade das informações disponíveis e alocá-las de uma forma possível a se permitir concretizar o planejamento, sob pena de frustrar os resultados esperados, conforme ensina SECCHI:

[f]requentemente, após serem tomadas as decisões, as políticas públicas não se concretizam conforme idealizadas no momento do planejamento, seja por falta de habilidade administrativo-organizacional, seja por falta de legitimidade da decisão ou pela presença de interesses antagônicos entre aqueles que interferem na implementação da política pública (SECCHI, 2012, p. 42).

Assim, evidencia a tomada de decisão fase complexa do processo de elaboração e implantação de uma política pública, posto que envolve processos de caráters diversos, inclusive orçamentários (MONTEIRO, 2021), dependentes de expertise dos atores públicos responsáveis, com o risco de condenar o projeto elaborado para solucionar o problema público.

Nesta fase a atuação no Ministério Público é salutar, todavia, da mesma forma que na etapa anterior, parecer estar mitigada ao exame da adequação e necessidade da medida aventada frente ao problema apresentado.

### 3.5. Implementação

A fase de implementação do processo de elaboração de uma política pública é aquela que dá concretude a todas as análises e decisões tomadas nas demais fases antecedentes. É uma “fase em que todo o planejamento, estudos, negociações e decisões são colocados em prática e a política ‘sai do papel’” (MONTEIRO, 2021, p.51).

Ademais, é na fase de implementação que, notadamente, restam evidenciados os equívocos do processo de elaboração da política pública, que, se não observados e superados, obstaculizarão a devida solução do problema constatado. Sobre o tema:

[a] importância de estudar a fase de implementação está na possibilidade de visualizar, por meio de instrumentos analíticos mais estruturados, os obstáculos e as falhas que costumam acometer essa fase do processo nas diversas áreas de política pública (saúde, educação, habitação, saneamento, políticas de gestão, etc). Mais do que isso, estudar a fase de implementação também significa visualizar erros anteriores à tomada de decisão, a fim de detectar problemas mal formulados, objetivos mal traçados, otimismo exagerados (SECCHI, 2012, p. 45).

Outrossim, pela possibilidade do surgimento de novos problemas durante todo o processo de implantação é que se faz necessária uma atuação direta e próxima dos implementadores da política pública (MONTEIRO, 2021).

Dessa forma, o sucesso da fase de implementação de uma política pública depende tanto de boas escolhas tomadas nas fases anteriores como a atuação próxima dos atores políticos aos atos concretos de implantação, acompanhando o surgimento de obstáculos antes impensados e, se necessário, apresentando alternativas para sua superação.

Frise-se que a atuação do Ministério Público durante a implementação da política pública assim como pensada e desenhada pelos atores políticos tem por objetivo a fiscalização do cumprimento da decisão tomada pelos atores estatais, garantindo o cumprimento de sua finalidade. A fiscalização permite a identificação célere de novos problemas que comumente podem surgir durante a execução de uma política pública, permitindo alterações precisas no plano para garantir da melhor forma o direito aventado.

### **3.6. Avaliação**

A fase de avaliação da implementação de uma política pública tem por fim constatar se o planejamento traçado para a resolução do problema público está correspondendo no plano fático. Indaga-se se o problema antes percebido está sendo mitigado ou resolvido da forma como planejada.

Para esta análise fática do atingimento dos objetivos esperados “não pode levar em consideração apenas aspectos jurídicos, como a legalidade e eficiência administrativa, mas também a eficácia e a menor utilização dos recursos públicos” (MONTEIRO, 2021, p. 54).

Neste sentido, SECCHI (2012) aponta que dentre os critérios para a avaliação de uma política pública são imperiosos a eficiência administrativa e eficácia. A eficiência administrativa corresponde à conformação da execução com aquilo que foi prescrito, enquanto a eficácia aprecia o nível de alcance dos objetivos e metas estabelecidos (SECCHI, 2012, p. 50).

Assim, como todas as outras fases do ciclo de política pública, a avaliação tem finalidade precípua na análise da adequação dos meios escolhidos quando postos em uma realidade fática, por meio de critérios específicos que demonstrarão a pertinência ou não das formas utilizadas para a correção do problema público. Também a atuação do Ministério Público estará pautada em atividade precipuamente fiscalizatória, assim como na etapa anterior.

### **3.7. Extinção**

Etapa derradeira do ciclo das políticas públicas. Ocorre por diferentes hipóteses como: a resolução do problema pretendido, a ineficácia da política pública formulada, a perda da importância do problema e sua exclusão da agenda (SECCHI, 2012).

Interessante destacar, conforme ensina SECCHI (2012), que, havendo sucesso de uma política pública, será institucionalizada e permanecerá nos quadros do Estado mesmo com a resolução do problema originário.

Neste contexto, a atuação do Ministério Público denota importância na aferição de atingimento da finalidade esperada e a adequada consagração do direito.

Por fim, o ciclo de políticas públicas é importante diretriz para a implementação de soluções necessárias aos problemas públicos constatados. Apesar de algumas das fases que o compõem parecerem se confundir na realidade fática, são interdependentes e balizam a atuação dos atores políticos, a fim de uma forma organizada e racional buscar as melhores alternativas.

#### **4. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

A Constituição Federal de 1988 tratou do Ministério Público em seção especial, no capítulo atinente às funções essenciais à justiça, enaltecendo sua importância no atual sistema de justiça.

O legislador constituinte originário definiu o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em verdade, pela mera leitura dos dispositivos constitucionais sobre o assunto, nota-se que o Ministério Público assume papel de prestígio no sistema de justiça, superando a ideia anterior difundida coletivamente sobre sua função meramente acusatória e de atuação especial em expedientes de natureza criminal.

O Ministério Público tem função de zelar por institutos constitucionais sensíveis e os direitos dele decorrentes.

A essencialidade das atribuições conferidas ao Ministério Público é confirmada por entendimento da doutrina especializada e dos tribunais superiores sobre o caráter de ser a instituição cláusula pétrea heterotópica e direito fundamental dos indivíduos (MAZZILLI, 2014, p. 118).

Outrossim, ao conferir ao Ministério Público a função institucional de defender e garantir direitos de natureza individual ou coletivos, notadamente os sociais, a Constituição Federal conferiu legitimidade para sua atuação além da mera tutela judicial.

O Ministério Público deixa de ser meramente demandista e passa a ter atuação pautada na resolutividade dos conflitos. Demandista é característica tradicional da instituição pautada na busca da obediência irrestrita aos dispositivos normativos em caso de desconformidade, com a propositura de demandas para a resolução dos conflitos. Por sua vez, a característica do Ministério Público resolutivo, sem deixar a necessária obediência à lei, tem por ideal a solução dos conflitos por meios outros, pautados no diálogo institucional e meios concertados, buscando maior eficiência e celeridade nas respostas, evitando-se o irrestrito socorro ao Poder Judiciário (GOULART, 1998).

Deste contexto é que se extrai a legitimidade do Ministério Público para defesa e garantia de direitos constitucionalmente previstos em favor dos indivíduos, sendo a necessidade de previsão de instrumentos facilitadores desta atuação imperiosa.

Para além da concepção tradicional da propositura de ações perante o Poder Judiciário, o Ministério Público conta com instrumentos outros facilitadores de sua atuação resolutiva.

Neste contexto, note-se que para além dos instrumentos previstos na legislação ordinária federal, há também legislação estadual específica (notadamente àquela que regulamenta os Ministérios Públicos estaduais), bem como atos normativos diversos, vez que o Conselho Nacional do Ministério Público e as próprias instituições estaduais têm competência para regulamentar a matéria em questão. Decorre da teoria dos poderes implícitos em que a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

A título de exemplo, são instrumentos comumente utilizados pelo Ministério Público em sua atuação finalística para além das ações judiciais: procedimento preparatório para inquérito civil, inquérito civil, acordos, recomendações, e ainda procedimentos administrativos, dentre outros.

Neste ínterim é de destaque o papel tomado pelos procedimentos administrativos, em especial quanto à possibilidade de sua utilização como instrumento de acompanhamento da implantação das políticas públicas. Outrossim, consagrando a sobredita teoria dos poderes implícitos, a Resolução 174, de 04 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público que disciplina a tramitação de instrumentos no âmbito do Ministério Público, define o procedimento administrativo como instrumento próprio da atividade-fim institucional, dentre os quais acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições.

A própria natureza procedimental administrativa do instrumento em conceito se afasta da característica inquisitorial dos inquéritos instaurados para apuração de condutas ilícitas, sendo que a sua função principal é acompanhar e fiscalizar as atividades que envolvam dos fins institucionais, em especial o respeito ao interesse público.

O procedimento administrativo é instrumento essencial e adequado para pautar a atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas, sem afastar a possibilidade da utilização de outros a depender da casuística apresentada.

Certo é que, a depender do grau de implementação de determinada política, a atuação do Ministério Público deverá ser ativa em um diálogo institucional para iniciar a discussão acerca de um problema, suas alternativas e alocação na agenda, ou seja, nas primeiras fases do ciclo de políticas públicas, com os atores estatais, sem afastar a possibilidade da propositura de demanda judicial.

Após superadas as fases iniciais, em que determinada política pública já teve sua devida importância reconhecida, o procedimento administrativo passa a ser o instrumento central da implementação. É por sua utilização que será verificada a idoneidade dos meios até então empregados na implementação da política pública conforme anteriormente pensada, possibilitando a readequação de institutos em caso de descompasso finalístico, garantindo maior assertividade.

Portanto, a utilização do instrumento do procedimento administrativo possibilita uma atividade do Ministério Público preventiva, garantindo maior eficiência, eficácia e efetividade na implementação da política pública, para uma melhor gestão dos fatores, solução de problemas e garantindo melhores resultados.

## **5. CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, conclui-se que as políticas públicas são meios essenciais para a consecução dos fins estatais constitucionalmente previstos, notadamente para a garantia de direitos sociais de natureza fundamental.

A atuação do Ministério Público neste contexto é festejada, posto que a instituição tem por finalidade constitucional a garantia do interesse público, inclusive, contrapondo-se aos interesses diversos dos agentes estatais, se necessário para a defesa dos anseios sociais e a consagração de seus direitos.

Pela complexidade da matéria, em que pese a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em atuação demandista do Ministério Público, sem que seja aventada a impossibilidade de intervenção na discricionariedade administrativa, tendo em vista a natureza dos direitos sociais mínimos, prefere-se a atuação extrajudicial junto aos agentes estatais, em vista de melhores resultados.

A utilização do ciclo de políticas públicas é referencial facilitador das atividades dos agentes estatais, pois divide em fases a problemática, garantindo melhor percepção das necessidades, busca por soluções e melhores resultados na implementação.



O Ministério Público atua de forma mais ou menos ativa em cada uma das fases do ciclo de políticas públicas, a depender da necessidade apresentada no caso concreto, realizando diálogo institucional com os agentes estatais na busca de melhores resultados e diálogo com a sociedade para garantir legitimidade a democrática. Para tanto utiliza-se dos meios previstos nos atos normativos diversos existentes no ordenamento jurídico nacional, em especial dos que pautam uma atuação resolutiva, como recomendação, acordo e procedimento administrativo de acompanhamento.

Portanto, o Ministério Público é instituição de presença essencial no processo de implementação de políticas públicas, facilitado pela sua divisão em fases do ciclo, com a possibilidade da utilização de instrumentos diversos para garantir os melhores resultados na concretização dos direitos fundamentais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Vitorelli, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. 3 edição. São Paulo: Editora Juspodvm, 2022.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Curso de direitos humanos. 7 edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

# Reflexões sobre o princípio da insignificância no Direito Penal Brasileiro

**Márcio José da Silva Freitas**

Pós-graduado em direito público; formado em licenciatura em geografia, Atualmente sou Oficial de Justiça

## Resumo

O artigo explora o Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro, um conceito que visa excluir da esfera criminal condutas de impacto irrelevante ou sem risco significativo à sociedade. Inicialmente, o texto contextualiza a relevância teórica do princípio como limitador da atuação estatal, assegurando que condutas sem relevância material não sejam objeto de punição. Em seguida, o estudo examina o desenvolvimento e os critérios de aplicação do princípio estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como a mínima ofensividade e a inexpressividade da lesão ao bem jurídico. O artigo também discute a jurisprudência recente e as divergências nos tribunais superiores quanto à aplicação desse princípio, refletindo sobre casos específicos e suas consequências para a política criminal brasileira.

**Palavras-Chave:** penal. insignificância. tipicidade

## Abstract

*The article explores the Principle of Insignificance in Brazilian Criminal Law, a concept intended to exclude from the criminal sphere conduct that has negligible impact or poses no significant risk to society. Initially, the text contextualizes the theoretical relevance of the principle as a limit on state action, ensuring that conduct with no material relevance is not subject to punishment. The study then examines the development and application criteria established by the Supreme Federal Court (STF), such as minimal offensiveness and the insignificance of harm to the legal interest. The article also discusses recent case law and the divergences in higher courts regarding the application of this principle, reflecting on specific cases and their consequences for Brazilian criminal policy.*

**Keywords:** Criminal. Insignificance. Typicity

## 1. INTRODUÇÃO

O Princípio da insignificância, conhecido por tratar de casos de pouca ou nenhuma relevância, tem chegado a mais alta corte do país. É um tema bastante relevante tanto para os aplicadores do direito, quanto para os cidadãos que eventualmente ocupem a posição de réus.

Considerar algo insignificante é apreciar o seu valor de maneira menos intensa. Isso é a justificativa teórica que embasa o funcionamento da máquina estatal para garanti-lo (princípio da insignificância); não mais subsistindo, ele é excluído do sistema jurídico.

Um fato interessante no presente estudo foi notado, pois durante a pesquisa realizada, constatou-se que para ser apreciado e aplicado, o princípio da insignificância deverá estar sob ótica dos Tribunais Superiores, geralmente na forma de *Habeas Corpus*, pois os juízes de primeiro grau têm encontrado

dificuldade e resistência para reconhecer e aplicar a tese da bagatela.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. Princípios como normas jurídicas**

Qualquer ramo do direito fundamenta-se em determinados princípios, como elementos essenciais e diretores em sua maioria jurisdicizados, seja em nível constitucional, seja não constitucional.

Sobre o tema Luiz Regis Prado afirma o seguinte:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limites à responsabilidade penal<sup>[1]</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico, mais precisamente no Artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, encontramos a fundamentação para sua aplicação no sistema judicial, vejamos:

Art. 5º, §2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O Artigo 4º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro também aborda o mesmo tema:

Art. 4º – Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Assim, podemos concluir que os princípios são ensinamentos jurídicos essenciais em nosso sistema judicial, pois além de serem compostos de valores de uma cultura sócio jurídica coletiva, servem de base às outras normas jurídicas quando aplicadas na solução de casos concretos.

### **2.2. Princípio da insignificância no Direito Penal**

De início, é necessário pontuar que na esteira do princípio da lesividade, a tipicidade desdobra-se em formal e material, vale dizer, embora uma conduta possa se subsumir a um tipo penal, não necessariamente ela terá o condão de ofender um bem jurídico.

Nesse sentido, Carlos Vico Mañas ensina o seguinte:

“Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal”.

No que tange ao aspecto histórico, independentemente se sua origem, o princípio da insignificância tem forte aplicação jurídica nos dias atuais, pois através de sua origem e evolução, seu teor foi moldando, se tornando um princípio penal muito importante.

Contudo, nas palavras de CAPEZ, o princípio da insignificância é:

(...)originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna política criminal<sup>[2]</sup>.

## 2.3. Natureza jurídica

É certo que o crime de bagatela não se encontra previsão expressa na legislação penal brasileira, sendo a sua essência de construção doutrinária e jurisprudencial, que tem delimitado as condutas tidas como insignificantes, sob a ótica do caráter de *ultima ratio* inerente ao Direito Penal. Assim, não deve esse ramo das ciências jurídicas se ocupar de condutas dotadas de mínimo desvalor e que, portanto, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade do tecido social.

Cuida-se de causa de exclusão da tipicidade (material) da conduta. O fato atípico não é ilícito penal, podendo, contudo, constituir um ilícito de outra natureza, seja ela civil, administrativa, ou mesmo ser objeto de tutela por outros controles formais e sociais eficazes.

Assim, o Princípio da Insignificância permite excluir a tipicidade da conduta penalmente insignificante alcançada pela abrangência abstrata do tipo penal, porquanto desprovidas de reprovabilidade. É fundamentado em valores de política criminal, evitando uma punição excessiva.

## 2.4. Requisitos de aplicabilidade pelo STF

A jurisprudência tem reconhecido em diversos julgados o princípio da insignificância, conforme o caso amolde-se nos seguintes requisitos objetivos:

1. a) **Conduta minimamente ofensiva do agente**— este requisito não trata do dano sofrido pela vítima, o que importa essencialmente é saber o grau de ofensividade da conduta cometida pelo agente, pouco importando a lesão no determinado momento. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado
2. b) **Ausência de risco social da ação**— deverá ser verificada a ausência de periculosidade social da ação, sendo analisada a conduta do agente e sua eventual descriminalização na sociedade.

**c)Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento-** o comportamento do agente deve ser considerado inexpressível diante da mínima caracterização da aceitação de sua conduta, de modo que seus atos sejam suscetíveis de compreensão e de não reprovabilidade.

**d)Inexpressividade da lesão jurídica–** Em análise ao último requisito para a concessão da aplicação do princípio bagatelar, está à inexpressividade da lesão jurídica provocada, onde, para que haja seu reconhecimento, este não deverá ofender ao interesse jurídico tutelado.

É necessário pontuar que para parcela da doutrina, esses requisitos fixados pelo STF carecem de densidade normativa, vale dizer, são conceitos abstratos que são facilmente substituíveis uns pelos outros.

Ainda vale destacar que o exame do seu preenchimento demanda não só de requisitos objetivos, mas também subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais. Ou seja, enquanto os requisitos objetivos dizem respeito ao fato, os subjetivos, ao agente e à vítima do que em tese é descrito como crime/contravenção penal.

Nesse ponto de requisitos subjetivos, saliente-se que o STJ tem posição firme no sentido de que simples existência de maus antecedentes penais, sem a devida e criteriosa verificação da natureza desses atos pretéritos, não pode servir de barreira automática para a invocação do princípio bagatelar.

É indubitoso que a doutrina exerce importante papel ao estudar certo instituto jurídico, sendo, inclusive, considerada fonte do direito penal. Por outro lado, quanto aos efeitos práticos, é a jurisprudência que com suas decisões revela-se importante. Portanto, abordaremos a seguir os julgados mais recentes abordando a matéria.

### **3. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS RECENTES**

A fim de não cansar o leitor, as informações sobre número e data de publicação dos julgados ficará na nota de rodapé.

É inviável a aplicação do princípio da insignificância ao furto praticado quando, para além do valor da res furtiva exceder o limite de 10% do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos, o **acusado é multirreincidente**, ostentando diversas condenações anteriores por crimes contra o patrimônio<sup>[3]</sup>.

A multirreincidência específica somada ao fato de o acusado estar em prisão domiciliar durante as reiterações criminosas são circunstâncias que inviabilizam a aplicação do princípio da

insignificância<sup>[4]</sup>.

É possível a aplicação do princípio da insignificância para o agente que praticou o furto de um carrinho de mão avaliado em R\$ 20,00 (3% do salário-mínimo), mesmo ele possuindo antecedentes criminais por crimes patrimoniais<sup>[5]</sup>

A despeito da presença de qualificadora no crime de furto possa, à primeira vista, impedir o reconhecimento da atipicidade material da conduta, a análise conjunta das circunstâncias pode demonstrar a ausência de lesividade do fato imputado, recomendando a aplicação do princípio da insignificância<sup>[6]</sup>.

Por fim um tema controverso e que demanda solução em virtude do impacto que causa na sociedade é se a posse de ínfima quantidade para consumo próprio, aplica-se o princípio da insignificância. O STF e o STJ divergem<sup>[7]</sup>.

#### **4. CONCLUSÃO**

Conforme o estudo realizado, observa-se que a raiz da ideia de insignificância, remonta desde a época do direito romano.

Diante a construção histórica do princípio da insignificância, verificou-se que a doutrina buscou restabelecer a legitimidade do Direito Penal, fazendo com que ele deixe de se preocupar com questões irrelevantes ou socialmente aceitas, de forma a evitar que essas condutas não sejam objetos do Direito Penal.

Viu-se também, que já foram determinados critérios de aplicação do Princípio da Insignificância, a fim de se padronizar perante o cenário jurisprudencial, já tendo o Supremo Tribunal Federal estabelecido os requisitos indispensáveis, que irão determinar a possibilidade de seu reconhecimento, ou não, sendo eles: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Analizou-se no decorrer do artigo, entendimentos recentes jurisprudenciais sobre esse tema, inclusive que em muitos tópicos a divergência nos Tribunais Superiores.

#### **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS**

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. v1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2018

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 3.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. v.1. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro:** v1. parte geral: arts. 1ª a 120, 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1994

[1] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro:* v1. parte geral: arts. 1ª a 120, 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[2] CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal:* parte geral. v1. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29.

[3] Processo sob segredo de justiça. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 14/11/2022, DJe 22/11/2022

[4] STJ. 6ª Turma. REsp 1.957.218-MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 23/08/2022 (Info 746).

[5] STF. 1ª Turma. RHC 174784/MS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 11/2/2020 (Info 966).

[6] STJ. 5ª Turma. HC 553.872-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 11/02/2020 (Info 665).

[7] STJ. 6ª Turma. RHC 35920 -DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014. Info 541.

STJ. 5ª Turma. HC 377.737, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16/03/2017.

STJ. 6ª Turma. AgRg-RHC 147.158, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/5/2021

STF. 1ª Turma. HC 110475, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012.

STF. 2ª Turma. HC 202883 AgR, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/09/2021.



# A Alteração do Prenome no Âmbito Cartorário e a Concretude do Direito à Dignidade Humana

**Katia Gomes de Almeida Braga**

Tabeliã e Oficial Titular de Cartório Extrajudicial na Comarca de Ilhéus/Ba, graduada em direito em 2009 pela Fadipa, Ipatinga/MG, pós-graduada pela PUC-MG em 2012 e pela Signorelli em 2013 e Mestre pela UFSB em 2022

## Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as alterações legislativa da Lei 14.382/23, o qual prevê a possibilidade da alteração do prenome no âmbito cartorário, bem como sua influência nos princípios da imutabilidade do nome e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um tema relevante e atual com reflexos teóricos e práticos na sociedade, face a necessita da ponderação dos princípios regentes, bem como, as recentes alterações da Lei de Registros Públicos e jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema.

**Palavras-Chave:** Direito da Personalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Imutabilidade do nome

## Abstract

*The purpose of this article is to analyze the legislative changes introduced by Law 14,382/23, which allows for the alteration of first names in the notary system, as well as its influence on the principles of name immutability and human dignity. This is a relevant and current topic with both theoretical and practical implications for society, given the need to balance governing principles alongside recent changes in the Public Records Law and the jurisprudence of Higher Courts on the subject.*

**Keywords:** *Personality Rights. Human Dignity. Name Immutability*

## 1. INTRODUÇÃO

O nome é atribuído inerente ao ser humano e direito fundamental da personalidade, nos termos do artigo 16 do Código Civil, “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido nome e sobrenome”. É através do nome que o ser humano consegue se situar na sociedade e se individualizar, seja na família, no trabalho, na sociedade, e, até mesmo quando o indivíduo descumpre normas essencial à convivência em sociedade, e, é preso, ele mantém seu direito de ser tratado por seu nome, como descrito no artigo 41, XI, da Lei de Execução Penal, “Art. 41 – Constituem direitos do preso: (...)XI – chamamento nominal(...)”. O Professor Rubens Limongi França, define o nome como:

“O nome, de modo geral, é elemento indispensável ao próprio conhecimento, porquanto é em torno dele que a mente agrupa uma série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos, o que permite a sua rápida caracterização e o seu relacionamento com os demais.”

Nessa seara, o nome é direito fundamental e essencial a vida em sociedade, por isso, com a modernização social, as normas legais em relação ao direito ao prenome vem sofrendo

transformações, seja na esfera jurisprudencial dos tribunais superiores, seja na esfera legislativa, sendo uma das alterações mais significativa foram apresentadas pela Lei 14.382/2023, o qual trataremos neste artigo.

## **2. AS ALTERAÇÕES DA LEI DE REGISTRO CIVIL E SEUS REFLEXOS SOCIAIS**

As regras concernente ao nome das pessoas naturais são descritas na Lei 6.015/73, o qual no seu texto original definia o prenome como imutável, em seu artigo 59: “O prenome será imutável”. Tal dispositivo passou por várias alterações, chegando a seguinte redação:

**Art. 58.** O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios. (Redação dada pela Lei nº 9.708, de 1998).

Em que pese o termo “imutável” foi retirado do texto legal, a doutrina majoritária entendia que no Brasil vigorava o princípio da imutabilidade relativa do prenome da pessoa natural, isso porque a Lei 6.015/73 trazia um rol restrito no qual era permitida sua alteração. Entre as hipóteses no qual a Lei de Registro Público permitia a alteração do prenome podemos elencar: a) Prenomes suscetíveis de expor ao ridículo o seu portador; b) Acréscimo de apelido públicos e notório ao prenome; c) no primeiro ano, após ter atingido a maioridade civil, desde que não prejudicasse os apelidos de família; d) para proteção de vítimas e testemunhas, decorrente da colaboração com a apuração de crime. Em relação os acréscimos de apelidos e notórios ao prenome, em que pese a antiga lei falasse em substituição, era pacífico na jurisprudência que tratava se hipóteses de acréscimo do apelido ao nome. Isso porque o sistema registral se submete ao princípio da legalidade, sendo limitado pelas disposições de ordem pública, devendo a possibilidade de alteração do nome deve ser interpretada de forma restritiva, sendo permitido o acréscimo do apelido público e notório ao nome, desde que se preservem o prenome e o apelido de família. Esse era o entendimento jurisprudencial prevalente. Vale-se ressaltar que todas essas possibilidades que a Lei 6.015/73 autorizava a mudança do prenome, era necessário a instauração de um processo judicial ou administrativo, a depender da hipóteses, o qual tramitava junto ao Juiz Corregedor da comarca, Juiz de Registros Públicos, e, se favorável era emitido mandado de averbação ao oficial de registro competente para cumprimento, procedimento que em regra durava, aproximadamente, um ano ou mais. Além dessas poucas alterações permitidas pela Lei de Registro Públicos, outras poucas exceções à imutabilidade do prenome eram regidas por outras legislações e jurisprudência dos Tribunais Superiores, como por exemplo, a tradução de nome estrangeiro; a adoção, a do prenome pelo uso prolongado e constante, e, recentemente, a do prenome por pessoas trans. Como visto, a própria jurisprudência foi flexibilizando o princípio da imutabilidade, face a necessidade de ponderar o princípio da legalidade e da segurança jurídica com o princípio de dignidade, do direito ao nome e a realidade social, como na Tese de Repercussão Geral, nº 761:

1 – O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo para tanto nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa.

2 – Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”.

3 – Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

4 – Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos.

