

ISSN 2764-7315

JUSTITIA



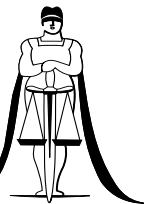
Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

220 jan./jun. 2023

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor

Renato Kim Barbosa

Conselho de Administração

Antonio Luiz Benedan
Beatriz Lopes de Oliveira
Marcos Stefani
Rafael de Oliveira e Costa
Renato Kim Barbosa

Conselho Editorial

António Cluny (Portugal)	Jan Simon (Alemanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (<i>in memoriam</i>)	José Celso de Mello Filho
Antonio Scarance Fernandes	José Renato Nalini
Celso Lafer	Jorge Miranda (Portugal)
Dalmo Dallari (<i>in memoriam</i>)	Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Dirceu de Mello	Maria Berenice Dias
Eugênio Zaffaroni (Argentina)	Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Fabio Konder Comparato	Ricardo Boscovich (Miami-EUA)
Hugo Nigro Mazzilli	Roque Antonio Carrazza
Giulio Illuminati (Itália)	Rosa Maria de Andrade Nery

Coordenação-Geral

Carolina Bragança Silva

Revisão de Textos

Carolina Bragança Silva

Editoração Eletrônica

Marcelo Soares
Camilla Tauany Ribeiro Gomes

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA JUSTITIA

Rua Riachuelo. 115 – 8º andar, sala 822 – Centro

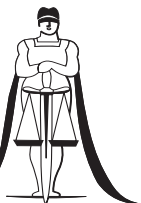
CEP.: 01006-020 – São Paulo – Brasil

Tels.: (55) 11 3119-9575

E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

ISSN 2764-7315

Justitia	São Paulo	ano 83	v. 220	2023	jan./jun. 2023	p. 1-167
----------	-----------	--------	--------	------	----------------	----------

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral
de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 2764-7315

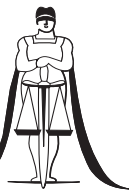
1939 – 2021 (1 – 217)

2023 (220,

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente
Paulo Penteado Teixeira Junior

JUSTITIA

Diretor
Renato Kim Barbosa

Conselho de Administração

Antonio Luiz Benedan
Beatriz Lopes de Oliveira
Marcos Stefani
Rafael de Oliveira e Costa
Renato Kim Barbosa

Conselho Editorial

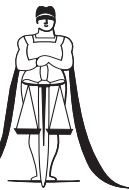
António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho (*in memoriam*)
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari (*in memoriam*)
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2023

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico
Wallace Paiva Martins Júnior

Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Cíveis e de Tutela Coletiva
Vidal Serrano Nunes Júnior

Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais
José Carlos Cosenzo

Chefia de Gabinete
Fernando Pereira da Silva

Secretaria Executiva da Procuradoria-Geral
Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Corregedor-Geral
Motauri Ciocchetti de Souza

Vice-Corregedora-Geral
Liliana Mercadante Mortari

Diretora-Geral
Camila Moura e Silva

Ouvidor
Tiago Cintra Zarif

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2023

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Corregedor-Geral

Motauri Ciocchetti de Souza

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Antonio Calil Filho

Antonio Carlos da Ponte

João Machado de Araújo Neto

José Carlos Mascari Bonilha

Jurandir Norberto Marçura

Marco Antônio Ferreira Lima

Pedro de Jesus Juliotti

Saad Mazloun

Tatiana Viggiani Bicudo (Secretária)

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2023

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Corregedor-Geral

Motauri Ciocchetti de Souza

Secretário

Oscar Mellim Filho

Membros Natos

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Machado de Araújo Neto

Oscar Mellim Filho

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Plínio Antonio Brito Gentil

Paulo Afonso Garrido de Paula

Pedro Falabella Tavares de Lima

Perseu Gentil Negrão

Carlos Fernandes Sandrin

Maria do Carmo Ponchon da Silva Purcini

Rosa Aschenbrenner Consales

Nelson Gonzaga de Oliveira

Membros Eleitos

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Mônica de Barros Marcondes Desinano

Hamilton Alonso Junior

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida

Sebastião Silvio de Brito

Delton Esteves Pastore

José Carlos Cosenzo

Roberto Livianu

Walter Tebet Filho

Wallace Paiva Martins Júnior

David Cury Júnior

Aparecida Maria Valadares da Costa

Renato Eugênio de Freitas Peres

Marcelo Rovere

Ricardo Barbosa Alves

Vânia Ferrari Tropia Padilla

Maria Cristina Barreira de Oliveira

Valter Foletto Santin

Eduardo Dias de Souza Ferreira

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2023

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

2º Vice-Presidente

Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas

3º Vice-Presidente

José Oswaldo Molineiro

1º Secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2º Secretário

Fernando Pereira da Silva

1ª Tesoureira

Fabiola Moran

2º Tesoureiro

Marcelo Dawalibi

Diretor de Relações Públicas

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

Diretor de Patrimônio

Ruymar de Lima Nucci

Diretora de Aposentados

Marilisa Germano Bortolin

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Junior

Diretor de Esportes

Marcelo Orlando Mendes

EDITORIAL

Estimados Leitores,

É com grande satisfação que apresentamos a Edição n. 220 da Revista *Justitia*. Seguimos com o propósito de entregar às comunidades jurídica e acadêmica artigos de qualidade e que contribuam de forma contínua para a pesquisa científica.

Esta edição conta com as seções Cível, Filosofia Jurídica e Criminal. No que tange a temas cíveis, difusos e coletivos, são os seguinte artigos: “A evolução da tutela provisória e a (não) estabilização da tutela de evidência no novo código de processo civil”, de André Luis Chagas; “Acordo de não persecução civil: a superação do tabu autocompositivo na improbidade”, dos autores Alex Facciolo Pires e Nelson Bissoto Junior; e “Aspectos da responsabilização penal nos casos de acidentes de trabalho”, de autoria de André Carrara Cotomácio. Em Filosofia Jurídica, há dois artigos: “Do realismo jurídico à realidade contemporânea: ponderações sobre uma folha de papel elástica”, de Leonardo Bellini De Castro; e “O anacronismo do conceito de igualdade de Ruy Barbosa”, de Maria Cristina Bonfim Gedeon. E, por fim, encontra-se o artigo “Drones em investigações criminais: critérios de admissibilidade no direito nacional a partir da experiência norte-americana”, escrito por Yuri Fisberg.

Esperamos que a presente edição sirva de fomento acadêmico, contribuindo para a obtenção de respostas a questionamentos hodiernos. De outro lado, abordam-se novas temáticas, sempre em busca de uma constante e paulatina atualização acerca dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em voga.

Uma ótima leitura a todos!

Renato Kim Barbosa
Promotor de Justiça
Diretor da *Revista Justitia*

SUMÁRIO / CONTENTS

CÍVEL, DIFUSOS E COLETIVOS / CIVIL LAW, CLASS ACTIONS

A Evolução da Tutela Provisória e a (não) Estabilização da Tutela de Evidência no Novo Código de Processo Civil

The Evolution of Provisional Guardianship and a (not) Stabilization of the Protection of Evidence in the New Code of Civil Proceedings

Andre Luis CHAGAS 11

Acordo de Não Persecução Civil: a Superação do Tabu Autocompositivo na Improbidade

Civil Non-Prosecution Agreement: Overcoming the Taboo of Self-Composition in Administrative Improbability

Alex Facciolo PIRES e Nelson BISSOTO JÚNIOR 47

Aspectos da Responsabilização Penal nos Casos de Acidentes de Trabalho

Aspects of Criminal Liability in Workplace Accidents

André Carrara COTOMÁCIO 85

FILOSOFIA JURÍDICA / LEGAL PHILOSOPHY

Do Realismo Jurídico à Realidade Contemporânea: Ponderações Sobre uma Folha de Papel Elástica

From Legal Realism to Contemporary Reality: Weights on a Sheet of Elastic Paper

Leonardo Bellini de CASTRO 114

O Anacronismo do Conceito de Igualdade de Ruy Barbosa

The Anachronism of the Concept of Equality of Ruy Barbosa

Maria Cristina Bonfim GEDEON 128

CRIMINAL / CRIMINAL

Drones em Investigações Criminais: Critérios de Admissibilidade no Direito Nacional a partir da Experiência Norte-Americana

Drones in Criminal Investigations: Admissibility Criteria in National Law
Based on the North American Experience

Yuri FISBERG 137

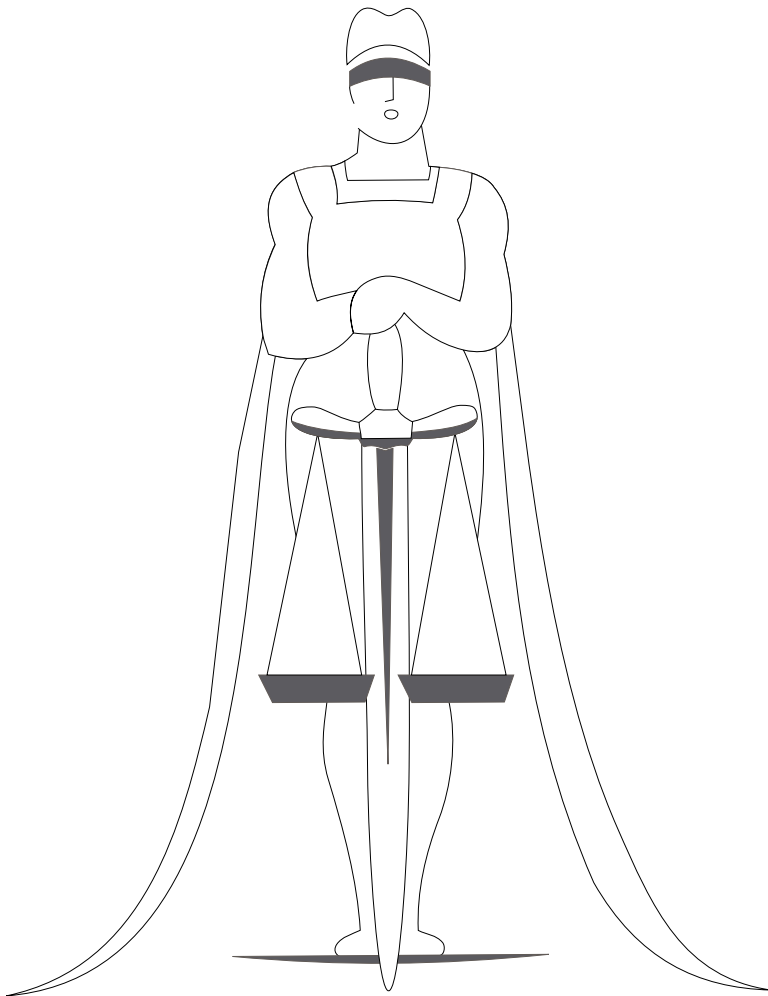
ÍNDICE DE ASSUNTOS 164

SUBJECT INDEX 165

ÍNDICE DE AUTORES / *AUTHORS INDEX 166*

CÍVEL, DIFUSOS E COLETIVOS

CIVIL LAW, DIFFUSE AND COLECTIVE RIGHTS



A Evolução da Tutela Provisória e a (Não) Estabilização da Tutela de Evidência no Novo Código de Processo Civil

THE EVOLUTION OF PROVISIONAL GUARDIANSHIP AND A (NOT) STABILIZATION OF THE PROTECTION OF EVIDENCE IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEEDINGS

André Luis CHAGAS

• RESUMO

Este artigo é um breve estudo sobre o Livro V (Da Tutela Provisória). Título I (Disposições Gerais) do Novo Código de Processo Civil, promulgado em 18 de março de 2015 (Lei Federal n.º 13. 105/2015). Passa-se por um breve histórico da tutela antecipada, até mesmo como uma obrigação de mostrar um pouco da evolução legislativa nessa seara. Inicia-se com o Código de Processo Civil de 1973, o qual teve diversas alterações legislativas até o novo Código de Processo Civil entrar em vigor. O novo Código de Processo Civil alterou nome de tutela antecipada para tutela provisória. Esse novo diploma processual vem ao encontro dos princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 (v. g. legalidade, igualdade, segurança jurídica, motivações das decisões, ampla defesa, contraditório, razoável duração do processo e o devido processo legal). O novo diploma processual, na seara das tutelas provisórias trouxe em seu artigo 304 a denominada “estabilização da tutela de urgência”. Cabe ressaltar, que este novo instituto passa por críticas por parte da doutrina, porque não poderia ser restrito apenas a tutela de urgência, devendo abranger também a tutela de evidência, mesmo que este instituto esteja dentro do Título III (Tutela de Urgência). Capítulo II (Do Procedimento da Tutela Antecipada Requerida em caráter antecedente).

• PALAVRAS-CHAVE

Tutela Provisória. Urgência. Evidência. Novo Processo Civil. Estabilização. Constituição Federal

• ABSTRACT

This article is a brief study on Book V (Provisional Guardianship), Title I (General Provisions) of the New Code of Civil Procedure, promulgated on March 18, 2015 (Federal Law No. 13. 105/2015). It is a brief history of early guardianship, even as an obligation to show some of the legislative

evolution in this area. It begins with the Code of Civil Procedure of 1973, which had several legislative changes until the new Code of Civil Procedure came into force. The new Code of Civil Procedure changed the name of early guardianship for provisional guardianship. This new procedural law is in line with the principles set out in the Federal Constitution of 1988 (see g. legality, equality, legal certainty, decision motivations, broad defense, contradictory, reasonable duration of the process and due process). The new procedural diploma, in the area of provisional protections brought in article 304 the so-called “stabilization of the protection of urgency”. It is noteworthy that this new institute is under criticism by the doctrine, because it could not be restricted only to the protection of urgency, and should also cover the protection of evidence, even if this institute is within Title III (Guardianship of Urgency), Chapter II (Of the Procedure of Early Guardianship Required in antecedent character).

- **KEYWORDS**

Provisional guardianship. Urgency. Evidence. New Civil Procedure. Stabilization. Federal Constitution.

- **SUMÁRIO**

Introdução; 1 Breve histórico; 2 O escopo do Código de Processo Civil de 2015; 3 Tutela Provisória; 3.1 Tutela Provisória antecedente e incidental; 4 A Tutela de Urgência; 5 A Tutela de Evidência; 6 A Estabilização da Tutela Antecipada; 7 A Aplicação do Instituto da Estabilização da Tutela de Evidência; 8 Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil trouxe diversas modificações em comparação ao diploma processual civil de 1973, principalmente, na parte das tutelas antecipadas (provisórias).

A primeira modificação a ser apontada é o título dado ao capítulo que anteriormente era denominado de “Tutela antecipada” (art. 273, CPC/1973) e passou a chamar-se de “Tutelas Provisórias” (artigo 294 e seguintes, CPC/2015).

Já a segunda, pode-se dizer que são as tutelas de urgência, evidência e cautelar. A tutela de urgência apresenta-se de um modo abrangente que as demais. A tutela de evidência é uma das novidades desse novo diploma processual. Enquanto, a tutela cautelar continua existindo, mas deixou de ter um capítulo específico.

Em contrapartida, a terceira, na verdade, não é uma alteração, mas uma inovação, que é estabilização da tutela de urgência de forma expressa. O novo código processual inseriu esse instituto dentro do Título II (Tutela de Urgência), no artigo 304. Com isso, questiona-se, nesse trabalho, se é possível a aplicação do instituto da estabilização à tutela de evidência.

Assim, esse conciso artigo percorrerá por um breve histórico das tutelas com as suas diversas modificações ao longo do tempo até o novo Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015), com as suas alterações após a entrada em vigor, o qual veio trazer ao caso concreto, melhor prestação jurisdicional e satisfação social através de segurança jurídica.

Além disso, traz à baila as decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça — STJ — O Tribunal da Cidadania.

1. BREVE HISTÓRICO

A tutela antecipada tem origem do Direito Italiano, fundamentado nas ideias de Francesco Carnelutti, as quais foram inseridas no Código de Processo Civil italiano de 1929.

No Brasil, surge no Código de 1939, denominadas medidas cautelares, inseridas dentro dos procedimentos especiais.

No Código de Processo Civil de 1973, quando promulgado, não trouxe em seu texto original a previsão da antecipação dos efeitos da sentença satisfativa, pois neste caso, eram situações excepcionais, para isso, se propunha ações cautelares inominadas.

Durante a década 1990, o diploma processual passou por diversas alterações, na busca de adequar-se à Constituição da República de 1988, como às leis n.º 8.952/1994 e n.º 10.444/2002 .

A tutela antecipada surge com a intenção de eliminar o dano que está acontecendo, desta forma, não necessita que se espere até o julgamento definitivo, pois a demora de percorre todas as fases processuais até a sentença pode não proteger o direito, ora violado. A demora na decisão do dano, não faz justiça. Pode-se denomina-la de tutela de urgência de natureza satisfativa.

Esclarece o Ministro Zavascki (1997, p. 48), sobre a tutela antecipada, ao dizer que:

Antecipar significa fazer, total ou parcialmente, o direito afirmado pelo autor e, sendo assim, não se pode confundir medida antecipatória com antecipação da sentença. O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição

e tampouco a condenação porventura pretendida como tutela definitiva. Em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declarativa, constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se o êxito que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos.

Os preceitos constitucionais estão dentro da tutela antecipada, em que o Judiciário deverá ser o mais rápido possível em seus julgamentos, sob pena de se ter uma decisão sem eficácia, uma vez que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (Art. 5.º, inciso LXXVIII, Constituição da República de 1988).

Sempre haverá uma decisão preliminar, nos casos em que o pedido de tutela de urgência preenche de forma clara os requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, ou seja, não pode esperar o final do processo. Essa decisão será de caráter antecipado, os seus efeitos de caráter provisório, e pode ser no total ou parcial sobre o pedido apresentado.

Para estes fatos, a decisão é precária podendo ser alterada ou cassada, a qualquer tempo, até que seja sentença ser proferida nos autos.

Desta forma, o juízo busca a efetividade processual e evitar que a demora das fases processuais provoque maiores danos. Neste sentido, o Código de Processo Civil de 1973 foi ao encontro da Constituição Federal de 1988, ao buscar uma agilidade na prestação jurisdicional.

A tutela antecipada tem a finalidade de antecipar os efeitos da sentença, uma vez que na petição inicial tenha apresentado relevância e urgência do fato apresentado e o juízo entenda que nos autos tenha-se verossimilhança e haja o perigo da demora.

Nesta época, as implicações da tutela antecipada poderiam ser satisfativas e cautelares.

Além disso, ressaltava o antigo diploma processual civil de 1973, após passar pela alteração da Lei Federal n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994, obteve de modo mais clara a efetividade ao processo judicial, ao permitir a antecipação dos efeitos nos casos de prejuízo irreparável e abuso de direito.

Com essa reforma nasceu a probabilidade da antecipação da tutela no processo de conhecimento exauriente.

Essa decisão do juízo, é declarativa, porque está diante da probabilidade da existência de um direito e declara haver ameaça e no caso de demora de uma decisão. Essa decisão preliminar pode ser irreversível.

Em suma, a tutela antecipada possui eficácia imediata, com natureza satisfativa e cautelar, no caso de ser urgente, mas, principalmente, evitar dando irreparável.

2. O ESCOPO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O novo Código de Processo Civil vem ao encontro dos princípios constantes na Constituição Federal de 1988, conforme expresse, na exposição dos motivos, pela Comissão que elaborou o Código (2016, p. 248) ao explicar que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

Pode-se ainda dizer que o processo é o meio pelo qual as partes, quando em litígio, e o(s) interessado(s), em jurisdição voluntária, buscam um terceiro imparcial, o Estado-Juiz.

No caso da jurisdição voluntária, a busca do Estado-juiz, não é para este mostrar uma solução, porém que as partes possam alcançar um consenso por meio dos princípios, leis e análise do caso concreto, de modo a dar paz aos espíritos anteriormente irrequietos.

Com isso, alvitra-se a aplicação de forma objetiva, baseados em princípios e leis, na subjetividade dos casos apresentados, conforme citado professor italiano Alessandra Concas em sua obra *Processo civile e capitoli di prova*:

È il processo attraverso il quale un giudice viene di solito investito del compito di risolvere una controversia insorta tra due o più soggetti privati o tra questi e un ente pubblico in relazione a un rapporto privatistico, in genere rapporti patrimoniali, fermo restando che oggetto del processo civile possono essere diverse situazioni o status che hanno anche rilevanza pubblicistica, basti pensare al processo rivolto a ottenere la pronuncia di separazione o di divorzio.

(...)

La figura del processo è strettamente legata a quella della tutela, essendo questa necessariamente giudiziale ed esaurendo di solito il suo compito nell'apparato processuale con una pronuncia del giudice.

Partendo da questo presupposto, tra le molte considerazioni in dottrina sulla reale funzione del processo ce ne sono due principali.

La più antica vede il processo come lo strumento che assiste il singolo per la realizzazione e l'esercizio di un suo diritto, l'altra, prevalente in quasi l'intero Novecento, considera il processo come una funzione pubblica diretta alla reintegrazione del diritto oggettivo.

Abbandonata la prima impostazione sulla scia anche dell'influenza tedesca, si è capito con il tempo che non faceva coincidere molto il processo con la sua vera funzione originaria, vale a dire lo scopo della tutela dei diritti del singolo.

