MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE RONDÔNIA
em defesa da sociedade

3ª Edição

REVISTA JURÍDICA

do Ministério Público do Estado de Rondônia

ANO II - Nº 3, JAN-DEZ/2019

REVISTA

JURÍDICA

do Ministério Público do Estado de Rondônia

COMPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

ALUILDO DE OLIVEIRA LEITE
Procurador-Geral de Justiça

OSVALDO LUIZ DE ARAUJO
Subprocurador-Geral de Justiça

CLÁUDIO WOLFF HARGER
Corregedor-Geral do Ministério Público

ANA BRIGIDA XANDER WESSEL
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça

MARCOS VALERIO TESSILA DE MELO
Secretário-Geral do Ministério Público

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Rondônia / Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rondônia. - Ano 2, n.3 (jan./dez.2019) - Porto Velho : MPRO, 2019.

Anual

ISSN 2595-3265

1. Direito – Periódicos I. Rondônia (Estado) Ministério Público. Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rondônia.

CDD: 340.5
CDU: 340 (05)

mprooficial mpro_oficial mpro_oficial mprobr

www.mpro.mp.br

Rua Jamary, nº 1555 - Bairro Olaria
Fone: (69) 3216-3700 - CEP 76801-917 - Porto Velho/RO

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE RONDÔNIA
em defesa da sociedade

ESMPRO
Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rondônia

REVISTA JURÍDICA do Ministério Público do Estado de Rondônia

ANO 11 - Nº 3, JAN-DEZ/2019

MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL
REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA
3ª Edição

Aidee Maria Moser Torquato Luiz
Alexandre Jésus de Queiroz Santiago
Alexandre Matzenbacher
Carolina Ribeiro Garcia Montai de Lima
Cláudio Wolff Harger
Jorge Romcy Auad Filho
Josiane Alessandra Mariano Rossi
Giselle Araújo Gadotti
Matheus Kuhn Gonçalves
Priscila Matzenbacher Tibes Machado
Rogério Montai de Lima
Samuel Alvarenga Gonçalves
Tâmera Padoin Marques Marin
Vinícius Silva Lemos

Escola Superior do Ministério Público de Rondônia

Jorge Romcy Auad Filho
Diretor-Geral

Joelma Flávia dos Santos Gil
Analista em Biblioteconomia

Giselle Araújo Gadotti
Diretora-Executiva

Elineide Gomes da Silva
Técnica Administrativa

Karolina Gomes Nunes Pereira
Assessora Técnica

Otávia da Silva Riojas
Assessora Técnica

Paulo Ricardo de Lima Moraes
Técnico Administrativo

Rafaela Nunes Pereira
Estagiária de Administração

FICHA TÉCNICA

Presidente do Conselho Editorial: Dr. Jorge Romcy Auad Filho
Coodernação da publicação: Giselle Araújo Gadotti
Redação: Pedro Henrique Rocha Vilarim
Projeto WEB: Liluyoud Cury de Lacerda
Assessora Técnica: Karolina Gomes Nunes Pereira
Projeto Gráfico e Diagramação: DCI-MPRO

Produzido e editorado pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de Rondônia (ESMPRO), em Janeiro de 2020.

PREFÁCIO

É com grande satisfação que trazemos à lume a terceira edição da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Rondônia.

Na presente edição, assuntos de relevantíssimo alcance social e jurídico são tratados, tais como abuso sexual infantil, novas formas de atuação no direito penal e instrumentos de combate a violência contra as mulheres.

Esses temas são discutidos com acuidade pelos autores dos artigos, demonstrando grande capacidade de análise, explicitando os principais aspectos a serem abordados em cada assunto.

A terceira edição da revista é a prova de sua aceitação no meio acadêmico, contando com a participação de membros e servidores do Ministério Público, bem como de autores de outras instituições, prestigiando o estudo e a discussão de matérias jurídicas em nossas paragens.

Boa leitura!!!

JORGE ROMCY AUAD FILHO
PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

SUMÁRIO

ABUSO SEXUAL INFANTIL: CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS DO CRIME E A REVITIMIZAÇÃO PROVOCADA PELA INQUIRIÇÃO À VÍTIMA 11
Camila Fernandes Ferreira da Silva Lobo

ACOLHIMENTO DE MULHERES EM SITUAÇÃO DE RISCO E VIOLÊNCIA EM ARIQUEMES: CASA DE APOIO NOÉLI DOS SANTOS 30
Zuila Rafaela Fonseca de Moraes

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (RESOLUÇÃO 181, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO): INSTRUMENTO EFICAZ DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL 50
Camila Karem Pereira Bueno
Geovanna Pinheiro da Silva

CONSIDERAÇÕES, ANÁLISE E APLICABILIDADE OTIMIZADA DA MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL À LUZ DO DIREITO COMPARADO 68
Henry Sandres de Oliveira

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA SUSTENTABILIDADE 87
Dinalva Souza de Oliveira
Marcos Giovane Ártico

SUMÁRIO

103 **OS EFEITOS EXTRAPENAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SEUS REFLEXOS NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O MINISTÉRIO PÚBLICO PODE NEGOCIAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO?**
Fabíola de Jesus Pereira

123 **RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DA AUTORIA DELITIVA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DO DOMÍNIO DO FATO E DA CEGUEIRA DELIBERADA**
Camila Fernandes Ferreira da Silva Lobo
Carina Souza Cruz
Luana Aguiar Ferreira
Rafael Pereira Venâncio
Thaís Dias Teixeira

145 **TUTELA PROVISÓRIA E REMESSA NECESSÁRIA: (IN)COMPATIBILIDADE SISTÊMICA-NORMATIVA**
Bruno Carlos Pastore

ABUSO SEXUAL INFANTIL: CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS DO CRIME E A REVITIMIZAÇÃO PROVOCADA PELA INQUIRIÇÃO À VÍTIMA

CHILD SEXUAL ABUSE: PSYCHOSOCIAL CONSEQUENCES OF CRIME AND REVITIMIZATION CAUSED BY THE VICTIM INVESTIGATION

Camila Fernandes Ferreira da Silva Lobo[1]

RESUMO: O presente artigo visa abordar as consequências do abuso sexual infantil e a revitimização ocasionada pela inquirição à vítima. Tem o objetivo de demonstrar a necessidade de preparo dos profissionais envolvidos nos procedimentos. Tal temática foi escolhida devido à importância de que o assunto seja debatido no âmbito jurídico, e que a coleta de depoimentos seja feita com observância à proteção integral. Conceitua o abuso sexual e apresenta a sua previsão legal, as consequências na vida da criança e, finalmente, a revitimização causada pela inquirição repetitiva nos diversos órgãos de apuração do crime. Remete à conclusão de que é dever do Estado adotar medidas de articulação nos órgãos envolvidos, para diminuir a demasia de inquirições e evitar a revitimização.

Palavras chave: Abuso Sexual Infantil. Revitimização. Inquirição.

ABSTRACT:This article aims to address the consequences of child sexual abuse and the victimization caused by victim inquiry. It aims to demonstrate the need for preparation of the professionals involved in the procedures. This theme was chosen due to the importance of having the matter debated in the legal scope, and that the collection of testimonies be done with observance of the integral protection. It conceptualizes sexual abuse and presents its legal prediction, the consequences in the life of the child and, finally, the revitimizacion caused by the repetitive inquiry in the several agencies of investigation of the crime. It refers to the conclusion that it is the duty of the State to adopt measures of articulation in the organs involved, to reduce the excess of inquiries and to avoid the revictimization.

Keywords: Child Sexual Abuse. Inquiry. Revictimization

[1] Graduada em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia. Pós-graduanda em Direito Processual Penal. Servidora efetiva do Ministério Público do Estado de Rondônia.

INTRODUÇÃO

O crime de abuso sexual infantil, previsto nas legislações penal e menorista brasileiras, dada a sua imensa gravidade, tem diversas consequências, de ordem não apenas física, mas psicológica e social. Caso não sejam tratadas, estas consequências podem se tornar tão graves quanto as sequelas físicas, uma vez que podem se prolongar no tempo, acompanhando a vítima desde a prática do crime até a vida adulta.

As ciências jurídicas, embora tenham papel essencial na apuração criminal e procedimento que leva ao encarceramento do criminoso, muitas vezes relegam a preocupação com o devido atendimento à criança vitimada, deixando esta função para outras ciências, sobretudo a Psicologia.

Embora a busca pela verdade real seja o primeiro objetivo do processo judicial, a criança não deve se sentir no papel de acusadora, sob pena de acarretar a ela consequências tão devastadoras quanto o próprio abuso.

Este trabalho tem por finalidade precípua apresentar o conceito e previsão legal do crime de abuso sexual infantil, as principais consequências psicossociais do crime, o processo de revitimização que pode ser causado pelas inquirições e as propostas de oitiva menos danosas à criança.

1 PREVISÃO LEGAL DO ABUSO SEXUAL INFANTIL

O abuso sexual infantil é um delito cometido, na imensa maioria das vezes, por pessoas que fazem parte do convívio da criança, seja um familiar, amigo da família, vizinho, ou quem tenha fácil acesso ao infante. Sua prática ocorre desde a antiguidade, a exemplo, no Egito Antigo, as filhas tinham a sua virgindade tirada pelos próprios pais.

Apenas no século XVIII, o filósofo Jean-Jacques Rousseau despertou a importante reflexão de que a criança era um sujeito peculiar, merecedor de proteção e atenção especiais. Atualmente, o assunto gera maior comoção e reprovabilidade social, sendo objeto de repúdio pela esmagadora parte da sociedade. Por talmotivo, o crime encontra-se previsto no Código Penal com a nomenclatura "estupro de vulnerável", presente também na Lei nº 8.072/90, a Lei de Crimes Hediondos.

O Código Penal traz a tipificação no art. 217-A, no capítulo destinado aos "Crimes Sexuais Contra Vulnerável":

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

> § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
> Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
> § 4º Se da conduta resulta morte:
> Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, CÓDIGO PENAL, ART. 217-A)

Portanto, a vítima do crime acima descrito é a criança ou o adolescente com idade entre 0 (zero) e 14 (catorze) anos de idade. Ressalte-se que, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança é o ser com idade entre 0 (zero) e 12 (doze) anos de idade. Para o doutrinador Cleber Masson:

> Não se fala mais em presunção da violência, e sim em vulnerabilidade, decorrente do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 anos, pois estas pessoas ainda não estão prontas para participar de atividades sexuais (MASSON, 2013, p. 54)

A Lei 8.072/90 elencou o referido crime no rol de crimes hediondos, conforme vemos a seguir:

> Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:
> [...]
> VI - estupro de vulnerável (art. 217-A,*caput* e §§ 1º, 2º, 3ºe 4º).

Destarte, por se tratar de crime hediondo, o autor do crime não faz jus a anistia, graça ou indulto. Além disso, o cumprimento da pena ocorre em regime inicialmente fechado, devendo o ofensor sexual cumprir o mínimo de 2/5 (dois quintos) da pena se for réu primário e 3/5 (três quintos), caso seja reincidente.

Além do tratamento mais severo conferido pela Lei de Crimes Hediondos, a Lei 12.015/2009 alterou a pena do crime praticado contra o vulnerável e o tornou um crime autônomo, cominando pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão. Mister ressaltar que para configuração do tipo penal, o consenso da vítima não é considerado, ou seja, mesmo que a criança não tenha oferecido resistência, a lei apenas se refere à sua vulnerabilidade, irrelevante que ela tenha consentido ou não para a prática do abuso. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como vemos adiante:

> 1. É impossível afastar a presunção de violência na prática do delito imputado ao paciente, já que é pacífico nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que após a Lei 12.015/2009, a conjunção carnal ou os atos libidinosos diversos cometidos com menos de 14 (catorze) anos configuram o crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, **independentemente de grave ameaça ou violência**

> **real ou presumida, o que torna irrelevante o consentimento ou autodeterminação da vítima**. Precedentes. [grifo nosso] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus 322696 RJ 2015/0101773-5.** Relator: Ministro Jorge Mussi. Publicação: DJ 13/05/2015)

Também, a mesma lei trouxe uma relevante alteração, uma vez que tais crimes passaram a ser processados através de ação penal pública incondicionada a representação, bem como mudou o prazo prescricional do crime, que apenas passará a ser contado a partir do momento em que a vítima completar 18 (dezoito) anos de idade, exceto nos casos em que já exista processo penal em tramitação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê diversos tipos penais relacionados à pedofilia, através da produção, distribuição, compra e venda, dentre outras práticas que envolvam crianças e adolescentes em práticas sexuais, levando tais materiais a serem distribuídos principalmente na rede virtual, colaborando, assim, para a recrudescência da pedofilia.

O artigo 240 do Estatuto descreve as ações de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescente, com pena de reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos. Uma vez que envolve diversas ações, trata-se de um crime de ação múltipla. Entretanto, frisamos que, para consumação, o autor necessita da prática de apenas uma das ações.

Ishida conceitua pornografia e sexo explícito como a "representação, por quaisquer meios, de cenas ou objetos obscenos destinados a serem apresentados a um público e também expor práticas sexuais diversas, com o fim de instigar a libido do observador." (2010, p. 506)

Há três causas de aumento de pena: quando o abusador exerce cargo ou função pública, quando a vítima coabita com o agressor ou casos em que haja relação de hospitalidade (*v.g.* um visitante), ou quando há relação de autoridade e poder entre ambos. A relação de autoridade se faz presente, de acordo com a lei, nas relações de parentesco até o terceiro grau, por adoção, tutela e curatela eprofessor.

Infelizmente, a distribuição de material com conteúdo de pedofilia gera um lucro que incentiva o aumento da prática pedofílica. Trindade e Breier afirmam que:

> As apreensões de material pornográfico infantil, bem como prisões de integrantes de redes criminosas, pelo mundo, revelam como é vantajoso, financeiramente, produzir material com imagens de prática sexual envolvendo crianças, um lucro a custo de dano físico e psíquico à criança na cifra aproximada

> de U$ 20 bilhões de dólares no ano de 2006, segundo revela o Procurador-Geral dos Estados Unidos, Aberto Gonzáles. (2010, p. 93)

No campo internacional, os direitos infantojuvenis são respaldados pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, a qual foi adotada pela Resolução nº L 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Tal Convenção teve sua promulgação no Brasil mediante o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Este diploma elenca previsões relacionadas ao combate ao crime de abuso sexual infantil e trata proteção integral destinada às vítimas, bem como formas de atuação coordenada dos Estados que a adotaram. Um dos objetivos de referido diploma é coibir a prática do abuso sexual infantil, que tem assolado de maneira assustadora os países subdesenvolvidos. Vejamos as disposições da primeira parte do artigo 19 da Convenção:

> *Artigo 19*
> 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

O texto do artigo 19 determina que os Estados participantes protegerão a criança em face de toda forma de violência, incluindo o abuso sexual sofrido pela criança sob proteção dos pais ou quaisquer representantes legais. Essa ressalva deixa claro que há do legislador uma preocupação especial com o público que sofre abuso por parte de pessoas que têm o dever de cuidado para com a criança, porque isso torna a vítima ainda mais vulnerável e dificulta a incriminação do agressor.

Vemos, portanto, que a criança passou a contar com o apoio de diversas normas, inclusive de organismos internacionais, a fim de que não existam brechas que permitam a vitimização dos vulneráveis ou viabilize a impunidade não apenas dos agressores, mas daqueles que, tendo o dever de cuidar, são coniventes com o abuso sexual.

Crimes contra a dignidade sexual de crianças causam imensa reprovação social, pois atingem de forma direta as vítimas, mas de forma indireta a sociedade como um todo. É, desse modo, imprescindível que certos aspectos psicossociais possam ser identificados, uma vez que, caso ignorados, torna-se de difícil alcance a identificação da relação abusiva que vitima a criança e, posteriormente, caso sejam negligenciadas as consequências do crime sobre a vítima, passa o Poder Público a sujeitá-la a sequelas ainda mais

devastadoras, não apenas para a criança, mas para seus familiares que, sem o apoio estatal, dificilmente saberão lidar com a vítima de forma adequada. Trataremos, no próximo capítulo, das consequências mais comuns que as crianças vitimadas apresentam.

2 CONSEQUÊNCIAS PSICOSSOCIAIS DO ABUSO SEXUAL INFANTIL

As consequências do crime de abuso sexual na vida da vítima são inúmeras, portanto, torna-se impossível esgotar a apresentação destas neste trabalho. Uma vez que o crime tem por vítima sujeito de inquestionável fragilidade física e psíquica, não há como prever como e quando as consequências do crime surgirão de forma mais latente. Com o avanço dos estudos acerca do abuso, os autores especializados traçaram os danos mais comuns entre as vítimas, contudo, dada a complexidade presente na demonstração dos danos do crime, tais tratativas são de cunho geral e não são capazes de demonstrar com exatidão o drama vivenciado pelas vítimas durante a prática do crime e após a denúncia.

Inicialmente, é de bom alvitre desmitificar a falsa ideia de que todos aqueles que são abusados durante a infância se tornarão ofensores sexuais na vida adulta. A possibilidade de que a criança agredida venha a praticar crimes da mesma natureza dependerá de um contexto, tal como a duração e a gravidade da violência sofrida. A proteção ofertada ao infante é fator de diminuição da probabilidade de que venha a se tornar um abusador sexual, conforme Williams leciona:

> Imaginem que um garoto sofra abuso sexual da parte de um tio, por exemplo. Sua mãe fica sabendo, age para proteger a criança (afasta-o do contato com o tio, faz uma denúncia, tornando público o abuso, leva o filho para fazer psicoterapia de forma a enfrentar as dificuldades associadas e conversa com a criança sobre a experiência traumática de modo sereno, dissipando dúvidas e confortando-a). O comportamento materno em questão exemplifica diversos fatores de proteção, tornando remota a possibilidade de ofensas futuras. (2012, p. 29-30)

Por outro lado, existem certos fatores que podem maximizar o surgimento do criminoso, principalmente em se tratando de pessoas que sofreram o abuso na infância e vivem em um ambiente familiar desestruturado, que pode, por sua vez, causar dificuldades de relacionamento. (WILLIAMS, 2012).

Há dados que devem ser considerados para mensurar a gravidade das consequências da violência sexual, como a idade da criança, a duração e a frequência com que o abuso foi praticado, o grau de relação ou parentesco

entre a vítima e o abusador, a idade e gênero do criminoso e de que forma a (s) pessoa (s) de confiança da criança reagiu ao tomar conhecimento do crime.Furniss*et al.* mencionam ainda outros fatores que influenciam nas consequências do crime sobre o infante.Vejamos:

> Furniss e outros (1993, p. 15) elaboraram sete fatores que podem estar positivamente relacionados ao dano emocional da criança abusada sexualmente. São eles:
> […]
> 6) Ausência de figuras parentais protetoras;
> 7) Grau de segredo. (2010, p. 83)

Evidentemente, as sequelas físicas são muito graves, tal como ocorre em crimes sexuais com penetração genital e/ou anal, mas o dano físico é apenas um dos diversos advindos deste crime. A gravidez precoce e as doenças sexualmente transmissíveis são também comuns. A gestação resultante de crime sexual pode ser interrompida através do aborto permitido em lei, contudo, é um processo extremamente traumático para a vítima, pois, muitas vezes, a gravidez está em processo avançado quando descoberta ou denunciada pela criança. Em alguns casos, quando a família acoberta o crime, o aborto pode ser feito de forma clandestina, em clínicas sem estrutura e aval para funcionamento, o que pode, em muitos casos, resultar na morte da gestante.

As sequelas emocionais e sociais são igualmente graves. Em muitos casos, a criança passa a se comportar de forma erotizada, a exemplo da masturbação feita em público, o carinho indesejado feito em outras pessoas, a fala adultizada com natureza sexual e o conhecimento sobre sexo além da sua idade. A vítima experimenta o medo de forma excessiva e pode ter pesadelos com cenas do abuso. O transtorno pós-traumático é comum e faz com que a criança vislumbre o abuso em atividades do cotidiano, como brincadeiras e *flashbacks*.

A criança se torna apática em atividades antes prazerosas e pode retroagir em seu desenvolvimento cognitivo, como gaguejar ou usar fraldas (WILLIAMS, 2012).

A criança tem chance quatro vezes maior de ser acometida por doenças psiquiátricas e três vezes maior de vir a ter alcoolismo (GOMIDE; PADILHA, 2011, *in* Prevenção do Abuso Sexual Infantil: Um Enfoque Interdisciplinar).

Existem três consequências psicossociais mais comuns: dificuldades de adaptação afetiva; dificuldades de adaptação interpessoal e dificuldades de adaptação sexual (OLIVEIRA *apud* JEHU; GAZAN, 2007). Contudo, Oliveira

afirma que não há como precisar se a adaptação afetiva e suas dificuldades são maiores nas crianças vítimas de abuso sexual do que entre as que não foram vítimas. Os danos psicológicos mais apresentados são o sentimento de culpa, de autodesvalorização e depressão.

Oliveira estabelece que o sentimento de culpa pode ser estabelecido pelo silêncio imposto à criança; pelo eventual prazer advindo da prática abusiva e o constrangimento de ter vivenciado o abuso por muito tempo:

> Segundo Tsai e Wagner (1978), o *sentimento de culpabilidade* experimentado pelas mulheres seria explicável por três fatores. Primeiramente a criança-vítima participa de um *complô de silêncio* e sofre pressões para nada revelar, sob pena de sofrer sanções ainda mais graves e porque geralmente receia o descrédito que costuma permear as relações adulto-criança. Em segundo lugar, a criança pode experimentar *culpa* por ter vivenciado algum prazer físico, a despeito da situação geralmente aversiva. Em terceiro lugar, a criança pode envergonhar-se de se ter deixado abusar durante muito tempo (cerca de 4 anos em média, no caso dos sujeitos estudados por Tsai e Wagner, 1978). (2007, p. 153)

A autodesvalorização está atrelada às comparações frequentes estabelecidas entre a vítima e outras pessoas, principalmente as mulheres. (OLIVEIRA *apud* HERMAN, 1981). A baixa autoestima pode ser vivenciada até a vida adulta; a vítima se vê de forma inferior ou pior que as pessoas não vítimas. (OLIVEIRA *apud* HERMAN, 1981).

O quadro depressivo torna-se comum na vida adulta, sendo descrito por Oliveira, citando Beck, como "uma alteração específica em humor: tristeza, solidão apatia; um auto-conceito negativo, associado com **auto-reprovação**e **culpa**; desejos regressivos e **auto-punitivos**: desejos de escapar, **esconder** ou morrer […]" (OLIVEIRA *apud* BECK, 1967)

Em outro momento, poderão surgir dificuldades de estabelecer relações sociais e transtornos alimentares como a bulimia e anorexia. (GOMIDE; PADILHA, 2011, *in* Prevenção do Abuso Sexual Infantil: Um Enfoque Interdisciplinar).

Ainda na vida infantil, a criança pode ter baixo aproveitamento escolar. Trindade e Breier afirmam que a vítima pode, em casos mais graves, ter pensamentos suicidas, podendo chegar ao ápice de tentar tirar a vida, conforme asseveram abaixo:

> […] a apresentação de condutas sexualizadas, conhecimento atípico sobre sexo […] fracasso ou dificuldades escolares, precocidade sexual, dificuldades relacionais, especialmente

> com homens, pais e os próprios filhos. […] Em casos mais severos, pode se manifestar ainda sob a forma de: […] ideação suicida, suicídio ou tentativa de suicídio. (2010, p. 82)

Os autores defendem que, em menor proporção, algumas crianças não manifestam as consequências psicossociais do abuso, dada a condição da família de não permitir que os danos do abuso venham a eclodir; em outros casos, estes só surgem na vida adulta. (TRINDADE; BREIER, 2010).

É necessário, portanto, que a criança seja amparada pelos familiares e pessoas próximas, quando possível, e posteriormente, sejam efetuados os encaminhamentos aos profissionais capacitados para conferir os tratamentos físico, psicológico e social que permitam a plena recuperação da vítima e impeçam o agravamento dos danos ocasionados pelo abuso em si e pela persecução penal, a exemplo das incessantes inquirições a que a criança será submetida.

A ausência do tratamento relega ao infante uma potencialização de tais danos, e pode gerar um círculo vicioso do abuso, quando a ora vítima pode vir a se tornar agressora na vida adulta. Outrossim, é de fundamental importância que os atores sociais e governamentais conheçam as disposições da legislação infantojuvenil presentes em nosso ordenamento jurídico pátrio, para efetivar as garantias que lá se encontram previstas.

3 A REVITIMIZAÇÃO PROVOCADA PELA INQUIRIÇÃO

Conforme apresentado no tópico anterior, as consequências psicossociais do abuso sexual infantil são extremamente graves. Apesar da indubitável gravidade do crime, por vezes o Estado confere maior relevância ao processo criminal do que à recuperação da vítima e cuidados durante os procedimentos investigatório e judicial. Essa omissão pode sujeitar a criança a uma revitimização tão grave quanto a causada pelo crime, sobretudo pelas incisivas inquirições a que é submetida durante a persecução penal. A inquirição repetitiva, contumaz, provoca a chamada "vitimização secundária". (POOLE; LAMB, 1998).

Não há no ordenamento jurídico pátrio nenhuma orientação ou norma destinadas a coibir o exagero na extração de informações da criança. Sabe-se que a reiteração é desnecessária e causa danos tão graves quando os do próprio abuso, mas o sistema legal vigente não normatizou essa premissa, permitindo que os agentes públicos definam a quantidade de vezes que a pequena vítima deve ser inquirida.

Inquirir a criança com o fim de elevar as chances de condenação

criminal do agressor expõe-na ao trauma e potencializa os danos provocados pelo fato criminoso e se constitui em uma forma de violência emocional tão grave quanto a sexual. (AZAMBUJA, 2010).

Inicialmente, a notificação do abuso é encaminhada ao Conselho Tutelar de sua região.Posteriormente, o Conselheiro deve encaminhá-la para o atendimento médico, caso seja necessário. Em seguida, o acolhimento consistirá no trabalho realizado por equipe psicossocial especializada, pertencente a Secretaria de Assistência Social.

O papel e responsabilidades do Conselho Tutelar são inúmeros e de considerável abrangência na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, posto que suas decisões só podem ser revistas pela autoridade judiciária.

Apesar de não ter atividade jurisdicional, o Conselho Tutelar se tornou *longa manus* do Poder Judiciário. Nos casos de violações aos direitos da criança e do adolescente, o Conselho Tutelar é a porta de entrada no acolhimento à vítima e aos familiares não abusadores, devendo notificar o Ministério Público e o Juizado da Infância e Juventude e encaminhar o caso para a Delegacia Especializada de Proteção à Criança e ao Adolescente, a fim de que o inquérito policial seja instaurado.

A inquirição às crianças que foram abusadas sexualmente é um assunto que gera controvérsia entre os especialistas. Contudo, esta é uma realidade com a qual alguns órgãos lidam diariamente. Sabemos que o abuso sexual infantil é um crime cometido, em sua esmagadora maioria de casos, na "clandestinidade", ou seja, sem que ninguém, além da vítima e o abusador, testemunhe o crime.

A realidade demonstra que há profissionais despreparados para lidar com a experiência traumática de crianças vítimas. Por este motivo, é imprescindível que haja um treinamento específico para os órgãos de atuação, cujos profissionais necessitam de habilidade para estar diante de casos de abuso sexual infantil, dada a peculiaridade da criança vitimada e a linguagem infantil não ser facilmente compreendida, sobretudo de crianças pequenas ou aquelas que não verbalizam. Outrossim, "na sociedade atual, não se pode compreender que os profissionais se julguem capazes de atuar como generalistas do direito em áreas em que somente a especificidade nos capacita a atuar." (CHILDHOOD BRASIL, 2014, p. 255, *online)*.

O Poder Público, sobretudo o Poder Judiciário, se vê diante de obstáculos para produzir provas capazes de culminar com a responsabilização criminal do agressor. Por esse motivo, tornou-se comum que a criança seja

chamada a depor nas fases de investigação e judicial, como apontam Stein; Pergher; Feix:

> […] os operadores da lei deparam-se com uma dificuldade muito concreta em seu trabalho: como obter informações fidedignas a respeito de práticas a que são submetidas crianças e adolescentes? Se esta questão não for respondida, o estado estará impossibilitado de cumprir com seu papel. (STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. Desafios da Oitiva de crianças e adolescentes: técnica de entrevista investiga**tiva.)**

As crianças apresentam uma característica diversa das vítimas adultas, pois nem todo relato será verbalizado, portanto, o que for erroneamente compreendido pelo profissional é capaz de causar transtornos na vida do infante e seu suposto agressor. Nesse diapasão, Stein; Pergher; Feix,

> A questão da obtenção das informações fidedignas acerca das práticas a que são submetidas crianças e adolescentes pode parecer de fácil resposta em um determinado momento: basta contrastar as evidências materiais aos depoimentos coletados com testemunhas e vítimas. Essa idéia aparentemente simples, contudo, não dá conta de muitas situações práticas que envolvem maus tratos e/ou negligência. Em primeiro lugar, diversas práticas abusivas […] não deixam marcas físicas, de modo que a aplicação da lei não pode depender de evidências materiais. (2009, p. 10, online)

Por isso, a criança, na maioria dos casos de abuso sexual, é investida do dever de acusar, passando a ser a principal responsável pela produção da prova definitiva para acusar o indiciado. A Procuradora de Justiça Maria Regina Fay Azambuja defende que:

> […] Em decorrência do contexto em que a violência sexual intrafamiliar ocorre, os tribunais pátrios nas décadas que antecederam a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, no afã de obter a condenação do réu, passaram a valorizar a palavra da criança como elemento de prova da autoria e materialidade do crime. Nesse tempo, não se questionada, nos feitos judiciais e extrajudiciais, o melhor interesse da criança, privilegiando-se o direito e o interesse dos adultos, que detinham supremacia sobre a infância brasileira. (Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, nov. 2006.)

No sentido oposto, o juiz Daltoé Cézar defende a tese de que o testemunho da criança não consiste em forma de produzir a prova, mas se constitui de um direito da própria vítima, conforme leciona:

Embora o relato da criança seja valorado principalmente nas fases de investigação e do processo penal, não raras vezes a vítima faz tentativas de contar que está sendo abusada sexualmente (FURNISS, 1993). Por este motivo, é essencial que familiares e pessoas próximas à vítima estejam atentos à sua palavra e de nenhuma forma desprezem sua tentativa de contar que está sendo vítima de assédio ou violência.

Quando o testemunho da criança é imprescindível, devem as autoridades estarem munidas das ferramentas que coíbam a reiteração indiscriminada do depoimento da vítima, sob pena de sujeitá-la a sentimentos destrutivos, tão graves quanto o próprio abuso sexual, pois, em muitos casos, o agressor é pessoa próxima à criança, por quem esta nutre ou nutriu sentimento de afeto. A promotora de Justiça Veleda Dobke descreve caso no qual atuou como Membro do Ministério Público, e em que a criança revelou sentimentos controversos com relação ao abusador:

> […] Era um processo criminal. Eu havia denunciado o pai que abusou da filha várias vezes, configurando estupro com relação vaginal completa. Esse estupro vinha ocorrendo há mais de dois anos. Ele havia iniciado quando a menina tinha 12 anos e, quando o denunciei, a garota estava com 14 anos. Na Polícia, ela relatou o abuso com todas as circunstâncias e as ameaças que o pai fazia; contou o segredo, o silêncio da família abusiva, tudo o que precisava ser contado em juízo […]
> Marcada a nova audiência para ouvir a vítima, **eu estava ansiosa porque eu precisava da prova para condenar.** [grifo nosso] Eu estava convencida de que aquele abuso havia ocorrido. Quando a menina foi para a audiência com o juiz, esse a indagou sobre o fato, como sempre ocorre, e a menina disse: *"eu quero dizer ao senhor que eu menti lá na delegacia"*. [grifo do autor]
> […] quando terminada a audiência, a vítima saiu pelo corredor no qual o abusador se encontrava algemado e, passando por ele, abraçou-o, começando a chorar.[...] (2009, p. 190-191)

A inquirição deve, desse modo, cumprir as regras estabelecidas pela Proteção Integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, e não expor a vítima ao prolongamento da dor causada pela monstruosa experiência do abuso sexual, praticado por pessoa da família ou próxima à criança em oito a cada dez casos.

O Código de Processo Penal, através do art. 201, dispõe que:

> "Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações." (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 201)

O legislador, no início do dispositivo, deixa claro que há situações em que a vítima não poderá ser ouvida. Desse modo, deve o magistrado averiguar se a criança tem condições de apresentar-se em juízo, bem como a possibilidade de haver prejuízos emocionais para ela.

Conforme verificamos, os relatos da criança, seja por meio de entrevistas ou inquirições, serão ouvidos em mais de uma oportunidade. A vítima é ouvida em todas as fases, por profissionais que atuam no Conselho Tutelar, Delegacia de Polícia, Ministério Público e por fim, judicialmente, no Juizado da Infância e Juventude.

A experiência do abuso sexual deverá ser reiteradamente relatada para o profissional responsável pela oitiva, levando a criança a vivenciar situações de intenso estresse relacionados, neste momento, não à prática do abuso em si, mas à atuação do Poder Público em busca da punição de seu agressor. Nessa seara, Trindade e Breier postulam pela redução do número de depoimentos da criança:

> […] as consequências do abuso sexual contra a criança se estendem para além dos efeitos do abuso em si, conduzindo a variadas experiências estressoras capazes de provocar uma segunda vitimização.
> Por isso, deve-se procurar reduzir a necessidade de múltiplas entrevistas, diminuir as formalidades legais e minorar a frieza dos ambientes por onda a criança precisará transitar [...] (2010, p. 84)

A partir desta compreensão, devemos conhecer as diversas formas de abordagem relacionadas à coleta de informações das crianças, considerando as peculiaridades trazidas e o nível de estresse emocional que apresentam.

4 PROPOSTAS EFICAZES DE ESCUTA À CRIANÇA

O depoimento da criança pode ser obtido de diversas formas.A depender do profissional atuante e da escolha realizada por este, é possível permitir que a criança fale quando e como desejar, sem violar seu direito de permanecer em silêncio.

É cediço que, quando sofre o abuso, a vítima pode permanecer em silêncio, o que acarreta em inúmeras dificuldades na constatação e notificação do crime. Após a notificação, a vítima pode optar por relatar a violência sofrida, e a oitiva deve ser cautelosamente escolhida pelo profissional, seja da área afeta à psicologia, ao serviço social ou ao direito.

Inquirir a criança significa questioná-la com o objetivo de que seus relatos sejam utilizados como prova e mecanismo para apurar a autoria e

circunstâncias do crime e, por conseguinte, penalizar o abusador. Já a oitiva respeita o tempo e vontade da criança, considerando sua história de vida e experiências, utilizando um procedimento que permite que a criança manifeste de qualquer forma a violência por ela sofrida, por meio de palavras, gestos ou desenhos, por isso a necessidade de profissional especializado na área.

A Procuradora de Justiça Maria Regina Fay Azambuja traz uma importante diferença entre a inquirição e a escuta ou oitiva:

"Inquirir significa perguntar, indagar, fazer perguntas direcionadas, investigar, pesquisar. Ouvir, por sua vez, significa escutar o que a criança tem a nos dizer, dar ouvidos, dar atenção às palavras da criança." (2010, sem página, *online*)

Portanto, ouvir a criança em vez de inquiri-la significa respeitar o seu tempo, a sua peculiaridade, o seu desenvolvimento e, sobretudo, a sua decisão em permanecer em silêncio, conferindo à criança a oportunidade de calar, falar e ser respeitada em todo o processo da oitiva.

Permitir que a criança se expresse é diverso de impor a ela a obrigação de relatar um trauma, em especial o que é vivido dentro do lar, perpetrado por pessoa próxima, como o pai, padrasto ou avô (AZAMBUJA, 2010, *online*). A Procuradora entende que o único objetivo da inquirição, seja da forma tradicional ou alternativa, é a produção de provas. (AZAMBUJA, 2010, *online*)

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança traz dispositivos acerca da liberdade de expressão conferida a este público dentro e fora dos tribunais, *in verbis*:

> Artigo 12
> 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
> 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (ONU, CONVENÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, 1989).

Em consonância com o disposto no artigo 201 do Código de Processo Penal, a Convenção dispõe no artigo 12 que a criança deve estar capacitada para formular seu juízo, isto deve-se considerar seu estado emocional, sua idade, sua condição de falar e, sobretudo, sua vontade e possíveis consequências após o testemunho. A disposição do referido artigo garante à criança que ela seja ouvida em processos nos quais esteja envolvida, de forma direta ou mediante representante ou órgão apropriado.

Não devemos, entretanto, exigir dos operadores do direito um conhecimento profundo em psicologia. Devemos ponderar que as ciências humanas devem se relacionar, para trabalharem, nesse caso, em prol de um bem comum. Do contrário, "a intervenção legal pode, consequentemente, não apenas falhar em relação ao seu objetivo, mas também infligir um dano psicológico adicional à criança (FURNISS, 1993, p. 11).

Quando os sistemas assistencial e judicial promovem a proteção da vítima, através da possibilidade de minimização dos danos causados e consequente prisão do agressor, concedem à criança a oportunidade de autorreconstituição e administração do trauma. Essa garantia pode ser alcançada por meio de propostas de oitiva em que a criança é preservada como sujeito de direitos.

Ao estabelecer o primeiro contato com a criança, o profissional deve buscar um vínculo de confiança, devido ao fato de que, muitas vezes, a vítima, por ser coagida, deixa de confiar na pessoa adulta (DOBKE, 2001). Aquele responsável pela inquirição necessita demonstrar o seu interesse nos relatos e, sobretudo, manifestar que o que ocorreu não é responsabilidade da criança. A promotora de Justiça menciona que a palavra "culpa" deve ser evitada, e que o assunto deve ser sempre iniciado por temas gerais, como as atividades escolares e as brincadeiras de que a criança gosta (DOBKE, 2001).

O momento inicial deve indicar as condições psíquicas e desenvolvimento cognitivo e emocional da criança, para direcionar de forma personal a escuta da vítima. No caso de abuso sexual intrafamiliar, o profissional pode questionar a respeito dos genitores e familiares, perguntando à criança de que forma se dão os relacionamentos entre seus membros.

Para Veleda (2011), o inquiridor deve valer-se de linguagem acessível e utilizar linguagem sexual explícita, a fim de que a criança compreenda de forma clara as perguntas realizadas. Outrossim, as perguntas mais indicadas são as abertas, posto que "não sugerem resposta alguma." e permitem que a criança relate com liberdade os fatos abusivos (idem, p. 52).

Os Tribunais Pátrios têm utilizado com frequência a técnica do

depoimento sem dano (DSD). Tal mecanismo de inquirição foi criado pelo Juiz José Antônio Daltoé Cézar, que possui atuação no Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Cézar fundamenta a técnica com base na necessidade existia em colher declarações da criança vítima sem expô-la à hostilidade dos Tribunais, evitando que a criança tenha medo, o que prejudicaria a confiabilidade do que é dito. O juiz justifica a sua implantação, segundo ele "Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do ambiente formal da sala de audiência e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim [...]" (PADILHA; ANTUNES *apud* CEZAR, 2009, p. 179).

Portanto, o Depoimento sem Dano postula que a criança, durante a audiência judicial, seja ouvida em ambiente diferente do Tribunal, podendo ser gravada por vídeo e áudio. Os questionamentos feitos pela defesa do réu, Ministério Público e o magistrado devem ser ouvidos por profissional habilitado, em regra um psicólogo ou assistente social, que os decodificará para a criança, em linguagem que esta possa compreender, e de forma menos invasiva e estressora.

Segundo o magistrado (2007a), essa forma de oitiva visa evitar que a criança também se depare com o réu. Os objetivos da iniciativa, para o juiz, são valorizar a palavra da criança e, com isso, garantir seu direito de ser ouvida em juízo; reduzir o dano quando da produção de provas; a melhor condição da prova.