Ciente que não existe direitos absolutos no direito brasileiro, mesmo quando se tratar de direitos fundamentais, a jurisprudência dos tribunais superiores se declinaram na proteção ao direito ao nome, a identidade social e dignidade da pessoa, criando meios seguros para que fossem realizados a alteração no prenome na esfera extrajudicial, adotando um procedimento de forma mais celebre, eficaz, mas, também resguardando a segurança jurídica e a direitos de terceiros, conforme previsto no Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça. No mesmo sentido, a Lei 14.382/2022 trouxe em seu artigo 56 importantíssima possibilidade de alteração do prenome:

**Art. 56.** A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico. (Redação dada pela Lei nº 14.382, de 2022) (grifo nosso)

§ 1º A alteração imotivada de prenome poderá ser feita na via extrajudicial apenas 1 (uma) vez, e sua desconstituição dependerá de sentença judicial. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 2º A averbação de alteração de prenome conterà, obrigatoriamente, o prenome anterior, os números de documento de identidade, de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, de passaporte e de título de eleitor do registrado, dados esses que deverão constar expressamente de todas as certidões solicitadas. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 3º Finalizado o procedimento de alteração no assento, o ofício de registro civil de pessoas naturais no qual se processou a alteração, a expensas do requerente, comunicará o ato oficialmente aos órgãos expedidores do documento de identidade, do CPF e do passaporte, bem como ao Tribunal Superior Eleitoral, preferencialmente por meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

§ 4º Se suspeitar de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação quanto à real intenção da pessoa requerente, o oficial de registro civil fundamentadamente recusará a retificação. (Incluído pela Lei nº 14.382, de 2022)

Essa alteração legislativa visa acompanhar a modernização e os anseios sociais, possibilitando que o maior capaz realize à alteração do seu prenome de forma imotivada e célere, requerendo a averbação diretamente ao oficial de registro competente, podendo fazê-lo de qualquer local do país, que desde se dirija ao registrada do cartório local, que enviará ao oficial competente por meio eletrônico. Visando assim, dá concretude ao direito ao nome e à dignidade da pessoa humana, uma vez que o registrado não precisa justificar o motivo da mudança, podendo altera-lo, seja que porque não gosta do seu nome, porque não se identifica com ele ou simplesmente porque deseja mudar totalmente sua vida e recomeçar com um novo nome. Além do mais, a alteração faz parte das ferramentas de “desjudicialização” implementado no Brasil, nos últimos anos, os quais visam dar

meios alternativos de solução de conflitos, ao mesmo tempo que diminuem o tempo de espera das partes e custos do processos, o que também influi na esfera da dignidade da pessoa humana, pois ao mesmo tempo que economia tempo e custos, permite que as partes possam utilizar desse tempo e dinheiro em atividade de sua livre escolha, resultando numa melhor qualidade de vida. Ao mesmo tempo a referida lei, como anteriormente, continuou resguardando a segurança jurídica e interesse de terceiros, uma vez que padroniza o procedimento, prevendo que só poderá ocorrer de forma imotivada e no extrajudicial, uma única vez, bem como determina que tais alterações deverão constar como averbação no próprio corpo da certidão de nascimento e/ou casamento, evitando assim fraudes e prejuízos a terceiros. Com as referidas alterações legislativa, conforme ensinamentos da a professora Martha El Debs, o direito brasileiro passou a adotar “o princípio da definitividade (e não mais da imutabilidade) do nome e com ele consagram-se diversas hipóteses de alteração do nome civil (...). Atendeu-se, pois, a adequação plena do instituto à realidade social”.

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nesses termos, o direito brasileiro visou adequar a realidade legislativa à realidade social, permitindo que a pessoa maior capaz faça, por uma única vez, a alteração do seu prenome de forma injustificada e diretamente no cartório de registro civil de onde reside. Os resultados práticos da alteração da Lei 14.382, publicada em junho de 2022, foram excepcionais e com apenas um ano de vigência, mais de 10 (dez) mil pessoas alteraram o nome (nome e prenome), o que reflete real anseio da sociedade pela flexibilização e a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, a atual Lei de Registros Públicos efetiva à concretude do fundamento do Estado Democrático Brasileiro, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, bem como, dá maior efetivação ao direito de personalidade e ao nome, visando o bem maior que é a busca da felicidade pelo ser humano.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília de 1988. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 out. 2023. BRASIL. LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973. Brasília de 1988. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 29 out. 2023. CENEVIVA, Walter. “Lei de Registro Públicos Comentada” – 18ª edição. Direito à alteração do nome e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-possibilidade-de-alteracao-do-nome>. Acesso em: 28 out. 2023. EL DEBS, Martha. Legislação notarial e de registros públicos comentada, 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2023, p. 302. FRANÇA, Limongi. Do nome civil das pessoas naturais.

São Paulo: RT, 1958, p. 22 Um ano após publicação de nova lei, 10,9 mil brasileiros mudaram nome em cartório. Disponível em : <https://ibdfam.org.br/noticias/11067#:~:text=Home,Um%20ano%20ap%C3%B3s%20publica%C3%A7%C3%A3o%20de%20nova%20lei%2C%2010%2C9%20mil,brasileiros%20mudaram%20nome%20em%20cart%C3%B3rio&text=Desde%20que%20a%20Lei%2014.382,Paulo>. Acesso em: 29 out. 2023.

# A discricionariedade do Delegado de Polícia na condução do inquérito policial

**Suélen Lima Casé**

Pós graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Tiradentes, Brasil (2013). Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2011). Tomou posse no cargo de Técnico Judiciário, em agosto de 2010, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Atualmente exerce a função de Assessora de Magistrado I, no mesmo Tribunal.

## Resumo

O artigo analisa, à luz do disposto na legislação e na doutrina, as discussões acerca da liberdade de atuação da autoridade policial na condução do procedimento investigativo.

**Palavras-Chave:** Discricionariedade. Autoridade policial. Inquérito policial

## Abstract

*The article analyzes, in light of the provisions in legislation and doctrine, the discussions surrounding the freedom of police authority in conducting investigative procedures.*

**Keywords:** Discretion. Police Authority. Police Inquiry

## 1. INTRODUÇÃO

O inquérito policial (IP) exhibe-se como procedimento administrativo inquisitório e preparatório, disciplinado no Código de Processo Penal (CPP), especificamente entre os artigos 4.º e 23, e conduzido pela autoridade policial, sendo a principal – mas não única – forma de investigação criminal existente no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, dispõe o artigo 4.º do CPP, in verbis:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Acerca da definição de polícia judiciária, Lima<sup>[1]</sup> (2020, p. 177) esclarece:

Polícia Judiciária: cuida-se de função de caráter repressivo, auxiliando o Poder Judiciário. Sua atuação ocorre depois da prática de uma infração penal e tem como objetivo precípuo colher elementos de informação relativos à materialidade e à autoria do delito, propiciando que o titular da ação penal possa dar início à persecução penal em juízo. Nessa linha, dispõe o art. 4º, caput, do CPP, que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Nesse diapasão, complementa Alves<sup>[2]</sup> (2023, p.237):

É a polícia judiciária o órgão responsável pela presidência do inquérito policial, consoante dispõe o artigo 4º, caput, do CPP, embora ela possa ser acompanhada de perto pelo Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial (artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal), função esta que não resulta em qualquer submissão hierárquica. Ademais, as funções das polícias judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado (artigo 2º, caput, da lei 12.830/13).

Ainda nessa ordem de ideias, cumpre trazer a disposição constitucional, in verbis:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Conforme o texto constitucional, o inquérito policial é instaurado pela polícia judiciária, sendo, no âmbito estadual, a polícia civil, ao passo que, no âmbito federal, é a polícia federal que, de forma repressiva, ou seja, após o cometimento do crime, vai apurar a existência do fato (materialidade), as circunstâncias em que ocorreu e a sua autoria (indícios suficientes de autoria).

Especificamente quanto à definição do inquérito policial, este consiste em “um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.” (LIMA<sup>[3]</sup>, 2020, p. 175)

À luz de seu objetivo precípuo, tem-se que o inquérito policial é um procedimento de natureza instrumental, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. Conquanto não seja a única forma de se obter tais elementos, é a principal. Neste particular aspecto, oportuno o registro de que ao Ministério Público, legitimado único para a propositura da ação penal pública incondicionada, conforme a redação do artigo 129 da Constituição Federal, é conferido o exercício de poderes investigatórios sem que isso venha a configurar uma nulidade/ilegalidade/parcialidade do parquet para a consequente ação penal, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 5104.

## **2. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL**

No que se refere às suas características mais relevantes, tem-se: ser presidido por órgão oficial do Estado (oficialidade) e por autoridade pública (autoritariedade), e, nos crimes de ação penal pública incondicionada, trata-se de procedimento oficioso, ou seja, a autoridade policial tem o dever de

proceder à apuração do fato criminoso de ofício.

É um procedimento transitório, ou seja, tem prazo para a sua conclusão, devendo estar submetido a tempo razoável para a sua conclusão. Outrossim, deve ser, predominantemente, escrito, conforme o artigo 9.º do Código de Processo Penal – no que pese essa característica ir de encontro ao avanço tecnológico em que os processos são virtuais, pessoas são ouvidas através de aplicativos que captam áudio e vídeo e permitem uma maior fidedignidade aos fatos que presenciaram ou que tomaram conhecimento.

O inquérito policial é indisponível, não cabendo ao delegado de polícia o arquivamento do procedimento em caso de não indiciamento, conforme redação do artigo 17 do Código de Processo Penal.

É sigiloso – apesar de a publicidade ser regra nos procedimentos administrativos, o inquérito policial não está acessível ao público em geral – a teor do o artigo 20 do CPP que diz, in verbis, que “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Cabe dizer que tal sigilo não impedirá o acesso amplo aos autos pelo defensor do investigado, entendimento fundamentado na Súmula vinculante número 14 do Supremo Tribunal Federal que diz:

**Súmula vinculante n.º 14 – É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.**

A citada súmula vinculante tem ligação direta com o exercício da defesa no procedimento investigativo, exibindo, sobretudo a necessidade do direito a informação e ao conhecimento da razão da investigação e a sua finalidade.

Outra característica do inquérito policial a ser aqui citada é a sua dispensabilidade. A doutrina majoritária considera o inquérito policial dispensável pois ele tem como função principal o preenchimento da justa causa para a ação penal e como existem outras maneiras dessa justa causa ser preenchida, o inquérito seria, por pura lógica, dispensável se outra investigação alcançasse a mesma finalidade. Doutrina minoritária, no entanto, entende que, com base na redação legal, percebe-se que o inquérito policial seria, em regra, indispensável, sobretudo no que tange aos crimes de ação pública incondicionada, e, excepcionalmente, dispensável, conforme a redação do artigo 39, §5.º, do CPP, ao afirmar que o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a apresentação do ofendido forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal. (ALVES<sup>[4]</sup>, 2023, p. 255-256)



Para além das características já citadas, o inquérito policial é um procedimento inquisitivo por excelência, ou seja, em que não há contraditório e ampla defesa, em razão da necessidade de se garantir agilidade investigativa. Nas lições de Lima<sup>[5]</sup> (2020, p.189):

(...) cuida-se, a investigação preliminar, de mero procedimento de natureza administrativa, com caráter instrumental, e não de processo judicial ou administrativo. Dessa fase pré-processual não resulta a aplicação de uma sanção, destinando-se tão somente a fornecer elementos para que o titular da ação penal possa dar início ao processo penal. Logo, ante a impossibilidade de aplicação de uma sanção como resultado imediato das investigações criminais, como ocorre, por exemplo, em um processo administrativo disciplinar, não se pode exigir a observância do contraditório e da ampla defesa nesse momento inicial da persecução penal. (Grifou-se)

Alves<sup>[6]</sup> (2023, p. 246) reforça:

Não há imputação, muito menos partes no inquérito, daí porque a investigação resta concentrada em poder unicamente do delegado de polícia, sem que o Ministério Público e o investigado participem ativamente da colheita dos elementos informativos. Por consequência, em regra, não é possível que o magistrado, ao final da ação penal, profira sentença condenatória com fundamento no material produzido ao longo do inquérito.

Grosso modo, o contraditório e ampla defesa revelam-se na capacidade do acusado (não do investigado) rebater os argumentos, teorias e provas que lhe foram apontados e de influir no julgamento do processo, demonstrando que, dentre outras linhas defensivas, não é o responsável pelo resultado criminoso. Isso não encontra guarida no procedimento inquisitório, pois nele não há a possibilidade de se opor aos elementos informativos colhidos, como também não há capacidade de influir na decisão final, sendo ao delegado conferida, com exclusividade, a atribuição de indiciamento, podendo, se assim entender, sugerir o arquivamento.

Tal circunstância, no entanto, não significa que não seja possível que o investigado se comporte de maneira ativa na investigação. Conforme o artigo 14 do Código de Processo Penal, é franqueado ao investigado requerer à autoridade policial a realização de diligências, o qual pode realizá-la ou não, in verbis:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

Aqui se revela a discricionariedade que rege o inquérito policial.

### **3. A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE NA CONDUÇÃO DOS TRABALHOS INVESTIGATIVOS**

Segundo Alves<sup>[7]</sup> (2023, p.256-257):

Invocando a concepção clássica do Direito Administrativo, que rege a maioria dos atos realizados ao longo do inquérito policial, as diligências investigatórias somente serão realizadas a depender do juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo presidente da investigação, o delegado de polícia.

Nessa ordem de ideias, oportuno esclarecer que no inquérito policial são produzidos ou colhidos elementos de informação e não provas, pois, como já adiantado, não há o exercício do contraditório e da ampla defesa (o IP é inquisitivo), ao contrário do que ocorre no processo penal. Essa distinção é fruto do próprio Código de Processo Penal, in verbis:

Artigo 155. 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.

Acerca dos elementos informativos, leciona Lima<sup>[8]</sup> (2020, p. 176):

(...) são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da opinião delicti do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397) (...)

Outrossim, é por tal razão que deve ser conferida liberdade à autoridade policial na condução da investigação, sem que se deva obedecer uma inflexível ordem preestabelecida. É certo que, para o devido sucesso da investigação, a atuação policial não pode estar vinculada a rígidos ritos que determinem a condução dos trabalhos.

No ponto, pertinentes as palavras de Lima<sup>[9]</sup> (2020, p.175):

(...) o inquérito policial não obedecer a uma ordem legal rígida para a realização dos atos, isso não lhe retira a característica de procedimento, já que o legislador estabelece uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão. Por sua própria natureza, o procedimento do inquérito policial deve ser flexível. Não há falar, em sede de investigação policial, em obediência a uma ordem predeterminada, rígida, o que não infirma sua natureza de procedimento, já que o procedimento pode seguir tanto um esquema rígido quanto flexível. (Grifou-se)

O exercício de um juízo de conveniência e oportunidade na condução dos trabalhos investigativos assume lugar de importância na elucidação dos fatos. Isto porque as investigações mais exitosas costumam ser aquelas baseadas na expertise de quem preside o inquérito policial, ou seja, da Autoridade Policial. À guisa de exemplo, cabe citar a realização de diligência policial ou de cumprimento de mandado de busca e apreensão em dia e horário corretos, a permitir a apreensão de uma maior quantidade de drogas ou armas; ou uma ligação interceptada em que o investigado relata qual foi a dinâmica, motivação e autoria do crime.

Nessa linha de intelecção, Marques<sup>[10]</sup> (1965, p.156-157) afirma: “À polícia judiciária deve ser dado um amplo campo de liberdade de ação, limitado tão só pelas sanções aos atos ilegais que seus agentes praticarem”. No mesmo sentido, Tourinho Filho<sup>[11]</sup> (1990, p.188) pondera:

Uma vez instaurado o inquérito, a Autoridade Policial o conduz à sua causa finalis (que é o esclarecimento do fato e da respectiva autoria), sem que deva obedecer a uma sequência previamente traçada em lei. Ora, o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir-se o contraditório, a imposição da sigilação e a não-intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos

A compreensão de conveniência e oportunidade é emprestada do direito administrativo ao tratar de atos discricionários. Ensina Carvalho<sup>[12]</sup> (2023, p. 128):

No poder discricionário, o administrador também está subordinado à lei, porém, há situações nas quais o próprio texto legal confere margem de opção ao administrador e este tem o encargo de identificar, diante do caso concreto, a solução mais adequada. Nesses casos, o texto legal confere poder de escolha do agente para atuar com liberdade, exercendo o juízo de conveniência e oportunidade dentro dos limites impostos pela lei, na busca pelo interesse público.

Com lastro na discricionariedade, a autoridade policial está autorizada a determinar quando e onde os atos serão realizados, o que influirá no resultado da investigação. Em reforço, o art. 2.º, §2.º, da Lei n.º 12.830/2013 estatuiu: “Durante a investigação, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos”. Poderá, outrossim, negar as diligências requeridas pelo investigado. Reitere-se, no entanto, que a despeito da liberdade conferida à autoridade policial na condução da investigação, esta sempre deverá observar os princípios e regras, tanto de ordem interna quanto internacional, norteadores do estado democrático de direito.

A despeito do Código de Processo Penal ter elencado diligências que poderão/deverão ser tomadas pela autoridade policial, no uso de sua conveniência e oportunidade, especialmente entre os artigos 4.º e 23, com a finalidade de preencher a justa causa da futura ação penal, há, entanto, nas palavras de Alves<sup>[13]</sup> (2023, p.257), uma exceção:

Há de se lembrar, porém, que o requerimento de realização de exame de corpo de delito, se o crime deixar vestígios, não pode ser indeferido pela autoridade policial, afinal de contas o artigo 158, caput, do Código de Processo Penal exige a sua confecção para a demonstração da materialidade do crime desta natureza. Nessa direção, o artigo 184 do CPP estatui que “salvo caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará perícia pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”. A imposição deste elemento informativo também é extraída do teor do artigo 6º, inciso VII, do CPP. Se o delegado indevidamente denegar o requerimento de realização de exame de corpo de delito, é possível invocar, por analogia, o disposto no artigo 5º, §2º, do CPP, para garantir ao requerente a impugnação deste ato por alternativa para que o ofendido ou investigado encaminhe o seu pleito ao Ministério Público, o qual, por sua vez, requisitará ao delegado a realização do exame, com base no artigo 13, inciso II, do CPP. Esse dispositivo legal acaba permitindo que a mesma providência de requisição do exame possa ser adotada pelo juiz, mas entendemos que, no contexto do sistema acusatório e em favor da imparcialidade do magistrado, tal opção não mais deve subsistir.

Percebe-se que a autoridade policial tem limite de atuação, guiando-se pelas imposições legais, respeitando os direitos fundamentais e individuais, requerendo decisões judiciais quando a matéria investigativa estiver sujeita à reserva de jurisdição, sob pena de, a própria autoridade, a pretexto de investigar a existência de um delito, incorrer em crimes e eivar de ilegalidade os atos investigativos que, por alguma razão, ultrapassaram a linha da discricionariedade/legalidade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo propôs uma reflexão, à luz do disposto na legislação e na doutrina, das discussões acerca da liberdade de atuação da autoridade policial na condução do procedimento investigativo.

Inicialmente, apresentou-se a definição e principais características do inquérito policial. Em seguida, analisou-se a sua natureza inquisitiva, a ausência de contraditório e ampla defesa e a possibilidade do investigado requerer diligências, a serem realizadas ou não pela autoridade policial. A partir daí analisou-se a liberdade de atuação da autoridade policial que preside o procedimento. Finalmente, avançou-se para a compreensão de que a discricionariedade na condução da investigação mostra-se salutar para consecução dos fins pretendidos pelo inquérito policial.

A coleta de elementos de informação e a condução dos trabalhos do inquérito policial rege-se pelo juízo de conveniência e oportunidade da autoridade policial que o preside, devendo esta sempre se guiar pelas imposições legais, respeitando os direitos fundamentais e individuais.

O diálogo crítico sobre o tema e, notadamente, sobre a liberdade de atuação da autoridade policial na condução do procedimento investigativo, possui relevante valor científico e, se for capaz de provocar mais interesse e debates, já terá valido a pena.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Manual de processo penal. 3.ed.,rev.,atual. e ampl.-São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 9.ed. rev. ampl. E atual.- São Paulo: JusPODIVM, 2021.

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

MARQUES, José Frederico. Elementos do direito processual penal. 2ed. Rio/São Paulo: Forense, 1965, v. I.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v1.

Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 37. ed. São Paulo: Rideel, 2023.

[1] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. único, p.177.

[2] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3.ed.,rev.,atual. e ampl.-São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p.237.

[3] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. único, p.175.

- [4] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3.ed.,rev.,atual. e ampl.-São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p.255-256.
- [5] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. único, p.189.
- [6] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3.ed.,rev.,atual. e ampl.-São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 246.
- [7] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3.ed.,rev.,atual. e ampl.-São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 256-257.
- [8] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. único, p.176.
- [9] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, v. único, p.175.
- [10] MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 2ed. Rio/São Paulo: Forense, 1965, v. I., p. 156-157.
- [11] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v1., p. 188.
- [12] CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 9.ed. rev. ampl. E atual.- São Paulo: JusPODIVM, 2021, p. 128.
- [13] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Manual de processo penal**. 3.ed.,rev.,atual. e ampl.-São Paulo: Editora JusPodivm, 2023, p. 257.

# **A exploração do trabalho humano nas áreas rurais Brasileiras**

**Shirlei Reis Oliveira**

Advogada há 13 anos, ex-Procuradora Municipal, ex-Defensora Pública Municipal.

## **Resumo**

A exploração do trabalho humano sempre esteve presente na história de nosso país e, apesar dessa prática, supostamente, ter sido abolida há mais de cento e vinte anos, o índice de trabalhadores submetidos à exploração da mão-de-obra em áreas rurais ainda é muito grande, nos dias atuais. A presente obra tem por finalidade trazer informações relevantes sobre a escravidão brasileira e comprovar que esta ainda se mostra presente nos dias atuais.

**Palavras-Chave:** Escravidão. Trabalho forçado. Exploração

## ***Abstract***

*The exploitation of human labor has always been present in the history of our country, and although this practice was supposedly abolished over one hundred and twenty years ago, the number of workers subjected to labor exploitation in rural areas remains high today. This work aims to provide relevant information on Brazilian slavery and to demonstrate that it still persists in contemporary times.*

**Keywords:** Slavery. Forced Labor. Exploitation

## **1. INTRODUÇÃO**

A exploração do trabalho humano sempre esteve presente na história de nosso país e, apesar dessa prática, supostamente, ter sido abolida há mais de cento e vinte anos, o índice de trabalhadores submetidos à exploração da mão-de-obra em áreas rurais ainda é muito grande, nos dias atuais.

A escravidão contemporânea, que se manifesta de forma mais comum em áreas rurais, se caracteriza devido a fatores como falta de informação dos trabalhadores com relação aos seus direitos, ausência de emprego em sua cidade de origem e, principalmente devido às falsas promessas de aliciadores como: boas condições de emprego, moradia, salário mínimo.

Os escravos dos dias atuais podem ser homens, mulheres, crianças, negros ou brancos. Os escravocratas contemporâneos são, em regra, grandes latifundiários com recursos suficientes para darem continuidade a seu trabalho e obter lucro sem a exploração de mão-de-obra, contudo, visam lucro exacerbado às custas da exploração do trabalho alheio.

Importante destacar que organizações governamentais e não governamentais lutam constantemente pela erradicação do trabalho escravo em nosso país, entretanto, as medidas tomadas por essas entidades não são suficientes para reprimir esse tipo de abuso.

## **2. SURGIMENTO DO TRABALHO HUMANO**

De acordo com os registros bíblicos, a primeira forma de trabalho foi determinada por Deus a Adão, primeiro habitante da terra, como forma de castigo por sua desobediência.

Por outro lado, segundos relatos históricos, (deixando a parte a questão religiosa), a escravidão foi a primeira forma de trabalho humana. Nesse diapasão, discorre MARTINS (2008, p. 04):

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Assim, em razão de o escravo ser considerado objeto e não sujeito de direitos, não lhe era garantida a proteção estatal, tampouco, o mínimo de dignidade e respeito.

Veja que filósofos renomados, como Platão e Aristóteles afirmavam que o trabalho braçal era indigno, uma vez que envolvia apenas a força física, sem qualquer esforço intelectual. Ainda, que a dignidade do homem estava relacionada ao desempenho de atividades “nobres”, ou seja, participar de negócios com palavras.

Assim, o trabalho braçal fora destinado às classes consideradas inferiores intelectualmente, pessoas com menos recursos financeiros e sem proteção estatal, atribuindo aos filósofos e ricos as atividades que envolvessem o raciocínio e o uso das palavras, nesse sentido:

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha um sentido pejorativo. Envolvia apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio de palavras. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas as outras pessoas, como a política [...] (MARTINS, 2008, p. 4).

Contudo, importante destacar que nessa mesma época, os sofistas, assim como os filósofos Protágoras e Hesíodo, mostravam o valor religioso e social do trabalho. Esses pensadores, aliados às classes com menor poder financeiro, ao contrário de Aristóteles e Platão, entendiam que o trabalho dignificava o homem.

Nessa época, estabeleceu-se uma luta de classes, onde o trabalhador (escravo) almejava a valorização de sua labuta. Em contrapartida, os nobres e alguns pensadores não queriam abrir mão do conforto trazido pelo trabalho realizado pelos escravos, desde o início das civilizações.

## **3. ESCRAVIDÃO NO BRASIL**

O início da sociedade escravocrata no Brasil se deu com a colonização portuguesa, por volta de 1500 a 1822, onde a principal atividade econômica era a extração do pau-brasil.

Portugal deu início à colonização do Brasil explorando a mão-de-obra dos nativos dessa terra. Primeiramente, tentou a escravização dos povos indígenas, convencendo esses a realizarem as atividades mercantis (como a extração do pau-brasil) em troca de objetos de variada natureza como pentes, espelhos, anzóis. Foi a maneira mais lucrativa que os portugueses encontraram de comercializar os bens da terra brasileira com baixo custo. Como bem é relatado por FAUSTO (2008, p. 48).

Passado esse período de deslumbre por parte dos indígenas, os objetos oferecidos pelos portugueses passaram a perder o valor, tornando difícil encontrar índios dispostos a realizarem os trabalhos, por esse motivo, os colonizadores passaram a escravizá-los.

Era sabido que nesse período de início da colonização a costa brasileira estava sendo frequentada constantemente por franceses e espanhóis, fazendo com que os portugueses acelerassem o processo de colonização no intuito de se apossar da nova terra e explorar outras riquezas.

Ressalta-se que as tentativas de dominação dos indígenas foram inúmeras e de forma variada, porém sem sucesso, tendo em vista a resistência ao trabalho compulsório pelos povos originários. Outro fator importante a sua não escravização dos indígenas ocorreu em razão da baixa resistência às doenças trazidas pelos colonizadores ao Brasil.

Em razão disso, os escravocratas perceberam que escravizar o negro africano seria menos trabalhoso e mais lucrativo, isso porque, ele estaria numa terra desconhecida, sendo, portanto, mais vulnerável, também, devido a sua conhecida capacidade para a execução de trabalhos pesados’.

A escravidão já havia sido estabelecida no Brasil, porém, a exploração de mão-de-obra intensificou-se em razão da pressa que havia em colonizar o país a baixo custo.

Sob essa perspectiva, QUEIROS (1987, p.11) ressalta o porquê da exploração do homem: “A escravidão foi um rendoso negócio: as atividades econômicas exigiam crescente número de braços, e o escravo era uma mercadoria que se podia comprar barato para vender caro”.

Observa-se que durante esse período de escravidão a sustentação da economia de nosso país se deu pela escravização do negro africano.

É importante ressaltar que os cativos fizeram objeção à escravidão, fugindo sozinhos ou reunidos em grupos, formando dessa forma os primeiros quilombos. Contudo, apesar das várias tentativas de se libertarem, seus esforços foram insuficientes para desestruturar o sistema de trabalho compulsório.



Os escravos não recebiam nenhum tipo de proteção. As legislações vigentes à época não lhes asseguravam qualquer direito, até mesmo porque eles não eram considerados pessoas, mas, coisas.