Disciplinando la natura delle varie forme di tutela e lasciando modi e forme al codice di rito, questa sistemazione offre notevoli punti di riflessione ma soprattutto riconosce implicitamente che non è il processo ad offrire in modo esclusivo tutela ai singoli, ma anche altre forme come la trascrizione e la prescrizione.¹

Assim, com a revogação do Código de Processo Civil de 1973, buscase uma melhor satisfação aos anseios sociais, bem como uma prestação

¹ É o processo pelo qual um juiz é normalmente investido com a tarefa de resolver uma disputa que tenha surgido entre duas ou mais partes privadas ou entre elas e um órgão público em relação a uma relação privada, geralmente relações de propriedade, entendendo-se que o sujeito do julgamento civil pode ser situações ou status diferentes que também tenham relevância pública, basta pensar no processo que visa a obtenção de uma separação ou divórcio. (...) A figura do julgamento está intimamente ligada à de proteção, pois esta é necessariamente judicial e geralmente cumpre seu papel no aparelho judiciário com uma decisão do juiz. Partindo desta premissa, entre as muitas considerações na doutrina sobre a função real do julgamento, há duas principais. O mais antigo vê o julgamento como o instrumento que auxilia o indivíduo na realização e exercício de um direito próprio, o outro, prevalecente durante quase todo o século XX, considera o julgamento como uma função pública voltada para a reintegração da lei objetiva. Abandonando a primeira abordagem na esteira também da influência alemã, tornou-se claro com o tempo que o processo não coincidia muito com sua verdadeira função original, ou seja, o objetivo de proteger os direitos do indivíduo. Ao regular a natureza das diversas formas de proteção e deixar caminhos e formas ao código de ritual, este arranjo oferece pontos consideráveis para reflexão, mas acima de tudo reconhece implicitamente que não é apenas o processo que oferece proteção aos indivíduos, mas também outras formas, tais como transcrição e prescrição. (Tradução livre).

jurisdicional mais célere e amparada nos princípios constitucionais, que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Tudo isso é para que as partes possam chegar a um consenso.

Para isso, as leis atuais disponibilizam da arbitragem e conciliação, bem como as tentativas de conciliação durante as audiências.

Ao modernizar, o novo Código de Processo Civil trouxe a ideia de Sócrates, que é eliminar a ignorância e trazer o conhecimento.

O que isso tem a haver com o processo civil? Tudo.

Primeiro as duas partes entendem que elas têm razão absoluta sobre o objeto que está em conflito.

Neste ponto, deve-se observar o núcleo da discussão, denominada objeto.

Após identificação do objeto central da discussão deve ser mostrado as partes os pontos controvertidos e forma de conciliação e seus efeitos jurídicos.

Isto bastará para se por fim a pretensa ação, instante em que uma parte reconhecer do direito do outro, com isso, chega-se ao meio termo, a um acordo.

Caso ainda não seja possível o reconhecimento do direito, deve-se mostrar as vantagens da conciliação para as partes. Ademais, necessita esclarecer o poder e limite que elas têm sobre a resolução na forma amigável.

Porém, isso só é possível após eliminar todas as opiniões e ficar apenas o conhecimento sobre o fato (Pessanha, 1987. p. 30/31).

É a partir de Sócrates — ou pelo menos é na literatura referente a ele que se seguiu à sua morte — que surge a concepção de alma como sede da consciência normal e do caráter, a alma que no cotidiano de cada um é aquela realidade interior que se manifesta mediante palavras e ações, podendo ter conhecimento ou ignorância, bondade ou maldade. E que, por isso, deveria ser o objeto principal da recuperação e dos cuidados do homem.

Essa concepção de alma torna compreensível a tese socrática de que virtude é conhecimento e que, por conseguinte, ninguém erra deliberadamente. Só que aquele conhecimento nada teria a ver com as opiniões flutuantes e geralmente infundadas. O conhecimento que Sócrates identifica à aretê é a episteme (ciência), não a doxa (opinião). E essa episteme — que não pode ser ensinada — não constitui uma ciência sobre coisas ou informações voltadas para a obtenção de prestígio ou de riquezas: é o conhecimento de si mesmo, a autoconsciência despertada e mantida em permanente vigília. Bom é, assim, o homem autoconstruído a partir de seu próprio centro e que age de acordo com as exigências de sua alma consciência: seu oráculo interior finalmente decifrado.

Portanto, o novo Código de Processo Civil tem por finalidade trazer as partes o conhecimento claro do objeto a ser resolvido, no máximo de forma pacífica, ou seja, conciliatória.

3. TUTELA PROVISÓRIA²

A tutela provisória, em singelas palavras, é uma decisão antes da fase decisória do processo (sentença definitiva).

Logo a situação apresentada pelo requerente/autor é tão grave que não se pode esperar que o processo tramite por todas as suas fases, até atingir o estado de maturação, para ser proferida a sentença.

Noutras palavras, mesmo que esta sentença lhe seja procedente, a demora causada pelo tempo das fases processuais, já lhe provocou ofensa irreparável, que não lhe satisfará mais o direito pretendido.

Nesse sentido, explana Diddier (2016; p. 567) que a tutela não pode esperar a sentença definitiva para se decidir sobre o deferimento ou indeferimento, pois são situações concretas que ardem e não pode esperar o trâmite normalmente.

A principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição (os efeitos da tutela). Serve, então, para redistribuir, em homenagem ao princípio da igualdade, o ônus do tempo do processo, conforme célebre imagem de Luiz Guilherme Marinoni. Se é inexorável que o processo demore, é preciso que o peso do tempo seja repartido entre as partes, e não somente o demandante arque com ele.

A tutela provisória é deflagrada da tutela jurisdicional em satisfativa (efetiva) e cautelar (não satisfativa; assecuratória).

A princípio, o novo Código de Processo Civil escolheu o termo tutela provisória para definir os pedidos que não podem esperar chegar a sentença. Essa tutela provisória divide-se em urgência (cautelar e antecipada) e de evidência, no entanto, essa decisão pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

² “**Conceito de liminar.** É medida de antecipação provisória de alguns dos efeitos da tutela pretendida de forma principal (*principaliter*), efeitos estes que repercutem no plano fático. Pode ou não ter caráter cautelar e tem previsão legal para ser concedida em vários tipos de ação (MS, ACP, ação cautelar, ação possessória etc.)”. (JÚNIOR NERY, Nelson. Nery, Rosa Maria de. 2018. P. 817)

Nesta seara, o novo Código de Processo Civil, inovou, ao criar uma parte geral para todas as espécies de tutelas.

Como no antigo Código de Processo Civil de 1973, a tutela provisória terá uma decisão sumária alicerçada na probabilidade do direito (fumaça do bom direito) e aparência do direito pleiteado, caso necessário o juízo poderá definir algumas medidas para a sua efetivação.

O grupo de estudo do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu enunciado nº 143 (2016; p. 27) explicou que:

A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.

A decisão liminar significa dizer que é uma decisão inicial, mesmo que não haja a citação da parte contrária (sem necessitar que a parte contrária seja ouvida) ao dedicar-se as tutelas provisórias.

A tutela provisória é específica para conceder medidas de urgência satisfativa. Com a tutela de evidência, essa pode ser tanto liminar, como antecipada, porque coexiste naturezas diferentes, como explicou Neves (2016, p. 411):

Com a tutela de evidência ocorre fenômeno um pouco distinto, porque mesmo naqueles procedimentos em que há previsão de liminar, será possível sua concessão. Afinal, são tutelas que podem coexistir em razão de suas diferentes naturezas. Dessa forma, é possível que a parte, mesmo havendo previsão de liminar no procedimento, não consiga preencher o requisito associado ao “tempo como inimigo”, sendo, entretanto possível pleitear a tutela de evidência que não tem entre seus requisitos o perigo do tempo.

Melhores são as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Fux (2000, p. 14) sustenta que:

A previsão na Carta Maior revela a eminência desse poder dever de judicar nos limites do imperioso. Satisfazer tardiamente o interesse da parte em face da evidência significa violar o direito maior ao acesso à justiça e, conseqüentemente, ao devido processo

instrumental à jurisdição requerida. A tutela imediata dos direitos evidentes, antes de infirmar o dogma do *due process of law*, confirma-o, por não postergar a satisfação daquele que demonstra em juízo, de plano, a existência da pretensão que deduz.

Ainda, que o deferimento da decisão provisória, não vinculará o juízo no instante em que for proferir a sentença, pois o julgamento definitivo é de livre convencimento (NERY JÚNIOR, 2004, p. 519).

Contudo, essa decisão sumária possui limites ao julgador, portanto o juízo não tem acesso de todo o fato a ser debatido. Sobre o tema, ilustra Neves (2016, p. 411) que:

A tutela provisória é preferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica. Excepcionalmente, entretanto, essa espécie de tutela poderá ser concedida mediante cognição exauriente, quando o juiz a concede em sentença.

Concessão da tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja, não certeza da existência do direito, mas uma aparência de que esse direito exista. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na convicção dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir.

Essas tutelas antecipadas ou provisórias podem ser separadas em cautelares, urgência e evidência. A tutela de urgência é a única que pode ser antecipada, segundo o novo Código de Processo Civil.

Com isso, a tutela provisória se caracteriza por sumariedade, precariedade e estabilização.

3.1. Tutela Provisória Antecedente e Incidental

A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada pode ser pleiteada na forma antecedente e incidental, enquanto, a tutela de evidência apenas de caráter incidental, segundo previsão legal.

“A tutela provisória antecedente é aquela que deflagra o processo em que se pretende, no futuro, pedir a tutela definitiva. É requerimento anterior à formulação do pedido de tutela definitiva e tem por objetivo adiantar seus efeitos (...)”. (DIDIER JR., 2016, p. 571).

“A tutela provisória incidental é requerida dentro do processo em que se pede ou se já pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento)”. (DIDIER JR., 2016, p. 571).

4. A TUTELA DE URGÊNCIA

O Novo Código de Processo Civil trouxe alterações no instituto da tutela de urgência, além de ressaltar os princípios constitucionais: da duração razoável do processo e celeridade, com de modo a garantir a maior efetividade ao processo (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Em especial, no caso da tutela de urgência, de caráter geral, tem por finalidade uma proteção do Estado, em situações que não podem esperar o trâmite regular do processo, ou seja, tem que ser decidida exatamente naquele momento, sob pena perecer o direito da parte.

Esse instituto encontra-se alocado dentro, a Lei Federal nº 13.105/2015, na seara: Livro V, “Da Tutela Provisória”; Título II — Da Tutela de Urgência.

Nos termos do artigo 294 e 311 do Novo Código de Processo Civil as tutelas jurisdicionais provisórias, são tutelas não definitivas, concedidas pelo juízo de conhecimento prévio.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

As tutelas jurisdicionais provisórias são gêneros, do quais tutelas de urgência e tutela de evidência são espécies.

O art. 300 estabelece que: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, diferentemente da tutela de evidência que independe de tais requisitos, vez que a sua concessão independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, conforme estabelece a redação do art. 311 do CPC.

Impende destacar, que o Novo Código de Processo aplica instituto da tutela antecipada os casos em que não houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão art. 300, § 3.º.

Ademais, as tutelas provisórias antecipadas buscam garantir a efetividade do direito material, enquanto as cautelares asseguram a efetividade do processo.

A tutela será de urgência quando houver “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (CPC, art. 300, caput). Os requisitos são o *fumus boni juris*, isto é, a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, isto é, risco de que sem a medida o litigante possa sofrer perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. De que forma o perigo poderá ser arredado? Ou pela

satisfação antecipada do direito, ou pelo deferimento de medida protetiva. (Gonçalves, 2018. p. 330)

Com isso, cabe o autor/requerente demonstrar nos autos que, o não deferimento do pedido de tutela provisória pode prejudicar a efetividade de processo, o que basicamente se resume em exposição dos fatos, sustentação do direito e corroboração nas provas.

O juiz deve valer-se do princípio da proporcionalidade, sopesando as consequências que advirão do deferimento ou do indeferimento da medida. Tanto um quanto outro podem trazer prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação. Por isso, o grau de verossimilhança e a proporcionalidade serão bons orientadores, na apreciação.

É o requisito que caracteriza as tutelas de urgência. As da evidência exigem outros requisitos, entre os quais não se encontra a urgência. As de urgência só poderão ser deferidas se houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. (...) Ao concluir pela situação de urgência, também o juiz terá se valido da cognição superficial: não é preciso que tenha absoluta certeza da ameaça, do perigo, bastando que sejam possíveis. É preciso, porém, haver receio fundado. (...) É preciso uma situação objetiva de risco, atual ou iminente. O perigo pode derivar de ação ou de omissão do réu. Há casos em que, conquanto possa ser originado de fato natural, cumpre ao réu afastá-lo ou minorá-lo, e se ele não o faz, deixando, por negligência, que o risco persista, o autor poderá valer-se da tutela de urgência. (GONÇALVES, 2018, p. 341/342)

Ainda, caso o pedido não seja exposto de forma satisfatória, sendo antes da citação do réu/requerido, poderá ele alterar, complementar com novas provas e reiterando no pedido de confirmação, ao final do processo (art. 303, § 1º, inciso I, Código de Processo Civil de 2015).

Agora, se houve o indeferimento do pedido de tutela de urgência, o autor/requerente terá o prazo de 5 (cinco) dias, para interpor recurso contra a decisão.

Nesta esteira, o efeito da tutela de urgência antecipada é a estabilização da decisão que concedeu a tutela, caso não haja interposição do recurso, de agravo de instrumento, por parte do réu/requerido, nos termos do art. 304. Neste caso, a tutela de urgência passará a ter características de estabilidade e deixa de ter o caráter provisório.

O deferimento judicial obrigatoriamente dará efeitos estáveis a tutela provisória, se o réu/requerido não impugnar dentro do prazo legal. Com isso, essa estabilidade só poderá ser revogada por outra decisão.

Importante ressaltar, que a conservação do deferimento da tutela de urgência manterá sua eficácia, mesmo que o réu/requerido deixe o prazo *in albis*, resolvendo de forma definitiva o conflito em análise.

É preciso que haja requerimento da parte, pois o juízo é inerte, ou seja, o juízo não age de ofício (princípio da inércia).

Para a concessão da tutela de urgência, o juiz ainda poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la (art. 300, §1.º).

Essa disposição se une ao art. 302, que institui as possibilidades nas quais, sem prejuízo de eventual indenização por dano processual, a parte favorecida da tutela de urgência contraporá pelas perdas que a efetivação da medida houver causado à outra parte.

Por fim, sobressai que existirá a probabilidade de concretização de defesa prévia para a concessão da tutela de urgência (art. 300, §2.º) e, também, que a *“tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”* (§3º).

5. A TUTELA DE EVIDÊNCIA³

A tutela de evidência é uma das modalidades das tutelas provisórias de natureza satisfatória, com o fim no julgamento do fato apresentado, antes da sentença definitiva, também conhecida como tutela antecipada não urgente.

Denomina evidência pela força que contém as suas provas apresentadas ao juízo.

³ A tutela da evidência está vinculada ao que se chama de “direito evidente”, isto é, pretensões em juízo nas quais o direito se mostra claro, como o direito líquido e certo que autoriza a propositura de MS ou o direito do exequente, representado pelo título executivo (Fux. Evidência, p. 305). O termo não se refere, pois, a um instituto em particular, mas a uma categoria de medidas que visam a resguardar esse “direito evidente”. A tutela de urgência, por sua vez, e como o próprio nome informa, também designa uma categoria de medidas, as quais buscam resguardar situações nas quais a demora no reconhecimento do direito prejudica a parte. O tempo foi distribuído no processo, ponderando-se a maior ou menor evidência da posição jurídica sustentada pelas partes no processo (Marinoni-Mitidiero. Projeto CPC, p. 106). (NERY JÚNIOR. NERY. 2015. p. 896)

A denominada “evidência”, neste contexto, se revela pela robustez da prova documental assim como das alegações de direito do autor, contrapostas pela fragilidade das provas e argumentos aduzidos pelo réu. A robustez da prova produzida pelo autor é fator determinante, por exemplo, para a concessão da tutela de evidência fulcrada nos incisos III e IV do art. 311, que se referem à “prova documental adequada do contrato de depósito” e à “prova documental suficiente dos fatos constitutivos”. Vale registrar que, na segunda hipótese, faz-se necessária a conjugação da prova suficiente com a fragilidade da defesa do réu que venha a ser tida por incapaz de “gerar dúvida razoável”. Por outro lado, a defesa abusiva ou manifestamente protelatória do réu pode vir a ser, por si só, autorizadora da concessão da tutela provisória de evidência, conforme previsto no art. 311, inc. I, do Código de Processo Civil. Ademais, a solidez dos fundamentos jurídicos do autor pode funcionar como um fator legitimador da concessão da tutela provisória de evidência, em especial quando fulcrados em súmulas e precedentes qualificados, que, no sistema do Código, possuem eficácia vinculante⁷⁸. Em suma, em todas essas situações o sistema processual entende existir uma altíssima probabilidade de vitória do autor, o que autoriza a concessão da tutela provisória com base em evidência, ainda que isso não implique o encerramento do processo, mas apenas a transferência para o réu, que, provisoriamente, já passa a sofrer consequências negativas, o ônus do processamento de sua defesa, tida, pelo menos a priori, como manifestamente infundada, abusiva, protelatória e, portanto, com uma alta tendência de vir a ser malsucedida (MONNERAT, 2018. p. 100)

Este instituto encontra-se amparado no art. 311 do diploma processual civil de 2015, no Título III.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

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.

Essa tutela tem a finalidade de uma melhor prestação jurisdicional, como explica Gonçalves (2018, p. 330) ao falar sobre as características deste instituto:

Mas há também a possibilidade de a tutela provisória estar fundada em evidência, caso em que ela será sempre satisfativa. É o legislador quem define quais são as situações consideradas indispensáveis para que o juiz defira a tutela da evidência. Elas estão enumeradas nos quatro incisos do art. 311 do CPC, e são muito diferentes daquelas exigidas na tutela de urgência. A da evidência não tem por fim afastar um perigo, e será deferida mesmo que ele não exista. Para compreender a sua finalidade, é preciso lembrar que é normalmente o autor quem sofre com a demora no processo, pois é ele quem formula a pretensão, que permanece não atendida até o final (ou até determinada fase). Cabe ao autor, em regra, suportar os ônus da demora. A tutela da evidência inverte esse ônus, seja quando o réu age de forma abusiva ou com intuito protelatório, seja quando o direito cuja proteção o autor postula revista-se da evidência, o que ocorre nas hipóteses dos incisos II e IV do art. 311, seja, ainda, quando se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada de contrato de depósito.

Luiz Fux afirma que a lentidão do processo ordinário, por gerar atraso na satisfação da prestação posta em juízo, pode caracterizar a espera da parte como injusta, caso esta apresente um direito considerado evidente. Sem trabalhar nas circunstâncias de “risco de dano no caso concreto”, o autor exemplifica o direito evidente como aquele demonstrável de pronto através de prova documental, o direito assentado em fatos incontroversos, notórios, o direito a coibir um suposto atuar com base em “manifesta ilegalidade”, o

direito calcado em questão estritamente jurídica, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob contraditório ou em provas produzidas antecipadamente, o direito calcado em fatos sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da consumação de decadência ou da prescrição. (LAMY, Eduardo. Tutela provisória. São Paulo. Atlas, 2018. p. 36 apud FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela da evidência. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313-316)

Este instituto pode ser aplicado no procedimento comum e nos procedimentos especiais.

Este rol exposto acima, também poderá ser aplicado ADI, ADC e ADFP, reguladas pelas Leis n.º 9.882/99 e 9.896/99, bem como ações de improbidade administrativa.

Neste caso, há uma demonstração do autor/requerente com a peça inicial de verosimilhança e credibilidade da prova documental, sobre a existência do direito pleiteado, com julgados de casos repetitivos ou súmulas vinculantes, como explica o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal — STF — O Guardião da Constituição:

[...] a tutela de evidência pode ser deferida liminarmente, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (art. 311, caput, parágrafo único, do CPC)". (STF. AO 2482 MC-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 15-05-2020 PUBLIC 18-05-2020)

Há de lembrar que não é um julgamento definitivo do mérito, mas uma prévia a análise do juízo dos fatos e fundamentos jurídicos apresentados na peça inicial, com isso, não faz coisa julgada material.

Neste caso, o julgamento pode ser total ou parcial, em que necessita uma prova meramente documental. Este julgamento pode ser antecipado, sempre que houver demonstração clara do seu direito:

Enaltece o legislador aquilo a que, na doutrina, se tem chamado de *tutela de evidência sem urgência* ou *tutela de evidência pura*, que corresponde “à tutela de um direito que, de tão claro, impele a uma rápida proteção jurisdicional”, hipótese em que, “embora

não haja o risco de dano à esfera jurídica do autor (grau nenhum) ou embora este risco seja desprezível (grau mínimo), o juiz decide conceder a tutela em face da certeza ou quase certeza do direito alegado (grau máximo)”.

Algo evidente, a rigor, seria aquilo que não dependeria de prova. Mas na maior parte dos casos descritos no art. 311 do CPC/2015 exige-se prova documental. O sentido com que o legislador emprega a expressão “evidência”, assim, é bastante largo. (MEDINA, 2017. p 370/371)

A sua análise será em caráter provisório, o que possibilita o deferimento sem necessitar que a parte contrária seja ouvida.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acatam a aplicação do instituto de tutela de evidência sem necessitar que a parte contrária seja ouvida, apenas para os incisos II e II do art. 311 do CPC — Tutela Antecedente.

Ainda, resta a manutenção da fungibilidade das tutelas provisórias, em que o juízo poderá concedê-la nos casos concretos do art. 297. Além disso, impende lembrar que cabe a reversibilidade dos efeitos da decisão que a concede.

Pode-se resumir nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux (2011, p. 17/18), um breve histórico e explicação sobre o tema em tela, pois ele expõe que sobre o fato não haver mais necessidade de ser ter um capítulo específico sobre tutela cautelar, com havia no Código de Processo Civil de 1973 e que a tutela de evidência é uma tutela de cautela antecipada e incidental:

A eliminação do livro próprio permitiu conferir o adequado tratamento à tutela cautelar, sendo certo que, quando antecedente, incidia o processo e na mesma relação processual instaura-se a ação principal.

A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do periculum in mora, neste último caso, incidente sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte, por isso que Calamandrei aduzia a instrumentalidade ao quadrado da tutela acautelatória, submete-se ao mesmo regime quando antecedente.

A novidade também se operou quanto aos direitos líquidos e certos de uma parte em face da outra.

Entendeu a comissão que nessas hipóteses em que uma parte ostenta direito evidente, não se revelaria justo, ao ângulo do princípio da isonomia, postergar a satisfação daquele que se apresenta no processo com melhor direito, calcado em prova inequívoca, favorecendo a parte que, ao menos *prima facie*, não tem razão.

A tutela da evidência não é senão a cautela antecipada que dispensa o risco de dano para ser deferida, na medida em que se funda no direito irretorquível da parte que inicia a demanda.