Contudo, essa técnica encontra corrente contrária, uma delas manifestada pelo Presidente do Conselho Federal de Psicologia, Humberto Verona, que questionou a necessidade de que a vítima seja envolvida no processo de condenação de alguém com quem pode ter vínculo afetivo e o risco de que cause nova violação ao infante:

> Nesta caminhada, muito tem nos preocupado o fato de que um suposto procedimento de defesa e proteção de crianças e adolescentes possa se constituir em uma prática de violação de direitos humanos. Isso porque visa, especificamente, a coleta de prova para posterior criminalização. (VERONA in Escuta de crianças e adolescentes envolvidos em situação de violência e a rede de proteção, 2010, p. 16, online)

Embora tenha muita aplicação nos Tribunais Pátrios, a técnica utilizada pelo DSD encontra oposição em parte dos psicólogos, que acredita que não há como atribuir à técnica de inquirição o caráter de não possuir dano (PADILHA; ANTUNES, 2009); e que o papel do psicólogo é diverso da função de colher informações para, exclusivamente, atender a produção de prova, que é múnus judicial (VERONA, 2010, *online*).

A criminóloga canadense Alison Cunningham (*in* "Prevenção do abuso sexual infantil: um enfoque interdisciplinar", 2011) traz propostas que podem auxiliar a escuta da criança. A primeira consiste em permitir que a criança seja acompanhada por alguém de sua confiança, que apenas oferece apoio no caminho até a sala de inquirição, não sendo permitido a essa pessoa conversar com a criança. Para evitar a repetição dos testemunhos, uma alternativa é gravar o primeiro depoimento da vítima. De acordo com a lei no Canadá, esse depoimento poderá ser apresentado na audiência judicial. Contudo, a defesa poderá apresentar outros questionamentos e, ainda assim, a criança deve comparecer ao fórum no dia da audiência.

A canadense apresenta duas importantes propostas de preparação da criança antes de prestar o depoimento. A primeira é a técnica de relaxamento, que respeita as emoções da criança, além disso, deve-se conhecer seus maiores receios a respeito da inquirição judicial, buscando auxiliar a criança no processo de ansiedade. O profissional deve, também, explicar à criança como funciona a audiência, utilizando bonecos que identificam as agentes que atuarão na fase judicial, a fim de prepará-la e capacitá-la para depor em juízo, caso necessário. O profissional orienta a criança para estar atenta aos questionamentos e responder apenas o que recordar. A criminóloga explica que a técnica instrui a criança a dizer quando uma pergunta já foi respondida, evitando a repetição das perguntas.

O ambiente em que a criança prestará seu depoimento deve ser confortável e conferir segurança e acolhimento. Os profissionais devem esclarecer à criança a razão pela qual ela está sendo inquirida, ressaltando que ela tem garantias e tem direito à proteção (CHILDHOOD BRASIL; UNICEF; FACULDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA, 2014).

O ambiente, de preferência em tons infantis, deve estar estruturado com poltronas adequadas para a criança, conforme a sua idade, e com brinquedos para descontrair a criança nos momentos de maior sofrimento. O espaço deve estar conectado por vídeo e áudio aos atores que figuram no processo e é necessário que a vítima permaneça nele durante toda a inquirição (CHILDHOOD BRASIL; UNICEF; FACULDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA, 2014).

Ademais, é necessário que a criança e sua família sejam direcionadas, se porventura necessitarem, a atendimento médico e assistencial que promova a garantia de sua saúde física e emocional, durante o processo judicial e após a sua conclusão. Ademais, os profissionais que atenderão a criança devem conhecer as redes de proteção e atendimento à criança vítima de violência sexual, para encaminhá-la para atendimento psicossocial quando terminada

a audiência.

Embora existam técnicas que otimizem a oitiva da criança, é imprescindível que os órgãos capacitem os profissionais designados para coletar o depoimento de crianças em situação de violência. Portanto, o Poder Legislativo necessita normatizar os mecanismos a serem utilizados nesta seara, após minucioso estudo de especialistas, do contrário, as mudanças serão pouco significativas e de curto alcance. A liberdade de atuação pode extrapolar os limites éticos caso não exista um regramento específico destinado a estabelecer critérios para a realização da escuta, que deve ser minimamente prejudicial à criança que será inquirida.

CONCLUSÃO

A partir da pesquisa ora apresentada, verificou-se que o crime do abuso sexual infantil provoca consequências graves que podem durar uma vida inteira. Restou demonstrado que, atualmente, o procedimento de inquirição é realizado por inúmeras vezes durante a persecução penal, o que provoca, por si só, a vitimização secundária da criança.

A pesquisa revelou dois aspectos diversos: o processo de revitimização e a essencialidade da palavra da vítima no conjunto probatório. A psicologia defende que a revitimização é diretamente provocada pela reiteração dos depoimentos, atrelada ao despreparo dos profissionais que realizam a oitiva. A valoração da palavra da vítima é massivamente defendida por operadores do Direito, posto que o crime é cometido na "clandestinidade", ou seja, sem testemunhas. As propostas de oitiva menos danosa demonstraram que há mecanismos que fazem da persecução penal um momento menos doloroso para a vítima, sem desprezar a experiência da criança e o seu relato, posto que o encarceramento do agressor, quando comprovada a autoria do crime, previne o cometimento de novos abusos.

Deve o operador do Direito utilizar o conhecimento da psicologia geral e jurídica para: diminuir as inquirições feitas à criança, articular de forma eficiente os órgãos de atendimento e gravar o depoimento da criança; padronizar a inquirição ou escuta, para melhorar o atendimento à criança e garantir seus direitos; capacitação dos profissionais atuantes na área ou a contratação de equipe composta por psicólogos e assistentes sociais, com vistas a auxiliar eventuais dificuldades do profissional que realiza o atendimento; realizar os encaminhamentos terapêuticos da vítima e seus familiares não abusadores, fazendo o acompanhamento do núcleo familiar durante todo o processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de**. Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?**.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BECK, A. T. **Depression: clinical experimental andtheoreticalaspects**. New York, Hoeber, 1967.

DEZEM, Guilherme Madeira; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DOBKE, Veleda Maria; SANTOS; Samara Silva dos; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **Abuso sexual intrafamiliar: da notificação ao depoimento no contexto processual-penal.** Porto Alegre. Temas em Psicologia. 2010, Vol. 18, Nº 1, 167 – 176.

DOBKE, Veleda. **Abuso Sexual: a inquirição das crianças – uma abordagem multidisciplinar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança:** Uma abordagem multidisciplinar**.** Tradução: Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Editora Artes Médicas, 1993.

OLIVEIRA, Adalberto Boletta et al. **Crianças Vitimizadas:** A síndrome do Pequeno Poder / organizadoras Maria Amélia Azevedo, Viviane Nogueira de Azevedo Guerra. - 2. ed. São Paulo: Iglu, 2007.

OLIVEIRA, E.B. **Uma leitura jurídica do abuso e da exploração sexual de crianças e adolescentes; in Rompendo o Silêncio – Seminário Multiprofissional de Capacitação Sobre Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes**, São Luís. UNICEF, 1997.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. **Desafios da Oitiva de crianças e adolescentes: técnica de entrevista investigativa.** Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/images/infancia/t%C3%A9cnicas_de_entrevista_investigativa-1.pdf> Acesso em: 15 maio 2016.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha Araújo (Orgs.). **Prevenção do Abuso Sexual Infantil**: um enfoque interdisciplinar. 1 ed. (2009), 2ª reimpr. Curitiba: Ed. Juruá, 2011.

ACOLHIMENTO DE MULHERES EM SITUAÇÃO DE RISCO E VIOLÊNCIA EM ARIQUEMES: CASA DE APOIO NOELI DOS SANTOS

HOSPITALIZATION OF WOMEN AT RISK AND VIOLENCE IN ARIQUEMES: NOELI DOS SANTOS SUPPORT HOUSE

Zuila Rafaela Fonseca de Moraes[1]

RESUMO: A presente pesquisa propõe-se analisar, a violência contra a mulher ea Casa de Apoio Noeli dos Santos localizada no município de Ariquemes/RO. Apresentaaspectos da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, âmbito de incidência e ciclo da violência. Discorreu-se a respeito da Casa de Apoio Noeli dos Santos, com breve apanhado sobre a criação da instituição, suas principais características e objetivos, o perfil das mulheres acolhidas com informações sobre a idade, número de filhos, dados escolares e de trabalho, bem comoo autor da violência, as formas e período suportado, cujos resultados são expostos em gráficos.

Palavras-chave: Maria da Penha, Violência contra a mulher,Casa de Apoio.

ABSTRACT: The present research proposes to analyze, the violence against the woman and the House of Support Noeli dos Santos located in the municipality of Ariquemes/RO. It presents aspects of Law 11.340/2006 - Maria da Penha Law, forms of domestic and family violence against women, scope of incidence and cycle of violence. It was discussed about the Casa de ApoioNoeli dos Santos, with a brief look at the creation of the institution, its main characteristics and objectives, the profile of women welcomed with information about age, number of children, school and work data, and as the perpetrator of violence, forms and period supported, whose results are exposed in graphics.

Keywords: Maria da Penha, Violence against women, Support House.

[1] Graduanda em Direito pelas Faculdades Associadas de Ariquemes. E-mail: zuilarafaelaa@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A Lei 11.340/2006 denominada de Lei Maria da Penha, editada em 07 de agosto de 2006, é objeto de estudo e dela se utiliza para fundamentar esse trabalho. A lei em tela foi criada com o fito principal de amparar a vítima, cessar ou pelo menos diminuir as agressões e consequentemente prevenir reincidências.

A Casa de Apoio Noeli dos Santos, situada no município de Ariquemes/RO, surgiu como uma resposta ao elevado número de violência contra as mulheres em situação de risco nesse município e região, que não possuíam um local seguro para se acomodar após os episódios de violência.

A análise do tema proporcionou o conhecimento sobre a matéria, permitindo, desse modo, verificar as características das mulheres acolhidas e mostrar a situação da Casa de Apoio. Trata-se de uma instituição privada, com endereço confidencial, que disponibiliza moradia, segurança e atendimento às mulheres e seus dependentes em risco de vida ou em razão de violência.

A principal finalidade é o acolhimento à mulher em situação de risco ou violência, ofertando um local seguro, visto que os principais motivos de procura pela Casa são a falta de segurança na própria residência, o risco a integridade e não ter um local seguro para estar. Para tanto, os colaboradores da instituição buscam proporcionar um ambiente acolhedor por um período determinado, com atendimentos particulares e condições para o restabelecimento da autodeterminação e autoestima da mulher e seus dependentes.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LEI 11.340/2006

Ao mecanismo do qual se vale a sociedade, com a finalidade de assegurar seus direitos, dá-se o nome de lei. Esta é cuidadosamente elaborada pelos legisladores a fim de proteger a vítima e punir o agressor, sem, contudo, deixar de observar o contraditório e a ampla defesa. De certa forma, a lei surge como uma espécie de "freio" para que o ser humano possa viver de forma harmônica na sociedade.

Em outras palavras, temos a lei como meio de impedir (ou pelo menos tentar impedir) as diversas formas de violência entre os seres humanos e possibilitar a convivência harmônica em sociedade. Cada lei se encarrega de "brecar" aquilo que porventura seja motivo de levar as pessoas a romperem com seus relacionamentos, os quais merecem devida atenção quando se trata dos laços familiares, ante o prejuízo que tais rompimentos trazem.

A Lei 11.340/2006 extraiu da violência comum uma nova espécie delitiva, qual seja, a praticada contra a mulher no seu ambiente doméstico, familiar ou de intimidade. Em tais casos, a ofendida conta com o precioso estatuto, com caráter preventivo e assistencial.

A Lei Maria da Penha veio assegurar maior proteção à parcela da população visivelmente mais frágil quando o assunto é violência doméstica. E mais. Por via complementar, pode-se afirmar que a Lei Maria da Penha protege, além da mulher vítima de violência, a família e a sociedade, dado que o sofrimento individual das mulheres ofendidas agride o equilíbrio de toda a comunidade e a estabilidade das células familiares como um todo. (DIAS, 2018, p. 59).

A referida Lei constitui uma conquista histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres. Sua plena implementação surge como imperativo de justiça e respeito aos direitos das vítimas desta grave violação que ameaça o destino e rouba a vida de tantas mulheres brasileiras. (DIAS, 2018, p. 59).

2 CASA DE APOIO NOELI DOS SANTOS

Lugar seguro para viver é imprescindível para a obtenção do reequilíbrio físico e psicológico, constituindo um fulcral requisito para a recuperação. Para tanto, é fundamental trabalhar a segurança pessoal da ofendida, proporcionando aos filhos ou dependentes, uma nova noção de família, dando-lhes a conhecer outras relações que não passem pela violência.

Cunha e Pinto (2018, p. 248) dizem que as Casas-abrigo deverão ser um "local onde as mulheres vítimas de violência conjugal, em situações-limites, se sintam protegidas, possibilitando o início de uma nova forma de vida, para ela e também para os filhos".

A Casa de Apoio Noeli dos Santos é um local destinado à mulher em situação de risco ou violência. Possui sede no município de Ariquemes/RO, porém, com endereço sob sigilo. A denominação "Noeli dos Santos" (nome fantasia) é homenagem a uma missionária que sempre lutou a favor da garantia de direitos das mulheres e esteve voltada a questões sociais.

Em 27 de fevereiro de 2011 foi fundada a Associação Anglicana de defesa da mulher em situação de violência Desmond Tutu (razão social), posteriormente designada simplesmente de Associação Desmond Tutu.A entidade possui personalidade jurídica própria, com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, bem como, possui o próprio estatuto.

O projeto para a sua criação se iniciou no ano de 2010, a partir de uma reunião denominada GD8, com participações do governo local, do Rev. Hugo Armando Sanchez, da coordenadora da Casa, Rev. Elineide Ferreira Oliveira, entre outras pessoas. O governo do município reconheceu que havia um problema. A violência contra as mulheres havia atingido níveis epidêmicos, estava fora de controle.

Na ocasião, foi realizado o levantamento do índice de violência contra a mulher no município de Ariquemes e região. Diante do elevado número de mulheres em situação de risco que não possuíam um local seguro para se acomodar apósameaças ou agressões, buscaram uma maneira de interromper essa tragédia em evolução. Providenciaram uma residência para acolher essas vítimas e mobilizaram uma campanha de arrecadação de móveis.

A Igreja Anglicana assumiu a liderança, e, com a ajuda da comunidade, pouco tempo depois a Casa Noeli dos Santos abriu suas portas. Depois disso, buscaram-se melhorias com parceiros da Igreja Anglicana e da Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do município de Ariquemes.

A principal finalidade da instituição é o acolhimento à mulher em situação de risco ou violência, ofertando um local seguro, visto que os principais motivos de procura pela Casa são: falta de segurança na própria residência, risco à integridade física e não ter um local seguro para ficar. Para tanto, buscam proporcionar um ambiente acolhedor, com atendimentos particulares e condições para o restabelecimento da autodeterminação e autoestima da mulher.

A Entidade possui um rol com os seguintes objetivos: prestar serviços de proteção social especial, com o acolhimento provisório para mulheres acompanhadas ou não de seus filhos de 0 (zero) a 18 (dezoito) anos, em situação de risco de morte ou ameaças em razão da violência doméstica e familiar; providenciar a identificação das situações de violência, suas causas e produção de dados para o sistema de vigilância socioassistencial; deve proporcionar a preservação do sigilo de identidade e localização.

Outros objetivos da Entidade são: efetuar a construção de projetos pessoais visando à superação de violência e ao desenvolvimento de capacidade e oportunidade para o desenvolvimento de autoestima pessoal e social da mulher; promover o acesso à rede de qualificação e requalificação profissional com vistas à inclusão produtiva; proporcionar condições de segurança física e emocional, bem como o fortalecimento da autoestima; e, ainda, o mais significativo, proteção às mulheres e prevenção da continuidade de situações

de violência.

Portanto, trata-se de um local seguro que disponibiliza moradia protegida e atendimento integral a mulheres em risco de vida iminente em razão de violência. É uma serventia de caráter sigiloso e temporário, na qual as usuárias permanecem por um período determinado, durante o qual deverão reunir condições necessárias para prosseguir suas vidas.

A localidade já foi alteradapor duas vezes, sendo essa, a terceira casa instalada. Mas, em todo tempo, buscando melhorias.Atualmente, a Casa de Apoio possui capacidade para acolher 10 (dez) mulheres, acompanhadas dos filhos, se houver, sendo que, cada quarto possui capacidade para 05 (cinco) mulheres.

As vítimas são atendidas por uma equipe multiprofissional composta por 01 (uma) coordenadora geral; 01 (uma) assistente administrativa; 01 (uma) psicóloga; 01 (uma) colaboradora de serviços gerais. A contratação desses profissionais é realizada por meio de seleção, sendo o contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Conforme informações fornecidas pela coordenadora, durante o período de 2011 a 2019, cerca de 1.350 (mil trezentas e cinquenta) mulheres e crianças foram abrigadas na instituição, sendo que, em média, 100 (cem) são acolhidas ao ano. Esses dados incluem aquelas que tiveram passagem e as que permaneceram abrigadas.

Durante a permanência na Casa, algumas trabalham e/ou estudam normalmente. Não há restrições, apenas regras estabelecidas como: limpeza diária da residência, lavagem de roupas, preparo de suas alimentações, entre outras.

Conforme informações fornecidas pela Coordenara, no momento em que as vítimas chegam, apresentam grandes abalos psicológicos, traumas e mágoas. Diante disso, as mulheres recebem atendimentos com psicóloga e durante a permanência participam de rodas terapêuticas, sendo que o principal enfoque quando do acolhimento é o fortalecimento emocional dessas mulheres e o encorajamento a romper com a relação violenta.

Cada história é única. Há casos em que a estadia é curta, a mulher permanece apenas uma noite. Em outros casos complexos, por até 90 (noventa) dias, que é o tempo máximo de permanência na casa de acolhimento. Porém, houve casos em que esse período foi ultrapassado.

Findo o prazo, a mulher é encaminhada ao Centro de Referência

Especializado de Assistência Social (CREAS) ou para o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS), a depender da disponibilidade do domicílio da mulher, para acompanhamento por até, 06 (seis) meses, se necessário. No entanto, conforme informações da coordenadora, a maioria das mulheres abrigadas cria um vínculo natural com todos os colaboradores da Casa Noeli e mantém contato até os dias atuais.

A principal fonte de renda provém da Igreja Nacional Anglicana. Além dessa, existe parceria financeiracom a Agência Christian Aid da Irlanda do Norte, uma Organização Religiosa com objetivo de que os direitos de todos os cidadãos sejam plenamente alcançados, garantindo que as pessoas prosperem e vivam com dignidade.

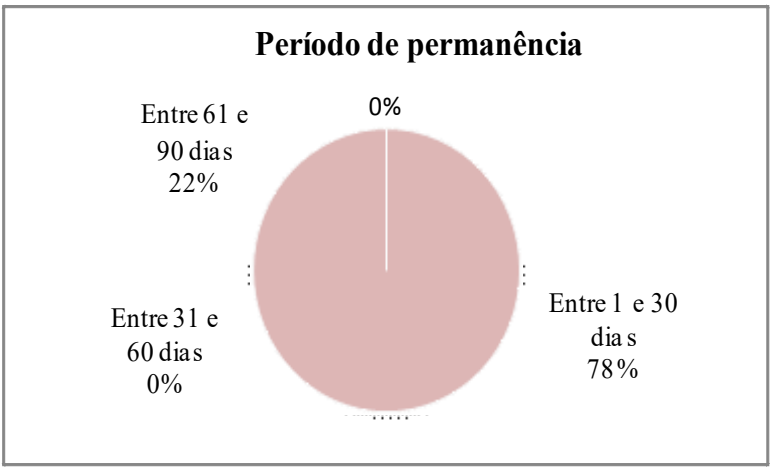
A Casa de Apoio possui também parceria com município de Ariquemes/RO. E ainda, recebem assistência das faculdades do município, que realizam campanhas e mobilizações para arrecadação de alimentos e produtos de higiene. Contudo, muitas vezes, faz-se necessáriaa realização de eventos para o complemento da renda, tais como: bazares para venda de roupas evenda de pizzas.

2.1 Perfil das Mulheres Acolhidas

Para o levantamento do perfil das mulheres acolhidas, foi feita uma pesquisa na Casa de Apoio Noeli dos Santos em Ariquemes/RO, no período de março a julho de 2019, por meio de um questionário dividido em 03 (três) partes, quais sejam: Dados da Mulher; Dados Escolares e de Trabalho; e Dados de Violência. Os gráficos foram elaborados com base nas respostas dadas pelas acolhidas nos questionários aplicados. São dados que levam à percepção da situação de vulnerabilidade social em que estão inseridas estas mulheres.

Acerca do período de permanência na Casa de Apoio Noeli dos Santos, 08 (oito) mulheres, o correspondente a 78%, permaneceram entre 01 (um) dia e 30 (trinta) dias; nenhuma delas permaneceu entre o período de 31 (trinta e um) dias e 60 (sessenta) dias, e 02 (duas), o correspondente a 22%, permaneceram durante o período de 61 (sessenta e um) dias e 90 (noventa) dias.

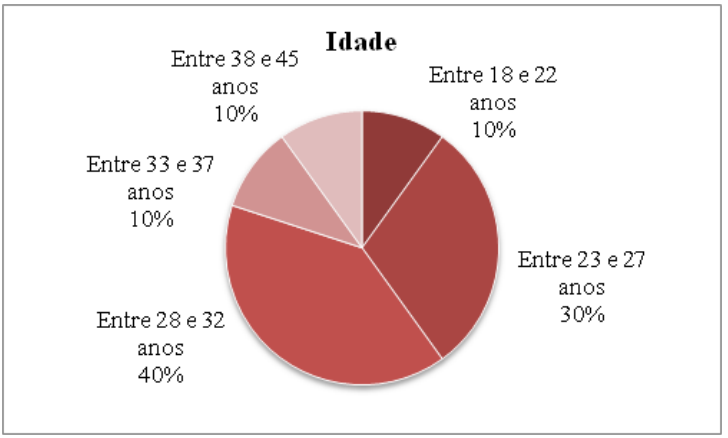
Gráfico 1 – Demonstrativo do período de permanência



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Com relação à declaração de idade, uma delas, o correspondente a10%,tinha entre 18 e 22 anos de idade;três delas, o correspondente a 30%,tinham entre 23 e 27 anos; quatro delas, que representam 40%, tinham idade entre 28 e 32 anos; uma delas, que representa 10%,tinha idade entre 33 e 37 anos, e uma delas, que representa 10%, tinha idade entre 38 e 45 anos. Como se pode verificar, a maior parte é composta por mulheres de menos de 30 anos.

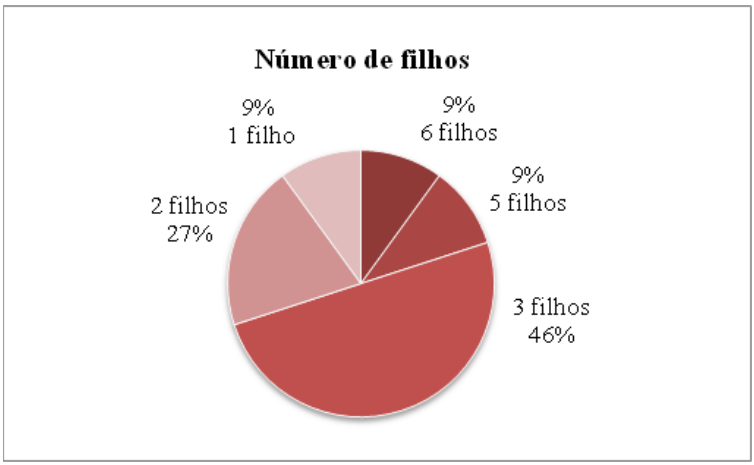
Gráfico 2 – Demonstrativo da idade



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Quanto ao número de filhos, uma respondeu que possui 06 (seis) filhos, uma possui 05 (cinco) filhos, cinco afirmaram que possuem 03 (três) filhos, duas disseram que possuem 02 (dois) filhos e uma respondeu ter um filho.

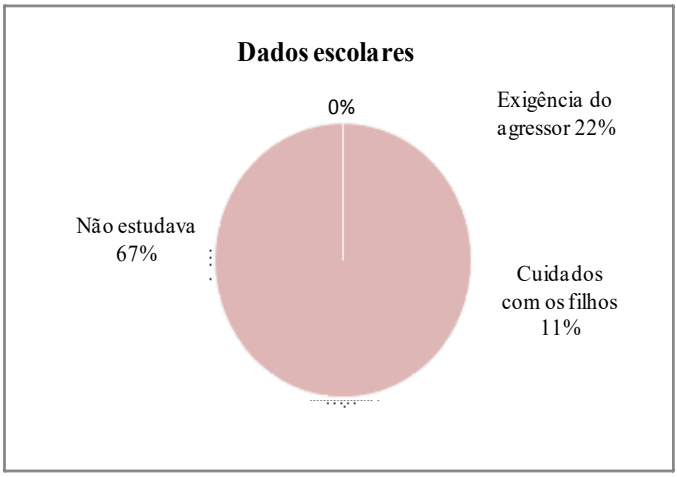
Gráfico 3 – Demonstrativo do número de filhos



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Sobre dados escolares, 07 (sete) responderam que não estudaram; 02 (duas) responderam que abandonaram os estudos por exigência do agressor e 01 (uma) respondeu que abandonou os estudos por cuidados com os filhos.

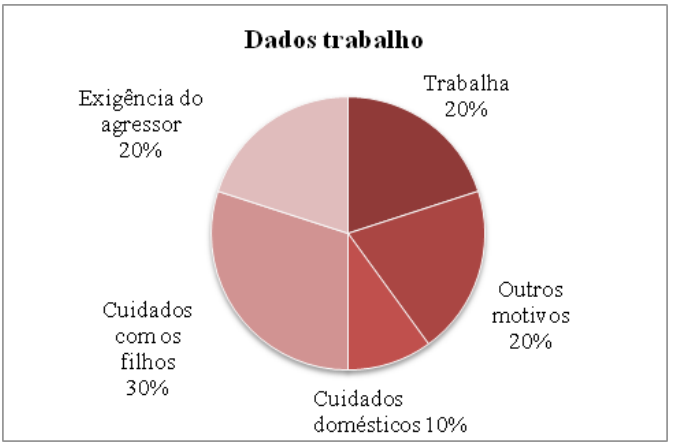
Gráfico 4 – Demonstrativo dos dados escolares



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

A respeito de trabalho, 02 (duas) responderam que trabalham, 02 (duas) abandonaram o trabalho por outros motivos, 01 (uma) respondeu que abandonou o trabalho por cuidados domésticos, 03 (três) por cuidados com os filhos e 02 (duas) abandonaram o trabalho por exigência do agressor.

Gráfico 5 – Demonstrativo dos dados de trabalho

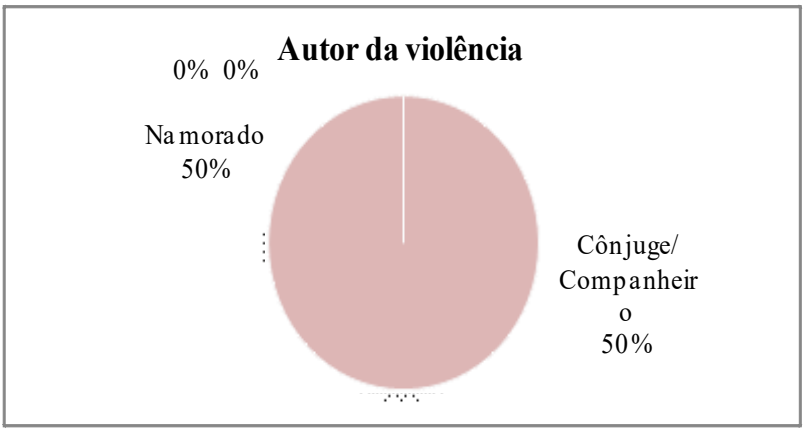


Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Interessante notar a enorme dependência financeira dessas mulheres em relação aos agressores. "A mulher, em situação de violência doméstica, vê-se, em regra, desvalorizada (desprestigiada) no seu (árduo) trabalho doméstico, agredida nesse mesmo espaço sem ter a quem socorrer, pois, muitas vezes, depende do agressor, seja afetiva, familiar ou financeiramente". (CUNHA e PINTO, 2018, p. 55)

No tocante ao autor da violência perpetrada, 05 (cinco) mulheres, o correspondente a 50%, responderam cônjuge ou companheiro, e as outras 05 (cinco) mulheres responderam que o agressor foi o namorado.

Gráfico 6 – Demonstrativo do autor da violência



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Oportuno esclarecer que o termo "unidade doméstica" deve ser interpretado como a conduta praticada em razão dessa unidade à qual a mulher pertence. Para a configuração da violência, não se exige que a mulher e o ofensor vivam no mesmo lar. Apenas é necessário que mantenham ou tenham mantido um vínculo de natureza familiar.

"A agressão no âmbito da unidade doméstica compreende aquela praticada no espaço caseiro, envolvendo pessoas com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas, integrantes dessa aliança". (CUNHA e PINTO, 2018, p. 57).

Com efeito, a mulher agredida deve fazer parte da relação doméstica. "Não seria lógico que qualquer mulher, bastando estar na casa de alguém, onde há relação doméstica entre terceiros, se agredida fosse, gerasse a aplicação da lei". (NUCCI, 2009, p. 1167).

A violência contra a mulher no âmbito da família abrange aquela praticada entre pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, podendo ser conjugal, em razão de parentesco, ou por vontade expressa.

"A Lei fala 'indivíduos', não em 'um homem e uma mulher'. Também não se limita a reconhecer como família a união constituída por casamento. Aliás, nem poderia fazê-lo, porque o § 3º do art. 226 da Constituição dilatou o conceito de família". (DIAS, 2018, p. 74).

Nessa perspectiva, a família não é constituída por imposição, mas, sim, por vontade dos seus próprios membros. Corresponde ao formato atual

dos vínculos familiares que têm por elemento identificador, em sua origem, um laço afetivo.

Por sua vez, a relação íntima de afeto consiste em "relacionamento estreito entre duas pessoas, fundamento em amizade, amor, simpatia, dentre outros sentimentos de aproximação". (NUCCI, 2009, p. 1168).

O texto é evidente ao assegurar a proteção da mulher ainda que não coabite com o infrator, isto é, resida sob o mesmo teto de seu agressor. Nesse sentido é a súmula 600 do STJ: "para configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha, não se exige a coabitação entre autor e vítima".

É indiferente a duração do relacionamento e o tempo decorrente desde o seu rompimento. Basta a comprovação de que a agressão resultou da relação de afeto. "Para a configuração da violência doméstica é necessário um nexo entre a agressão e a situação que a gerou, ou seja, a relação íntima de afeto deve ser a causa da violência". (DIAS, 2018, p. 68).

De forma didática, Azeredo (2017, p. 506) conclui que: a) a ação ou omissão deve ser contra a mulher; b) deve expressar uma relação de subordinação e dominação baseada no gênero; c) deve causar os resultados previstos, ou seja, morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial; d) deve ser praticada no espaço de abrangência da lei, no âmbito da unidade doméstica, da família, ou em qualquer relação íntima de afeto.

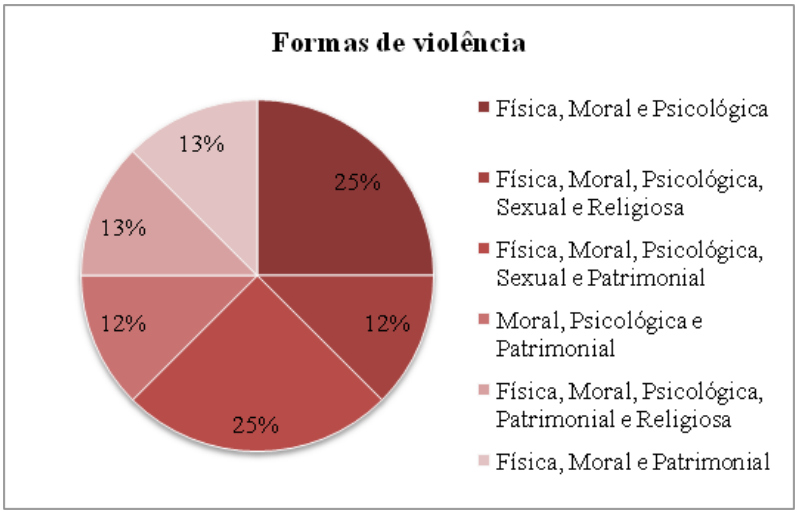
Por sua vez, o parágrafo único do artigo 5º afirma que as relações pessoais independem de orientação sexual. A menção legal ao sexo da vítima não se limita ao conceito biológico da pessoa com genitália feminina. Abrange também quem tem identidade de gênero feminino.

Dias (2018, p. 81) sustenta que sem distinção de orientação sexual ou identidade de gênero, "a Lei assegura proteção tanto a lésbicas como a travestis, transexuais e transgêneros de identidade feminina que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio".

Sobre as formas de violência sofridas, 02 (duas) mulheres responderam que sofreram violência física, moral e psicológica; 01 (uma) sofreu violência física, moral, psicológica, sexual e religiosa; 02 (duas) sofreram violência física, moral, psicológica, sexual e patrimonial; 01 (uma) sofreu violência moral, psicológica e patrimonial; 01 (uma) sofreu violência física, moral, psicológica, patrimonial e religiosa; 01 (uma) sofreu violência física, moral e patrimonial e 02 (duas) afirmaram que sofreram todas as formas de violência.

Tais dados demonstram que as mulheres sofrem, no mínimo, três formas de violência.

Gráfico 7 – Demonstrativo das formas de violência



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Quando a Lei utiliza o termo "violência" é em sentido abrangente. Não compreende apenas a violência física, como também a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral, todas elencadas no artigo 7º. A definição da violência doméstica e familiar contra a mulher não determina a existência simultânea e cumulativa de todos os requisitos do artigo 7°. De forma que, para o reconhecimento da violência contra a mulher, basta um dos incisos do artigo 7°, em consonância com um dos pressupostos do artigo 5º.

"Violência doméstica é qualquer das ações elencadas no art. 7º. (violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral) praticadas contra a mulher em razão de vínculo de natureza familiar ou afetiva". (DIAS, 2018, p. 63).

Necessário atentar para o fato de que nem todas as hipóteses de violência previstas na Lei 11.340/2006 guardam correspondência com delitos tipificados no Código Penal. O único crime que a lei tipifica é o descumprimento de medidas protetivas de urgência, de vigência recente (artigo 24-A). Isso porque a Lei Maria da Penha não consiste em lei punitiva, tanto que o rol que descreve as formas de violência doméstica não é exaustivo.

Com efeito, "não se trata de *numerusclausus*o elenco de ações ou omissões descritas na lei. Pode haver o reconhecimento de outras ações que configurem violência doméstica e familiar contra a mulher". (DIAS, 2018, p. 87).

A Lei explica que violência física contra a mulher é qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Portanto, significa ocasionar, dolosamente, com ou sem lesões aparentes, danos à saúde ou integridade física da mulher.

Normalmente, a violência física se manifesta por tapas, socos, empurrões, e agressões com instrumentos contundentes ou cortantes, que podem provocar graves resultados, marcas físicas e danos à saúde da vítima. Salientam Cunha e Pinto (2018, p. 76):

> Violência física é o uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente *vis corporalis*

Ocorre que, na maioria das situações, a violência não tem início com a agressão corporal. Pelo contrário, o agressor inicia a dominação com a violência moral e psicológica, evoluindo para a agressão física no momento em que a mulher já está frágil e não oferece resistência.

Conforme Femenías (2008 apud FERNANDES, 2015, p. 59) "antes que a violência física se converta em agressão violenta contra o corpo de uma mulher ou uma menina, houve longos e extensos episódios de violência secundária que não haviam sido reconhecidos como tais".

A propósito, a violência psicológicase expressa na agressão emocional da mulher e está relacionada com todos os tipos de violência. O comportamento se evidencia "quando o companheiro ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a *vis compulsiva*". (CUNHA; PINTO, 2018, p. 82).

Dias (2018, p. 93) diz que a violência psicológica é muito frequente, no entanto "talvez seja a menos denunciada. A vítima, muitas vezes, nem se dá conta de que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos configuram violência e devem ser denunciadas".

Isso se justifica pela violência contra a mulher se revelar sutilmente, com pequenos gestos e atitudes denominadas de proteção e cuidado. Inicia-

se um processo de controle que a mulher acaba por não notar a situação de violência. Atitudes como "orientar" a vítima quanto aos seus gestos, modo de falar, vestir e se portar parecem uma atenção especial por parte do companheiro, mas evoluem gradativamente para uma situação em que o agente domina a vida da vítima. Em seguida, há o rebaixamento moral, seja em casa ou publicamente. O agente profere palavras vulgares e desencadeia a culpa na vítima.

Por sua vez, o texto legal descreve violência sexual como qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Feix (2018, p. 206) menciona falsas crenças e expectativas ainda existentes sobre o comportamento sexual das mulheres, como a que "não se pode desistir da relação sexual 'no meio do caminho'". A crença expressa no jargão "ajoelhou tem que rezar" implica uma comum naturalização do uso da força e do constrangimento contra a manifestação e o exercício autônomo da vontade.

Outra crença é de que todas as mulheres nasceram para serem mães. Acontece que, "impor à mulher a reprodução em contrariedade a sua vontade pelo sexo forçado ou com constrangimento ou com impedimento de uso de métodos contraceptivos é uma violência". Portanto, o exercício da sexualidade deve ser sempre consentido, e a parceira, para garantia de sua dignidade, deve ser livre para se abster a qualquer momento.

Nesse sentido Dias (2018, p. 96) afirma que "todos os delitos contra a liberdade sexual, se cometidos contra pessoas de identidade feminina, no âmbito das relações domésticas, familiares de afeto constituem violência doméstica".

No que diz respeito à violência patrimonial, configura-se com a retenção, subtração, destruição parcial ou total dos objetos da mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as necessidades.

A falta de autonomia econômica e financeira da mulher propicia a subordinação ao companheiro, deixando-a numa condição vulnerável,

abalando sua autodeterminação e dignidade, pois reduz e até mesmo impede a sua capacidade de tomar decisões independentes.

Para Fernandes (2015, p. 105) deve-se observar o conceito de violência patrimonial como uma conduta violadora dos direitos patrimoniais da mulher. Conclui que, "violência é, então, violação aos direitos da mulher e não agressão física".

Segundo Cunha e Pinto (2018, p. 89), violência moral, consiste em toda "conduta que consista em calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas)".

Importante ressaltar que a violência moral está estreitamente associada à violência psicológica, tendo, porém, efeitos mais abrangentes, uma vez que sua configuração impõe ofensas à imagem e reputação da mulher em seu meio social, especificamente em hipóteses de calúnia e difamação. Assim, a conduta de desqualificar, inferiorizar ou ridicularizar a mulher no âmbito das relações de gênero sempre é uma afronta à autoestima e ao reconhecimento social.

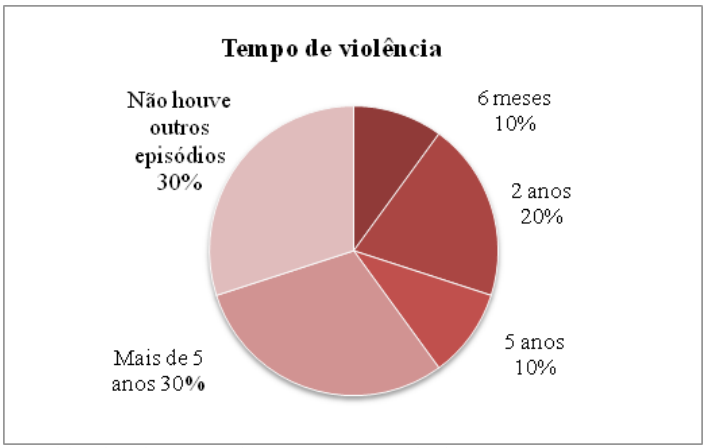
Apesar de não prevista na legislação pouco conhecida e abordada, há uma mais uma forma de violência: a religiosa. Consiste em restringir a ação, a decisão ou a crença religiosa, usar discursos religiosos para submeter a outra pessoa à condição de inferioridade e passividade diante da violência vivenciada.

Instituições religiosas contribuem para a violência contra as mulheres ao afirmarem sua submissão e inferioridade. Idealização de casamento indissolúvel e a completa submissão ao companheiro são domínios religiosos que colaboram com a perpetuação da violência contra as mulheres e ruptura com o ciclo de violência.