A igreja, por sua vez, que de certa forma defendeu a liberdade dos indígenas, nada fez para proteger os negros. Alegava que a escravidão desse povo vinha desde a África e o que ocorria era apenas o transporte dessas pessoas para outra terra, onde seriam civilizados e salvos pela religião verdadeira (Católica).

Nada foi feito, também, pela Coroa portuguesa a pretexto de que os negros eram inferiores aos brancos, em razão da discriminação disseminada pelas teorias desenvolvidas no século XIX nas quais reforçavam a ideia superioridade intelectual das pessoas brancas.

O Brasil resistia à libertação dos escravos, pois sabia que com a extinção do tráfico de cativos em um curto espaço de tempo provocaria um prejuízo muito grande à sociedade brasileira. Contudo, a Inglaterra – de quem o país era extremamente dependente – pressionava com veemência o governo brasileiro no sentido de proibir tráfico. O Brasil, apesar de dependente, persistia.

No período de 1826 o Brasil assinou certo tratado com a Inglaterra que, após três anos de sua ratificação, declararia ilegal o tráfico de escravos. Ficou reservado à Inglaterra o direito de inspecionar navios suspeitos dessa comercialização. A eficácia do tratado teria validade a partir de março de 1830, tendo em vista que sua entrada em vigor se deu em março de 1827.

Em novembro de 1831, nova lei foi aprovada no intuito de fazer valer o tratado, que além de prever penas aos traficantes, declararia livres os escravos que após aquela data ingressassem no Brasil. Essa lei, Infelizmente, não teve a devida aplicação.

Apesar da inércia do Brasil, a Inglaterra não se desmotivou. Como em 1846 terminaria acordo firmado entre eles, o pai europeu, em um ato conhecido como Bill Aberdeen autorizou que a marinha inglesa a tratasse como piratas os navios que estivessem transportando escravos. As pessoas responsáveis pelo tráfico poderiam ser apreendidas e julgadas pelos tribunais da Inglaterra.

Em 1831, Eusébio de Queiros, o então Ministro da Justiça, lançou um projeto de lei, onde previa eficazes medidas contra o tráfico. Em 1850, o dito projeto foi convertido em lei. O tráfico de cativos começou a desaparecer a partir de então.

O tráfico de homens estava fadado ao seu término. Cada vez mais medidas que efetivamente poderiam extinguir o tráfico no Brasil eram tomadas. Tal fator começou a preocupar os proprietários de escravos, visto que, com o fim das importações, o número de negros escravizados tendia a diminuir.

Com a eminência do fim do tráfico de escravos no Brasil surgiram dois questionamentos: estaria chegando o fim da escravidão? E a mão-de-obra escrava, quem a substituiria?

Com relação à segunda pergunta, encontraram-se respostas a longo e a curto prazo: a primeira foi na Lei de Terras, cuja aprovação se deu pouco tempo depois da extinção do tráfico. Essa lei previa que no futuro, as terras públicas não seriam doadas, como nas sesmarias e sim vendidas a preço elevado, assim, evitaria a compra das terras brasileiras por imigrantes pobres. Desta forma, os estrangeiros que chegassem ao país, por não terem como trabalhar em sua própria terra, trabalhariam para os grandes fazendeiros, substituindo, desta forma, o trabalho dos escravos.

Tal medida, no entanto, estaria distante, pois, a imigração estaria longe de começar. A opção mais rápida encontrada foi compra de escravos no mercado interno, assim, os fazendeiros do Centro-Sul se abasteceriam nas regiões em decadência.

Em algumas fazendas do Brasil, principalmente nas de café e de cana era permitido ao escravo trabalhar em quintais ou pequenos lotes perto de sua cabana, onde seriam produzidos gêneros alimentícios para o seu próprio sustento e para venda no mercado. É a chamada “brecha camponesa”.

Com o passar do tempo, essa brecha foi se generalizando e convertendo em costume, o escravo havia se tornado de certa forma um camponês. O fato é que, com essas vendas, o cativo passou a economizar no intuito de adquirir sua liberdade por meio da Alforria.

A alforria era a liberdade concedida ao escravo por seu dono. O escravo ou terceiro poderia comprá-la o seu dono poderia libertá-lo de forma gratuita. Ressalta-se que esta liberdade concedida de forma onerosa ou gratuita poderia ser revogada por seu antigo dono sob a alegação de ingratidão. Além de disso poderia haver restrições como servir seu antigo senhor por um determinado tempo.

#### **4. SUSPOSTO FIM DA ESCRAVIDÃO BRASILEIRA**

A abolição da escravatura foi dada em 1888, porém, antes desse marco tão importante para a história brasileira, foram tomadas algumas medidas paliativas pelo governo brasileiro.

Veja que o Brasil caminhava em direção da abolição da escravatura. Fuga de escravos e incentivos às essas fugas havia se tornado comum, causando grandes preocupações para os fazendeiros. O governo sabia que a libertação seria inevitável, no entanto, era sabido também que a liberdade dada de forma geral por lei poderia dar aos escravos a ideia de titulares de direitos, o que poderia causar guerras.

Pensando nisso, foram sendo criadas leis vislumbrando libertar os escravos aos poucos, sem que causassem revoltas.

No ano de 1871, foi proposta a Lei do Ventre Livre, essa lei previa que seriam “livres” os filhos de escravas nascidos após a lei, sendo que a criança ficaria sob o poder do dono de sua mãe até os oito anos, a partir dessa idade o senhor poderia optar por utilizar o seu serviço até que completasse 21 anos, ou entregá-lo ao governo mediante indenização. A maioria dos fazendeiros optava por utilizar o serviço do menor.

O abolicionismo se tornara visível. O Ceará, a reflexo disso, decidiu por sua conta e risco, em 1884, extinguir a escravidão. Logo em seguida, em 1885, ocorreu a aprovação da Lei dos Sexagenários, também conhecida também por Lei Saraiva Cotejipe, estabelecendo normas para a libertação progressiva dos cativos mediante indenização e concedendo a liberdade aos maiores de sessenta anos. O intuito da lei era evitar o abolicionismo radical, seu objetivo não foi alcançado.

Por fim, o senador paulista, ferrenho defensor da escravidão, preparou em 1888 um projeto de lei onde previa a libertação imediata dos escravos, no entanto, sujeita à indenização à prestação de serviço por três meses.

Ocorreu oposição por parte dos liberais. Diante dessa oposição, o conservador presidente do conselho, João Alfredo, propôs a Abolição sem restrições. A iniciativa foi sancionada em 13 de maio de 1888 pela Princesa Isabel, regente do trono, após a aprovação pela maioria parlamentar.

Contudo, apesar da sanção da Lei Aurea, os problemas dos escravos não foram resolvidos com a abolição tendo em vista que a discriminação continuou, pois eles eram vistos como seres inferiores, vadios, perigosos. As oportunidades de trabalho eram poucas, a preferência para os empregos era dada aos imigrantes italianos.

## **5. EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL E AS GARANTIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR**

No ano de 1891, pouco tempo depois de abolida a escravatura, a Constituição reconheceu a liberdade de associação, que à época, tinha um caráter genérico, determinando que a associação e reunião de pessoas sem armas seriam lícitas, sendo defesa a intervenção policial, salvo, para manter a ordem pública.

A criação de normas trabalhistas no Brasil foi incentivada pelo aparecimento da OIT em 1919 e pelas transformações que ocorriam na Europa por causa da primeira Guerra Mundial.

Cumprir destacar, que a primeira Constituição brasileira a tratar de forma específica sobre Direito do Trabalho foi a de 1934, sob força do constitucionalismo social.

Porém, antes de 1934, foram criadas algumas leis ordinárias que abordavam sobre o tema, como em 1891 que foi criada lei que regulava sobre o trabalho dos menores, em 1903 que tratava sobre a organização dos sindicatos rurais, em 1907 sobre os sindicatos urbanos, etc.

Note-se que a fase intervencionista do Estado foi marcada pela Carta Constitucional de 1937, em decorrência da tomada de poder no governo de Getúlio Vargas. Essa Constituição instituiu o sindicato único, vinculado ao Estado, imposto por lei, com o exercício de funções delegadas pelo poder público e podendo ocorrer a intervenção do Estado de forma direta e sem atribuições.

Devido à existência das diversas normas de conteúdo trabalhistas, surgiu a necessidade de sistematização das normas, ocorrendo, para tanto, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sob o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com o objetivo de reunir as leis referentes ao assunto existentes na época, que vige até a presente data, com as devidas alterações.

Fora rompido com a Constituição de 1946, o corporativismo da Constituição anterior, vigendo nessa nova Constituição o repouso semanal remunerado, direito de greve, participação nos lucros, estabilidade, além de outros direitos.

Com o passar do tempo, a legislação ordinária institui novos direitos. Surge, por exemplo, a Lei nº 3.207/57, que tratava das atividades dos empregados viajantes, vendedores e praticistas; a Lei nº 4.090/62, que tratou da instituição do 13º salário; a criação do salário família, pela lei 4.266/63; a Lei 5.889/73, referente ao trabalhador rural, etc.

Com o advento da Carta Magna de 1988, os direitos trabalhistas passam a ser incluídos no Capítulo II, “Dos Direitos Fundamentais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, nos arts. 7º a 11.

Pode-se notar a evolução das Constituições brasileiras, e com ela, a inovação de direitos e respeito à dignidade humana, notadamente, no que diz respeito aos trabalhadores urbanos e rurais.

Contudo, apesar de ser previsão da Lei Maior, os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores rurais continuam sendo desrespeitados pelos empregadores, semelhante ao que ocorria há séculos, isso porque, embora haja previsão legal, nosso país ainda não conseguiu adotar um sistema eficaz de repressão aos atos criminosos dos empregadores.

Os princípios garantidos constitucionalmente, como: o da dignidade da pessoa humana, igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais, proibição de trabalhos que firam a dignidade do trabalhador,

direito ao salário mínimo, etc. são constantemente desrespeitados em áreas rurais onde ocorrem a exploração de mão de obra.

## 6. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Apesar de ocorrido a abolição da escravatura em 1888, é comum, nos dias de hoje, a exploração do trabalho humano. Sob esse aspecto destaca a ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT:

A escravidão no Brasil contemporâneo existe. Apresenta-se de maneira mais sutil do que no século passado e, por isso mesmo, com características perversas. A característica mais visível do trabalho escravo é a falta de liberdade. As quatro formas mais comuns de cercear essa liberdade são: servidão por dívida, retenção de documentos, dificuldade de acesso ao local e presença de guardas armados. Essas características são freqüentemente acompanhadas de condições subumanas de vida e de trabalho e de absoluto desrespeito à dignidade de uma pessoa. (OIT, 2008)

Veja que a Organização Internacional do Trabalho que prefere utilizar a expressão “Trabalho Obrigatório ou Forçado”, dando a seguinte definição na Convenção n. 29 sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório (art. 2º):

Para fins desta Convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO)

SENTO-SÉ (2001, p.27) apud NUNES (2005, p. 16) define trabalho escravo contemporâneo como sendo:

Aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador.

De acordo com a OIT, as espécies de trabalho forçado ou compulsório são várias, como por exemplo: exploração do trabalho do menor, o rapto de pessoas, o trabalho forçado em zonas rurais, a servidão, o trabalho forçado do empregado doméstico, etc.

O escravagista moderno, assim como o explorador do começo dos tempos, não se preocupa com o bem estar, saúde, alimentação do escravizado, não propicia boa alimentação, remédios nem condições adequadas de trabalho.

Nas palavras de CALDAS (2003, p. 41):

Infelizmente, a fome é quem escraviza. Se não houver segurança social, se não houver justiça social, continuará havendo escravos em nosso País e em qualquer parte do mundo. A impunidade é o nosso principal ponto de toque. Nós, da área jurídica, devemos pensar, sim, em melhorar as leis, em determinar a expropriação das terras dos fazendeiros que escravizam, em colocar na cadeia estes desumanos. Mas a mudança na lei não adiantará nada se ela simplesmente não for cumprida, como tem sido a lógica do nosso País.

VIEIRA (2003, p. 66) nos traz uma definição clara sobre o assunto:

De outro ponto de vista, ainda na análise da questão que me foi proposta, posso afirmar que, subjetivamente, quem escraviza, segundo os dados do próprio Ministério do Trabalho e sistemas de Inspeção do Trabalho, atualizados até o final do ano passado, os escravagistas modernos têm o seguinte perfil: 50% possuem propriedades rurais no Estado do Pará, mais de 50% têm como atividade a pecuária e o desmatamento. Ainda, de acordo as estatísticas disponíveis, estas da CPT de Xinguara, os principais proprietários flagrados na utilização de trabalho escravo nas regiões Sul e Sudeste do Pará, todos discriminados nos documentos em apreço, são grandes proprietários de terras, produtores rurais, detêm imensas fortunas pessoais e empreendimentos diversificados, não se tratando, portanto, de principiantes ou de pequenos arrendatários sem lastro financeiro, que não possuam condições econômicas de tocarem seus negócios dentro do que, minimamente, determina a legislação.

Portanto, se observa que os escravagistas dos dias atuais são, em regra, produtores rurais, detentores de muitas terras e grandes riquezas, com experiência na área da agricultura, com suas propriedades situadas, em sua maioria, no Sul e Sudeste do Pará.

Com relação à pessoa modernamente escravizada, contrária àquela imagem construída sobre o escravo da época da colonização, pode ser trabalhador de qualquer idade, etnia ou sexo, que não tem como manter-se em sua cidade de origem e, por isso se vê obrigado a procurar trabalho em regiões distantes para propiciar o básico para sua subsistência e a de sua família.

Neste aspecto, o escravo moderno pode ser entendido como o trabalhador, de qualquer idade ou sexo, que, não tendo como subsistir em sua cidade de origem, é levado pela necessidade a procurar trabalho em regiões distantes, através de aliciamento feito por pessoas que lucram com o fornecimento e a utilização de sua força de trabalho em propriedades rurais, geralmente localizadas na Região Amazônica, onde o acesso é difícil ou quase impossível, dadas as enormes distâncias a serem percorridas e as dificuldades impostas pela própria floresta, o que impossibilita a fuga do trabalhador escravo ou suas localização e resgate, pois, na maioria das vezes, sequer sabe, ou pode-se saber, onde se encontra, sendo inútil fugir, ou procurá-lo, até porque não teria mesmo para onde ir, ou como ser encontrado não fossem as denúncias dos poucos que conseguem escapar e chegar até um órgão confiável. Fuga sempre perigosa e muito arriscada. (VIEIRA, 2003, p. 4)

Esses batalhadores são pessoas com baixa ou nenhuma escolaridade que são aliciadas por pessoas que se beneficiam com utilização de seu trabalho geralmente em zonas rurais.

Assim como aconteceu com os escravos africanos, as pessoas exploradas nos dias atuais, por serem levados a lugares distantes de suas casas, ficam impossibilitados de fugir da exploração, pois, ainda como na época da escravidão imperial, o trabalhador é ameaçado, sofre coerção física e psicológica e, se tentam fugir, recebem punições ou são assassinados.

O escravo contemporâneo, assim como o antigo, tem sua dignidade roubada. Porém, antigamente, para adquirir um escravo, era necessário pagar por ele. Nos dias atuais, o custo de um escravo é quase zero, se muito, a pessoa que se beneficia com a exploração do trabalho humano, paga sua passagem.

Destaca-se que os custos com comida, instrumentos de trabalho, moradia, remédios são propiciados pela própria pessoa escravizada.

A exploração moderna do trabalho pode se mostrar de várias formas, sendo a retenção dos documentos, ameaças por intermédio de guardas armados, dificuldade de acesso aos locais onde exercem as atividades laborais e servidão por dívida são os meios mais comuns de submeter o trabalhador ao regime de exploração.

Em decorrência da seca ou da falta de terra, do desemprego, à inacessibilidade aos créditos agrícolas, o trabalhador, geralmente das pequenas cidades do interior, deixam suas casas no intuito de conseguirem melhores condições de vida para sua família.

Alguns trabalhadores, por ouvirem boatos a respeito da existência de serviço em fazendas, vão, de forma espontânea, em busca desses lugares, mesmo que distantes.

Todavia, a maioria dos trabalhadores explorados é seduzida por “gatos” (pessoas que prestam serviço a determinados fazendeiros), que fazem falsas promessas de boas condições de trabalho.

Os interessados são transportados em ônibus, “pau-de-arara” ou caminhões. Logo que chegam, percebem que a realidade é bem diferente do que foi prometido. Muitos são encaminhados a pensões com o custo diário muito elevado, cujos proprietários combinam previamente com os aliciadores.

Os gastos com alimentação, instrumentos de trabalho, remédios, são custeados pelos próprios trabalhadores em cantina do próprio “gato” ou do dono do local onde se prestará o serviço. Tudo que é consumido tem preço superior ao de mercado e é anotado num caderno para cobrança posterior. A vítima tem que quitar sua dívida se quiser voltar para casa. Contudo, isso se torna impossível.

A servidão por dívida, apesar de muito comum em áreas urbanas, ocorre com maior frequência em zonas rurais, visto que nessas áreas a falta de oportunidade de trabalho é mais comum.

Alguns desses trabalhadores acabam se tornando “peões do trecho”, vão de trecho em trecho em busca de trabalho e não tem moradia fixa. Eles ficam abrigados em hospedarias próprias à espera de algum gato que “compre” sua dívida, depois disso, os peões passam a trabalhar no lugar indicado até quitar sua dívida. Mais uma vez essas pessoas serão escravizados, pois as condições de trabalho serão as mesmas do local anterior.

O aspecto primordial da exploração do trabalho é o cerceamento da liberdade e redução do trabalhador à condição análoga a de escravo, ele é obrigado a realizar trabalhos pesados, sendo

penalizado caso não o faça. Além disso, o que recebem como pagamento é suficiente, sequer, para quitar a dívida adquirida, que cresce diuturnamente.

## **6.1. Formas de Combate ao Trabalho Escravo Contemporâneo**

### **6.1.1 Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo**

No ano de 2003 foi lançado o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo tem como principal objetivo traçar metas de erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

Essa repressão é operada pelo Grupo de Fiscalização Móvel, cuja coordenação fica a cargo Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e emprego, sendo o grupo composto por agentes e delegados da Polícia federal, auditores fiscais do Trabalho e procuradores do Ministério Público do Trabalho. Algumas ações contam ainda com a participação de membros do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), da Procuradoria Geral da República e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

A finalidade das operações realizadas pelo Grupo Móvel é retirar os trabalhadores dos locais em que são submetidos ao trabalho compulsório garantindo-lhes as verbas trabalhistas devidas e acionando os demais órgãos federais para as providências cabíveis.

O Ministério do Trabalho e Emprego tem o condão não apenas de fiscalizar e atribuir punições os infratores, mas também de tentar devolver a dignidade que foi roubada das vítimas. De imediato é prestando aos libertos, enquanto durar a ação fiscal, assistência com hospedagem, alimentação e até mesmo passagens para que eles possam retornar à suas casas.

Ressalta-se que esses trabalhadores, a partir de 2005, recebem ajuda do governo, como a bolsa-família e ainda contam com o direito de receber três parcelas do seguro-desemprego, cada uma no valor de um salário mínimo.

### **6.1.2 Artigo 149 o Código Penal Brasileiro**

Nossa legislação reprime as formas degradantes de trabalho, por isso, atendendo ao objetivo preconizado pelo Plano Nacional de Erradicação do Trabalho escravo, alterou o artigo 149 do Código Penal Brasileiro (CPB), respondendo o escravocrata criminalmente.

Tal fato criminoso está denominado plagium (plágio). HUNGRIA (p.199 e 200) apud CAPEZ (2004, p.312):



É a completa sujeição de uma pessoa ao poder de outra. Protege a lei penal, aqui, o status libertatis, ou seja, a liberdade no conjunto de suas manifestações. Refere-se o texto legal “à condição análoga à de escravo”, deixando bem claro que não se cogita de redução à escravidão, que é um conceito jurídico, isto é, pressuposto da possibilidade legal do domínio de um homem sobre o outro. O status libertatis, como estado de direito, permanece inalterado, mas, de fato, é suprimido. Entre o agente e o sujeito passivo se estabelece uma relação tal, que o primeiro se apodera totalmente da liberdade pessoal do segundo, ficando reduzido, de fato, a um estado de passividade idêntica à do antigo cativo.

O sujeito passivo desse crime (trabalhador de qualquer idade, sexo ou raça) tem seu status libertatis suprimido, ou seja, é submetido ao poder do sujeito ativo (empregador). Essa situação viola a integridade física, moral e psicológica da vítima.

Tutela-se, nesse caso, a dignidade e a liberdade do trabalhador. O infrator é punido independentemente da vontade da vítima, tendo em vista que nesse caso vigora o interesse da sociedade.

### **6.1.3. A Lista Suja**

A lista suja, prevista pela Portaria n. 540 de 15/10/2004, refere-se ao cadastro de empregadores infratores flagrados submetendo trabalhadores à exploração de mão-de-obra. Podem ser autuadas pessoas físicas ou jurídicas.

Com atualização semestral, deve haver a inclusão dos infratores apenas quando não mais couber recurso administrativo.

Nos referido registro, constam dados como o CNPJ se for pessoa jurídica e CPF se pessoa física, nome do empregador, endereço, ou seja, as informações essenciais à identificação do infrator. As pessoas incluídas nesse cadastro perdem o acesso aos incentivos fiscais e linhas de créditos de instituições oficiais.

Para obter a exclusão do nome na lista, o empregador deverá, no prazo de dois anos, sanar as irregularidades apontadas pela fiscalização e os requisitos previstos na Portaria n. 540/2004. O transgressor poderá requerer a retirada do seu nome via judicial, onde o magistrado poderá liminarmente excluir seu nome até decisão final.

Caso a sentença seja desfavorável ao infrator, seu nome deverá retornar ao cadastro, suas terras deverão ser monitoradas novamente e o prazo de dois anos deverá ser retomado de onde parou.

### **6.1.4. Emenda Constitucional N. 81/2014**

Em 2014 foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 81, que tramitava desde o ano de 2001 (PEC n. 438/2001, na qual foi proposta sob a numeração 57/1999 pelo ex-senador Ademir Andrade, onde foi proposta nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal/88, que foi uma marco importante no reconhecimento e combate à escravização contemporânea, haja vista a determinação de medidas

severas aos escravocratas modernos.

## **7. CONCLUSÃO**

O trabalho escravo contemporâneo caracteriza lesão à dignidade humana e à liberdade do indivíduo. A exploração de mão-de-obra, que em nosso país manifestou-se no início da colonização, ainda se mostra presente nos dias atuais, principalmente em áreas rurais brasileiras.

A escravidão moderna apresenta-se com características distintas da escravidão do tempo colonial, pois, nos dias atuais não está ligada à etnia, contudo, via de regra, ao endividamento forçado do trabalhador que vê impossibilitado ou impedido de evadir-se do local, por estar submetido à exploração até que quite a dívida adquirida em virtude do próprio trabalho.

Os trabalhadores vítimas de exploração, em sua maioria, são pessoas de baixa ou nenhuma escolaridade que não têm acesso aos direitos garantidos por lei e pela Constituição Federal. A maioria deles busca em outras cidades oportunidades trabalho, tendo em vista a dificuldade de manutenção de sua subsistência e de sua família.

Os empregadores exploram a mão-de-obra desses trabalhadores com o intuito de obter grande margem de lucro com baixo custo e o fazem porque ainda não há punição rígida o suficiente, em que pese a fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, Polícia Federal e Ministério Público Federal.

Apesar da existência de mecanismos de combate à escravidão, como a mudança no art. 149 do CP, a atuação do grupo de fiscalização móvel e a inclusão dos nomes no cadastro de empregadores flagrados cometendo esse ilícito. Tais mecanismos não se mostram suficientemente eficazes, visto que há um índice muito grande de trabalhadores explorados.

As jurisprudências dos Tribunais do Trabalho vêm entendendo ser cabível o pagamento de indenização por danos morais aos trabalhadores vítimas de exploração, sob a visão de que o trabalho forçado fere a dignidade do trabalhador. Esses julgados demonstram a preocupação do Estado em tentar reparar os danos sofridos pelos trabalhadores escravizados.

A conscientização dos trabalhadores rurais em relação aos seus direitos e maior mobilização por parte do governo no sentido de aprovar leis protetivas aos trabalhadores escravizados reduziria o número de exploração.

Entretanto, para que a escravidão contemporânea seja efetivamente erradicada, a medida mais apropriada e eficiente seria a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional 438/2001, que prevê a expropriação das terras que tiverem utilizando-se da exploração de mão-de-obra análoga à

escrava. Apenas com punição severa para esse crime é que será alcançada a preservação dos direitos dos trabalhadores explorados. E será causa de prevenção desse abuso.

A escravidão contemporânea persiste no Brasil, principalmente em áreas rurais. E, apesar dos esforços dos órgãos governamentais e não governamentais em impulsionar o combate à escravidão moderna, essa prática ainda se mostra comum no Brasil.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Código Penal Brasileiro. 1941.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. 1943.

BRASIL. Constituição Federal. 1988.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. (8. Região). Acórdão TRT 2ª T./RO (00611-2004-118-08-00-2)/ Recorrente: João Batista de Jesus Ribeiro. Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 8ª Região. 2004, Jurisprudência do TRT, Pará, 2009.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. (8. Região). Acórdão TRT 4ª T./RO (01234-2004-118-08-00-9)/ Recorrente: Sociedade Agropecuária Imaculada Conceição Ltda. Recorrido: Saulo Batista da Silva. 2004, Jurisprudência do TRT, Pará, 2009.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. (8. Região). Acórdão TRT 1ª T./RO (01327-2003-112-08-00-4)/ Recorrente: Ministério Público do Trabalho. Recorrido: Fazenda Lago Azul (Adauto José Galli). 2003, Jurisprudência do TRT, Pará, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 4. Ed.– São Paulo: Saraiva, 2004.

CONGRESSO EM FOCO. O que é a PEC do Trabalho Escravo. Disponível em: <<http://congressoemfoco.ig.com.br/Noticia.aspx?id=21370/>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Técnico Jurídico. 6. Ed. – São Paulo: Rideel, 2004.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 13. Ed. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL 2003 (2003 jan. 25: Porto Alegre, RS). Anais da oficina do trabalho escravo: uma chaga aberta. – Brasília: OIT, Alliance Gráfica e Editora, 2003.

GEOGRAFIA. XIX ENCONTRO NACIONAL DE GEOGRAFIA AGRÁRIA. MIGRAÇÃO SAZONAL CEARENSE: VIA PARA O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. Disponível em:

<[http://www.geografia.fflch.usp.br/inferior/laboratorios/agraria/Anais%20XIXENGA/artigos/Silva\\_DR.pdf](http://www.geografia.fflch.usp.br/inferior/laboratorios/agraria/Anais%20XIXENGA/artigos/Silva_DR.pdf)>, acesso em: 15 set. 2009.

GRIMBERG, Carl. A Aurora da Civilização, Chile: Editorial Lord Cochrane S.A., 1989.

GRIMBERG, Carl. O Império das Pirâmides, Chile: Editorial Lord Cochrane S.A., 1989.

GRIMBERG, Carl. O Século de Luís XIV, Chile: Editorial Lord Cochrane S.A., 1989.