Abordar, em estreita síntese, de um caso em que o juízo abrevia ao requerente os efeitos da tutela, mesmo não havendo urgência para a sua aquisição, por imediata, o princípio da razoável duração do processo (art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição da República).

O Código de Processo Civil de 2015 expandiu, intensamente, as presunções de tutela da evidência, antes limitada à razão encontrada no art. 273, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973 (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) e de alguns poucos procedimentos especiais, como a possessória de rito especial (CPC/ 2015, arts. 558 e 563).

Em caso prático, o Supremo Tribunal Federal — STF — O Guardião da Constituição —, afirmou no episódio que para as ações civis públicas não se faz necessários a invocação do instituto da urgência, satisfazendo para tanto, a aplicação da tutela de evidência.

Contra a decisão proferida no agravo de instrumento, houve recurso especial, no qual se entendeu, à luz da legislação infraconstitucional, que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública constitui tutela de evidência e, portanto, dispensa a comprovação da urgência, sendo suficiente para a concessão da medida a comprovação, em cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito. (...) Ora, também na tutela de evidência se encontra presente a avaliação subjetiva do magistrado e é inexistente a manifestação conclusiva de procedência. Por óbvio, não se ignora a possibilidade de a decisão prolatada como tutela da evidência transitar em julgado — mas, então, o que se tem é conversão da tutela provisória em tutela definitiva. Ademais, o simples fato

de se estar a debater, em grau recursal, o conteúdo da decisão em que se decretou a indisponibilidade de bens evidencia seu caráter provisório, desprovido de definitividade. (STF. RE 944504 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 31-10-2017 PUBLIC 06-11-2017)

Observa-se que este instituto não uma inovação do novo diploma processual, mas uma fixação de forma clara o que já previa no antigo Código de Processo Civil.

Diante disso, a Tutela de Evidência aparece como instrumento proposto a aferir maior efetividade na prestação jurisdicional.

6. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA

O novo Código de Processo Civil trouxe no art. 304 a estabilização da tutela antecipada de urgência.

Sobre o tema, o professor Diddier (2016, 604) revela que ela pode ser de caráter antecipado e, caso, não seja impugnada pela parte contrária, terá os seus efeitos prementes até decisão em sentido contrário:

A estabilização da tutela antecipada ocorre quando ela é concedida em caráter antecedente e não é impugnada pelo réu, litisconsorte ou assistente simples (por recurso ou outro meio de impugnação). Se isso ocorrer, o processo será extinto e a decisão antecipatória continuará produzindo efeitos, enquanto não for ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Nesse caso, não há, obviamente, resolução do mérito quanto ao pedido definitivo - até porque a estabilização se dá num momento em que esse pedido sequer foi formulado. A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

Segundo dispõe o art. 304, pode a tutela antecipada de urgência tornar-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o recurso. Neste caso, não há precisa do aditamento da inicial a que cita o art. 303, § 1.º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Gonçalves (2018. p. 354) explica a finalidade da estabilização para o processo civil

A principal finalidade é possibilitar ao interessado a satisfação da sua pretensão, sem a instauração de um processo de cognição exauriente, quando o adversário não se opõe, pela via recursal, à medida deferida. Obtida a tutela antecipada antecedente, o autor terá conseguido a satisfação total ou parcial de sua pretensão, ainda que em caráter não definitivo. E, se o prazo de dois anos for superado, a medida tornar-se-á definitiva, sem os percalços de um processo judicial de cognição exauriente.

O primeiro entendimento do STJ era de que a constatação também seria meio hábil para questionar a estabilidade da decisão que deferiu a tutela, como se pode ler no REsp 1.760.966⁴.

⁴ “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 do CPC/2015, torna-se estável somente se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Inicialmente cumpre salientar que uma das grandes novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada no referido art. 303. Nos termos do art. 304 do CPC/2015, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução do mérito. O referido instituto, que foi inspirado no *référé* do Direito francês, serve para abarcar aquelas situações em que as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença). Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial. A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material. Por essa razão é que, conquanto o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”, a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada. Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá

Porém, este julgado encontra-se totalmente superado.

No julgamento, em recurso repetitivo, Tema 988, o Superior Tribunal de Justiça (STJ — O Tribunal da Cidadania) afirmou que “Apenas a interposição de agravo de instrumento contra a decisão antecipatória dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente é que se revela capaz de impedir a estabilização, nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil.”

Desta forma, o STJ, pois fim a uma discussão doutrinária em volta do referido art. 1.015 do Código de Processo Civil ao afirmar que a decisão que defere a liminar de evidência e não é impugnada, torna-se estável, ou seja, estabiliza a tutela.

A não utilização da via própria – agravo de instrumento – para a impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de revisão, excetuando a hipótese da ação autônoma. Não merece guarida o argumento de que a estabilidade apenas seria atingida quando a parte ré não apresentasse nenhuma resistência, porque, além de caracterizar o alargamento da hipótese prevista para tal fim, poderia acarretar o esvaziamento desse instituto e a inobservância de outro já completamente arraigado na cultura jurídica, qual seja, a preclusão. Isso porque, embora a apresentação de contestação tenha o condão de demonstrar a resistência em relação à tutela exauriente, tal ato processual não se revela capaz de evitar que a decisão proferida em cognição sumária seja alcançada pela preclusão, considerando que os meios de defesa da parte ré estão arrolados na lei, cada qual com sua finalidade específica, não se revelando coerente a utilização de meio processual diverso para evitar a estabilização, porque os institutos envolvidos – agravo de instrumento e contestação

a estabilização da tutela. Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma. Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada.” (Superior Tribunal de Justiça – Resp. 1.760.966/SP, Rel. Min Marco Aurélio Bellizze ocorrido em 4/12/2018, Publ. 07/11/2018)

– são inconfundíveis. Interpretação diversa acabaria impondo requisitos cumulativos para o cabimento da estabilização da tutela deferida em caráter antecedente: i) a não interposição de agravo de instrumento; e ii) a não apresentação de contestação. Ora, tal conclusão não se revela razoável, porquanto a ausência de contestação já caracteriza a revelia e, em regra, a presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte autora, tornando inócuo o inovador instituto. Outrossim, verifica-se que, durante a tramitação legislativa, optou-se por abandonar expressão mais ampla – “não havendo impugnação” (sem explicitação do meio impugnativo) – e o art. 304 da Lei n. 13.105/2015 adveio contendo expressão diversa – “não for interposto o respectivo recurso”. Logo, a interpretação ampliada do conceito caracterizaria indevida extrapolação da função jurisdicional”. (STJ - REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Informativo 658. Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019).

[...] a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada fundada em evidência sem urgência (aplicando-se, analogicamente, o art. 303 do CPC/2015) e, nesse caso, concedida a liminar quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em [enunciado da] súmula vinculante [do STF]” (art. 311, II, do CPC/2015), e não havendo recurso nos termos do art. 304, caput do CPC/2015, a decisão que concede a tutela torna-se estável. (MEDINA, 2017. p. 373)

Estabilizada a medida, as partes terão a oportunidade de recorrer contra a decisão, para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, pois ela conserva seus efeitos, enquanto não for proferida a decisão de mérito na ação proposta.

Para essa ação, fica prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida, mas o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada extingue-se após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Embora se preveja que não fará coisa julgada a decisão que concede a tutela, somente por ação própria e no prazo de dois anos poderá ser revista, reformada ou invalidada.

Estabilizada a tutela antecipada de urgência, não caberá ação rescisória, já que há previsão de ação própria.

Este novo instituto, não se aplica a tutela de cautelar nem a tutela de evidência. Justifica-se a não aplicação da estabilização a tutela cautelar, por ser tutela não-satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado:

[...] a tutela de evidência quanto a de urgência (esta, antecipada ou cautelar) poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental, isso é, antes de apresentado o pedido “principal” (cujos efeitos se vão antecipar, ou cuja produção de efeitos se pretende garantir) ou quando já realizado tal pedido. A disciplina prevista no art. 304 do CPC/2015, a nosso ver, também pode aplicar-se à tutela de evidência”. (MEDINA, 2017. p.344)

Já em relação à tutela de evidência, a doutrina apresenta crítica, porque a lei foi tão restritiva ao aplicar a estabilização apenas a tutela de urgência, uma vez que ela também exibe tutela antecipada de natureza satisfativa.

Leciona Neves (2016, p. 449) que a haverá estabilização apenas nas decisões que deferir a tutela de forma antecipada.

Das três diferentes espécies de tutela provisória somente a tutela antecipada foi contemplada na forma legal de estabilização consagrada no art. 304 do Novo CPC. Significa dizer que, ao menos pela literalidade da norma, a regra não é aplicável à tutela cautelar e à tutela da evidência. Por outro lado, como o *caput* do art. 304 do Novo CPC faz remissão expressa à tutela antecipada concedida nos termos do artigo legal antecedente (art. 303), também estaria excluída da estabilização tutela antecipada concedida inicialmente.

Após a intimação das partes do deferimento da tutela de urgência (tutela antecipada), tem-se o início do prazo de 15 (quinze) dias para que seja interposto o recurso de agravo de instrumento. Se, neste prazo, não seja interposto o recurso a tutela concedida passa a ser estável e caso o recurso não seja deferido a decisão deverá ser mantida.

7. A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA

Neves (2016, p. 499) esclarece que há procedência para pugnar a estabilização na tutela de evidência fulcrado na aplicação do instituto da analogia:

É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente: mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser limitar, é plenamente possível imaginar um pedido de forma antecedente. Como Novo Código de Processo Civil não trata dessa possibilidade, é possível (...) propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada.

O professor Neves (2016, p. 499) continua a explicar como o requerente/autor poderá pleitear judicialmente a tutela de evidência, na forma antecedente, por meio de uma petição clara e objetiva, a qualquer momento dentro dos autos:

Sendo o pedido formulado de forma antecedente, poderá ser elaborado como tópico da petição inicial, ou, após esse momento inicial do procedimento, ser formulado por meio de mera petição a ser juntamente aos autos principais. Ainda que o juiz possa, antes de decidir, intimar a parte contrária para se manifestar sobre o pedido a tutela de evidência pode ser a qualquer momento, concedida mediante contraditório diferido, nos termos do art. 9º, parágrafo único, II, do Novo CPC.

Com isso, no caso de se deferida a tutela antecedente de evidência, terá amparo legal do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Pode-se afirmar que a estabilização da tutela de evidência pode ser aplicada aos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil, como citado mais ao norte, apenas vem reforçar o cumprimento das decisões dos tribunais superiores.

O inciso II deixa claro que as alegações apontadas baseadas em fatos podem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

Neste mesmo sentido, Medina (2017. p. 373) reforça a aplicação do instituto da estabilização a tutela de evidência, pois

Embora o art. 304 do CPC/2015 refira-se apenas à hipótese prevista no art. 303 do CPC/2015 (antecipação dos efeitos da tutela fundada em urgência), deve se aplicar o regime ali referido, dedicado às tutelas satisfativas autônomas, também às hipóteses previstas no art. 311 do CPC/2015, no que couber.

Assim, por exemplo, pode a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada fundada em evidência sem urgência (aplicando-se, analogicamente, o art. 303 do CPC/2015) e, nesse caso, concedida a liminar quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em [enunciado da] súmula vinculante [do STF]” (art. 311, II, do CPC/2015), e não havendo recurso nos termos do art. 304, *caput* do CPC/2015, a decisão que concede a tutela torna-se estável.

Diante do exposto, pode-se questionar: Se o fato alegado pode ser provado documentalmente e, mais ainda, esse fato é fundamentado em julgados repetitivos de tribunais superiores ou em súmula vinculante, só isso não seria forte o suficiente para o deferimento de uma tutela?

Em comparação com a tutela de urgência, deve-se ter o lastro de hipóteses, como a probabilidade de um direito e a urgência do caso concreto.

Neste caso, deve estilizar a decisão que deferir o pedido de tutela de evidência em caso de não haver interposição de agravo.

O melhor caminho é desmembrar cada instituto desse inciso e expô-lo para clarificar o que a finalidade do próprio inciso II.

A estabilização é uma questão segurança jurídica, em respeito às provas apresentados nos autos, caso concreto, e respeito aos tribunais superiores.

Este pensamento coaduna com os escritos do professor Diddier (2016, p. 579/580) instante em que ele aduzi a possibilidade de liminar, nos casos do art. 311, incisos II e III, circunstâncias de provas vigorosas e sólidas por decisões dos tribunais superiores:

A tutela provisória de evidência (satisfativa) pode ser concedida liminarmente quando fundada nos incisos II e III do art. 311, porquanto se tenham ali estabelecido hipóteses de evidência robustas o bastante para autorizar a medida antes de o réu ser ouvido. Ou seja, são caso em que a prova dos fatos e/ou o seu enquadramento normativo tem a consistência necessária para permitir a providência *in limine litis* em favor do demande. Acrescente-se a isso ‘a elevada qualidade do seu direito a reduzida probabilidade de que o réu possa vir a desmenti-la’.

Com isso, “na realidade é plenamente justificável que um pedido de tutela de evidência se faça na forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do artigo art. 304 do Novo CPC”. (Neves. 2016, p. 414).

Destarte, os professores Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 224), sustentam que compete ao intérprete analisar de forma ampla o pensamento restritivo que teve o legislador, uma vez que não pode ficar a espera do:

Do ponto de vista técnico, nada obstará a possibilidade de tutela da evidência antecedente, como mostra a experiência do *référé provision français* (art. 809, *Code de Procédure Civile*); porém, intencionalmente ou não, nosso legislador parece ter optado por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência. A opção, por óbvio, não merece respaldo. O ônus do tempo do processo não pode ser atribuído àquele que aparentemente tem razão. Por isso, examinando o regime da tutela antecipada antecedente à luz da garantia fundamental da tempestividade da jurisdição, evidencia-se a necessidade de se interpretar extensivamente o contido no art. 303, do CPC, de modo a abarcar também, por analogia, as tutelas da evidência.

Barracho (1996, p. 105) é enfático ao declarar que “a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais. Ela efetua-se (...) como suporte as garantias”.

Assim, limitar-se aplicação do instituto da estabilização apenas a tutela de urgência, é restringir o espírito do novo Código de Processo Civil, que trouxe inserido os princípios constitucionais (*verbi gratia* art. 5.º, XXXV, Carta Magna), com a finalidade do amplo acesso à justiça.

Segundo o parágrafo único do art. 311 do CPC, o juízo só decidirá liminarmente sobre os incisos II e III.

Com a devida venia ao legislador, essa interpretação restritiva, não traz justificativa para excluir a aplicação estabilização à tutela de evidência, em razão dos requisitos exigidos para a tutela antecipada antecedente.

Com o devido respeito, o Código não foi feliz ao recusar a tutela de evidência que é passível de ser prestada na forma antecedente, uma vez que a tutela de evidência apresenta a mesma satisfação fática que a tutela antecipada, que atenda para a alteração aos pré-requisitos para a sua concessão.

A tutela de evidência apenas confirma o que os tribunais já decidiram de foram recorrentes.

Por isso, tem força suficiente para estabilizar a decisão do juízo.

Tem uma base mais sólida as decisões referente as tutelas de evidência.

Já no caso da tutelar antecipadas de urgências, é necessário ao juízo fazer uma análise rasa sobre as palavras dita pelo autor da ação. Diante dessa

situação tem-se uma fragilidade na decisão.

Diverso é o que ocorre nas decisões proferidas em tutela de evidência, em que nas quatro situações apresentada no diploma processual civil

Ademais, com base em possível direito de tutela de urgência, e não havendo recurso de agravo interposto, a decisão estabiliza.

Já nas situações apresentadas pela tutela de evidência, pelo contrário, são fatos concreto e sólidos, conforme exposto nos incisos do art. 311 do CPC, tendo a possibilidade de ser antecipado, no caso dos incisos II e III e de caráter incidental nos incisos I e IV.

Marinoni; Arenhart; e Mitidiero (2020. p. 249 v.2):

Também quando a parte postula tutela ao direito mediante decisão provisória fundada na *evidência* é possível postergar o contraditório. Em regra, a configuração de defesa inconsistente depende de seu efetivo exercício, o que leva à conclusão de que a concessão da tutela da evidência depende sempre da prévia realização do contraditório. No entanto, o legislador erigiu duas situações em que a *defesa do réu será potencialmente inconsistente*: a uma, quando o autor funda o seu pedido em *precedentes* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência* em incidente de resolução de demandas repetitivas pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais (art. 311, II); a duas, quando for formulado *pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito* (art. 311, inciso III). Nesses casos, o contraditório é diferido porque é injusto fazer com que o autor aguarde para ver realizado um direito que já se encontra definido pelas Cortes Supremas ou que se encontra apropriadamente confortado pela prova específica que o instrumentaliza no plano do direito material.

Nestes termos, leciona Donizetti (2019, p. 496):

[...] As situações jurídico-processuais tipificadas no art. 311 pressupõem um altíssimo grau de probabilidade de procedência da pretensão do requerente, daí por que o *periculum in mora* é dispensado. É de lembrar que qualquer que seja a modalidade de tutela provisória, pode ser requerida tanto pelo autor quanto pelo réu. Pelo réu, quando este postular o accertamento de direito material, o que se dá na reconvenção ou no pedido contraposto (juizados especiais e em casos específicos previstos no Código, como, por exemplo, na ação possessória – art. 556). Mesmo nas

situações tipificadas nos incisos I e IV do art. 311 o réu é parte legítima para postular a tutela da evidência. Basta imaginar a situação em que o autor-reconvindo abusa do direito de defesa ou adota conduta protelatória com relação ao processo (inc. I) ou não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável com referência aos fatos constitutivos afirmados na reconvenção pelo réu-reconvinte (inc. IV).

Como pode-se verificar, ao preencher os requisitos exigidos por lei, a tutela de evidência possui muita mais força que a tutela de urgência, por não necessitar de uma mera probabilidade, ou seja, uma incerteza no caso concreto apresentado em juízo.

Mais ao sul, vê-se que os incisos elencados no Código de Processo Civil:

a) I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (CARÁTER INCIDENTAL);

A aprovação pode ser obtida tanto para o requerente como para o requerido. Neste caso, pode ser apreciado apenas em casos incidentais. Por falta de previsão legal, não pode ocorrer de forma antecedente.

Impende lembrar, do entendimento pronunciado pela Jornada de Direito Processual em n.º 47, o qual disse que “a probabilidade do direito constitui requisito para concessão da tutela da evidência fundada em abuso do direito de defesa ou em manifesto propósito protelatório da parte contrária”.

Gonçalves (2018, p. 587) explica que:

O inciso I estabelece os critérios do abuso de direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu como uma das hipóteses autorizadas para concessão da tutela antecipada, e, com isso, a medida antecipada justifica-se não em razão do perigo de dano, mas em função do exercício de mecanismos nocivos ao regular seguimento processual. Somado à forte probabilidade de existência do direito afirmado, entendeu o legislador agilizar o resultado do processo, a fim de evitar dano maior para o autor, com o retardamento indevido do provimento jurisdicional. Importante observar que a concessão somente pode ocorrer após a resposta do demandado, pois pressupõe abuso de defesa ou propósito protelatório do réu. Assim, o texto legal traz consigo uma ideia de má-fé, o que obriga a investigação sobre a intenção da parte naquele ato 384. Não basta, ainda, que o ato abusivo transmita a intenção de atrasar

a tramitação do processo. É preciso que, efetivamente, o ato consista em empecilho à lisura e à celeridade processuais(...).

Neste caso, há a necessidade de se observar o comportamento da parte contrária, por esta razão não cabe uma decisão liminar antecedente.

b) II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (POSSIBILIDADE DE TUTELA ANTECIPADA);

Este inciso II é um dos casos em que é possível a aplicação de tutela de evidência de forma antecipada.

Nery Junior (Nery.2018.cp. 836) explana que no caso específico deste inciso II, ele deve estar fundamentado nas decisões dos tribunais Superiores e súmula vinculante:

Comprovação documental. ENFAM 30: “É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante”. ENFAM 31: “A concessão da tutela da evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”

Para fundamentar o pedido a parte deverá juntar provas documentais relacionados aos fatos expostos na peça exordial.

Além disso, o fato deve estar assente em teses firmadas de casos repetitivos ou de súmulas vinculantes.

Para a Jornada de Direito Processual Civil “é admissível a tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores” (enunciado 48);

Para o inciso II, a Lei disciplina a comprovação documental das alegações e a existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Por sua redação, o artigo não restringe ao Supremo Tribunal Federal, com isso abrindo-se à possibilidade eventual de previsão constitucional de edição

de enunciados vinculantes também pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, como pode ser visto nos arts. 332, IV, e 927, V. Por outro lado, a expressão “tese firmada em julgamento de casos repetitivos” comporta contornos mais amplos. Vê-se que ela inclui os julgados do STF e do STJ na sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036.041 do CPC/2015) e os dos TJs e dos TRFs no âmbito de suas respectivas competências, em incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976/987 do CPC/2015)³⁸⁶. Embora não haja referência expressa, devem ser também compreendidas nesse dispositivo as hipóteses que levam a efeito vinculante por força de norma constitucional³⁸⁷. De se observar que, numa interpretação literal, não se exige que o precedente tenha alcançado o status de trânsito em julgado³⁸⁸, embora reconheçamos que isso possa trazer alguma insegurança jurídica, sobretudo se pensarmos que aquela tese jurídica será utilizada em todos os casos idênticos espalhados por todos os órgãos do Poder Judiciário. (Gonçalves 2018, P 587/588)

O art. 311, II, revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema dos *precedentes* e que também na tutela da evidência se manifesta. O que demonstra a inconsistência da defesa do réu não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, arts. 976 e ss., e recursos repetitivos, arts. 1.036 e ss.) ou em “súmula vinculante”. É o fato de se encontrar fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência* formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “tutela da evidência” no caso de haver *precedente* do STF ou do STJ ou *jurisprudência* firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes. (Marinoni; Arenhart; e Mitidiero 2020. p. 243/244)

Na tutela da prova, há avaliação subjetiva do magistrado, não havendo atuação decisiva em amparo à pretensão. Claramente, a possibilidade de que a decisão de proteger a prova possa se tornar definitiva não pode ser ignorada.

c) 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 (POSSIBILIDADE DE TUTELA ANTECIPADA)

Este inciso também pode ser aplicado de forma antecipada com fundamentos em provas documentais, caso em que deverá demonstrar a relação jurídica de direito.