"Se a religião afirma a submissão, a obediência e a responsabilidade feminina pela manutenção do lar, ela afirma também a legitimidade da violência contra as mulheres". (SOUZA e OSHIRO, 2018, p. 212).

Acerca do tempo de violência suportada pelas vítimas, uma respondeu que foi violentada durante seis meses, duas disseram que foram violentadas por dois anos, uma respondeu que foi violentada por cinco anos, três responderam que foram mais de cinco anos e três afirmaram que não houve outros episódios.

Gráfico 8 – Demonstrativodo tempo de violência suportada



Fonte: Elaborados pela autora com base nos questionários aplicados

Observa-se que 70% das mulheres acolhidas na Casa de Apoio foram violentadas por várias vezes e suportaram essa situação durante um longo período. Segundo Bianchini (2018, p. 153), em 1979, Loren Walker identificou que existem três fases distintas em um ciclo de violência íntimo-afetiva: "a construção da tensão, em conjunto com o aumento da percepção de perigo; o ápice de tensão, em que as agressões chegam ao incidente mais violento; e, por fim, a etapa do arrependimento". As fases se repetem e há intensificação a cada ciclo, tal como uma espiral progressiva de violência.

A primeira fase do ciclo da violência é representado por um clima sobrecarregado, tenso e instável. O agressor demonstra nervosismo, aumenta o tom de voz e destrata a mulher. Surgem reclamações e reprovações. Ela se retrai, faz as vontades do agressor, procura não contrariá-lo nem irritá-lo, acreditando que assim controlará seu impulso violento. Algumas vezes, procura explicações para o descontrole em fatores externos como dificuldades econômicas, problemas familiares e uso de álcool.

"A vítima encontra explicações e justificativas para o comportamento do parceiro. Acredita que é uma fase e vai passar, que ele está estressado, trabalhando muito ou com pouco dinheiro. Procura agradá-lo e ser mais compreensiva". (DIAS, 2018, p. 29)

Ocorre a inversão da culpa. A fim de evitar problemas, a mulher submete-se à vontade do agressor. Está constantemente assustada, pois não sabe quando será a próxima explosão, e tenta não fazer nada errado. Começa a perguntar ao agressor o quê e como fazer, tornando-se sua dependente.

Perde a identidade e transforma-se em uma pessoa insegura.

Anula a si própria, seus desejos, seus sonhos de realização pessoal e seus objetivos de vida. A angústia do fracasso passa a ser seu cotidiano. Questiona o que fez de errado, sem se dar conta de que para o agressor não existe nada certo.

Na fase seguinte, o agressor perde o controle e ataca a vítima. Os gritos transformam-se em empurrões, tapas, socos, pontapés, num crescer sem fim. Com a sucessiva repetição do ciclo, as agressões intensificam-se e a violência torna-se cada vez mais grave.

"Tomada pelo medo, a vítima é incapaz de esboçaroposição e suporta a violência. Percebe que não tem controle sobre o homem, sente medo, impotência, fragilidade para manifestar qualquer reação ainda que verbal". (FERNANDES, 2015, p. 126).

Na última fase, o agressor desculpa-se e demonstra remorso. Por medo de ser abandonado ou punido, modifica seu comportamento, promete que nunca mais agirá desse modo, convence a parceira de que a agressão não se repetirá. A mulher retoma suasesperanças, acredita que haverá mudanças no parceiro e procura justificativas para sua atitude. Acredita que seu amor e sua dedicação serão capazes de modificar o parceiro.

Dias (2018, p. 30) diz que, após os episódios "vem o arrependimento, pedidos de perdão, choro, flores, promessas etc. Cenas de ciúmes são justificadas como prova de amor, e a vítima fica lisonjeada. O clima familiar melhora e o casal vive uma nova lua de mel".

Essa fase fornece o estímulo positivo para permanecer na relação. Porém, após algum tempo, a primeira etapa faz-se presente novamente, reiniciando o ciclo. Cria-se um círculo vicioso: a mulher não se sente vítima, o que faz desaparecer a figura do agressor. A falta de um freio só faz a violência aumentar. O homem testa seus limites de dominação. Como a ação não gera reação, a agressividade é exacerbada.

"A ferida sara, os ossos quebrados se recuperam, o sangue seca, mas a perda da autoestima, o sentimento de menos valia, a depressão, são feridas que jamais cicatrizam". (DIAS, 2018, p. 31).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados obtidos através da presente pesquisa levaramà percepção de que a Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha possui a finalidade preponderante de proteger a integridade da mulher e romper com o cenário de violência, e para tanto necessária se faz a busca de meios para retirar a letra da lei do abstrato e levá-la para o concreto. Tal pesquisa veio demonstrar a importância do acolhimento de mulheres em situação de risco, com pesquisa realizada na Casa de Acolhimento Noeli dos Santos, situada no município de Ariquemes, Estado de Rondônia.

Para a realização da pesquisa utilizou-se doutrinas, legislações e consultas jurisprudenciais. Para dados estatísticos, com vistas a fundamentar o trabalho, aplicaram-sedois questionários: um para ser respondido pelas internas e o segundo para a coordenação da casa. A aplicação dos questionários teve por objetivo precípuo conhecer o perfil das mulheres acolhidas, bem como o funcionamento da Casa e o trabalho ali desenvolvido.

Interessante ressaltar que a Casa de Apoio Noeli dos Santos foi criada em virtude da sensível percepção da comunidade por meio da liderança da Igreja Anglicana, a qual viu a necessidade de encontrar um local seguro para acomodarmulheres em situação de risco.

Em vista dos aspectos abordados, vale esclarecerque não houve qualquer pretensão de esgotar o tema, considerando o reduzido número de páginas, senão levar aos leitores que demonstram interesse pelo assunto, uma vertente sobre esse problema social que remonta os anos e que por ser tão polêmico, carece de uma atenção especial por parte daqueles que apesar de não enfrentarem tal problema são sensibilizados com as mulheres que convivem com ele diariamente.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, Caroline Machado de Oliveira. **Dez anos de Lei Maria da Penha: a importância da perspectiva de gênero no enfrentamento da violência**. Revista Jurídica vol. 01, n°. 46, Curitiba, 2017.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha:** Lei n. 11.340/2006: Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil.

_____, **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Lei Maria da Penha.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica:** Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo. 7ª ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça** – 5. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2018.

FEIX, Virgínia. **Das formas de violência contra a mulher – Artigo 7º.** In: CAMPOS, Carmem Hein de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva Jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha:** O Processo Penal no Caminho da Efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar – São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, Volume II. 11ª Ed.Rio de Janeiro: Impetus: 2015

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** 3 ed. ampl. atual. – Salvador:JusPodivm, 2015.

MOURA, Zulmira Caetano de; SIMÉDICO, Josimar Chagas. **Estatuto Social da Associação Anglicana de Defesa da Mulher em situação de Violência – Desmond Tutu.** Ariquemes: 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 4ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2009.

SOUZA, Sandra Duarte de. OSHIRO, Claudia Poleti. **Mulheres evangélicas e violência doméstica**. Caminhos. V. 16, n. 2. Goiânia: 2018.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (RESOLUÇÃO 181, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO): INSTRUMENTO EFICAZ DE EXPANSÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL NO BRASIL

AGREEMENT ON NON PURSUIT PROSECUTION (RESOLUTION 181, OF THE NATIONAL COUNCIL OF THE PUBLIC MINISTRY): AN EFFECTIVE INSTRUMENT FOR THE EXPANSION OF CONSENSUS CRIMINAL JUSTICE IN BRAZIL

Camila Karem Pereira Bueno[1]
Geovanna Pinheiro da Silva[2]

RESUMO: O presente artigo analisa o novel acordo de não persecução penal, previsto na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com alterações da Resolução 183/2018, como uma forma de justiça consensual criminal brasileira, à vista da crise que assola o sistema atualmente adotado, em que o Ministério Público poderá propor ao investigado o cumprimento das condições ajustadas a termo, a fim de evitar seu processamento. Por consectário, propõe apresentar, em linhas gerais, o promissor caminho a ser trilhado pela justiça pública nacional na busca da resolutividade eficiente dos conflitos penais de menor gravidade e da minimização dos efeitos de uma condenação tardia.

Palavras chave: Processo Penal, Justiça Negociada, Constitucionalidade.

ABSTRACT: This article analyzes the novel agreement of non-prosecution, provided for in Resolution 181/2017 of the National Council of the Public Prosecution, with amendments of Resolution 183/2018, as a form of Brazilian criminal consensual justice, in view of the crisis that plagues the system currently adopted, in which the Public Prosecutor's Office may propose to the investigated party the compliance with the conditions adjusted to term, in order to avoid its processing. By consecration, he proposes to outline, in general lines, the promising path to be followed by national public justice in the search for efficient resolution of less serious criminal conflicts and minimizing the effects of late conviction.

Keywords: Criminal Proceedings, Business Justice, Constitutionality.

1 Assistente de Promotoria de Justiça. Coordenadora do Núcleo de Apoio Extrajudicial no Ministério Público do Estado de Rondônia, 1ª Promotoria de Justiça de São Miguel do Guaporé. Email: camila-karen@live.com.
2 Assistente de Promotoria de Justiça no Ministério Público do Estado de Rondônia, 1ª Promotoria de Justiça de São Miguel do Guaporé. Email: geovannapinheiro18@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Atualmente, o âmago do sistema de justiça pátrio está sendo fragilizado por diversas razões extemporâneas, que geram uma crise de difícil controle e demandam a criação de mecanismos para a minimização dos seus efeitos. Dentre tantas causas, a excessiva demora na tramitação de ações penais vem causando transtornos incontáveis aos operadores do Direito.

Fato é que, em sendo tardia a punição, corre-se o risco de sofrer pelo fenômeno da prescrição da pretensão punitiva estatal, o que, por sua vez, exibe a ineficiência do Estado no mister de promover a justiça penal. Os prejuízos também alcançam os réus, que aguardam por anos e anos uma punição tardia.

Sabendo disso, o legislador ordinário vem promovendo medidas de várias naturezas em busca da diminuição das mazelas sofridas pelo vigente processo penal. Inobstante as manobras jurídicas com este ínterim, a demanda criminal continua se expandindo dia após dia, e os órgãos jurisdicionados continuam sobrecarregados com tamanho volume de trabalho.

As Promotorias de Justiça e Varas Criminais do país se encontram em situação abarrotadora, com ações penais longas, e, com isso, ineficazes, sem contar o desperdício de recursos financeiros, de pessoal e demais prejuízos gerados no decorrer de todo o processo, cenário este demasiadamente preocupante.

Além da ineficácia do processo penal em alguns casos, o Ministério Público, por ser o titular exclusivo da ação penal pública, tem, por base no princípio da obrigatoriedade, o dever do oferecimento de denúncias criminais, e mesmo assim, o Estado permanece longe de alcançar o objetivo precípuo da justiça criminal, por meio da recuperação da ordem jurídica violada do delito perpetrado.

Diante disso, o Conselho Nacional do Ministério Público percebeu a necessidade de se criar uma política criminal sólida, capaz de suavizar os trabalhos dos Órgãos Ministeriais espalhados por todo o país, espelhando-se em modelos já implantados no sistema jurídico vigente, tal como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambos previstos na Lei 9.099/1995.

Para tanto, utilizando de suas atribuições legalmente conferidas, expediu a Resolução n. 181/2017, que sofreu alterações pela Resolução 183/2018, a qual tem por escopo regulamentar as matérias atinentes à instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do

Ministério Público, que inclui o acordo de nãopersecução penal em seu 18º dispositivo.

No entanto, surgiram alguns dilemas acerca do acordo alhures mencionado, especialmente no que pertine à sua constitucionalidade, que vem sendo discutida no bojo de duas Ações Diretas de Constitucionalidade, uma proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (n. 5.793), e outra pela Associação de Magistrados Brasileiros (n. 5.790), as quais estão sob o crivo de julgamento da Suprema Corte.

Neste trilho, os instrumentos de controle de constitucionalidade se fundamentam, precipuamente, na ausência de previsão legal específica para a realização do acordo de nãopersecução penal, para assim ter reconhecida a inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

No entanto, conforme será detalhado adiante, o instrumento de nãopersecução penal possui, de fato, natureza de ato normativo, neste caso, por meio de resolução própria do órgão detentor da atribuição constitucionalmente conferida para tal ato, conforme preceito artigo 130-A, §2º, da Carta Magna, e por isso é reputado como manifestamente legal.

Dito isso, tem-se que o acordo ora em debate é, aos olhos dos mais otimistas, o mecanismo encontrado para a diminuição do desequilíbrio do processo penal vigente, especialmente para a diminuição das ações penais dos crimes de menor gravidade, que são, em sua grande maioria, vagarosas, ineficazes, assim permitindo que a justiça criminal se preocupe com as demandas de maior complexidade e relevância social.

1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ORIGEM E INTRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como é sabido, a influência de grandes potências mundiais tem grande relevância para diversas condutas de um país na busca da melhoria pretendida. E não seria diferente quando o assunto é a criação de leis, institutos e instrumentos jurídicos atinentes.

Os legisladores buscam nos ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo, ideias que se adequem e possam ser implantadas ao sistema pátrio, de acordo com os costumes, princípios e com a Constituição Federal.

Nesse sentido, o acordo de não persecução penal possui resquícios de alguns modelos de justiça consensual, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, França e Alemanha. Dito isso, a fim de destacar a importância dos

países alhures mencionados na criação do instrumento em debate, passamos a delimitar suas principais características.

Convém dizer que, nos Estados Unidos, o Ministério Público tem ampla autonomia funcional e margem de discricionariedade no exercício da ação penal pública, porquanto o órgão pode decidir quais casos serão levados ao judiciário americano, sem que haja revisão do órgão judicial ou contestação da própria vítima. É o que a doutrina estadunidense denomina como o princípio da oportunidade.

Também podem os Promotores de Justiça norte-americanos negociar com o investigado na ocasião de eventual colaboração, inclusive para conceder imunidade, devendo, no entanto, sempre fundamentar as razões do benefício, chamado de *pleabargaining*[3]

A França, por sua vez, utiliza modelos de correcionalização dos crimes, conquanto adotam como regra o exercício da discricionariedade da ação penal, refugiando-se no princípio da oportunidade da ação penal pública, igualmente como ocorre nos Estados Unidos.

Lá, as infrações penais são divididas em três modalidades, ao passo que cada uma é remetida a um órgão competente, sendo: as contravenções penais, tidas como infrações leves, julgadas pelo Tribunal Policial, os delitos, reputadas como intermediárias, julgadas pelo Tribunal Correcional, e, por fim, os crimes, julgados pelo Tribunal Criminal.

A justiça alemã se destaca pela criação do denominado sobrestamento[4], que é a discricionariedade do Promotor de Justiça em suspender a oferta de ação penal nos casos de delitos leves, e com isso, oportunizam a resolutividade consensual dos conflitos.

Portanto, como se denota, os países retratados acima já exercem a justiça consensual em seu ordenamento jurídico, cada um a seu modo e com suas particularidades legais e culturais, porém, com um desígnio que semelhantemente os une, que é a racionalização de suas demandas.

O Brasil, por seu turno, possui como regra o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. A esse respeito, observemos os dizeres do Ilustre Doutrinador Renato Brasileiro de Lima em sua obra (2018, p. 247):

[3] POLASTRI, Marcellus (2016, p.28) leciona que "são princípios comuns nos Ministérios Públicos dos EUA, o monopólio estatal da ação penal, sendo seu exercício discricionário (princípio da oportunidade), podendo negociar com o acusado (*pleabargaining*), com poder, inclusive, de conceder ao acusado imunidade, no caso de colaboração, sempre se embasando em razões de utilidade".

[4] Segundo YueMa (2011, p. 209), "a seção 153a permite que o promotor de justiça suspenda a promoção da ação de modo condicional quando o crime é leve e o interesse público não exige a ação penal".

> De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Entretanto, convém ressaltar que tal princípio vem sendo aos poucos mitigado pelos legisladores brasileiros, à vista da expressiva necessidade em atualizar o modelo de justiça para desburocratizá-la, a exemplo do que ocorre nos institutos excepcionais da transação penal, termo de ajustamento de conduta e acordo de leniência.

Dessarte, tendo sido inspirado pelos sistemas jurídicos de resolução consensual de conflitos internacionais, exemplificados às linhas pretéritas, cujas nações são precursoras dos modelos da discricionariedade no exercício da ação penal pública sem revisão judicial, a justiça brasileira enxergou a necessidade da introdução de uma modalidade semelhante, que pudesse atender as necessidades atuais.

Para tanto, em agosto de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução n. 181, que passou a dispor sobre a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a figura do acordo de nãopersecução penal, cujos pressupostos, requisitos e condições serão minuciosamente aclarados a seguir.

2 PRESSUPOSTOS DE VIABILIDADE

O acordo de não persecução penal possui natureza jurídica extrajudicial, cuja previsão está amparada no artigo 18 da Resolução 181 do CNMP[5]. Nele há uma celebração de vontades entre o Ministério Público e o investigado, devidamente assistido por advogado, desde que preenchidos os requisitos elencados no ato normativo em questão, a ser homologado pelo juízo competente em ocasião posterior.

[5] Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos) e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...]

Com isso, geram-se obrigações recíprocas às partes, de modo que incumbe ao investigado a formal e circunstanciada confissão do delito e o cumprimento das condições estipulados a termo, e, ao *Parquet*, a promoção de arquivamento das investigações.

O acordo de não persecução penal também está condicionado ao cumprimento de alguns requisitos, a começar pelo afastamento da hipótese de arquivamento dos autos, pois a sua celebração está atrelada à possibilidade de instauração de um processo-crime em desfavor do agente criminoso.

Ou seja, se subsistem razões para a promoção de arquivamento, fundadas nas justificantes análogas dos artigos 395[6] e 397[7], ambos do Código de Processo Penal, a exemplo da falta de justa causa ou atipicidade da conduta, conclui-se impossível a persecução penal.

De toda sorte, se um dos fatores precípuos de criação do referido instituto é a obstação da persecução penal como forma de minimizar diversos efeitos negativos arraigados em sua essência, tal como vagaroso processo, seria impossível a celebração de um acordo "eivado de vícios", já que se fosse regularmente processado, poderia o réu ser absolvido pela aplicação de qualquer das hipóteses alhures mencionadas.

Outrossim, não é possível a celebração quando cabível a oferta de transação penal, ao passo que o dispositivo demonstra sua preferência para a aplicação do artigo 76, da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais).

O *caput* do artigo 18 segue dispondo que a infração penal praticada deve ter pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Adiante, o parágrafo 13 revela que, para a aferição da pena mínima, a análise deve considerar eventuais causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Ademais, veda-se a celebração se a infração penal for praticada com violência ou grave ameaça à pessoa.

No mesmo ínterim proibitório, destaca-se a impossibilidade da oferta do acordo se o investigado for condenado por crime, com pena privativa de liberdade, reincidente ou já tenha sido beneficiado anteriormente com a transação penal, contado o prazo de 5 (cinco) anos, ou se seus maus antecedentes, conduta social e personalidade não forem suficientes à medida

[6] A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição da ação para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para o exercício da ação pena.

[7] Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I – a existência manifesta de causa de excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.

adotada.

A prescrição da pretensão punitiva também é levada em consideração na ocasião da análise de viabilidade, pois havendo risco do alcance do prazo prescricional enquanto se aguarda o integral cumprimento das condições, infere-se como indevido o seu oferecimento, já que inexiste previsão legal de efeitos suspensivos e interruptivos da prescrição do acordo em testilha, a exemplo de como ocorre no benefício da suspensão condicional do processo.

Os casos que envolvam crimes hediondos, equiparados a hediondos, ou cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina, também são desprotegidos do alcance da benesse, dada a natureza da matéria, conforme estipulado, respectivamente, no 1º, inciso V, e § 12 do artigo 18.

No mais, não é permitida sua celebração se o dano causado superar o patamar de 20 (vinte) salários-mínimos ou o parâmetro econômico for diverso do definido pelo órgão de revisão, se o investigado incorrer em qualquer das hipóteses do artigo 76, § 2º da Lei n. 9.099/1995.

O comando normativo pressupõe, ainda, o cumprimento de requisitos, que estão elencados nos incisos do art. 18, a serem aplicados de forma cumulativa ou não, notadamente para: reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, renúncia de bens ou direitos, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, pagamento de prestação pecuniária ou outra condição proporcional e compatível com o delito, a ser estipulada pelo respectivo Órgão Ministerial.

Convém ressaltar, porém, que não estamos diante de uma pena, especialmente por não ser uma medida impositiva do Estado ao infrator, que é uma das características da pena, por intermédio de todo um processo-crime, iniciado por ação penal e resolvido por sentença. Por consequência, incabível é a imposição de qualquer medida privativa de liberdade.

As condições da não persecução penal versam tão somente sobre direitos disponíveis ao investigado, tal como o pagamento de prestação pecuniária, medida mais recorrente no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no caso de suspensão condicional do processo.

Sendo assim, após a análise do membro sobre a viabilidade, o investigado é convidado a comparecer na Promotoria de Justiça competente, a fim de que seja ofertado o acordo de não persecução penal. Na ocasião, deve, primeiramente, o investigado confessar formal e circunstaciadamente a prática do delito, após ser cientificado de que tal confissão é requisito para a celebração. No entanto, ele poderá decidir, juntamente com o apoio de sua

defesa técnica, se irá ou não celebrar o acordo nestes termos avençados pelo *Parquet*.

O membro responsável poderá inserir na proposta o dever de reparar o dano ou restituí-lo à vítima, a renúncia sobre bens e direitos, indicados pelo próprio Órgão Ministerial, como instrumentos, produtos ou proveitos do crime praticado pelo infrator, a prestação de serviços à comunidade ou pagamento de prestação pecuniária. Neste último, pode o Ministério Público indicar a destinação dos valores a entidade pública ou de interesse social que seja de seu interesse.

Semelhantemente no que ocorre na suspensão condicional do processo, o Promotor de Justiça poderá estipular outras condições, desde que sejam compatíveis e proporcionais com a infração penal e com o acordo, como, por exemplo, a limitação de fim de semana e a interdição temporária de direitos.

Após celebrado o acordo, o Ministério Público encaminhará a petição ao Juízo competente, que, considerando as condições cabíveis, adequadas e suficientes, homologará e devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

Se, no entanto, entender por incabível, fará a utilização análoga ao artigo 28 do Código de Processo Penal, remetendo os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá determinar a oferta de denúncia; complementação das investigações; ou, em ambos os casos, designar que tais atos sejam feitos por outro membro; reformular a proposta de acordo, para nova apreciação do investigado, ou, finalmente, poderá manter o acordo, que vinculará toda a Instituição.

Por fim, o investigado deve cumprir fielmente todos os termos do acordo, fazendo a comprovação mensal independentemente de notificação ou aviso prévio, e, igualmente deve justificar eventual descumprimento. Caso não ocorra qualquer justificativa, poderá o membro imediatamente oferecer denúncia, além da possibilidade de repercussão de efeitos no processo, para o não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Em sendo aceito o acordo de não persecução penal e efetivamente cumprido todos seus termos, se evitará o processamento do crime correspondente, não se aplicando penas, resultando na promoção de arquivamento dos autos investigatórios.

Logo, na disciplina do ato normativo em questão, em ocasião anterior à persecução penal, tem-se que os requisitos estipulados são realizados em

comum acordo, de modo individualizado a cada investigado.

Sobreleva-se, ainda, que não inexistem dúvidas de que o acordo de não persecução penal é uma faculdade do Ministério Público, e não um direito subjetivo do investigado. Isso porque o juízo de viabilidade é realizado pelo membro quando da formação da *opiniodelic,* ou seja, o preenchimento dos requisitos não vincula a oferta.

Na esteira do exposto, convém ressaltar que, inobstante ser o acordo de não persecução penal uma promessa vantajosa e eficaz à atual justiça criminal brasileira, permeiam pelo instituto as mais variadas críticas negativas, especialmente as contidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, postuladas pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação de Magistrados Brasileiros, que serão detidamente explanadas nos tópicos subsequentes.

3 JUSTIÇA CONSENSUAL E A FINALIDADE DA PENA

A pena é a sanção imposta às pessoas que infringiram alguma norma tipificada pelo legislador. Naturalmente, ao cometer um ato ilícito, abre-se para o Estado a possibilidade/dever de punição do agente, conforme os ensinamentos do mestre Estefam (2017, p. 485):

> É a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação ou restrição de bens jurídicos determinada pela lei, cuja finalidade é a readaptação do condenado ao convívio social e a prevençãoo em relacção à prática de novas infrações penais.

Cleber Masson (MASSON, 2012, p.544) leciona que a sanção penal possui três finalidades, quais sejam, retributiva, preventiva e reeducativa, decorrentes da evolução histórica da pena no Brasil, notadamente quanto às fases da vingança penal, isto é, vingança privada (autotuela), progredindo para a fase da composição (retribuição mediante dinheiro e bens em geral) e, por fim, a fase da jurisdição (árbitro).

Na **finalidade retributiva**, a pena era tratada pelo homem como uma retribuição, com requintes da autotutela, em que a resposta ao delito era de cunho vingativo, era uma resposta da vítima, ou de seus parentes, amigos, ou seja, do seu grupo social. Não se buscava apenas punir, mas sim fazer com que o infrator sofresse de igual forma o dano causado à vítima.

Em relação à **finalidade preventiva**, Cleber Masson prelecionaque *"para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a prática de novas infrações penais (*punitur ne peccetur*). É irrelevante a*

imposição de castigo ao condenado."

Por fim, tem-se a **finalidade reeducativa**, atualmente aplicada, a qual aponta para um modelo em que não basta castigar o encarcerado, mas que este seja orientado em seu cumprimento da pena que lhe retirou a liberdade, a ser reintegrado à sociedade de maneira efetiva, evitando assim que se resulte em reincidência, em observância a função social da pena (ressocialização do agente do infrator).

Nisso percebe-se o grande desafio do Direito Penal em fazer valer a função social da pena ante a finalidade reeducativa. Diante disso, considerando a necessidade de readequação da aplicação da justiça, o Direito Penal possui três modelos de Justiça a serem aplicadas após o cometimento de um crime, isto é, justiça restaurativa, justiça reparatória e justiça negociada. Nas palavras de Nucci (2019, p. 638):

> A justiça retributiva desloca suas forças para punir o infrator; a restaurativa faz da prevenção ao crime a sua bandeira. Mesmo depois de cometida a infração penal, a justiça restaurativa continua insistindo em solução cordata, buscando conciliar os interesses em jogo, como o da vítima e o do infrator. Por enquanto, a justiça penal, no Brasil, possui contornos nitidamente retributivos.

A Justiça Brasileira está arraigada da modalidade retributiva, ante a necessidade de aplicação da pena, a fim de punir o infrator, ainda mais quando limita a sua liberdade física, embora seja na finalidade reeducativa. A fim de dar uma nova resposta ao cometimento do crime, o Direito Penal Brasileiro está ganhando um novo contorno, declinando-se para a Justiça Consensual, como já ocorre no instituto da Colaboração Premiada, no âmbito da Lei 12.850/2013 – Lei do Crime Organizado, que nas palavras do doutrinador Rogério Sanches Cunha (2017, p. 424/425) visa à conciliação entre as partes envolvidas, dividindo-se em **justiças restaurativa, reparatória e negociada**:

> c) Consensuado: tem o propósito de trazer à Justiça criminal modelos de acordo conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada (plebargaining), em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade da pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos. Vê-se, especialmente pela introdução do modelo de Justiça consensual, que a resposta para o crime têm sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva

(reparadora).

Dito isto, tem-se que o Acordo de Não Persecução Penal, disposto no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, ante a decadência da atual política criminal, que reflete na ineficiência do sistema prisional brasileiro, segue a nova tendência de aplicação da Justiça Consensual em sua modalidade Negociada, no qual o agente infrator, após confissão, negocia com o Órgão acusador sobre aplicação da pena e consequências do delito[8].

Diante do exposto, tem-se que o acordo de não persecução penal é uma espécie da justiça negociada, que decorre da evolução do direito penal, notadamente quanto à finalidade da pena, deixando de ser meramente retributiva para reeducativa, só que mais ampla do que vem acontecendo atualmente, dando-se poder ao Órgão Acusador para agir de forma célere e eficiente na busca pela resolução dos conflitos criminais.

Oportuno se torna dizer que o acordo desafogará o Poder Judiciário, e, por conseguinte, diminuirá o encarceramento dos infratores que cometeram crimes de menor e média gravidades, pois é notório que o sistema prisional brasileiro está falido ante a ociosidade do Poder Público e a superlotação, que impossibilitam a recuperação e reintegração dos infratores à sociedade.

4 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Ainda que com tantos benefícios, o Acordo de Não Persecução Penal vem sendo muito debatido quanto ao seu aspecto constitucional, o qual, *a priori*, violaria o princípio da legalidade e da competência privativa da união de legislar sobre matéria processual penal, contrapondo-se ao disposto nos artigos art. 5°, II, e 22, I, da Constituição Federal.

Tanto é que, como dito alhures, existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em desfavor da referida Resolução, em trâmite no Superior Tribunal Federal, protocoladas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADI n. 5793) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI n. 5790), sustentando, em síntese, a violação dos princípios constitucionais.

[8] Rogério Sanches Cunha (2017, p. 426) explica que: "Por fim, na Justiça Negociada, proveniente sobretudo do direito americano, o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa, o que, evidentemente, pressupõe a admissão da culpa. Trata-se do denominado pleabargaining que pode consistir na negociação sobre a imputação (charge bargaining), sobre a pena e todas as consequências do delito, como o perdimento de bens e a reparação de danos (sentencebargaining), ou sobre ambas. […]."

Seguindo a corrente que invoca a inconstitucionalidade da resolução para então revogá-la, o doutrinador ZIESEMER, que é contundente neste sentido, afirma que a Resolução fere a prerrogativa privativa da União legislar sobre processo penal. Note-se:

> "A resolução nº 181 de 2017 e sua alteração recente (183) ferem o Art. 22, I da Constituição Federal, que diz ser prerrogativa privativa da União legislar sobre processo penal. Ora, o texto da resolução cuida de não processar alguém, analisar requisitos, exigir o cumprimento de obrigações, arquivar os autos onde um crime está sendo analisado, submeter à apreciação do juiz (inovação), cria formas de atuação processual (denúncia inclusive) ao Procurador-Geral (§6º do Art. 18), cria atribuição processual ao Juiz (§6º do Art.18), indo muito além do que pode em sua competência constitucional. Somente a lei discutida no Parlamento pode criar figuras de atuação processual e novos institutos processuais."

Malgrado as alegações de inconstitucionalidade sustentadas nas respectivas ações de controle, o Acordo de Não Persecução Penal não viola o princípio da legalidade, pois o Conselho Nacional do Ministério Público tem o poder de expedir atos regulamentares, conforme estabelece o inciso I, § 2º do art. 130-A da Constituição Federal:

> Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:
> § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo lhe:
> I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

E nas palavras do doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 200), o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que as resoluções do CNMP, como as expedidas peno Conselho Nacional de Justiça[9], possuem caráter normativo primário, ou seja, são dotadas de abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos

[9] O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade formal de atos normativos em condições análogas, permitindo, inclusive, a regulamentação, pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, acerca da apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas (audiência de custódia), isto é, aborda sobre o procedimento a ser adotado pelo Poder Judiciário e afins. (STF - ADPF 347 MC).

constitucionais, possibilitando, assim, a criação e aplicação do acordo de não persecução penal pelo CNMP. Note-se:

> "Na dicção do Supremo, tais resoluções ostentam caráter normativo primário, ou seja, são dotadas de abstração e generalidade, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos constitucionais. Enfim, "são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão". Considerando-se, pois, que o art. 18 da Resolução n, 181 do CNMOP busca tão somente concretizar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37), da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, artigo 5º, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, artigo129, I), não falar em inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, porquanto se trata de regulamento autônomo destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais."

Desta feita, tem-se que o acordo de não persecução penal não infringe a Constituição Federal, porquanto viabiliza a aplicação dos princípios constitucionais em benefício ao agente delituoso e à sociedade, garantindo-se a resposta imediata ao cometimento do ilícito penal, evitando-se o perecimento do direito frente à prescrição ou decadência, além do louvável caráter pedagógico da sanção e reparação do dano à vítima, diminuindo-se o encarceramento.

Igualmente, não viola a competência legislativa exclusiva da União para tratar sobre o direto processual (art. 22, I, da Constituição Federal), devido processo legal ou do contraditório, já que o acordo de não persecução penal não tem natureza processual, mas, sim, natureza extrajudicial. Em sustentação à linha argumentativa, Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 200) explica que:

> Na sistemática adotada pelo art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP, cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor – que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

Infere-se, portanto, que o acordo de não persecução é um negócio jurídico extrajudicial, pois é realizado no âmbito de um procedimento administrativo investigatório conduzido pelo Ministério Público, sem o

prévio exercício de uma pretensão punitiva.

Há mais, quanto à atuação do Ministério Público no âmbito da penal, chamo atenção para o princípio da obrigatoriedade mitigada da ação penal (art. 5º, XXXV; art. 22, I; art. 129, I, todos da CRFB/88), vez que o Ministério Público tem o dever de agir, todavia, não se limita a dar início à ação penal, tendo liberdade de proceder conforme o caso concreto. Neste ponto, consoante instruções do doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 200), o acordo está relacionado com o princípio da oportunidade, vez que permite ao Ministério Público estipular regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição.

Doutrinadores contrários à ideia do acordo de não persecução penal, em especial a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, sustentam que o Acordo transgridea garantia da inderrogabilidade do juízo, todavia, o Poder Judiciário participará do Acordo, notadamente quando for remetido para análise quanto à homologação, podendo o Magistrado devolver os autos ao Ministério Público para eventuais alterações que entender necessárias, conforme explicado no item 2.

Neste diapasão, Renato Brasileiro de Lima afirma que o acordo em comento, ainda, encontra respaldo na Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas (Regras de Tóquio), a qual fomenta métodos alternativos à resolução de conflitos de menores gravidades. Veja-se:

> "Outrossim, à semelhança da Resolução n. 213 do CNJ, que retirou seu fundamento de validade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §5º), o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP também seria dotado de fundamento convencional, qual seja, a Resolução 45/110 (Regras de Tóquio), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990. Nesse sentido, o item 5.1 da referida Resolução recomenda que: "Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado".

Neste passo, o acordo de não persecução penal está relacionado à política criminal a ser realizada pelo Ministério Público, vez que ao exercer

o papel de titular da ação penal, tem o dever de buscar meios adequados de viabilizar a busca por uma solução alternativa e célere para os casos de baixa e média gravidade, conforme Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 201) esclarece em seus apontamentos sobre o tema:

> Um último argumento em prol da constitucionalidade é o de que o acordo veicula matéria de política criminal a ser realizada pelo titular da ação penal pública. Na qualidade de agentes políticos, os membros do Ministério Público têm o dever funcional de realizar uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Parquet. Assim, no exercício desse poder de realizar política criminal de persecução penal, incumbe ao Ministério Público buscar respostas alternativas e mais céleres para os casos penais de baixa e média gravidade, o que poderá ser alcançado através dos acordos de não-persecução penal.

Logo, a política criminal no âmbito do Ministério Público volta-se para análise do caso concreto frente a necessidade ou não acionar o Poder Judiciário para dar uma solução à lide, através da denúncia e consequente ação penal, ou seja, cabe ao Membro do Ministério Público buscar meios efetivos de resolução negociada, a fim de não judicializar a pretensão punitiva.

Além do mais, há em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 882/2018, conhecido como Projeto de Lei Anticrime[10], visa inserir o art. 28-A no Código de Processo Penal, para regulamentar o acordo de não persecução penal, o que viabilizará a plena aplicação da benesse ao infrator.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo tratar pontos relevantes sobre o acordo de não persecução penal, descrevendo os fatores que levam à sua criação, também analisou a aplicação do acordo em estudo em outros países, bem como os efeitos causados, as consequências de sua aplicação e as implicações para o Poder Jurisdicional, Ministério Público e o jurisdicionado.

Inicialmente, abordou-sea origem do acordo de não persecução penal e a introdução no ordenamento jurídico brasileiro, além dos pressupostos de aplicação, notadamente dispostos no art. 18 da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Após, fora abordado acerca da evolução do conceito de pena e sua finalidade, a forma como eram aplicadas passando da vingança de sangue (autotutela), passando para aplicação da autocomposição (cunho financeiro)

[10] https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353. Acesso em 01/07/2019.

e, por fim, com maior organização da sociedade, as penas começaram a ser aplicadas pelos representantes do Estado (caráter jurisdicional), salientando que durante as duas primeiras fases as penas em sua maioria eram cruéis e desproporcionais.

Abordou-se, ainda, quanto à nova face do Direito Penal, qual seja, a Justiça negociada, vez que o acordo de não persecução penal decorre da evolução do direito penal, ante a necessidade de se dar uma nova resposta ao cometimento do crime pelo agente infrator, pois a forma até então aplicada, qual seja, privação da liberdade visando a ressocialização do infrator, está em decadência, ainda mais, em relação aos crimes de menor e média gravidades.

Como explicado, o Direito Penal Brasileiro está se rendendo para a Justiça Consensual, como já ocorre nos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo, ambos regidos pela Lei 9.099/95, visando à conciliação entre as partes, além do e o instituto da Colaboração Premiada, no âmbito da Lei 12.850/2013.

Como se pretendeu destacar, a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público passou a regulamentar o acordo estudo como uma alternativa à persecução penal normalmente utilizada, regida pelo Código de Processo Penal, quando cumpridas todas as exigências do ato normativo em questão.

É cediço que o Ministério Público é o titular da ação, podendo proceder com a apresentação da denúncia ou arquivamento do inquérito policial, todavia, com o advento da Resolução em comento, o Órgão Ministerial passou a ter a prerrogativa de realizar o acordo de não persecução, que em caso de não arquivamento, procederá com as determinações do art. 18 da normativa em análise, respeitando-se os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37), da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, artigo 5º, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, artigo129, I).

Logo, o Ministério Público tem o dever de procurar meios efetivos de política criminal a fim de combater os crimes, ante a ineficiência do Estado em apurar os crimes e puni-los com celeridade, de maneira que o acordo de nãopersecução penal foi uma forma encontrada pelo CNMP para racionalizar os recursos estatais, evitando-se dar início a persecução criminal no que tange aos crimes de menores gravidades, em decorrência da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ante todo o exposto, conclui-se que o acordo de não persecução

penal é uma medida eficaz para aprimorar a Justiça Criminal, priorizando os recursos estatais para as investigações quanto aos crimes graves, em observância ao princípio da duração razoável do processo, além de evitar o encarceramento dos infratores de menor/média de gravidade e que preencham os requisitos do art. 18 da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo medida mais eficaz de combate a criminalidade e reincidência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: < http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma /5277>. Acesso em: 01 de julho 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 de julho 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 01 de julho 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5790**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/ consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>. Acesso em: 01 de julho 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5793**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/ consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>. Acesso em: 01 de julho 2019.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 6. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012.

Cunha, Rogério Sanches. **Manual de direito penal (arts. 1º ao 120).** 5. ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

Estefam, André. **Direito penal esquematizado® : parte geral** / André Este-

fam e Victor Eduardo Rios Gonçalves. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza.

MA, Yue. **A Discricionariedade do Promotor de Justiça e a Transação Penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália: uma perspectiva comparada**. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público, nº 1, 2011. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br /portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Revista_cn mp_vol1_para_web.pdf >. Acesso em 05 de julho de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume único**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodivm, 2018.

POLASTRI, Marcellus. **Ministério Público e Persecução Criminal**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodvim, 2016.

ZIESEMER, Henrique da Rosa. Resolução n° 181 do CNMP – Considerandos. In: FISCHER, Douglas (Org.); ANDRADE, Mauro Fonseca (Org.). et al. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CONSIDERAÇÕES, ANÁLISE E APLICABILIDADE OTIMIZADA DA MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL À LUZ DO DIREITO COMPARADO

CONSIDERATIONS, ANALYSIS AND OPTIMIZED APPLICABILITY OF CRIMINAL MEDIATION IN BRAZIL IN THE LIGHT OF COMPARED LAW

Henry Sandres de Oliveira[1]

RESUMO: O presente texto tem como objetivo discutir, analisar e expor formas de otimizar o instituto jurídico da Mediação Penal no Brasil, sob a ótica do Direito Comparado. Assim, este artigo busca examinar a origem e o desenvolvimento legislativo e histórico moderno dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, nos quais está inserida a Mediação Penal, de forma geral, dos maiores polos jurídicos pelo mundo e no Brasil, apontando seus avanços e as suas técnicas. Do mesmo modo, após a citada análise, o texto abordará aspectos sobre a Mediação Penal realizando considerações acerca do aperfeiçoamento da aplicação do mencionado método para resolução de conflitos em solo pátrio.