MARTINS, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho / Sérgio Pinto Martins. – 24. Ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Cadastro de Empregadores previsto na portaria n. 540, de 05 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/trab\\_escravo/lista\\_suja.pdf](http://www.mte.gov.br/trab_escravo/lista_suja.pdf)>, acesso em: 26 set. 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/trab\\_escravo/7337.pdf](http://www.mte.gov.br/trab_escravo/7337.pdf)>, acesso em: 19 set. 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual 1995 a 2009. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/quadro\\_resumo\\_1995\\_2009.pdf](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_1995_2009.pdf)>, acesso em 26 set. 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual 2008. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/quadro\\_resumo\\_2008.pdf](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_2008.pdf)>, acesso em 26 set. 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual 2009. Disponível em: <[http://www.mte.gov.br/fisca\\_trab/quadro\\_resumo\\_2009.pdf](http://www.mte.gov.br/fisca_trab/quadro_resumo_2009.pdf)>, acesso em 26 set. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. A eficácia da PEC para a erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/trabalho\\_forcado/brasil/documentos/parecer\\_pec\\_438a\\_2.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/brasil/documentos/parecer_pec_438a_2.pdf)>, acesso em: 13 out. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Brasil 2003: A Face Humana da Escravidão Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/>>, acesso em: 28 ago. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção (29) sobre o trabalho forçado ou obrigatório. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv\\_29.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_29.pdf) >, acesso em: 23 ago. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Erradicação do Trabalho Forçado. Disponível em: < [http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/in\\_focus/trab\\_esc.php](http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/in_focus/trab_esc.php) >, acesso em: 26 ago. 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho Escravo: Quem é o Escravo, Quem Escraviza e o que Liberta. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/trabalho\\_forcado/brasil/documentos/amb\\_escravos.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/brasil/documentos/amb_escravos.pdf)>, acesso em: 26 ago. 2009.

QUEIROS, Suely Robles Reis de, Escravidão Negra no Brasil, editora ática, 1987.

# **Administração Pública dialógica e a resignificação do princípio da supremacia do interesse Público sobre o Privado**

**Fernando Gilberto Rodrigues e Silva**

Especialista em Ciências Penais pelo Centro Universitário Newton Paiva e Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros/MG (UNIMONTES). Analista do MPU/Direito.

## **Resumo**

O presente capítulo pretende fazer uma breve reflexão sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no contexto da Administração Pública Dialógica, apresentando o embate doutrinário acerca do aludido princípio e propondo as bases para a sua resignificação.

**Palavras-Chave:** Supremacia do Interesse Público. Administração Pública Dialógica

## ***Abstract***

*This chapter aims to provide a brief reflection on the principle of the supremacy of public interest over private interest within the context of Dialogic Public Administration, presenting the doctrinal debate surrounding this principle and proposing foundations for its redefinition.*

**Keywords:** *Supremacy of Public Interest. Dialogic Public Administration*

## **1. INTRODUÇÃO**

A doutrina administrativista tradicional, capitaneada por autores como Celso Antônio Bandeira de Melo, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella de Pietro, sustenta que, ainda que não previsto expressamente em nenhum texto legal, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é princípio implícito do ordenamento jurídico e, junto com o princípio da indisponibilidade do interesse público, constitui a base do regime jurídico-administrativo.

Como consectário lógico dessa concepção, extrai-se a existência de uma prevalência apriorística e abstrata do interesse público em relação ao interesse dos administrados, escanteando a possibilidade de análise casuística dos interesses envolvidos.

Por outro lado, autores contemporâneos, como Gustavo Binembojm, têm questionado esse entendimento, na medida em que defendem a incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público, pelo menos na sua visão tradicional, com a Constituição Federal de 1988, ensejando um acirrado debate na doutrina administrativista.

Conforme adverte parcela da doutrina, as mutações ocorridas no Direito Administrativo, provocadas pelas teorias da filtragem constitucional, releitura da legitimidade democrática da Administração, princípio da juridicidade e princípio da consensualidade, têm provocado reflexões acerca de antigos dogmas.

Nesse contexto de mudanças, o presente capítulo tem a pretensão de discutir se o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser reformulado e em quais bases.

## **2. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO**

Para a doutrina tradicional, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é pressuposto lógico para a estabilidade da sociedade e respalda as prerrogativas da Administração Pública, como, por exemplo, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, a desapropriação e o atributo de imperatividade do ato administrativo.

Segundo Di Pietro, o princípio está na base de praticamente todas as funções do Estado e de todos os ramos do direito público. Está presente nos quatro tipos de funções administrativas: serviço público, fomento, polícia administrativa e intervenção (DI PIETRO, 2020, p.129).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público são as pedras de toque do regime jurídico-administrativo. Para o autor, *“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”* (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 59).

O conceito de supremacia do interesse público remete à ideia de priorização dos interesses do Estado, mas também identifica-se com a ideia de bem comum, isto é, com o interesse da coletividade como um todo.

Importante destacar que há muito tempo consolidou-se a compreensão de que o interesse público tutelado é o primário, ou seja, aquele que sintetiza a razão de ser do Estado e que representa a promoção de valores como a justiça, a segurança e o bem-estar social<sup>3</sup>. Faz-se, portanto, um recorte claro entre os interesses de toda a sociedade e o interesse público secundário, representado pelos interesses patrimoniais da Administração Pública.

Contudo, essa distinção parece não ser suficiente para arrefecer o embate doutrinário e delimitar o alcance do princípio diante da nova realidade trazida pela Constituição Federal de 1988.

## **3. ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA E PRINCÍPIO DA CONSENSUALIDADE**

O princípio da juridicidade, que permitiu a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e consagrou a vinculação direta à Constituição e a todo ordenamento jurídico; a elasticidade do Direito Administrativo (diálogo com outros ramos do Direito); a relativização de formalidades e ênfase no resultado; a releitura da legitimidade democrática da Administração, com a previsão de instrumentos de participação dos cidadãos na

tomada de decisões administrativas, e a processualização e contratualização da atividade administrativa são fundamentos e pilares teóricos da Administração Pública Dialógica.

A Administração Dialógica é uma tendência no direito administrativo moderno, fundada no princípio da consensualidade, caracterizando-se como um modelo de atuação estatal em que há uma maior aproximação entre a Administração e os particulares.

O diálogo entre Administração e administrado é concretizado por meio de instrumentos como a realização de audiências públicas para colher as opiniões da sociedade civil sobre determinado tema e os conselhos consultivos. Há, desse modo, uma legitimação efetiva da atuação administrativa, já que se faculta ao cidadão a possibilidade de influenciar na tomada de decisões que afetem suas esferas de interesse.

Esta forma de atuação se opõe à chamada Administração Monológica, em que os administrados não contribuem para a construção de soluções jurídicas para situações de seus interesse, atuando como simples observadores na formação normativa. Predomina, assim, a imperatividade da atuação estatal, resultando em decisões unilaterais, nas quais inexiste ingerência dos destinatários da norma em sua elaboração.

Nesse cenário, destaca-se o princípio da consensualidade, que revela uma Administração Pública mais democrática e despida de seus tradicionais atributos de imperatividade, coercitividade e verticalidade.

O citado princípio é justamente o responsável pela abertura procedimental e por conferir maior legitimidade democrática aos processos decisórios, promovendo, ainda, ganhos de eficiência, na medida em que são reduzidos os custos de implementação da decisão.

Apesar da falta de previsão expressa no texto constitucional, o princípio da consensualidade encontra fundamento na cláusula do Estado Democrático de Direito, inserido no artigo 1º da Constituição, assim como no artigo 37, § 3º, da CF/88.

Em uma outra perspectiva, o princípio relaciona-se à possibilidade de celebração de acordos entre a Administração e o administrado, caso tal medida atenda ao interesse público primário.

Conforme lecionam Sérgio Guerra e Juliana Bonacorsi de Palma, “a Lei nº 13.655/18, que altera a LINDB, representa um novo marco à consensualidade administrativa. Seu art. 26 consiste em efetivo permissivo genérico para que a Administração Pública celebre acordos. Ao criar uma nova figura consensual, a Lei nº 13.655/18 define um novo regime jurídico à consensualidade administrativa, cujas principais características são: propiciar segurança jurídica à celebração de



*acordos administrativos, a partir do endereçamento de dúvidas jurídicas e distorções em sua prática, e garantir compromissos mais eficientes à sociedade como um todo, e não apenas aos celebrantes, satisfazendo interesses gerais”* (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi, 2018).

Os instrumentos de consensualidade nem sempre estiveram presentes na Administração Pública, sobretudo os chamados acordos substitutivos, sendo a Administração regida pela lógica binária sancionar/não sancionar. A possibilidade de realização desses acordos estava fora do alcance dos administradores e eram vistos como incompatíveis com o interesse público.

Com a evolução dos tempos, percebeu-se que as prerrogativas públicas são instrumentais e que o exercício negociado da atuação administrativa, em muitas situações, representa maior efetividade na consecução do interesse público.

Constatou-se, portanto, que a atuação imperativa e unilateral não era sinônimo de tutela efetiva do interesse coletivo e que a solução negociada não representa necessariamente uma violação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

#### **4. RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO**

Ressalta-se, inicialmente, que o termo interesse público é fluido e variável no tempo e no espaço, caracterizando-se como um conceito jurídico indeterminado.

Essa é a primeira razão para as críticas ao conceito tradicional de interesse público, tendo em vista que a supremacia do interesse público sobre o privado se tornou argumento retórico para a maioria das teses defensivas do Estado.

A ausência de precisão conceitual traz enorme prejuízo ao administrado, já que condutas arbitrárias e abusivas do Poder Público são legitimadas pelo referido princípio sem qualquer contextualização e ponderação dos interesses envolvidos.

A hierarquização prévia de princípios é contrária à ideia proposta por Alexy de que princípios são mandados de otimização a serem concretizados na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, sem deixar que esse procedimento signifique a negação de um deles.

Gustavo Binimbojm assevera que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é incompatível com a CF/88 e que não possui estrutura normativa de princípio, já que não admite ponderações com outros valores constitucionais. Destaca, ainda, que interesses públicos e interesses privados não são opostos, mas pressupõem-se reciprocamente<sup>5</sup>.

A Constituição Federal de 1988 não deixa dúvidas de que o objetivo final do Estado é a realização de direitos fundamentais, razão por que é possível afirmar que o núcleo do Direito Administrativo reside na consecução de tais direitos e não na visão tradicional de interesse público.

Não se pretende desconsiderar a importância da ideia de supremacia do interesse público na teorização do regime jurídico-administrativo, mas flexibilizar o seu alcance, relativizando o caráter absoluto a ele emprestado pela doutrina tradicional. Na verdade, o que se pretende é ressignificar o seu conceito e aplicação.

## 5. CONCLUSÃO

Ao que parece, não há a negação da existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A divergência doutrinária cinge-se à sua extensão e ao seu modo de aplicação.

O presente trabalho não propõe a vedação da utilização do princípio da supremacia do interesse público para a solução de conflitos, mas somente a vedação do seu uso indiscriminado, como uma espécie de álibi da Administração. A invocação do princípio deve ser acompanhada de ônus argumentativo por parte do Poder Público a fim de comprovar a existência de interesse coletivo e a sua prevalência no caso concreto.

Está claro que, para assegurar a estabilidade da ordem social e permitir ao Estado a realização de seus fins, é necessário conferir à Administração Pública prerrogativas, que estão previstas em regras infraconstitucionais e no próprio texto constitucional.

Nesse sentido, Daniel Sarmiento adverte que: *“a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir a anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”* (SARMENTO, Daniel, 2005).

Contudo, essas prerrogativas não podem violar direitos fundamentais do administrado, notadamente porque tais direitos servem justamente para frear o arbítrio estatal. A nova ordem constitucional, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser o farol da atuação administrativa.

De igual forma, devem ser efetivados e ampliados os instrumentos de participação do administrado nas decisões, de modo a concretizar a ideia de Estado Democrático de Direito. Rompe-se, portanto, com a lógica imperativa e meramente sancionadora da Administração, abrindo-se o leque para o atingimento do interesse público primário por meio de outros mecanismos, como os acordos substitutivos, consagrados pela onda de consensualidade na Administração Pública.

A solução da controvérsia pode estar na busca do equilíbrio entre os interesses públicos primários e interesses privados, sendo eventuais conflitos resolvidos com a técnica de ponderação de interesses, com observância do postulado da proporcionalidade, afastando-se qualquer hierarquização abstrata e prévia de princípios.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 129.

\_\_\_\_BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p.59.

\_\_\_\_BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xiii.

\_\_\_\_GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. RDA, ed. especial LINDB, nov. 2018. p. 135-169.

\_\_\_\_FISCHGOLD, Bruno Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/230028/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-interesse-privado-no-direito-administrativo-brasileiro>> Acesso em 27 out. 2023.

\_\_\_\_SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados. Desconstruindo a supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-117.

## **Usuário de drogas: procedimento e natureza do delito**

**Tharley Rafael de Oliveira Dias**

Pós-graduado (Lato Sensu) em Direito do Estado pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Graduado em Direito pela UNIDERP/ANHANGUERA. Advogado - OAB/MS

### **Resumo**

Este trabalho analisa a Nova Lei de Drogas no Brasil, destacando seus impactos sociais e as medidas implementadas para lidar com o uso de substâncias ilícitas. A introdução aborda os problemas gerados pelo consumo de drogas, como a criminalidade e suas consequências para a sociedade. A legislação diferencia usuários de drogas de traficantes, propondo penas educativas para os primeiros. O texto discute também os procedimentos legais para delitos menores e as sanções alternativas, como advertências e prestação de serviços à comunidade. Além disso, aborda a natureza jurídica da infração e as polêmicas sobre descriminalização e despenalização, com referências ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Por fim, conclui-se que a Nova Lei busca tratar usuários como pessoas vulneráveis, promovendo sua reintegração social e evitando o estigma associado ao uso de drogas, enfatizando a necessidade de um tratamento educativo em vez de punitivo.

**Palavras-Chave:** Drogas. usuário. Lei

### ***Abstract***

*This work analyzes the New Drug Law in Brazil, highlighting its social impacts and the measures implemented to address the use of illicit substances. The introduction addresses the problems caused by drug consumption, such as criminality and its consequences for society. The legislation distinguishes drug users from traffickers, proposing educational penalties for the former. The text also discusses the legal procedures for lesser offenses and alternative sanctions, such as warnings and community service. Furthermore, it addresses the legal nature of the offense and the controversies surrounding decriminalization and depenalization, with references to the understanding of the Supreme Federal Court. In conclusion, it is emphasized that the New Law aims to treat users as vulnerable individuals, promoting their social reintegration and avoiding the stigma associated with drug use, highlighting the need for an educational rather than punitive approach.*

**Keywords:** *Drugs. User. Law*

## **1. INTRODUÇÃO**

As drogas causam grandes problemas para o Brasil, sendo que os seus efeitos são devastadores para a sociedade, posto que instigam à criminalidade e interrompem a evolução social.

Atualmente existe uma variedade de drogas, as quais são consumidas em diversas regiões do mundo, sendo que o resultado deste consumo e o trânsito dessas espécies de substâncias nos países são desastrosos.

Nesse contexto, a Nova Lei de Drogas prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários de drogas, dentre outras disposições legais, assim como a distinção entre o uso e o tráfico de drogas.

A diferença existente entre o usuário de drogas e o traficante busca pontuar a gravidade de cada conduta, devendo-se aplicar medidas educativas para aquele e prisão para este, tais medidas servem para o controle da saúde pública de modo geral.

Por fim, dos fatores que circundam o uso de drogas, deve-se ressaltar que este estudo visa articular o novo tratamento jurídico-penal disciplinado ao usuário de entorpecentes e a natureza da pena aplicada aos usuários.

## **2. DO PROCEDIMENTO E SUA COMPETÊNCIA**

Os delitos previstos no art. 28 da Nova Lei de Drogas, por ser infração de menor potencial ofensivo, em regra, serão de competência do Juizado Especial Criminal, com fundamento no art. 48 § 1º da referida Lei.

Poderá não ocorrer à audiência preliminar no juizado, pelo motivo do autor do fato, mesmo tendo se comprometido a comparecer, fez-se ausente na data da audiência, ou porque está em lugar incerto e não sabido.

Assim, desconhecida a correta localização do autor do fato, ou deixando de comparecer no juízo competente, o Ministério Público oferece denúncia, uma vez subsistindo indícios de materialidade e de autoria para sustentar o início da ação penal.

Entende-se que, não quer a Nova Lei de Drogas que o usuário seja submetido ao rito judicial, contudo, há casos em que esta é a saída encontrada pelo Ministério Público na tentativa de fazer valer a persecução penal ao usuário, e dessa forma, oferta a denúncia, sempre amparado pela Lei dos Juizados Especiais Criminais.

Conforme o parágrafo único do art. 66 da Lei nº. 9.099/95, não cabe a modalidade de citação por edital, cuja utilização se dá nos casos de desconhecimento do paradeiro do acusado, conforme dispõe o art. 361 do Código de Processo Penal – CPP.

Nisto, uma vez ofertada à denúncia pelo órgão ministerial, a este compete requerer ao magistrado a remessa dos autos à justiça comum, tendo em vista à impossibilidade do acusado ser citado pessoalmente.

Observa-se que, em razão do acordo contido no Enunciado n.12 do IV Encontro Nacional de Coordenadoria dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabeleceu que primeiramente é

oferecida a denúncia, e assim será remetido os autos para o juízo comum, quando não for possível a citação pessoal do acusado.

Após, de oferecida a denúncia, será reduzida a termo, bem como entregue uma cópia para o acusado, ficando ele citado e imediatamente cientificado da designação da audiência de instrução e julgamento, todavia, se ele não estiver presente, será citado e deverá levar testemunhas ou apresentar requerimento, com antecedência de no mínimo 5 (cinco) dias de sua realização, conforme prescreve o art. 78 da Lei nº. 9.099/95.

Ocorrendo a audiência nos ditames do art. 81 do mesmo diploma legal, será dada palavra ao defensor para responder à acusação.

Com o recebendo a peça ministerial, passará a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, seguida do interrogatório do acusado, caso presente, sendo certo que todas as provas serão produzidas na audiência, após ocorrerão os debates orais e a prolação da sentença.

Por fim, em não sendo interposto recurso no prazo legal, consoante o art.82 e o art.83 da Lei dos Juizados Especiais, a sentença prolatada se tornará definitiva e transitará em julgado.

A primeira das penas previstas é a advertência sobre os efeitos das drogas, é uma forma de advertir o usuário sobre as consequências negativas que a droga traz à sua saúde, à sua família e a todos que com ele se relacionam, diga-se ainda, a sociedade em geral.

A advertência sobre os efeitos da droga será aplicada pelo juiz, acerca do assunto:

Advertência: a lei fala em advertência sobre os efeitos das drogas. Não se trata de uma advertência por razões moralísticas, religiosas, etc. A razão da advertência é jurídica: cuida-se de uma sanção legal. De outro lado, deve-se abordar os efeitos deletérios da droga (para o próprio usuário, para sua família, etc). (GOMES, 2008, p. 156).

Outra pena prevista a ser imposta ao usuário é a prestação de serviços à comunidade, a qual consiste em o agente dedicar-se a serviços voltados, preferencialmente, para tarefas desenvolvidas no seio da comunidade, entidades assistenciais ou educacionais, hospitais, ou mesmo estabelecimentos, públicos ou privados, sem fins lucrativos, que se destinem para a prevenção ao consumo de drogas e à recuperação dos usuários e dependentes de entorpecentes (NUCCI, 2009, p. 336).

Acerca do cumprimento da penalidade, será aplicada, subsidiariamente, as normas previstas no Código Penal, incumbindo ao agente cumprir uma hora-tarefa por dia de condenação, nas condições estabelecidas pelo órgão julgador.

Acrescenta Capez (2008, p. 167-168):

Quando a prestação de serviços à comunidade funciona como pena substitutiva (CP, art. 46), só pode ser aplicada quando a sanção imposta for superior a 6 (seis) meses. Mas isso só vale para a situação específica do art. 46. Aqui na Lei de Drogas a disciplina jurídica da prestação de serviços à comunidade é distinta. E lei especial, como se sabe, derroga a lei geral.

Assim, o suposto conflito entre a redação do artigo 46, caput, do Código Penal e o § 5º da Lei de Drogas, em que o Código Penal dispõe que a prestação de serviços à comunidade somente é aplicável a penas impostas que forem excedentes à seis meses, observa-se que na legislação especial a prestação de serviços à comunidade é inicialmente aplicada no máximo de cinco meses, para acusados primários e no máximo dez meses para reincidentes, não há ambiguidade, tratando-se da regra específica da Lei de Drogas se aplica suas disposições, uma vez que havendo controvérsia, aplica a previsão da legislação especial.

Uma vez havendo a recusa injustificada e, por conseguinte, o descumprimento da pena aplicada ao usuário, este estará sujeito à admoestação verbal, ou multa, sucessivamente, consoante o §6º do artigo de lei sob comento.

Por admoestação verbal, (NUCCI, 2009, p. 340) entende que: “é a censura branda feita oralmente, sem necessidade de se reduzir o que foi falado a termo”, mas também deve ser “suficiente para registrar a seriedade do cumprimento da pena”.

A admoestação será realizada em uma audiência e reduzida a termo nos autos, todavia, não será necessário conter a íntegra da admoestação realizada pelo juiz.

Ainda acrescenta Nucci (2009, p. 340):

A diferença fundamental entre a pena de advertência e a admoestação verbal é, na essência, a finalidade. No primeiro caso, o juiz se concentra em alertar o acusado a respeito dos efeitos das drogas, não somente em relação à sua própria pessoa, mas, sobretudo em relação à saúde pública e ao incentivo ao tráfico ilícito de entorpecentes. No segundo, cuida o magistrado de avisar, com firmeza, o agente de que ele não vem cumprindo, corretamente, a pena aplicada. Estará, então sujeito à sanção pecuniária, caso assim continue a agir.

Bem analisada esta distinção entre a advertência e a admoestação verbal, uma vez que em sua essência são diferentes, enquanto uma refere-se a um alerta sobre os efeitos nocivos das drogas, por conseguinte, a outra, vem como uma exortação sobre o descumprimento de alguma das sanções anteriormente impostas.

Em não havendo o desempenho da pena imposta, ao usuário será aplicada a multa de que versa o art. 29 da Lei de Drogas, sendo a pena pecuniária um artifício de coerção ao usuário, para que este cumpra as medidas fixadas, assim como o valor do dia-multa fixado, deverá estar em conformidade com a capacidade econômica do agente e, a quantia arrecadada será destinada ao Fundo Nacional Antidrogas.

### **3. NATUREZA JURÍDICA DA INFRAÇÃO E SUA PERSPECTIVA**

Das inovações na legislação, brotou a polêmica quanto à natureza jurídica do art. 28 da Lei, posto que o usuário não será mais punido com pena restritiva de liberdade e sim com penas alternativas, gerando assim discussões acerca da descriminalização ou da despenalização da conduta exercida pelo usuário de drogas.

Amparando a tese de que teria ocorrido a descriminalização, Gomes (2008, p.118/119) explana:

O novo regime jurídico dado à posse de droga para consumo pessoal muito se assemelha às medidas sócio-educativas do ECA. As “condenações” que ocorrem na Vara de Infância e Juventude, como se sabe, não valem para a esfera penal, Passear-se-á o mesmo com as “penas” que serão aplicadas para o usuário e/ou dependente de droga.

Em outro ponto de vista, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi (2008, p.44) controvertem a tese mencionada acima, dizendo que: “A lei não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção”.

Neste seguimento, entende Capez (2008, p.690):

as sanções só podem ser aplicadas por juiz criminal e não por autoridade administrativa, e mediante o devido processo legal (no caso, o procedimento criminal do Juizado Especial Criminal, conforme expressa determinação legal do art. 48, §1º, da nova lei).

Contudo, ocorre que na seara doutrinária sempre haverá divergência quanto a determinados assuntos, como é o caso em pauta, contudo, importante ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o tema em tela, decidindo que, com o advento da Lei nº. 11.343/06, não houve a descriminalização do fato típico descrito no art. 28, conforme decisão citada por Filho e Rassi (2008, p.55):

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LDCP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desprezo do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo q previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo proposta de aplicação imediata de pena de que trata da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo recurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Com isto, pode-se ver que a discussão gerada em torno da natureza jurídica do art. 28 da Nova Lei, restou superada. Atualmente o Supremo Tribunal Federal entende que houve apenas a despenalização do dispositivo da lei, considerando que o consumo pessoal de drogas continua sendo crime, todavia, recebe um tratamento penal diferenciado por ser diferente dos demais delitos.



Assim, a criminalidade continua recebendo tratamento punitivo, todavia, as pequenas infrações estão sendo mais compreendidas e tratadas sem pena, seguindo uma linha não estigmatizante dos usuários.

Nesse sentido, a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a existência de condenação anterior, pelo porte de drogas para consumo pessoal não configura reincidência:

“Viola o princípio da proporcionalidade a consideração de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, “porte de droga para consumo pessoal”, para fins de reincidência. STF. 2ª Turma. RHC 178512 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 22/3/2022 (Info 1048)”.

Assim, entende-se que o judiciário busca facilitar a reinserção social do usuário de drogas, tendo em vista a sua vulnerabilidade por conta do vício e do abandono social e familiar.

#### **4. CONCLUSÃO**

Os usuários de drogas recebem medidas alternativas como penas, ao infringir o dispositivo legal que trata do crime voltado ao consumo pessoal de drogas.

Neste contexto, entende-se que usuário deixou de ser enxergado como um criminoso comum, ou seja, passou a ser tratado como um criminoso que não necessita de prisão, mas sim, de outras penas que visem retirá-lo da conduta ilícita.

Com a entrada da Lei nº 11.343/2006 surgiram diversas discussões sobre o que ocorreu efetivamente com a norma, se houve a descriminalização ou despenalização.

Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento, decidindo que, com o advento da referida Lei, não houve a descriminalização, mas sim despenalização.

Assim, entende-se que a criminalidade continua recebendo tratamento punitivo, todavia, as pequenas infrações estão sendo mais compreendidas e tratadas sem pena.

Com isso, deve-se buscar um tratamento não estigmatizante ao usuário de drogas, para que a sua reinserção social seja facilitada, sendo que a prisão em certos casos, como na condição de usuário de drogas, pode ser agravada, deixando de ser um simples usuário para se tornar traficante, sendo que no presídio há outros fatores que desviam para a criminalidade.

#### **REFERÊNCIAS**

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal legislação penal especial. V.4. São Paulo: Saraiva, 2008.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. Lei de drogas anotada. Lei nº 11.343/2006. 2ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Luis Flávio. Lei de Drogas comentada artigo por artigo Lei 11.343, de 23/08/2006. 3ª Ed. Rev., atual. E ampl. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2008.

\_\_\_\_\_Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[L9099 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 15 jul. 2023

\_\_\_\_\_Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm) Acesso em: 12 jul. 2023

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4 ed. Rev., Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A condenação pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio) não configura reincidência. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <  
<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4d215ab7508a3e089af43fb605dd27d1>>. Acesso em: 30/10/2023

PENAL. Código Penal, 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.(Vade Mecum).

PROCESSO PENAL. Código de Processo Penal, 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.(Vade Mecum)

# **A investigação criminal defensiva durante as apurações policiais**

**Bruno Haddad Souza Chaves**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito do Consumidor. Advogado.

## **Resumo**

Trata-se de uma reflexão acerca da legitimidade da investigação criminal promovida pela defesa, no curso das investigações preliminares policiais

**Palavras-Chave:** Investigação criminal defensiva. Legitimidade. Apurações policiais

## ***Abstract***

*This is a reflection on the legitimacy of criminal investigations conducted by the defense during the course of police preliminary investigations.*

**Keywords:** *Defensive criminal investigation. Legitimacy. Police investigations.*

## **1. INTRODUÇÃO**

O intento deste estudo é analisar os aspectos correlacionados à investigação criminal defensiva durante o curso das investigações policiais, realizada pela defesa, com a finalidade de buscar levantar elementos e meios de prova que sejam favoráveis à plena defesa do investigado.