Gonçalves (2018, p 588) aduz que:

Pelo inciso III, a não entrega do objeto custodiado implica cominação de multa. Fica estabelecida, dessa forma, uma sanção para o pedido de depósito, aplicável aos casos de alienação fiduciária, quando, até então, o descumprimento da ordem de entrega quedava sem correspondente medida coercitiva, dada a inconstitucionalidade da prisão civil por dívidas³⁸⁹. Embora o dispositivo não faça menção expressa, parece óbvio que deve ser acostada, ainda, prova da mora, requisito sempre exigível nessas hipóteses³⁹⁰

Este inciso deixou deser tratado como procedimento especial para o comum, em que a petição inicial deverá estar instruída com os devidos documentos.

d) 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 (CARÁTER INCIDENTAL)

“O inc. IV do art. 311 do CPC/2015 refere-se à hipótese em que, fundando-se a pretensão do autor em fatos suficientemente comprovados documentalmente, não se desincumbe o réu de “gerar dúvida razoável” a respeito, com as provas que opuser” (MEDINA, 2017. p. 373).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo deste trabalho, optou-se por demonstrar de forma singela, que o processo civil, desde 1973 passou por uma evolução até a promulgação da Lei Federal 13.105/2015. Esta lei, alterou por completo o que se entendia por tutela antecipada. Começando pelo título que passou a chamar-se tutela provisória.

Dentre as alterações, trouxe de forma expressa o instituto da estabilização que cria uma estabilidade a decisão proferida.

O legislador fixou este instituto dentro do título da tutela de urgência. As inovações do Código de Processo Civil vieram ao encontro da Constituição da República de 1988.

Desta forma, deve-se ter uma visão ampla do processo, com o escopo de alcançar os princípios processuais constitucionais, principalmente, o do acesso ao judiciário, uma vez que o fim principal do Novo Código de Processo Civil é pacificação social.

A estabilização da tutela de evidência apresenta força e não há no mundo jurídicos elementos para evitar que parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil, ao afirmar que o juiz poderá decidir por liminar de forma antecedente os incisos II e III e de caráter incidental os incisos I e IV.

Com isso, não se pode excluir a aplicação da estabilização à tutela de evidência, uma vez que ela apresenta as mesmas características da tutela de urgência, com provas robustas para o seu deferimento, num processo constitucional democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Separata de: Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 337. 1996. p. 105-123.

BRASIL. A COMISSÃO. *Exposição do Motivos do Código de Processo Civil de 2015*. Vade Mecum. Acadêmico de Direito. Anne Joyce Angher – organizadora. 22. ed. São Paulo. Rideel, 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 5 de out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jul. 2020.

_____. Lei Federal nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*. Brasília. 14 de dezembro de 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.952%2C%20DE%2013,conhecimento%20e%20o%20processo%20cautelar.> Acessado em 6 out. 2020.

_____. Lei Federal nº 10.444, de 7 de maio de 2002. *Diário da União*. Brasília. 8 de maio de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10444.htm>. Acessado em 6 out. 2020.

____ Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em: 29 jan. 2017.

____ Lei Federal nº 13.105, de 18 de março de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm> Acesso em: 5 fev. 2017.

____ Superior Tribunal de Justiça - Direito Processual Civil - Tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Estabilização. Não interposição de agravo de instrumento. Preclusão. Apresentação de contestação. Irrelevância. REsp 1.797.365-RS, *Informativo nº 0658*. Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019

____ Superior Tribunal de Justiça – Resp. 1.760.966/SP, Rel. Min Marco Aurélio Bellizze ocorrido em 4/12/2018, Publ. 07/11/2018

____ Superior Tribunal de Justiça - REsp 1.797.365-RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acd. Min. Regina Helena Costa, Informativo 658. Primeira Turma, por maioria, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019

____ Supremo Tribunal Federal - RE 944504 AgR, Relator(a): Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 20/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 31-10-2017 PUBLIC 06-11-2017

____ Supremo Tribunal Federal – AO 2482 MC-AgR, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2020, Processo Eletrônico DJe-122 DIVULG 15-05-2020 PUBLIC 18-05-2020

CONCAS, Alessandra. *Processo civile e capitoli di prova*. Disponível em: <<https://www.diritto.it/processo-civile-e-capitoli-di-prova/>>. Acesso em: 6 out. 2020.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo Cautelar*. 3. Rio de Janeiro. Forense, 2006.

DIDIER JR., Fredie.; BRAGA. P. S.; OLIVEIRA. R. A. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; coordenador. 18, 19 e 20 de mar. de 2016 <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*, 22ª edição. Grupo GEN, 2019, p. 496.

FUX, Luiz. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FUX, Luiz. *A tutela dos Direitos Evidentes*. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/894/A_Tutela_Dos_Direitos_Evidentes.pdf>. Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Acesso em: 4.fev. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 320 – 354

LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo. Atlas, 2018 *apud* FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 313-316.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz Arenhart; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso Processo Civil*. 3. ed. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 224.

_____. *Curso de processo civil : tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume 2 livro eletrônico. 6ª. ed. rev., atual. E ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno* [livro eletrônico] 3.ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 373

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao Estudo do Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. P. 100

MOUZALAS, De Souza e Silva. *Processo Civil*. Imprenta: Salvador: JusPODIVM, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil comentado*. 3. ed. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, Editora Resista dos Tribunais. 2015. p. 896

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume Único. .8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PESSANHA. José Américo Motta (seleção de textos). *Os Pensadores*. Platão, 428 ou 7-348 ou 7 A.C. Defesa de Sócrates / Platão. Ditos e feitos memoráveis de Sócrates; Apologia de Sócrates / Xenofonte. As nuvens / Aristófares; traduções de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade, Gilda Maria Reale Strazynski. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SILVA. R. M. S. *Processo Civil*. Volume único. 4. ed. Editora jusPodivm. 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. São Paulo. Saraiva, 1997. p. 48

Acordo de Não Persecução Civil: A Superação do Tabu Autocompositivo na Improbidade Administrativa

CIVIL NON-PROSECUTION AGREEMENT: OVERCOMING THE TABOO OF SELF-COMPOSITION IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Alex Facciolo PIRES

Nelson BISSOTO JÚNIOR

• RESUMO

Acompanhando o novo marco paradigmático das recentes inovações legislativas, as soluções consensuais de conflito foram, enfim, expressamente incorporadas à Lei de Improbidade Administrativa. Guiadas pelos princípios da cooperação e da dialogicidade, cuja força normativa adquiriu inegável preponderância sobretudo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, engendrou-se o instituto do acordo de não persecução civil, de natureza negociada, com a finalidade precípua de mitigar o monopólio da jurisdição estatal nas questões relativas à tutela do patrimônio público e à moralidade administrativa. Se por um lado, a celeuma jurídica que recaía sobre a legitimidade da autocomposição – à vista da indisponibilidade do direito subjacente –, parece ter sido superada pelo novel instituto, doravante vislumbram-se incertezas acerca de sua aplicabilidade, mormente no que atine às regras de procedimento e ao espectro de abrangência da solução negociada. O presente trabalho tem, pois, por objeto equacionar as aparentes lacunas legislativas hodiernamente existentes a partir de abalizado conteúdo doutrinário e jurisprudencial acerca do mote, inclusive em face da nova disciplina legal da improbidade administrativa (Lei nº 14.230/21).

• PALAVRAS-CHAVE

Acordo de Não Persecução Civil. Improbidade Administrativa. Consensualidade Administrativa. Negócio Jurídico.

• ABSTRACT

Following the new paradigmatic framework of recent legislative innovations, the consensual conflict solutions were finally expressly incorporated into Law

of Administrative Improbability. Guided by the principles of cooperation and dialogicity, whose normative force has acquired undeniable preponderance especially after the advent of the Code of Civil Procedure of 2015, the institute of the civil non-prosecution agreement, of a negotiated nature, was created with the primary purpose of mitigating the monopoly of state jurisdiction on issues related to the protection of public assets and administrative morality. If, on the one hand, the legal debate about the legitimacy of self-composition - in view of the unavailability of the underlying right - seems to have been overcome by the new institute, from now on there are uncertainties about its applicability, especially regarding to procedural rules and the scope of the negotiated solution. The purpose of this paper is, therefore, to resolve the current apparent legislative gaps based on the authoritative doctrine and case law on the subject, including in light of the new legal discipline of administrative improbity (Law nº 14.230/21).

- **KEYWORDS**

Civil Non-Prosecution Agreement. Administrative Improbability. Administrative Consensuality. Legal Transaction.

- **SUMÁRIO**

1. Introdução – 2. Considerações gerais sobre a tutela do patrimônio público: da evolução ao desmonte do sistema sancionatório da improbidade administrativa – 3. O novo sistema processual para a responsabilização por ato de improbidade administrativa – 4. Acordo de não persecução civil: natureza jurídica, conceituação e regras procedimentais – 4.1. O microssistema da tutela coletiva de proteção ao patrimônio público na justiça negociada – 5. A utilização dos instrumentos de solução negociada à luz da Lei nº 14.230/21: um prognóstico de (in)efetividade – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A ordem jurídico-constitucional inaugurada pós-1988, sob os auspícios do regime democrático, conferiu proteção superlativa aos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, devidamente amparada por razões de natureza histórica, política e sociológica, forjando um sistema jurídico demasiadamente analítico e eclético com o fito de acomodar os interesses de diversos segmentos sociais àquela altura postos sob escrutínio.

A imprecisão conceitual acerca do sentido e alcance dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República deu azo à caracterização,

a priori e indistinta, de sua natureza indisponível, inalienável e irrenunciável. Consolidou-se, pois, enunciado performativo¹ segundo o qual a envergadura constitucional de tais direitos não admitiria renúncias e transações.

É dentro deste arquétipo teórico que se desenvolve o pensamento jurídico da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, categorizados como direitos essencialmente difusos. Ontologicamente, ao erário – catalisador das políticas públicas – foi atrelado o atributo da indisponibilidade. O mesmo se diga a respeito da moralidade administrativa, porquanto a todos os administrados é garantido o legítimo direito de ser governado por uma administração eficiente, honesta e proba, inviabilizando abstratamente renúncias e disposições nesta seara. Logo, cuidam-se inexoravelmente de direitos fundamentais².

Sucedo que, ao longo do tempo, percebeu-se que a indisponibilidade do direito não está necessariamente adstrita, em princípio, à impossibilidade da autocomposição. É dizer, o direito fundamental, pelo simples fato de o ser, não se torna automaticamente indisponível e imune à solução negociada e consensual. A evolução dogmática, legislativa e jurisprudencial, corroboram nossa premissa.

Essa, aliás, é a ideia central pela qual se desenvolve o pensamento de Elton Venturi:

Pela evolução do sistema de justiça brasileiro, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos utilizados para investigação, retribuição e reparação de danos causados pela prática de atos ilícitos, tanto na esfera penal, civil e administrativa, parece cada vez mais claro não haver mais espaço para que perseverem proibições legislativas absolutas à busca de soluções consensuais que se revelem, a

¹ Como destaca com propriedade Lenio Luiz Streck “uma expressão performativa não se refere a algo existente e nem a uma ideia qualquer. A sua simples enunciação já faz emergir a sua significação. Portanto, já ‘não pode ser contestado’; ‘não pode sofrer críticas’; consta como ‘algo dado desde sempre’. A sua mera evocação já é um ‘em-si-mesmo’” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 51).

² “[...] a malversação do patrimônio público fere a concepção deontológica (dever-ser) de um direito fundamental e importa na desapropriação violenta e lesiva de uma coletividade” (MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 64).

um só tempo, razoáveis e eficientes. Tanto mais autorizadas e aplicadas tais soluções devem ser quanto maiores o controle de todas as autoridades públicas competentes (jurisdicionais e administrativas) e a transparência pela qual sejam esclarecidas para a sociedade civil.³

Nesse cenário, o Sistema de Justiça Multiportas vem se aperfeiçoando e, paulatinamente, substituindo muitas das funções cujas soluções exigiam apreciação exclusiva e exauriente do Poder Judiciário, pela via anacrônica da heterocomposição estatal.

Com efeito, na ordem pragmática, o sistema de justiça viu-se abarrotado de processos, não mais conseguindo se desincumbir da prestação jurisdicional de maneira célere e efetiva, incutindo erroneamente na consciência coletiva a noção de impunidade perene e subserviência à corrupção. No plano teórico, parece inegável que a transação possa produzir resultados idênticos ou similares, através das técnicas autocompositivas, àqueles que se obteria ao término da ação judicial⁴.

Tal percepção tangencia, analogicamente, a teoria do impacto desproporcional⁵. Isto é, sob o pretexto de superproteger os direitos fundamentais através de comandos legais abstratos, vedando-se expressamente as soluções consensuais à vista de sua propalada indisponibilidade, produziu-se no contexto fático baixa resolutividade e eficácia das questões submetidas ao Poder

³ VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In Revista de Processo, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2016. p. 391-426.

⁴ “[...] a investigação funciona como instrumento potencialmente apto para a composição extrajudicial do conflito e obtenção da pacificação social, sem o decurso do tempo e o custo (em todos os sentidos) do processo, fator, aliás, que se agrava considerando a complexidade natural das demandas coletivas, destinadas, *a priori*, a perdurar por mais tempo e a gerar maiores dispêndios econômicos” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 342).

⁵ “Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas” (GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24).

Judiciário, sobretudo no que concerne ao ressarcimento rápido e efetivo de danos produzidos ao erário, prejudicando – por via transversa – aquilo que se pretendia salvaguardar em alto grau de intensidade.

O atual estado da arte, com o advento do acordo de não persecução civil, direcionará o presente estudo, cujos objetivos centralizam-se na demonstração do ganho social da autocomposição na esfera da improbidade administrativa, a despeito das iniquidades produzidas pela Lei nº 14.230/21, mediante sinergia e integração dos órgãos de controle e legitimados para o aperfeiçoamento do instituto, buscando contribuir com o debate acerca de seus pressupostos, limites formais e materiais, assim como inter-relação com outros instrumentos de solução negociada já consolidados no ordenamento jurídico (v.g, colaboração premiada e acordos de leniência), lastreando-se na noção do microssistema da tutela coletiva de proteção ao patrimônio público.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: DA EVOLUÇÃO AO DESMONTE DO SISTEMA SANCIONATÓRIO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Consensualmente, no Brasil, aponta-se a formação sócio-política nacional como uma das principais causas – senão a única delas – do péssimo costume de se gerir a coisa pública como se particular fosse. As consequências são óbvias e nefastas, tais como, má gestão, ineficiência administrativa e corrupção exacerbada.

O nascedouro de nosso povo foi minuciosamente estudado por três grandes sociólogos pátrios, cujas obras clássicas retratam, sob perspectivas distintas, como se deu a gênese e a consolidação de nosso estamento burocrático e político.

Gilberto Freyre, no livro “Casa-Grande e Senzala”, publicado originalmente em 1933, compara a estrutura escravocrata e arquitetônica do Brasil Colonial com o modo de organização política e social que viria a dominar o país nos anos seguintes. O *patriarcalismo político*, como denominou Freyre, consistiria em tratar como de propriedade do senhor de engenho tudo o que estivesse dentro dos lindes geográficos de suas terras. Hodiernamente, grosso modo, os patriarcas seriam os políticos brasileiros, de modo que os valores e costumes que lhes foram atavicamente transmitidos pela elite política de outrora dificultaria o atingimento da consciência necessária para a correta distinção entre público e privado, cuja confusão conceitual no exercício da atividade

pública aparece sob a roupagem de prerrogativas, quando, em verdade, sabe-se que tratam de meros privilégios pessoais⁶.

Quase que concomitantemente, no ano de 1936, Sérgio Buarque de Holanda, na obra “Raízes do Brasil”, buscou traçar um paralelo entre a formação de nosso povo e a realidade brasileira à sua época para entender as relações sociais e políticas dominantes. Mais tarde, em 1958, o jurista e sociólogo Raymundo Faoro, em “Os donos do poder”⁷, acentuou que as elites brasileiras são extremamente individualistas, o que inviabilizaria a consolidação de um sistema democrático justo, efetivo e igualitário.

Com efeito, o jurista Wallace Paiva Martins Júnior externa opinião convergente com as balizas esposadas até aqui, ao inferir que a cultura da improbidade administrativa de “tão arraigada na cultura popular brasileira, produziu a imagem do malbaratamento da coisa pública como regular alicerce do próprio Estado, periclitando a democracia e a existência do próprio Estado de Direito, com nocivos efeitos que amesquinham os valores éticos tão caros à nação, incorporando valores antiéticos, imorais e amorais ao ambiente social”⁸.

⁶ “O patrimonialismo remete à nossa tradição ibérica, ao modo como se estabeleciam as relações políticas, econômicas e sociais entre o Imperador e a sociedade portuguesa, em geral, e com os colonizadores do Brasil, em particular. Não havia separação entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino, entre bens particulares e bens do Estado. Os deveres públicos e as obrigações privadas se sobrepunham. O rei tinha participação direta e pessoal nos tributos e nos frutos obtidos na colônia. Vem desde aí a difícil separação entre esfera pública e privada, que é a marca da formação nacional. É um traço tão forte que a Constituição brasileira precisou de um dispositivo expresse para vedar que os agentes públicos utilizassem dinheiro público para promoção pessoal. A aceitação resignada do inaceitável se manifesta na máxima ‘rouba, mas faz’” (BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro*: por que a gente é assim”. Palestra proferida na *Harvard Brazil Conference*, em Cambridge, MA, no dia 8 de abril de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>>. Acesso em: out. 2021).

⁷ “O poder - a soberania nominalmente popular - tem donos que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. (...). E o povo, (...) que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro (...). A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou”. (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001. pag. 839).

⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 02.

Fábio Medina Osório, sob esse prisma, compreende que as medidas preventivas não são bastante em si mesmas, razão pela qual devem caminhar junto com as de cunho repressivo.⁹

Eis que, traçado o diagnóstico fenomenológico, surge o protagonismo do Ministério Público para a tutela do patrimônio público, mormente à luz das atribuições que lhe foram expressamente conferidas pela Constituição da República de 1988 (art. 129, CR)¹⁰. É também a partir da inauguração da ordem jurídica atualmente vigente que surge a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), regulamentando o artigo 37, §4º, da Constituição da República, cujo propósito inicial buscou enrijecer as sanções para as condutas tidas como ímprobas perpetradas por agentes públicos, sujeitas até então – na via jurisdicional extrapenal – tão somente às consequências desconstitutivas delineadas pela Lei de Ação Popular (nº 4.717/65) e à responsabilidade político-jurídica inserta nas Leis dos Crimes de Responsabilidade (nº 1.079/50 e Decreto-Lei nº 201/67).

A concretização da vontade do Constituinte Originário, não obstante, foi alvo de sucessivas investidas do *establishment*, representadas num momento inicial, sobretudo, pela tentativa de instituição do foro por prerrogativa de função no âmbito da improbidade administrativa, posteriormente inquinado por vício de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal¹¹, assim como através da edição da Medida Provisória nº 2.088-25/2000 pelo Poder Executivo Federal no intuito de atenuar o sistema protetivo recém-criado através de alterações processuais, inclusive com a incorporação expressa do instituto da reconvenção à Lei de Improbidade Administrativa, que possibilitavam – direta

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 23.

¹⁰ “Temos um novo Ministério Público que assumiu e está a desempenhar maiores e mais efetivas responsabilidades no combate ao crime organizado e à notável improbidade dos administradores e políticos brasileiros [...]. Verdade que o constituinte de 1988 reconheceu que a abertura democrática que vivemos, posto incipiente, supunha um Ministério Público forte e independente [...]. Reconheceu, aliás, que o Ministério Público é um dos guardiões do próprio regime democrático” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78).

¹¹ STF, Pleno, ADI 2.860/DF e ADI 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15-9-2005, DJ 19-12-2006.

ou indiretamente – a responsabilização pessoal do membro do Ministério Público que ajuizasse ações deste jaez (Lei da Mordada¹²⁻¹³).

Coube à jurisprudência, então, garantir efetividade aos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente através de precedentes oriundos dos Tribunais Superiores. A ideia de estabilidade e uniformidade quanto ao sentido e alcance das sanções por condutas ímprobas perpassou, pois, por filtragem analítica durante pelo menos duas décadas de construção jurisprudencial oriunda do STJ e STF, trazendo relativa segurança jurídica à aplicabilidade da Lei nº 8.429/92¹⁴.

Aliás, sob esse aspecto, vale trazer à baila o escólio de Georges Abboud, cuja doutrina – partindo dos estudos produzidos por Guilherme O'Donnell e Samuel Issacharoff – sustenta, *in verbis*:

Destarte, no ambiente de democracias delegativas e frágeis, é absolutamente imprescindível a presença do Judiciário como garantidor do pacto constitucional e das regras do jogo democrático. Novamente, democracia frágeis são atormentadas por instituições fracas. Sendo os Tribunais muitas vezes chamados a criar uma estrutura constitucional que permita a governança democrática mediante controle dos excessos do Executivo, bem

¹² Acrescentou os parágrafos 10 e 11 ao artigo 17 da LIA, ambos já revogados, *in verbis*: “§ 10. O réu poderá, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, desta Lei, para a aplicação das penalidades cabíveis”; “§ 11. Quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior”.

¹³ A ideia de contenção ao mister do *Parquet* foi reavivada, ainda que sutilmente e em menor intensidade, pela atual redação do §2º do artigo 23-B da LIA, incluído pela Lei nº 14.230/21: “Haverá condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência da ação de improbidade se comprovada má-fé”.

¹⁴ “[...] a existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo a um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos” John Austin apud STRECK, Lenio Luiz. *O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?* Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 24. n. 3 p. 890-902. Disponível em: <<https://doi.org/10.14210/nej.v23n3.p890-902>> Acesso em: out. 2021.

como assegurando a separação de Poderes e a divisão de tarefas e competências impostas pela Constituição.