Palavras-chaves: Métodos alternativos de solução de conflito, Direito Penal, Processo Penal.

ABSTRATCT: histextwasbuilt for a more in-depthandin-depth analysis on the Brazilian Legal Institute. Thus, this article seeks to examine the legislative and modern history of Alternative Methods of Conflict Resolution, in whichisinserted a Criminal Mediation, in general, of the largest legal polesa round the world and in Brazil, and its advances and techniques. To do thesame, after a data analysis, to address the issues of criminal mediation of decisions oni mproving the application of conflictr esolution on land.

Keywords: Alternative Dispute Resolution, Criminal Law, Criminal Procedure.

[1] Pós-graduando no Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado de Rondônia – MP/RO. E-mail: henrysandres@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Prima facie, sabe-se da existência e da aplicabilidade de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil, inclusive da utilização da Medição Penal.Todavia, trata-se de matéria pouco divulgada e estudada, em âmbito nacional. Nesse segmento, apesar da aplicação, o citado método, atualmente, acaba por ter sua evolução estagnada, motivo pelo qual não corresponde a todo o seu potencial.

Dessa forma, questiona-se: como aperfeiçoar a Mediação Penal, a fim de que esta passe a apresentar resultados melhores?

Em sendo assim, o presente texto tem o intuito de apontar meios de como otimizar os citados instrumentos jurídicos no Brasil, com base no Direito Comparado.

Para isso, faz-se necessário entender o desenvolvimento histórico dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, de forma geral, com *animus* de extrair as técnicas criadas, seus resultados e benefícios. Posteriormente, a pesquisa abordará de forma profunda a experiência do Direito Comparado, para, então, examinar a Mediação Penal, e, por fim, indicar possibilidade de otimizar o citado instituto jurídico no Brasil.

Insta salientar o caráter filosófico do presente artigo. Tomando com base os ensinamentos de Jeremy Bentham, Walter Benjamin e Mozi.

Dessa forma, a presente obra utilizou de dados bibliográficos e documentais, como pesquisas oficiais e doutrinas, com metodologia dedutiva e, predominantemente, qualitativa, apesar de abordar dados estatísticos, vez que o foco da pesquisa são as hipóteses de potencializar a Mediação Penal.

1 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO CONTEMPORÂNEO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Sabe-se que um dos marcos do Estado Democrático de Direito e das sociedades modernas é a jurisdição, ou seja, a solução de conflitos sociais através da apreciação do Poder Judiciário.

Nessa linha, tal avanço teve a intenção de substituir a vingança por um juízo imparcial e justo, a fim de melhor estabilizar as relações, dando aos indivíduos segurança.

Porém, a transferência de tais atribuições para o Poder Judiciário causou um colapso estatal, em escala global, visto o tamanho da demanda social e a ineficiência estatal em solucionar os conflitos de forma célere e econômica, conforme explica MOREIRA (2012, p. 02):

> O fenômeno, contudo, ultrapassou os limites da razoabilidade

> e desaguou no atual superdimensionamento do Poder Judiciário. Foi nesse contexto que a cultura da litigiosidade, presente em nosso País por diversos outros fatores de ordem política, econômica e social, alcançou patamares insuportáveis para a sociedade e para o Estado, carentes de condições materiais para atender a tantos e tão variados conflitos, que aumentam progressivamente.

Ademais, a supradita informação se torna ainda mais alarmante se considerarmos a constatação de SADEK e ARANTES (1994):

> Esta debilidade torna-se ainda mais gritante quando se leva em consideração que apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de conflito dirigem-se para o Judiciário em busca de uma solução para seus problemas. A maior parte dos litígios sequer chega numa corte de justiça. Este dado é extremamente preocupante, uma vez que ele indica tanto um descrédito na justiça quanto o fato de que, se a maior parte daqueles que supostamente deveriam recorrer ao Judiciário o fizessem, o sistema estaria próximo do colapso

Com efeito, o congestionamento de feitos no Poder Judiciário brasileiro, por exemplo, já superava o patamar de 70% (setenta por cento). No mesmo passo, o CNJ, em 2015, por meio de pesquisa, informou que seria necessário "fechar as portas" do Poder Judiciário por cerca de três anos para "zerar" a demanda atualmente em trâmite.

Em sendo assim, é cristalina a ineficiência estatal. Porém, apesar das críticas, não se pode perder de vista a importância do Judiciário, o qual, sem dúvida, pelo menos em solo brasileiro, é o Poder mais atuante e que presta um melhor serviço à população, dentro de suas condições.

No mesmo norte, mister destacar dois pensamentos ideológicos, que refletem bastante a população brasileira, quais sejam: (i) a cultura do litígio e (ii) a falácia do monopólio estatal na solução dos conflitos.

Quanto à cultura do litígio, muito presente em países latinos, verifica-se que esta é amplamente criticada por estudiosos, sendo um dos fatores preponderantes pela queda de qualidade das decisões e a morosidade do Poder Judiciário. Sobre o tema, GOMES (2011, p. 02) diz:

> Nossa cultura litigante deve ser abandonada. É tempo de negociação, acordo e mediação. O Judiciário, por sua vez, deve ser reorganizado com políticas de desburocratização.
> Se nada for feito a morosidade vai continuar. Com isso a Justiça perde a sua justificação teleológica, que é a confiança da população. Pior é sua contribuição para a impunidade, no campo criminal.

Sobre a falácia do monopólio estatal, tem-se que existem diversas formasde solucionar conflitos, além da apreciação destas pelo Poder Judiciário.

Destarte, a soma de todos esses fatores desencadeou a necessidade de desjudicializar as lides, conforme conclusão dos relatórios da Universidade de Florença, em 2003. Sobre o assunto, NETO (2017, p. 16) assim disserta:

> Dos relatórios nacionais então apresentados, extraiu-se a conclusão de que havia uma "crescente incapacidade dos sistemas institucionais de administração da justiça civil para fazer frente à demanda de justiça proveniente dos mais diversos sujeitos, sobre matérias diversificadas e novas, incapacidade essa devida aos limites da justiça estatal, normalmente ineficiente, custosa e incerta, e talvez não apta, em alguns setores, a garantir uma satisfatória composição das lides"
> Dentre os fatores principais que explicam a expansão do movimento em direção a formas conciliadoras de solução de controvérsias, lembrados por D. Smith, destacamos dois: 1) A dificuldade de acesso à justiça ordinária pelos mais carentes e o custo e duração do processo ordinário para aqueles que podem pagar por tal acesso. 2) Uma crescente insatisfação com o formalismo e tecnicismo imperante mais ativo das próprias partes nas tomadas de decisão que dizem respeito à sua vida privada. no ambiente judiciário, conjuntamente com a valorização de um papel

Nesse passo, o doutrinador italiano Vittorio Denti[2] verificou o surgimento de duas ideologias. A primeira, mais preocupada com o formalismo processual, imputando a tais procedimentos a morosidade e o custo dos processos. Doutro norte, o segundo pensamento arguiu que há possibilidade de não seguir a norma fria e sua aplicação hermenêutica para melhor solução dos conflitos, tampouco necessita de um terceiro imparcial para decidir.

Nesse sentido, a primeira corrente foi denominada *desformalização*, enquanto a segunda ganhou o nome de *deslegalização*. Quanto à matéria, NETO (2017, p. 17-18) afirma:

> Vittorio Denti identifica duas tendências relativamente ao movimento em direção a formas alternativas de resolução de litígios: uma tendência à desformalizaçãoe outra tendente à deslegalização.
> Quanto à primeira tendência – no sentido de uma desformalização –, funda-se ela na tomada de consciência no

[2] (Cremona 1919 - Pavia 2001) foi um Jurista e Professor de Direito Processual Civil no Universidade de Pavia, na Itália, dedicou-se à pesquisa sobre o processo italiano e à comparação com os processos de outros sistemas.

> sentido de que a acentuação das garantias formais no direito processual civil contemporâneo conduziu a um aumento do custo e da duração do processo, "tornando-o um instrumento inadequado para certos tipos de lide que exigem uma rápida intervenção na composição dos conflitos". Por outro lado, também é consensual a constatação de que é "impossível resolver o problema do acesso à justiça dos jurisdicionados carentes através do aumento generalizado de assistência judiciária gratuita" por causa do seu custo intolerável. Além disso, segundo Denti, o aumento quantitativo e a maior complexidade do trabalho do juiz moderno não podem ser enfrentados mediante o simplório aumento constante do quadro de magistrados. […] A outra tendência apontada por Denti – aquela referente à delegalizzazione das controvérsias – não é um fenômeno propriamente novo. Realmente, diz ele, "na origem da criação dos 'escritórios de paz e de conciliação' (bureaux de paix et de conciliation), logo após a Revolução francesa, encontrava-se a fé iluminista na razão natural do homem em desfavor da artificial reason dos juristas e dos juízes", bem como uma desconfiança em relação à profissão forense e ao mundo dos juristas. Deslegalização significa, nesse contexto, desde as origens históricas do fenômeno, a busca de uma solução não legalista das controvérsias e, portanto, com maior ênfase na prevalência da composição da lide do que na definição do certo e do errado.

Dessas ideologias surgiu a *Alternative Dispute Resolution* – ADR, ou os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, os quais ganharam força mundialmente, principalmente nos Estados Unidos.

2 EXPERIÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO

2.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos são amplamente utilizados pelos magistrados, em razão da maior liberdade inerente ao sistema da *common law*. Nesse passo, a discricionariedade dada aos magistrados permite que os ritos processuais sejam adaptados às singularidades do caso concreto.

Segundo aponta a doutrina, o movimento dos *Alternative Dispute Resolution*foi impulsionado a partir de 1976, em um evento que homenageou o jurista Roscoe Pound[3] e sua obra "*The Causes of Popular Dis satisfaction with the Administration of Justice*"[4], conforme explica NETO (2017, p. 25):

> Nos Estados Unidos, costuma-se referir que o início do movimento a favor dos modelos alternativos ao processo

[3] Foi um jurista norte-americano, professor de direito e reitor da Faculdade de Direito da Universidade de Nebraska de 1903 a 1911 e, em seguida, foi reitor da Faculdade de Direito de Harvard, de 1916 a 1936. (27 de outubro de 1870 – 30 de junho de 1964).

[4] "As causas da insatisfação popular com a administração da justiça"

> clássico coincide com um simpósio jurídico ocorrido em 1976 para celebrar o septuagésimo aniversário do conhecido discurso de Roscoe Pound, um dos maiores juristas da primeira metade do século XX, sobre o tema "The Causes of Popular DissatisfactionwiththeAdministrationof Justice" ("As causas da insatisfação popular com a administração da justiça"). Observou-se naquele evento que, a despeito de todos os aperfeiçoamentos introduzidos no sistema judiciário e inobstante as inúmeras alterações e inovações no âmbito do processo civil, nos setenta anos transcorridos desde o discurso de R. Pound, persistia o baixíssimo índice de aprovação popular em relação ao funcionamento do Poder Judiciário e ao serviço por ele prestado. Diante de tal percepção, defendeu-se, no referido simpósio, que talvez pouco adiantasse reformar o processo civil tradicional. A coisa correta a fazer, foi então sustentado, seria "afastar do judiciário algumas espécies de controvérsias, que deveriam ser desviadas para órgãos alheios ao aparato judicial, de natureza particular, e que operassem segundo um procedimento mais flexível e informal.

Desde então, foram criados inúmeros procedimentos, a fim de resolver, ou pelo menos mitigar, a insatisfação popular, dentro os quais se pode destacar a *summaryjurytrial*[5], a *early neutral evolution*[6], a*court-annexedmediation*[7], a*settlementeconference*[8] e a *appellatemediation*[9].

Posteriormente, na década de 80, o Poder Legislativo americano passou a regular a matéria, com o advento da *Judicial Improvementsand Access to Justice Ac*t, de 1988, da *Civil Justice ReformAct*, de 1990, e, finalmente da *Alternative Dispute ResolutionAct,* de 1998. Do mesmo modo, nesse ínterim, passaram a surgir no solo americano entidades voltadas ao estudo e a aplicação de ADRs. Dessa forma, não demorou muito para casos inerentes à matéria chegarem até a Suprema Corte americana, o qual firmou posicionamento a favor aos ADRs.

Talvez o que chame mais atenção no sistema jurídico americano é a formação dos novos operadores do direito. As universidades passaram a lecionar sobre Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, mudando a ideologia e a conduta de novos advogados, motivo pelo qual estes passaram

[5] Técnica alternativa de resolução de disputas, na qual um julgamento simulado é realizado por um júri, podendo ser utilizadas evidências que seriam usadas em um julgamento real. Após o veredicto, consistente num parecer opinativo, é dada oportunidade das partes entrarem em acordo.

[6] Técnica consistente em, após a contestação, um terceiro expert no assunto, podendo ser uma espécie de juiz auxiliar ou um advogado, opina sobre o caso concreto, sendo posteriormente dada oportunidade as partes de conciliarem. Caso não haja acordo, o processo segue para julgamento, sem que o magistrado tenha acesso ao parecer.

[7] Mediação endoprocessual.

[8] Similar a audiência de conciliação judicial no Brasil.

[9] Mediação processual realizada em grau recursal. Interessante ressaltar que os índices de acordo equivalemà mesma produção de um desembargador americano.

de meros patronos litigiosos para a figura de aconselhadores jurídicos.

Outrossim, assim como no Brasil, existem procedimentos alternativos que passaram a ser obrigatórios nos processos americanos. Sobre o tema, NETO (2017, p. 27) explica:

> Alguns dos procedimentos de ADR possuem caráter obrigatório, enquanto outros – a maioria – são facultativos. Ressalte-se, todavia, que ainda, quando obrigatória a ativação de algumas formas de ADR, o seu resultado nunca é vinculante, pois a parte interessada pode sempre requerer um novo julgamento pela justiça ordinária. Trata-se substancialmente de uma simples "condição de procedibilidade da ação civil.

Ademais, a doutrina americana divide os métodos alternativos em dois modelos: *concessual-orientedmodel*, ou modelo consensual, e o *decision-orientedmodel*, ou modelo decisório, conforme expõe NETO (2017, p. 27):

> Além da classificação das ADR em obrigatórias/facultativas, uma diversa classificação permite distinguir os modelos conciliatórios (consensual-orientedmodel) dos modelos decisionais (decision-orientedmodel).
> O primeiro deles – modelo conciliatório – visa compor a controvérsia através de uma solução acordada entre as partes. Várias técnicas inserem-se nesse modelo, como é o caso da mediation, da early neutral evaluatione do summaryjurytrial. Já o modelo decisional (decision-oriented) procura a solução dos conflitos através de uma decisão emanada de um terceiro, que não o juiz estatal. O arquétipo desse último modelo é a arbitragem.

O modelo dito conciliatório foi o que obteve muito maior sucesso na nação norte-americana.

Destarte, sem dúvida, as contribuições americanas para os métodos alternativos são imensas, sendo que os Estados Unidos são referência no tema até os dias de hoje.

2.2 Europa

Na União Europeia, os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos começaram a ganhar força com no ramo Direito do Consumidor, por meio do Boletim da Comissão Europeia n. 02/75 de 1985. O citado documento disserta sobre a proteção jurídica dos consumidores e menciona que para salvaguardar os consumidores é necessário garantir o acesso à justiça.

Nesse raciocínio, o Boletim tratou de afirmar a necessidade de aplicar 4 (quatro) objetivos para melhor proteção do consumidor, conforme bem

expõe NETO (2017, p. 20):

> Parte-se da premissa que se deve garantir aos consumidores uma eficiente tutela de seus direitos fundamentais conexos a relações de consumo, com especial ênfase à proteção da saúde. Ressaltou-se, em tal documento, que o reconhecimento de tais direitos não é pleno se não for efetivo e que a efetividade só é alcançada se for facilitado o acesso à justiça. O memorando divide a matéria em quatro perspectivas: a disponibilização de procedimentos judiciais simplificados, o reconhecimento de legitimação processual a entidades representativas de interesses difusos e coletivos, maior uso de técnicas de conciliação e arbitragem, e criação de centros de assessoria jurídica.

Posteriormente, o Boletim n. 02/75 foi transformado na Resolução de 25 de junho de 1987, do Conselho da Europa. Após 06 (seis) anos da citada norma, entregou em vigor o chamado Livro Verde, reafirmando o acesso à justiça dos consumidores e possibilidade de utilização de procedimentos extrajudiciais e judiciais.

Há, ainda, os *Principle sof Transnational Civil Procedure*[10], de 2004, com o intuito de guiar os países-membros em suas normas nacionais sobre a matéria. Nos citados princípios, se destaca o item 24.2, o qual assim regulamenta: "*The courtshouldfacilitateparties'sparticipation in nonbindingalternative dispute-resolution procedures atanystageoftheproceeding*"[11].

Já em meados de 2008, o Parlamento da Europa criou a Diretiva n. 52/2008, regulando a Mediação.

Com efeito, é patente que, devido à influência da *Civil Law,* a União Europeia buscou realizar suas reformas legais em busca da aplicação dos Métodos Alterativos de Solução de Conflitos.

Trazendo as experiências para as unidades dos países-membros, tem-se que o Judiciário alemão buscou incentivar e convencer as partes a praticarem os métodos alternativos, obtendo êxito em alguns pontos, dentre os quais se destacam a resolução relacionada a seguros, sendo 70% (setenta por cento) solucionados por métodos alternativos. Ainda sobre a Alemanha, o *Zivilprozessordnung*[12]separa 41 (quarenta e um) artigos para regulamentar a Arbitragem.

[10] Princípios do Processo Civil Transnacional.
[11] "O juízo deverá facilitar a participação das partes em procedimentos alternativos de resolução de conflitos, de natureza facultativa, em qualquer estágio do procedimento".
[12] Código de Processo Civil Alemão.

No mais, os juízes da cidade de *Sttugart* criaram um modelo de uma audiência una, primando pela oralidade e pela composição civil entre as partes envolvidas, sendo repetida em diversos outros ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro (NETO, 2017, p. 23).

No mesmo norte, a França, assim como os Estados Unidos, passou a treinar e especializar seus mediadoresnas mais diversas áreas, evoluindo cada vez mais os métodos alternativos, conforme expõe NETO (2017, p. 23-24):

> Uma área em que ocorreu um notável deslocamento em direção à mediação é aquela relativa aos conflitos familiares. Sirva de exemplo a figura do médiateurfrancês, que integra associações especializadas em tal setor, recebe uma preparação multidisciplinar específica e está submetido a um código deontológico próprio.

Destaca-se, ainda a Itália, que em 2009, por meio do Decreto Legislativo 28/2010, regulamentou a Conciliação e a Mediação no Direito Civil e Comercial. No mesmo sentido da Lei n. 24.573/95, da Argentina.

Em Portugal, há a Lei n. 29/2013, responsável por estabelecer "os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública". Há, ainda, uma enorme gama de normas infralegais que regulamentam dentro da discricionariedade dada pela mencionada Lei, tratando a matéria de forma mais específica, como a Portaria n. 732, de 8 de julho de 2009 e a Portaria n. 345, de 27 de novembro de 2013. (GARCIA, 2016, p. 04-05).

Com efeito, incontroverso entender que Portugal é o país de língua portuguesa mais avançado no ramo dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, principalmente em relação à Mediação.

2.3 Brasil

Sem dúvida, a prática dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos é mais tímida em solo pátrio. Todavia, principalmente, após o advento do Código de Processo Civil de 2015, os citados instrumentos jurídicos passaram a ter maior protagonismo.

Porém, bem antes do novo códex processual civil, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, a qual "dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências", disciplinando, entre outros aspectos, os Núcleos Permanentes

de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação e as atribuições dos Mediadores e Conciliadores.

Além disso, o mesmo Conselho foi responsável por criar a "Semana da Conciliação", a qual, no ano de 2017, ocorreu de 27.11 a 1º.12. Na oportunidade foram atendidas 757.051 (setecentos e cinquenta e sete mil e cinquenta e uma) pessoas, em 424.894 (quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e noventa e quatro) audiências de conciliação, das quais 126.971 (cento e vinte e seis mil, novecentos e setenta e um) acordos foram homologados, representando cerca de 1/3 (um terço) das audiências realizadas.

No mais, o CNJ ainda disciplinou o "Prêmio Conciliar é Legal", que visa premiar práticas de sucesso em aplicar a conciliação e, inclusive, anualmente, publica o Manual de Mediação Judicial.

Os Tribunais também defendem e incentivam amplamente o uso dos métodos alternativos, sendo que quase a totalidade possui um programa e ministra cursos e palestras sobre o tema.

De forma mais singela, muito por ausência de previsão legal, há a aplicação de institutos como a Transação Penal e Suspensão Condicional de Processo, como Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

3 A MEDIAÇÃO PENAL

Expostos os posicionamentos e desenrolares supra, insta mencionar que os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos possuem sua maior aplicação no Direito Civil, motivo pelo qual a parte inerente ao Direito Penal passa, por vezes, despercebida pela maior da comunidade jurídica.

Tal constatação possui uma explicação simples: a essência pública do Direito Penal é um entrave para aplicação dos ADRs. Em outras palavras, em razão do *jus puniendi*estatal e a indisponibilidade de tal, deve o Estado, a qualquer custo, havendo a infração penal, dar início à persecução penal e buscar a condenação do indivíduo, conforme disserta MOREIRA (2012, p. 05):

> O Direito Penal, material e processual, é eminentemente público, sob todos os ângulos: participação do Estado, na figura do Ministério Público; há interesse do Estado e da sociedade materializado no direito de punir; está presente também a proteção do indivíduo contra abusos do Poder Público; o processo penal é necessário, de modo que, na concepção tradicional, inexiste possibilidade de que a lide penal seja tratada extrajudicialmente.

> Conquanto essas características, em princípio, erijam-se em obstáculo à solução consensual dos casos criminais, esse rigorismo é mitigado atualmente.

Como é sabido, o Direito Processual Penal divide as espécies de ações penais em Privada e Pública, sendo que esta última se subdivide em incondicionada e condicionada.

Nesse passo, as ações penais privadas são, em certa proporção, disponíveis, vez que o legislador realizou a escolha de entregar legitimidade ao particular, para que este, se assim quiser, busque a tutela jurisdicional.

No mesmo sentido, as ações penais públicas condicionadas, apesar de certo de teor de disponibilidade, são indisponíveis ao membro do *Parquet*, conforme ordena o artigo 102 do Código Penal[13].

Dessa forma, as ações penais públicas incondicionadas são claramente indisponíveis ao Ministério Público, e, em sendo assim, havendo indícios de autoria e materialidade, é obrigação do membro do *Parquet* oferecer a peça acusatória.

Portanto, muito devido aos longevos Código Penal e Código de Processo Penal, os quais estão prestes a completar 80 (oitenta) anos, e a fim de melhor entender a resolução de lides penais, a doutrina passou a classificar os modelos de Direito Penal, dividindo os ordenamentos jurídicos em modelo dissuasório clássico, modelo ressocializador e modelo consensual, conforme afirma MOREIRA (2012, p. 05-06), *in verbis:*

> a) modelo dissuasório clássico: fundado na resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.), e o delito não pode escapar da inderrogabilidade da sanção;
> b) modelo ressocializador: atribui à pena a finalidade de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). O Direito Penal poderia intervir na pessoa do delinquente, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade;
> c) modelo consensual: fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (pleabargaining). Subdivide-se em modelo pacificador ou restaurativo e modelo da justiça criminal negociada.

In casu, nos interessa o terceiro modelo. Porém, insta asseverar que

[13] Art. 102 - A representação será irretratável depois de oferecida a denúncia.

o nosso atual sistema jurídico já ultrapassou o modelo clássico e se encontra estagnado no modelo ressocializador. Em sendo assim, basta olhar a crise do encarceramento em massa para verificar a insuficiência e ineficiência estatal na matéria.

Quanto ao modelo consensual, com *animus* de melhor estudá-lo, este foi fracionado em: modelo consensual pacificador e modelo consensual negociado, conforme explica MOREIRA (2012, p. 06-07):

> Os modelos consensuais de resolução dos litígios penais podem ser classificados, conforme foi referido, em: a) pacificador ou restaurativo, que visa à conciliação, à reparação dos danos da vítima e, enfim, à cooperação das partes interessadas para encontrar uma solução conjunta ao conflito; e b) modelo da justiça criminal negociada, que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc

Dessa forma, tem-se que o sistema pacificador é assim conceituado por JESUS (2005) e MOREIRA (2012, p. 07), respectivamente:

> Justiça Restaurativa é um processo colaborativo em que as partes afetadas mais diretamente por um crime determinam a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão
> Foi criada uma teoria de justiça restaurativa, composta de três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas: a janela de disciplina social, o papel das partes interessadas; a tipologia das práticas restaurativas.

Assim, a vítima e o acusado, no sistema pacificador, formam o centro da lide, devendo estes caminharem para retornarem o mais próximo de seu *statusquo*, a fim de que o dano causado seja restaurado e reparada de forma cooperativa.

Por sua vez o sistema negociado, retornando ao Direito Comparado, é marcado pela chamada *pleabargaining*[14], aplicada principalmente no sistema jurídico americano. Inclusive, nos Estados Unidos quase a totalidade dos processos são solucionados com base na técnica supradita, conforme informa MOREIRA (2012, p. 13):

> Mais de 90% dos delitos nos Estados Unidos são resolvidos por esse método, que é válido para todos os delitos, em princípio, incluindo-se fatos extremamente graves. O acusado assume responsabilidade pelo injusto cometido (ou seja: aceita sua culpabilidade) e a negociação se faz entre ele, seu defensor e o Ministério Público.

[14] Pedido de barganha

A mencionada técnica consiste em um acordo entre o investigado/denunciado e a acusação, devendo este primeiro confessar a prática criminosa para possuir benefícios penais. Sobre o citado instituto MOREIRA (2012, p. 13-15):

> A negociação criminal ocorre mediante a confissão do delito pelo acusado, que formaliza acordo com o órgão acusador sobre a quantidade da pena, incluindo a prisional, perda de bens, reparação dos danos, forma de execução da pena etc. É o denominado pleabargaining, amplamente adotado no sistema norte-americano. […]
>
> Está presente nesse sistema uma extrema liberdade de negociação atribuída ao órgão oficial acusador, de modo que é difícil a aceitação de sua forma pura por nosso ordenamento jurídico.
>
> Nos Estados Unidos, os governos estaduais detêm autonomia para definição de delitos e penas, bem como para definição de procedimento penal. De qualquer sorte, o método da negociação é amplamente utilizado.
>
> O juiz figura como mero homologador do resultado do acordo. O pleabargaining(barganha de declaração, pedido de barganha), forma mais típica no sistema norte-americano, diz respeito à declaração de culpa, pedido de culpa, guiltyplea, que é um acordo entre acusação e defesa, para que os acusados se declarem culpados em troca de uma gama de concessões, evitando um demorado processo judicial.
>
> Determina-se um ou mais elementos da própria sentença, por meio de negociação, reduzindo-se a grande maioria dos processos norte-americanos a uma fase de "pré-triagem", sem submetê-los a um juízo instrutório.
>
> A negociação é realizada no caso de declaração de culpado ou não contestação pelo réu, sem que haja necessidade de provar o alegado. Mais nada se requer do juiz, apenas que profira a sentença, o que significa um salto da fase inicial para a de determinação de pena.
>
> Com a declaração de culpado, o acusado renuncia a direitos constitucionalmente garantidos, como de não fazer declaração contra si, estar sujeito a julgamento pelo júri e confrontação com as testemunhas que fizeram declarações contra ele.
>
> Assumindo o compromisso, ou pleaagreement, ocorrerá: primeiro uma diminuição na pena, ou uma redução nos delitos levados à acusação ou, ainda, uma alteração para um delito de menor gravidade; em segundo, uma declaração da acusação pedindo uma sentença mais branda, uma submissão à liberdade condicional, em substituição à privação de liberdade, ou não realizará recomendações para maior gravidade, nem se oporá aos pedidos de decisão mais branda.
>
> No entanto, os requisitos de voluntariedade e capacidade do acusado são verificados pelo juiz para a aceitação da declaração e do acordo.

Entretanto, apesar de solucionar boa parte dos casos americanos,

em uma leitura apressada pode parecer que o *pleabargaining* é impossível de ser aplicado no Brasil.

Porém, no sistema jurídico nacional há outras ferramentas jurídicas similares, como as já citadas Suspensão Condicional do Processo e a Transação Penal. Sobre este último, MOREIRA (2012, p. 14) explica:

> O Brasil não adota o pleabargainingcomo forma de solução de litígios penais, e o debate a respeito de sua introdução no País é bastante complexo.
> A transação penal, criada pela Lei nº 9.099/95, prevista em seu art. 76, aproxima-se deste modelo, mas com ele não coincide. O instituto, destinado para crimes de menor potencial ofensivo, confere ao Ministério Público a possibilidade de propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Aceita a proposta pelo autor do fato, será submetida à apreciação do juiz (§3º) e, se acolhida, o juiz efetua a aplicação, a qual não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos (§4º). A transação penal assemelha-se ao pleabargainingporquanto há acordo sobre aplicação de pena entre o Ministério Público e o acusado. Porém, dela se diferencia, pois não há confissão do delito, não forja reincidência e está limitada aos crimes menos graves.

Entretanto, no Brasil, com toda a certeza, o instituto que mais se aproxima do *pleabargaining* é a controversa colaboração premiada. Nesse sentido, MOREIRA (2012, p. 14) disserta:

> Outro instituto presente em nossa legislação semelhante à negociação é a colaboração processual. Esta ocorre quando o acusado, além de confessar seus crimes para as autoridades, evita que outras infrações venham a consumar-se (colaboração preventiva) ou auxilia o Estado em sua atividade de colher provas contra os demais coautores, possibilitando suas prisões (colaboração repressiva).
> No Direito brasileiro, a cooperação processual é corporificada na delação premiada. Prevista em diversos diplomas legais, concede ao acusado que colaborar com as autoridades benefícios de redução da pena e, inclusive, perdão judicial.
> O instituto se afasta, contudo, do *pleabargaining*, na medida em que na delação premiada haverá o processo penal e o delator poderá mesmo ser absolvido. Na negociação, por outro lado, não há intuito de colaboração na elucidação do crime, mas sim a formalização de acordo que abrevia o processo e impõe imediatamente uma pena.

Assim, apesar de uma forma mais recatada, a *pleabargaining* tem sua influência no Brasil. Todavia, não se explora ao máximo este instrumento jurídico, muito por conta das garantias constitucionais indisponíveis.

4 FORMA DE OTIMIZAÇÃO DE MEDIAÇÃO PENAL NO BRASIL

Ante todo o exposto, é possível verificar, com base nos procedimentos adotados em outros países, que a Mediação Penal no Brasil pode ser melhorada por meio de práticas que obtiveram êxito no exterior. *Prima facie*, as técnicas do *summary jurytrial*[15] e a*early neutral evolution*[16] podem ser largamente adotadas nos processos que tratem dos crimes contra a honra e nos casos que ação penal privada.

Atualmente, nas hipóteses supraditas, o Ministério Público atua como fiscal da ordem jurídica, opinando sobre os fatos e argumentos jurídicos de caso concreto. Com efeito, com intuito de aplicar a *early neutral evolution,* após o parecer dado pelo membro do *Parquet*, que funcionaria como um terceiro *expert*, seria dada às partes a oportunidade de realizarem acordo.

Exemplificando, em casos de uma calúnia[17], após o parecer ministerial e antes da sentença, o réu e a vítima, sabendo já da opinião do Ministério Público, seriam intimados para uma audiência visando à realização de acordo. Havendo sucesso, o magistrado homologaria o acordo, ou, não havendo tal pacto, o juízo proferiria a sentença.

Em outras hipóteses diferentes de ação penal privada, ou seja, nos casos de ação penal pública, haveria a necessidade de outro terceiro, diferente do Ministério Público, opinar sobre o caso concreto. Tal possibilidade seria aplicável principalmente em duas vertentes, em casos de ação penal pública condicionada e de ações penais públicas incondicionadas, mas com vítima determinada, com base no Enunciado Criminal n. 99 do FONAJE[18].

Por exemplo, em um caso de um crime de ameaça, após o parecer opinativo de um terceiro ou um julgamento simulado, como é feito no *summaryjurytrial,* a vítima e o denunciado teriam a oportunidade de se conciliarem. Do mesmo modo aconteceria com o crime de desacato ou a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, os quais, apesar de serem públicas incondicionadas, têm como vítima secundária o indivíduo.

No mais, há, ainda, a possibilidade de aplicar a técnica do *appellatemediation*[19] nas Turmas Recursais e nos Tribunais, principalmente

[15] Vide nota 5.
[16] Vide nota 6.
[17] Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa
[18] Enunciado n. 99 – Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal (nova redação – XXIII Encontro – Boa Vista/RR).
[19] Vide nota 8.

se tal procedimento fosse realizado antes mesmo do juízo de admissibilidade do recurso.

Ademais, além das técnicas mencionadas, outra experiência de extrema valia é a regulamentação realizada pelo sistema jurídico português. Essa necessidade se dá por dois motivos. O primeiro, apesar de em transição para uma forma mista, o Brasil adota a *Civil Law*, extraindo boa parte de seu ordenamento do texto legal. Da mesma forma, uma das maiores críticas aos métodos alternativos em geral é sua flexibilização exacerbada, ou seja, não se tem um rito claro de como se devem realizá-los.

Nesse passo, os procedimentos de Mediação Penal estipulados em solo português são bem delimitados, conforme é possível verificar no sítio eletrônico da Direcção-Geral de Política de Justiça de Portugal[20]:

> 1. O Ministério Público remete, oficiosamente ou a requerimento do arguido e do ofendido, o processo para o SMP e designa o mediador. 2. O mediador contacta o arguido e o ofendido, informando-os sobre o procedimento da mediação penal, os seus direitos e deveres e a natureza, finalidade e regras aplicáveis ao processo de mediação. Caso o mediador não obtenha o consentimento do arguido e do ofendido informa o Ministério Público e o processo prossegue pela via judicial. 3. Caso o arguido e o ofendido aceitem expressamente a mediação penal, iniciam-se as sessões de mediação. 4. O processo de mediação deve estar concluído, em regra, no prazo de 3 meses. Havendo acordo, o mesmo é comunicado ao Ministério Público para verificação da respetiva legalidade e equivale a uma desistência da queixa. Se não houver acordo o processo prossegue pela via judicial. 5. Se o acordo não for cumprido no prazo fixado, o ofendido pode renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito. Remetido o processo ao mediador pelo Ministério Público, a Mediação Penal deve estar concluída num prazo máximo de 3 meses, caso contrário o processo prossegue pela via judicial. Este prazo pode ser prorrogado por solicitação do mediador ao Ministério Público, desde que se verifique forte probabilidade de se alcançar acordo, até um limite máximo de mais 2 meses. O arguido e o ofendido podem pôr termo à mediação a qualquer momento. O conteúdo do acordo é livremente fixado pelo arguido e pelo ofendido. Todavia, o acordo não pode incluir sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou deveres cujo cumprimento se prolongue por mais de 6 meses. Exemplos de acordos possíveis: pagamento de uma quantia

[20] <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/mediacao-publica/mediacao-anexos/como-funciona-o-smp/>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

> pecuniária, pedido de desculpas, reconstrução ou reparação do bem danificado. Nas sessões de mediação, o arguido e o ofendido devem comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar de advogado ou de advogado estagiário.

Outrossim, a atuação e os requisitos para ser mediador, bem como sua remuneração, que varia de 25€ (vinte e cinco euros) a 125€ (cento e vinte e cinco euros) por mediação, também estão disciplinados.

Além disso, o posicionamento similar aos da Suprema Corte alemã e americana, no sentido de incentivarem a mudança do posicionamento ideológico dos advogados, para que esses buscassem o acordo ao invés do litígio, é fundamental para um bom funcionamento dos métodos alternativos e do Poder Judiciário.

Por fim, tem-se a possibilidade de aplicar a *pleabargaining* em âmbito nacional de forma menos discreta do que somente no instituto da delação premiada e a atenuante da confissão.

Não são incomuns casos em que o réu é confesso em processos criminais, assim, sendo possível ao acusado, devidamente acompanhado de defesa técnica, negociar com o Ministério Público, com a fiscalização do juízo, sem que este último faça um julgamento de mérito, não se enxerga a necessidade de passar por todo rito processual para uma condenação formal, podendo inclusive o citado acordo ser mais benéfico ao réu e à sociedade.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, tem-se que há muito que se fazer para melhor aprimorar a aplicação da Mediação Penal no Brasil.

Dessa forma, ao se verificar o histórico recente dos Métodos Alternativos de Soluções de Conflitos, percebe-se que o Brasil demorou a dar a devida importância à matéria. Porém, há países, principalmente na Europa, que também foram morosos em imprimir relevância aos institutos. Entretanto, países europeus desenvolveram a prática e a utilização dos ADRs de forma mais célere.

Com efeito, existem diversas técnicas que já foram desenvolvidas e aplicadas em outros países que podem ser adequadas e utilizadas no Brasil. Como se viu, metodologias como *summaryjurytrial,* a*early neutral evolution*e a*pleabargaining*podem ser transportadas para os procedimentos penais brasileiros.

No mesmo sentido, uma regulamentação mais clara, precisa e abrangente, assim como a legislação portuguesa, haja vista a grande importância da norma em países que, sobredominante, aplicam a *Civil Law*, como o nosso, é de grande valia para desenvolver os Métodos Alternativos para Solução de Conflitos.

Ademais, e talvez o fator mais importante, é necessidade da mudança de paradigma da ideologia dos operadores do Direito brasileiros, os quais, por vezesfomentam o litígio, quando deveriam potencializar a aplicação de soluções consensuais, como ocorre na Alemanha, por exemplo.

Em síntese, a busca por aprimorar aplicação dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos é sempre bem-vinda em qualquer momento, uma vez que incentivar a prática de um desfecho consensual produz benefícios a todos. O Estado deixa de gastar rios de dinheiro para resolver lides, a vítima tem seu papel maximizado no procedimento, e, por fim, o acusado acaba deixando de ser submetido a um processo criminal e à imposição de uma pena.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung.** 1950. Disponível em:<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/Zivilprozessordnung>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BOLZAN, José Luis de Morais. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CAMPOS. Gabriel Silveira de Queirós. ***Pleabargaining*e justiça criminal consensual: entre os ideias de funcionalidade e garantismo.**Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época.** Anais da Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Belo Horizonte: 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

DENTI, Vittorio. ***I procedimenti non giudizialidiconciliazione come istituzionialternative. Rivista di DirittoProcessuale***, 1980.

GARCIA, Maria Olinda. **Mediação em direito civil e comercial – Notas sobre o regime português**. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, 2016.

GOMES. Luís Flávio. **Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. 2007. Disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/noticias/justica-penal-restaurativa-conciliacao-mediacao-e-negociacao>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

GOMES. Luís Flávio. **Mais juízes, mais servidores e mais morosidade!**. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20313/mais-juizes-mais-servidores-e-mais-morosidade>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

JESUS. Damásio Evangelista de. **Justiça restaurativa no Brasil.** 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Solução consensual de conflitos penais no Brasil.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 73, p. 99120, maio/jun. 2012.

NETO, Eugênio Facchini. J**urisdição ou resolução consensual de conflitos: a quem pertence o futuro?** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 15-47, maio/jun. 2017.

PEREIRA. Cláudio José. **Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada.** Juarez de Oliveira: 2002.

SADEK, Maria Teresa e ARANTES, Rogério Bastos. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes.** Revista USP, São Paulo, n. 21, p. 39, mar./abr. 1994.

ROSA. Larissa e FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **As oportunidades de consenso entre o ministério público e o acusado e a horizontalização da justiça penal.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4717c244331eb475>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

XAVIER NETO, Francisco de Paula. **Notas sobre a justiça na Alemanha**. Revista de Processo, São Paulo, ano 7, nº. 27, set. 1982.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Revista Justilex. 2009.