Para os que levantam e defendem a tese da investigação criminal defensiva, tal modalidade, apartada das estruturas estatais, teria por fundamento a imparcialidade que deve existir no sistema jurídico processual penal, além de basear-se no processo penal acusatório, sistema este adotado na atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, ligada aos conceitos de contraditório e ampla defesa, tal método de investigação buscaria uma paridade de armas entre a acusação e o investigado, ao permitir a obtenção dos meios de prova importantes para a defesa.

Assim, serviria para efetivar a busca da verdade real, assegurando ao imputado, desde o início da persecução penal, a possibilidade de contra-argumentar a acusação que lhe foi feita, podendo, inclusive, evitar a própria instauração da ação penal.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. ASPECTOS RELACIONADOS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (DEFENSIVA)**

A persecução penal, de titularidade do Estado, enquanto atividade estatal de proteção penal, abrange dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal.

Do ponto de vista técnico e jurídico, a investigação criminal seria um procedimento formado por atos administrativos que visam a elucidar um fato delitivo. Para muitos, a investigação criminal pode ser definida como a atividade estatal de persecução criminal destinada a preparar a ação penal, que apresenta caráter preparatório e informativo, pois o seu objetivo é levar ao órgão encarregado da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo.

Ao contrário do aduzido por vários, a investigação criminal não teria a finalidade de buscar comprovar a infração penal. Assim, sua essência não seria a de ratificar a tese acusatória, mas a de cercar-se de elementos informativos para se verificar a robustez da imputação, evitando processos criminais desnecessários.

Nesse sentido, a investigação criminal é prévia ao processo penal em si, possuindo o objetivo de fundamentar a instauração da ação penal ou, em caso de imputações infundadas, evitar o recebimento da peça acusatória, estando fundamentada nos pilares da instrumentalidade e da autonomia.

E essa concepção instrumental, para parte da doutrina que assim a concebe, proporcionaria duas funções basilares da investigação criminal, que seriam a função de preparação e a de preservação.

A função preservadora busca evitar uma instauração sem elementos de justa causa da ação penal. Já a preparatória busca resguardar e conservar os meios de prova essenciais para o futuro deslinde processual.

Também cabe destacar que a investigação criminal é marcada pela autonomia, existindo de forma independente do próprio processo. Assim, existiriam casos em que a imputação penal seria descabida e caberia o arquivamento da investigação, sem mesmo haver o início da relação jurídica processual.

Em espécie, a instrução preliminar deve se estruturar possibilitando não apenas a comprovação de culpabilidade do imputado, mas também a possibilidade de afastar a sua eventual imputação, não havendo propriamente uma acusação de forma específica.

Assim, não há ou deveria haver uma acusação embutida dentro da fase investigatória. Nas palavras de Aury Lopes Jr, “a investigação é que permitirá a transição entre a mera possibilidade (notícia-crime) para uma situação de verossimilitude (imputação/indiciamento) e posterior probabilidade (indícios racionais), necessária para adoção de medidas cautelares e para receber a ação

penal” [\[1\]](#).

Nesta seara, deduz-se que a investigação criminal é uma fase de cognição sumária, ou seja, a atividade instrutória está limitada à obtenção dos elementos indispensáveis para a comprovação do cometimento de delito [\[2\]](#).

Em determinada situação, os elementos de convicção podem ser obtidos por um particular, como por exemplo o defensor do imputado, do ofendido ou de qualquer outra parte, fora dos autos de um procedimento administrativo conduzido por autoridade pública. A isso se denomina investigação privada.

Por conseguinte, a investigação privada defensiva deve obedecer às limitações impostas a todo tipo de investigação privada, principalmente devido à falta de poder de polícia, como se verificará adiante.

No que diz respeito à força probante, os atos de investigação não se confundem com atos de prova, porque não observam as garantias fundamentais da publicidade, do contraditório e da ampla defesa. Logo, não podem ser utilizados para amparar a sentença. Ou seja, os elementos informativos de provas são colhidos na fase investigatória, sem a participação dialética das partes. Prestam-se para a fundamentação das medidas cautelares, bem como para a estruturação de uma acusação.

As provas, por sua vez, têm o seu regime jurídico ligado ao contraditório judicial. São aquelas produzidas com a participação do acusador e do acusado e mediante a direta e a constante supervisão do julgador.

## **2.2. CONTEXTO HISTÓRICO**

No curso da história, a investigação criminal assumiu várias formas, com diferentes cargas de poderes e deveres para o imputado, mas sempre com o propósito comum de obter dados sobre a materialidade e a autoria de eventual prática delitiva, amoldando-se de acordo com o sistema processual penal existente (inquisitório, acusatório ou misto), que, por sua vez, se estruturou conforme o modelo estatal vigente ao contexto da época.

Apesar de ser consolidada em outros países, como a Itália, no Brasil só começou a ganhar certo destaque em 2018, com o Provimento 188/2018, pelo Conselho Federal da OAB.

É importante que se diga que o Conselho Federal da OAB não criou uma prerrogativa para a advocacia por meio do provimento que regulamenta a investigação defensiva, pois, nos limites legais, a advocacia é livre para diligenciar ou operar conforme seja melhor para a defesa do acusado.

## 2.3. CONCEITO E BASE NORMATIVA

Em seu Artigo 1º, o Provimento nº 188/2018 do CFOAB define a investigação defensiva como o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para tutela de direito de seu constituinte.

Sendo uma espécie do gênero “investigação preliminar”, a investigação defensiva é um importante instrumento da defesa na prevenção de erros jurisdicionais e que pode evitar também que inocentes figurem injustamente na qualidade de investigados, minimizando, dessa forma, as indesejadas injustiças, uma vez que se amplia, com essa prática, o campo de análise em qualquer uma das fases da persecução criminal.

Esta modalidade vem sendo cada vez mais discutida pela doutrina jurídica nacional e estrangeira, por ser vista como forma de compensar o movimento em favor da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público.

Nesse sentido, nas lições de Antonio Scarance Fernandes: “A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência”.

Do mesmo modo, José Barcelos de Souza ressalta a necessidade de se atribuir poderes investigatórios ao imputado para contrabalançar a investigação ministerial. Nesse sentido: “o que muito pesa, porém, em favor de uma regulamentação já, entre nós, de direitos investigatórios da defesa, é o fato de que aqui o Ministério Público tem investigado, mas, para acusar, sem qualquer comprometimento, por força de lei, com os interesses da defesa, e por isso mesmo completamente à revelia dela, à qual não é garantida sequer a faculdade de requerer diligências, diferentemente do que ocorre no inquérito policial.

Assim, como forma de assegurar isonomia entre as partes na persecução penal e o direito de defesa do imputado, a investigação defensiva deve ser admitida tanto nos ordenamentos que adotam a investigação ministerial quanto a policial.

De acordo com o referido Provimento, cabe destacar, também, que poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e

informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Além disso, na realização da investigação defensiva, o advogado poderá valer-se de colaboradores, como detetives particulares, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo.

Durante a realização da investigação, o advogado deve preservar o sigilo das informações colhidas, a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas.

Por sua vez, o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados. E eventual comunicação e publicidade do resultado da investigação exigirão expressa autorização do constituinte.

Por fim, estabelece o regramento da OAB que as atividades descritas neste referido Provimento são privativas da advocacia, compreendendo-se como ato legítimo de exercício profissional, não podendo receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades.

Pelo exposto, pois, é que a partir de um regramento realizada pela OAB se estruturou um modelo de investigação defensiva, mas que ainda precisa ser reconhecido de maneira mais ampla e pelos órgãos persecutórios penais.

## **2.4. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA APLICADA NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES POLICIAIS**

Nos aspectos práticos, tal método pode auxiliar para esclarecer os fatos e é um relevante instrumento na defesa do investigado, do acusado ou do recorrente, no momento em que se confrontam os elementos probatórios do processo com a verdade real, não servindo-se somente de instrumentos outros. Assim, cabe notar que, em determinadas situações, a narração de um pressuposto fato tido por ilícito pode levar à situação em que, ao final, descubra-se acerca do fechamento da ausência de responsabilidade criminal do imputado.

De acordo com Francisco da Costa Oliveira, podem ser citados alguns benefícios da investigação defensiva, a saber: a) maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado; b) descondicionamento das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório; c) intervenção direta na fixação preliminar do objeto do processo e d) maior antecipação das questões fáticas e jurídicas convenientes à defesa.

Ocorre que, na investigação defensiva, é o representante do imputado que conduz o norte da atuação investigatória, com ampla separação em relação aos entes públicos, de forma a levantar

elementos informativos lícitos em favor do acusado.

De outro lado, no inquérito policial, o defensor não possui o mesmo espaço, uma vez que a direção das investigações cabe à Autoridade Policial, sob a fiscalização do Ministério Público e da Autoridade Judiciária<sup>[3]</sup>.

Assim, é cabível a atuação do acusado no âmbito do inquérito policial, em atenção ao direito de defesa, mas não se trata de defesa ampla e geral, mas sim limitada ao resguardo dos interesses mais relevantes do suspeito.

Na seara da investigação defensiva, a qual segue um rumo de forma segregada da investigação pública, cabe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos acerca da sua licitude e do seu valor. Assim, ao passo que na pública o defensor é um partícipe do procedimento, na privada assume o causídico um papel relevante.

Do contexto apresentado, extraem-se os requisitos essenciais da investigação defensiva, quais sejam a) prática de atos de investigação pelo defensor do imputado, com ou sem o apoio de auxiliares técnicos; b) em qualquer momento da persecução penal; c) fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; e d) com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

Cabe ressaltar, contudo, que por a investigação criminal defensiva uma espécie de investigação privada, ela não goza de imperatividade. Fato: o defensor não tem poderes coercitivos no exercício de suas atividades investigatórias e, por isso, depende do consentimento do titular do direito para obter determinada informação.

Aqui um questionamento oportuno: “como o ordenamento jurídico brasileiro tem enfrentado a temática da investigação defensiva no curso das investigações policiais?”.

Atualmente, o inquérito policial está regulado nos artigos 4º a 23 do CPP. Importante observar que tais normas surgiram em pleno regime ditatorial, no qual se defendia a eficiência da persecução criminal a todo o custo e o imputado era tratado como mero objeto da investigação.

Pelo exposto, toda a sistemática legal do inquérito policial, como se examinará adiante, deve ser interpretada em harmonia com a Constituição de 1988, de inspiração liberal e garantista. Em regra, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o inquérito policial como principal modelo investigatório de fatos potencialmente criminosos. Sinteticamente, é possível definir o inquérito policial como “atuação investigatória da Polícia Judiciária, com a finalidade de apurar a materialidade da infração



penal cometida e respectiva autoria”.

De forma mais direta, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo conceituou o inquérito policial como “procedimento cautelar, de natureza administrativa, quanto à forma, e judiciária, quanto à finalidade, por meio do qual se ultima investigação acerca da materialidade e autoria de fato supostamente criminoso”.

De início, entende-se que o inquérito policial é procedimento – e não processo – por não haver contraditoriedade perfeita na sequência dos atos. Ademais, é procedimento formal, pois devem ser observadas algumas regras na realização de cada ato e existe uma ordem para início (portaria ou auto de flagrante da Autoridade Policial, requisição do Juiz ou do Ministério Público, ou requerimento do ofendido ou de seu representante), desenvolvendo-se com as demais diligências que se fizerem necessárias e encerrando-se com um relatório final.

Em segundo lugar, o inquérito policial é procedimento cautelar pré-processual, pois serve para a captação e preservação de meios de prova da materialidade e da autoria delitiva, a serviço de eventual ação penal e é preliminar ao processo, embasando a sua instauração ou impedindo acusações descabidas.

José Frederico Marques destaca a cautelaridade do inquérito policial, na medida em que “a investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido”.

Em terceiro lugar, sob uma ótica formal, o inquérito policial é procedimento administrativo, porque dirigido pela Polícia Judiciária, ente estatal integrante da Administração Pública, vinculado ao Poder Executivo, que pratica atos de caráter administrativo.

Em sua tese, André Machado ressalta que “o inquérito policial começa com mero juízo de possibilidade a respeito da imputação constante da notícia de crime. Para o início da persecução penal, não é preciso que o crime se apresente na integridade de seus elementos constitutivos. Desde que uma conduta comissiva ou omissiva possa enquadrar-se em tipo abstrato descrito na lei penal, torna-se ela relevante para a atividade persecutória do Estado. Basta, por isso, à autoridade policial a notícia de um fato típico, para que inicie as investigações em que se corporifica o momento inicial da *persecutio criminis*”.

Logo, o inquérito policial, enquanto espécie de investigação criminal, deve se pautar por uma cognição sumária dos fatos aduzidos na notícia de crime, com a finalidade de atestar a “fumaça de cometimento do delito”.

Assim, o inquérito policial deve averiguar a provável ocorrência do fato criminoso e sua autoria, em virtude da sua própria natureza de instrução prévia e não definitiva.

Cabe também destacar aspectos relacionados à imposição probatória desse método investigativo, como se verá abaixo.

O inquérito policial, como visto, destina-se a colher elementos de convicção acerca de uma prática delitiva, que servem para fundamentar as decisões interlocutórias proferidas nessa fase, bem como justificar eventual ação penal ou arquivamento do feito.

De toda sorte, cabe destacar o peso probatório desse método investigativo, o qual, como um procedimento preliminar, buscaria atribuir informações ao dominus litis para formar a sua justa causa penal. De igual modo, parte da doutrina defende que, num caso concreto, o magistrado poderia se utilizar de elementos colhidos na fase investigatória inicial para dar robustez ao convencimento já formado.

Fato é que, tal entendimento, não obstante seja contraditório e destoe da própria natureza jurídica do inquérito policial, acabou sendo absorvido pelos Tribunais pátrios. Segundo o posicionamento jurisprudencial majoritário, é possível a utilização dos dados oriundos do inquérito policial para embasar a condenação, desde que não sejam os únicos elementos de prova a formar o convencimento judicial (Machado).

Por outro lado, defende-se que alguns eventuais vícios presentes na instrução criminal do inquérito não poderiam contaminar o processo penal, visto que que naquele ainda não estaria formado o enlace o contraditório.

Entretanto, tal raciocínio não deve prevalecer, visto que tais argumentos são contraargumentativos. Se os elementos probatórios decorrentes do inquérito policial são aproveitados na ação penal, ele deixa de ser apenas informativo e as irregularidades porventura existentes na fase preliminar maculam também o processo.

A Lei n.º 11.690, de 09/06/08 alterou a redação do artigo 155 do CPP e proibiu a formação do convencimento judicial apenas com os dados oriundos da investigação, excetuadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. A contrario sensu, permitiu-se a utilização dos atos de investigação na fase judicial, se não consistirem nos únicos elementos de convicção da Autoridade Judiciária. Tanto que a nova lei não previu a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo.

Assim, a modificação legislativa mostrou-se contraproducente e, o que é pior, contrária às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois permitiu o

aproveitamento dos atos de investigação no processo.

Visto todo esse contexto é que a investigação criminal defensiva surge para buscar garantir o equilíbrio entre as partes em um processo penal acusatório, ao atuar ainda na etapa de investigação preliminar policial.

É que o sistema acusatório deve velar por algumas regras e princípios, tais como: a) a repartição de poderes processuais, b) a ativação da causa pelas partes; c) a independência e a imparcialidade do Juiz; d) a liberdade de defesa e igualdade de posição entre as partes; e) o contraditório; f) a publicidade e oralidade do procedimento; g) presunção de inocência; h) e a livre apresentação de provas pelas partes.

No ponto que mais de perto interessa ao tema da investigação defensiva, passa-se ao exame dos princípios da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal em um sistema processual penal de partes.

No âmbito processual penal, o princípio da igualdade garante, de um lado, o tratamento paritário aos que se encontram em posição jurídica idêntica no processo e, de outro, as mesmas oportunidades para as partes comprovarem os seus argumentos.

A igualdade justifica e dá valor ao processo criminal e seu procedimento. Apenas com o cumprimento desse postulado é que se pode alcançar a verdade e, por conseguinte, realizar a Justiça penal.

Tal princípio relaciona-se com o contraditório, na medida em que “coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendores o contraditório também se assegura tratamento igualitário”. Tanto que é possível existir contraditório onde há desigualdade.

O contraditório, por sua vez, e antes de relevante garantia processual, constitui um dos elementos essenciais da definição de processo.

De fato, se na sua acepção lógico-filosófica o contraditório é entendido como o contraste entre posições assertivas opostas, dirigidas a se elidirem reciprocamente, no esquema processual essa contraposição só adquire sentido quando destinada à persuasão de um terceiro imparcial, ainda que não necessariamente inerte ou passivo; assim, embora se desenvolva entre dois polos dialéticos, o contraditório processual implica uma relação triádica, que constitui afinal a essência da ideia de processo.

Em suma, dá-se destaque à função social do contraditório, que serve como fator legitimador da decisão a ser tomada. Vale dizer: a possibilidade de influenciar o resultado do processo é que leva as partes a aceitarem uma solução futura incerta.

É um super princípio que encontra base constitucional, sendo postulado no artigo 5º, LV, da CF, e abrange dois aspectos: ciência e participação.

O primeiro refere-se à necessidade de se comunicar previamente as partes da realização de um ato processual. O segundo diz respeito à faculdade das partes de participar ativamente dos atos processuais, com o objetivo de influenciar o convencimento do julgador.

Assim, pode-se conceituar o contraditório como o direito de cada uma das partes de ser informado e de participar dos atos processuais, em contraposição aos argumentos sustentados pela outra parte. Ou seja, a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.

Por seu turno, a ampla defesa se define como direito do acusado à tutela jurídica de sua liberdade. Cuida-se, portanto, de contrariedade à acusação, sua repulsa ou antítese.

Cabe ainda destacar que a ampla defesa se divide em defesa técnica e autodefesa. A primeira consiste na assistência jurídica ao imputado por defensor de sua confiança, sendo considerada indisponível, pois essencial para garantir a igualdade, o contraditório e a imparcialidade do Juízo.

Já a autodefesa é a resistência pessoal do imputado à acusação que lhe foi dirigida e, ao contrário da defesa técnica, é renunciável. Contudo, o Magistrado tem o dever de facultar ao imputado o exercício desse direito.

Vicente Greco Filho sintetiza os meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e rebatê-la; d) ter defesa técnica; e e) poder recorrer da decisão desfavorável.

Antes da promulgação da Constituição da República de 1988, prevalecia o entendimento de que era inadmissível o contraditório e o direito de defesa no inquérito policial, por ser procedimento inquisitório.

Com a edição do atual texto político, incrementou-se a discussão a respeito da incidência do contraditório e da ampla defesa na fase investigatória, devido à confusa redação do artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O que se entende neste trabalho é que o direito de defesa, em seus dois aspectos de defesa técnica e autodefesa, também incidiria na fase investigatória, encontrando respaldo não só no texto constitucional, mas também no artigo 14 do CPP, que permite a requisição de diligências pelo indiciado.

É que tem o indiciado interesse em evitar uma acusação equivocada e, sobretudo, um decreto de prisão, que pode fundamentar-se em peças do inquérito.

Em realidade, por conta da própria finalidade do inquérito policial, é inviável a existência do contraditório nessa fase. É que o sucesso de alguns atos de investigação depende do sigilo e da surpresa na sua realização, o que é incompatível com o citado princípio constitucional.

Por tais razões, os dados obtidos na persecução prévia devem prestar apenas para embasar as decisões interlocutórias exaradas nessa fase e o juízo sobre a viabilidade da acusação. Tais elementos não podem influenciar o julgamento do caso pela Autoridade Judiciária, razão pela qual, repise-se, o inquérito policial deve ser excluído dos autos do processo criminal.

Deduz-se, do acima exposto, que um modelo processual penal acusatório deve se nortear pelos direitos fundamentais de igualdade e de defesa, os quais incidem em todo o rito persecutório, mesmo na fase preliminar. A investigação defensiva decorre de tais direitos e, mais do que disso, serve para garantir a sua efetiva aplicação.

Nessa ótica, é possível vislumbrar a investigação defensiva como garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e de defesa.

O direito de defesa, que se desdobra nos direito à prova e à investigação, preceitua a possibilidade de reagir aos atos da parte contrária com os meios de prova admitidos em Direito.

Assim, por meio da investigação defensiva, faculta-se ao imputado exercer ativamente o seu direito de defesa, desde a fase preliminar, recolhendo os dados indispensáveis à comprovação de seus argumentos e que podem evitar o advento de ação penal.

Diante disso, um verdadeiro e justo processo penal acusatório deve assegurar que acusação e defesa tenham oportunidades equânimes para sustentar as suas teses, inclusive durante a instrução preliminar. Até porque, nesta fase, já existe imputação em sentido amplo e, por conseguinte, o inegável interesse do imputado em demonstrar a sua inocência.

Logo, se um ordenamento jurídico prevê procedimento investigatório público, de cunho nitidamente acusatório, é imprescindível que admita também a investigação autônoma do crime pela defesa.

Nesse sentido, a partir do estudo dos aspectos substanciais e procedimentais relacionados à investigação defensiva, sugere-se de lege ferenda a incorporação deste instituto ao processo penal brasileiro.

Como se viu, a investigação defensiva decorre do princípio da isonomia e do direito de defesa, inerentes ao sistema jurídico acusatório, pois permite ao imputado, em igualdade de condições com a acusação, buscar elementos de prova de descargo.

É que, em regra, o inquérito policial deveria ser instrumento para a isenta apuração dos fatos relatados na notícia de crime, pois é dirigido pela Polícia Judiciária, órgão pretensamente imparcial e desvinculado das pretensões de ambas as partes na persecução penal.

Ocorre, entretanto, que o inquérito policial sempre foi voltado, a partir de uma perspectiva histórica e mesmo cultural, muito mais voltado à formação do entendimento e da justa causa acusatória do que como elementos de defesa.

Em virtude desse viés acusatório que sempre esteve presente nesse procedimento, é de se colocar, para seus defensores, que a legislação processual penal pátria precisa implementar e prever normativamente a investigação defensiva.

## **2.5. PARALELO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO**

Pela teoria dos poderes implícitos, o Ministério Público tem reconhecida sua legitimidade para realizar investigações criminais, em conformidade com entendimento pacífico do STF, dado que é dele a titularidade da ação penal pública. Nesse sentido, a instituição pode realizar apurações na fase pré-processual sem se limitar aos trabalhos realizados pela polícia civil.

Embora sempre tenha havido uma certa resistência de outras instituições em conceber a investigação privada, tem surgido algumas vozes reconhecendo a necessidade de se discutir a temática, de forma técnica e ponderada.

Na visão do Promotor de Justiça Marcus V. A. de Oliveira<sup>[4]</sup>, é “justamente em decorrência dessa intervenção mais proativa do Ministério Público na investigação criminal, que gerou uma nova demanda para a advocacia – privada ou pública, no caso da Defensoria Pública -, tornou-se mais frequente na doutrina e na jurisprudência nacionais a discussão sobre o papel da defesa na fase pré-processual. Com isso, chegou-se ao ponto de pensar mais a sério sobre a chamada investigação criminal defensiva e de perceber-se maior interesse da advocacia sobre esse segmento de atuação profissional”.

A investigação criminal defensiva, pois, não se confunde com a participação do investigador no procedimento investigatório desenvolvido pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público.

Nessa toada, apesar de ambos se caracterizarem como manifestação do direito de defesa, ao participar do inquérito policial, o advogado está delimitado aos rumos dados à investigação pela autoridade policial; de outra banda, na investigação defensiva, que se desenvolve de maneira independente do inquérito policial – e acrescentamos, também da investigação direta do Ministério Público – incumbe ao defensor delimitar a estratégia investigatória, não estando vinculado às autoridades públicas, devendo apenas observar os limites constitucionais e legais na identificação de fontes de prova<sup>[5]</sup>.

Apesar de reconhecer a investigação criminal defensiva, DE OLIVERIA defende que o Provimento nº 188/2018 da CFOAB, outrora apresentado nesta obra, apresenta vício de inconstitucionalidade formal, na medida em que não caberia à instituição OAB, uma autarquia *sui generis*, o poder de legislar sobre quaisquer assuntos que inovem na ordem jurídica.

Defende assim, pois, o surgimento de uma regulamentação “legislativa” para disciplinar a matéria, que também é do interesse da Defensoria Pública.

Devendo ser aceita como uma atividade lícita, tal modalidade não deve ser encarada como a limitada participação do investigado na investigação oficial, seja o inquérito policial ou mesmo o PIC.

Em suma, “deve-se sempre ter em mente que o fim último de qualquer investigação criminal é a melhor apuração dos fatos, com vistas ao resguardo do direito da coletividade à segurança pública, mas também das liberdades fundamentais da vítima e do investigado. Por isso, deve-se orientar e incentivar os membros do Ministério Público a lidar com a investigação criminal defensiva, o que pressupõe a realização de cursos de capacitação em suas escolas superiores” (DE OLIVEIRA).

### **3. CONCLUSÃO**

Por todos os fundamentos trazidos ao longo deste trabalho, observa-se que a investigação criminal defensiva já passou do tempo de ser efetiva e concretamente implementada via ordem legislativa robusta.

De fato, o imputado tem o direito fundamental de defesa, do qual se extraem os direitos à prova e à investigação. O direito de defesa é essencial para garantir a regularidade da própria persecução penal.

Renato Brasileiro aponta alguns objetivos da investigação criminal defensiva, a saber: a) comprovação do álibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; b) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; c) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; d) eliminação de possíveis erros de raciocínio a quem possam induzir determinados fatos; e) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; f) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; g) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.

O próprio artigo 396-A do CPP estipula que o conteúdo da resposta do imputado deve compreender de forma ampliada tudo o que o mesmo puder trazer em sua defesa, podendo “argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário”.

Nesse sentido é que se denota a relevância desta defesa preliminar para o imputado, pois é seria esse o passo do processo adequado para que o imputado possa trazer aos autos as informações e os elementos que entenda aptos a inviabilizar o recebimento da peça acusatória. A finalidade, portanto, é de se prevenir que eventuais imputações desprovidas de justa causa ou infundadas prossigam produzindo efeitos jurídicos.

Por todo o exposto no trabalho, defende-se a linha de que se tornou condição importante a estipulação legislativa de que a investigação defensiva seja previsto em nosso ordenamento, permitindo ao imputado buscar reunir informações que possam servir para embasar sua defesa, partindo do início da persecução penal, qual seja ainda a fase do inquérito policial.

## **REFERÊNCIAS**

DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim. Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 76, Abr./Jun. 2020. Disponível em: [https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus\\_Vinicius\\_Amorim\\_de\\_Oliveira.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904621/Marcus_Vinicius_Amorim_de_Oliveira.pdf). Acesso em: 25/09/23.

FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro” in Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, Ano V, n.º 21, jul./set. 2002, p. 13.

GRECO FILHO, Vicente. Tutela Constitucional das liberdades. São Paulo: Saraiva, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 188.



LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Obetido em: [http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/ppublico/Andre\\_Augusto\\_Mendes\\_Machado\\_Dissertação.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/ppublico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertação.pdf). Acesso em 18/09/23.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. A Defesa e a Investigação do Crime. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: novas tendências. Belém: CEJUP, 2012.

SOUZA, José Barcelos de. “Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa”, notas referentes à palestra proferida no “IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal”, realizado no município do Guarujá/SP, nos dias 06 a 09 de novembro de 2004, p. 02. Disponível na internet: “[www.iamg.org.br](http://www.iamg.org.br)”.

[1] LOPES Jr., Aury, Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal, p. 41.