Nesse contexto, é papel dos Tribunais, em especial do STF e do STJ, proteger a constituição e a legislação, garantindo-lhes aplicabilidade e blindando-as contra as investidas da economia, da política e da moral – é essa, inclusive, a condição de possibilidade para que o direito consiga lidar com assuntos relacionados à economia, à política e à moral sem ser por elas instrumentalizado ou colonizado.¹⁵

Não por outra razão, a intensificação da fiscalização das contas públicas pelos órgãos de controle, amparada na jurisprudência sedimentada da matéria, especialmente no que atine a enriquecimentos ilícitos e danos ao erário, resultou no ajuizamento de 8.183 ações de improbidade administrativa durante o interregno de 1992-2013, em relação às quais houve condenação à perda do cargo público em 2.069 processos (25,28%) e à sanção de suspensão dos direitos políticos em 4.957 (60,58%)¹⁶, com base nos dados contidos no Cadastro Nacional de Improbidade Administrativa fornecido pelo CNJ. O mesmo estudo, num recorte temporal mais restrito (2010-2013), porém valendo-se de metodologia científica mais aprofundada mediante a análise casuística e de inteiro teor das decisões prolatadas, identificou baixa efetividade na fase executória dos processos, sendo que em 89,6% dos casos não houve ressarcimento integral ao erário.¹⁷

Nesse sentido, em suas conclusões propositivas, o pesquisador Luiz Manoel Gomes Júnior aduziu que:

Em termos de efetividade da decisão, com o ressarcimento dos danos causados, verificou-se grave falha no sistema processual. Mesmo após longa tramitação, raras foram as ações nas quais se verificou uma efetiva atuação no sentido de obter a reparação dos

¹⁵ ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. págs. 1340-1341.

¹⁶ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. passim.

¹⁷ Ibid., p. 70.

danos. As ações de Improbidade Administrativa não têm um fim, ou pelo menos uma parte considerável tem tramitação durante décadas, o que reflete no baixo índice de ressarcimentos.¹⁸

Daí porque, sem adentrar o mérito do (des)acerto das decisões judiciais utilizadas como parâmetro do abalizado estudo estatístico produzido, tornou-se alvissareiro a incorporação do acordo de não persecução cível ao ordenamento jurídico sancionador levado a efeito pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019)¹⁹.

O raciocínio mais otimista partia da premissa de que os entendimentos jurisprudenciais consolidados acerca dos dispositivos sancionatórios vigentes àquela altura potencializariam a realização de soluções negociadas no âmbito da improbidade administrativa, antes expressamente vedadas pela lei (cf. redação do §1º do art. 17 da LIA anteriormente ao Pacote Anticrime), sobretudo nos atos ímprobos de menor gravidade, cuja resolução é de baixa complexidade jurídica. Intuíam-se, pois, que somente os casos mais relevantes seriam submetidos ao Poder Judiciário, à vista de eventual insucesso da autocomposição, propiciando uma tutela mais efetiva do patrimônio público com pronto ressarcimento ao erário, sem se descuidar de eventual responsabilidade pessoal do agente público pelo ilícito.

Entretanto, mudanças conjunturais abruptas frustraram a aferição no plano concreto das expectativas que se desenhavam para o novel instituto. A primeira delas adveio do próprio Poder Judiciário e consistiu na prolação de decisão monocrática, de lavra do eminente Min. Gilmar Mendes que, apreciando medida cautelar em sede de controle concentrado de constitucionalidade, à luz dos dispositivos vigentes em 1º de outubro de 2021, (i) conferiu interpretação conforme ao inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 para estabelecer que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário; (ii) suspendeu a vigência da expressão *“suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos”* do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992.²⁰

¹⁸ Ibid., p. 85.

¹⁹ Inicialmente descrito pela lacônica redação dada ao §1º do artigo 17 da LIA, sob a rubrica de acordo de não persecução cível, dispositivo revogado pela Lei nº 14.230/21, o qual passou a regulamentar o instituto no artigo 17-B da LIA.

²⁰ STF, ADI 6678 MC/DF, decisão monocrática, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/10/2021, DJE 04/10/2021.

Conquanto de natureza singular e *ad referendum* do Plenário, a decisão da Suprema Corte, se não impulsionou diretamente, porquanto o Projeto de Lei nº 2505 já tramitava desde junho de 2021 no Congresso Nacional, decerto jogou luz sobre a matéria, criando a tempestade perfeita para, em ato contínuo, sobrevir nova reação legislativa – intenção nunca verdadeiramente abandonada pelo legislador ordinário – com vistas ao abrandamento do regime jurídico ao qual estão submetidos os agentes públicos, culminando na aprovação e promulgação da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021²¹.

Não nos cabe conjecturar, já que de todo irrelevante, os reais motivos que levaram às diversas modificações legislativas implementadas, sob pena de leviandade. É inegável, porém, que a jurisprudência construída pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo de décadas, principalmente através de teses fixadas em recursos repetitivos, restou esvaziada na legislação atualmente vigente²².

Desse modo, a disciplina da improbidade administrativa já não pode mais ser avaliada sob as premissas que fundavam o sistema anterior, recomendando ao intérprete, doravante, uma releitura cautelosa da matéria à luz dos novos parâmetros legais, buscando precipuamente a mitigação de retrocessos na tutela do patrimônio público, mormente no que se refere à responsabilização de agentes ímprobos.

Com efeito, num primeiro olhar ao novo marco legal, a doutrina especializada quase em uníssono identificou um apequenamento dos instrumentos disponibilizados para o combate à improbidade administrativa, seja mediante entraves processuais através de ritos procedimentais estanques; seja, no plano material, pela redução do espectro de aplicação da legislação, notadamente pela previsão de condutas unicamente dolosas nas três espécies de ilícitos (arts. 9º, 10 e 11 da LIA) e, no que concerne à violação de princípios

²¹ A propósito, não se trata de mera coincidência a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes ter sido prolatada no dia 1º de outubro de 2021 e publicada no dia 4 de outubro de 2021, ao passo que a aprovação definitiva do Congresso Nacional da novel legislação de improbidade administrativa, com remessa à sanção presidencial, ocorreu no dia 7 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-10887-2018>> Acesso em: out. 2021.

²² Ao menos 05 (cinco) teses fixadas pelo Tribunal de Cidadania no julgamento de casos repetitivos, ou já consolidadas no âmbito da Primeira Seção, foram incorporadas na Lei nº 14.230/21 em sentido diametralmente oposto àquele que havia sido fixado nos respectivos acórdãos (Temas nsº 701, 1055, 1042, 1096, 1108).

da Administração Pública, delimitadas por rol *numerus clausus*, mediante exigência legal de subsunção típico-normativa exclusivamente direta e imediata (art. 11, *caput* e §3º, da LIA). Não bastasse, fora instituído regime prescricional nitidamente exíguo, com prazo máximo de 08 (oito) anos, reduzido à metade na prescrição intercorrente (quatro anos), sem se olvidar, outrossim, da tormentosa questão acerca da (ir)retroatividade da aplicação dos novos dispositivos legais, já afetada pelo STF para apreciação no regime de Repercussão Geral (Tema 1.199)²³.

Por todos, ficamos com a voz de desabafo do Ministro Herman Benjamin em recente palestra proferida junto à Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMPSP), que, a nosso juízo, bem captou a insatisfação acadêmica advinda do regime instituído pela novel legislação de improbidade administrativa, cujo excerto, em transcrição livre, abaixo colacionamos:

A improbidade administrativa, tendo a corrupção como uma de suas modalidades, integra, se pudéssemos ter uma lista dos cinco pecados capitais do Estado de Direito, certamente seria um deles. E são pecados capitais porque a improbidade e a corrupção afetam a viabilidade do próprio Estado de Direito. Isso já seria gravíssimo! Mas há outro aspecto: essas patologias retiram a credibilidade do Estado de Direito e isso põe um tom de lesividade abstrata que inviabiliza a própria ideia de paz social. [...]

A questão é: o texto promulgado atingiu os objetivos de melhoria do texto primitivo, agora alterado? E, se não alcançou esses objetivos, quais foram os objetivos implícitos, e até explícitos, para a elaboração e promulgação dessa lei? [...]

²³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (ARE 843989 RG, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2022 PUBLIC 04-03-2022).

Retomo o contexto histórico. Como nós pudemos debater e votar uma lei desta magnitude sem os olhos nos olhos? Que emergência seria essa para a promulgação desta lei neste momento? [...] Esta é uma lei que é filha da pandemia e que vem não em favor do combate aos cofres públicos e aos direitos fundamentais da República, mas enfraquece, em plena pandemia, essas prioridades éticas.

O legislador, ao invés de simplificar, de esclarecer, pôr um sol legislativo gigantesco dentro do texto legal, semeia a confusão normativa, as antinomias, o diálogo “ao contrário das fontes”, projetando as iniquidades do novo texto sobre o ordenamento como um todo.

Um dos princípios que nos últimos 20 anos ganhou corpo, a partir da tradição europeia, é o da vedação ao retrocesso. É possível o retrocesso no combate à corrupção? A violação ao princípio ocorre no momento em que a legislação clara, abertamente, sem defesa, afrouxa – e não para os pequenos, para as grandes empresas, para as empreiteiras, porque é disso que estamos tratando aqui – os controles da corrupção. A pergunta que fica: há violação ao princípio da proibição ao retrocesso? (informação verbal).²⁴

3. O NOVO SISTEMA PROCESSUAL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A princípio, há que se assentar a noção atual de democracia institucional, a qual não pode ser lida de maneira desvincilhada da ideia de *accountability*. É dizer, a maturidade democrática de um Estado perpassa inexoravelmente pela análise dos padrões de transparência pública, boa governança e efetiva responsabilização dos desvios à moral administrativa.

Irrepreensível, a esse propósito, a doutrina de Georges Abboud:

Mas o que seria efetivamente o traço distintivo de uma democracia delegativa para a representativa? Essa distinção é sutil e essencial.

²⁴ Palestra do Ministro Herman Benjamin na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. *Reflexões sobre as recentes alterações na Lei da Improbidade Administrativa*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4ccXxoPwxHM&t>> Acesso em: nov. 2021.

De fato, a ideia de representação abrange a ideia de delegação. Em ambas existe a eleição para definir os políticos da nação. Ocorre que na ideia de representação está presente a ideia de *accountability* (dever de prestar contas mediante critérios racionais e previamente estabelecidos). Ou seja, de algum modo o representante é considerado responsável pela forma como age em nome daqueles que o elegeram. Nas democracias consolidadas, a *accountability* opera de forma vertical em relação àqueles que elegeram os políticos (eleitores). Contudo, também opera de forma horizontal em relação a uma rede de poderes autônomos, ou seja, em face das outras instituições democráticas existentes.²⁵

Retomando a ideia central até aqui posta, parece sintomática a conclusão de que, se por um lado o patrimônio público e a probidade administrativa integram o plexo de direitos fundamentais consagrados pela Lei Maior; noutra via, os meios de controle pelos quais se busca garantir a aplicabilidade e a eficácia do comando normativo também constituem *standards* de igual envergadura constitucional. De nada adianta, pois, catalogar direitos abstratamente sem dar concretude aos consectários que instrumentalizam sua efetividade.

Sob esse prisma, resta perceptível que o desmonte legislativo operado pela Lei nº 14.230/2021 promoveu mudanças não só de ordem material, mas sobretudo buscou delinear um novo paradigma processual no trato da matéria da improbidade administrativa, o que pretendemos brevemente esmiuçar neste tópico²⁶.

É que, sem querer desviar do enfrentamento do mote deste trabalho, torna-se intuitivo supor que o sistema processual consagrado no novo marco legal acarreta impacto direto ao acordo de não persecução civil, especialmente se traçarmos um prognóstico de desordem procedimental, circunstância que, decerto, mais beneficia aqueles sobre quem recai investigações ou ações judiciais para apuração de atos de improbidade administrativa. Em síntese, prejudica-se a *accountability* ao mesmo passo em que se causa instabilidade democrática e institucional.

²⁵ ABBoud, Georges. *op. cit.*, p. 1341.

²⁶ A Lei nº 14.230/21 implementou alterações em 22 (vinte e dois) dos 23 (vinte e três) artigos previstos originalmente na Lei nº 8.429/92. Trata-se inegavelmente, então, de um novo sistema legal introduzido no ordenamento jurídico.

Vejamos, inicialmente, as disposições legais relativas ao inquérito civil, insertas no artigo 23, §§2º e 3º, da LIA²⁷. A simples leitura do texto de lei permite inferir uma preocupação excessiva e desarrazoada com o instrumento investigativo garantido constitucionalmente ao Ministério Público (art. 129, III, CR).

Parece-nos, entretanto, que o meticuloso regramento ora previsto é de pouco efeito prático, ostentando cariz que se pretende meramente intimidatório. A uma, porque, tratando de procedimento administrativo de investigação conferido ao *Parquet*, o rito de tramitação do inquérito civil consiste em matéria *interna corporis* da instituição cuja disciplinamento é de exclusiva atribuição dos diversos ramos do Ministério Público brasileiro, a partir das balizas mínimas traçadas pelos artigos 8º e 9º, ambos da Lei nº 7.347/85, sempre sob supervisão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A duas, porque o descumprimento aos marcos temporais de tramitação do inquérito civil não é idôneo para produzir consequências legais ou processuais, cuidando de prazo impróprio. Dessa forma, conquanto autorize a fluência da prescrição, sua natureza jurídica nada tem a ver com a decadência²⁸ e, tampouco, com qualquer outra sanção preclusiva e/ou extintiva do direito em questão.

Aliás, é despidiindo conhecer profundamente o instrumento para se inferir que investigações complexas envolvendo a tutela do patrimônio público invariavelmente tramitam por lapso temporal superior a 01 (um) ano.

²⁷ Art. 23 [...] §2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica; §3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

²⁸ “[...] Ora, as ações constitutivas, exatamente porque não são ‘ações de prestação’, e nem estão ligadas a um direito susceptível de lesão, não podem ficar subordinadas a um prazo prescricional, pois, conforme ficou acentuado, prescrição e lesão do direito são conceitos correlatos e inseparáveis, que se correspondem como causa e efeito. Quando o legislador quer subordinar uma ação constitutiva a prazo extintivo, tal prazo só pode ser decadencial, isto é, decadência do direito potestativo exercido por meio de ação” (AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Fortaleza: Revista da Faculdade de Direito do Ceará, 1960. p. 348). Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/435/378>>. Acesso em: out. 2021.

Avançando, a medida cautelar de indisponibilidade de bens também foi objeto de cuidadosa (*rectius*: irresponsável) modificação legislativa (art. 16, LIA). Adstringe-se, doravante, ao valor necessário para o ressarcimento ao erário (§10), desconsiderando outras sanções de natureza pecuniária (v.g., multa civil²⁹), além de prever regras que destoam absolutamente da normativa geral prevista no Código de Processo Civil ou no microsistema dos direitos difusos e coletivos, violando frontalmente a isonomia e o devido processo legal. Não é ilícito, assim, presumir sua inconstitucionalidade, sob pena de distorção irreparável à proteção ao patrimônio público.

Exemplifiquemos. A jurisprudência do STJ era sedimentada no sentido de dispensar a demonstração do perigo de dano para a decretação da indisponibilidade de bens do réu na ação de improbidade administrativa³⁰. Tratava-se, para parte da doutrina³¹, de **tutela de evidência cautelar** por meio da qual bastava a comprovação da probabilidade do direito (indícios da prática de conduta ímproba) para fazer emergir, implicitamente, o risco ao resultado útil do processo e o perigo da demora, cuja demonstração era desnecessária. De encontro ao entendimento pacificado, a legislação exige agora *“a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo”* (§3º), comando normativo corroborado pleonasticamente pela redação do §8º do mesmo artigo 16 da LIA.

Também de difícil compreensão é o texto conferido ao §11 desse dispositivo, cujo teor expressamente pretere a indisponibilidade que

²⁹ O Tema 1055 do STJ havia consolidado o entendimento jurisprudencial em sentido contrário do que prescreve a atual legislação, vale dizer, o precedente apontava para a viabilidade da medida cautelar de indisponibilidade de bens abarcar o valor da sanção de multa civil.

³⁰ “É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro” (STJ, REsp 1366721/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014 – Tema Repetitivo 701).

³¹ “Sucedee que se está diante de uma tutela cautelar fundada apenas em elementos de prova da prática do ilícito, sem a necessidade de demonstração de urgência. É, assim, exemplo raro de tutela cautelar de evidência – ou seja, é um exemplo de tutela cautelar que não é de urgência, escapando, portanto, do regramento geral previsto nos arts. 300 e segs. do CPC.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. págs. 423-424).

eventualmente recaia sobre dinheiro em espécie depositado em contas bancárias, ignorando sua maior solidez econômica para fins ressarcitórios, para privilegiar a constrição de outros bens móveis (inclusive semoventes!) ou imóveis, mais propensos a oscilações do mercado, de modo a não observar a preferência legal estampada no artigo 835 do Código de Processo Civil.

A distinção é injustificável, assim como também o é aquela trazida pelo §13, que veda a indisponibilidade de valores equivalentes a até 40 (quarenta) salários mínimos titularizados pelo autor do ato ímprobo em instituições financeiras. Aqui, o motivo da incoerência legislativa, segundo nos parece, é diametralmente oposto ao anterior, porém se origina da mesma *ratio*.

Com efeito, embora a impenhorabilidade nessas situações também encontre previsão no artigo 833, inciso X, do CPC, é curial que o grau de proteção atribuído ao patrimônio público deve ser superior àquele observado em ações individuais que versem sobre questões patrimoniais. Daí porque a solução, pelo princípio da especialidade, já está posta no microsistema de tutela coletiva, nos termos do artigo 14, §3º, da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular): *“Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento do dano causado, se assim mais convier ao interesse público”*.

Tal regra prevalece, pois, sobre a trazida pela Lei nº 14.230/21, porquanto indubitavelmente melhor salvaguarda a **recomposição do erário**³². Esse, aliás, é justamente o traço distintivo do porquê o mesmo raciocínio, tencionando uma interpretação mais elástica, não pode ser empregado nos processos de execução fiscal, cuja finalidade precípua é exclusivamente **arrecadatória**.

Noutras palavras, o que atrai a proteção de maior estatura ao microsistema de tutela do patrimônio público é a função ressarcitória da medida, situação na qual torna-se lícito, cautelarmente, proceder à constrição de quaisquer valores localizados nas contas bancárias do réu, eis que, ao final e ao cabo,

³² Nesse sentido o artigo 7º, parágrafo único, da Resolução nº 1.193/2020 editada pelo Colégio dos Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (CPJ-MPSP), o qual disciplina o acordo de não persecução civil no âmbito interno da instituição: “Poderá ser convencionado o desconto mensal na remuneração do devedor que receba dos cofres públicos ou instituto de previdência, subsídios, vencimentos ou proventos, sempre que conveniente ao interesse público, bem como a instituição de garantia real devidamente averbada no registro competente”.

durante a posterior fase executória seria até mesmo possível o bloqueio de parte de seus rendimentos laborais, meio executório que, obviamente, deverá ser guiado pelo postulado da proporcionalidade.

Há outras distorções normativas no que atine à indisponibilidade. O enfrentamento de todas elas, entretanto, desbordaria do intento deste artigo, pelo que ficamos apenas nessas reflexões.

Noutro giro, inadequado seria esquecer, mesmo que *en passant*, da armadilha lançada pela previsão do artigo 3º da Lei nº 14.230/21³³, relativamente à ilegitimidade ativa superveniente da Fazenda Pública, que não mais poderá ajuizar ações de improbidade administrativa. Sob o aspecto sistemático da legislação, a medida nos parece adequada e, salvo melhor juízo, está dentro dos limites de conformação do legislador, uma vez que, de todo modo, a quase totalidade das demandas nesta seara já era mesmo ajuizada pelo Ministério Público³⁴.

A norma de transição supracitada, no entanto, merece especial atenção, sobretudo porque prevê expressamente a retroatividade imediata desse vício processual, estipulando o interregno de 01 (um) ano para a assunção do polo ativo pelo *Parquet* à luz de sua discricionariedade regrada, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito. Cabe-nos advertir, entretanto, que a inércia do Órgão Ministerial no caso concreto não ocasiona automaticamente a carência da ação nas demandas cuja controvérsia envolva o ressarcimento ao erário, mormente quando há hipótese de imprescritibilidade³⁵, situação

³³ Art. 3º No prazo de 1 (um) ano a partir da data de publicação desta Lei, o Ministério Público competente manifestará interesse no prosseguimento das ações por improbidade administrativa em curso ajuizadas pela Fazenda Pública, inclusive em grau de recurso. § 1º No prazo previsto no caput deste artigo suspende-se o processo, observado o disposto no art. 314 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). § 2º Não adotada a providência descrita no caput deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito. (dispositivo com a eficácia suspensa em decorrência de medida cautelar deferida pelo STF na ADI 7.043).

³⁴ “Com relação à legitimidade ativa por Tribunal, observa-se que, em 73,73%, os processos foram iniciados pelo Ministério Público. Aqui há a confirmação de que a maioria expressiva das Ações de Improbidade Administrativa é ajuizada pelo Ministério Público” (GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *op. cit.*, p. 54).

³⁵ “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (STF, TEMA 897, RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019).

na qual deverá se proceder à conversão em ação civil pública, nos termos do artigo 17, §16, da LIA, para a qual o ente político continua detendo legitimidade ativa (Lei nº 7.347/85).

Também em contradição com o parâmetro normativo geral do CPC/2015 está a impossibilidade de execução provisória da sentença, cuja vedação anteriormente ficava jungida às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Daqui em diante todas ficam condicionadas ao trânsito em julgado do processo (art. 12, §9º, LIA). E com um *plus*, qual seja, a possibilidade de o ressarcimento ao erário ser parcelado por até 48 (quarenta e oito) prestações, nos termos do §4º do artigo 18 da LIA, deferência, ao que parece, estranhamente cominada em favor daqueles que foram condenados definitivamente por condutas de intensa e incontestável reprovabilidade, malferindo o patrimônio público. Desconhecemos a existência no ordenamento jurídico de dispositivo semelhante que conceda benefício tão generoso aos desvios de conduta, ressalvados, por evidente, os casos dirimidos por métodos consensuais nas searas penal, administrativa ou civil.