O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA SUSTENTABILIDADE

THE CRIMINAL LAW AS AN INSTRUMENT OF REPARATION OF ENVIRONMENTAL DAMAGE: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF SUSTAINABILITY

Marcos Giovane Ártico[1]
Dinalva Souza de Oliveira[2]

RESUMO: O objetivo do trabalho é verificar a aplicação do Direito Penal como um instrumento para a concretização da Sustentabilidade Ambiental. Aborda-se a acepção ampla de Sustentabilidade, de forma a indicar o Direito Penal como mais um mecanismo para atingi-la, a fim de tornar o ambiente ecologicamente equilibrado, erradicar a pobreza, garantir direitos fundamentais, conscientizar a população e conferir qualidade de vida às pessoas, mediante ações de prevenção, precaução e solidariedade intergeracional, de responsabilidade do Estado e da sociedade. Com isso, demonstra-se um caminho possível para a preservação do meio ambiente, porquanto que o mais importante é a recomposição do bem jurídico lesado, para as presentes e futuras gerações, de forma que vivam dias melhores, numa perspectiva concreta de sustentabilidade ambiental.

Palavras-chave: Recomposição Ambiental, Meio Ambiente, Ação Penal.

ABSTRACT: The objective of this work is to verify the application of Criminal Law as an instrument for the achievement of Environmental Sustainability. It addresses the broad meaning of Sustainability, so as to indicate Criminal Law as one more mechanism to achieve it, in order to make the environment ecologically balanced, eradicate poverty, guarantee fundamental rights, raise awareness of the population and confer quality of life to people, through preventive, precautionary and intergenerational solidarity actions, of responsibility of the State and society. This demonstrates a possible way to preserve the environment, since what is most important is the recomposition of the damaged legal asset for present and future generations, so that they live better days, in a concrete perspective of environmental sustainability.

Keywords: Environmental restoration, Environment, Criminal action.

[1] Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. E-mail: marcos.artico@mpro.mp.br.
[2] Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. E-mail: dinalva.oliveira@mpro.mp.br.

INTRODUÇÃO

A cada ano a população mundial cresce exponencialmente, sendo que isso não é acompanhado da capacidade de regeneração da Terra, de forma que se faz necessária a adoção de medidas concretas, visando à recomposição dos danos ambientais, por meio dos diversos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico.

O trabalho traz o direito penal como instrumento pertinente para se atingir a sustentabilidade ambiental, mediante um panorama das medidas cíveis e criminais dispostas no ordenamento jurídico, bem como suas ingerências correlatas, de forma a desburocratizar o Sistema de Justiça, com a priorização da proteção do bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Demonstra-se a incongruência do sistema penal, de forma que em crimes de maior potencial ofensivo a recomposição do dano ambiental não é condição prévia de extinção de punibilidade do infrator, como previsto nos delitos de menor potencial ofensivo, em que a legislação traz medidas de vanguarda no sentido de se recompor o dano, a exemplo da suspensão condicional do processo e transação penal.

O que se pretende indicar é que, quando possível, há de se adotar medidas prioritárias no sentido de se recompor o dano ambiental, devendo-se valer também do Direito Penal como meio disponível a tal desiderato, consoante o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, artigo 91, inciso I, do Código Penal e artigo 20 da Lei n. 9.605/98.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

1º) A desburocratização do Sistema de Justiça é medida imperiosa nas ações penais ambientais, que possam culminar num título executivo judicial, por meio de sentença condenatória, de forma a fixar uma obrigação de fazer, não fazer ou pagar quantia, passível de execução imediata, isto é, dispensando-se a confirmação do édito condenatório em segunda instância, trânsito em julgado ou quaisquer outras condicionantes.

2º) O Direito Penal é instrumento hábil para se atingir a sustentabilidade ambiental, devendo-se exigir para os crimes ambientais, independentemente do montante de pena cominado, a prévia composição dos danos para fins de extinção de punibilidade, assim como previsto na transação penal e suspensão condicional do processo.

Argumenta-se acerca do aumento das possibilidades de reparação

civil dos danos ambientais, a incluir na sentença penal condenatória a obrigação de reparar o ilícito ambiental, fazendo-se uma interpretação com o disposto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, art. 91, inciso I, do Código Penal e art. 20 da Lei n. 9.605/98, procedendo-se à execução desde logo, independente de quaisquer condicionantes.

Também se defende como medida imprescindível a se atingir a sustentabilidade ambiental a aplicação de medidas de vanguarda como a exigência prévia de recomposição do dano ambiental como condição de extinção da punibilidade do infrator, como já se faz na transação penal e suspensão condicional do processo, dos crimes de menor potencial ofensivo.

A sustentabilidade em seu conceito amplo é o caminho a ser perseguido pela presente e futura gerações, sendo que, numa interpretação de máxima proteção ao meio ambiente, deve se valer de instrumentos disponíveis ou passíveis de adesão para a recuperação do dano ambiental, seja pela aplicação do aparato legal disponível ou com construção de novas hipóteses.

Para a concretização deste trabalho, o Método utilizado na Fase de Investigação foi o Dedutivo; na fase de tratamento de Dados, foi empregado o Método Analítico; e, em virtude dos resultados, é empregado o Método Indutivo, operacionalizando as técnicas do Referente, do Fichamento, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Assim, trazer o Direito Penal também como instrumento de recomposição do dano ambiental, numa perspectiva mais ampla, é a linha a ser demonstrada neste artigo.

1 A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE, SOB O ASPECTO DO DIREITO MATERIAL

A visão tradicional do homem com a natureza é de que ela foi criada para satisfazer-lhe, colocando-se no centro da relação, de forma antropocêntrica.

Na sociedade líquida que vivemos, em que a fluidez das relações humanas e produção de mercadorias traz a criação acelerada de bens de consumo descartáveis e lixo e, consequentemente, diversas externalidades negativas, dentre elas a intensa degradação ambiental, o antropocentrismo tem maior relevância, sendo que os recursos naturais são colocados em segundo plano, a fim de, em tese, propiciar melhores condições de vida ao homem, sob a perspectiva econômica, o que é um equívoco. Neste sentido, Baumman (2008, p. 157) revela que:

> Numa sociedade de consumidores – um mundo que avalia qualquer pessoa e qualquer coisa por seu valor como mercadoria -, são pessoas sem valor de mercado; são homens e mulheres não comodificados, e seu fracasso em obter o status de mercadoria autêntica coincide com (na verdade deriva de) seu insucesso em se engajar numa atividade de consumo plenamente desenvolvida.

Logo, imprescindível se faz a utilização de instrumentos legais para a recomposição do dano ambiental, seja por meio da sociedade civil organizada, ou dos legitimados pela Lei de Ação Civil Pública e Ação Popular.

É de natureza constitucional a necessidade de reparação dos danos causados ao meio ambiente, quando seu artigo 225 preconiza que as atividades lesivas ambientais sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados, que concerne exatamente à reparação civil do ilícito ambiental.

A obrigação de preservação dos recursos naturais pelo proprietário ou possuidor tem precedente na Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra), que estabelece no artigo 2º, § 1º, "c", que a propriedade da terra desempenha integralmente sua função social quando, dentre outros requisitos, assegura a conservação dos recursos naturais.

O art. 1.228, § 1º, do Código Civil determina que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como seja evitada a poluição do ar e das águas.

A Constituição da República, em seu art. 186, determina que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, o seu aproveitamento racional e adequado, a utilização dos recursos naturais disponíveis, a preservação do meio ambiente, além da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e que a utilização da terra favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Ainda sobre o arcabouço normativo e teórico de reparação do ilícito ambiental, com a recomposição do dano, a Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) assim dispõe:

> Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação

> federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
> I- à multa simples diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN's, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o Regulamento, vedada a sua cobrança pela União, se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios;
> II- à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;
> III- à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
> IV- à suspensão de sua atividade.
> §1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

In casu, a lei traz a responsabilidade objetiva para a reparação do dano ambiental, porquanto que independe da existência de culpa o dever de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente, bastando tão só o nexo de causalidade. É uma medida que materializa o princípio da máxima proteção ambiental.

Preceitua o art. 31 do Código Florestal (Lei 12.651/12) que a exploração de florestas nativas e formações sucessoras, de domínio público ou privado, dependerá de licenciamento pelo órgão competente do Sisnama, mediante aprovação prévia de Plano de Manejo Florestal Sustentável, que contemple técnicas de condução, exploração, reposição florestal e manejo compatíveis com os variados ecossistemas que a cobertura arbórea forme.

Veja que o exercício da atividade de exploração econômica, doravante, Manejo Florestal Sustentável, depende de prévia licença do órgão ambiental, de forma que a exploração deve ser acompanhada de recomposição florestal, de acordo com o ecossistema respectivo. Mais uma manifestação da necessidade de recuperação da área ambiental degradada.

O adquirente do imóvel desmatado é igualmente obrigado a reparar o dano ambiental, pois se trata de obrigação *propterrem*. Nesta toada, o novo adquirente do imóvel é parte legítima para figurar no polo passivo de ação em razão de dano ambiental que visa ao reflorestamento de área destinada à preservação ambiental. Não importa que o novo adquirente não tenha sido

o responsável pelo desmatamento da propriedade, não há como se eximi-lo desta obrigação legal, indistintamente endereçada aos membros de uma coletividade, por serem estes, em última análise, os beneficiários da regra, máxime ao se considerar a função social da propriedade, consoante preceitua a jurisprudência. (STJ, Recurso Especial nº 843036 PR 2006/0085918-0, Relator: Ministro José Delgado, data de Julgamento: 17/10/2006, Primeira turma, Data de Publicação: DJ 09/11/2006).

Por conseguinte, a responsabilidade para a reparação do dano ambiental é transferível e objetiva, devendo o novo proprietário da área degradada ser chamado à obrigação de reparação ambiental, tratando-se de uma restrição legal ao exercício do direito de propriedade.

Neste sentido, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia aduz que: "A responsabilidade pela reparação ambiental em área de preservação permanente é transferida ao adquirente do imóvel, que deu continuidade às atividades degradantes ao ambiente, perpetuando a lesão." (TJRO, apelação Cível nº 100.002.2003.007030-0, Relator. Des. Sansão Saldanha, data de julgamento: 14.12.2005, 1ª Câmara Especial).

Na mesma seara da jurisprudência consolidada, o novo Código Florestal (Lei 12.651/12) prevê, expressamente, a natureza *propterrem*da obrigação de reparação dos danos ambientais, nos seguintes termos:

> Art. 2º (…)
> § 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural".
> Nesta mesma toada, quanto às degradações em áreas de preservação permanente, afirma o Código Florestal:
> Art. 7º (…)
> §1º. Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.
> §2º. A obrigação prevista no §1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.
> Art. 8º. A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

Há um arcabouço legislativo que manifesta a sustentabilidade ambiental e a máxima proteção ao meio ambiente, determinando a obrigação legal do infrator e de terceiros quanto à reparação dos danos.

Leis, doutrina e jurisprudência dão respaldo à reparação do dano ambiental, e por que não estendê-la para a seara criminal, a ensejar um título executivo judicial, materializado numa sentença, obtida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a permitir aos legitimados legais, como o Ministério Público, a exigir, desde logo, isto é, dispensado o trânsito em julgado ou quaisquer outras condicionantes, o cumprimento da obrigação de reparar o dano?

O implemento de alterações legislativas, bem como a utilização do aparato já existente, também é o desiderato para se atingir a sustentabilidade, e é o que se propõe no presente trabalho. Assim, aduz Souza (2012):

> O direito de sustentabilidade é o pensamento mais adequado para solucionar os problemas globais. É considerado como um conjunto emergente de transformação da legislação ambiental, as questões sociais e econômicas na busca de uma sociedade melhor, que consiga se manter no ambiente com qualidade de vida.

Como o Direito Penal é regido pelo princípio da legalidade, verifica-se a existência de farto arcabouço jurídico disposto em nosso ordenamento para a reparação de dano ambiental nas ações penais, a exemplo do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, artigo 91, inciso I, do Código Penal e artigo 20 da Lei n. 9.605/98, não obstante a necessidade de alterações normativas, como se verá adiante.

2 A REPARAÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS NA AÇÃO PENAL

O processo penal ambiental tem disposições específicas na Lei 9.605/98, que traz regras de direito instrumental e material, como a possibilidade de transação e suspensão condicional do processo nas infrações penais nela previstas, a aplicação de medidas assecuratórias de apreensão do produto e dos instrumentos do crime ou da infração administrativa, bem como a previsão de conduta típica, com as sanções correlatas quanto às atividades lesivas ao meio ambiente, com o manejo de ação penal pública incondicionada (art. 26).

Embora com dispositivos específicos, os parâmetros fundantes do direito penal permanecem válidos para a responsabilização do autor do ilícito penal ambiental, tais como os princípios da legalidade, tipicidade e responsabilidade subjetiva, a exceção da previsão de responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas, que também deverão ser responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos de infração que seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade (art. 3º da Lei n. 9.605/98).

Obviamente que outras leis preveem parâmetros de conduta, cominam crimes e penas, a exemplo da Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79). Todavia, a lei que protege o bem jurídico meio ambiente natural, precipuamente é o diploma n. 9.605/98.

Embora o direito penal sirva para tutelar bens jurídicos relevantes, devendo incidir em ultima ratio, com base no princípio da fragmentariedade e subsidiariedade, é cediço também que a máxima proteção do meio ambiente, como um direito humano fundamental sobressai, de forma que num juízo de ponderação, entende-se cabível a utilização do direito penal também como instrumento de recomposição do meio ambiente. Neste sentido, Fensterseifer (2008, p. 73):

> O diálogo normativo que se pretende traçar entre o direito fundamental aos ambientais e os direitos fundamentais sociais é extremamente importante para a conformação do conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, já que os direitos em questão são projeções materiais dos elementos mais vitais e básicos para uma existência humana digna e saudável.

A Lei n. 11.719/2008 promoveu alterações no Código de Processo Penal, sendo que no artigo 387, inciso IV, destacou que ao proferir uma sentença condenatória, o juiz fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima. Trata-se de interessante benefício para o ofendido, pois pode, desde logo, executar o comando condenatório, além de otimizar o sistema de justiça, conforme aponta Didier Júnior (2013, p. 169):

> O objetivo do legislador foi facilitar a futura execução da sentença penal condenatória, facultando à vítima a possibilidade de executar, de logo, parcela mínima da indenização a que faz jus, reservando as demais discussões para o processo de liquidação. Desta forma, extrai-se o maior proveito cognitivo possível do processo criminal, conferindo-lhe máxima efetividade, de modo a prestigiar a economia processual.

O artigo 91, inciso I, do Código Penal aduz que dentre os efeitos da condenação está o dever de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o que, em consequência, abrange a reparação do dano ambiental, nos crimes desta espécie.

Por fim, invoca-se o artigo 20 da Lei n. 9.605/98, o qual é expresso que a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

A sentença penal condenatória produz efeitos de natureza penal e extrapenal. Os efeitos penais subdividem-se em principais ou primários e reflexos ou secundários. O mais relevante efeito principal de uma sentença condenatória consiste no cumprimento de pena. Neste prisma, não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal tem seguido a orientação da possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório recorrível por Tribunal de 2ª instância (BRASILEIRO, 2018).

Por sua vez, no campo dos efeitos extrapenais da sentença, podem ser subdivididos em obrigatórios (ou genéricos) e específicos. Quanto aos primeiros, estão previstos no artigo 91 do Código Penal, sendo efeitos automáticos. Por sua vez, os efeitos específicos estão elencados no artigo 92 do Código Penal e devem ser motivadamente declarados na sentença (BRASILEIRO, 2018).

Constata-se que a reparação do dano ambiental é efeito extrapenal obrigatório da sentença penal condenatória. Nesta senda, tendo em vista que o cumprimento da pena, que é um dos efeitos penais principais da sentença condenatória, é passível de execução provisória, com muito mais razão a reparação do dano ambiental pode ser exigida imediatamente à prolação do édito condenatório, notadamente em decorrência de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado ao *status* de direito fundamental, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal.

Por outro lado, não se descura a necessidade de pedido expresso na peça acusatória para a fixação de valores mínimos para a reparação dos danos civis. Assim, o Ministério Público ou querelante deve ficar atento para fazer constar o pedido de valores mínimos para reparação civil na peça inicial, em respeito ao princípio da correlação entre os requerimentos e a sentença, do contraditório e da ampla defesa, a fim de viabilizar a manifestação do Poder Judiciário e consolidação de jurisprudência favorável à tutela deste bem jurídico tão relevante.

O que se pretende é que na ação penal também se registre o pedido de reparação civil do dano ambiental, com a fixação de valores mínimos, quando possível, de forma a desburocratizar o sistema de justiça, nos moldes do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, art. 91, inciso I, do Código Penal e notadamente do art. 20 da Lei n. 9.605/98, dispensando-se eventual ingresso de outra medida judicial para tutelar este objeto e permitindo a execução do édito condenatório desde logo, isto é, à míngua do trânsito em julgado.

É certo que a responsabilidade dos infratores no âmbito penal traz o reflexo na seara cível de reparação do dano, bem como o dever de se

buscar a cessação do ilícito. O pedido no âmbito criminal, hodiernamente, consistiria numa reparação do dano, materializada numa obrigação de fazer ou de se abster, ou mesmo de pagar quantia certa, a depender da natureza do ilícito ambiental, executável imediatamente, sendo mais uma política de sustentabilidade ambiental e da máxima proteção ao meio ambiente.

É sabido que a reparação dos danos civis não é executada no processo penal. Todavia, quando fixado o valor mínimo em sentença, o interessado passa a dispor de um título executivo judicial a ser executado na seara cível. Caso entenda pela discrepância entre os valores fixados no âmbito criminal, nada impede a liquidação da sentença para apuração do dano efetivamente sofrido.

Nesta toada, o titular para executar o título judicial poderá avaliar ainda a necessidade de maiores diligências para se angariar outros elementos de prova, a fim de se ampliar o objeto que se constou na sentença, de forma que, numa eventual ação judicial, seja feita por meio de ação civil pública, por exemplo, num processo de conhecimento.

De outro lado, em se tratando do Ministério Público, poderá firmar um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) e, portanto, haver o cumprimento voluntário por parte do infrator, ou ainda, executar o título judicial, compelindo o requerido à sobredita obrigação de fazer, não fazer, ou pagar quantia para a reparação cível do ilícito criminal ambiental.

Destaca-se que na maioria das vezes, sobretudo em ilícitos de menor complexidade, o título executivo proveniente de sentença penal condenatória é suficiente para a reparação dos danos, ou mesmo abstenção de ato, sendo que o processo de execução ou o firmamento de TAC, tendo como objeto obrigação reconhecida em título executivo judicial, é muito mais célere e eficiente. Desburocratiza-se, portanto, o sistema de Justiça.

Por fim, convém enfatizar que, assim como acontece no regramento processual em que as vítimas não são obstadas a buscar a reparação do dano em âmbito cível enquanto estiver em curso o processo penal com este mesmo objeto, não há empecilho à coletividade, destinatária da proteção constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao Ministério Público, por meio das curadorias ambientais, e aos demais legitimados à propositura da Ação Civil Pública, para o manejo de medidas judiciais civis que tenham por objetivo a cessação do ilícito, a apuração dos danos ambientais e a consequente reparação do que é o objeto material da ação penal.

3 A DESBUROCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA PARA A EFETIVIDADE DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL.

Não se olvida acerca da urgência de medidas a fim de se regenerar o ambiente natural destruído. O relatório da ONU sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio 2015 (p. 53) destaca:

> Os impactos nos sistemas naturais e humanos deverão espalhar-se por todo o globo, com efeitos variados de região para região. Estes incluem ecossistemas e habitats alterados; impactos nocivos na agricultura, conduzindo potencialmente à escassez de alimentos; condições climáticas extremas cada vez mais prolongadas e catástrofes naturais, juntamente com inúmeros riscos para a sociedade. Entre 1990 e 2012, as emissões mundiais de dióxido de carbono aumentaram em mais de 50%. Os dados recolhidos ao longo de duas décadas mostram uma aceleração do aumento das emissões mundiais, de 10% entre 1990 e 2000 e 38% entre 2000 e 2012, provocado sobretudo pelo crescimento nas regiões em vias de desenvolvimento.

Assim como exposto em todo o trabalho, as ações antrópicas de degradação do meio ambiente é uma realidade crescente, sendo que medidas precisam ser tomadas para diminuir ou minimizar os danos causados, de modo a se buscar a reparação dos danos, quando possível. Pequenas e isoladas ações, se em grande monta, podem fazer a diferença na proteção e recuperação deste bem jurídico tão relevante à humanidade.

A desburocratização do sistema de Justiça é imprescindível nesse contexto, na medida em que as ações penais também podem ser instrumentos de recomposição do dano ambiental, como condição prévia de extinção da punibilidade do infrator, dispensando-se eventual providência de caráter cível.

Anota-se a incongruência do sistema penal, porquanto que em crimes de maior potencial ofensivo, a recomposição do dano ambiental não é condição prévia de extinção de punibilidade do infrator, como previsto nos delitos de menor potencial ofensivo, em que a legislação traz medidas de vanguarda no sentido de se recompor o dano, quando possível, nos casos de suspensão condicional do processo e transação penal (art. 27 e 28 da Lei n. 9.605/98).

Não se olvida das dificuldades de se responsabilizar civil e penalmente o infrator ambiental, ante o surgimento da sociedade e capital globalizado. Bauman (1999, p. 16) discorre que:

> Surge uma nova assimetria entre a natureza extraterritorial do poder e a contínua territorialidade da "vida como um todo"- assimetria que o poder agora desarraigado, capaz de se mudar de repente ou sem aviso, é livre para explorar e abandonar às consequências dessa exploração. Livrar-se da responsabilidade pelas consequências é o ganho mais cobiçado e ansiado que a nova mobilidade propicia ao capital sem amarras locais, que flutua livremente. Os custos de se arcar com as consequências não precisam agora ser contabilizados no cálculo da eficácia do investimento.

Há que se priorizar a recomposição do bem jurídico lesado, meio ambiente, e assim, desenvolver política criminal no sentido de se efetivar tal desiderato. A exigência de prévia composição de dano ambiental não deveria estar adstrita apenas aos crimes de menor e médio potencial ofensivo, que possibilitem a transação penal e suspensão condicional do processo, mas que seja uma exigência também para os crimes de maior potencial ofensivo.

Pontua-se ainda mais uma incongruência do sistema penal, pois caso o infrator não aceite, descumpra ou não preencha os requisitos da transação penal ou suspensão condicional do processo, ao final da tramitação processual, numa sentença condenatória ou na execução da pena, não há exigência de recomposição do dano ambiental para fins de extinção de punibilidade.

De igual modo, nas ações penais de maior potencial ofensivo, não há exigência da reparação do dano para extinção da punibilidade, devendo se manejar providências na seara cível, que em se tratando do Ministério Público se dá por meio de inquéritos civis, termos de ajuste de condutas e ações civis públicas para a recuperação do dano ambiental ou aguardar a sentença penal condenatória, tendo em vista o seu efeito extrapenal relativo à reparação do dano.

O que se pretende é um sistema processual desburocratizado com vistas à máxima proteção do meio ambiente. Destacam-se, ainda, os avanços na doutrina e jurisprudência, que inclusive reconhecem a responsabilidade por dano moral coletivo em face de graves violações ao meio ambiente, em que se atinge a coletividade de tal modo, a implicar reparação imaterial.

Ora, se há progressos na recomposição do dano ambiental, inclusive na seara do direito imaterial, vale dizer, do reconhecimento do dano moral coletivo, tem-se como medida imprescindível a reparação do bem jurídico lesado com a conduta infracional, garantindo-se o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesta toada, a reparação do dano ambiental, dada a supremacia do

meio ambiente no ordenamento jurídico, deveria ser condição para extinção da punibilidade nos crimes ambientais, independentemente do montante de pena a ser cominado ao delito.

É bem verdade que para a exigência de reparação do dano ambiental como condição para extinção da punibilidade, salvo a incidência das medidas despenalizadoras da transação penal e suspensão condicional do processo em que há previsão normativa, torna-se imprescindível alterações legislativas que prevejam expressamente a reparação do dano como requisito para a extinção da punibilidade, tendo em vista o princípio da legalidade estrita de que se reveste o Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa relação de interconexão e dependência de todos os seres vivos, houve a aprovação do enunciado proposto por Leonardo Boff, na Organização das Nações Unidas, referindo-se ao planeta Terra como uma unidade complexa que abrange a biosfera, a atmosfera, os oceanos e o solo; na sua totalidade, esses elementos constituem um sistema de realimentação que procura um meio físico e químico ótimo para a vida neste planeta.

Boff (2016), por meio de premissas científicas, destacou que todos os seres vivos da Terra dispõem de um mesmo código genético base e que fundamentalmente todos são irmãos e irmãs, sendo que não há qualquer justificativa para a humanidade se autodestruir.

Assim, demonstrando a necessidade de uma sociedade sustentável, os avanços da lei, doutrina e jurisprudência, a interconexão entre os diversos conceitos de sustentabilidade, propõem-se medidas que visam à recuperação meio ambiente lesado, mediante instrumentos já existentes e outros precisam ser aperfeiçoados, na seara de tutela jurídica do Direito Penal.

Com isso, deve-se despertar junto às instituições legitimadas na defesa do meio ambiente, a exemplo do Ministério Público, o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial, para se atingir a sustentabilidade ambiental.

Nesta toada, numa perspectiva de ampla sustentabilidade ambiental, os agentes de crimes ambientais, independentemente do montante de pena cominado ao delito, devem ter como condição para extinção de punibilidade, a prévia recomposição do dano ambiental, assim como previsto nas medidas despenalizadoras da transação penal e suspensão condicional do processo.

O meio ambiente não pode mais esperar e ser colocado em segundo plano. As decisões políticas e estratégicas devem colocá-lo em pauta, numa

acepção de sustentabilidade ampla, e a sociedade se conscientizar da sua imprescindibilidade, uma vez que a vida está diretamente ligada a este habitat, em que os seres humanos são apenas hospedeiros de passagem, devendo-se entregar, para as futuras gerações, aos nossos filhos, um lugar igual ou melhor que nos foi deixado pelos nossos ancestrais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas.** Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Tradução de: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade O que é- O que não é.**5 ed. Revista Ampliada. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, DF, 30 de nov. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 de ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio

ambiente, e dá outras providências.Brasília, DF, 12 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF, 25 de mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 843036 PR 2006/0085918-0, Relator: Ministro José Delgado, data de Julgamento: 17/10/2006, Primeira turma, Data de Publicação: DJ 09/11/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600859180&dt_publicacao=09/11/2006>. Acesso em: 07 de jul. de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Rondônia**. Apelação Cível nº 100.002.2003.007030-0, Relator. Des. Sansão Saldanha, data de julgamento: 14.12.2005, 1ª Câmara Especial. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/apsg/pages/DetalhesProcesso.xhtml>. Acesso em 07 de jul. de 2019.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente.** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **Impressões sobre o legado da Rio+20.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <https://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/

article/view/5580/2985>. Acesso em 07 de jul. de 2019.

ONU. **Relatório sobre os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio 2015.** Disponível em: <https://www.unric.org/pt/images/stories/2015/PDF/MDG2015_PT.pdf.> Acesso em 07 de jul. de 2019.

OS EFEITOS EXTRAPENAIS DA COLABORAÇÃO PREMIADA E SEUS REFLEXOS NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O MINISTÉRIO PÚBLICO PODE NEGOCIAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO?

THE EXTERNAL EFFECTS OF PRIZE COLLABORATION AND ITS REFLEXES IN APPLYING THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW: CAN THE PUBLIC MINISTRY NEGOTIATE PUBLIC HERITAGE?

Fabíola de Jesus Pereira[1]

RESUMO: O presente artigo traz tema em voga na atualidade por estar na mídia e nas discussões e debates jurídicos, inclusive tema de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (ARE1175650). Além disso, porque expõe uma vulnerabilidade histórica do Brasil que é a corrupção. Busca-se discutir os efeitos extrapenais da colaboração premiada quanto às possíveis consequências para aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, pois os crimes contra a Administração Pública, muitas vezes, também configuram atos de improbidade administrativa, mormente aqueles que causam dano ao patrimônio público. Dentro desse contexto, observa-se no âmbito da Operação Lava jato, maior operação de combate à corrupção já realizada no país, a utilização de acordos de colaboração premiada para fins de ressarcimento ao erário, bem como a concessão de prêmios que refletem na responsabilização do colaborador na esfera cível, quando a conduta criminosa coincide com eventual configuração de ato previsto na Lei n. 8.429/1992. No ponto, surge a problemática, pois a referida lei veda expressamente a realização de acordo, transação e conciliação na ação de improbidade. Ainda assim, a jurisprudência vem admitindo os efeitos extrapenais dos acordos de colaboração premiada e seus reflexos nas ações de improbidade. Dentro desse contexto, indaga-se: como conciliar a vedação legal da LIA com os avanços legislativos que promovem e estimulam a cooperação para solução de conflitos e com jurisprudência sobre o assunto? O Ministério Público pode negociar o patrimônio Público?

Palavras chave: Colaboração Premiada. Efeitos Extrapenais. Reflexos. Lei de Improbidade Administrativa.

ABSTRACT: This article presents a current theme for being in the media and

[1] Pós-graduada em Direito Constitucional. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal. E-mail: fabiola.pereira21@gmail.com.

in discussion sand legal debates, including a topic of general repercussion recognizedby the Federal Supreme Court ARE1175650). In addition, because it exposes a historical vulnerability of Brazil that is corruption. It seeks to discuss the extra-budget Ary effect softheaward-in ning collaboration regarding the possible consequences for the application of the Administrative Improbity Law, since crimes against Public Administration of tenalso constituteacts of administrative impropriety, especially those that damagepublicas sets. Within this context, theoperation Lavajet, the largestanti-corruptionoperation in the country, the use of award-winning collaboration agreements for compensation purposes, as well as thea warding of prizes collaborator in the civil sphere, when the criminal conduct coincides with eventual configuration of actest ablished in Law nº 8.429 / 1992. At the point, the problemarises, since the Said Law Express lyprohibits the accomplishment of agreement, transaction and conciliation in the action of improbity. Evenso, jurisprudence hasadmitted the extrapenal effects of the agreements of prize collaboration and its reflexes in the actions of improbity. Within this context, weask: how to reconcile the legal prohibition of the LIA with the legislative advances that promote and stimulate cooperation for the solution of conflicts and jurisprudence on the subject? Canthe Public Prosecutor's Office negotiate the Public Patrimony?

Keywords: Award-Winning Collaboration. Extrapenal Effects. Reflexes. Law of Administrative Improbity.

INTRODUÇÃO

Em tempos de efervescência jurídica em torno do instituto da colaboração premiada em razão da sua intensa utilização como técnica de investigação na Operação Java Jato, o presente trabalho se propõe a analisar o alcance dos efeitos desse instituto que se projetam para fora do processo penal e refletem na aplicação da Lei n. 8.429/1992, quando a conduta criminosa também configura ato de improbidade administrativa.

A Lei Federal n. 12.850/2013 instrumentalizou processualmente a utilização da colaboração premiada na investigação de crimes praticados por organizações criminosas. Entretanto, é no combate à corrupção que esse meio de obtenção de provas vem se destacando na prática. Isso porque se encontrou na colaboração premiada uma via de ressarcimento ao erário de forma antecipada, ou seja, antes da efetiva apuração da responsabilidade civil, tendo em vista a inclusão de cláusulas nos acordos que obrigam os colaboradores a devolver o produto dos crimes praticados contra Administração Pública. Em contrapartida, oferece-se como prêmio o abrandamento na aplicação das sanções da Lei de Improbidade.

Diante disso, o presente trabalho busca analisar a viabilidade jurídica da negociação de natureza penal com implicações na responsabilidade civil, tendo em vista vedação legal que proíbe acordos, transações e conciliações na ação de improbidade administrativa, prevista no art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992.

A análise está dividida em três partes: na primeira, será feito o enquadramento legal e a definição doutrinária da colaboração premiada. Na segunda parte, será analisada a ocorrência de efeitos extrapenais na colaboração premiada, demonstrando que esta possibilidade pode ocorrer no contexto da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente em relação à aplicação das sanções. No fechamento do presente estudo, terceira parte, busca-se avaliar o que está sendo negociado pelo Ministério Público nos acordos de colaboração premiada que possuem efeitos extrapenais e, em se tratando de crimes contra a Administração Pública, se é possível negociar o patrimônio público.

Dessa forma, pretende-se analisar a viabilidade jurídica e dos efeitos extrapenais da colaboração premiada e os reflexos na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

1 A MATERIALIZAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Em virtude da intensa utilização da colaboração premiada na Operação Lava Jato, maior operação de combate à corrupção já realizada no país, não se tem mais dúvida de que esse instrumento previsto na Lei n. 12.850/2013 é uma técnica de investigação utilizada para obtenção de provas na investigação criminal e/ou no processo penal, essa é a conceituação dada pela doutrina e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, confira-se:

> EMENTA Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). [...]. 4. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração. [...] (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2016 PUBLIC 04-02-2016)

No mesmo sentido é a definição dada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUALPENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO CARCINOMA. CORRUPÇÃO PASSIVA EPECULATO.CRIME MILITAR. COLABORAÇÃO PREMIADA.JUSTIÇACASTRENSE. IMPOSSIBILIDADEDE APLICAÇÃO DOINSTITUTO. SUPRESSÃODEINSTÂNCIA. NATUREZA JURÍDICA. MEIODE OBTENÇÃO DE PROVA E NEGÓCIO JURÍDICO PERSONALÍSSIMO. VALIDADE.
> QUESTIONAMENTO POR CORRÉUS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. […].
> 2. Acolaboração premiada é uma técnica especial deinvestigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só,interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo

> de colaboração premiada celebrado por outrem. Precedentes do STF e STJ.
> 3. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 69.988/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

Essa definição é extraída da própria ementa da Lei n. 12.850/2013, que *"Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os **meios de prova**, infrações penais correlatas e o procedimento criminal [...]"*. A doutrina destaca o avanço legislativo na *"questão processual, pela introdução da disciplina dos **meios especiais de investigação e de prova** [...] superam-se as críticas à insuficiência regulatória quanto a aspectos processuais importantes"*. (PEREIRA, 2014, p. 114).

Nessa perspectiva, torna-se evidente concluir que a finalidade da colaboração premiada é obter provas para subsidiar a acusação promovida pelo Ministério Público no processo penal, justamente por esse motivo, a própria lei no §6º, do artigo 4º, afasta a participação do juiz na fase de negociações, pois *"a não intervenção do magistrado é consectário lógico do sistema acusatório e da necessidade de o juiz manter-se distante da atividade persecutória, a fim de conservar sua imparcialidade."* (SANTOS, 2016, p. 124).

Sendo assim, a doutrina majoritária entende que o Juiz não pode se imiscuir nos termos do acordo no momento da homologação, limitando-se a averiguar *"a regularidade, legalidade e voluntariedade, não ingressando no mérito."* (GOMES; SILVA, 2015, p. 320). Por consequência, a análise do mérito e a extensão dos prêmios oferecidos ao colaborador pelo Ministério Público nos termos do acordo só será realizada em momento posterior, quando for avaliada a eficácia da colaboração, geralmente na fase da sentença.

A Lei das Organizações Criminosas elenca os prêmios, todos de natureza penal, que poderão ser oferecidos ao colaborador de acordo com o momento processual. Assim, é possível a concessão de perdão judicial, redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou substituição por pena restritiva de direito; após a sentença pode haver a redução da pena até a metade ou progressão de regime. Além disso, na fase pré-processual pode ocorrer o não oferecimento da denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e/ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Em contrapartida aos prêmios supracitados, a colaboração do agente deve ser eficaz no sentido de resultar em uma das situações previstas nos incisos do artigo 4º da Lei n. 12.850/2013, do qual se destaca o inciso IV que prevê: *"a recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações*

penais praticadas pela organização criminosa."

É justamente na negociação referente a esse dispositivo legal que surge possíveis efeitos extrapenais nos acordos de colaboração premiada, pois determinados crimes também podem configurar atos de improbidade administrativa e, nesses casos, o produto/proveito dos crimes geralmente é proveniente de dano ao erário, cujo ressarcimento é um dos efeitos da responsabilidade civil promovida pelo Ministério Público com base na Lei n. 8.429/1992, razão qual, na negociação de natureza penal, pode ocorrer de o *Parquet* oferecer prêmios sobre a responsabilidade civil do agente.

2 OS EFEITOS EXTRAPENAIS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA E SUAS IMPLICAÇÕES NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Os efeitos extrapenais dos acordos de colaboração premiada

De plano, merece destaque posicionamento do Supremo Tribunal Federal, analisado em Plenário, sobre a questão dos efeitos extrapenais dos acordos de colaboração premiada, que foi divulgado no Informativo n. 796[2], confira-se:

> O Plenário asseverou, ainda, que o acordo de colaboração poderia dispor sobre efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Na espécie, ele cuidaria da liberação de imóveis do interesse do colaborador, supostamente produtos de crimes. (HC 127483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.8.2015. HC-127483)

O julgado é referente ao HC n. 127483/PR, no qual se reconheceu a possibilidade de que *"o Estado-Administração, representado pelo titular da ação penal pública, possa dispor, no acordo de colaboração, sobre questões de natureza patrimonial, ressalvado o direito de terceiros de boa-fé"*, no sentido de abrandar as consequências do crime relativas aos efeitos patrimoniais, com fundamento na Convenção de Palermo e na Convenção de Mérida, firmadas pelo Brasil.

No ponto, destaca-se do voto do Relator:

> [..] Logo, havendo previsão em Convenções firmadas pelo Brasil para que sejam adotadas "as medidas adequadas para encorajar" formas de colaboração premiada, tais como a redução ou mitigação da pena (no sentido, repita-se, de abrandamento das consequências do crime), parece-me lícito,

[2] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo796.htm acesso em: 18/07/2017.

> sem prejuízo de ulterior e mais aprofundada reflexão sobre o tema, que o acordo de colaboração, ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o colaborador dentre as "condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia" (art. 6º, II, da Lei nº 12.850/13), possa também dispor sobre questões de caráter patrimonial, como o destino de bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador, em seu nome ou de interposta pessoa. […] (HC 127483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.8.2015. HC-127483)

Pois bem. O inciso IV, do artigo 4º da Lei das Organizações Criminosas considera como eficaz um acordo de colaboração premiada que tenha como resultado a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa.

Vale destacar que basta que ocorra esse resultado isoladamente, pois segundo a doutrina majoritária, basta um dos resultados previstos nos incisos do artigo 4º para que a colaboração seja eficaz,uma vez que eles não são cumulativos. Esse é o entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

> Destaque-se, ainda, que tais requisitos, para o reconhecimento da colaboração premiada, não precisam coexistir simultaneamente ou, em outras palavras, basta apenas a presença de um deles para que o benefício seja viável, atentando-se, ademais, ao preenchimento das condições previstas no §1º. (CUNHA; PINTO, 2014, p. 42)

Outra não pode ser a conclusão, pois o próprio *caput* do artigo 4º prevê expressamente que o juiz poderá conceder os prêmios previstos na lei, desde que da colaboração advenha **um ou mais** dos resultados indicados nos incisos do art. 4º.

Dentro desse contexto, o Ministério Público pode firmar um acordo de colaboração premiada cujo objetivo seja tão somente recuperar o proveito do crime, pois está expressamente autorizado para tanto. A título de complemento, o Código Penal também prevê como efeito da condenação a perda em favor da União do produto do crime, nos termos do artigo 91, II, "b", neste caso, somente possível ao final do processo.

Certamente, um acordo dessa natureza, envolvendo a prática de crimes contra a Administração Pública, terá reflexos na responsabilização civil dos agentes por eventual dano ao erário. Na prática, foi o que ocorreu na Operação Lava Jato, com a inclusão de cláusulas nos acordos que obrigavam os colaboradores a devolver o proveito dos crimes praticados, ocasionando a recuperação de bilhões de reais mediante a celebração de negócios jurídicos

penais.