[2] [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre\\_Augusto\\_Mendes\\_Machado\\_Dissertacao.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf). Acesso em 18/09/23

[3] MACHADO, André Augusto Mendes.

[4] DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim. Ministério Público e investigação criminal defensiva: desafios e algumas propostas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 76, Abr./Jun. 2020

[5] DE OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim.

# **Do regionalismo ao processo de integração econômica: um ponto de vista do direito constitucional internacional**

**Renê Carvalho Pimentel Lima**

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Tiradentes. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhangüerra-Uniderp. Professor. Servidor Público do Tribunal de Justiça de Sergipe. Assessor de Magistrado.

## **Resumo**

Este artigo analisa as principais características do processo de integração econômica, baseando-se nas premissas do direito internacional econômico, sob as lentes do constitucionalismo, apontando que este tem como objetivo o livre trânsito de fatores de produção no mercado dos países que fazem parte do acordo, sem entraves comerciais, fincado no bem estar social, na soberania e na livre iniciativa.

**Palavras-Chave:** INTEGRAÇÃO ECONÔMICA. SOBERANIA. CONSTITUCIONALISMO

## ***Abstract***

*This article analyzes the main characteristics of the economic integration process, based on the premises of international economic law, through the lens of constitutionalism. It points out that the objective is the free movement of factors of production in the markets of the countries involved in the agreement, without trade barriers, grounded in social welfare, sovereignty, and free enterprise.*

**Keywords:** ECONOMIC INTEGRATION. SOVEREIGNTY. CONSTITUTIONALISM

## **1. INTRODUÇÃO**

O projeto de integração econômica regional tem como objetivo o livre trânsito e circulação dos fatores de produção, que implica no ingresso deles no mercado interno de países diversos sem entraves comerciais.

Os tratados instituidores de associações regionais visam o propósito da circulação de mercadorias em redução parcial de alíquotas, tendo em vista negociações parciais de listas nacionais.

A ideia de integração propõe-se como ideal de eficiência econômica, iniciada com acordos comerciais firmados, que tentam superar as instabilidades políticas e econômicas.

Já nas primeiras etapas do processo de integração (área de tarifas preferenciais ou união aduaneira) são firmados acordos de cooperação e acordos de complementação econômica, para setores considerados como estratégicos. Assim, a ideia do trânsito de mercadorias passa a ser cuidadosamente analisada, forçando uma revisão nas regras jurídicas estabelecidas na ordem jurídica interna e na ordem regional.

Do ponto de vista do Direito algumas sérias medidas devem ser tomadas e outras analisadas. É preciso identificar que normas de alcance regional serão postas, quais ditames e recomendações da Organização Mundial de Comércio devem prevalecer, bem como qual a proposta para a harmonização de regras sobre importação e exportação passa a valer entre membros do acordo e entre estes e terceiros (os não-membros, países-parceiros comerciais), e ainda quais medidas adotar para não restringir direitos.

Na era em que estamos vivendo, um fenômeno tem sido o grande impulsionador das relações entre todos os povos do globo terrestre: a globalização. Fenômeno este que ao criar novas estruturas na sociedade mundial exige do Direito a adequação à nova realidade com a produção de normas jurídicas que melhor se adequem as características da sociedade contemporânea.

O estudo das associações e organizações internacionais é de importância fundamental para o profissional do Direito, hoje consciente de que o projeto de criação de uma nova ordem internacional começa necessariamente pela consignação de ordens ou sistemas regionais.

Na busca do entendimento de quais os métodos utilizados para alcançar uma nova ordem internacional temas como a interdependência das relações entre os Estados deve ser analisada, compreendendo-se que um fato ocorrido em um país tem repercussão imediata em outro. Em contrapartida, o simples fato de um Estado assumir um compromisso internacional ao ingressar numa associação regional faz com que sua ordem jurídica interna deva ser reestruturada, mesmo que já haja uma previsão em sentido comum em legislação ordinária ou que se tenha apenas uma referência programática na Constituição Federal.

Dentre os principais instrumentos do direito internacional figuram os tratados, acordos formais entre dois ou mais países, ou organizações internacionais, que estabelecem direitos e obrigações para as partes envolvidas. Esses acordos são também conhecidos como pactos, convenções ou protocolos. Os tratados internacionais são uma das principais fontes do direito internacional e podem ser bilaterais, envolvendo apenas dois países, ou multilaterais, envolvendo diversos países. Alguns tratados são regionais e limitados a uma região geográfica específica, enquanto outros tratados são universais e se aplicam a todos os países.

Tanto as convenções quanto os tratados internacionais são instrumentos fundamentais do direito internacional, contribuindo para a construção de uma ordem mundial baseada em regras e normas comuns. Enquanto as convenções servem de base para a elaboração de leis pelos países signatários, os tratados devem ser incorporados à legislação nacional, por meio de aprovação do Congresso Nacional<sup>[1]</sup>.

Ressaltamos que esse processo de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento os equipara às leis ordinárias. No entanto, os tratados internacionais poderão ter status constitucional. De acordo com o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais nela previstos são aplicáveis também às relações internacionais. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que os tratados de direitos humanos possuem status supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, estão em patamar hierárquico superior às leis ordinárias e inferiores somente à Constituição Federal<sup>[2]</sup> – pelo que, em caso de conflito entre o tratado internacional e a legislação nacional, deve prevalecer a norma mais favorável à proteção dos direitos humanos.

Como podemos perceber, o fenômeno da integração econômica conta com a atualidade para demonstrar relevância. Os recentes acontecimentos na ordem internacional revelam a necessidade de estudar como adequar as regras do direito interno aos acordos estabelecidos, objetivando a formação de um mercado comum (caso do Mercosul) e quais novas medidas devem ser tomadas para evitar problemas conjunturais.

Assim, o presente texto analisa as características da Nova Ordem Econômica Internacional e do regionalismo, descrevendo cada etapa do processo de integração entre as nações.

## **2. NOÇÃO DE ORDEM INTERNACIONAL E DE ORDEM REGIONAL**

### **2.1. Nova ordem econômica internacional**

O aumento das interações transnacionais, potencializado pelo desenvolvimento das comunicações, trouxe um conjunto de problemas a serem enfrentados pela comunidade internacional.

Diante disso, torna-se necessário um diálogo que favoreça uma adequação social de nível internacional, o que nas lições de Marcel de Neves significa:

(...) a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito, sobretudo daqueles que eventualmente tenha suas pretensões rejeitadas por decisões jurídicas<sup>[3]</sup>.

A Nova Ordem Econômica Internacional – NOEI – é reflexo, portanto, desse fenômeno no mundo econômico internacional, sendo caracterizada por uma “ideologia do desenvolvimento”, aportada em princípios de cooperação internacional.

A NOEI assinala novas possibilidades de relações mercadológicas, com a necessária intervenção do Estado nacional na regulamentação das relações comerciais entre as nações, assinalando um fortalecimento do fenômeno conhecido por regionalismo.

Mohammed Bedjaoui oferecendo críticas ao termo em estudo, preleciona que “Tomada em um sentido comum, a expressão ‘nova ordem econômica internacional’ é fundamentalmente inexata, porque ela supõe a existência de uma ‘ordem anterior’, onde só existe uma desordem”<sup>[4]</sup>. Em desprezo ao preciosismo semântico, a doutrina, porém, já consagrou o uso da expressão.

A Nova Ordem Econômica Internacional é centrada em uma ideologia de desenvolvimento cooperativo, dedicada não apenas às relações de cunho econômico, mas a qualquer interação inter Estados que perpassasse os interesses nacionais de determinada Nação. Podemos nos referir, por exemplo, ao gradativo interesse da comunidade internacional pela criação de institutos que restrinjam a soberania estatal sobre os recursos naturais, tema da Resolução n. 1.803, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1962, que dispôs:

1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respetivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.

2. A exploração, desenvolvimento e disposição de tais recursos, bem como a importação dos capitais estrangeiros necessários para tais fins, deverão estar de acordo com as regras e condições que os povos e nações livremente considerem necessárias ou desejáveis relativamente à autorização, restrição ou proibição de tais atividades.<sup>[5]</sup>

Partindo dessas premissas, Häberle destaca que: “(...) hoje o Estado Constitucional e o Direito Internacional transformam-se em conjunto. O Direito constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional. Também é válido o contrário, ou seja, o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional”<sup>[6]</sup>.

A soberania nacional, todavia, deve ser exercida em conformidade com o direito internacional, em consonância com os princípios de cooperação internacional e da manutenção da paz. Nesse sentido, ressalta a referida norma:

5. O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre os seus recursos naturais deverá ser fomentado pelo respeito mútuo entre Estados com base na respetiva igualdade soberana.

6. A cooperação internacional com vista ao desenvolvimento econômico dos países em vias de desenvolvimento, sob a forma de investimentos de capitais públicos ou privados, troca de bens e serviços, assistência técnica, ou partilha de informação científica, deverá favorecer o desenvolvimento nacional independente desses países e basear-se no respeito da sua soberania sobre as respetivas riquezas e recursos naturais.<sup>[7]</sup>

Já em 1966 outra Resolução da Assembleia Geral tratou sobre a soberania permanente sobre recursos naturais. Por sua vez, em Resolução adotada em dezembro de 1973, a Assembleia Geral reafirmou o direito inalienável dos Estados à soberania sobre os recursos naturais.

No que se refere ao desenvolvimento econômico, a NOEI defende o reconhecimento da independência da economia de cada Estado frente às grandes potências, ao mesmo tempo em que propugna a ideia de interdependência das economias locais, relativamente ao mercado internacional, fundada em uma noção de solidariedade permanente e institucionalizada.

Como reconhece Celso de Albuquerque Mello, porém, “As ideias propugnadas são belas, mas infelizmente tem apenas um valor político e não se tornaram realidade. A denominada solidariedade tem sido mais um artifício de retórica do que de prática<sup>[8]</sup>”.

A Assembleia Geral da ONU aprovou, em 1974, uma “declaração relativa à instauração de uma nova ordem econômica” e o “programa de ação relativo à instauração de uma nova ordem econômica internacional”. Na Resolução nº 3.281, que proclamou a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, restaram estabelecidos quinze princípios, voltados a manutenção do respeito mútuo das soberanias estatais:

As relações econômicas, políticas e de outra índole entre os Estados se regerão, entre outros, pelos seguintes princípios:

- a) Soberania, integridade territorial e independência política dos Estados;
- b) igualdade soberana de todos os Estados;
- c) Não-agressão;
- d) Não-intervenção;
- e) Benefício mútuo e eqüitativo;
- f) Coexistência pacífica;
- g) Igualdade de direitos e livre determinação dos povos;
- h) Solução pacífica das controvérsias;
- i) Reparação das injustiças existentes pelo império da força que privem a uma nação dos meios naturais necessários para seu desenvolvimento normal;
- j) Cumprimento de boa-fé das obrigações internacionais;
- k) Respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais;
- l) Abstenção de todo intento de buscar hegemonia e esferas de influência;
- m) Fomento da justiça internacional;
- n) Cooperação internacional para o desenvolvimento;
- o) Livre acesso ao mar e desde o mar para os países sem litoral dentro do marco dos princípios acima enunciados.”<sup>[9]</sup>

As declarações consagram a equidade, a igualdade soberana, a interdependência e a cooperação entre todos os Estados, condenando a dominação estrangeira, o apartheid e o neocolonialismo.

No entanto, estas resoluções padecem do grande dissenso entre as nações que a assinaram. Os países ricos defendem que elas têm apenas valor político e moral, enquanto os pobres argumentam que, tendo fundamento na carta da ONU, restam obrigatórias como consequência da natureza do

tratado internacional.

## 2.2. O regionalismo

O regionalismo, termo e realidade muito em destaque na ordem internacional nessas últimas décadas, obedece a duas ordens de fatores, que podem ser vistos como causa e consequência: o primeiro diz respeito a transnacionalização da ordem econômica, que retira do Estado uma série de atributos para a intervenção na vida econômica do país; o segundo manifesta-se no sentido de que se bem administrada e coordenada, essa crescente abertura e globalização da economia pode representar formas benéficas de inserção mundial de países, e em especial de grupos regionais de países, reforçando seu poder político e econômico.

Por esse prisma de abordagem, Marcelo Neves, ao tratar sobre a questão, numa perspectiva constitucional, anota que:

(...) o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder – que lhes são concomitantemente relevantes, devem buscar formas transversais de articulação para solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solução do problema. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação.<sup>[10]</sup>

Desta forma, configuram-se como fatores da integração regional, além dos econômicos, outros de ordem geográfica, cultural, social e política, não devendo ser levado em conta interesses que outrora empreenderam, a partir do autoritarismo, uma integração imposta, como no caso da ex-URSS.

O professor lusitano Joaquim Ramos Silva, remete-nos aos elementos caracterizadores da regionalização, explicitando que se deve entendê-la semanticamente como:

(...) a associação de um certo número de países para efeitos económicos e comerciais, designadamente de actuação conjunta mediante o estabelecimento de alguns compromissos mútuos (por exemplo, a abolição geral de barreiras aduaneiras internas ou a criação de uma pauta exterior comum). Do que fica dito, e embora haja paralelamente uma integração espontânea da economia mundial, torna-se claro que visamos sobretudo a associação formal entre países, ainda que a diferença entre as duas situações seja em muitos casos tênue, e a investigação se interesse cada vez mais por este último tipo de situações menos definidas a priori. Como é até certo ponto lógico, a regionalização tende a agrupar países geograficamente próximos, embora com se verá, nem sempre assim aconteça, e o seu conteúdo pode, por outro lado, alterar-se bastante de caso para caso, cosoante os acordos que lhe estão na base. Assim, e apenas para citar dois exemplos, as diferenças são consideráveis entre a união Européia (EU) e a Área de Comércio Livre da América do Norte (NAFIA), embora ambas sejam representativas da regionalização mundial.<sup>[11]</sup>

Esta forte tendência na economia mundial se acentuou nos anos 1970 e teve grande aceleração na década de 1990, quando até 1995, tinham sido notificados 109 acordos regionais ao Acordo Geral sobre Aduanas e Comércio – GATT – órgão antecessor da Organização Mundial do Comércio. Dados da OMC demonstram que até dezembro de 2002, cerca de 250 acordos regionais de livre comércio foram notificados àquele órgão, podendo ser citados:

1. a) NAFTA – North American Free Trade Agreement – entre Canadá, México e Estados Unidos;

2. b) Comunidade Europeia, composta por países europeus;
3. c) ALADI – Associação Latino-Americana de Integração, formado por países latino-americanos;
4. d) APEC – Asia-Pacific Economic Cooperation – composta por países da Ásia e do Pacífico;
5. e) CEI – Comunidade dos Estados Independentes – que reuniu a maioria das repúblicas que eram membros da União Soviética;
6. f) ASEAN – Associação das Nações do Sudeste Asiático – bloco formado pelos países do Sudeste Asiático;
7. g) OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo – composta por países produtores e exportadores de petróleo, entre os quais alguns Estados do Oriente Médio, Venezuela, Angola e Guiné Equatorial;
8. h) Tigres Asiáticos, bloco composto por grandes polos da economia asiática, como Hong Kong, Cingapura e Taiwan;
9. i) SADC – Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral – bloco econômico composto por países da região sul do continente africano.

Aponte-se que o mesmo país, geralmente, é concomitantemente participante de vários acordos econômicos regionais.

Tal quadro permite-nos constatar uma evolução quase cíclica da regionalização no último século, em decorrência das instabilidades surgidas no cenário econômico mundial em cada período. Além desses fatores, há de se referir a instabilidade existente dentro dos próprios blocos, criada por um clima de dúvida e controvérsias, que sempre acabam por gerar questionamentos a respeito das implicações que esta nova realidade pode tomar dentro de cada nação.

Estes debates acabam, na maioria dos casos, por fortalecer o ideal integracionista dentro dos parâmetros de aceitação impostos pelas comunidades nacionais e regional. A própria União Europeia sofreu alternadas crises, progredindo muitas vezes após margens de retrações.

A União Europeia remonta ao ano de 1951, quando seis países (Bélgica, França, Alemanha, Itália, Luxemburgo e Países Baixos) fundaram a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Em 1958, passou a chamar-se Comunidade Económica Europeia (CEE) e, em 1993, adotou o nome de União Europeia.

Ao longo dos anos, juntaram-se mais 22 países ao grupo inicial. Em 2020, o Reino Unido saiu da União Europeias, que tem, atualmente, 27 países-membros e 24 línguas oficiais.

Um dos debates teóricos mais prementes no que se refere ao moderno aparecimento da integração refere-se a dúvidas sobre as vantagens do regionalismo, na medida em que exerce uma certa discriminação contra “terceiros países”, violando, inclusive a cláusula da nação mais favorecida, pedra angular do GATT:



Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 1 e 2 do art. III.<sup>[12]</sup>

A doutrina mais abalizada, porém, tem dado mostras da superação da referida contenda. Joaquim Ramos Silva leciona que:

(...) não se pode afirmar que a crescente regionalização se tenha feito em detrimento do comércio com o exterior (países não membros). Embora em certos casos, e sobretudo na comunidade européia, o comércio intra-regional tenha crescido mais rapidamente que o extra-regional, o que é até certo ponto lógico atendendo à mais livre circulação no espaço integrado, os dois fluxos (intra e extra-regional) não se afastam ‘grosso modo’, das linhas gerais do comércio internacional<sup>[13]</sup>.

Naheed Kirmani, ponderando da mesma da forma, propugna que:

A conclusão geral é que a ênfase crescente nos acordos regionais não tem evoluído em detrimento do processo de integração entre as regiões. Isto implica que a tendência para a regionalização surge como largamente compatível com o objectivo de aprofundamento da integração económica global<sup>[14]</sup>.

Antonio Corrêa de Lacerda, discorrendo a respeito do aumento dos fluxos de comércio internacional, compendia que “um terceiro fator, que certamente influencia esse fenômeno, é a regionalização, ou formação de blocos econômicos, que implica o favorecimento do comércio intra-regional, mas não deixa de incrementar o comércio externo”<sup>[15]</sup>.

Já no âmbito regional, segundo José Augusto Guilhaon Albuquerque:

(...) os países membros do Mercosul abriram suas economias simultaneamente não apenas para dentro como para fora da região (...). Como consequência, o crescimento do comércio extra-Mercosul tem sido consistentemente maior do que o do comércio intra-Mercosul, o que contrasta com a experiência da CEE<sup>[16]</sup>.

Entendemos, por outro lado, que poderá o regionalismo ir de encontro aos ditames do comércio livre e não discriminatório, a depender da instrumentação adotada pelas nações envolvidas no processo. Os acordos regionais devem servir apenas para fomentar a integração entre os países-membros, sem qualquer tipo de referência aos países terceiros, de forma que o acordo não pode identificar como antecedentes características do comércio realizado com os não-membros, pelo menos quando a integração não estiver acentuada. Estes acordos continuam válidos e em pleno vigor, não podendo ser desrespeitados em decorrência apenas do novo acordo regional.

Outrossim, não se deve obstar o comércio global com cláusulas restritivas, mas somente impulsionar as relações inter-locais com meios não discriminatórios.

Dois são os principais fatores impulsionadores da integração econômica regional ao nível internacional.

O primeiro diz respeito ao forte estímulo ao crescimento, com a criação de uma jurisdição mais vasta e comércio livre, em detrimento a jurisdições mais reduzidas e com barreiras tarifárias, criando condições mais favoráveis ao comércio.

O segundo refere-se a intensificação da concorrência internacional, propiciando condições mais adequadas ao consumo.

Várias são as formas de integração, que se dão num sequencial de etapas consequentes: zona de tarifas preferenciais, área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e integração economia total. Estas etapas, que serão atenciosamente referenciadas a posteriori, caracterizam a gradação do processo de integração, demonstrando a sua flexibilidade.

Esta diversidade de etapas pode não obedecer necessariamente o sequencial referido, podendo, inclusive, combinar-se entre si em graus variáveis, como, por exemplo, abrindo-se exceções com regimes de transição para novos aderentes ou com a sobreposição de mais de uma associação regional.

André Marchal, referindo-se a necessária introdução desse fenômeno nos nossos esquemas analíticos, assevera com propriedade que:

De uma maneira geral, é conveniente que nos libertemos do esquema tradicional de relações bilaterais estabelecidas entre duas nações e de uma noção vaga e vazia de 'resto do mundo'. Este esquema dá cada vez menos conta da organização econômica do universo. É preciso substituí-lo por um esquema novo de relações entre grupos regionais de nações, que se formam ou aspiram a formar-se. A uma teoria de relações econômicas 'internacionais' deve juntar-se uma teoria das relações econômicas 'inter-regionais' e a uma teoria pura da troca, deve juntar-se, segundo a expressão de A. Bienaymé, 'uma teoria dos afrontamentos'<sup>[17]</sup>.

Na América do Sul o ideal integracionista nasce no século XIX, a partir das ideologias teóricas e românticas de Rui Barbosa e Simon Bolívar, que desejavam uma América do Sul integrada e forte, para ir de encontro às pretensões hegemônicas dos países desenvolvidos.

A integração econômica na região, porém, tem início apenas na segunda metade do século XX, em 1960, com a criação da Associação Latino Americana de Livre Comércio (ALALC), que sofreu uma grave crise institucional com o surgimento de governos autoritários nos diversos países da América do Sul. A ALALC foi substituída, em 1969, através do Pacto Andino, que apesar de conter características de um verdadeiro Mercado Comum, acabou se desintegrando devido aos desentendimentos entre os seus membros com respeito ao capital estrangeiro.

Em 1980, foi criada a Associação Latino Americana de Integração (ALADI), que não prosperou devido à crise do petróleo, a problemas enfrentados pelos países com relação à dívida externa e a perda de competitividade devido ao atraso tecnológico da região.

Em 1991, nova tentativa de integração é lançada com a assinatura do Tratado de Assunção, por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, com a finalidade da criação, até 1995, de um Mercado Comum.

Em 1996 houve a adesão do Chile ao tratado, seguida pela Bolívia em 1997. Assim, foi criado o Mercado Comum do Sul – Mercosul.

### **3. PROCESSO DE INTEGRAÇÃO: ETAPAS E CARACTERÍSTICAS DE CADA FASE**

O conceito de integração econômica é recente, passando a ser utilizado em seu sentido atual a partir da Segunda Guerra Mundial. O processo de integração abrange um conjunto de medidas econômicas e comerciais com o objetivo de promover a aproximação econômica entre um determinado grupo de países.

O livre trânsito dos fatores de produção é o objetivo principal perquirido a partir da instituição de associações internacionais de comércio, através do processo de integração econômica. Com a maior mobilidade dos meios produtivos, os estados almejam um aumento geral da produção e da produtividade de suas economias e um estímulo à eficiência, através do aumento da concorrência.

A integração econômica perpassa, porém, por cinco preceitos caracterizadores, os quais irão configurar e solidificar a estrutura de um mercado comum. Tais preceitos são denominados de liberdades econômicas, classificadas como:

- 1) livre trânsito de circulação de bens;
- 2) livre circulação de pessoas e capitais;
- 3) livre prestação de serviços;
- 4) liberdade de estabelecimento e liberdade de concorrência.

Estas liberdades, gradualmente estabelecidas, deverão estar plenamente constituídas já na terceira fase da integração econômica, o mercado-comum, garantindo uma efetiva integração entre as sociedades envolvidas no processo.

Bela Balassa<sup>[18]</sup> formulou um esquema que demonstra as etapas sucessivas responsáveis pela formulação da integração econômica. São considerados as seguintes etapas, com caracteres diferenciadores próprios: área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e integração econômica total.

Alguns doutrinadores, porém, criticam esta rigidez na classificação de Balassa, procurando formas mais flexíveis como alternativas ao processo de integração, combinando elementos das várias etapas. Ippei Yamazawa<sup>[19]</sup> elaborou uma noção de “espaço econômico aberto”, onde se verificaria uma mistura mais flexível de elementos, considerados característicos das diversas etapas.

Andrew Hurrell, acompanhando a evolução do instituto, prolifera que:

(...) a principal característica do novo regionalismo encontra-se na diversidade de tipos, formatos e objetivos das organizações regionais da atualidade, incorporando todas as áreas de cooperação, e de alcance efetivamente global”, afirmando, após breve análise política que “No campo econômico, esquemas micro-regionais de integração econômica e a proliferação de áreas de livre comércio coexistem com organizações macro-regionais ou ‘regionalismo de bloco’, em torno da tríade formada por União Européia, o NAFTA e o Pacífico Asiático. Também constituem características do regionalismo contemporâneo a grande variação dos níveis de institucionalização, a emergência de agrupamentos Norte-Sul, e seu caráter multidimensional, que torna cada vez mais difícil traçar a linha divisória entre o regionalismo político e o econômico<sup>[20]</sup>.

Com isso podemos ter uma melhor noção de que a integração não é estática, sofrendo sempre com problemas da dinâmica social, representados por avanços e recuos para adaptar-se às situações reais.

### 3.1. Zona de preferências tarifárias

Complementando maior parte da doutrina, que toma como ponto de partida do processo integracionista a Zona de Livre Comércio, Renato Baumann e Juan Carlos Lerda nos trazem como primeiro estágio do processo de integração a criação de uma Área de Tarifas Preferenciais, classificando-a:

(...) a partir de uma redução tarifária parcial, uniforme ou não, entre dois ou mais países. Tal redução não é necessariamente outorgada a todos os setores ou produtos, nem implica em mudanças de política tarifária dos países membros em relação ao resto do mundo <sup>[21]</sup>.

Na Área de Tarifas Preferenciais existe apenas uma redução parcial de tarifas comerciais entre os membros da comunidade, com alíquotas que podem variar entre percentuais diversos, para apenas alguns ou para todos os produtos comercializados entre os países. Existe, porém, total liberdade no que se refere à política tarifária dos países-membros em relação ao resto do mundo.

O objetivo nesta fase é acrescer o comércio entre os membros, através da incidência de tarifas inferiores às praticadas com terceiros países. A margem existente entre as tarifas acordadas e àquelas cobradas dos países não-membros é chamada de margem de preferência. A Associação Latino Americana de Integração (ALADI) serve como exemplo ao modelo traçado.

Fases/Características

Redução de tarifas entre membros

Área de tarifas preferenciais

X (parcial)

### 3.2. Zona de livre comércio

A segunda fase da integração, chamada Zona de Livre Comércio, é caracterizada por uma total liberdade de circulação de mercadorias entre os membros do acordo, sem barreiras tarifárias. A alíquota zero para os produtos importados/exportados dentro da área é restrita àqueles originários dos países que fazem parte do acordo, tornando-se imprescindível a determinação da origem do produto através do estabelecimento de um “regime de origem”, que determinará se o produto é ou não originário da região, fazendo jus às vantagens oferecidas no processo de integração.

Esta eliminação dos obstáculos tarifários aos produtos originários dos estados-membros geralmente não ocorre para todos os produtos transacionáveis, podendo-se criar uma área de Livre Comércio em torno apenas de uma específica lista de produtos, ampliando-a gradualmente. Porém, segundo normas estabelecidas pela OMC, um acordo só será considerado como Zona de Livre Comércio quando abarcar pelo menos 80% dos produtos comercializados entre os membros do grupo.

A Zona de Livre Comércio implica em transformações muito mais profundas que o estágio anteriormente alcançado na realidade econômica dos países-membros, requerendo, desta forma, uma harmonização entre as políticas tarifárias destes países com o objetivo da manutenção do equilíbrio comercial, procurando-se não beneficiar a indústria de um dos países com a desvalorização de sua moeda e consequentes facilidades à exportação.