Outro retrocesso ocorreu quanto ao alcance da penalidade de perda da função no tocante aos vínculos do infrator com a administração pública. Recentemente, o STJ, após anos de discussão, uniformizou o entendimento das suas Turmas de Direito Público. Para a Primeira Seção, a perda da função imposta em ação de improbidade atinge tanto o cargo que o agente público ocupava quando praticou a conduta ímproba quanto qualquer outro em que esteja ao tempo do trânsito em julgado da condenação. O ministro Francisco Falcão, prolator do voto vencedor, considerou que a sanção de perda da função visa afetar o vínculo jurídico que o agente mantém com a administração estatal, seja qual for sua natureza, uma vez que a improbidade não está ligada ao cargo, mas à atuação funcional nas atividades públicas³⁶.

³⁶ “O art. 12 da Lei n. 8.429/92 deve ser compreendido semanticamente, no que diz respeito à sanção de perda da função pública, como integrante de um sistema que repele a inserção no serviço público de pessoas cujo comportamento passado já sinalizou a pouca afeição aos valores entoados pelo art. 37 da CF/88. Em outras palavras, não se pode acoimar de ampliativa interpretação que prestigia os desígnios da Administração Pública, não obstante concorra com outra menos nociva ao agente, mas também menos reverente à tessitura normativa nacional” (EDv nos EREsp 1701967/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Rel. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2020, DJe 02/02/2021).

Atualmente, a sanção de perda da função somente se dá nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* (referindo-se ao 9º e 10º), e atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento da infração, podendo o magistrado, na hipótese do inciso I do *caput*, ou seja, somente no artigo 9º, e em caráter excepcional, estendê-la aos demais vínculos, consideradas as circunstâncias do caso e a gravidade da infração.

No mais, inexistente razão jurídica idônea para justificar a não incidência da LIA sobre fatos que atinjam recursos públicos dos **partidos políticos**, os quais recebem bilhões de reais do erário para o financiamento das campanhas políticas de seus integrantes, além da manutenção da estrutura de seus órgãos. Vale dizer, o artigo 23-C da LIA injustificadamente nega vigência ao comando constitucional inserto no artigo 37, §4º, da CR.

Em arremate, cuidaremos do arremedo legislativo que mais salta aos olhos, seja por atecnia seja por esquizofrenia. Trata-se da regra estatuída pelo novo artigo 17-D da Lei nº 8.429/92: *“A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos”* (destacamos).

Começamos, pois, pelo final. A proteção ao patrimônio público não é a finalidade primeira desta legislação? Se o é, como nos parece ser³⁷, como justificar a vedação ao seu ajuizamento para a *“proteção do patrimônio público e social”*? Tem-se, aqui, em comezinha hermenêutica teleológica, *contradictio in terminis*, caracterizadora de esquizofrenia legislativa.

A atecnia reside na negação à sua natureza jurídica de ação civil. Ora, não ostentando caráter penal, porquanto não comina pena privativa de liberdade, tampouco administrativo, já que processada perante o Poder Judiciário, como categorizá-la então? A pergunta, embora retórica, não é de menor importância.

É que ao ressaltar sua natureza *“repressiva, de caráter sancionatório”* o legislador trouxe, a nosso juízo, o objetivo inescandível³⁸ de reacender

³⁷ Consoante dispõe o artigo 1º, *caput*, da Lei nº 8.429/92, já modificado pela Lei nº 14.230/21: *“O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei”* (destacamos).

³⁸ “Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso apofântico, é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de

discussões processuais já jurisprudencialmente arredadas do escopo da Lei de Improbidade Administrativa, como, *verbi gratia*, a prerrogativa de foro. A (a)tecnicidade legislativa teve por intento aproximar a temática de institutos do direito sancionador³⁹ para quem sabe reavivar alguns privilégios de outrora e, implicitamente, incorporar outros ao novel sistema, citando-se, a título de exemplo, a possibilidade de retroatividade das normas mais benéficas (art. 5º, XL, CR).

Entretanto, a filosofia de há muito ensina que a linguagem – condição de possibilidade da compreensão – é inidônea para modificar a essência das coisas que pretende conceituar. Seu emprego exige, pois, fidelidade ontológica, sob pena de inutilidade e incompreensão. Numa palavra: o conceito errôneo, que transmite ideia equivocada sobre o objeto, já não é mais aquilo que se quis conceituar. Pode, eventualmente, referir à coisa diversa ou inexistente, jamais ao objeto original.

Com a maestria que lhe é peculiar, trazendo a discussão para o mundo jurídico, valemo-nos dos sempre elucidativos ensinamentos do Professor Lenio Luiz Streck:

Se o método, para o paradigma da filosofia da consciência, é/foi o supremo momento da subjetividade, decretar sua superação, como magistralmente fez Gadamer, não quer dizer que, a partir de então, seja possível “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” ou “qualquer coisa que a consciência nos ‘impõe’”. Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetiva que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico.

Entre outras coisas, devemos *levar o texto a sério*, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade

profundidade que é hermenêutico. Daí que, para a hermenêutica, é comum a afirmação de que o dito sempre carrega consigo o não dito, sendo que a tarefa do hermeneuta é dar conta, não daquilo que já foi mostrado pelo discurso apofântico, mas sim daquilo que permanece retido – como possibilidade – no discurso (*logos*) hermenêutico.” (STRECK, Lenio Luiz. *op. cit.* p. 18).

³⁹ Art. 1º, §4º, LIA. Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito.⁴⁰

Essa é a impressão equívoca que a redação do artigo 17-D da LIA nos causa. Deliberadamente ou não, veiculou descrição inexata da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa que, só por isso, não deixa de ser civil. Vale dizer, atribuiu-se ao texto legal sentidos absolutamente divorciados daqueles que podem ser captados ou pré-compreendidos do instituto⁴¹. **Aliás, soa contraditório, para dizer o mínimo, que o acordo de não persecução civil seja o instrumento autocompositivo previsto para dirimir consensualmente controvérsias de natureza não civil.** Em suma, *tertium non datur*.

Não bastasse, as consequências dessa premissa vêm em cascata já que umbilicalmente ligadas à miopia do legislador. Uma delas, de pronto detectável, consiste, em princípio, na inviabilidade de cumulação de demandas⁴², cuja possibilidade jurídica dantes era incontroversa. O efeito pragmático da opção legislativa é, porém, nulo, ressalvadas as dificuldades procedimentais evidentemente criadas.

Com efeito, as normas processuais civis previstas nos diversos diplomas legais que constituem o ordenamento jurídico pátrio se interpenetram, aplicando-se reciprocamente umas às outras, cujas balizas são orientadas diretamente⁴³

⁴⁰ Ibid., p. 47.

⁴¹ “As palavras da lei, porém, não são desprovidas de um valor que já antes se aceitava, razão por que foram utilizadas – em detrimento de outras –, sempre na doce ilusão de terem a capacidade de segurar o sentido. Nada seguram, todavia, como demonstram infundáveis exemplos” (Jacinto Nelson de Miranda Coutinho apud STRECK, Lenio Luiz. Ibid., p. 50).

⁴² Art. 17-D, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, com redação trazida pela Lei nº 14.230/21: “Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

⁴³ “Ou seja: O CPC-2015, diferentemente do CPC-1973, passou a dialogar de outra maneira com o microssistema do processo coletivo, seja porque o pressupõe expressamente, seja porque incorporou a esse microssistema novas normas jurídicas. A relação com o microssistema

pelo Código de Processo Civil e alicerçadas na Constituição da República. A premissa, obviamente, aplica-se ao processo coletivo e, por consequência, ao microsistema de tutela do patrimônio público, que dele deriva.

Daí por que o caráter eminentemente repressivo da ação de improbidade administrativa ora apregoado, numa tentativa vã de isolá-la em demanda autônoma, não elide a conexão entre os diversos processos, os quais – por determinação legal⁴⁴⁻⁴⁵ – deverão ser reunidos para julgamento conjunto perante o mesmo juízo prevento. É dizer, conquanto sejam deduzidos em pedidos autônomos, continuam e continuarão a ser processados no mesmo órgão judiciário. Além da racionalidade jurisdicional, a solução propugnada decorre de imperativo legal, obedece à principiologia estatuída pelo Código de Processo Civil, evitando decisões contraditórias e, mais importante, fomenta a rapidez na solução do litígio, sobretudo à vista dos exíguos prazos prescricionais previstos para a aplicação de sanções por atos de improbidade administrativa, tudo em conformidade com a garantia fundamental da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR).

Nesse sentido, o pleito para a anulação de eventual ato, contrato ou processo administrativo, licitação ou sua dispensa indevida, política pública implementada irregularmente ou ausência dela, enfim, qualquer fundamento fático ou jurídico que caracterize a causa de pedir da ação de improbidade administrativa, embora veiculados através de processos diversos, haverão de ser conjuntamente dirimidos perante o mesmo juízo. A relação de prejudicialidade é intrínseca, para além de inegável. Ou é possível cogitar de condenação por conduta ímproba em decorrência de fato considerado lícito e legítimo pelo Poder Judiciário noutro processo?

Finalizando, após essas breves considerações, verifica-se que as bases teóricas do tratamento jurídico a ser conferido ao acordo de não persecução

passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microsistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR. *op. cit.*, p. 74).

⁴⁴ Arts. 55, 58, e 59, todos do CPC.

⁴⁵ Art. 2º, LACP. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa. Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

civil deverá ser consentâneo ao arquétipo processual originário deste novo modelo de responsabilização por ato de improbidade administrativa trazido pela Lei nº 14.230/21, buscando equacionar suas distorções com vistas a melhor otimizar este instrumento de justiça negociada, garantindo eficiência e eficácia à tutela do patrimônio público.

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL: NATUREZA JURÍDICA, CONCEITUAÇÃO E REGRAS PROCEDIMENTAIS

Eis, inegavelmente, o grande avanço promovido pela Lei nº 14.230/21: a previsão legal e a regulamentação expressa do acordo de não persecução civil (ANPC). O ponto de partida do instituto adveio – ainda timidamente – da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, editada no governo da ex-Presidente Dilma Rousseff, cujo teor revogou o então vigente §1º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92, que vedava transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa, de modo acenar com a viabilidade jurídica da autocomposição.

Contudo, tal Medida Provisória não foi apreciada pelo Congresso Nacional tempestivamente, acarretando a cessação de sua eficácia em 30 de maio de 2016, o que provocou a repristinação do texto original da Lei de Improbidade Administrativa.

A despeito disso, é inegável que a modificação – embora de vigência efêmera – lançou luzes sobre a questão, pautando-a na agenda político-institucional. Tanto que, do *insight* do Poder Executivo Federal – a princípio malsucedido –, resultou a Resolução nº 179 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 26 de julho de 2017, norma de natureza primária, no bojo da qual previu-se, em dispositivo tão embrionário quanto inovador, que: *“É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”* (art. 1º, §2º - ainda vigente). Repise-se que neste momento, posterior à revogação automática da Medida Provisória nº 703/15, a normativa do CNMP contrariava o quanto disposto na LIA.

O instrumento negocial em questão só vingou definitivamente com a vinda do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), sob a rubrica de acordo de não persecução cível, que alterou a redação do §1º do artigo 17 da LIA, para incorporá-lo expressamente à legislação de regência⁴⁶. Sucede que, àquela altura, os dispositivos que iriam disciplinar o procedimento do instituto autocompositivo, mediante o acréscimo

⁴⁶ Art. 17, §1º, LIA. As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei (revogado pela Lei nº 14.230/21).

do artigo 17-A, foram vetados pelo Presidente da República. Malgrado a anomia legislativa de então, a possibilidade jurídica de sua aplicação – inserido que estava na Lei nº 8.429/92 – já não era mais questionável. Mais recentemente, como sabido, o agora nomeado acordo de não persecução civil ganhou regramento e disciplinas próprias através da Lei nº 14.230/21⁴⁷.

Traçado o panorama histórico, é necessário volver um passo.

Com efeito, a resistência legislativa à matéria era incompreensível sob o prisma acadêmico. Em doutrina, a autocomposição na seara dos direitos difusos e coletivos, a par de sua indisponibilidade, já era defendida de longa data por abalizados estudos científicos, por meio dos quais se desenvolveram fartas e profícuas teses acerca da temática.

Invocamos, vez mais, as lúcidas ponderações de Elton Venturi:

É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização. [...]

A reconstrução do sistema de Justiça brasileiro, que começa tardiamente a apostar na institucionalização dos meios alternativos para a obtenção de soluções consensuais, passa a também depender de uma realista e pragmática reavaliação do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos.⁴⁸

No mesmo sentido, nos idos de 2002, era o entendimento esposado por Fernando Grella Vieira, ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério de Público do Estado de São Paulo.⁴⁹

Nessa vereda, a vedação imposta à utilização de instrumentos negociais na seara da improbidade administrativa era insustentável, inclusive, à luz dos parâmetros legislativos delineados para matérias correlatas, os quais, para além de discipliná-los, buscam incentivar sua formalização.

⁴⁷ Vide art. 17-B da Lei nº 8.429/92.

⁴⁸ VENTURI, Elton. *op. cit.*, págs. 10 e 16.

⁴⁹ VIEIRA, Fernando Grella. *A transação nos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 273.

Ou há alguma insurgência acerca da validade jurídica do termo de ajustamento de conduta, previsto na legislação desde 1990, para a tutela do meio ambiente? Que se dirá, então, das medidas despenalizadoras progressivamente incorporadas ao Sistema de Justiça Penal? Tais direitos são tão fundamentais e indisponíveis quanto o patrimônio público e a moralidade administrativa.

O *turning point* na seara da tutela do patrimônio público, parece-nos, ganhou fôlego intenso notadamente a partir da promulgação de sucessivas legislações ordinárias cujo desiderato consistiu precipuamente no combate à corrupção, originando, aí sim, um microsistema específico. Cita-se, a esse propósito, a Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13), a Lei de Crimes Organizados (Lei nº 12.850/13), a Lei de Mediação, estendendo-a aos conflitos internos no âmbito da Administração Pública (Lei nº 13.140/15) e, finalmente, o próprio Código de Processo Civil. Em relação ao último, ressalta-se a criação de um arcabouço principiológico de fomento à autocomposição e a consequente desvinculação normativa dos meios consensuais de resolução de conflitos à natureza exclusivamente disponível do direito litigioso⁵⁰.

A imprescindibilidade da existência do acordo de não persecução civil também se explica por razões metajurídicas. Com efeito, numa sociedade massificada na qual a rapidez do fluxo de informações é a tônica dos relacionamentos humanos, produto da vida líquida – conforme expressão cunhada pelo sociólogo Zygmunt Bauman⁵¹ – é intuitivo supor que o anacronismo da heterocomposição pelo monopólio da jurisdição estatal não seria mais suficiente para, sozinho, dar vazão aos infindáveis litígios sobre os mais variados temas que são submetidos à sua apreciação. As “medidas alternativas”, terminologia aqui empregada na acepção de que não eram tradicionalmente estimuladas – e aqui se inserem as de cunho consensual –, parecem trazer inequívoca racionalidade ao sistema de justiça, dando azo à construção de novos caminhos resolutivos.

Ou melhor: o conceito de justiça efetiva não coincide com acesso ilimitado e incondicionado ao Poder Judiciário por via de mão única, antes pressupõe a racionalidade do sistema e capacidade de enfrentamento analítico dos conflitos de interesses postos sob apreciação.

⁵⁰ Art. 190 do CPC.

⁵¹ BAUMAN. Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

Nesse contexto, o Sistema de Justiça Multiportas contribui decisivamente para o desenho de uma nova política institucional, à luz da pós-modernidade, marcada pela resolutividade, pela prevenção e pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, traçando tendência de difícil superação ou retrocesso⁵².

Daí que, mesmo antes da previsão legal do acordo de não persecução civil, a doutrina especializada já se posicionava favoravelmente ao instituto, na esteira do cenário exposto alhures, consoante se extrai dos valorosos ensinamentos esposados por Rogério Pacheco Alves⁵³, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior⁵⁴, Wallace Paiva Martins⁵⁵ e Marino Pazzaglini Filho⁵⁶.

⁵² “A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira. (Org.). *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, tomo II: Constitución y proceso. Principios y garantías*. 1ed. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, v. II, p. 418).

⁵³ “As vantagens para a sociedade são evidentes, pois a reparação do dano encontrará rápida solução, evitando-se moroso e custoso processo. Também para o agente a submissão aos termos da transação apresentará vantagens, uma vez que, cumprindo o avençado, restará afastada a possibilidade de aplicação das graves sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, evitando-se, outrossim, os constrangimentos naturalmente decorrentes do processo. [...] De outro lado, se evitaria a incongruência de conferir-se à mesma conduta um tratamento no âmbito no cível muito mais duro do que o verificado no âmbito no criminal, garantindo-se maior harmonia ao sistema” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6 ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 740).

⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *op. cit.*, págs. 374-378.

⁵⁵ “Contudo, é forçoso reconhecer que, *de lege ferenda*, será útil e mais eficiente à repressão da improbidade administrativa, a dotação de institutos que, mitigando o princípio da indisponibilidade do interesse, favoreçam autores, beneficiários, cúmplices e partícipes de atos de improbidade administrativa que espontaneamente denunciem o fato, seus autores e beneficiários, possibilitando, assim, com a delação premiada, a redução de sanções ou mesmo instituindo uma válvula para a inacumulabilidade nessas hipóteses” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *op. cit.*, p. 416).

⁵⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 214.

Pois bem. Assentadas as noções propedêuticas que fornecem substrato teórico ao instituto, passemos a análise pormenorizada do regramento propriamente dito.

A novel legislação não se preocupou em conceituar formalmente o acordo de não persecução civil, tarefa que, de todo modo, sempre é melhor desempenhada pela doutrina. Aliás, seria contraproducente prever um instrumento negocial, que pressupõe diálogo e cooperação entre os atores processuais, e moldurá-lo num conceito normativo estanque ou de baixo grau de adaptabilidade aos casos concretos. De modo que, sobretudo na esfera autocompositiva, o método adotado nos parece acertado.

No afã de colaborar com o aperfeiçoamento do instituto, com o devido respeito aos que pensam em contrário, torna-se lícito sustentar que o acordo de não persecução civil ostenta natureza de **negócio jurídico bilateral personalíssimo**, formalizado por intermédio de instrumento escrito na fase extrajudicial ou judicial, cuja pactuação é realizada diretamente entre o Ministério Público e o(s) sujeito(s) ativo(s) do ato ímprobo, devidamente assistido(s) por defensor(es), com participação e prévia oitiva do ente federativo lesado e, a posteriori, submissão ao crivo jurisdicional para fins de controle de legalidade e homologação, além de, eventualmente, ao órgão do *Parquet* responsável para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se entabulado em momento anterior ao ajuizamento da ação.

Uma vez formalizado entre os pactuantes, a produção dos efeitos jurídicos avançados no instrumento negocial encerra ato composto, no sentido de que a homologação judicial somada à aprovação pelo órgão competente da Administração Superior do respectivo ramo do Ministério Público, essa última exigida unicamente na fase extrajudicial, constituem condição de eficácia do acordo de não persecução civil, a exigir concertação adequada de todos os envolvidos, sopesamento levado a efeito pelo legislador que entendemos escorreito.

Cabe-nos, aqui, algumas ponderações adicionais. A manifestação formal do ente político lesado é obrigatória, cujo teor deverá ser coligido aos autos do inquérito civil ou procedimento de investigação correlato e do processo judicial. Não detém, porém, caráter vinculante. Ou seja, a aquiescência expressa não constitui requisito de validade ou eficácia do negócio jurídico, uma vez que inexistente previsão legal nesse sentido.

O mesmo se diga a respeito de sua participação ativa nas tratativas preliminares do instrumento negocial. Conquanto seja recomendável, à vista da dialogicidade ínsita ao meio autocompositivo, não é imprescindível.

Ademais, a legislação concedeu ao ente da federação lesado legitimidade preferencial⁵⁷ para a liquidação da sentença condenatória no que atine ao capítulo de ressarcimento dos danos causados e reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos pelo sujeito ativo do ato ímprobo (art. 18, §§1º e 2º, LIA), dinâmica que, se transposta para a via consensual, corrobora nossa premissa de estímulo à participação do ente político nas negociações.

A consulta ao Tribunal de Contas para a apuração do valor do dano a ser ressarcido (art. 17-B, §3º, LIA), pelas mesmas razões, é despida de caráter cogente. Trata-se de diretriz legislativa que pode ser manejada se, à luz do caso concreto, a medida mostrar-se produtiva e atender ao interesse público.

É despiendo dizer que a consensualidade é tanto mais resolutiva e eficaz quanto menores os entraves meramente burocráticos que destoem de seu desiderato, numa espécie de proceduralismo ensimesmado. Ora, se a quantificação do dano é de fácil constatação ou pode ser obtida com maior facilidade por outros meios disponíveis, desde que idôneos, a obrigatoriedade da oitiva do Tribunal de Contas só provoca tumulto, atraso e desestímulo ao acordo⁵⁸.

Enfim, se o rito formal delineado pelo novo marco normativo nos pareceu consentâneo com as bases teóricas que fornecem sustentáculo à autocomposição, a legislação pecou – agora por omissão – no que se refere aos limites sancionatórios do acordo de não persecução civil, matéria mais propriamente afeta ao seu conteúdo.

A generalidade conferida ao *caput* do artigo 17-B é merecedora de severas críticas, já que condicionou a formulação do ANPC tão somente aos seguintes resultados, conforme as circunstâncias do caso concreto: (i) integral ressarcimento do dano; ou (ii) reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Com efeito, na esteira do que já expusemos alhures, o novo sistema

⁵⁷ A nosso juízo, cuida-se de mera ordem preferencial estatuída pelo legislador que não tem o condão de impedir o imediato ajuizamento do cumprimento de sentença pelo Ministério Público, cuja atuação na fase executória não é tão somente supletiva, mesmo no interregno inicial de 06 (seis) meses após o trânsito em julgado, com supedâneo na teoria dos poderes implícitos e na legitimidade conglobante.