Naquela investigação, predomina a apuração de crimes praticados contra a Administração Pública e contra o sistema financeiro, sendo certo que essas duas modalidades de crimes estão intimamente relacionadas, pois, no Brasil, 39% dos envolvidos em crimes financeiros são ligados, de alguma forma, a agentes públicos[3].

Diante desse cenário, uma das consequências lógicas desses crimes é o dano ao erário, razão pela qual há a previsibilidade de devolução de valores auferidos ilicitamente, ao passo que as condutas são passíveis de configuração de ato de improbidade administrativa, situação que enseja a responsabilização dos agentes da esfera cível.

Nesse contexto, na Operação Lava Jato, o Ministério Público Federal já conseguiu recuperar R$ 10,3 bilhões de reais de dano ao erário, exclusivamente por meio de acordos de colaboração premiada[4], ou seja, antes mesmo da condenação pelo Poder Judiciário.

É inquestionável a eficácia da medida, pois ela propicia uma verdadeira antecipação da efetividade da tutela jurisdicional do processo penal em que se tem um réu confesso, especialmente quanto à recuperação do produto do crime, haja vista que o dano ao erário é recuperado antes mesmo da conclusão da persecução penal, quando o acordo é celebrado antes da sentença.

Assim, se o acordo for negociado na fase pré-processual, já há a possibilidade de recuperação do produto do crime, caso seja incluída cláusula no sentido de determinar o colaborador a devolver, por exemplo, valores que foram desviados do patrimônio público, daí a eficácia da medida.

Em contrapartida, o Ministério Público oferece prêmios ao colaborador e quando se fala em ressarcimento do erário, os prêmios, como consequência lógica, implicam na aplicação das sanções da Lei n. 8.429/1992. Portanto, esses acordos podem ter efeitos extrapenais, de natureza patrimonial.

Sabe-se que o mérito das cláusulas do acordo de colaboração premiada (compromissos assumidos pelo colaborador e prêmios oferecidos) não são avaliados no momento da homologação, mas tão somente na sentença quando se verifica a eficácia da colaboração. Por isso, se o prêmio oferecido pelo *Parquet* for relacionado ao ressarcimento do erário e a conduta ímproba do agente, a eficácia dessas cláusulas deverá ser avaliada na ação de

[3] Fonte: http://www.conjur.com.br/2017-mai-18/39-envolvidos-crimes-financeiros-sao-ligados-politicos acesso em 18/07/2016.

[4] Fonte: http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados acesso em 18/07/2017.

improbidade administrativa, em virtude dos efeitos extrapenais.

A título de exemplificação, citam-se cláusulas de efeitos cíveis devido a danos ao patrimônio público contidas no termo de acordo de colaboração premiada de Paulo Roberto Costa na Operação Lava Jato, confira-se:

> Cláusula 6ª. O colaborador renuncia, em favor da União, a qualquer direito sobre valores mantidos em contas bancárias e investimentos no exterior, em qualquer país, inclusive mantidos no [...], os quais reconhece serem todos, integralmente, produto de atividade criminosa O colaborador se compromete a prontamente praticar qualquer ato necessário à repatriação desses valores em benefício do país, assinando, em anexo, desde logo, termo nesse sentido.
> Cláusula 8ª. O colaborador se compromete a pagar, de modo irretratável e irrevogável, a título de indenização cível, pelos danos que reconhece causados pelos diversos crimes (não só contra a Administração Pública mas de lavagem de ativos, dentre outros), o valor de R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a serem depositados perante a 13ª Vara Federal Criminal, no prazo de dois meses contados da assinatura do acordo, bem como a entregar, a título de compensação cível de danos também, os seguintes bens que reconhece serem produto ou proveito de atividade criminosa ou seu equivalente em termos de valor: [...]. Desde logo o colaborador concorda com a reversão dos valores bloqueados em banco no Brasil para substituir o imóvel referido da matrícula 207215.

Como se observa, a cláusula é expressa ao prever ressarcimento ao patrimônio público como devolução do produto do crime e mais, a própria responsabilização de natureza cível pelos atos praticados. Certamente, sendo a colaboração referente a crimes praticados contra a Administração Pública e sendo o colaborador um agente público, haverá implicações na responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa.

Nesse ponto, tendo em vista a independência das instâncias, surge a problemática: qual a extensão dos efeitos de um negócio jurídico penal na aplicação da Lei n. 8.429/1992, quando movida a ação de improbidade administrativa em face do colaborador por fatos inclusos nos termos do acordo de colaboração premiada?

A fim de responder a esse questionamento, o Supremo Tribunal Federal, em 25 de abril de 2019, reconheceu como tema de repercussão geral a utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público, nos seguintes termos:

[5] Fonte: http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf acesso em: 18/07/2017.

> Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE COLABORAÇÃO PREMIADA. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE E VALIDADE EM ÂMBITO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a questão acerca da utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, §1º). 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (ARE 1175650 RG, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 25/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-093 DIVULG 06-05-2019 PUBLIC 07-05-2019)

O tema que será analisado pelo STF apresenta três diretrizes que conduziram o julgamento: princípio da legalidade, da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário e da legitimidade concorrente para a propositura da ação de ressarcimento.

Enquanto o STF não expõe um posicionamento final sobre a matéria, a doutrina e a jurisprudência mais modernas já se posicionamsobre a questão, inclusive à luz do princípio da legalidade e da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, conforme será demonstrado a seguir.

2.2 Reflexos na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

A projeção dos efeitos extrapenais da colaboração premiada em face da aplicação da Lei n. 8.429/1992 encontra um óbice legal previsto no art. 17, §1º, da referida norma, veja-se:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
> § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

A lei veda expressamente qualquer forma transação nas ações de improbidade administrativa. Sendo assim, uma leitura isolada do dispositivo levaria a crer que é impossível qualquer efeito de acordos de colaboração premiada sobre as ações de improbidade administrativa.

Dentro desse contexto, seria inviável conceder prêmios de natureza civil ao colaborador que repercutissem na aplicação das sanções da lei de improbidade, bem como seria impossível negociar com o colaborador questões patrimoniais decorrentes de atos de improbidade.

Portanto, eventual colaboração premiada com efeitos extrapenais não repercutiria nenhum efeito sobre posterior ação de improbidade administrativa proposta em razão dos mesmos fatos objeto da colaboração, ainda que a investigação criminal fosse utilizada para subsidiar o inquérito civil referente à ação de improbidade proposta, prática comum no âmbito do Ministério Público.

Há precedente nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPRA DE APOIO POLÍTICO. ILEGALIDADE. AGENTES PÚBLICOS. DANO AO ERÁRIO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LEI DE IMPROBIDADE. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ADVINDA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. ART. 37, §4º CF/88. INVIABILIDADE. […] INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS. ATO ÍMPROBO. COMPROVAÇÃO. CONFISSÃO COMPLEXA. POSSIBILIDADE DE CISÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADO NA HIPÓTESE, O QUE ATRAI A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI Nº 8429/1992. DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VERBA COMPENSATÓRIA RECONHECIDA PELA CORTE DE JUSTIÇA. BENEFÍCIO DA DELAÇÃO PREMIADA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. 6. A relevância do termo de colaboração se manifesta apenas para o réu que o firmou, em razão dos eventuais efeitos que serão produzidos em relação ao que lhe é imputado. […] 16. Não há como aplicar, analogicamente, os benefícios da delação premiada e do perdão judicial nos casos de ações nas quais se debatem a existência de atos de improbidade administrativa, eis que se trata de institutos específicos da esfera penal. A indisponibilidade do patrimônio público e do interesse público primário obstam a aplicação, em sede de ação de improbidade administrativa, do "perdão judicial" decorrente de celebração de Acordo de Delação Premiada. (Acórdão n.804101, 20110110453902APC, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: SÉRGIO ROCHA,2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 09/07/2014, Publicado no DJE: 21/07/2014. Pág.: 100)

Também há doutrina nesse sentido, Frederico Veldez Pereira defende:

> Outra questão é se o MP pode incluir nas concessões ao agente cooperante efeitos econômicos que decorreriam da condenação, como a perda de bens e valores que constituam proveito auferido com a prática do delito. Nessa situação, a solução é um pouco mais complexa do que poderia sugerir um raciocínio embasado na lógica simplista de "quem pode o mais, pode o menos", pois a relação entre sanções penais e civis é de qualidade e não, de quantidade; trata-se de instâncias autônomas que se comunicam nos limites regulados pela legislação. No caso do Brasil, os diplomas legais que tratam de benefícios no âmbito da apenação aos pentiti não preveem que possam englobar efeitos civis econômico-financeiros, […] não existe inserção de livre juízo discricionário por parte dos órgãos de persecução penal no que tange aos arrependidos; somente a lei pode disciplinar natureza e extensão das medidas premiais, retirando, desse modo, alguma ampla discricionariedade dos órgãos repressivos, e mesmo, jurisdicionais, quanto à sanção a ser aplicada. (PEREIRA, 2014, p. 140/141).

No entanto, deve-se atentar que a Lei n. 8.429 foi editada em 1992, tempos em que a colaboração premiada ainda não estava efetivamente instrumentalizada no processo penal, o que veio a ocorrer somente com a edição da Lei n. 12.850/2013, conforme explicado alhures.

De outro lado, também não havia ainda a previsão de acordo de leniência inserido no ordenamento jurídico brasileiro somente em 2013 por meio da Lei nº 12.846/2013, que *"Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências"*, na qual é possível a celebração de acordo para cooperação com as investigações e o processo administrativo e, a depender da eficácia da colaboração, poderá ocorrer a isenção das sanções e a redução do valor da multa previstas na referida lei. Assim, o acordo produz efeitos sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil das empresas.

Na linha da evolução legislativa sobre o tema, tem-se a Lei n. 13.140/2015, que *"Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública."* A norma inseriu definitivamente a autocomposição como forma de resolução de conflitos de interesses com a Administração Pública, especificamente em relação a atos de improbidade administrativa, confira-se:

> Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que

> integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.
> § 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

O texto da norma é enfático ao permitir a autocomposição, no âmbito da Administração Pública Federal, em ação de improbidade administrativa sujeita à homologação judicial, abrindo caminho para a possibilidade legal de reconhecimento dos efeitos extrapenais da colaboração premiada, conforme explicam Artur Barros Freitas Osti e Paulo Vitor Reginato:

> A nova disposição normativa possibilita que os acordos de colaboração premiada firmados entre o delegado de polícia ou MP e o colaborador contenham cláusula expressa atinente **a extensão dos efeitos do acordo junto a autoridade responsável pela propositura da ação de improbidade administrativa que, caso já exista, dependerá da expressa anuência pelo juiz da causa, principalmente no que diz respeito a eventual imposição de pena de perda dos valores ilícitos, ressarcimento ao erário e multa civil**. Destaque-se que o fato do texto legal prever a legitimidade da Advocacia Geral da União para tais acordos, não exclui a possibilidade de uma interpretação extensiva em favor dos legitimados para propositura da ação de improbidade, nos termos do artigo 17 da lei 8.429/92. (OSTI; REGINATO, 2017).

Certamente, há hoje uma tendência de resolução de conflitos de interesses por meio da autocomposição e mútua colaboração, essa é a orientação exposta no Novo Código de Processo Civil ao determinar que *"Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos"* (art. 3º, §3º) e que *"Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"* (art. 6º), consagrando de forma definitiva essa forte tendência no processo civil, razão pela qual a Administração Pública não pode ficar alheia a evolução do Direito Processual.

Dentro desse contexto, entende-se que o artigo 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992 merece uma releitura à luz do Novo Código de Processo Civil, especialmente porque ele é aplicável àquela norma de forma subsidiária, devendo-se levar em conta também as legislações que autorizam a Administração Pública conciliar com os administrados.

A partir dessa releitura do artigo 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992, a Justiça

Federal em Curitiba admitiu os efeitos extrapenais do acordo de colaboração premiada firmado com Paulo Roberto Costa na ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal na Operação Lava Jato. Da decisão, destaca-se:

> [..] O art. 17, §1º, da Lei 8.429/92 veda a "transação, acordo ou conciliação" nas ações de improbidade administrativa. Se em 1992, época da publicação da Lei, essa vedação até se justificava tendo em vista que estávamos engatinhando na matéria de combate aos atos ímprobos, hoje, em 2015, tal dispositivo deve ser interpretado de maneira temperada. Isso porque, se o sistema jurídico permite acordos com colaboradores no campo penal, possibilitando a diminuição da pena ou até mesmo o perdão judicial em alguns casos, não haveria motivos pelos quais proibir que o titular da ação de improbidade administrativo, no caso, o MPF pleiteie a aplicação de recurso semelhante na esfera cível. Cabe lembrar que o artigo 12, parágrafo único, da Lei 8.249/92 admite uma espécie de dosimetria da pena para fins de improbidade administrativa, sobretudo levando em conta as questões patrimoniais. **Portanto, os acordos firmados entre os réus e o MPF devem ser levados em consideração nesta ação de improbidade administrativa.**[…] (Ação Civil de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, 5ª Vara Federal de Curitiba. Decisão. Juíza de Direito Giovanna Mayer. Data: 17/11/2015).

No caso concreto, a magistrada recebeu a ação de improbidade apenas para fins declaratórios, ou seja, apenas para reconhecer a prática de ato de improbidade sem aplicação das sanções previstas no artigo 12 da LIA, tendo em vista a vigência de acordo de colaboração premiada entre o requerido e o MPF.

Observa-se, portanto, que a cláusula de negócio jurídico penal foi acolhida pelo juízo cível competente a fim de produzir efeitos em ação de improbidade administrativa, sendo certo que esse reconhecimento judicial implicou a própria aplicação da Lei de Improbidade, haja vista que as sanções da norma civil foram objeto de acordo na colaboração premiada na esfera penal. Importante destacar que a referida decisão foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região[6].

Sendo assim, é possível constatar que o Judiciário está atento à evolução da interpretação da Lei de Improbidade à luz das inovações legislativas em matéria civil e penal. Certamente, não é crível afastar os efeitos da colaboração premiada no âmbito cível, ignorando completamente

[6] Agravo de Instrumento nº 5053276-81.2015.4.04.0000/PR, Relator Des. Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle.

a eficácia da medida, furtando o réu colaborador das consequências do negócio jurídico penal no momento da sua responsabilização civil por ato ímprobo, notadamente quando sua colaboração é eficaz para apuração do ato de improbidade, razão pela qual os prêmios prometidos pelo Ministério Público na esfera penal merecem ser considerados na esfera civil.

Assim, aceita a tese da possibilidade dos efeitos extrapenais na ação de improbidade administrativa surge ainda outra problemática: quais seriam os limites impostos ao Ministério Público no momento de negociação de natureza penal com efeitos civis? Há interferência entre as instâncias?

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO PODE NEGOCIAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO?

É indispensável partir do pressuposto que não há negociação do patrimônio público, pois este é inegociável, haja vista que o ressarcimento ao erário é imprescritível. O que se negocia nos acordos de colaboração premiada com efeitos extrapenais é a extensão da responsabilização do agente ímprobo. Essa é a premissa que admite os efeitos dos acordos de colaboração premiada na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

A partir de uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, é possível conciliar a colaboração premiada e a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, pois *"transportar os mecanismos de colaboração premiada, e os prêmios que lhe são corretados, para o âmbito administrativo, traduz analogia in bonam partem, logo não haveria afronta ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição)"*. (SANTOS, 2016, p. 168).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná aceitou os efeitos extrapenais da colaboração premiada na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, confira-se:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETO CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. DESDOBRAMENTOS CÍVEIS DA OPERAÇÃO PUBLICANO. RECEITA ESTADUAL. **COLABORAÇÃO PREMIADA. UTILIZAÇÃO EM PROCESSO CÍVEL. POSSIBILIDADE.** **[..]** INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPLEXO ESQUEMA DE SUPOSTOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, TRIBUTÁRIOS E LAVAGEM DE ATIVOS, QUE GERARAM A UM SÓ TEMPO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE AGENTES PÚBLICOS E VULTUOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO DO ESTADO,

> EM DECORRÊNCIA DA SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. PERICULUM IN MORA.PRESUNÇÃO.
> **1. Aquele que colabora de maneira importante com a investigação deve ter a pena diminuída, atenuada, ou até mesmo ser aplicado o perdão judicial, de acordo com a participação no ato de improbidade administrativa.**
> **2. Os dispositivos processuais da LIA podem ser perfeitamente complementados pelo Código de Processo Civil e, da mesma forma, supridos pelo estatuto processual quando aquela lei apresentar lacunas.**
> 3. Uma vez presente a fumaça do bom direito consubstanciado na prática de ato ímprobo, a decretação da indisponibilidade de bens do agravante era medida impositiva, com intuito resguardar o ressarcimento ao Erário, nos termos do art. 7º e parágrafo único da Lei nº 8.429/1992.4. [..] DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso interposto por LAÉRCIO ROSSI. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR – 5ª C.Cível - AI - 1480275-0 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - - J. 12.07.2016)

Essa foi a jurisprudência afetada pelo Supremo Tribunal Federal para fixar a existência de repercussão geral no tema e analisar os efeitos da colaboração premiada na ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público à luz do princípio da legalidade, da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário e da legitimidade concorrente para a propositura da ação.

É inviável obstar os efeitos extrapenais da colaboração premiada quando a medida se mostra eficaz para oportunizar a responsabilização civil, justamente em virtude da obtenção de provas colhidas partir da colaboração do agente na esfera penal, ou seja, quando as provas que comprovam o ato de improbidade foram obtidas por meio da colaboração premiada.

Nessa toada, entende-se que a convergência entre a colaboração premiada e a ação de improbidade é a melhor alternativa, pois caso contrário, poderia desestimular os réus a colaborarem com o Ministério Público nas investigações que tratam de crimes contra a Administração Pública, sendo certo que essa área de atuação é a mais sensível a esse meio de obtenção de prova, pois os atos de corrupção exigem complexa apuração, uma vez que "*a corrupção é sussurrada entre quatro paredes. Corruptor e corrupto fazem pacto de silêncio. Não há testemunha. O ato corrupto é disfarçado de ato legítimo*" (DALLAGNOL, 2015). Portanto, de difícil colheita de provas.

Dentro desse contexto, a colaboração premiada é vital para a

responsabilização do agente corrupto por atos de improbidade administrativa quando ela proporciona a obtenção de provas para subsidiar a ação de improbidade, não podendo ser ignorados os termos avençados pelo *Parquet*na esfera penal, mormente quanto aos prêmios e eventual antecipação do ressarcimento ao erário.

Diante disso, o Ministério Público pode oferecer como prêmio o abrandamento na aplicação das sanções do artigo 12, da LIA, inclusive, como forma de motivar o agente a colaborar com a Justiça. À luz do princípio da cooperação, contemplado no Novo Código de Processo Civil, Marcos Paulo Dutra Santos opina:

> Dentro desse espírito de mútua lealdade e cooperação, não há óbice à projeção do instituto da colaboração premiada para a esfera administrativa, notadamente para as ações de improbidade, com a possibilidade de redução do montante das penas listadas no art. 12, da Lei nº 8.429/92, **mas desde que assegurada a recomposição patrimonial integral, descartando-se o perdão judicial, cuja extravagância exige previsão legal expressa, ante a natureza indisponível dos bens em jogo.** (SANTOS, 2016, p. 169).

De acordo com o autor, a projeção dos efeitos da negociação em matéria penal na ação de improbidade só é possível se houver **reparação integral do dano**. Portanto, esse seria o limite imposto ao Ministério Público ao negociar com o investigado/réu os efeitos extrapenais do negócio jurídico penal.

No ponto, vale destacar que esse é o limite imposto aos acordos de leniência pela Lei Anticorrupção (n. 12.846/2013), pois conforme prevê o art. 16, §3º: *"o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado."*

Ao lado disso, a Lei n. 12.850/2013 prevê como uma das condições de eficácia da colaboração premiada a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa (art. 4º, IV). Logo, em se tratando de conduta criminosa que coincide com conduta ímproba, o ressarcimento ao erário é condição de eficácia da própria colaboração premiada.

Notadamente, as medidas civis previstas em acordo de colaboração premiada não esvaziam a ação de improbidade proposta, uma vez que esta é imprescindível para o reconhecimento dos efeitos extrapenais do acordo em relação à responsabilidade civil do agente, ou seja, é no âmbito da competência civil que as cláusulas extrapenais terão o mérito avaliado à luz

da Lei n. 8.429/92, pois, para ter direito aos prêmios, **a colaboração deverá ser efetiva para a aplicação da LIA.**

Outro aspecto palpitante sobre os efeitos da colaboração premiada na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, é se há interferência da instância penal na instância civil, haja vista que os acordos de colaboração premiada de efeitos extrapenais, naturalmente, são celebrados perante o juízo penal, porém, terão efeitos na esfera civil.

Entende-se que não há interferência entre as instâncias, pois em que pese o juízo penal homologar os acordos de colaboração premiada com reflexos na aplicação da LIA, o mérito das cláusulas extrapenais serão avaliados pelo juízo cível competente com a provocação do Promotor Natural em eventual ação de improbidade administrativa, momento em que será avaliada a eficácia da colaboração para a apuração dos atos de improbidade.

Nesse sentido, deve-se aplicar analogicamente o que prevê §4º, do art. 36, da Lei n. 13.140/2015:

> Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* **dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.**

Em relação ao ressarcimento do dano promovido na esfera penal, este deve ser considerado no momento da aplicação da Lei n. 8.429/1992, momento adequado à verificação do *quantum* do dano ao patrimônio público, compensando-se ou complementando-se eventuais diferenças, tendo em vista que o ressarcimento integral do patrimônio público é indispensável para aceitação dos efeitos extrapenais da colaboração premiada, conforme a doutrina de Marcos Paulo Dutra Santos.

Diante disso, feita a contextualização do tema aos avanços legislativos, mormente quanto ao incentivo à cooperação para resolução de conflitos, inclusive no âmbito da Administração Pública com a Lei n. 13.140/2015 e no próprio Direito Penal com a Lei nº 12.850/2013, sendo este a *ultimaratio*, não subsistem motivos para impedir o avanço da colaboração premiada como meio de obtenção de prova para aplicação da Lei nº 8.429/1992, razão pela qual é possível a negociação de efeitos extrapenais e seus reflexos na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, quando garantido o ressarcimento integral do patrimônio público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da análise do tema, vislumbra-se a possibilidade de projeção dos efeitos da colaboração premiada para fora do processo penal em relação às ações de improbidade administrativa, potencializando esse meio de obtenção de prova para garantir o ressarcimento ao erário de forma antecedente, na investigação criminal ou no processo penal.

Para tanto, o Ministério Público, enquanto negociador na colaboração, pode incluir cláusulas que garantam a recuperação do produto dos crimes praticados contra a Administração Pública, de outro lado, pode oferecer como prêmios o abrandamento das sanções da Lei n. 8.429/1992, desde que resguardada a reparação integral do dano.

Essa é a margem de negociação para o Parquet no campo dos efeitos extrapenais nos crimes contra a Administração Pública, sempre tendo como premissa que o patrimônio público é inegociável. Nessa perspectiva, a colaboração pode acelerar o processo de responsabilização civil dos agentes corruptos com o imediato ressarcimento do dano, ainda que de forma parcial, pois pode haver a complementação na ação de improbidade administrativa.

A ampliação da instrumentalidade da colaboração premiada para fora do processo penal, alcançando o processo civil ocorre graças ao avanço da legislação brasileira que consagrou de forma definitiva a justiça negociada, na esfera administrativa, por meio da Lei n. 13.140/2015, na esfera civil, por meio do Novo Código de Processo Civil e na esfera penal, por meio da Lei n. 12.850/2013.

Desse modo, art. 17, §1º, da Lei n. 8.429/1992 merece uma releitura, restringindo sua vedação apenas em relação ao ressarcimento integral do patrimônio público, pois este sim é inegociável e imprescritível, não podendo o Ministério Público transacionar nesse aspecto, contudo, pode negociar a respeito da aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, da mesma forma que tem autorização legal para transacionar a respeito da aplicação das penas dos crimes cometidos pelas Organizações Criminosas.

Sendo assim, observa-se que a colaboração premiada vai além de um meio de obtenção de prova, se for bem negociada, possibilita a antecipação da efetividade da tutela jurisdicional nos crimes de corrupção e atos de improbidade administrativa, quando o agente corrupto devolve o produto do crime e contribui de maneira eficaz para aplicação da lei de improbidade administrativa, podendo obter como prêmio o abrandamento das sanções impostas pela LIA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério Público Federal.**Caso Lava Jato**: MPF combate à corrupção. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso><acesso em 18.07.17>.

CONJUR. Consultor Jurídico. **Termo de Acordo de Colaboração Premiada**: Paulo Roberto Costa e Ministério Público Federal. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf><acesso em: 18/07/2017>.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13). Salvador: Editora JusPodivm, 3ª edição, 2014.

DALLAGNOL, Daltan. **As luzes da delação premiada**. Época, 2015. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html><acesso em 18.07.17>.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues. **Organizações Criminosas e Técnicas Especiais de Investigação** – Questões Controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013. Salvador: Editora JusPodvim, 2015.

OSTI, Artur Barros Freitas; REGINATO, Paulo Vitor. **O ponto de encontro da colaboração premiada e a improbidade administrativa**. Migalhas, 14.07.2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253773,21048-O+ponto+de+encontro+da+colaboracao+premiada+e+a+improbidade><acesso em 27.07.2017>

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada** – Legitimidade e Procedimento- Curitiba: Editora Juruá 2014, 2ª edição Revista e Atualizada de acordo com a Lei 12.850/13.

RODAS, Sérgio. **39% dos envolvidos em crimes financeiros no Brasil são ligados a agentes políticos**. Conjur, 18.05.2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-18/39-envolvidos-crimes-financeiros-sao-ligados-politicos><acesso em 18/07/2016>.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 1ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DA AUTORIA DELITIVA SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DO DOMÍNIO DO FATO E DA CEGUEIRA DELIBERADA

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR CRIMES AGAINST TAX ORDER: ANALYSIS OF THE DELIVERY AUTHORITY UNDER THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF FACT AND DELIBERATE BLIND

Camila Fernandes Ferreira da Silva Lobo[1];
Carina Souza Cruz[2];
Luana Aguiar Ferreira[3];
Rafael Pereira Venâncio[4]; e
Thaís Dias Teixeira[5].

RESUMO: O artigo traz à baila a análise da responsabilidade penal nos crimes contra a ordem tributária, perfazendo uma progressiva explanação da caracterização e identificação da autoria dos crimes em comento, conduzindo às vertentes doutrinárias contemporâneas que auxiliam na especificação do sujeito ativo do delito. O tema foi escolhido em razão da imperiosa necessidade de buscar diretrizes doutrinárias para detectar os autores dos crimes fiscais, uma vez que a teoria restritiva adotada pelo Código Penal pátrio mostra-se insuficiente aos crimes em estudo. Desse modo, a partir de uma metodologia de pesquisa exclusivamente bibliográfica, fez-se uma análise crítico-reflexiva acerca da autoria delitiva, notadamente sob a ótica das teorias do domínio do fato e da cegueira deliberada. Assim, demonstrou-se que, diante das complexas estruturas comumente utilizadas para a prática dos crimes previstos na Lei nº 8.137/1990, imprescindível a aplicação das teorias suscitadas com o escopo de ampliar o conceito de autor e garantir a aplicação da norma a quem de fato praticou o ilícito penal.

Palavras chave: Responsabilidade penal. Crimes contra a ordem tributária. Teoria do Domínio do fato. Teoria da Cegueira Deliberada.

ABSTRACT: This article brings Fo cuson thean alysis of criminal

[1] Graduada pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – Servidora do Ministério Público do Estado de Rondônia, atualmente lotada no Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária.

[2] Graduada pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – Servidora do Ministério Público do Estado de Rondônia, atualmente lotada no Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária.

[3] Graduada pela Faculdade de Rondônia – Servidora do Ministério Público do Estado de Rondônia, atualmente lotada no Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária.

[4] Graduado pela União das Escolas Superiores de Rondônia – Servidor do Ministério Público do Estado de Rondônia, atualmente lotado no Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária.

[5] Graduada pelo Instituto Luterano de Ensino Superior – Universidade Luterana do Brasil – Servidora do Ministério Público do Estado de Rondônia, atualmente lotada no Grupo de Atuação Especial de Combate à Sonegação Fiscal e aos Crimes contra a Ordem Tributária.

responsibility in crimes against the tax order, making a progressive explanation of the characterization and identification of the author ship of the crimes in question, it conducts to the contemporary doctrinal aspects that help in the especification of the active subject of the crime. The theme was chosen because of the imperative necessityto search doctrinal guidelines to detect the perpetrators of tax crimes since the restrictive the oryadop ted by the Brazilian Penal Code isinsufficient for the crimes understudy. Thereby, from na exclusive ly bibliographical research methodology, a critical-reflexive na alysiswas made on delusion a lauthor ship, especiallyun der the point of view of the oriesfrom the domain of factand Willful Blindness Doctrine. Thus, it was demonstrated that, in the face of the complexs tructures commonly used for the practice of crimes under the Law No. 8,133 / 1990, it isessential to apply the theoriesra is edwith thes cope of expanding the concept of author and guaranteeing the application of the normtotho sewh of actcarried out the criminal offense.

Keywords: Criminal responsibility. Crimes against a taxorder. Theoryof Domain offact. Will ful Blindness Doctrine.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da Responsabilidade Penal nos Crimes Contra a Ordem Tributária, analisada sob a perspectiva das teorias do domínio do fato e da cegueira deliberada, que têm sido aventadas, de forma recrudescente, nos tribunais pátrios.

A metodologia escolhida consiste em pesquisa bibliográfica na doutrina especializada de diversos autores da área jurídica, com análise crítico-reflexiva do material selecionado. Por sua vez, a coleta de dados da pesquisa se dará em jurisprudência e doutrina atuais, tendo em vista a contemporaneidade do debate acerca do tema.

Inicialmente, pretende-se demonstrar que o legislador penal tributário, ao promulgar a Lei nº 8.137/1990, não exauriu a identificação do sujeito ativo do fato criminoso, razão pela qual se tornou imperioso que a doutrina e jurisprudências pátrias passassem a analisar, com cautela, a figura do autor. Diante deste cenário, notou-se a crescente adoção, pelos julgadores, da teoria do domínio do fato, e, de forma ainda tímida, da teoria da cegueira deliberada, geradas no Direito Comparado, a fim de consubstanciar e preencher as lacunas existentes na legislação.

O tema do artigo foi escolhido por sua relevância no Direito Penal Tributário, diante da frequente dificuldade na apuração da autoria nos crimes em comento, porquanto, em muitos casos, as defesas apresentadas pelos sócios-proprietários e administradores das empresas geram celeuma jurídica e dissenso jurisprudencial, na medida em que sustentam que, por não deterem conhecimento das questões fiscais relacionadas à empresa, não praticaram fato ilícito. Outrossim, as decisões dos tribunais e o recente debate doutrinário formam terreno propício ao estudo das supracitadas teorias.

Para compreender a aplicação das teorias do domínio do fato e da cegueira deliberada, será abordado, no primeiro tópico, o conceito doutrinário e legal do crime tributário, abrangendo o sujeito do crime, o momento do crime, o elemento subjetivo e o bem jurídico tutelado, analisados em cotejo com os recentes e relevantes julgados acerca do tema.

No segundo tópico, será tratada, de forma pormenorizada, a responsabilidade penal tributária dos sócios e administradores nos crimes em testilha, consubstanciada na doutrina e na jurisprudência.

No terceiro tópico, buscar-se-á trazer à baila a responsabilidade penal dos sócios e administradores a partir da teoria do domínio do fato, a qual postula pela ampliação do conceito de autor do delito para abranger, além

do executor do núcleo do tipo penal, aquele que detém o controle final do fato.

Por derradeiro, no quarto tópico será realizado o estudo da teoria da cegueira deliberada e sua novel aplicação nos crimes tributários, a fim de compreender a importância e pertinência de sua utilização nos delitos desta ordem.

1 DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

O crime contra a ordem tributária, comumente conhecido como "sonegação fiscal", consiste na prática de uma ação ou omissão, perpetrada por meio de um artifício fraudulento, visando à supressão e/ou redução do tributo devido a um Ente Federativo.

Além disso, para a tipificação do crime, também é necessário que esteja presente o elemento subjetivo do tipo (dolo), consubstanciado na intenção do sujeito ativo em não repassar os valores devidos ao erário, para que possa usufruir desses valores em benefício próprio.

Vale ressaltar que os crimes previstos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, consistem em de crimes materiais, na medida em que necessitam da consumação da conduta disposta nos referidos incisos, qual seja, a efetiva redução ou supressão do tributo.

Por outro lado, os crimes tipificados no inciso V do mesmo dispositivo legal, bem como aqueles dispostos no art. 2º, consistem em crimes formais, ou seja, se caracterizam quando o agente pratica a conduta descrita no tipo, sem, todavia, a necessidade da ocorrência do resultado.

No tocante a tipificação, o crime tributário encontra previsão nos artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, versando os dois primeiros sobre práticas perpetradas por particular contra o erário e o terceiro, por outro lado, embora verse sobre crimes da mesma natureza, trata de práticas especificamente perpetradas por funcionários públicos, ou seja, consistem em crimes funcionais.

Ainda sobre o conceito em análise, os autores Moraes e Smanio (2006) traçam a seguinte definição:

> Sonegação fiscal é a ocultação dolosa, mediante fraude, astucia ou habilidade, do recolhimento de tributo devido ao Poder Publico. Note-se, porém, que a lei não conceituou o que seja sonegação fiscal, adotando outro critério de identificação, qual seja, considerando delitos contra a ordem tributaria a supressão ou redução de tributo ou contribuição social ou

> acessório, e depois enumerando, taxativamente, quais as modalidades de conduta que podem levar a tal supressão ou redução, constituindo genericamente o que seja sonegação fiscal (p. 97).

Nessa toada, convém destacar que o bem jurídico tutelado, no caso em vértice, não se trata apenas de arrecadação de receitas, mas também do propósito desta arrecadação, que é voltado para a aplicação nas políticas públicas dos Entes Federativos.

Como bem explana Ferraz (2011), não se pode olvidar da relevância da função desempenhada pela tributação para o cumprimento de todas as finalidades estatais, sendo que, nos crimes contra a ordem tributária, a tutela penal se traduz em interesses difusos, cuja compreensão só pode ser dimensionada por um panorama coletivo, como o custeio das atividades institucionais e das prestações sociais.

Nessa linha de raciocínio, o ilustre doutrinador Lima (2017, p. 48/49) dispõe que "[...] o que outorga autonomia aos crimes contra a ordem tributária é o fato de que eles não representam meras infrações à norma tributária, mas comportamentos que afetam um bem jurídico digno de proteção […]."

Vale destacar que, segundo Brutti (2006), a lavratura do auto de infração constitui uma sanção tributária, causada por um fato delituoso, motivado pelo descumprimento de um dever legal.

Nessa linha, é oportuno ressaltar que, em obediência ao parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, também nos crimes elencados na Lei nº 8.137/90, e, mais especificamente, nos vaticinados pelos artigos 1º, 2º e 3º, é imprescindível a presença do elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo, seja com o intuito de reduzir ou suprimir os tributos devidos.

Vale esclarecer, também, que não existe previsão de modalidade culposa nos referidos crimes, cabendo apenas mencionar que, na Lei nº 8.137/90, somente o parágrafo único do art. 7º prevê a modalidade culposa, na parte destinada aoscrimes contra relação de consumo.

Ainda no que pertine ao dolo, a jurisprudência majoritária entende que, para a caracterização do delito, não é necessária a comprovação do dolo específico, sendo suficiente o dolo genérico. Nessa linha dispõe a jurisprudência pátria:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREJUÍZO EM FACE DA RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A

> ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/90. [...] SUSCITADA INEXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. INCORRÊNCIA. **DOLO GENÉRICO CONSISTENTE NA CONSCIÊNCIA E VONTADE DE DEIXAR DE RECOLHER O VALOR DO TRIBUTO DECLARADO. INEXIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO ANIMUS DE SE OBTER BENEFÍCIO INDEVIDO**. "**Já é pacífico o entendimento de que para se caracterizar a conduta prevista nos arts. 1º, IV, e 2º, II, da Lei 8.137/90, exige-se apenas o dolo genérico, não sendo necessário demonstrar o animus de se obter benefício indevido**". (Resp 480.395/SC, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 11.03.2003). [...] (ARE 911938 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 28/06/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO Dje-143 DIVULG 29/06/2017 PUBLIC 30/06/2017). [Grifo nosso].
>
> PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/ STJ. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORCIONALIDADE NO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. INEXISTÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO. DECISÃO […] 'PROCESSUAL PENAL APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME TRIBUTÁRIO. ART. 1º, INC. I e II DA LEI 8.137/90. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DOLO GENÉRICO SUFICIENTE DEMONSTRADO. DOSIMETRIA DA PENA CORRETAMENTE APLICADA. [...] 3. **Para a caracterização do crime do art. 1º da Lei n. 8.137/1990, basta a demonstração do resultado, caracterizado pela efetiva redução de tributos federais. Para tanto, é suficiente a demonstração do dolo genérico. Precedentes do STJ. Inexistência de elementos que infirmem a ilicitude e afastem o conhecimento do réu da empreitada criminosa.** […]' Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal a quo em conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, […]. Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, incisos I e II, b, do Regimento Interno do STJ, conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento. (STJ - AREsp nº 1291504. RJ 2018/0109026-8, Relator(a): Ministro Felix Fischer. Data da Publicação: DJ 08/08/2018). [Grifo nosso].

Denota-se, dessa forma, que para a caracterização do crime contra a ordem tributária basta que a conduta, omissiva ou comissiva, tenha sido perpetrada com a intenção de concretizar os requisitos objetivos do tipo, que

se materializam por meio de uma supressão ou redução de tributos.

Por derradeiro, frisa-se que os crimes tributários apenas se perpetuam com o seu lançamento definitivo, situação que ocorre por meio de Procedimento Administrativo Tributário, já definitivamente julgado no âmbito administrativo, ou seja, após esgotado o prazo para interposição do respectivo recurso administrativo, com a constituição definitiva do crédito, em obediência ao disposto na Súmula Vinculante nº 24 do STF.

2 RESPONSABILIDADE PENAL DOS SÓCIOS E ADMINISTRADORES NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

De início, cabe destacar a diferença existente entre a responsabilidade penal, civil e administrativa do representante legal da empresa. Nesse ponto, cumpre distinguir o ilícito penal (crime) do ilícito tributário (administrativo), sendo certo que o primeiro requer a demonstração de uma série de elementos que o segundo dispensa, dentre os quais, o elemento subjetivo (dolo). Em virtude disso, para a comprovação do crime contra a ordem tributária, não pode o Ministério Público se basear, exclusivamente, na existência das irregularidades fiscais, pois estas configurariam somente a prova da materialidade delitiva.

Isso porque, no âmbito criminal, o que se busca é a responsabilidade da pessoa física (natural), que, agindo em nome da pessoa jurídica, pratica uma conduta consubstanciada em suprimir ou reduzir tributo, causando prejuízo ao Fisco.

Por sua vez, o processo administrativo tributário conduzido pela autoridade fazendária se presta, unicamente, à constatação do ilícito fiscal e à quantificação do débito, a ser cobrado mediante execução fiscal (esfera cível), não sendo seu objeto a apuração da autoria de eventual crime, ou seja, identificar quem, dentro da empresa, fez o quê, ou, ainda, se o fez com dolo ou não, o que fica a cargo da Polícia ou do Ministério Público, órgãos com atuação na seara penal, pelo que o processo fiscal, em regra, traz meros indícios que devem ser corroborados no processo criminal.

Registre-se, ainda, que, diferentemente dos Processos Administrativo e Civil, nos quais se busca a verdade formal, o Processo Penal é orientado pelo Princípio da Verdade Real e da Culpabilidade, sendo necessário, para a caracterização do crime tributário, não apenas o reconhecimento de que algum tributo tenha sido suprimido ou reduzido, mas também a demonstração de que o agente direcionou sua conduta visando àquele fim específico.

Quanto à autoria nos crimes fiscais, observa-se que tem sido adotada

a teoria da responsabilidade pessoal do agente, que, nessa qualidade, poderá agir em nome da pessoa jurídica para, por meio de uma conduta omissiva ou comissiva, suprimir ou reduzir tributo, ou qualquer acessório, conforme enunciado nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/90.