Cada Estado continua a manter, com total liberdade, sua política tarifária em relação a terceiros países. Exemplos de Zona de Livre Comércio são Benelux, composta por Bélgica, Holanda e Luxemburgo e o NAFTA (Acordo de Livre Comércio da América do Norte), firmado em 1994 entre Estados Unidos, Canadá e México.

Fases/Características	Área de tarifas preferenciais	Área de livre comércio
Redução de tarifas entre membros	X (parcial)	X

### **3.3. União aduaneira**

O próximo estágio da integração econômica configura-se na União Aduaneira, quando os países, além de estabelecerem uma alíquota zero para os produtos originários de dentro do bloco, adotam uma tarifa aduaneira comum, com uma mesma alíquota do imposto de importação para produtos oriundos de terceiros países. No Mercosul esta tarifa única é chamada Tarifa Externa Comum (TEC).

A criação de uma União Aduaneira pressupõe uma gradual harmonização da política comercial e macroeconômica dos estados-membros, criando-se, a partir desta etapa, uma estrutura comercial uniforme (mesmas taxas) entre a comunidade nas negociações comerciais com o resto do mundo.

É mesmo neste estágio que se configura mais evidentemente a necessidade da adoção de uma política de harmonização das legislações nacionais, não apenas no campo do direito comercial, mas em todo o ordenamento jurídico, como pressuposto de sucesso da integração almejada.

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) tornou-se uma União Aduaneira a partir de 1º de janeiro de 1995.

O MERCOSUL é um processo de integração regional formado inicialmente pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai ao qual posteriormente incorporaram-se a Venezuela e a Bolívia, esta última em processo de adesão. O objetivo dos países que o integram, que está consubstanciado no Tratado de Assunção, é a construção de um Mercado Comum. Assim, o Mercosul é o projeto de construção de um Mercado Comum, cuja execução encontra-se na fase de União Aduaneira imperfeita.

Fases/Características	Área de tarifas preferenciais	Área de livre comércio	União Aduaneira
Redução de tarifas entre membros	X (parcial)	X	X
Tarifas dos membros iguais em relação ao resto do mundo			X

### 3.4. Mercado comum

A partir da adoção de um Mercado Comum é permitida a livre circulação dos fatores de produção. Trabalhadores, serviços e capitais adquirem plena liberdade de circular entre os países-membros da comunidade, além de configurar-se a liberdade de estabelecimento comercial. Desta forma, bens, pessoas, serviços e capitais não encontram obstáculos para entrar ou sair em qualquer dos Estados que compõem a comunidade.

Com a criação do Mercado Comum, o processo de integração deixa de se basear somente nas questões referentes às políticas tarifárias, voltando-se também para os agentes do processo de integração – população – e para sua força de trabalho. É quando a integração se torna fato concreto no cotidiano dos habitantes da comunidade, que passam a dispor de um espaço sem fronteiras, exigindo-se a criação de uma nova noção de soberania, afinal o processo de integração acarreta no surgimento de órgãos e entidades que tendem a relativizar a soberania dos Estados.

Em nossa Constituição, a questão é explicitada no art. 4º, parágrafo único, ao preconizar que: “(...) A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (...)”.[\[22\]](#)

E também no art. 170. Vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

(...)

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País<sup>[23]</sup>.

A União Europeia, por exemplo, possui várias instituições em sua estrutura de funcionamento que demonstram o caráter supranacional dessa ordem jurídica comunitária: Conselho Europeu, Conselho da União Europeia, Parlamento Europeu, Comissão Europeia, Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Tribunal de Justiça de Primeira Instância, Tribunal da Função Pública e Tribunal de Contas.

Essas instâncias comunitárias adotam funções tipicamente estatais, como a parlamentar e a judicial. Apesar disso, a eliminação de impasses à circulação de bens, pessoas e capitais, na União Europeia, por exemplo, não acarretou o fim das fronteiras nacionais. Da mesma forma, a adoção de uma moeda única pelos países membros não significa que os mesmos compõem uma federação, persistindo, pois, a soberania territorial e política de cada país.

O significado de soberania como poder absoluto do Estado passa por um processo de relativização, vinculado a defesa do meio ambiente, interdependência econômica, globalização, dentre outros fatores, que limitam a autodeterminação estatal.

A cooperação entre Estados é uma realidade irreversível, decorrente da necessidade econômica, independente de ideologias políticas, de forma que uma postura isolacionista não é mais uma opção no atual contexto. Nesse sentido, pondera Márcio Monteiro Reis que “A soberania não pode servir como argumento para a criação de obstáculos intransponíveis à cooperação entre Estados, todos dependentes uns dos outros para a realização efetiva das tarefas de que são incumbidos”<sup>[24]</sup>.

O caso europeu nos traz um exemplo de reordenação das competências soberanas, que restaram divididas entre os Estados e os órgãos comunitários, a partir de uma noção de supranacionalidade, que consiste:

(...) a) na existência de instâncias de decisão independentes do poder estatal, as quais estão submetidas ao seu controle; b) na superação da regra da unanimidade e do mecanismo de consenso, já que as decisões – no âmbito das competências estabelecidas pelo tratado instituidor – podem ser tomadas por maioria, ponderada ou não; e c) no primado do direito comunitário frente às legislações internas<sup>[25]</sup>.

Ademais, no Mercado Comum torna-se imprescindível a adoção de uma política de harmonização legislativa em matéria tributária, comercial e trabalhista. Neste sentido, esclarece Augusto Jaeger Júnior que “a defesa do direito que as empresas têm de, no âmbito de um bloco, serem submetidas às mesmas regras e exigências para que possam competir em igual condição é um preceito fundamental para a consagração da terceira etapa da integração econômica”<sup>[26]</sup>.

Fases/Características	Área de tarifas preferenciais	Área de livre comércio	União Aduaneira	Mercado Comum
Redução de tarifas entre membros	X (parcial)	X	X	X
Tarifas dos membros iguais em relação ao resto do mundo			X	X
Livre mobilidade dos fatores de produção				X

### 3.5. União econômica e monetária

A União Econômica ou Monetária é tida como último estágio no processo de integração econômica <sup>[27]</sup>.

Ocorre com a adoção de uma moeda única para todos os países-membros, a partir da criação de um Banco Central supranacional, responsável pela variação da taxa de câmbio da moeda comunitária e da coordenação da política macroeconômica, comum a todos os membros. Esta a fase alcançada pela União Européia, a partir de 2002, com a entrada em circulação da moeda única europeia, o Euro.

A união econômica e monetária é o resultado de uma integração econômica progressiva, não sendo um fim em si mesma, destinando-se a apoiar um crescimento econômico sustentável e um elevado nível de emprego, através de decisões de política econômica e monetária adequadas.

Nesses termos, a união econômica e monetária teria três grandes objetivos:

1. a) aplicar uma política monetária destinada principalmente a manter a estabilidade dos preços;
2. b) evitar possíveis efeitos indiretos negativos resultantes do caráter insustentável das finanças públicas, prevenir o aparecimento de desequilíbrios macroeconômicos nos Estados-Membros e coordenar, em certa medida, as políticas econômicas dos Estados-Membros;
3. c) garantir o bom funcionamento do mercado único.

As principais características de cada fase da integração econômica podem ser resumidas no quadro abaixo:



Fases/Características	Área de tarifas preferenciais	Área de livre comércio	União Aduaneira	Mercado Comum	União Econômica
Redução de tarifas entre membros	X (parcial)	X	X	X	X
Tarifas dos membros iguais em relação ao resto do mundo			X	X	X
Livre mobilidade dos fatores de produção				X	X
Moeda comum e banco central					X

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto foram analisados elementos da integração econômica e do regionalismo, temas atuais no contexto internacional.

Por meio de elementos descritivos foram observadas as características presentes em cada uma das etapas do processo de integração entre as nações, apontando-se que as mesmas podem se dar de forma linear ou não.

Porém, dentro de um contexto histórico, percebemos que o processo de integração tende a responder a fluxos e influxos, uma vez que depende da elaboração de regras comunitárias e da criação de normas e institutos de direito com caráter supranacional, para que possa se impor, mesmo contra a vontade de certo Estado, os ideais defendidos pelo conjunto de membros.

O processo de integração regional acarreta em alterações na dinâmica das relações entre Estados, bem como em uma relativização da soberania estatal, diante da adoção de instituições dotadas de supranacionalidade, as quais, no entanto, não são capazes de infirmar a existência soberana de cada nação.

#### REFERÊNCIAS

BALASSA, Bela. Teoria da Integração Econômica. Lisboa: Clássica Editora, 1982.

BATISTA, Roberto Carlos. Ordem Econômica Internacional. Espaço Jurídico , v. 6, p. 129-140, 2005.

BAUMANN, Renato; LERDA, Juan Carlos (orgs.) Brasil – Argentina – Uruguai: a integração em debate. Brasília: Ed. da UnB, 1987.

BAUMANN, R. ; LERDA, J. C. . a Integração Econômica entre Brasil, Argentina e Uruguai: que tipo de integração se pretende?. In: Renato Baumann, Juan Carlos Lerda. (Org.). Brasil-Argentina-

Uruguai: A Integração em Debate. São Paulo – Brasília: Marco Zero – Ed. Universidade de Brasília, 1997, v. , p. 12-24.

BRASIL. Lei 313, de 30 de julho de 1948. Diário Oficial da União, Brasília, 30 jul. 1948.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 03 dez. 2008. Brasília, DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 fev. 2023.

GUILHON ALBUQUERQUE, J. A. . A integração regional e a agenda multilateral pós-Seattle. In: Pedro Motta Veiga. (Org.). O Brasil e a Economia Global na Virada do Milênio. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JAEGER JUNIOR, Augusto . Mercosul e a liberdade de concorrência. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS) , Porto Alegre, v. 2, p. 137-147, 2004.

LACERDA, Antônio Correa de. Inserção Internacional: Desnacionalização e investimento estrangeiro. Economistas , v. 1, p. 20-25, 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MELLO, Celso de Albuquerque. Anuário: direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELLO, Flavia de Campos . Resenha: O Regionalismo e a Ordem Internacional. Política Externa (USP) , São Paulo, Paz e Terra, v. 5, n.2, p. 104-106, 1996.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ONU. Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU. 1962. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/res1803-xvii.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS SILVA, Joaquim. A regionalização multiforme da economia mundial. Coimbra: Manua Porto, 1996.

REIS, Márcio Monteiro. O estado contemporâneo e a noção de soberania. In: MELLO,

Celso de Albuquerque. Anuário: direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar,

1999.

WTO – WORLD TRADE ORGANIZATION. Regional Trade Agreements. Disponível em: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/region\\_e/region\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

[1] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[2] No julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 466.343, o STF reconheceu a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as normas infraconstitucionais e entendeu que a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, possui força normativa suprallegal no ordenamento jurídico brasileiro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 3 dez. 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 20 fev. 2023.

[3] NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, p. 64-65, 2016.

[4] Mohammed Bedjaoui. Pour un nouvel ordre économique international, appud Celso de Albuquerque Mello. Direito Internacional Econômico; p. 207.

[5] ONU. Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU. 1962. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/res1803-xvii.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

[6] HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 11 e 12.

[7] ONU. Resolução 1803 da Assembleia Geral da ONU. 1962. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/res1803-xvii.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

[8] MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Econômico. Rio de Janeiro: Renovar, 1993; p. 208.

- [9] BATISTA, Roberto Carlos. Ordem Econômica Internacional. Espaço Jurídico , v. 6, p. 129-140, 2005.
- [10] NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- [11] RAMOS SILVA, Joaquim. A Regionalização Multifforme da Economia Mundial in Integração e Especialização; pp. 40-41.
- [12] BRASIL. Lei 313, de 30 de julho de 1948. Diário Oficial da União, Brasília, 30 jul. 1948.
- [13] Joaquim Ramos Silva. A Regionalização Multifforme da Economia Mundial in Integração e Especialização; p. 44.
- [14] Naheed Kirmani. International Trade Policies, apud RAMOS SILVA, Joaquim. A Regionalização Multifforme da Economia Mundial in Integração e Especialização; p. 44.
- [15] LACERDA, Antônio Correa de. Inserção Internacional: Desnacionalização e investimento estrangeiro; p. 7.
- [16] GUILHON ALBUQUERQUE, J. A. . A integração regional e a agenda multilateral pós-Seattle. In: Pedro Motta Veiga. (Org.). O Brasil e a Economia Global na Virada do Milênio. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2000; p. 4.
- [17] André Marchal. Lês problèmes du Marché commun apud Joaquim Ramos Silva. A Regionalização Multifforme da Economia Mundial in Integração e Especialização; p. 50.
- [18] BALASSA, Bela. Teoria da Integração Econômica. Lisboa: Clássica Editora, 1982; p. 453.
- [19] Ippei Yamazawa. New Ideas for Integration, apud Joaquim Ramos Silva. A regionalização multifforme da economia mundial; p. 46.
- [20] Andrew Hurrell. *O Ressurgimento do Regionalismo na Política Mundial apud* MELLO, Flavia de Campos . Resenha: O Regionalismo e a Ordem Internacional. Política Externa (USP) , São Paulo, Paz e Terra, v. 5, n.2, p. 104-106, 1996; pp. 1-2.
- [21] BAUMANN, R. ; LERDA, J. C. . a Integração Econômica entre Brasil, Argentina e Uruguai: que tipo de integração se pretende?. In: Renato Baumann, Juan Carlos Lerda. (Org.). Brasil-Argentina-Uruguai: A Integração em Debate. São Paulo – Brasília: Marco Zero – Ed. Universidade de Brasília, 1997, v. , p. 12-24; p. 13.

[22] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

[23] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

[24] REIS, Márcio Monteiro. O estado contemporâneo e a noção de soberania. In: MELLO, Celso de Albuquerque. Anuário: direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 99.

[25] REIS, Márcio Monteiro. O estado contemporâneo e a noção de soberania. In: MELLO, Celso de Albuquerque. Anuário: direito e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 101.

[26] JAEGER JUNIOR, Augusto . Mercosul e a liberdade de concorrência. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS) , Porto Alegre, v. 2, 2004.; pp. 2-3.

[27] Ricardo Thomazinho da Cunha diferencia a União Econômica e União Econômico-Monetária.

## **Conflitos familiares e mediação: construindo alternativas**

**Paula Rainna Nascimento Santos**

Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Analista judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia. Assessora de magistrado.

### **Resumo**

Busca-se através do estudo examinar a especial sintonia da mediação com as peculiaridades das questões familiares. Objetiva-se, primordialmente, analisar as múltiplas contribuições da mediação para o tratamento adequado dos conflitos familiares, bem assim a necessidade de ampliação da sua prática.

**Palavras-Chave:** família. conflitos. mediação

### ***Abstract***

*The study aims to examine the special alignment of mediation with the peculiarities of family issues. Its primary objective is to analyze the multiple contributions of mediation for the appropriate handling of family conflicts, as well as the need to expand its practice.*

**Keywords:** family. conflicts. mediation

## **1. INTRODUÇÃO**

Busca-se através do estudo examinar a sintonia da mediação com as peculiaridades das questões familiares. Objetiva-se, primordialmente, analisar as múltiplas contribuições da mediação para a gestão adequada dos conflitos familiares, enfatizando a necessidade de ampliação da sua prática para garantia do efetivo acesso à justiça.

Para tanto, inicialmente apresenta-se uma reflexão teórica em torno das particularidades dos conflitos familiares e do tratamento conferido a estes. Em seguida, examina-se os benefícios advindos da prática da mediação familiar.

Trata-se de uma temática de extrema relevância no cenário atual, haja vista que reflete a preocupação com a qualidade e a afetividade do acesso à Justiça, isto é, com a garantia do acesso à ordem jurídica justa, que atenda às necessidades e anseios da sociedade.

Nesta senda, a presente abordagem temática tem como escopo promover a conscientização acerca das vantagens advindas da mediação familiar, intentando dar maior visibilidade ao instituto, no contexto da imprescindibilidade do abandono da mentalidade adversarial, em prol da valorização das soluções construídas através do consenso e da cooperação.

## **2. COMPLEXIDADE DOS CONFLITOS FAMILIARES**

É cediço que, ao longo do tempo, a família vem enfrentando profundas transformações, que dão ensejo ao surgimento de novos tipos de conflitos.

As transformações sociais ocorridas da segunda metade do século XX até esta data, o grande desenvolvimento da ciência psicológica, especialmente na área das relações familiares e a queda das barreiras entre as ciências vieram a exigir mudanças no sentir, no pensar e no atuar de todos aqueles que entram em contato com famílias em situação de crise. (CEZAR-FERREIRA, 2007, p. 49).

Os conflitos que surgem no âmbito familiar tendem a ser mais complexos e de difícil solução, considerando que geralmente são multifacetados e carregam uma forte carga de subjetividade, por se desenvolverem no contexto de relações íntimas de afeto.

Entre as situações conflitivas mais complexas e peculiares está a dissolução da sociedade conjugal, que envolve não apenas aspectos patrimoniais, mas também aspectos emocionais, muitas vezes contraditórios, como amor, desamor, paixão, desprezo, frustrações, entre outros.

A dissolução da sociedade conjugal é um momento marcado por desgastes emocionais que demandam uma abordagem adequada, de modo a viabilizar a reestruturação da vida dos envolvidos e a restauração da relação entre eles, o que é nitidamente possível através da mediação.

### **3. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES E A FIGURA DO MEDIADOR**

A mediação familiar constitui um eficaz meio consensual de resolução de conflitos no âmbito da família ou de desagregação do núcleo familiar, que auxilia seus membros a enfrentar as adversidades de forma menos traumática e a encontrar o caminho que conduza à reorganização pessoal, bem como à restauração das relações abaladas.

Na visão de Sales e Vasconcelos (2010, p. 6):

[...] a mediação adequa-se aos conflitos familiares, apresentando-se como uma eficiente técnica de resolução de controvérsia, proporcionando, em tempo adequado, um intenso tratamento dos problemas e facilitando a continuação do relacionamento entre as partes por meio do diálogo e da mútua compreensão.

Denota-se que a mediação é menos dispendiosa e menos desgastante emocionalmente que a adoção da via jurisdicional. Durante o procedimento de mediação os mediados são estimulados a agir cooperativamente, a desenvolver sua maturidade para enfrentar os conflitos, sem a carga da competitividade.

Por conseguinte, a mediação representa uma forma de tratamento mais digno, mais humano aos conflitos que surgem no seio familiar. Emprega técnicas próprias, que conduzem o indivíduo à compreensão dos seus problemas através do diálogo, da reflexão, da escuta, da comunicação construtiva, eliminando o aspecto adversarial e viabilizando a restauração dos laços familiares.

Vislumbra-se que a mediação não encobre ou protela os conflitos familiares, não os reduz a aspectos meramente materiais, não ignora seus aspectos de ordem afetiva ou emocional e muito menos oferece aos mesmos um tratamento superficial.

Ao revés, considera os conflitos familiares em sua integralidade e complexidade, oferecendo a estes um tratamento efetivo. Respeita as diferentes configurações familiares, atenta para os aspectos afetivo-emocionais que permeiam os conflitos familiares, considera cada integrante do grupo familiar em sua singularidade.

Nesse contexto, evidencia-se que a mediação é um importante instrumento de efetivação do acesso à justiça, que evidentemente não se confunde com acesso ao Judiciário. Constitui mecanismo apto ao tratamento dos conflitos de forma satisfatória, adequada às necessidades e anseios da sociedade, possibilitando amplo e efetivo acesso à justiça.

Importa destacar que o procedimento da mediação é conduzido por um terceiro imparcial, com formação específica, desprovido de poder decisório ou coercitivo, que conduz o processo de mediação no âmbito familiar, atuando entre os mediandos como um facilitador da comunicação.

De acordo com Groeninga (2007), o mediador é um terceiro imparcial, que escuta os mediandos, utilizando sua sensibilidade e seu conhecimento do método da mediação, com a função de colaborar em dissolver os impasses e transformar os conflitos.

Vale ressaltar, por oportuno, que a figura do mediador não ocupa posição superior à dos mediandos, vez que não possui o poder de decidir o conflito, de impor a solução. Posiciona-se entre eles, atuando como intermediário da comunicação, enquanto o poder e a responsabilidade de decidir são conferidos às partes.

O mediador, em última análise, é um facilitador da comunicação entre as partes que se opõem, quando precisam ou têm interesse em resolver alguma pendência e pretendem chegar à solução, por acordo.

O mediador familiar, em especial, vai facilitar aos oponentes confrontar seus pontos de vista quanto às questões familiares, ajudando-os a discriminar seus interesses e necessidades e a se voltarem para o encontro de soluções que os ajudem a dissolver os conflitos interpessoais e a dirigir sua vida e de sua família, de forma adequada e saudável daí para frente. [...]

O mediador é um terceiro imparcial. A imparcialidade é indispensável para a consecução daqueles objetivos. Ele realmente precisará manter-se equidistante dos interesses e necessidades dos mediandos, sob risco de não poder ajudá-los. (CEZAR-FERREIRA, 2007, p. 165).

Nesta perspectiva, incumbe ao mediador familiar, valendo-se de ferramentas de negociação e comunicação, além de conhecimentos adicionais sobre peculiaridades do relacionamento humano, conceder voz e vez aos mediandos, fomentar o diálogo construtivo, esclarecedor, sem desqualificações ou ofensas, enfim, criar um ambiente de escuta, de respeito e de construção.



Sua função não é simplesmente fazer com que os conflitantes cheguem a um acordo qualquer. É, sobretudo, viabilizar a comunicação entre eles, reaproximá-los, oferecendo-lhes as condições necessárias para que encontrem a solução mais adequada para o conflito, resgatando assim a autonomia, o respeito e a responsabilidade dos mesmos pela resolução de suas controvérsias, bem como pela qualidade da convivência.

Ocorre que, a despeito dos incontáveis benefícios proporcionados pela prática da mediação familiar, ainda existem diversos desafios a serem superados para sua difusão no Brasil. Notadamente, em virtude da preponderância de uma cultura jurídica extremamente litigiosa, pautada na competição entre os conflitantes, no sistema de ataque-defesa, na lógica binária ganhar-perder, que desconsidera a possibilidade de satisfação mútua e que coloca os envolvidos em posições antagônicas, estimulando a disputa acirrada entre eles.

É necessário o conhecimento real da mediação, em nossa sociedade, para que ela realmente possa ser respeitada e utilizada na sua real finalidade de modificar ou transformar uma situação dolorosa em feliz, proporcionando uma nova visão de vida e a conservação do lar, base emocional de todo o ser humano (CACHAPUZ, 2011, p. 153).

Assim, para a expansão da prática da mediação é premente a superação da cultura do litígio e o fomento à construção de uma cultura jurídica pautada em valores como a cooperação, a solidariedade e o diálogo construtivo, bem como o incentivo à participação ativa do cidadão na construção de soluções consensuadas e harmônicas para os seus conflitos.

#### **4. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, observa-se que diante do contínuo processo de transformações na estrutura familiar e da complexidade dos conflitos que surgem no seu contexto, a mediação oferece inúmeras vantagens a todos os componentes do núcleo familiar e, por conseguinte, a toda sociedade.

Verificou-se que entre as suas contribuições mais significativas estão, entre outros: o tratamento efetivo dos conflitos familiares, considerando-os em sua integralidade e complexidade; a prevenção de conflitos; a restauração e melhoria dos relacionamentos; a preservação das entidades familiares; a efetividade do acesso à justiça; a valorização da resolução consensual dos conflitos.

Trata-se, portanto, de um relevante instrumento que permite tanto a intervenção precoce, preventiva, como a intervenção em situações de conflitos mais aprofundados, facilitando o diálogo construtivo entre os envolvidos, para que assim possam chegar a decisões mutuamente satisfatórias.

É possível concluir, através do estudo em relevo, que a mediação familiar representa um importante passo em direção ao aprimoramento do tratamento dos conflitos familiares, com grandes perspectivas de atuação e êxito. Logo, imperiosa a adoção de medidas destinadas à superação dos

obstáculos para sua disseminação no atual contexto brasileiro.

## **REFERÊNCIAS**

BACELLAR, Roberto Portugal. O poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUZO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). Conciliação e Mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARBOSA, Aguida Arruda. Estado da arte da mediação familiar interdisciplinar no Brasil. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.40, p. 145, fev./mar., 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto comunitário. Revista IOB de Direito de Família, Porto Alegre, v.11, n.58, fev./mar., 2010.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Mediação nos conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2011.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.5, n. 19, p.66, jul./set. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Mediação interdisciplinar – um novo paradigma. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v.8, n.40, fev./mar., 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação. v.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2008.

SCHABELL, Corinna Margarete Charlotte; BARCELLOS, Chyntia Aquino da Costa. Para além do Judiciário: a mediação como instrumento de transformação social. In: GONÇALVES, Marcelo Dias (coord.). Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. V. 3. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2004

# Teoria geral da prova e o sistema valorativo adotado no ordenamento Jurídico Brasileiro

**Naiara Ribeiro Santos da Silva**

Advogada – Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Bacharela em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa.

## Resumo

Este artigo aborda os conceitos fundamentais de prova no Direito Processual Penal brasileiro, explorando suas classificações e a busca pela verdade no processo judicial. Compreendendo a prova como um meio essencial para demonstrar a certeza e veracidade das alegações, a obra destaca a importância da prova na reconstrução de eventos sob a ótica do julgador. Além de diferenciar prova de elementos informativos, o texto analisa o ônus da prova e sua distribuição no contexto penal. O autor propõe uma reflexão sobre as abordagens tradicionais e modernas da busca pela verdade, enfatizando os princípios da ampla defesa e do contraditório. O estudo visa contribuir para um entendimento mais profundo do papel da prova no processo penal, promovendo uma análise crítica sobre sua valoração e implicações no sistema jurídico.

**Palavras-Chave:** prova. valoração. ordenamento

## Abstract

*This article addresses the fundamental concepts of evidence in Brazilian Criminal Procedure Law, exploring its classifications and the search for truth in judicial processes. Understanding evidence as an essential means to demonstrate the certainty and veracity of claims, the work highlights the importance of evidence in reconstructing events from the judge's perspective. In addition to differentiating evidence from informative elements, the text analyzes the burden of proof and its distribution within the criminal context. The author proposes a reflection on traditional and modern approaches to the search for truth, emphasizing the principles of broad defense and the adversarial system. The study aims to contribute to a deeper understanding of the role of evidence in criminal proceedings, promoting a critical analysis of its valuation and implications within the legal system.*

**Keywords:** evidence. valuation. legal system or regulation

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar os conceitos de prova, bem como suas classificações, a busca pela verdade no processo penal, mormente de acordo com o sistema de valoração da prova adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Serão tratados ainda neste artigo a diferença entre prova e elementos informativos, bem como considerações acerca do ônus da prova e sua distribuição no âmbito do processo penal.

Igualmente, se abordará uma nova visão acerca da busca pela verdade no processo penal, tanto em sua visão tradicional, como em sua visão mais moderna, tendo como fundamento os princípios da ampla defesa e do contraditório

## **2. TEORIA GERAL DAS PROVAS**

### **2.1. DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL**

#### **2.1.1 Conceito de prova**

O Direito Processual Penal possui como desígnio alcançar uma verdade jurídica e tal finalidade é obtida por meio das provas. A prova, por sua vez, pode ser conceituada como o meio pelo qual se procura demonstrar a certeza e veracidade do que se alega. (TOURINHO FILHO, 2013, p. 233).

No mesmo sentido, explica Lopes Junior (2013, p. 535) que o Processo Penal serve como um instrumento para reconstrução de determinado acontecimento e, por meio da prova, o julgador poderá realizar a atividade recognitiva do fato narrado no caso em concreto.