⁵⁸ Foi também o que compreendeu o Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC) ao aprovar o enunciado nº 731: “O teor da manifestação do Tribunal de Contas competente não limita ou condiciona a celebração de acordo de não persecução cível” (XI Fórum Permanente de Processualistas – Brasília, 2022).

tornou mais dificultosa a configuração do ato de improbidade administrativa, exigindo dolo, finalidade específica e, para a totalidade dos ilícitos previsto no artigo 10, comprovação de efetiva lesão ao erário (arts. 10, *caput* e §1º, e 21, I, LIA).

Lado outro, em frontal dissonância com o escopo legal, houve abrandamento do regime sancionatório trazido pela lei, especialmente no que tange às reprimendas pela prática de condutas descritas no artigo 11 da LIA, cominadas no artigo 12, inciso III⁵⁹, o que seria suficiente para argumentarmos com sua incongruência.

Nada obstante, indo além, ao disciplinar o regramento do ANPC, a legislação deixou de prever a necessidade de pactuação de ao menos uma sanção prevista na lei, já que os resultados supramencionados, aos quais cinge-se o acordo no plano abstrato, cuidam de consequências que decorrem da conduta desonesta. Dessa forma, a estipulação única e exclusiva desses pressupostos não cumpre com a finalidade sancionatória apregoada.

É dizer, malgrado a legislação tenha alardeado ostensivamente seu caráter unicamente repressivo (art. 17-D, LIA), ignorou solenemente a pactuação de sanções legais de caráter punitivo como pressuposto para a formalização do ANPC, violando inequivocamente o princípio da proibição da proteção insuficiente – faceta do postulado da proporcionalidade.

O silêncio do legislador, mesmo que pretensamente eloquente, deverá ser equacionado nos regramentos internos do instituto no âmbito dos Ministérios Públicos, condicionando sua homologação à efetiva pactuação de ao menos uma reprimenda substancialmente punitiva, na esteira, aliás, do artigo 1º, §2º, da Resolução nº 179/2017 do CNMP, sob pena de desproteção aos princípios vetores que regem constitucionalmente a Administração Pública (art. 37, §4º, CR).

Inolvidável, sob esse prisma, que o artigo 17-B da LIA baliza requisitos e pressupostos mínimos à pactuação da medida negociada, aos quais – inegavelmente – podem ser acrescidos outros, também de natureza obrigatória,

⁵⁹ Art. 12, III, LIA. Na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos

inclusive por normativa interna dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal. Foi exatamente como procedeu o Ministério Público do Estado de São Paulo⁶⁰.

Aliás, conclusão diferente poderia resultar na impossibilidade jurídica de aplicabilidade do instituto a alguns dos ilícitos previsto no artigo 11 da LIA, haja vista que não produzem necessariamente esses resultados (lesão ao erário ou enriquecimento ilícito), interpretação evidentemente assistemática e equivocada.

Fixada essa premissa, qual seja, a imprescindibilidade de pactuação expressa de sanção no bojo do instrumento do acordo, impende ressaltar que, em doutrina, são categorizadas a existência de 02 (duas) espécies distintas de acordo de não persecução civil: (i) de pura reprimenda; e (ii) de colaboração.

O primeiro visa, única e exclusivamente, a aplicação de pelo menos uma das sanções cominadas abstratamente ao ilícito praticado, além, obviamente, do ressarcimento integral do dano e da reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida, conforme restar apurado à luz das circunstâncias concretas. Destina-se, pois, precipuamente, àqueles casos de menor complexidade e/ou de gravidade ou repercussão social de intensidade baixa/moderada, equiparando-se, grosso modo, ao instituto do acordo de não persecução penal, resguardadas as peculiaridades de cada qual.

A modalidade de acordo de colaboração, por sua vez, poderá estipular obrigações, positivas e negativas, deveres de cooperação e outras cláusulas cominatórias em desfavor do autor da conduta ímproba visando a obtenção de provas que possibilitem a identificação de coautores, partícipes e outras pessoas, física e jurídicas, com envolvimento direto nos atos de improbidade administrativa, além da coleta de elementos de informação que viabilizem a reparação integral do dano causado ao patrimônio público e a localização e recuperação do produto do ilícito. Como resta óbvio, mostra-se adequada aos casos de acentuada complexidade, notadamente à vista da personalidade do agente envolvido, natureza e circunstâncias da infração e, sobretudo, da reprovabilidade intensa e do relevante impacto social da conduta de improbidade administrativa desvelada.

⁶⁰ Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020, modificado pela Resolução nº 1.380/2021-CPJ, de 8 de novembro de 2021, com fundamento no regramento trazido pela Lei nº 14.230/21. Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193compilado.pdf> Acesso em: nov. 2021.

Em ambas as espécies de ANPC exige-se, segundo nos parece, a confissão formal do investigado ou demandado acerca da prática da conduta ilícita, que deverá constar expressamente do instrumento de pactuação da medida autocompositiva. Com efeito, o aperfeiçoamento do ato de improbidade administrativa não prescinde de dolo específico, com vontade consciente do agente, razão por que a assunção da culpa, apanágio da responsabilidade no direito sancionador, deverá ocorrer por intermédio da confissão da perpetração do fato ímprobo.

Ademais, os instrumentos negociais correlatos previstos no ordenamento jurídico preveem a confissão do autor como requisito indispensável para sua formalização (Lei Anticorrupção Empresarial – artigo 16, § 1º, III, da Lei 12.846/2013; Acordo de não persecução penal – artigo 28-A do Código de Processo Penal; e Lei do Crime Organizado – arts. 3º-C e 4º, ambos da Lei 12.850/2013). Garante-se, dessa forma, uniformidade de tratamento da consensualidade perante o microssistema de tutela do patrimônio público.

Consigna-se, finalizando, que o acordo de não persecução civil se submete à discricionariedade regrada do membro do Ministério Público, motivo pela qual o oferecimento da proposta não é, sob nenhuma hipótese, obrigatório e tampouco constitui direito subjetivo do investigado ou demandado. A viabilidade de seu cabimento deverá ser perscrutada no caso concreto, com base nos elementos de convicção previamente apurados, parametrizados nas vantagens da solução consensual para o interesse público e na rápida solução da controvérsia, judicial ou extrajudicialmente (art. 17-B, §2º, *in fine*, LIA).

4.1. O microssistema da tutela coletiva de proteção ao patrimônio público na justiça negociada

A partir das modificações promovidas pela Lei nº 14.230/21, a Lei de Improbidade Administrativa mencionou textualmente em vários de seus dispositivos legais a existência de outros diplomas normativos de nosso ordenamento jurídico que, ao menos em princípio, possuem finalidade semelhante àquela por ela intentada, isto é, a defesa do patrimônio público. Há, nessa toada, referência à Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/13) nos artigos 3º, §2º, e 12, §§7º e 8º, da LIA, e, à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687/06), no artigo 11, §1º, da LIA.

Sob a ótica meramente formal e, portanto, numa análise metodológica do que trazido à baila, entendemos que o legislador agiu acertadamente na escolha desse modelo legal. É que, em última análise, a forma de sistematização da legislação contribuiu para a reafirmação do microssistema da tutela coletiva de proteção ao patrimônio público, o qual, à toda evidência, não se limita às

leis citadas⁶¹. De todo modo, não sugere outra coisa senão que as normas de mesma *ratio* se interpenetram, espalhando-se para outros diplomas legais, os quais se interligam mutuamente.

Feita a ressalva, depreende-se, contudo, que a opção do legislador do modo pelo qual as legislações passarão a se relacionar não merece nossa aprovação. É dizer, a interpretação pontual dos dispositivos acima mencionados, no mérito, acena com a impunidade dos atos de improbidade administrativa, eis que, também aqui, pretendeu-se deliberadamente mitigar o regime sancionatório.

Com efeito, a legislação adotou a posição minoritária da doutrina segundo a qual às pessoas jurídicas aplicar-se-á unicamente as sanções da Lei nº 12.846/13 quando a ilicitude esteja ali tipificada (art. 3º, §2º), estabelecendo a incidência do princípio do *non bis in idem* em caso de duplicidade de condenações (art. 12, §7º).

No mais, a citação à Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (art. 11, §1º, LIA), adotada em grau protetivo mínimo⁶², reverberou aquilo que já se havia incansavelmente assentado logo nos primeiros artigos da lei no que refere à exigência de dolo com finalidade específica (art. 1º, parágrafo único, §§1º, 2º, 3º), reiterado vez mais no §2º do artigo 11 da LIA, numa redundância desnecessária que mais busca confundir o intérprete. Enfim, aposta-se na insegurança jurídica ao pretender enunciar o mesmo conceito em construções normativas diferentes.

A ponderação é pertinente porque, tal como pontuamos nos tópicos anteriores a respeito do regramento processual e regime sancionatório, impacta negativamente o microsistema no que toca à justiça negociada. Aqui, novamente, sob o pretexto de potencializar a tutela ao patrimônio ao público, provoca-se desarmonia e incongruências nas soluções consensuais disciplinadas por legislações diferentes.

⁶¹ O microsistema de tutela coletiva de proteção ao patrimônio público encontra fundamento constitucional no art. 37, *caput* e § 4º, da Constituição da República, cuja composição infraconstitucional é composta dos seguintes diplomas normativos: Código Penal, Título XI, da Parte Especial; Leis extravagantes Penais, como a Lei de Licitação; Lei da Ação Popular; Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92); Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93 e a nº Lei nº 14.133/2021); Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13); Lei do Sistema Brasileiro de defesa da concorrência (Lei nº 12.429/11); LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

⁶² Art. 65, §2º, Decreto nº 5.687/06 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção): “Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou severas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção” (destacamos).

Seja como for, não vislumbramos qualquer vicissitude na formalização do acordo de não persecução civil, nas duas modalidades existentes (pura reprimenda e de colaboração), conjuntamente com o acordo de leniência e/ou colaboração premiada, mediante instrumento único de pactuação⁶³, desde que os legitimados dos diversos institutos participem das tratativas e haja observância integral das formalidades de cada um deles, inclusive com respeito às competências jurisdicionais para fins homologatórios.

Com efeito, a princípio, não há óbice legal à adoção do entendimento que esposamos, o qual, a nosso juízo, melhor atende à principiologia da consensualidade e do interesse público, dado que a conduta ímproba produz invariavelmente efeitos em diversas searas judiciais. Privilegia-se, dessa forma, a sistematicidade e a racionalidade no manejo dos instrumentos, cuja viabilidade de sua aplicação deverá, manifestamente, ser objeto de sopesamento à luz das circunstâncias do caso concreto.

5. A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE SOLUÇÃO NEGOCIADA À LUZ DA LEI Nº 14.230/21: UM PROGNÓSTICO DE (IN)EFETIVIDADE

Longe de pretender efetuar um juízo de futurologia, abordaremos neste tópico, em síntese conclusiva, os prováveis rumos pelos quais se enveredará o acordo de não persecução civil após o advento do marco legal instituído pela Lei nº 14.230/21.

Cuida-se, indubitavelmente, de importante evolução legislativa com aptidão para impactar intensamente o atual estado de coisas no que se refere à tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

É bem verdade que o acordo de não persecução cível, originariamente trazido pelo Pacote Anticrime, parecia a panaceia para todos os males, mormente porque trazia consigo ideia latente que desmitificava o consenso

⁶³ Em sentido contrário, inadmitindo a pactuação através de instrumento negocial único, a disciplina normativa do Ministério Público do Estado de São Paulo: “As tratativas que envolverem ilícitos puníveis na esfera cível e criminal serão estabelecidas preferencialmente de forma conjunta pelos órgãos do Ministério Público com atribuições nas respectivas áreas de atuação, em instrumentos distintos, seja com vistas à celebração do acordo de colaboração premiada ou de não persecução penal, seja de acordo em matéria de improbidade administrativa” (art. 4º Resolução nº 1.193/2020-CPJ, de 11 de março de 2020) Disponível em: <http://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_IMG/RESOLUCOES/1193compilado.pdf> Acesso em: nov. 2021.

geral – e equivocado – segundo o qual a indisponibilidade do patrimônio público tornaria juridicamente impossível a resolução da controvérsia por soluções negociadas.

Insista-se, outrossim, que o arquétipo legislativo então vigente reforçava a potencialidade do instrumento, cujo desenvolvimento se daria num contexto jurisprudencial sólido e uniforme acerca da interpretação dos dispositivos legais da Lei nº 8.429/92.

Os dados estatísticos relativamente às ações de improbidade administrativas ajuizadas até meados de 2015, compilados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme demonstramos oportunamente, corroboram nossa premissa.

Não que o regime delineado pelo sistema normativo anterior fosse absolutamente imune a críticas. É inegável, porém, que as condutas desonestas eram objeto de investigação pelos órgãos de controle competentes e, invariavelmente, resultavam em condenações de agentes públicos e privados que malversavam recursos públicos e violavam os princípios que norteiam a Administração Pública.

É justamente esse diagnóstico empírico de outrora, lastreado que estava em bases teóricas sólidas construídas ao longo das últimas décadas, que nos permite conjecturar com aquilo que, doravante, poderá emergir. Nossa leitura é, por óbvio, idiossincrática, mas certamente encontrará ressonância em outros tantos que se dispõem a enfrentar a temática.

E, consentâneo com o que assinalamos ao longo deste trabalho, o prognóstico, à luz das novas mudanças legislativas, não pode ser benfazejo ao acordo de não persecução civil, tal como não o é ao combate à corrupção e outros malfeitos praticados na Administração Pública.

É que, por razões óbvias, o ANPC não pode ser analisado de maneira descolada do novo marco legal no qual atualmente está inserido, a partir da reestruturação promovida pela Lei nº 14.230/21. Sob esse prisma, a efetividade deste instrumento negocial pressupõe, logicamente, a segurança jurídica do regime legal como um todo.

Nesse sentido, o desmonte legislativo que foi promovido na Lei de Improbidade Administrativa, sobretudo no que toca ao regime sancionatório – se cotejado com a normativa agora revogada –, desestimula a via consensual, para além de gerar descrédito ao sistema de justiça.

Parece sintomático, então, que a crença na impunidade será nefasta ao ANPC, principalmente devido à incontestável mitigação do regime legal para a responsabilização dos sujeitos ímprobos. As discussões que virão acerca da interpretação dos novos dispositivos legais, nesse passo, tendem a arrefecer a escolha pela consensualidade nesta seara, cuja utilização – dependente que

é de ato de vontade convergente dos atores envolvidos – encontra melhor estímulo para desenvolvimento num cenário de certeza jurídica mais sólido.

A esse propósito, rememora-se as impressões premonitórias externadas pelo renomado jurista Hugo Nigro Mazzilli que, em obra publicada no ano de 2006, vaticinara, *in verbis*:

Liberto progressivamente das amarras que lhe impunham os governantes, o novo Ministério Público, nascido da Constituição de 1988, passou a trabalhar como nunca, e sua legitimação nessa área tanto funciona, que, até perigosamente demais para a própria instituição, ela e seus membros passaram a ficar mais expostos, atraindo a ira dos administradores, dos políticos e dos grandes empresários. O Ministério Público brasileiro está hoje começando a incomodar efetivamente autoridades, empresários e poderosos de todos os tipos, que na história toda deste país jamais estiveram expostos nem tiveram suas responsabilidades públicas cobradas na prática. Está o Ministério Público moderno bulindo em área na qual não sabemos ainda se foi de fato convidado a bulir, nem sabemos se já tem forças reais para fazê-lo.⁶⁴

Daí por que ganha notória relevância o papel a ser desempenhado pela jurisprudência pátria, sobretudo pelos Tribunais Superiores, cuja difícil missão consistirá na realização, o quanto antes, da necessária filtragem constitucional e legal das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, de modo a evitar retrocessos invencíveis na seara da improbidade administrativa, inclusive com vistas à não esmorecer a eficácia do acordo de não persecução civil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses Difusos e Coletivos*. 9.ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da*

⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 201.

decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Fortaleza: Revista da Faculdade de Direito do Ceará, 1960. Disponível em: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/435/378>>. Acesso em: out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim*". Palestra proferida na *Harvard Brazil Conference*, em Cambridge, MA, no dia 8 de abril de 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-jeitinho-brasileiro.pdf>>. Acesso em: out. 2021.

BAUMAN. Zygmunt. *Vida líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BENJAMIN, Herman. *Reflexões sobre as recentes alterações na Lei da Improbidade Administrativa*. Palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo no dia 26 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4ccXxoPxwHM&t>> Acesso em: nov. 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. In: SOSA, Ángel Landoni; CAMPOS, Santiago Pereira. (Org.). *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, tomo II: Constitución y proceso. Principios y garantías*. 1ed. Montevideo: La Ley Uruguay, 2017, v. II,

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6 ed. rev., ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. *Ação afirmativa e princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público: comentários à Lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. *O que é positivismo, afinal? E qual positivismo?* Revista Novos Estudos Jurídicos. v. 24. n. 3 p. 890-902. Disponível em: <<https://doi.org/10.14210/nej.v23n3.p890-902>> Acesso em: out. 2021.

VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* In Revista de Processo, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2016.

VIEIRA, Fernando Grella. *A transação nos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta*. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

Aspectos da Responsabilização Penal nos Casos de Acidentes de Trabalho

ASPECTS OF CRIMINAL LIABILITY IN WORKPLACE ACCIDENTS

André Carrara COTOMÁCIO

• RESUMO

As estatísticas acerca da ocorrência de acidentes de trabalho no Brasil apresentam dados alarmantes. Apesar de um grande avanço nas práticas prevencionistas, ainda que por imposição normativa, muitos empregadores continuam a oferecer condições inseguras no ambiente laboral, culminando em acidentes. Quanto à responsabilização em âmbito jurídico, os acidentes de trabalho apresentam não só implicações nas esferas cível, trabalhista e previdenciária, mas também na esfera penal. Nessa seara, a depender da materialidade, a tipificação pode ser variada conforme estabelecido no Código Penal, predominando, sobretudo, a constatação do descumprimento do dever de cuidado por parte do empregador. Contudo, a literatura pesquisada indica que a condenação criminal nesses casos ainda se apresenta incomum na Justiça Brasileira, o que poderia suscitar um quadro de impunidade dos empregadores e seus prepostos. Nesse enalço, o principal aspecto que justificaria essa lacuna é que os órgãos investigativos não estão familiarizados com as normas de saúde e segurança do trabalho, devido ao fato de que os concursos de ingresso nas carreiras não exigem o conhecimento em Direito do Trabalho nas Normas Regulamentadoras, as quais são específicas para a prevenção de sinistros laborais. Destarte, considerando a importância do domínio dos aspectos da responsabilização penal nos casos de acidentes de trabalho, o presente estudo exploratório busca identificar de que forma o Operador do Direito pode tipificar a conduta do agente nas ocorrências desse tipo, apresentando a perícia oficial de natureza criminal como alternativa útil para constituir prova material relevante, por meio do laudo pericial. Como não poderia ser diferente nos casos de acidentes de trabalho, é por meio do indispensável exame de corpo de delito, sempre que a infração deixar vestígios, que ocorre o levantamento de elementos materiais que dão fundamento às decisões das Autoridades Requisitantes, fazendo o perito criminal cumprir, portanto, seu mister de auxílio à justiça.

• ABSTRACT

The statistics about workplace accidents in Brazil are alarming. Despite of the great advance in prevention practices, even if by normative imposition, many employers continue to offer unsafe conditions in the workplace environment, culminating in accidents. As for liability in the legal process, accidents at work have implications not only in the civil, labor, and social security spheres, but also in the criminal procedure. In this area, depending on materiality, the criminal classification can be varied as established in the Penal Code, prevailing, the breach of duty of care. Thus, considering the importance of criminal liability in cases of workplace accidents, the present exploratory study aims to identify how Judges and Prosecutors can typify the conduct in these events, presenting the Forensic Investigation as a useful alternative to constitute relevant material evidence.

• PALAVRAS-CHAVE

Acidente de trabalho. Direito Penal. Perícia Criminal. Prevenção

• KEYWORDS

Workplace accident; Criminal law; Forensic investigation; Prevention culture.

1. INTRODUÇÃO

Um acidente de trabalho é definido por Nunes (2019) como uma ocorrência não-programada - inesperada ou não - que interrompe ou interfere o processo normal de uma atividade laboral, ocasionando perda de tempo útil e/ou lesões nos trabalhadores e/ou danos materiais.

Dados do Observatório de Segurança e Saúde no Trabalho (OIT Brasil, 2022), divulgados em 2022 por meio da plataforma “SmartLab” - desenvolvida e mantida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em cooperação com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) -, indicam que entre 2012 e 2021, 6,2 milhões de pessoas sofreram algum tipo de acidente relacionado ao trabalho.

Nesse período, houve 22.954 mortes, sendo que 15% dos casos registrados foram acidentes relacionados a máquinas e equipamentos. No ano de 2021, o estado de São Paulo registrou 35% dos acidentes de trabalho no país, seguido por Minas Gerais (11%), Rio Grande do Sul (8%), Paraná (8%), Santa Catarina (7%) e Rio de Janeiro (6%). Segundo o MPT, os dados podem ser ainda maiores, uma vez que a subnotificação é estimada em cerca de 20%.

Noutro giro, os acidentes nos ambientes de trabalho apresentam impactos financeiros negativos na produtividade econômica: de 2012 a 2022, foram perdidos cerca de 470 milhões de dias de trabalho. Nesse mesmo período, os gastos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ultrapassaram os R\$ 120 bilhões, sendo concedidos 2,5 milhões de benefícios previdenciários acidentários no período, os quais incluíram auxílios-doença, aposentadorias por invalidez, pensões por morte e auxílios-acidente (OIT BRASIL, 2022).

À vista desse panorama, a execução de atividades laborais desencadeia na relação entre empregador e empregado uma série de obrigações, estando, algumas delas, relacionadas aos aspectos de Segurança do Trabalho. Quando não cumpridas, decorrem responsabilidades, quais sejam, deveres jurídicos sucessivos como consequência à violação dessa obrigação (NUNES, 2020).