A respeito do tema, menciona Baltazar Júnior (2012, p. 536):

> A partir dos indícios e dados formais como o contrato ou o estatuto que revelam quem era o sócio-gerente, o presidente, o diretor, já se pode visualizar quem tinha aparentemente o poder de comando na empresa, sendo esse dado suficiente para o oferecimento e recebimento da denúncia (TRF, HC 20070400041971-6/RS, Élcio Pinheiro de Castro, 8ªT., u., 16.1.08). Mas esse tipo de indício tem que ser corroborado por outras provas, uma vez que ninguém pode ser condenando somente por figurar como diretor no estatuto da empresa (STJ, HC 13.597/PA, Jorge Scartezzini, 5ª T., u., 13.11.00) ou como sócio-gerente no contrato social (TRF4, AC 19997104002776-4/RS, Vladimir Freita, 7ªT., u., DJ 15.5.02), exigindo-se, para condenação, a prova de que tenha poderes de gerência. Essa confirmação se dá especialmente pela prova oral, seja pelo interrogatório do próprio réu, que pode admitir que administrava a empresa, pela inquirição de testemunhas, o fiscal responsável pela autuação, os empregados ou ex-empregados e até mesmo os clientes da empresa arrolados como testemunhas abonatórias pela defesa podem revelar quem dirigia os negócios e com quem mantinham os seus contatos.

De igual modo, a responsabilidade tributária prevista no art. 135, inciso III, do CTN pode auxiliar na identificação do sujeito ativo dos crimes contra a ordem tributária, pois o fato de alguém figurar como diretor, gerente ou representante legal de uma empresa, por certo, o torna responsável, perante a Administração Fazendária, pelo cumprimento das obrigações tributárias.

Por consequência, a autoria nos crimes de sonegação fiscal cabe aos administradores, proprietários, gerentes ou diretores, já que são detentores de poderes gerenciais, de decisão, de mando ou de administração da pessoa jurídica.

Conforme sintéticas palavras de Prado (2014, p. 275):

> [...] agente do delito é aquele que realiza a ação ou omissão descrita no tipo objetivo (contribuinte ou responsável) ou determina, ordena ou prescreve a terceiro que atue em seu nome. As regras da autoria e da participação são plenamente aplicáveis. Ainda que o agente não venha a determinar a prática da referida conduta, mas tenha dela conhecimento e a utilize para supressão ou redução de tributo, é sujeito ativo

do delito.

Contudo, ainda que no direito penal não se admita a responsabilidade objetiva, fato é que na qualidade de administrador da empresa presume-se– relativamente – o exercício das atividades empresariais, inclusive as de cunho fiscal, o que pode ser confirmado pela acusação ou afastado pela defesa durante a instrução processual.

Nesse sentido é a seguinte lição de Eisele (2002, p. 50):

> Em princípio, o administrador de uma empresa possui o domínio do fato de todas as atividades realizadas por esta, eis que age por intermédio da pessoa jurídica. Nesse contexto, geralmente o contrato social indica o administrador de fato da empresa. Essa individualização é um indício que gera a presunção de que este (em princípio e, até que, eventualmente, seja provado o contrário) é o emitente das linhas gerais de atuação da atividade empresarial. Nesse caso, presume-se que as orientações referentes aos atos praticados no exercício da atuação empresarial foram emitidas (ainda que de forma genérica, indireta ou implícita) pelo administrador de fato que comanda a pessoa jurídica, independentemente da designação que este receber (gerente, diretor etc.).

Aliás, é prescindível que o sócio-administrador, de mão própria ou não, tenha de realizar a escrita fiscal ou contábil da pessoa jurídica, ou mesmo que presencie a sua confecção, sendo suficiente que participe das decisões ou delegue essa função a terceiro de sua confiança, ou ainda, que a ele aproveite o produto da sonegação, para sua responsabilização nos crimes contra a ordem tributária.

Com efeito, cabe ao administrador a responsabilidade pelas operações fiscais praticadas em nome da pessoa jurídica, devendo responder pelo crime de sonegação fiscal.

Acerca do tema, colhe-se da doutrina de Eisele (1998, p. 221):

> O sujeito que consta como administrador no contrato social da empresa à época da conduta (tempo do crime, art. 4º do CP) praticada por intermédio desta, presume-se autor do delito, ao menos na modalidade intelectual, devendo provar o contrário, caso impute a iniciativa anímica da conduta de terceiro (por exemplo, um funcionário) invertendo, assim, o ônus da prova devido à alegação de circunstância fática nova nos autos (art. 156 CPP), divergente das circunstâncias constantes na documentação constitutiva da pessoa jurídica.

A propósito, transcreve-se a seguir jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> […] O contribuinte deve se responsabilizar pela declaração prestada à Receita Federal, mesmo que esta tenha sido elaborada por terceiros, não sendo crível que empresários do ramo de postos de gasolina, com mais de vinte e duas filiais, tenham confiado incondicionalmente no contador, a ponto de não acompanhar as declarações de ajuste anual apresentadas à Receita Federal e o pagamento dos tributos em valores inferiores do que os devidos. Inverossímil a alegação de que o contador tenha prestado informações falsas aos sócios […] (TRF da 1ª Região, 3ª T., Ap 0020594-41.2003.4.01.3500, Rel. Des. Fed. Carlos Olavo, j. 14-12-2011, e-DJF1 20-12-2012, p. 162)

No mesmo sentido, colhe-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Rondônia e Santa Catarina:

> Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária (art.1º, I e II, da Lei n. nº 8.137/90). Materialidade e autoria. Comprovação nos autos. Absolvição. Impossibilidade. Responsabilidade de funcionários. Afastada. Dolo genérico. Inexistindo circunstâncias que excluam o crime ou isente o réu, mantém-se a condenação. A responsabilidade pela sonegação, especialmente no que tange à quitação de tributos, é do administrador legal da empresa. (Apelação Criminal n. 1006576-62.2017.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Valter de Oliveira, julgado em 04/04/2019)
> […] Tocante aos crimes contra a ordem tributária, a doutrina e a jurisprudência dominantes apontam que por eles devem responder os administradores das pessoas jurídicas, porquanto são os comandantes da atividade empresarial e responsáveis pelas decisões sobre os rumos e políticas que devem seguir, nisso incluído o adimplemento dos tributos devidos (Apelação Criminal n. 2013.064641-1, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Desembargador Sérgio Rizelo, julgado em 16/12/2014).

Não bastasse isso, ainda que se admitisse que a conduta fosse perpetrada diretamente pelo contador, não haveria dúvidas de que o administrador também concorreu para a prática criminosa, pois era sua obrigação, como gestor da sociedade empresária, fiscalizar as funções delegadas a terceiro.

Por oportuno, destaca-se o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, excluindo a responsabilidade do contador nos crimes contra a ordem tributária:

> PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. ALEGAÇÃO

> DE NULIDADE. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PREJUÍZO NÃO VERIFICADO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. ADMINISTRADOR. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. OMISSÃO DE RECEITAS. PRESUNÇÃO RELATIVA. DOLO GENÉRICO. CONTADOR. AUTORIA NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE PROVA ACIMA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. ART. 12, I, DA LEI Nº 8.137/90. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. […] 5. Até prova em contrário, o contador, como empregado ou prestador de serviços, elabora as declarações de acordo com as orientações e com base na documentação fornecida pelo administrador da pessoa jurídica, competindo a este o poder de decidir se haverá ou não supressão de tributo, ou seja, a decisão quanto à prática ou não do crime. 6. Inexistindo prova acima da dúvida razoável da participação do contador nos fatos narrados na denúncia, impõe-se a absolvição deste. […] (Tribunal Regional Federal da 4ª Região - APELAÇÃO CRIMINAL: ACR 50050437420124047205 - SC 5005043-74.2012.404.7205; Orgão Julgador: OITAVA TURMA; Julgamento: 1 de Fevereiro de 2017; Relator: DANILO PEREIRA JUNIOR).

Por outro lado, mesmo a pessoa que não faça parte do quadro societário da empresa poderá ser sujeito ativo do delito de sonegação fiscal, em coautoria, como, por exemplo, o contador responsável, nos termos do artigo 11 da Lei nº 8.137/90.

E assim permite a jurisprudência:

> Apelação Criminal. Crime Contra a Ordem Tributária. Preliminar. Prescrição. Pena em concreto. Inocorrência. Extinção da Punibilidade. Mérito. Absolvição. Falta de provas. Responsabilidade de terceiro. Impossibilidade. Para aferição da prescrição dos crimes tributários, conta-se como data do fato a efetiva inscrição do débito em dívida ativa, quando então passa a ser exigível o pagamento do tributo ora sonegado e, não sendo atingido o prazo prescricional indicado pela pena em concreto entre algum dos marcos interruptórios, afasta-se a tese de prescrição. **O sócio-administrador da sociedade empresária é responsável civil e criminalmente pelos atos praticados pela empresa, salvo quando demonstrar de forma inequívoca a responsabilidade de terceiros pelo fato, em circunstância que revele pelo menos dúvida razoável da autoria.** (Apelação Criminal n. 0003200-49.2016.822.0007, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Valdeci CastellarCiton, julgado em 16/05/2018). [Grifo nosso].

Portanto, pode-se afirmar que são responsáveis pessoal e diretamente

pelo crime de sonegação fiscal os sócios-administradores de empresas e todos quantos, de certa forma, participarem dos atos delituosos ou contribuírem para que eles se consumem.

3 RESPONSABILIDADE PENAL DO SÓCIO E/OU ADMINISTRADOR SOB A ÓTICA DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A teoria do domínio do fato amplia o conceito de autor do delito para abranger além do executor do núcleo do tipo penal, aquele que detém o controle final do fato.

A teoria restritiva ou objetivo-formal, adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a qual o autor do crime é tão somente aquele que executa o núcleo do tipo penal, mostra-se insuficiente para completa análise da autoria delitiva na seara penal tributária.

Conforme explicitado alhures, a responsabilidade penal nos crimes contra a ordem tributária recai exclusivamente às pessoas físicas. A esse propósito, quando a sonegação tributária é perpetrada em nome da pessoa jurídica, em razão da estrutura existente no ente fictício, faz-se imprescindível a análise da autoria delitiva por uma perspectiva doutrinária complexa, a fim de determinar quem de fato detém o controle da ação praticada, aquele que é o sujeito ativo do tipo penal.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional traz em seu dispositivo rol taxativo daqueles pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração de lei. Todavia, referido dispositivo não se aplica à esfera penal, pois como anteriormente destacado há distinção entre a responsabilidade tributária – prevista no artigo 135, CTN – e a responsabilidade penal.

Nessa senda, visando à determinação da autoria aplicada ao Direito Penal, surge no direito pátrio a teoria objetivo-subjetiva, também denominada de teoria do domínio do fato, que se subdivide em quatro modalidades, quais sejam: autor propriamente dito, autor intelectual, autor mediato e coautores, que, segundo os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 156), evidenciam que a autoria do fato delituoso compete a quem domina a realização do fato.

Notadamente em relação aos crimes contra a ordem tributária, o objeto de estudo pauta-se na autoria mediata, que para Roxin, precursor da teoria adotada atualmente em nosso ordenamento jurídico, consiste na prática delitiva por intermédio de terceiro em virtude do uso de aparatos organizados de poder.

Segundo construção doutrinária, a autoria do fato típico é imputada "aquele que vai decidir quando, como e se o crime será praticado; trata-se de autoria mediata; está-se a falar do mentor intelectual, isto é, aquele que não pratica o núcleo do tipo, porém tem o domínio da situação" (MORO, 2016).

No mesmo sentido, Bitencourt (2012) destaca que "embora o domínio do fato suponha um controle final, "aspecto subjetivo", não requer somente a finalidade, mas também uma posição objetiva que determine o efetivo domínio do fato".

A fim de exemplificar a aplicação da mencionada teoria aos crimes contra a ordem tributária, Lima (2017, p. 157) cita que, eventualmente, ao prestar informações falsas às autoridades fazendárias, com o escopo de reduzir ou suprimir a arrecadação do tributo, o sujeito ativo do crime utiliza-se de um terceiro, sob seu comando.

> De regra quem detém o domínio final da ação é o administrador, que pode ser um sócio-gerente, um diretor, um administrador de fato que se utilize de um *laranja* figurando formalmente como administrador, mas que não detenha nenhuma relação com a empresa, etc. Logo, à luz da teoria do domínio do fato, é este administrador que deve ser considerado *autor* do delito. (LIMA, 2017, p. 157).

Subsidiando a aplicação do referido instituto aos crimes fiscais, o caput do artigo 11 da Lei 8.137, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências, dispõe que "quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade".

Ademais, a culpabilidade exigida na Lei Penal é aferida a partir do elemento subjetivo consistente no dolo genérico em suprimir a arrecadação de tributos. Nessa toada, pertinente trazer à baila recente jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de relatoria do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto:

> [...] 2. O sujeito ativo do crime de sonegação de tributo cometido no âmbito de uma pessoa jurídica é, em regra, o seu administrador: A pessoa que detém o poder de gerência, o comando, o domínio sobre a prática ou não da conduta delituosa. A teoria do domínio da organização, como espécie da teoria do domínio do fato, desenvolvida por ClausRoxin, a explicar a autoria mediata, em que o líder da organização, com poder de mando, determinando a prática delitiva a subordinados, autoriza a responsabilização por esta. Precedentes. (…) 5. O elemento subjetivo do tipo é o

> dolo genérico, bastando, para a perfectibilização do delito, que o agente tenha a vontade livre e consciente de suprimir ou reduzir o pagamento de tributos. 6. Erro de proibição não verificado, diante da ausência de comprovação de que o réu não possuía meios que lhes viabilizassem o conhecimento do ilícito penal. […] (TRF 4ª R.; ACR 5004539-88.2018.4.04.7001; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto; Julg. 22/05/2019; DEJF 24/05/2019).

No mesmo sentido, colaciona-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

> [...]. 7. Domínio do fato X proprietário da empresa. O simples fato do proprietário ser o administrador da empresa é indicativo fundamental para a sua responsabilização penal, afinal, tem ele o domínio do fato sob as mais variadas formas. É ele, geralmente, nestas circunstâncias, a figura central da conduta delituosa. Aqui, toda a prova oral judicial, corroboradora da não menos robusta prova oral extrajudicial, deu conta de que os réus eram, sim, os proprietários da empresa e que negociaram com empresas inativas, objetivando a supressão de tributo. Inteligência da doutrina de Alecio Adão Lovatto. (...) (TJSP; APL 0002465-16.2012.8.26.0081; Ac. 11125810; Adamantina; Terceira Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Airton Vieira; Julg. 30/01/2018; DJESP 08/02/2018; Pág. 2481).

Os julgados acima evidenciam a aplicação do instituto em estudo, demonstrando que para a caracterização da autoria delitiva nos crimes contra a ordem tributária, praticados em nome de pessoa jurídica, a responsabilização, em regra, recai sobre o sócio ou administrador, pois estes possuem domínio sobre a ação executada, tendo, inclusive, o dever de fiscalizar a atuação dos profissionais contratados, que, até provem contrário, respondem a comandos da cúpula societária.

4 RESPONSABILIDADE PENAL DO SÓCIO E/OU ADMINISTRADOR SOB A ÓTICA DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Conforme já explanado no primeiro tópico, o elemento subjetivo dos crimes contra a ordem tributária é o dolo, consistente na intenção do agente de sonegar o tributo devido. Contudo, a recrudescente prática de crimes desta natureza levou ao desdobramento e evolução de sua análise pelos Tribunais Pátrios, que enxergaram outras vertentes gestadas no Direito Comparado.

Assim, passou a ser aplicada a Teoria da Cegueira Deliberada ou *WillfulBlindnessDoctrine,* também definida como Ignorância Inventada ou Teoria do Avestruz, nascida no Direito Anglo-Saxão e utilizada em larga escala nos Tribunais norte-americanos. Excelente definição foi encontrada no caso*"In reAimster Copyright Litigation"*, julgado pela Suprema Corte

estadunidense:

> *Cegueira voluntária é o conhecimento (...)* **é a situação em que o agente, sabendo ou suspeitando fortemente que ele está envolvido em negócios escusos ou ilícitos, toma medidas para se certificar que ele não vai adquirir o pleno conhecimento ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso.** *Em United States v. Giovannetti (1990) restou estabelecido que* **o esforço deliberado para evitar o conhecimento da ilicitude é tudo que a lei exige para estabelecer a culpa do acusado**.*" [Grifo nosso].*

Em outros termos, a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada tem o escopo de responsabilizar criminalmente o agente que, de maneira deliberada, busca permanecer em estado de completo desconhecimento acerca da ilicitude de suas práticas, embora seja possível, pela natureza dos seus atos, percebê-la. Assim, valendo-se dessa condição, por ocasião das investigações ou do processo judicial, o agente alega que não tinha conhecimento da ilegalidade de sua conduta, com a intenção de afastar eventual criminalização.

No Brasil, referida doutrina ganhou notoriedade no furto ao Banco Central, popularmente conhecido como "o assalto ao Banco Central", ocorrido em 2005 em Fortaleza/CE, que resultou na subtração de mais de 160 (cento e sessenta) milhões de cédulas de R$ 50 (cinquenta reais). Na Ação Penal registrada sob o nº 2005.81.00.014586-0, julgada em segunda instância pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, além dos infratores, também foram denunciados os sócios da loja dos automóveis utilizados pelos criminosos.

Na primeira instância, o juiz singular entendeu que os sócios da loja agiram com dolo eventual, diante da utilização de valores com provável origem ilícita, e os condenou pelo crime de lavagem de capitais. Entretanto, apesar da teoria aventada na primeira instância, o TRF firmou o entendimento de que a legislação pátria não previa, para a prática do crime, o dolo eventual, mas tão somente o dolo direto, e dessa forma, reformou a decisão do juízo a quo.

Todavia, ganhou nova repercussão na Ação Penal nº 470, o "Caso Mensalão", em que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal mencionou a Teoria da Cegueira Deliberada. Na ocasião, o julgador sustentou que era possível restar configurado o crime de lavagem de valores com aplicação do dolo eventual apoiado na Teoria da Cegueira Deliberada.

Recentemente, o então Juiz Federal Sérgio Moro tornou-se um

conhecido adepto desta doutrina, aplicando-a na propalada "Operação Lava-Jato", que investigou um gigantesco esquema de lavagem de dinheiro e pagamento de propinas, que culminou no desvio de bilhões de reais dos cofres públicos. O então magistrado assim postulou pela sua aplicação:

> […] 345. Para todos eles, entendo que a prática sistemática de fraudes, em quantidade elevada e por período prolongado, **torna impossível o não reconhecimento do agir doloso. No mínimo, teriam agido com dolo eventual.**
> 346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglosaxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da "cegueira deliberada" ou "willfulblindness" e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. [...]
> 347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, **não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.** *[Grifo nosso]. (13ª Vara Federal de Curitiba/PR. Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Juiz Sergio Moro)*

Atualmente, essa doutrina vem sendo utilizada em crimes de diversas naturezas, notadamente nos crimes de tráfico de entorpecentes, de lavagem de capitais, e, conforme abordaremos adiante, nos crimes contra a ordem tributária.

É assentado, como já destrinchado, que, na legislação penal tributária e na doutrina especializada, os crimes tributários exigem o dolo do agente para restarem configurados. Por outro lado, frequentemente, os sócios cotistas e/ou administradores das empresas, sustentam que delegaram as questões fiscais aos profissionais contratados, neste caso, aos contadores ou técnicos contábeis, e não tinham conhecimento de eventuais práticas ilícitas adotadas po*r* esses profissionais.

Para melhor ilustração, vislumbre-se a seguinte hipótese: o sócio-proprietário da pessoa jurídica conhece, ou deve conhecer, as movimentações financeiras, os débitos e os lucros gerados pela atividade desempenhada. Dessa forma, se, ao final do mês ou na conclusão de uma operação comercial, o administrador obtém um lucro acima do esperado, deveter ciência de que algo irregular ocorreu.

No julgamento do Agravo Regimental do Agravo Especial nº 1009274, de Relatoria do Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, em um caso que julgava o Ministério Público Federal, pugnou pela aplicação da teoria da cegueira deliberada, manifestando, em síntese, que

"o autor dos fatos tinha totais condições de verificar

> *a inidoneidade do crédito de ICMS gerado por meio de empresas fictícias ou inidôneas. Assim, no mínimo, o réu assumiu o risco de fraudar o fisco, gerando sua responsabilização pelo ato por dolo eventual […]" (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Aresp 1009274 MG 2016/0288729-2. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em 18/04/2017).*

O catedrático Luiz Flávio Gomes (2016), ao discorrer sobre o tema, esclarece que é necessário cumprir determinados requisitos para aplicar a doutrina da cegueira deliberada. É imperioso que o criminoso participe de maneira efetiva em alguns atos; embora o agente alegue não ter conhecimento do fato por inteiro, deve tê-lo de forma parcial, assumindo o risco de envolver-se em fato criminoso, daí a relação existente entre a mencionada teoria e o dolo eventual.

Logo, embora o sujeito não tenha plena consciência dos fatos em que está envolvido, o parcial conhecimento deve servir como um sinal de que algo está errado, sinal este que deve impedi-lo de prosseguir na comprovada atividade criminosa. Para o Professor, "diante da luz amarela é sempre correto se abster (parar). É correto não avançar (correto jurídica e moralmente)".

Se, mesmo frente ao alerta, o indivíduo opta por prosseguir, resta claro que, de forma proposital, busca ignorar a completude dos fatos, e, assim, caracteriza a chamada cegueira deliberada, sabedor de que a sua parte, aquela fração que realiza, integra o todo, o crime propriamente dito. Não há, na conduta do criminoso, a vontade de não atuar de forma criminosa, mas de não "saber" que aquela conduta importa em ilícito penal.

A diferença entre a cegueira deliberada e o dolo direto reside exatamente no quantumé sabido pelo agente. Enquanto na cegueira deliberada ele conhece parte do fato criminoso e isto é suficiente para que ele assuma o risco de praticar um crime, no dolo direto há total conhecimento dos fatos. Noutra senda, no dolo eventual, o autor sabe de todo o fato e assume o risco de produzir um resultado.

Partindo-se dessa premissa, conforme o caso concreto a ser analisado, é mister que o julgador atente-se para a responsabilidade dos sócios-proprietários e/ou administradores da empresa, que possuem o dever de acompanhar a movimentação da pessoa jurídica e o de fiscalizar a conduta dos profissionais contratados por ele, seja o contador que realiza a escrituração fiscal da pessoa jurídica, seja um funcionário ou terceiro de sua confiança.

CONCLUSÃO

O poder de tributar é o instrumento voltado a suprir os cofres públicos de recursos suficientes à manutenção dos serviços públicos, e por conseguinte, à satisfação dos interesses coletivos, satisfação esta que caracteriza precipuamente a função do Estado, não havendo como dissociar a função social do tributo, intimamente ligada à ideia de justiça tributária e distributividade, com a própria função do Estado, o qual, por sua vez, tem o dever de garantir a eficácia do Direito, e dessa forma, proteger tanto os seus próprios bens jurídicos quanto os de todos os que se submetam à sua soberania.

A justificação do crime fiscal reside no fato de que a conduta delituosa, além de causar grave prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário, também acaba por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos.

Sendo assim, o bem jurídico protegido pelas normas que definem os crimes contra a ordem tributária, objeto do interesse público primário, é aquele vinculado às funções que a receita tributária deve cumprir para a sociedade ou a consecução dos objetivos constitucionais de um Estado Social e Democrático de Direito, o qual não se confunde com o interesse público secundário da fazenda pública.

Tratando-se a ordem tributária de um bem jurídico de importância tamanha a merecer a tutela penal, por parte de uma legislação especial, no ordenamento pátrio, a Lei n. 8.137/90 regula inteiramente a matéria em comento, definindo as condutas fraudulentas e cominando as respectivas sanções.

Diante disso, indaga-se: Quem seria o autor no crime de sonegação fiscal praticado por intermédio de pessoa jurídica?

Acerca do tema, observou-se que o ordenamento jurídico vem evoluindo na compreensão da autoria e do dolo nos crimes de sonegação fiscal, e ampliando o conceito de autor do delito para abranger, além do executor do núcleo do tipo penal, o sujeito que detém o controle final do fato, o que cria estratégias para não tomar conhecimento de elementos do tipo penal, ou ainda aquele que deixa de investigar suspeita acerca de situação delituosa em que está inserido.

Inicialmente, demonstrou-se que a teoria restritiva ou objetivo-formal, adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a qual o autor do crime é tão somente aquele que executa o núcleo do tipo penal, mostrou-se insuficiente para completa análise da autoria delitiva na seara penal tributária.

Nesse contexto, em completude às interpretações mais restritivas

do conceito de autoria, surge a teoria objetivo-subjetiva, também denominada de teoria do domínio do fato, originariamente concebida pelo alemão Hans Welzel, em 1939, e que veio a se tornar internacionalmente conhecida após a publicação da obra TäterschaftundTatherrschaft ("Autoria e Domínio do Fato no Direito Penal"), pelo jurista ClauxRoxin, em 1963.

A Teoria em questão aduz a uma interpretação extensiva do conceito de autoria, segundo um critério final-objetivo, entendendo-se também como autor e não um mero partícipe, aquele que domina a realização do crime, arquitetando, controlando e instruindo a sua execução, bem como a sua continuidade, em contraposição ao critério formal-objetivo que aponta como autor, exclusivamente aquele que realiza a conduta do verbo típico.

Conforme demonstrado no presente trabalho, a supracitada teoria vem sendo amplamente aceita e aplicada pelos tribunais pátrios nos crimes contra a ordem tributária, imputando-se a autoria delitiva no crime contra a ordem tributária, praticado em nome de pessoa jurídica, aos sócios-gerentes e diretores da firma, pois são essas pessoas, em regra, que se encontram nas condições de praticá-lo ou impedir sua concretização, controlando assim o iter criminis, cabendo a estes, inclusive, o dever de fiscalizar a atuação dos profissionais contratados.

Em seguida, discorreu-se também acerca da Teoria da Cegueira Deliberada, que vem ganhando espaço na jurisprudência, e preleciona que age em cegueira deliberada quem cria estratégias para não tomar conhecimento de elementos do tipo penal e quem deixa de investigar suspeita acerca de situação delituosa em que está inserido, concluindo-se que agir conscientemente não é necessariamente agir apenas com conhecimento positivo, mas também agir com desprezo quanto à elevada probabilidade da existência do fato em apreço.

Na seara do direito penal, verifica-se que a teoria da cegueira deliberada tem sido aplicada com mais frequência nos crimes de lavagem de dinheiro, mas tem alcançado também a análise de delitos como estelionato, peculato, corrupção no âmbito eleitoral e inclusive sonegação fiscal.

Mencionaram-se os três casos emblemáticos que envolvem o instituto no Brasil, e nos quais se discute mais claramente o elemento subjetivo do crime sob tal ótica, quais sejam: 1) o caso do furto ao Banco Central de Fortaleza, no qual os sócios-proprietários da empresa de venda de veículos foram condenados em 1º grau na Justiça Federal, pela prática do crime de lavagem de capitais com base na teoria da cegueira deliberada; 2) a Ação Penal n. 470 ("Mensalão"), na qual o Min. Celso de Mello se manifestou admitindo a configuração do crime de lavagem de capitais mediante dolo eventual, cujo reconhecimento apoiar-se-ia no denominado

critério da teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada"; e 3) a Ação Penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000, no qual o juiz Sérgio Moro, em análise à possibilidade da utilização do instituto do dolo eventual em relação à lavagem de dinheiro, considerou pertinente a exposição da WillfulBlindnessDoctrine (Teoria da Cegueira Deliberada), sobre a qual já discorreu em seu livro "Crime de lavagem de dinheiro", argumentando que o instituto foi adaptado ao civillaw pelo Supremo Tribunal Espanhol, quando assimilado ao dolo eventual.

Concernente à aplicação da supracitada teoria aos crimes contra a Ordem Tributária, demonstrou-se por meio de excerto do presente trabalho, notadamente da decisão do TRF da 4ª Região, no julgamento da Apelação Criminal 2003.70.00.056661-8, que condenou o contador do doleiro Alberto Youssef pelo crime de sonegação fiscal, porquanto deliberadamente fechou os olhos ao disparate entre a renda declarada pelo cliente e o valor disponível em moeda estrangeira no exterior, ser plenamente possível a aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada aos crimes de sonegação fiscal, conferindo, desse modo, efetividade à lei penal e à proteção à Ordem Tributária, e responsabilizando criminalmente o agente que, de maneira deliberada, busca permanecer em estado de completo desconhecimento acerca da ilicitude de suas práticas, embora seja possível, pela natureza dos seus atos, percebê-la.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALTAZAR JR., José Paulo. **Crimes Federais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 536.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A teoria do domínio do fato e a autoria colateral. In: **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em 03/07/2019.

BONA JÚNIOR, Roberto. É preciso discutir teoria da cegueira deliberada em crimes de lavagem. In: **Consultor Jurídico**. Publicado em: 19.11.2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-19/roberto-bona-preciso-discutir-cegueira-deliberada - crimes-lavagem>. Acesso em: 01/07/2019.

BRUTTI, Roger Spode. **Crimes contra a ordem tributária**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/ index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1465>. Acesso em: 01/07/2019.

COUTINHO, Fabiana de Oliveira. A Teoria da Cegueira Deliberada. Conteúdo Juridico, Brasilia-DF: 26/07/2013. Disponível em: <http://www.

conteudojuridico. com.br /?artigos&ver=2.44465&seo=1>. Acesso em: 01/07/2019.

CUNHA, Rogério Sanches. L**eis penais especiais: comentadas artigo por artigo** / Coordenadores Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Renee do Ó Souza – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. 2048p.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. Dialética. 2. ed. São Paulo: 2002, p. 50.

_____. **Crimes contra a ordem tributária**. Dialética. 1. ed. São Paulo: 1998. p. 221.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. In reAimster Copyright Litigation (2003). Disponível em: <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala /cyberlaw/inreaimster(9c6-30-03).htm>. Acesso em: 28 2019.

FERRAZ, Sérgio Valladão. Análise do art. 1º da lei nº 8.137/90 – A constituição definitiva do crédito tributário como requisito para a tipicidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com. br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10460>. Acesso em 01/07/2019.

GOMES, Luiz Flávio. Dilma, Temer, Lula, Aécio... podem ser condenados por cegueira deliberada? **Em tese**, sim. Caso Messi ajuda entender o assunto. 2016. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/366826589/dilma-temer-lula-aecio-podem-ser-condenados-por-cegueira-deliberada-em-tese-sim-caso -messi-ajuda-entender-o-assunto> Acesso em: 27/06/2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 5. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017. 1.248 p.

MORAES, Alexandre de, SMANIO, GianpaoloPoggio. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo: Editora Altas, 2006.

MORO, Talita Simões de Aquino. **Teoria restritiva e teoria do domínio do fato no direito penal brasileiro**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_**id=17823**>. Acesso em 02/07/2019.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 275).

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Breves apontamentos sobre a responsabilidade penal dos sócios e administradores de empresas. In: **Migalhas**. Publicado em: 23 de agosto de 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184860, 11049-Breves+apontamentos+sobre+a+responsabilidade+penal+dos+socios+e>. Acesso em: 01/07/2019.

TUTELA PROVISÓRIA E REMESSA NECESSÁRIA: (IN) COMPATIBILIDADE SISTÊMICA-NORMATIVA

PROVISIONAL TUTLE AND REQUIRED REFERENCE: SYSTEMIC-NORMATIVE (IN)COMPATIBILITY

Bruno Carlos Pastore[1]

RESUMO: após traçar noções sobre o microssistema normativo da antecipação de tutela e sua aplicabilidade contra a Fazenda Pública, bem como sobre o direito processual público e a remessa necessária, este artigo, baseado em pesquisa bibliográfica e documental, discorre sobre a (in)aplicabilidade de tutela provisória nos processos em que incidir o duplo grau de jurisdição obrigatório.

Palavras-chaves: tutela sumária, duplo grau de jurisdição obrigatório, Fazenda Pública, hermenêutica, contencioso judicial administrativo.

ABSTRACT: aftertracingnotionsabout the normative micro-system of guardianship anticipation and its applicability against the Public Treasury, as well as notions about Public Procedural Law and thenecessaryreferral, thisarticle, basedonbibliographicalanddocumentaryresearch, dealswiththe (in) applicability of provisionalprotection in cases involving the double degree of compulsory jurisdiction.

Keywords: summary protection, double degree of compulsory jurisdiction, Public Treasury, hermeneutics, administrative judicial litigation.

[1] Mestre em Direito e Sociologia (UFF/RJ). Especialista em Direito Processual Civil (UNISUL/SC) e emJudicialização das Questões Sociais (UFF/RJ). Professor de Direito (Faculdade São Lucas). Assistente Jurídico (MP/RO - Promotoria de Defesa do Patrimônio Público e da Probidade Administrativa). E-mail: brunopastore@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O deferimento de tutela provisória contra a pessoa jurídica de direito público é expressamente vedado em algumas hipóteses, consideradas excepcionais, voltadas à proteção do erário e/ou do interesse público.Porém, a regra da plena possibilidade de conceder em desfavor do Poder Público as tutelas de urgência e de evidência, previstas no Código de Processo Civil, comporta outras exceções, implícitas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, a partir de uma interpretação e aplicação sistêmica das normas concernentes à Fazenda Pública em juízo, este artigo aborda sobre a (in)compatibilidade existente entre dois institutos processuais, distintos e importantes, a tutela provisória e a remessa necessária.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE TUTELA PROVISÓRIA

Tutela provisória é, basicamente, instituto pelo qual o Poder Judiciário aplica uma técnica procedimental de antecipação, no tempo, dos efeitos da futura decisão final de mérito. Assim, a parte recebe logo no início do processo ou durante seu curso – liminarmente ou após manifestação da parte contrária – uma prestação jurisdicional antecipatória da providência pleiteada.

Essencialmente ligada ao fator **tempo**, essa tutela contrapõe-se à tutela-padrão (sentença), viabilizando "um pronunciamento por parte do Estado-juiz em momento diverso do ordinariamente estabelecido, sem a necessidade, acima de tudo, de certificação do direito a ser realizado" (KOEHLER e MIRANDA, 2014, p. 608). Realizar-se o direito sem certificá-lo, duelando a **segurança jurídica** (qualidade da tutela padrão/ordinária) com outros princípios: **inafastabilidade da jurisdição**, **acesso à justiça, efetividade** e **razoável duração** dos processos.

Assim, característica marcante da tutela provisória é a **sumariedade da cognição,** feita pelo juízo ao apreciar o pedido da parte, implicando numa decisão incapaz de operar coisa julgada material. Outra característica é a **provisoriedade**, pois a tutela sumária será substituída pela tutela final exauriente. Também se caracteriza pela **precariedade**,por estar sujeita a revogação ou modificação, total ou parcialmente, a qualquer tempo durante o processo, até que sobrevenha a decisão exauriente, em substituição ao que era provisório e sumário.

Tais características acarretam uma **responsabilidade objetiva** a quem pede e obtém a tutela provisória, de sorte que a parte contrária poderá, caso sofra prejuízos em decorrência dos efeitos da antecipação de tutela, demandar

a respectiva reparação (nos próprios autos quando possível), independente da demonstração de culpa.

A tutela provisória é uma "técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva" (Enunciado n. 28, FPPC). E tem dois fundamentos distintos: urgência e/ou evidência.

Quanto à tutela de **urgência**, há dois pressupostos cumulativos: a) que nos autos existam elementos que evidenciem a **probabilidade do direito** (*fumus boni iuris*); b) o **perigo de dano** ou o **risco ao resultado útil do processo** (*periculum in mora*). Essa espécie de tutela pode ter duas **finalidades**: a) acautelar o direito ou b) satisfazê-lo. Por três motivos é importante a diferenciação.

Primeiro, porque há um procedimento próprio pra cada, com prazos e ônus diferentes. Se a parte se equivocar quanto à natureza do seu pedido de tutela de urgência, é possível ao juiz aplicar procedimento diverso daquele pedido, por entender correto para o caso concreto, valendo-se do princípio da **fungibilidade**.

Segundo, porque para concessão da tutela antecipada/satisfativa a lei estabelece um pressuposto negativo, que não se aplica ao pedido de natureza cautelar/preventiva. Assim, além do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* (pressupostos positivos), é necessário que não exista **perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão**, isto é, que seja possível retornar-se ao *status quo ante* se, no curso do processo, houver a necessidade de ser alterada ou revogada a tutela antecipada; ou que, ao final, o juiz verifique a inexistência do direito.

Terceiro, porque apenas a tutela satisfativa tem o potencial de **estabilização**, ou seja, subsistir com seus efeitos práticos no decorrer do tempo sem a necessidade de prosseguimento do processo em direção à tutela de certificação final do direito. O processo se extingue, sem resolução do mérito, porém a tutela antecipada continua válida, irradiando seus efeitos. Esse fenômeno acontece, em suma, quando as partes não têm interesse na tutela final exauriente.

Essa estabilização é novidade no processo civil brasileiro e só se aplica, *a priori*, à tutela antecipada requerida **em caráter antecedente.** Considera-se **incidental** (não-antecedente) o pedido de tutela provisória feito na petição inicial, junto com o pedido principal; ou, ainda, após distribuição da demanda, por simples petição interlocutória atravessada nos autos. Já a

tutela provisória antecedente, manifesta-se por meio de uma **petição inicial provisória**, focada na questão emergencial e, quanto ao pedido principal de tutela final, meramente o aponta, sem aprofundamento, deixando para concluí-lo em momento posterior, por aditamento (ocorre um parcelamento da petição inicial); tudo sob o fundamento de urgência contemporânea à propositura da ação (MOZART, 2017, p. 59).[2]

A tutela de urgência de natureza **antecipada/satisfativa** é propiciadora "de resultado prático total ou parcialmente coincidente com aquele que em princípio seria gerado apenas pela sentença final" (TALAMINI, 2012, p. 18). Já a tutela provisória **cautelar/preventiva**"antecipa os efeitos de tutela definitiva nãosatisfativa (cautelar), conferindo eficácia imediata ao direito à cautela", a fim de prontamente assegurar ou preservar o direito afirmado (*referido*) e, assim, "neutralizar os efeitos maléficos do tempo" sobre ele (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 569).

Consoante essa doutrina, existem duas funções da cautelar: a) é provisória por dar eficácia imediata à tutela definitiva nãosatisfativa; b) é cautelar por assegurar a futura eficácia da tutela definitiva satisfativa, considerando que resguarda o direito a ser satisfeito, acautelando-o. Daí a referibilidade como característica da tutela cautelar - tal tutela se refere ao direito acautelado. Outra característica é a temporariedade (que é diferente de provisoriedade), pois a eficácia da tutela cautelar perdura apenas o tempo necessário à preservação a que se propõe, vindo a perder-se quando do advento da tutela satisfativa definitiva, esgotando-se sua finalidade acautelatória, ou seja, "cessará a eficácia da tutela cautelar, que perde a utilidade de acautelar um direito já realizado" (DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 616).

Basicamente, a tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. **Exemplificando**[3]: a) é tutela antecipada "a própria nomeação e posse antes da sentença no processo em que se pleiteia a nomeação e a posse" em cargo público; semelhantemente, "em demandas que se pleiteia o pagamento de quantia certa, o pagamento da quantia é outro exemplo de tutela antecipada"; b) é tutela cautelar "o pedido de reserva de vaga em demanda quando se pleiteará a nomeação e a posse"; bem como a "indisponibilidade de um valor ou bem em demanda para se

[2] "Sabe aqueles casos em que o cliente aparece já quase morrendo? Teve um acidente de carro e a pessoa vitimada tem o tratamento cirúrgico negado pelo plano de saúde. O familiar te procura para entrar com a ação. Nesses casos dá pra fazer aquela petição inicial perfeita? Revisada e cheia de jurisprudência atualizada?". Em casos assim, "o autor poderá fazer sua inicial limitando-se à exposição do pedido de urgência (explicar o que está acontecendo e requerer a liminar), bem como indicar os pedidos de tutela final. Tipo uma petição inicial de uma ou duas folhas (é a petição inicial PROVISÓRIA)". (MOZART, 2017, p. 59)

[3] O próprio CPC/2015 trouxe exemplos de "tutela de urgência de natureza cautelar", dispondo que ela "pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguração do direito" (art. 301).

assegurar futuramente o provimento jurisdicional para receber quantia certa" (MENDES e SILVA, 2015, p 213-214).