Rangel (2016, p. 464) complementa que prova pode ser conceituada como a análise do *thema probandum* e tem como desígnio o convencimento do juiz acerca da veracidade de um fato, de modo que ele seria o destinatário principal. Acrescenta que as provas se destinam secundariamente às partes, que são interessadas e podem ou não aceitar a verdade obtida pelo magistrado.

Existem três acepções da palavra prova, quais sejam: prova como atividade probatória, como resultado e como meio. Enquanto atividade probatória, prova se traduz no conjunto de atos praticados com a finalidade de formar a convicção do juiz acerca da verdade ou não de determinado fato. Nesse sentido, significa dizer que há direito de prova para as partes e ele surge como uma consequência do direito de ação para que lhes seja permitida a utilização de todos os meios admitidos no direito a comprovação de suas alegações. (LIMA, R., 2015, p. 571)

A prova como resultado é a convicção formada do juiz acerca da existência ou inexistência de uma situação de fato a partir de certo grau de certeza do julgador alcançado por meio da atividade probatória. Por fim, prova como meio são os meios utilizados pelo julgador para formação de sua convicção. (LIMA, R., 2015, p. 572).

##### **2.1.1.1 Distinção entre prova e elementos informativos**

Após conceituar no que consiste prova, insta agora diferenciá-la dos elementos informativos. Prova diz respeito aos elementos de convicção que foram produzidos com a participação das partes, sob o crivo dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Os elementos informativos, por sua vez, são aqueles colhidos sem a obrigatória observância dos princípios mencionados, o que não retira sua fundamental importância, tendo em vista que são necessários para a persecução penal. (LIMA R., 2015, p. 572)

Importante notar que, em razão da não obrigatoriedade de observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, os elementos informativos não podem ser utilizados de forma exclusiva para embasar uma sentença penal, consoante determina o artigo 155<sup>[1]</sup>, do Código de Processo Penal, sob pena de violação do artigo 5º, LV<sup>[2]</sup>, da Constituição Federal. Desta feita, tais elementos podem ser utilizados juntamente com as provas produzidas em juízo, com a exceção das provas não repetíveis, cautelares e antecipadas. (NUCCI, 2015, p. 347).

### **2.1.2 Objeto da prova**

Objeto de prova são os fatos que as partes pretendem demonstrar, ou seja, é o fato que se quer provar, logo, que deve ser conhecido pelo juiz para que este o valore. Não se deve confundir objeto da prova com objeto de prova, que consiste em saber o que se deve provar, como por exemplo, os fatos notórios, que não precisam ser provados. Vale lembrar que os fatos incontroversos precisam ser provados no processo penal, como na hipótese de confissão do réu, ocasião em que o juiz deve confrontá-la com as demais provas. (LIMA, M., 2012, p. 383; NUCCI, 2015, p. 341; RANGEL, 2016, p 464;).

### **2.1.3 Meios de prova**

Os meios de prova podem ser definidos como todos aqueles que o juiz se utiliza, direta ou indiretamente, para alcançar a verdade dos fatos e formar sua convicção. Estes podem ser lícitos ou ilícitos, sendo que somente os primeiros devem ser considerados pelo juiz, uma vez que são admitidos pelo ordenamento jurídico. (NUCCI, 2015, p. 338; RANGEL, 2016, p.465).

Meios de prova diferenciam-se de fontes de prova. Essa última consiste em tudo o que pode ser utilizado para esclarecer a existência de um fato, enquanto os meios de prova são os instrumentos através dos quais as fontes são introduzidas no processo. (LIMA, R., 2015, p. 577)

### **2.1.4 Ônus da prova**

Ônus, conforme assevera Nucci (2015, p.342), significa “encargo de provar”. Quer dizer, conforme o autor, as partes no processo que possuem o interesse de demonstrar a veracidade de suas alegações devem se desincumbir desse ônus, configurando assim, um dever processual.

Consoante explica Távora (2013, p. 405), não obstante esse dever processual não deva ser entendido como uma obrigação, mas sim como uma faculdade, caso a parte não comprove o que alega, sofrerá as consequências de sua inatividade.

Rangel (2016, p. 505) complementa sobre o tema e informa que o ônus pode ser caracterizado como o encargo que recai sobre as partes de comprovar todas as arguições realizadas. Portanto, é uma

obrigação que possui como prejudicado o próprio que fizer as alegações.

Explica ainda Tourinho Filho (2013, p. 268): “a regra concernente ao *ônus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *ônus probandi incumbit ei qui asserit*, isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada”

Ou seja, como entende a doutrina majoritária, como regra, o ônus da prova é da acusação, contudo, o réu pode chamar para si o interesse de produzir prova, como exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. Vale ressaltar que o ônus da defesa não deve ser observado de maneira absoluta, pois vigora o princípio do *in dubio pro reo*. Portanto, pairando dúvidas acerca de alguma excludente, impõe-se a absolvição. (NUCCI, 2015, p. 343).

Alguns autores como Rangel (2016, p. 509) entende que cabe exclusivamente à acusação:

Destarte, discordamos da doutrina que acima mencionamos, que divide o ônus da prova entre a acusação e a defesa, dando uma visão à luz apenas da lei ordinária, e não de acordo com a Constituição, ao artigo 156 do CPP. Devemos interpretar a lei ordinária de acordo com a Constituição e não o inverso, sob pena de o ônus da prova recair sobre o réu e não sobre quem lhe fez a imputação de fato proibido na lei.

No mesmo sentido, Lopes Junior (2004, p. 180) afirma que o que grande parte da doutrina defende ao afirmar que a prova de alegação de excludente cabe à defesa. Aduz que cabe ao acusador provas o que se alega, logo, incumbe a ele demonstrar a autoria, um fato típico, ilícito e culpável. Portanto, se a ele cabe comprovar a ilicitude, obviamente, cabe também ao mesmo que não existe qualquer causa de exclusão de ilicitude.

Insta ressaltar que Távora (2013, p.405) chama atenção para que o ônus da prova seja observado tendo como um dos fundamentos o princípio da presunção da inocência, ou seja, o ônus recai sobre a acusação, de modo que, se o acusado se a acusação não for capaz de gerar no magistrado certo grau de certeza, impõe-se a absolvição.

Assim, conforme se verá nos tópicos seguintes, o princípio da presunção da inocência transfere à acusação o ônus de desconstituir tal presunção. (LOPES JUNIOR, 2004, p. 179)

## **2.2. SISTEMAS DO PROCESSO PENAL**

O processo penal pode adotar três tipos de sistema: o sistema acusatório, o inquisitivo e o misto. O sistema inquisitivo, lastreado pelo princípio inquisitivo, preza pelo interesse em alcançar a condenação do acusado em detrimento de direitos e garantias individuais. Tal sistema tem como objetivo, portanto, a efetividade da prestação jurisdicional, de modo que não é prioridade a observância de dos direitos do acusado. (TÁVORA, 2013, p. 40).

Pacelli (2017, p. 10) explica que o modelo inquisitório tem como características “[...] um processo verbal e em segredo, sem contraditório e sem direito de defesa, no qual o acusado era tratado como objeto do processo”.

Ademais, no sistema inquisitivo a gestão da prova foi conferida ao juiz, conforme dispõe o artigo 156<sup>[3]</sup>, do Código de Processo Penal, de modo que o mesmo pode agir de ofício, independentemente de qualquer iniciativa das partes. Assim, o sistema inquisitivo é característico de sociedades arbitrárias e autoritárias, tendo como um dos principais fundamentos a centralização do poder. (MACHADO, 2014, p.18; TÁVORA, 2013, p. 40)

O sistema acusatório, doutra banda, é marcado pela separação dos órgãos de acusação e de julgamento. Nesse sentido, é considerado o sistema mais atual e moderno, que preza pela imparcialidade e tratamento digno àquele acusado. (LOPES JUNIOR, 2004, p. 155; PACELLI, 2017, p. 09)

Lopes Junior (2004, p. 154) elenca demais características do mencionado sistema, quais sejam:

[...] a iniciativa probatória deve ser das partes [...] tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo) [...] contraditório e possibilidade de resistência [...] ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicionado [...].

Contudo, o sistema não é imune a críticas. Uma das maiores críticas tecidas acerca do sistema acusatório reside na gestão da prova, na qual a iniciativa probatória é das partes. Nesse sentido, cabe ao juiz, que deve permanecer inerte, decidir tão somente a partir das provas apresentadas pelas partes, ainda que elas sejam insuficientes. Contudo, a solução para tal problema não seria conferir ao juiz iniciativa probatória, mas, sim assegurar uma maior dialeticidade ao processo penal. (LOPES JUNIOR, 2004, p. 154-155).

O sistema misto, por sua vez, é aquele no qual se verifica a união dos elementos presentes tanto no sistema acusatório como no sistema inquisitivo. É constituído, dessa forma, em duas fases, sendo a primeira delas uma fase policial e a segunda, judicial. (MACHADO, 2014, p. 18)

Na visão de Pacelli (2017, p. 14-16), em que pese alguns juristas definam o sistema brasileiro como misto com características inquisitórias e acusatórias, defende que não é, porque o inquérito policial é apresentado juntamente com a denúncia que se deve descaracterizar o sistema acusatório, mormente porque este diz respeito a atuação do juiz no processo penal, enquanto o inquérito seria um procedimento administrativo. Ademais, deve-se contar com a exigência da fundamentação das decisões, que não podem ser lastreadas unicamente nas provas colhidas no inquérito policial.



No que tange a alguns dispositivos considerados ultrapassados no código de processo penal, o autor acima aduz: (2017, p. 10-13)

Sob tais distinções, o nosso processo é mesmo acusatório. Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do Código de Processo Penal e seu texto originário [...] Mas que se deixe assentado: não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz na fase processual, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo processual adotado.

No mesmo sentido, Machado (2014, p. 21) afirma que nosso sistema é acusatório, tendo em vista que, ainda que haja algumas previsões no Código de Processo Penal que caracterizem o sistema inquisitivo, como o quanto preconizado no artigo 156 do diploma legal, em que confere poderes instrutórios para o juiz, seria considerado uma anomalia e ofensa ao princípio constitucional de um processo acusatório.

Lopes Junior (2004, p. 164-166), por sua vez, defende que, na verdade, o nosso sistema é eminentemente inquisitivo. Aponta que o sistema misto ou bifásico seria uma falácia, tendo em vista que para definição do sistema adotado não se aprecia tão somente se há divisão entre o órgão acusatório e de julgamento. Somente este critério seria insuficiente se, após, o juiz assume um papel de inquisidor. Portanto, o ponto crucial para identificação da essência do sistema reside na identificação do núcleo fundante, qual seja, a gestão da prova. E, tendo em vista que é conferido poderes instrutórios para o juiz, isso bastaria para descaracterizar o sistema acusatório.

Prossegue no sentido de que ainda que haja uma separação da fase pré-processual inquisitiva e da fase processual acusatória, deve-se adotar o sistema acusatório puro, pois ao trazer integralmente para o processo os elementos de prova, acaba por contaminar o órgão julgador que, revestindo-se do princípio do livre convencimento motivado e de termos como “corrobora”, acaba por formar seu convencimento no quanto colhido na fase inquisitorial e “finge-se” que a condenação se dá com lastro nas provas colhidas no processo judicial. (LOPES JUNIOR, 2004, p. 165-166)

Assim aduz Lopes Junior (2004, p. 173): “Sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se em um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade [...]”

Coadunando com o pensamento do autor supramencionado, Rangel (2016, p. 54) explana que não adotamos um sistema acusatório puro, ante as características que permeiam o inquérito policial que integra os autos do processo e que dá andamento à ação penal. Inclusive, ressalta o fato de que o inquérito policial dá início a busca pela verdade, uma vez que, quando da instrução, o juiz se baseia no que foi colhido durante a fase inquisitiva para, após, realizar as perguntas.

## **2.3. DA VALORAÇÃO DAS PROVAS**

São basicamente três os sistemas de valoração de provas mais relevantes, quais sejam: o sistema legal de provas, o sistema da íntima convicção e o do livre convencimento motivado, como veremos.

No sistema legal de provas havia uma valoração hierarquizada definida a partir de uma tabela de valoração de provas, ou seja, a importância de cada uma delas era previamente determinada pela lei. Tal sistema limitava a avaliação do juiz de cada prova colhida, tendo em vista que ficava vinculado aos valores já preestabelecidos. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 561)

Assim complementa Aranha (2006, p. 80):

Cada prova tem um valor certo, constante e inalterado, preestabelecido pela norma, de tal sorte que ao juiz só é permitida a apreciação dentro da eficácia que a lei lhe atribui. O juiz torna-se um órgão passivo, pois diante do valor tabelado, a ele cabe apenas verificar o valor atribuído pela lei, reconhecendo-o na sentença, sem que possa fazer sua apreciação diante da própria convicção.

O sistema da íntima convicção do magistrado ou da certeza moral do juiz confere ao magistrado uma maior liberdade para decidir consoante sua consciência e não de acordo com valores já pré-determinados, de modo que o mesmo não fica obrigado a fundamentar sua decisão. Portanto, o juiz decide de acordo com sua convicção íntima, independentemente das provas contidas nos autos. (RANGEL, 2016, p. 518).

Destaca-se que o sistema da íntima convicção foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação às decisões prolatadas pelos jurados do Tribunal do Júri, em cumprimento ao direito que lhes é resguardado constitucionalmente, qual seja, o sigilo das votações. (TÁVORA, 2013, p. 408-409)

Já o sistema do livre convencimento motivado, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, é considerado um sistema intermediário entre os dois supramencionados, porquanto, em que pese o magistrado tenha a liberdade de valoração de provas, existe a obrigatoriedade de fundamentação da sua convicção. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 562).

Assim, a vantagem desse sistema consiste no fato de que devolve ao magistrado a discricionariedade, com ampla liberdade na valoração de provas, contudo é somada à obrigação de fundamentar sua decisão, bem como a de que as provas devem estar no processo e precisam ser lícitas e legítimas. (LIMA, R., 2015, p. 605)

Dessa forma, o também chamado sistema da persuasão racional, determina que o juiz aja de maneira livre ao apreciar as provas, o que caracteriza a “convicção”, contudo, deverá realizar a aferição de acordo com as regras preestabelecidas, que, por sua vez, caracteriza o termo “condicionadas”. (ARANHA, 2006, p. 81)

Decorrem do referido sistema alguns efeitos importantes: (LIMA, R., 2015, p.66),

a) Não há prova com valor absoluto: não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo [...] Essa liberdade de valoração da prova, todavia, não é absoluta [...]; b) Deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las [...] As partes possuem, portanto, o direito de verem apreciados seus argumentos e provas, direito este cuja observância deve ser aferido na motivação; c) Somente serão consideradas válidas as provas constantes no processo [...].

A partir da valoração das provas, o juiz pode chegar a três resultados diversos, quais sejam: a certeza, a dúvida ou a ignorância. A certeza é resultado de uma apreciação de provas que indiquem uma só direção, de maneira que se exclua qualquer dúvida prudente. No caso da dúvida, é a situação em que há um conflito de provas e o julgador, com base nas provas antagônicas oferecidas pelas partes, não consegue definir qual delas é a verdadeira. A ignorância, por sua vez, é o estado de total ineficácia da prova para demonstrar os fatos. Conclui, portanto, somente com a certeza é possível uma decisão condenatória. (ARANHA, 2006, p. 88)

Quanto à especificidade e hierarquia das provas, vale frisar que existem certas exigências relacionadas aos meios de provas para determinados casos, contudo, isso não conduz à ideia de que há uma hierarquia entre elas. As exigências, na verdade, configuram garantias ao acusado para que não haja violação a seus direitos, bem como estabelecem critérios em relação ao grau de convencimento do magistrado acerca da prova. Quanto a hierarquia, não é possível afirmar, a priori, que haja uma hierarquia ou superioridade entre as provas, mas tão somente que algumas delas não são capazes, por si só, de sustentar a ocorrência de um delito. (PACELLI, 2015, p. 342-343).

## **2.4. A BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL**

Como já fora explicitado anteriormente, o processo penal busca a reconstrução dos fatos para formular o convencimento do juiz acerca da existência e veracidade de um evento mediante colheita de provas.

Tourinho Filho (2013, p. 234) ao tratar do objetivo de prova, assegura que este visa formar a convicção do juiz acerca da existência dos fatos e o modo que os mesmos se deram. Portanto, a partir dos meios que possui, o juiz irá reconstruir os fatos passados e buscar a verdade.

A reconstrução histórica deve tentar ser o mais fiel possível aos eventos. O que se quer é a reconstrução dos fatos buscando a maior coincidência possível com a realidade, visto que é impossível atingir uma verdade absoluta. (KHAÇED JUNIOR., 2009, p. 183)

Nas palavras de Ferrajoli: (2014, p. 53)

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas

Durante anos se entendeu que no Processo Penal vigorava o princípio da verdade real. Ela está, historicamente, relacionada ao processo inquisitório, na qual se constata uma busca por uma verdade dissociada de regras e que é utilizada para justificar eventuais atos abusivos praticados pelo Estado. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 567).

Pacelli (2015, p. 333) complementa que a verdade real legitimava certos desvios, com as mais diversas práticas probatórias, ainda que não estivessem previstas legalmente e que eram explicadas com fulcro na busca pela verdade e pela gravidade inerente às questões penais.

Assim, através da verdade real, se fundamenta uma estrutura do poder judiciário que está em desacordo com os objetivos constitucionalmente trazidos pela República Federativa do Brasil. (KHAÇED JUNIOR, 2009, p. 124).

Desta feita, se almeja a verdade formal, que somente é alcançável com a observância das regras constitucionais e relacionadas aos fatos que sejam penalmente relevantes, ou seja, obtida mediante adoção das regras do sistema acusatório. Assim, o formalismo protege os indivíduos contra a imposição de verdades que, na realidade, são abusivas e arbitrárias. É certo dizer então que, no processo penal, apenas seria legítima a verdade formal. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 567-568).

Nessa esteira, contudo, é importante observar que a verdade processual, como nenhuma outra é absoluta e, por conseguinte, nem sempre irá condizer com a realidade fática, mas sim com uma verdade que está contida no processo. Por vezes, o que está nos autos nem sempre é verdadeiro, uma vez que testemunhas mentem, a confissão do acusado pode ser falsa, dentre outros. (RANGEL, 2016, p. 08)

## **2.5. PRINCÍPIOS**

O Direito Processual Penal, com o advento da Constituição da República de 1988, passou a ter um fundo constitucional, devendo ser aplicado de modo a tutelar os direitos fundamentais. Uma maneira de contemplar esse ideal se dá a partir da aplicação e observância de princípios que funcionam como garantias ao indivíduo. (PACELLI, 2015, p. 35-36).

Portanto, necessário abordar alguns dos princípios de inestimável importância para o tema abordado no presente trabalho, como veremos a seguir.

### **2.5.1 Princípio da presunção de inocência**

Nas palavras de Badaró (2008, p. 16): “A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito”.

A jurisdição é atividade necessária para obtenção da prova de que alguém praticou um crime e nenhum delito pode ser considerado como cometido, bem como ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena até que, mediante um processo regular e com observância das premissas constitucionais, essa prova se produza. (FERRAJOLI, 2013, p. 505).

O princípio em comento tem guarida constitucional conforme o artigo 5º, LVII<sup>[4]</sup>, da Constituição Federal e diz respeito ao fato de que todos são presumidamente inocentes até que sobrevenha trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (NUCCI, 2015, p. 33-34).

Em que pese a Constituição Federal de 1988 não utilize a expressão “presunção de inocência”, também é denominado de presunção de não-culpabilidade, contudo, não se vislumbra qualquer diferença entre ambas as expressões, que se apresentam como variáveis de um conteúdo idêntico. (BADARÓ, 2008, p. 15-16).

Nucci (2015, p. 34) explica ainda que o princípio em comento tem relação com o princípio do *in dubio pro reo*, quer dizer, deve absolver o acusado sempre que pairarem dúvidas no caso em concreto.

O *in dubio pro reo* deve ser observado na fase de valoração das provas e, prevalecendo qualquer dúvida, deve ser imposta a absolvição, porquanto o papel de afastar a presunção da inocência ou da não culpabilidade compete à acusação. (Lima (LIMA, R., 2015, p. 45)

Assim, a presunção da inocência, princípio basal do processo penal, garante ao acusado um dever de tratamento na dimensão interna, quando se determina que o ônus da prova recaia sobre a acusação, a restrição das prisões cautelares e que a dúvida implique na absolvição do acusado; bem como na dimensão externa, ao se exigir uma proteção contra a estigmatização do réu enquanto perdurar o estado de inocência. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 230).

Nesse esteio, Badaró (2008, p.16) conclui que “o princípio em comento é considerado um fundamento do processo acusatório que busque respeitar os direitos e a dignidade da pessoa humana”

Desta feita, o mencionado princípio, um dos mais importantes do ordenamento jurídico e constitucionalmente reconhecido, deve sempre ser evocado nos processos judiciais e aplicados nas hipóteses em que não houver nos autos provas seguras e suficientes para ensejar uma condenação.

## **2.5.2 Princípios da ampla defesa e contraditório**

O princípio em comento também possui amparo constitucional no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e aduz que às partes é conferido o direito mútuo de se manifestar processualmente sobre seus atos, com o fim de influenciar no convencimento do magistrado, o que inclui o direito de produzir prova, de ser cientificado dos atos processuais etc. (TÁVORA, 2013, p. 58).

O contraditório não se resume tão somente a uma mera participação das partes no processo, de modo que é necessário garantir a igualdade material mediante uma participação equânime e com meios reais de contrariar, pois apenas dessa forma se assegurará a plenitude do contraditório. (LIMA, R., 2015, p. 49)

Com o quanto alegado, concorda Nucci (2015, 37-38):

Quer dizer que toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito de liberdade e a manutenção do estado de inocência do acusado.

O princípio da ampla defesa encontra guarida no mesmo dispositivo constitucional mencionado acima, e consoante explica Nucci (2015, p. 35-36), ao réu deve ser conferido um tratamento diferenciado ante a sua hipossuficiência perante o Estado, através de todos os meios legítimos para se defender de maneira ampla e eficaz das imputações feitas contra si.

Pacelli (2015, p. 45) explica que a ampla defesa é realizada através da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e por qualquer meio que seja considerada uma prova legítima e hábil para comprovar a inocência do réu. A autodefesa inclui o interrogatório, que é dispensável, vez que é considerado um direito do réu. O mesmo não ocorre em relação a defesa técnica, na qual é obrigatória a participação de advogado ou defensor público em todos os atos do processo, não sendo, portanto, disponível. Por fim, a defesa efetiva diz respeito não a uma só mera participação, mas que ela seja eficaz, sob pena, inclusive, de nulidade.

## **2.5.3 Princípio da liberdade probatória**

O referido princípio se apresenta como uma consequência da busca pela verdade processual, tendo em vista que se ao juiz é dada a tarefa de buscar a verdade, deve lhe ser conferido também a liberdade necessária para reconstruir o fato e apreciar sua veracidade, contudo, impende ressaltar que essa atuação sempre se deparará com limites presentes na lei. (RANGEL, 2016, p. 470)

A referida limitação pode se dar quanto ao momento da prova, que, em regra, podem ser produzidas em qualquer momento do processo, com suas devidas exceções, tais como o momento de apresentação do rol de testemunhas, sob pena de preclusão. (LIMA, R., 2015, p. 637)

a liberdade concernente ao tema da prova dispõe que sobre todos os fatos podem ser produzidas provas, desde que sejam relevantes para o deslinde da causa, podendo, inclusive, o magistrado indeferir as que são consideradas impertinentes ou protelatórias, consoante dispõe o próprio Código de Processo Penal. (LIMA, R., 2015, p. 638)

Já a liberdade quanto aos meios de prova significa dizer que, em regra, podem ser utilizados quaisquer meios de prova, independentemente de estarem previstos na legislação ou não, desde que sejam obtidas de maneira lícita e respeitando as normas constitucionais. (FEITOZA, 2008, p. 625).

#### **2.5.4 Princípio da duração razoável do processo**

A Constituição Federal prevê o princípio da duração razoável do processo em seu artigo 5º, inciso LXXVIII<sup>[5]</sup>. Lopes Junior (2004, p. 93) afirma que existe uma íntima relação entre o tempo e o processo: “o tempo é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de) mora jurisdicional injustificada”

Nesse sentido, entende-se que o processo deve ser julgado de tal forma que, não demore em demasia a fim de não se configurar uma ausência de prestação jurisdicional do Estado, bem como deve durar o tempo necessário para que se resguarde os direitos e garantias fundamentais nele previstos. (DI GESU, 2014, p. 301).

Assim, consoante a mesma autora (2014, p. 302), a observância do princípio da duração razoável do processo juntamente com os demais princípios que acolham os direitos e garantias fundamentais estão interligados, dentre outras coisas, à qualidade da prova colhida no processo, sendo certo que, se em menor tempo elas forem colhidas, maior poderá conferir confiabilidade às mesmas.

Consoante passagem do tempo, a prova pode se desfazer, principalmente no que tange àquelas que provém da memória. Assim, o tempo pode se tornar inimigo da colheita de prova quando os vestígios tendem a desaparecer. (LOPES JUNIOR, 2004, p. 99)

Dispõem Avelar e Coutinho (2015) acerca da duração razoável do processo:

O exercício da persecução penal apenas se mostra legítimo quando são observadas as garantias fundamentais do investigado/acusado, moldadas a um procedimento temporalmente adequado, previamente determinado pelo legislador e quando as regras do jogo são efetivamente obedecidas.

Portanto, importante o equilíbrio entre a colheita de provas respeitando-se a duração razoável do processo, bem como a observância aos direitos e garantias fundamentais do acusado, tendo em vista que, somente assim, uma decisão judicial será pautada na legalidade.

### 3. CONCLUSÃO

Através do presente trabalho conclui-se que, no Processo Penal, provar é demonstrar, mediante apresentação dos meios necessários e legítimos, a existência ou não da “verdade” de um dado fato descrito na inicial para formar a convicção do órgão julgador.

Em que pese se busque um sistema acusatório, verifica-se que o Código de Processo Penal brasileiro ainda está contaminado em diversos dispositivos pelo processo inquisitivo de modo que, pode acabar por ferir direitos e garantias fundamentais do acusado e um processo penal eminentemente acusatório. Assim, o que se busca é, diante do cenário, realizar uma interpretação constitucional de tais dispositivos com o fito de preservar os princípios constitucionais inafastáveis do processo penal.

Não obstante o magistrado possua uma maior liberdade em seu convencimento, a teoria adotada do livre convencimentomotivado diz respeito a possibilidade de apreciação da prova sem qualquer hierarquia infundada e prefixada entre elas, e não a de agir de maneira arbitrária, de modo a, assim, garantir a observância dos preceitos constitucionais.

Destarte, embora seja impossível alcançar a verdade absoluta, cumpre ao magistrado buscar a verdade que mais se aproxima da realidade dos fatos a partir da reconstrução histórica, que somente será possível se extrair dos autos mediante observância dos princípios constitucionais e dos limites impostos pela norma jurídica.

### REFERENCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2006.

AVELAR, Daniel R. Surdi de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do “não prazo”**, 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/a-duracao-razoavel-do-processo-em-busca-da-superacao-da-doutrina-do-nao-prazo-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho-e-daniel-r-surdi-de-avelar/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal: tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008.



FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KHAÇED JUNIOR, Salah H.. **Ambição de Verdade no Processo Penal. Desconstrução hermenêutica do mito da verdade real**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 6ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo Penal**. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 13ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 24ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2016.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2013, v.3

[1] Art. 155. 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

[2] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[3] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

[4] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

[\[5\]](#) A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.