Quanto à **tutela de evidência**, "é autoexplicativa" – aduz CARDOSO (2017, p. 30) – afirmando que "a ordem jurídica confere maior proteção à situação jurídica de evidência do direito afirmado, e não o faz por acaso, mas sim para distribuir de maneira mais justa o ônus do tempo do processo."[4]Na verdade, as hipóteses em que o Código admite a tutela de evidência são limitadas e taxativas.[5]

Nada impede que urgência e evidência estejam concomitantemente presentes nas razões do pedido de tutela provisória. Mas, na tutela de evidência, desnecessário alegar situação emergencial, pois o foco está na aparência do direito, na sua grande probabilidade.

Em suma, a tutela provisória representa um "meio disponibilizado pelo direito processual para prestar a tutela adequada do direito material",pois o atendimento a situações jurídicas específicas se revela como "corolário inafastável dos princípios do acesso à justiça e da efetividade do processo" (MACEDO e PEIXOTO, 2015, p. 195). Ademais, atempestividade da tutela jurisdicional constitui "um dos três predicados sem os quais não se cumpre satisfatoriamente a garantia constitucional de acesso à justiça (efetividade-tempestividade-adequação)" (DINAMARCO, 2016, p. 26).

Destarte, sendo atutela provisória instituto tendente a neutralizar ou minimizar os efeitos nocivos da mora processual, ao menos para certas circunstâncias da vida, sua aplicabilidade passa por uma zona de tensão, onde se busca aliar segurança jurídica e efetividade-celeridade processual. Para tanto, é preciso adotar sempre um viés garantista do processo – mas um "garantismo moderado"(MIRANDA NETTO, 2010, p. 17-25).

2 NOÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL PÚBLICO

O Direito Processual é ramo do Direito Público e, na tradicional divisão do direito em público e privado, tem dois sub-ramos: Direito Processual

[4] Ter o bem litigioso durante o tempo do trâmite processual "é um valor em si, é uma vantagem jurídica e econômica apreciável" (COSTA, 2011, p. 71), devendo usufruir dela a parte que demonstra uma alta probabilidade de ser o vencedor da lide.

[5] I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Privado[6] e Direito Processual Público.[7]Historicamente, a dicotomia público-privado contrapôs o processo civil ao processo penal, conferindo àquele abrangência a abarcar tudo quanto não fosse matéria criminal. Tamanha abrangência, formando uma unidade, vem sendo fragmentada na busca de uma **tutela jurisdicional diferenciada.**[8]

Não obstante, nosso sistema processual civil é ainda residual e bastante abrangente[9], subdividindo-se em vários procedimentos de realização dos múltiplos direitos pelo Poder Judiciário, inclusive direitos dos cidadãos em face do Estado e vice-versa.Assim, "o processo civil não se presta à aplicação, ao caso concreto, apenas do direito privado, mas também do público. As contendas entre o particular e a Fazenda Pública são veiculadas em processos cíveis" (GONÇALVES, 2016, p. 62).

O fato de não termos um Código de Processo Tributário, um Código de Justiça Administrativa[10], um Código de Processo Ambiental e nem um Código de Processo Previdenciário, faz com que o CPC/2015 funcione como um verdadeiro Código de Direito Processual(geral), englobando causas de direito civil e de direito público (individuais ou coletivas).

Atualmente, para mapear e compreender a participação processual do Estado em todas as suas formas é preciso consultar muitas leis e ter um aguçado conhecimento hermenêutico de como elas se relacionam e se aplicam em juízo. Há um excesso de jurisdicização no Brasil e, no âmbito do contencioso judicial administrativo, tal fenômeno ocorre de maneira dispersa e nada didática.

Ao CPC/2015, portanto, recorrem os operadores do direito em busca de respostas a questões envolvendo o **direito processual público**[11]. Ao cunhar essa expressão, BUENO pretendeu evidenciar "que determinadas regras do processo dizem respeito de forma mais aguda – senão exclusivamente – às ações em que uma das partes é o Poder Público" (2008, p. 1). CUNHA assimilou essa ideia ao escrever que a "sistematização e o incremento das

[6] Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho, Direito Processual Empresarial.

[7] Direito Processual Constitucional, Direito Processual Administrativo, Direito Processual Tributário, Direito Processual Previdenciário, Direito Processual Penal.

[8] A tutela diferenciada busca atender mais diretamente o direito material envolvido, mas "a adaptação do direito processual também é pautada pelas peculiaridades dos diferentes sujeitos processuais titulares das situações jurídicas afirmadas" (MACEDO e PEIXOTO, 2015, p. 212).

[9] O CPC/2015 é o maior regulador da judicialização das questões sociais no Brasil. Seu art. 15 dispõe que, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, "as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

[10] "O sonho antigo de um Código Processual Tributário (e também de um Código de Justiça Administrativa) deve figurar hoje como uma das prioridades dos estudiosos de Direito Processual, não podendo ser desconsiderados os resultados científicos alcançados e a influência dos direitos fundamentais" (MIRANDA NETO, 2008, p. 29).

[11] É Cássio Scarpinella quem introduziu essa expressão, laborando em delimitar seu conteúdo (BUENO, 2000, pp. 39 e ss.).

normas relativas à Fazenda Pública em juízo vêm ressaltando a atenção de alguns estudiosos que consideram, inclusive, já haver um regime próprio relativo ao tema" (2016, p. 2).

Termo de igual conotação é **contencioso judicial administrativo**. Nesse campo da Justiça brasileira, o número de processos acumulados e morosos é maior, pois a Fazenda Pública é uma litigante habitual, campeã nas estatísticas, fato reiteradamente relatado, ano a ano, pelo CNJ (Justiça em Números).

> Justifica-se o estudo processual específico dos litígios envolvendo o **direito material público** não só em virtude do regime processual diferenciado existente, mas das dificuldades específicas que enfrenta o cidadão para ter os seus direitos subjetivos públicos (constitucionais, administrativos, tributários, previdenciários etc.) efetivados frente ao Estado (MIRANDA NETTO, 2008, p. 3).

Vislumbra-se um sistema normativo de **privilégios/prerrogativas**do Poder Público em juízo, cuja tônica está nas regras de diferenciação do procedimento comum, procurando garantir **vantagens/proteção** à Fazenda Pública frente às pretensões dos particulares; um sistema de blindagem processual do Estado em nome do interesse público, da indisponibilidade do erário, da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos.

ARAÚJO usa a expressão *"cinturão protetor* da fazenda pública*"* para ilustrar o significado de várias leis que impuseram restrições de liminares contra ela, ao ponto de limitarem "o exercício do direito fundamental à tutela jurisdicional", e que "esta tendência, pelo que se percebe, foi mantida com a LMS de 2009 e pelo CPC/15 (art. 1.059)" (2017, p. 134).

Nessa perspectiva, vislumbra-se um sistema que dificulta o acesso à Justiça pelos cidadãos e que espelha, na visão de MIRANDA NETTO (2008, p. 49-55), um **estado processual de exceção**, no qualvivemos permanentemente. Na mesma esteira BUENO ao afirmar que, "no caso do Estado de Direito Brasileiro, que se *realiza* no exercício jurisdicional, só o particular está *abaixo* da ordem jurídica", pois o Estado "sempre aparece acima dela, criando novas regras para tutelar este ou aquele interesse específico" (2008, p. 322).[12]

[12] BUENO assevera: "O Estado, ciente de que pode ser acionado por atos que pratica, confortavelmente modifica regras processuais para que o acesso à justiça e sua efetividade correlata sejam apenas e tão somente ilusórias. No afã de tutelar seus interesses secundários, desvia-se de seus misteres primários e do verdadeiro interesse público. Frustra expectativas e nega a fonte de sua própria criação, a Carta Constitucional" (2008, p. 322).

3 APLICABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

No Livro V da Parte Geral do CPC/2015, onde concentradas as disposições disciplinadoras da tutela provisória, nada se encontra em relação ao ente público. Assim, o microssistema estabelecido aplica-se normalmente, via de regra, à Fazenda Pública, quer figure no polo ativo ou passivo da lide, quer requerendo ou sendo requerida com pedido de antecipação de tutela.

> Os mesmos fundamentos que legitimam a atuação jurisdicional provisória em outros casos põem-se também nos conflitos de direito público. Também os pressupostos, riscos e limites gerais podem estar presentes. Evidentemente descarta-se a ideia de que medidas provisórias sejam inviáveis contra o Poder Público. Todavia, há normas proibitivas em alguns casos (MIELKE DA SILVA, 2015, p. 70-71).

MOLLICA escreveu que os "representantes de entes públicos chegaram a defender que a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública seria proibida sempre e em qualquer caso" (2016, p. 328). MIRANDA NETTO explica que, por estarem ligados a entidades públicas e ideologicamente a elas comprometidos, "de forma tendenciosa" elaboram "teorias para a legitimação da própria prática" (2008, p. 2). DIAS e MACHADO comentam que "houve certa hesitação da doutrina acerca da possibilidade ou não" (2016, p. 171). O tema sempre foi polêmico.

Sobre as "dúvidas e vacilações na doutrina", BENUCCI escreveu que "a tendência inicial entre os autores apontava para a não aceitação", por três motivos principais: a) "as disposições da Lei n. 8.437/92 (depois abarcada pela Lei n. 9.494/97)"; b) "o reexame necessário como condição de eficácia de decisão contrária ao ente público"; c) "a obrigatoriedade de que a realização dos pagamentos, por força de sentenças condenatórias do Poder Público, obedeça a ordem cronológica dos precatórios" (2001, p. 47-48).

Apesar das celeumas, só tem sentido a criação de restrições onde não há limites. Logo, **a plenitude da tutela provisória é regra**. O ideal do legislador, ao impor restrições, foi defender a Fazenda Pública contra o que o STF chamou de "abuso" no uso de liminares. Ocorre que, no excesso de restrições, pode restar esvaziada a tutela provisória, tal como vislumbrou Sydney Sanches, ex-Ministro do STF, ao consignar que "de restrição em restrição, sempre se poderia chegar ao verdadeiro aniquilamento da proteção cautelar efetiva, preservando-se uma proteção cautelar final meramente

ilusória" (ADI n. 223-6/DF, de 04.04.1990, p. 62).[13]

O auge dos debates em torno do tema ocorreu de forma mais aguda no final do século passado e, chegando ao STF, posicionou-se pela constitucionalidade das normas restritivas, por meio da ADC n. 4/DF (liminarmente em 1998 e, definitivamente, em 2008; em 2014 transitou em julgado).[14] Tanto na ADI n. 223-6/DF quanto na ADC n. 4/DF o posicionamento do Supremo é firme em prol do Poder Público, com poucos votos vencidos – bastante interessantes – nas duas ocasiões (1990 e 1998-2008, respectivamente).

Enfim, vamos às **hipóteses excepcionais**. Estão escondidas, no final do CPC/2015, no **art. 1.059**: "À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009". Interpretando o dispositivo em foco com DIDIER, BRAGA e OLIVVEIRRA (2015, p. 632): "atualmente, fica proibida a tutela provisória contra o Poder Público que tenha por objeto":

> a) a "reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza" (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); b) medida "que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação" (art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/1992); c) a impugnação, em primeira instância, de ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

Há ainda mais três proibições: a) "a compensação de créditos tributários", b) "medida liminar que defira compensação de créditos previdenciários" e c)"a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior" (BUENO, 2016, p. 68).

Não cabe aqui adentrar nessas restrições. Há bastante divergência na interpretação e aplicação de cada uma. Vejamos algumas. Proibir medida que esgote o objeto da ação, por exemplo, seria o mesmo que proibir a tutela provisória antecipada/satisfativa? Para CUNHA (2016, p. 298), nas hipóteses vedadas pelo art. 1.059, nenhuma espécie de tutela provisória será possível contra a Fazenda Pública. RODRIGUES corrobora, citando a"antecipação da tutela nas ações que buscam prestações de fazer e não fazer" (RODRIGUES,

[13] Essa ação questionou a constitucionalidade de Medida Provisória do Governo que impôs várias vedações à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. O acórdão de 89 páginas consta disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso aos 12.07.2019

[14] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1689599>. Acesso aos 12.07.2019.

2016, p. 102).

Cabe tutela de evidência contra a Fazenda Pública? Segundo NEVES, as restrições "foram criadas originariamente para a tutela de urgência requerida contra a Fazenda Pública, mas em razão da previsão do art. 1.059 do Novo CPC também passam a ser aplicáveis à tutela da evidência" (2016, p. 2.975).O Enunciado n. 35 do FPPC, entretanto, defende que "As vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência" (imunizando a tutela de evidência). No mesmo sentido há diversos doutrinadores.[15]

É possível o manejo da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público com o potencial de estabilização? Para RODRIGUES não, pois os entes públicos são isentos do efeito material da revelia, "considerando que este não incide quando estiverem em jogo direitos indisponíveis" (2016, p. 108).No mesmo sentido, com respaldo em decisões do STJ[16], NEVES (2016, p. 1.103):

> A indisponibilidade do direito é a justificativa para impedir o juiz que repute como verdadeiros os fatos diante da revelia da Fazenda Pública, aplicando-se ao caso concreto o princípio da prevalência do interesse coletivo perante o direito individual e a indisponibilidade do interesse público.

Em sentido contrário GONÇALVES (2016, p. 334):

> A solução há de ser semelhante à que ocorre com a ação monitória. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que cabe ação monitória contra a Fazenda Pública (Súmula 339). Nela, não havendo oposição da Fazenda ao mandado monitório, a decisão inicial converte-se, de pleno direito, em título executivo judicial, sem que haja a remessa necessária. A mesma regra deve ser aplicada na tutela antecipada.

Enfim. Conquanto a (im)possibilidade e a (in)constitucionalidade da tutela provisória contra o Poder Público seja assunto superado, muito ainda se questiona sobre o **alcance** (hipóteses de incidência)das normas restritivas, "que não é nem um pouco pequeno" (BUENO, 2016, p. 68). "É bem verdade" – afirma CUNHA (2016, p. 298) – "que a legislação veda a tutela de urgência contra a Fazenda Pública em várias hipóteses". "Em um sem-número de hipóteses" – faz coro MOLLICA (2016, p. 323).

[15] THEODORO JÚNIOR (2015, p. 616), BUENO (2016, p. 64-65), CAVALCANTE NETO (2016, p. 62), DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA (2015, p. 626).

[16] STJ, 6ª Turma, REsp n. 939.086/RS, rel. Min. Marilza Maynard, j. 12.08.2014, DJe 25.08.2014; e STJ, 2ª Turma, AgRg no AgRg no AREsp n. 234.461/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.12.2012; DJe 10.12.2012.

A questão, na verdade, não está apenas no aspecto quantitativo e na abrangência dos casos restritivos,pois adentra também na dimensão interpretativa do direito processual, que leva em consideração o ordenamento jurídico positivado por completo (o CPC/2015 não é a única lei que integra o mapa das normas do contencioso judicial administrativo), os princípios e, ainda, os precedentes judiciais.

Em argumentos protetivos da Fazenda Pública em juízo, é comum encontrar a defesa da **supremacia do interesse público sobre o particular.**[17] Também são dogmas estruturais do Direito Administrativo brasileiro, que acabam tendo repercussão no processo judicial, a **indisponibilidade do bem público** e a **presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos**. Nessa linha ideológica, defendendo as restrições de tutela provisória contra o Estado, RODRIGUES afirma que elas consagram "ponderação legislativa que procura proteger as pessoas jurídicas de direito público de prejuízos financeiros em razão de mera cognição sumária" (2016, p. 104).

Em geral, é nessa visão que o sistema normativo dos **precatórios**também tende a inviabilizar a aplicabilidade de tutela provisória contra a Fazenda Pública, quando tenha por objeto a obrigação de pagar.A remessa necessária, por sua vez,é outro microssistema normativo capaz de inviabilizar o deferimento de tutelas sumárias contra o Poder Público. Ambosinstitutos se opõem à plenitude da tutela provisória, não de forma expressa e clara, mas sim a partir de uma hermenêutica jurídica peculiar.

4 A REMESSA NECESSÁRIA

A remessa necessária (art. 496, CPC/2015) também costuma ser chamada de reexame necessário, remessa obrigatória, recurso *ex-officio* ou **duplo grau de jurisdição obrigatório**. Consistenum mecanismo processual que impõe, como regra, oduplo grau de jurisdição **ampla**[18]toda vez que uma **sentença**[19]de **mérito**[20]for proferida **contra**[21] a Fazenda Pública ou julgar procedentes os embargos à execução fiscal, ainda que parcialmente.

[17] STJ, 2ª Turma, AgRg – AREsp n. 418351/PE (2013/0358485-1), Rel. Min. Herman Benjamin, j. 01.04.2014, DJe 15.04.2014; TRF 5ª Região, 3ª Turma, AG n. 08057955020154050000/SE, Rel. Des. Federal Carlos Rebêlo Júnior, j. 18.01.2016; TJ/RS, 17ª Câmara Cível, AI n. 70067506402/RS, Rel. Des. Giovanni Conti, j. 09.12.2015, DJ 14.12.2015; STJ, 2ª Turma, EDcl - REsp n. 531308/PR (2003/0070943-0). Rel. Min. Eliana Calmon, j. 08.03.2005, DJ 04.04.2005.

[18] O reexame necessário opera efeito translativo pleno, ou seja, o tribunal deverá examinar integralmente a sentença, podendo modificá-la total ou parcialmente, mas nunca contra a Fazenda Pública (Súmulas 45, STJ; 14 do TRF 2).

[19] "Decisão interlocutória não se sujeita a reexame necessário" (STJ, AgRg no Ag 536.830/MG, j. 16.06.2005, DJ 08.08.2005).

[20] "É cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito" (REsp 659.200/DF, DJ15.09.2003).

[21] O "recurso ex-officio" tem cabimento para qualquer tipo de condenação contra a Fazenda Pública, ainda que se restrinja aos honorários de sucumbência (Súmula n. 325, STJ).

Assim, os casos de dispensa do encaminhamento dos autos ao tribunal figuram como excepcionais, previstos nos §§ 3º e 4º do art. 496. O juiz deverá fundamentar na sentença a nãoremessa ao órgão *ad quem*, sob pena de, não o fazendo, não ocorrer o trânsito em julgado, inviabilizando o acesso à fase de cumprimento da decisão, pois "tanto a *remessa* como o *reexame* são necessários" (CUNHA, 2016, p. 184). Daí a doutrina predominante sustentar, sobre a natureza jurídica do instituto, que se trata de "condição de eficácia da sentença" (MARINONI e MITIDIERO, 2012, p. 451).

Pelo § 3º, se o Município for condenado ao pagamento de valor inferior a 100 (cem) salários-mínimos, dispensa-se a remessa necessária, será preciso recurso do advogado público para levar a causa ao tribunal. Tratando-se da União, o parâmetro sobe para 1.000 (mil) salários-mínimos. Quanto aos Estados e Capitais, esse *quantum* é 500 (quinhentos) salários-mínimos. Tais números se aplicam, igualmente, para as condenações das autarquias e fundações de direito público dos respectivos entes públicos. Houve considerável redução da aplicabilidade prática da remessa necessária com o CPC/2015, comparado ao CPC/1973 – em que o valor de referência era 60 (sessenta) salários-mínimos para qualquer ente público.

Sobre essa gradação de valores a depender do ente público sucumbente, NEVES comenta que a "ideia é boa", mas "deve gerar incongruências lógicas relevantes", isso porque "não foi levado em consideração o status econômico do ente público" (2016, p. 2.599).[22] No Brasil, há municípios mais ricos que Estados.

Quanto ao § 4º, afasta a incidência da remessa necessária com base nos efeitos que certos **precedentes** podem causar. Uma das cinco modalidades de aplicação dos precedentes judiciaispara casos futuros é classificada como "obstativa da revisão de decisões" (LEMOS, 2015, p. 427). O que determina o óbice à subida do processo ao órgão *ad quem* é uma questão de coerência da sentença em relação a entendimentos previamente consolidados (STRECK, 2013, p. 2).[23]

Assim, a sentença proferida contra o Poder Público não precisará ser revista pelo tribunal competente se estiver de acordo com: a) súmula de tribunal superior; b) acórdão proferido pelas cortes superiores em julgamento

[22] Explica o autor que: "Há municípios no Brasil mais ricos que Estados, e nesse caso há evidente incongruência lógica em dispensar o reexame necessário para o ente mais rico até cem salários mínimos e em até quinhentos para o mais pobre. Essa situação se intensifica quando comparados municípios que são capitais de Estado e outros que, apesar de não serem capitais, são mais ricos que aqueles. As gradações são sempre difíceis, embora muito mais justas que um valor fixo para toda e qualquer pessoa jurídica de direito público. O problema é fazer gradações que não levam em consideração o elemento essencial que a justifica".

[23] "Coerência significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para casos idênticos, mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes"(STRECK, 2013, p. 2).

de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou d) de assunção de competência; e) orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Destaca-se essa última espécie (e), inédita no processo civil brasileiro, buscando solidificação de um sistema de reverência também ao **precedente administrativo –** consiste em orientações vinculantes firmadas internamente pelas procuradorias e consultorias jurídicas em geral de determinado órgão ou departamento da Administração Pública, direta ou indireta.

Não se vislumbra grandes expectativas da construção de precedentes obstativos da remessa necessária, pois, em geral, os tribunais prestigiam esse instituto, inclusive proibindo a *reformatio in pejus* e possibilitando ao advogado do ente público interpor recurso especial mesmo não tendo antes interposto apelação da sentença, sem implicar preclusão lógica.[24]

Considerando o dever dos tribunais de manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente,e que o CPC/2015 manteve os benefícios da Fazenda Pública em juízo, ao lado de outras leis esparsas, o substrato político-jurídico não é favorável ao esvaziamento da remessa necessária, embora seja um instituto bastante criticado e em decadência.[25]

O duplo grau de jurisdição obrigatórioé instituto que vem sendo interpretado com predomínio da ideologia da máxima proteção do erário e/ou do interesse público, ainda que em detrimento da parte que tem razão na demanda judicial. É um mecanismo de **supervalorização da tutela de dupla cognição exauriente**. Nessa perspectiva, o juiz presta um ato que desafia o art. 4º do CPC/2015: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

O juiz deverá, após passado o prazo dos recursos voluntários, enviar os autos ao tribunal respectivo e, se não o fizer, a demanda deverá ser avocada pelo presidente do órgão *ad quem.* Não há trânsito em julgado enquanto não houver o reexame do caso pelo tribunal de forma ampla e incapaz de reformar a sentença para piorar a situação da Fazenda Pública. Ou seja, o instituto tem a finalidade nítida de apenas favorecê-la, nunca agravá-la, ainda que por medida de justiça.

O sistema da remessa necessária transforma a sentença do juiz contra a Fazenda Pública num parecer jurídico, aproveitável pelo órgão *ad quem* (PASTORE, 2016, p. 27). A sentença é reduzida a um ato de efeito meramente processual, consistente em transferir a causa ao órgão jurisdicional superior,

[24] STJ, Corte Especial, EResp n. 1119666/RS (2010/0065294-1), Rel. Min. Eliana Calmon, j. 01.09.2010, 08.11.2010.

[25] A remessa necessária foi bastante reduzida não apenas do CPC/73 para o CPC/2015, mas também por normas anteriores aoCPC/1973. Leis e precedentes vêm minimizando as hipóteses de incidência do recurso automático da sentença.

desprovida da possibilidade de impactar materialmente em prol do jurisdicionado vencedor. Ocorre um automático desprestígio à decisão do juiz, substituída pela decisão do tribunal.

Na verdade, o interesse do jurisdicionado, uma vez judicializado, também passa a ser interesse público, na medida em que a perspectiva da ciência processual está em servir, o processo, como instrumento da satisfação concreta do direito material do vencedor na lide.

> Observe-se que a presunção de interesse público na preservação do *status quo* não deve sobreviver à sentença judicial contra o Erário. A decisão contrapõe ao "interesse público" defendido pelo Estado o interesse público na manutenção do bloco de constitucionalidade ou de legalidade, reputando viciada a sua conduta. Logo, à presunção de interesse público na conduta estatal se contrapõe a presunção de legitimidade da sentença.

CUNHA defende a constitucionalidade da remessa necessária e não vislumbra "conduta contraditória ou desleal da Fazenda Pública em não recorrer. Como existe o reexame necessário, é legítimo que deixe de haver recurso, pois o caso já será revisto pelo Tribunal" (2016, p. 200).Pra quê recorrer de sentença que já será, automaticamente, reanalisada? De certa forma, a lei trabalha para o procurador público. Melhor a ele racionalizar seu tempo trabalhando noutras atribuições da advocacia pública, objetivamente, não recorrer ou recorrer intempestivamente caracteriza a mesma situação; e, se for interposto recurso parcial tempestivo, a causa julgada será totalmente reanalisada pelo tribunal.

Trata-se de benefício processual da Fazenda Pública em juízo cujo ideal, como veremos adiante, é contraposto ao ideal do instituto da tutela provisória, daí surgindo entendimentos que vislumbram incompatibilidade entre ambos os microssistemas normativos.

Por fim, a remessa necessária não está prevista apenas no CPC/2015, mas também na Lei de Ação Popular, na Lei do Mandado de Segurança, na Lei n. 8.437/1992 (que limita a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público), na Lei n. 7.853/89 (que trata da ação coletiva para tutela das pessoas portadoras de necessidades especiais),no Decreto-Lei n. 3.365/1941 (conhecido como Lei Geral das Desapropriações) e noutras normas mais.

5 (IN)COMPATIBILIDADE SISTÊMICA-NORMATIVA ENTRE A TUTELA PROVISÓRIA E A REMESSA NECESSÁRIA

Na ADC n. 4 o Ministro Marco Aurélio votou pela inconstitucionalidade das restrições de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, a fim de admitira **exequibilidade** dessa tutela. Ocorre que, além de restar isolado como

voto vencido, em oportunidade anterior[26]entendeu que seria um "gritante paradoxo emprestar-se aos preceitos disciplinadores da tutela antecipada alcance a apanhar a Fazenda Pública" quando, por outro lado, "a sentença, ou seja, a entrega da prestação jurisdicional, após a observância do contraditório, do devido processo legal, não surte de imediato, efeitos, ficando estes na dependência de confirmação"[27]. Ou seja, ele objetou a remessa necessária em face da tutela provisória, mas, depois, mudou de opinião, passando a defender a tutela provisória em detrimento da remessa necessária.

Esse óbice constou também das razões do voto do ex-Ministro Menezes Direito, na ADC n. 4, para quem as restrições de antecipação de tutela contra o Poder Público "guardam consonância com o sistema positivo" (p. 660). Essa consonância, nas palavras do relator ex-Ministro Sydney Sanches: "se é razoável nosso sistema processual, quando, com efeito suspensivo, sujeita ao duplo grau de jurisdição as decisões judiciais de mérito proferidas contra a Fazenda Pública", também "não se mostra desarrazoado exigir-se, pelo menos, o mesmo tratamento às decisões de mera antecipação de tutela, que não hão de ter eficácia maior que as definitivas" (p. 638).

Assim, pela hermenêutica desses votos, amplamente prevalecentes, conferir plenitude à tutela provisória contra a Fazenda Pública seria o mesmo que burlar a remessa necessária, pois a tutela provisória se projeta à pronta satisfação ou acautelamento no plano material, isto é, a um efeito que nem mesmo as sentenças de mérito possuem, em regra, contra o Poder Público. Ora, "se não se pode o 'mais' por que se poderia o 'menos'?" (BUENO, 2008, p. 208).

Mas, para DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA (2015, p. 633) essa interpretação é fruto de uma argumentação insustentável por dois motivos. Primeiro, porque o mecanismo "se refere às **sentenças** e a tutela provisória é usualmente concedida por meio de **decisão interlocutória**"[28]; segundo, porque "sempre se admitiu a tutela provisória em face da Fazenda Pública, em situações esparsas (possessórias, mandado de segurança etc.), sem que se levasse o óbice da remessa necessária". Afirmam ainda que a remessa necessária tampouco incide sobre a tutela provisória que é concedida na

[26] A ADI n. 1.576-1/DF, relator o Ministro Marco Aurélio, teve por objeto a Medida Provisória n. 1.570, que foi convertida na Lei n. 9.494/1997, cujo art. 1º foi objeto da ADC n. 4/DF. É como se o STF tivesse julgado a (in)constitucionalidade do art. 1.059 do CPC/2015.

[27] Consta citado no acórdão final da ADC n. 4, p. 625.

[28] No mesmo sentido NEVES, afirmando que o reexame necessário "só é exigido de algumas sentenças de mérito que causam determinada lesão à Fazenda Pública, e não de decisão interlocutória, que normalmente é a forma de decisão que concede a tutela antecipada" (2016, p. 889).LOURENÇO, em tese de doutorado, pondera que "não são todas as sentenças que se sujeitam ao reexame necessário" e, além disso, "a tutela antecipada geralmente é deferida por decisão interlocutória que, a priori, não é passível de reexame" (2017, p. 165).

sentença[29].

É TALAMINI (2007, p. 59) quem criou essa interpretação **restritiva** e **formalística,** explicando queo art. 496 do CPC/2015, ao estabelecer a remessa necessária, refere-se expressamente à "sentença". Mas, para o Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, em seu Parecer na ADC n. 4 (p. 625), essa interpretação representaria um "desvirtuamento do sistema":

> Isso significa que se a decisão definitiva pelo Juiz, a sentença proferida na ação ordinária, confirmar a decisão na tutela antecipada contra a Fazenda Pública, não poderá ela produzir qualquer efeito, mas a decisão provisória sim, o que demonstra mais uma vez o desvirtuamento do sistema, organizado segundo a Constituição.

LUIZ DE OLIVEIRA, reconhecendo que sua opinião "não é o que se extrai, de forma literal, do Código", sugere que a jurisprudência adote "uma **interpretação lógica e sistêmica**, pois se duas decisões judiciais têm o mesmo conteúdo, não se parece adequado e isonômico terem tratamentos diferentes" (2015, p. 61). Referiu-se, entretanto, à **decisão interlocutória de mérito**, que não se confunde com a **decisão interlocutória de tutela provisória**(enquanto aquela é exauriente e faz coisa julgada material, esta é provisória, sumária e há de ser substituída pela tutela final).Críticos argumentam que esse entendimento, dito lógico-sistêmico, é na verdade fruto de uma interpretação extensiva do comando legal que disciplina a remessa necessária; que o art. 496 do CPC/2015 deve ser interpretado restritivamente, por ser uma norma de exceção ao sistema geral do processo civil brasileiro.

O fato é que o STF aplicou a interpretação dita lógica-sistêmica, pela qualhá incompatibilidade entre a tutela provisória e a remessa necessária, afinal, esta, ao impor a dupla cognição exauriente para autorizar a **exequibilidade** da tutela jurisdicional contra a Fazenda Pública, quer tutelar o interesse público[30]e, nessa finalidade, sequer a sentença tem eficácia; logo, uma decisão interlocutória, por meio de cognição sumária, não poderia ter mais valor ou prestígio (eficácia).

Não obstante, há decisão do STJ em que o Ministro Félix Fischer, ao admitir antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para fins de "participação do autor no Curso de Formação para o Cargo de Delegado da Polícia Federal", fez constar em seu voto que o reexame necessário não pode

[29] Ao sentenciar, proferindo decisão exauriente, o juiz pode deferir tutela provisóriana sentença. Assim, eventual recurso de apelação não terá o efeito de suspender a eficácia da decisão, que poderá ser executada provisoriamente.

[30] "O que visa resguardar o instituto da remessa necessária é o interesse público subjacente na defesa da Fazenda Pública" (OLIVEIRA, 2015, p. 61).

"impedir os efeitos da antecipação de tutela, porquanto a decisão liminar, além de objetivar a garantia da efetiva execução de sentença, não se trata de sentença definitiva", daí concluindo que "o cumprimento do duplo grau confirmatório não pode inviabilizar a concessão da antecipação de tutela, contrapondo-se ao direito do autor à efetividade da tutela jurisdicional".[31]

Referindo-se ao art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (que de certa forma corresponde ao art. 1.059 do CPC/2015), o Ministro fez expressa referência em seu julgamento à obra de BENUCCI (2001, p. 64), para quem essa lei

> Acabou por, indiretamente, superar as limitações genéricas a toda espécie de antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, como o óbice do reexame necessário, pois se este impedisse a concessão da tutela antecipada, necessidade alguma haveria de se editar um diploma específico para restringir a incidência da antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

Já decidiu o STJ que a remessa necessária não impede a concessão de liminares contra o Poder Público "quando o que está *sub judice* são prestações de cunho alimentar, caso não tratado na Lei n. 9.494/97 (RESP n. 505.729/RS, 5ª Turma) e que se amolda a manutenção do estado remuneratório de ex-servidor(RESP n. 502.275/MG, 5ª Turma)"[32]. Semelhantemente o TJ/MG, em caso de ação previdenciária.[33]E certamente há muitas outras decisões não aplicando a incompatibilidade vislumbrada pelo Supremo.

Conforme BUENO, a necessidade de imediata eficácia da tutela jurisdicional "sobrepõe-se à segurança jurídica corporificada pelo efeito suspensivo do apelo e, mais amplamente, do reexame necessário" (2016, p. 68). Todavia, na ADC n. 4, colhe-se das razões do voto do ex-Ministro Menezes Direito que, "por óbvio, não se pode dizer que tal regra (derivada da remessa necessária) seja inconstitucional" (p. 660) e, portanto, a incompatibilidade existe.

[31] (AgRg no REsp n. 719.846/RS (2005/0012167-8). Rel. Min. Félix Fischer). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1791160&num_registro=200500121678&data=20050701&tipo=91&formato=PDF>. Acesso aos 12.07.2019.

[32] STJ, REsp n. 1.476.898 SP (2014/0212647-7), Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 24.06.2015, DJ 30.06.2015.

[33] AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SENTENÇA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL - TUTELA ANTECIPADA PARA IMEDIATA IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO - REEXAME NECESSÁRIO - RECURSO DE APELAÇÃO - RECEBIMENTO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO - REEXAME NECESSÁRIO - IRRELEVÂNCIA. Em ação previdenciária, deve ser recebido apenas no efeito devolutivo o recurso de apelação interposto contra a sentença que, julgou procedente o pedido inicial e, em antecipação de tutela, determinou a imediata implantação do benefício concedido, sendo irrelevante, para tanto, estar a sentença submetida ao reexame necessário (TJ-MG - AI: 10024058263492001 MG, Rel. Maurílio Gabriel, Data de Julg. 24/10/2013, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/11/2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade e a razoável duração dos processos são princípios distintos, porém interligados/codependentes, numa relação de complementariedade; e, juntos com a inafastabilidade da jurisdição, dão sustância constitucional ao instituto da tutela provisória, uma ferramentanecessária ao acesso à justiça na realidade jurisdicional brasileira, considerando a morosidade processual da tutela exauriente, permitindo-se uma tutela diferenciada, que seja adequada, tempestiva e efetiva para situações de urgência e/ou evidência.

O instituto da remessa necessária, por sua vez, pautado na proteção do erário e/ou do interesse público – inerentes à Fazenda Pública em juízo –, busca valorizar a tutela de dupla cognição exauriente, sem a qual não há falar em exequibilidade ou efetividade da tutela jurisdicional contra o Poder Público. Tem sua base numaprincipiologia (estudada no âmbito do direito processual público ou contencioso judicial administrativo) que é oposta à principiologiada tutela provisória. Isso acarreta um choque de valores, daí surgindo (in)compatibilidade entre ambos os institutos, que só pode ser resolvidaà luz do caso concreto.

Levando em consideração as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, essa incompatibilidade existe, de forma a inviabilizar o deferimento de tutela provisória contra a Fazenda Pública nos caos de incidência da remessa necessária. Porém, é possível encontrar julgados que não aplicam essa incompatibilidade, bem como doutrinadores de renome defendendo o instituto da tutela provisória em detrimento da remessa necessária.

A questão cerne deste artigo continua polêmica. O advento do CPC/2015 foi uma boa oportunidade – perdida – de corrigir a distorção sistêmica-normativa verificada.Na ADI 224-6 e na ADC 4 o Supremo não se pronunciou especificamente quanto ao ponto, pois o objeto foi a (in) constitucionalidade das vedações de tutela provisória contra o Poder Público; apenas tangencialmente há argumentos, na maioria dos votos, afirmando que a antecipação de tutela é incompatível com a remessa necessária, pois essa incompatibilidade representa um dos motivos pelos quais declarou-se a constitucionalidade das normas restritivas de tutela provisória.

Trata-se, pois, de um tema passível de amplas discussões,que deve passar por um amadurecimento tendente a alcançar uma definição, a fim de garantir o máximo de segurança jurídica aos jurisdicionados brasileiros, sobretudo porque a Fazenda Pública é litigante habitual e campeã nas

estatísticas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 6ª ed. rev. atual. eampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Tutela provisória no novo CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. A emergência do Direito Processual Público. *In*: **Direito processual** público: a fazenda pública em Juízo, org.: Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. **Estabilização da tutela antecipada**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, Mestrado em Direito, 2017.

CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura.**A aplicação do fato consumado às tutelas sumárias contra o Poder Público**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

_____. **A possibilidade de concessão de tutela de evidência contra a Fazenda Pública no projeto de novo Código de Processo Civil:** sobre acreditar ou não no acesso à Justiça. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, n. 238.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **As leis "impeditivas" de liminar realmente *impedem*?** Revista TRF 3ª Região, n. 107, maio e junho 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro de. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro: Forense 2016.

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. A tutela de urgência em ações civis públicas propostas em face da Fazenda Pública. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella*etall*(Coords.). **Tutela provisória no novo CPC - Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC**/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria

de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** 10 ed. Vol. 2. Salvador: Jus Podvm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: **vários organizadores. Novas tendências do processo civil:** estudos sobre o projeto do novo Código de Processo civil. Salvador: Juspodvm, 2014.

LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e Processos nos Tribunais no Novo Código de Processo Civil.** 1 ed. São Paulo: Lexia, 2015.

LOURENÇO DA SILVA, Haroldo de Araújo. Uma (re)leitura do Poder Público em Juízo à luz das legislações processuais brasileira. **Tese (Doutorado em Direito)**. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2017.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra a Fazenda Pública no CPC/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). Coleção Repercussões do novo CPC: Advocacia Pública. Vol. 3, Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 4ª ed. rev., atual. eampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIELKE DA SILVA, Jaqueline. A tutela provisória no código de processo civil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

MILLER, Cristiano Simão. Comentários ao Código de Processo Civil. In: ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Introdução do direito processual garantista. Direito processual em debate.** MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). Niterói: Editora da UFF, 2010.

MOLLICA, Rogério. A antecipação de tutela em face da fazenda pública. In:

BUENO, Cassio Scarpinellaetall(Coords.). **Tutela provisória no novo CPC: Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOZART, Borba. **Diálogos sobre o novo CPC**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Remessa necessária, julgamento antecipado parcial de mérito e estabilização da tutela antecipada – reflexões iniciais para execução contra a Fazenda Pública diante do Código de Processo Civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Vol. 11, n. 66, maio/jun. 2015.

PASTORE, Bruno Carlos. O precedente obstativo da remessa necessária como tímida melhoria do direito processual público brasileiro.In: LEMOS, Vinicius; LEMOS, Walter Gustavo (orgs.). **O precedente judicial**. São Paulo: Lexia, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. A **fazenda pública no processo civil.** 2ª ed. rev., atual. eampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA NETO, Francisco Antônio de Barros. **A improbidade processual da administração pública e sua responsabilidade objetiva pelo dano processual.** Rio de Janeiro: LumenJuri, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC? Revista Consultor Jurídico, 21.10.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>. Acesso em 12.07.2019.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de no Novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida de urgência e a "monitorização" do processo civil brasileiro.** Revista de Processo. São Paulo: RT, 2012, n. 209.

THEODORO, Jr, Humberto. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Rua Jamary, 1555 - Olaria - Fone: 69 3216-3700
CEP 76801-917 - Porto Velho/RO

mprooficial mpro_oficial mpro_oficial mprobr
www.mpro.mp.br