Sob esse prisma, os acidentes de trabalho apresentam não só implicações cíveis, trabalhistas e previdenciárias, mas também reflexos na esfera penal. É comum a ocorrência de mortes ou lesões corporais em ocorrências desse tipo, sendo que a conduta dolosa ou culposa do agente que der causa a esses resultados é que determinará a respectiva tipificação penal (ANGIEUSKI, 2005). Noutra perspectiva, os sinistros laborais colocaram-se ao logo dos anos também como um relevante problema de segurança pública, uma vez que um trabalhador corre um risco quase três vezes maior de se acidentar no trabalho em comparação com o risco de sofrer outro tipo de violência urbana (MAGALHÃES, 2017).

Com base nos aportes expostos, dada a importância de os Operadores do Direito dominarem os aspectos da responsabilização penal nos casos de acidentes de trabalho, este estudo apresenta como motivador o seguinte problema de pesquisa: Quais são os elementos que devem ser observados acerca das responsabilidades decorrentes de um acidente de trabalho, que possibilitem uma persecução penal eficiente?

Assim, objetivo geral é discutir os aspectos da responsabilização penal quando da ocorrência de um sinistro no ambiente laboral, frente aos possíveis resultados naturalísticos dele oriundos. Ademais, o presente estudo possui como objetivos específicos: (i) identificar de que forma o Operador do Direito pode tipificar a conduta do agente; e (ii) discutir de que forma o laudo pericial pode constituir prova material relevante, de modo a auxiliá-los nessa tipificação.

Destarte, considerando os números alarmantes acerca da ocorrência de acidentes de trabalho no país, bem como a importância da responsabilização penal quando de sua ocorrência, a abordagem do presente estudo apresenta-se em linha com Bomtempo (2016), ao se propor a construção do conhecimento

científico necessário para uma maior eficiência da persecução penal e, portanto, na aplicação adequada do jus puniendi do Estado; e com os achados de Vilela, Iguti e Almeida (2004), os quais apontam para a necessidade de se investir na capacitação e reciclagem dos profissionais no tocante às concepções acerca dos acidentes do trabalho.

Por derradeiro, o presente trabalho apresenta-se dividido em cinco capítulos. O primeiro capítulo busca apresentar o tema, o problema de pesquisa abordado, seus objetivos e sua justificativa. O segundo capítulo apresenta a fundamentação teórica para o estudo, dividida nas seções: Panorama da investigação do acidente de trabalho e Enquadramento penal do acidente de trabalho. No capítulo 3 são apresentados os procedimentos metodológicos utilizados. O capítulo 4 apresenta a discussão do tema proposto e a resposta ao seu problema de pesquisa. As considerações finais são apresentadas no capítulo 6 e, finalmente, são apresentadas as referências bibliográficas utilizadas.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 PANORAMA DA INVESTIGAÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHO

O conceito de Acidente de Trabalho, conforme Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, é definido em seu Artigo 19, como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (BRASIL, 1991).

Entretanto, Magalhães (2017) defende que essa definição possui importante limitação, pois o conceito apresentado considera acidente de trabalho somente aquele evento que causa incapacidade; além de considerar apenas os trabalhadores contratados sob o regime estabelecido pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT).

Por conseguinte, o autor argumenta que a concepção adotada pelo Ministério da Saúde (2009, p.11) em seu Protocolo de Notificação de Acidentes de Trabalho Fatais, Graves e com Crianças e Adolescentes é mais abrangente, ao alcançar a totalidade dos trabalhadores expostos, independentemente de seu vínculo previdenciário e empregatício, a saber:

Acidente de trabalho é o evento súbito ocorrido no exercício de atividade laboral, independentemente da situação empregatícia e previdenciária do trabalhador acidentado, e que acarreta dano à saúde, potencial ou imediato, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que causa, direta ou indiretamente (concausa) a morte, ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009, p.11).

Partindo-se então para uma definição mais ampla, Harris (2013) explica que um acidente de trabalho é um evento inesperado e não planejado, decorrente ou ligado ao trabalho, o qual interrompe a referida atividade laboral tendo o resultado potencial de causar ferimentos, doenças ocupacionais ou morte.

Neste sentido, Jovanovic, Arandelovic e Jovanovic (2004) alertam que os trabalhadores sofrem acidentes que podem custar vidas, prejudicam o bem-estar físico e psicológico e consomem os seus recursos e de suas famílias. Outrossim, os autores trazem à tona o ponto de vista de que o custo humano, social e financeiro de lesões ocupacionais traumáticas é enorme, comparável com outras ameaças à saúde, como o câncer e as doenças cardiovasculares.

Como medida a ser adotada para zelar pela manutenção da saúde do trabalhador, almejando a melhoria das condições laborais no Brasil, Gomes e Junior (2018) defendem o conceito prevencionista, que consiste em centrar esforços na prevenção de acidentes de doenças do trabalho. À luz desse aspecto, os autores definem acidente de trabalho como “[...] toda ocorrência, inesperada ou não, que interfere no andamento normal do trabalho e da qual resulta lesão no trabalhador e/ou perda de tempo e/ou danos materiais, ou os três simultaneamente”. (GOMES E JUNIOR, 2018, p.21).

Na mesma linha, Saliba (2015) justifica que nos locais de trabalho existem inúmeras situações de risco passíveis de provocar acidentes, e que a análise destes fatores de risco é fundamental para a prevenção, devendo ser realizada em todas as tarefas operações do processo de trabalho. O autor destaca como principais fatores de risco: eletricidade, máquinas e equipamentos, incêndios, armazenamento e transporte de materiais, manuseio de produtos perigosos e ferramentas manuais.

Apesar da existência do conceito prevencionista para que sejam evitados os acidentes de trabalho, Vilela, Iguti e Almeida (2004) afirmam que no Brasil e no mundo ainda predomina a compreensão de que o acidente de trabalho seja um evento simples, com origem em uma ou em limitadas causas, as quais se encontram encadeadas de modo linear e determinístico. Segundo os

autores, esse entendimento privilegia a ideia de que os acidentes decorrem exclusivamente de atos ou comportamentos inseguros, mediante falhas do trabalhador (decorrente de suas ações ou omissões), as quais são originadas em seus aspectos psicológicos.

Seguindo essa visão, Vilela, Iguti e Almeida (2004) constataram que os atos ou comportamentos inseguros são considerados oriundos de escolhas livres e conscientes por parte dos trabalhadores, fundamentando a responsabilidade do indivíduo. Ademais, os autores verificaram que “[...] a dimensão coletiva aparece associada com noção de cultura de segurança, compreendida como soma dos comportamentos dos indivíduos”. (VILELA, IGUTI E ALMEIDA, 2004). Assim, um ambiente de trabalho seguro seria ensejado pelo comportamento seguro dos trabalhadores, constituindo um paradigma tradicional do acidente de trabalho.

Esse paradigma é baseado em um modelo explicativo monocausal para a ocorrência do sinistro, centrada na culpa da vítima, o qual, segundo Vilela, Iguti e Almeida (2004), vem se mantendo intocável no meio técnico e industrial, em meios acadêmicos mais conservadores e em órgãos oficiais.

Não obstante, Jovanovic, Arandelovic e Jovanovic (2004) defendem que os acidentes de trabalho não são um evento monocausal, mas que resultam de múltiplas causas, contestando as teorias tradicionais que concentram as causas do acidente no trabalhador. Os autores atribuem esta dificuldade ao fato de que, até o momento, a teoria prevencionista ainda não foi universalmente aceita, mas que os pesquisadores de diferentes áreas da ciência e engenharia devem se esforçar neste sentido para que a concepção do acidente seja a de identificar, isolar e, finalmente, remover os fatores que gerem condições inseguras para o trabalho.

Gomes e Junior (2018) defendem que a análise de um acidente de trabalho deve verificar o que realmente acarretou o tal “ato inseguro” e, assim, constatar o conjunto de medidas administrativas inseguras que contribuíram para a sua ocorrência e do respectivo acidente, antes de imputar toda a responsabilidade ao trabalhador em decorrência de seu “descuido”, “distração”, “indisciplina”, “ignorância”, “cansaço”, “hábito”, “preconceito” e “deficiência física”, por exemplo. Segundo os autores, “todo ato inseguro é ocasionado por um conjunto de condições inseguras”, justificando que a responsabilidade de um acidente não é exclusiva da vítima: “não existem atos inseguros que não tenham sido gerados por condições inseguras”.

Sob esse prisma, Magalhães (2017), em seu trabalho intitulado “A atuação policial nas investigações dos acidentes de trabalho fatais”, concluiu que o

paradigma do “ato inseguro” é bastante arraigado entre os participantes de seu estudo: policiais civis e peritos da polícia técnico-científica diretamente envolvidos em investigações de acidentes de trabalho. O autor também alerta que deve ser ponderada a forma como a investigação em fase de inquérito policial é conduzida, a fim de se compreenderem quais paradigmas nela exercem influência, uma vez que, conforme verificado em seu estudo, “[...] os policiais não têm a capacitação técnica necessária para a análise causal do acidente de trabalho ou mesmo para identificar fontes de risco ambientais e situacionais”. (MAGALHÃES, 2017).

2.2 ENQUADRAMENTO PENAL DO ACIDENTE DE TRABALHO

A reprovação do comportamento e de atitudes de um povo está vinculada ao seu momento político, social, cultural e histórico. Como exemplo, chicotear o trabalhador era uma das técnicas “administrativas” à época da escravidão; contudo, com a evolução sociocultural, as práticas de escravizar e chicotear são hoje obviamente abomináveis, ao passo que expor ao risco a integridade e a saúde do trabalhador ou assediá-lo moralmente podem constituir crimes (OLIVEIRA, 2011).

Nesse sentido, Nunes (2020) destaca que a responsabilidade penal decorre quando uma ação comissiva ou omissiva de um agente for legalmente tipificada como crime, uma vez que o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição do Brasil estabelece que “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (NUNES, 2020).

Vale trazer à lume que o ordenamento jurídico brasileiro fixa a obrigatoriedade da proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores. Caso haja nexo causal entre o acidente de trabalho e uma determinada conduta, haverá a apuração individual das participações do empregador e seus prepostos, com o objetivo de constatar a possível ocorrência de um crime. Em ocorrências dessa natureza, são investigadas as condutas, principalmente, de diretores, gerentes, superiores imediatos e profissionais de Segurança do Trabalho (NUNES, 2020).

Dando ênfase à ideia, Nunes (2020) ensina que um acidente de trabalho configura crime quando constatado o descumprimento do dever de cuidado. Apesar de se verificar um aperfeiçoamento das Normas Regulamentadoras (NRs) e uma maior intensidade na fiscalização e aplicação de sanções administrativas, muitos empregadores continuam a oferecer situações de risco aos trabalhadores, deixando de implantar ações preventivas recomendadas pelas NRs (ANGIEUSKI, 2005).

As condutas reprováveis (crime e contravenção) no que diz respeito à saúde do trabalhador (compreendendo a sua integridade física, mental e completo bem-estar) são pautadas por quatro grandes dimensões e seus respectivos bens jurídicos tutelados:

Quadro 1 - Sistema Jurídico da saúde do trabalhador no campo do Direito Penal.

PENAL	
Criminal (penal estrito senso)	Tem por objeto a integridade da pessoa humana, segundo normas promulgadas pela sociedade, por intermédio do Poder Legislativo, cujos julgamentos se dão no Poder Judiciário (justiça comum).
Administrativa	Tem por objeto a ética profissional sob domínio normativo, fiscalizatório, processual e punitivo dos conselhos de profissão (CREA, CRM, OAB).
Tributária	Restrita à arrecadação de recursos supridos pela sociedade com o fim de garantir a proteção social e solidária conforme a CRFB-88. Sistema jurídico: Lei nº 9.983/2000 (Apropriação indébita previdenciária).
Ambiental	Salvaguarda o meio ambiente equilibrado. Sistema jurídico: Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais).

Fonte: Adaptado de Oliveira (2011, p. 126).

Seguindo a análise e exposição pela dimensão criminal, apresenta-se o feito de que, em 1991, por meio da Lei nº 8.213/1991, tratando dos planos de benefício de previdência social, os legisladores criaram um tipo penal especial, no artigo 19 § 2º da referida lei, dispondo:

Art. 19. [...]

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. (BRASIL, 1991).

Portanto, segundo esse dispositivo, a empresa é responsável pela adoção e utilização de medidas coletivas e individuais visando à proteção e a segurança do trabalhador, devendo prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular, cabendo-lhe, ainda, segundo o artigo 157 da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), alterado pela lei nº 6.514, de 22 de dezembro de 1977:

Art. 157 – Cabe às empresas:

I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (BRASIL, 1977).

Além do que está estabelecido para empregados contratados de forma direta, por força de Norma Regulamentadora, a empresa contratante de serviços (terceirização) encontra-se “[...] obrigada a estender aos empregados da empresa contratada que lhe presta serviços em seu estabelecimento a assistência de seus Serviços Especializados em Engenharia e Segurança e em Medicina do Trabalho”. (SILVA, 2001); bem como a observância e garantia de fornecimento de condições seguras no ambiente laboral

No tocante ao Código Penal, partindo-se dos conceitos da teoria do crime, há três elementos integradores do fato típico, a saber: conduta, resultado e nexa causal. (SILVA, 2001; ANGIEUSKI, 2005). Assim, os autores afirmam que, quando da análise da responsabilidade penal do empregador nos acidentes de trabalho, a existência de crime está condicionada à ocorrência dos elementos supracitados. Angieuski (2005) vai além:

Empregadores e seus agentes poderão ter responsabilidade penal em acidentes de trabalho, podendo ser-lhes imputada a prática de crime, quando existir um nexa causal entre suas condutas e o acidente de trabalho ocorrido, por crimes comissivos ou, ainda, por crimes omissivos, quando não realizarem as ações determinadas pelo ordenamento jurídico para proteção da segurança e saúde dos trabalhadores, quando podiam e deviam agir. (ANGIEUSKI, 2005).

A conduta do agente, se com dolo ou culpa, é que dá o enquadramento legal do crime. A tipificação penal nos acidentes de trabalho pode ocorrer “[...] tanto em condutas dolosas, quando o agente der causa ao resultado querendo-o ou assumindo o risco de produzi-los, quanto em condutas culposas, quando a agente falta com o dever de cuidado na realização da ação, causando o resultado lesivo”. (SILVA, 2001; ANGIEUSKI, 2005).

No caso de dolo - quando quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo -, o agente pode responder por lesão corporal ou homicídio simples, dependendo do caso concreto, sujeitando-se a pena de 3 meses a 1 ano de detenção, no caso de lesão corporal leve, e de 6 a 20 anos de reclusão, no caso de homicídio. Da mesma forma, no caso de culpa - quando dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia -, o agente pode responder por crime de lesão corporal culposa ou homicídio culposo, dependendo do caso concreto, sujeitando-se a pena de 2 meses a 1 ano de detenção, no caso de lesão corporal, e de 1 a 3 anos, no caso de homicídio culposo (Silva, 2001). Cumpre acentuar que nas duas hipóteses mencionadas, a legislação prevê aumento da pena em 1/3 se o crime resultar de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.

Angieuski (2005) expõe que o Direito Penal só deve intervir em casos de ataques muito graves a bens jurídicos para a sociedade e que, conforme o Código Penal vigente, em seu artigo 132 (que trata do crime de exposição a perigo para a vida ou saúde de outrem), o legislador já demonstrava preocupação com os acidentes de trabalho, uma vez que exemplificou, na exposição de motivos, o caso de um empreiteiro que expõe o operário ao risco de grave acidente ao poupar-se ao dispêndio com medidas técnicas de prudência na execução de uma obra.

Contudo, esse tipo penal não visa proteger apenas a integridade de trabalhadores, mas de qualquer pessoa. Assim, o crime do artigo 132 do Código Penal pune com pena de detenção de 3 meses a 1 ano. Nesse quadro de considerações, a Resolução nº 24 do Conselho Nacional de Direitos Humanos, de 15/06/2020, recomenda aos Ministérios Públicos Estaduais e Federal as providências necessárias para apuração, processo e julgamento dos delitos previstos na legislação penal nos termos desse artigo. (CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Por derradeiro, Nunes (2020) destaca que ao tomar conhecimento de um acidente de trabalho, a Autoridade Policial instaura um inquérito e remete-o ao Ministério Público, titular da ação penal. Estando presentes elementos que indiquem a autoria, materialidade e as circunstâncias do evento, o Promotor

elabora a denúncia, tipificando os crimes das pessoas envolvidas e remete para a Justiça Criminal. Após o devido processo legal, sua consequência pode ser a privação de liberdade ou restrição de direitos, além de multa associada a uma ou outra.

3. DISCUSSÃO

Conforme reza o art. 13 do Código Penal, “[...] o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. (BRASIL, 1940). Considera-se causa a “[...] ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”, adotando-se a teoria da equivalência das condições atenuada (NUNES, 2020). Nesse sentido, frisa-se que a tipificação de uma conduta está relacionada a três elementos, quais sejam: conduta, resultado e nexos causal.

Em se tratando da conduta, adota-se a teoria finalista, a qual exige vontade livre e consciente do agente, dirigida a uma finalidade. A imputação ocorre tanto em função de realização de uma conduta criminosa, quanto por não ter impedido a produção de um resultado lesivo (NUNES, 2020). Retira-se, portanto, “dolo” e “culpa” da culpabilidade (teoria causalista), deslocando-os para o fato típico (para a conduta).

Ainda nessa seara, os crimes podem ser dolosos ou culposos, esses praticados de forma comissiva (mediante uma ação, comportamento atuante) ou omissiva (mediante uma falta de ação ou comportamento omissivo). Por sua vez, os crimes omissivos podem ser próprios (o agente se omite quando deve e pode agir, tendo a vontade como um elemento essencial da conduta, uma vez que o direito penal não considera a responsabilidade objetiva); e impróprios (relacionados a um dever especial de proteção, em que o agente possui a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, ou, ainda, por um comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado); enquadram-se, nesses últimos, a maior parte dos casos relacionados a acidente de trabalho (NUNES, 2020).

Quanto ao nexos causal, nos crimes omissivos a causalidade na conduta só pode ser normativa, caracterizada na ocasião em que o autor não realiza, quando poderia e deveria, uma ação estabelecida pelo ordenamento jurídico. Assim, para que ocorra a imputação de um crime quando da ocorrência de um acidente de trabalho, deve existir nexos causal entre condutas e o resultado - o acidente (NUNES, 2020).

Nesse sentido, faz-se oportuno observar a posição que a jurisprudência assume em relação a essa matéria, conforme se vê na ementa transcrita:

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA. ACIDENTE DE TRABALHO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. NEGLIGÊNCIA DO EMPREGADOR. O réu, na condição de empregador da vítima fatal, agiu de forma negligente ao violar as normas de segurança necessárias para a execução do trabalho de pintura de fachada de um prédio deixando de fornecer os materiais necessários e seguros para o trabalho. Andaime improvisado e extensão do cabo metálico de pintura de material inadequado, o que culminou com descarga elétrica na vítima decorrente do choque com rede de energia elétrica. Nexo de causalidade demonstrado. Negligência. Sentença mantida. PERDÃO JUDICIAL. ART. 125, § 5º, DO CP. DESCABIMENTO NO CASO CONCRETO. O simples fato da existência de amizade entre o réu e vítima não faz presumir excepcional sofrimento para afastar a punição pelo crime. É preciso que fique constatado, não havendo como presumir tal sofrimento. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME.

(TJ-RS - ACR: 70071391866 RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Data de Julgamento: 23/02/2017, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 21/03/2017).

Outrossim, cabe destacar que o resultado pode ser do tipo naturalístico (quando há modificação no mundo exterior em decorrência da conduta), compreendendo os crimes materiais (morte ou lesão corporal, por exemplo, como consequência do sinistro laboral); ou um resultado do tipo normativo ou jurídico, quando há lesão ou perigo de lesão à Norma. Nesse caso, estão compreendidos os crimes de perigo (pode ser usado, por exemplo, para questões no ambiente de trabalho quando a conduta do empregador é falha a ponto de efetivamente expor ao perigo).

Nesse enalço, existindo nexos causal entre a conduta e o acidente de trabalho, haverá a investigação das responsabilidades individuais quanto à participação do empregador e de seus agentes, os quais serão responsabilizados na esfera penal quando for constatado o descumprimento do dever de cuidado. Para tanto, o ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores (Nunes, 2020), destacando-se os aspectos elencados a seguir.

Inicialmente, impende registrar alguns aspectos acerca do “Princípio da Proteção” ao trabalhador, emprestado do Direito Trabalhista à análise do presente problema de pesquisa. Para subsidiar o presente raciocínio, a definição de “Princípio” é, segundo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, um mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce,

disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica que lhe dá sentido harmônico; eis porque violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma (MELLO, 2007).

Nesse diapasão, Sales (2020) apresenta o Princípio da Proteção como “[...] uma ferramenta necessária para tutela da classe hipossuficiente”, ao oferecer, mediante a edição pelo Poder Público de normas impositivas, um mínimo de garantias ao trabalhador visando diminuir as desigualdades existentes na relação entre empregado e empregador. Assim, é por meio desse princípio que se constituem direitos ao trabalhador para que ele possa se equivaler ao seu empregador na relação trabalhista.

Sales (2020) ainda destaca a grande relevância do Princípio da Proteção, ao explicar o seu desdobramento em três subprincípios: (1) in dubio pro operário (com metodologia própria para a sua aplicação, apoia-se na ideia de que, quando houver dúvida quanto à forma de aplicabilidade do texto da lei, a interpretação de todas as normas trabalhistas deve ser feita sempre em prol do trabalhador); (2) aplicação da norma mais favorável ao empregado (se existem duas normas aplicáveis ao caso, deve-se aplicar aquela que é mais favorável ao empregado); e (3) princípio da condição mais benéfica ao funcionário (devam ser suprimidas as possibilidades de o empregador extinguir garantias já conferidas ao trabalhador, vedando o retrocesso).

No arco dessas afirmações, Camisassa (2021) leciona que a Norma Regulamentadora nº 01, que trata das disposições gerais e gerenciamento de riscos ocupacionais, estabelece em seu item 1.4.1, letra “g”, que as medidas de prevenção devem ser implementadas de acordo com a seguinte ordem de prioridade:

- I. eliminação dos fatores de risco;
- II . minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas de proteção coletiva;
- III. minimização e controle dos fatores de risco, com a adoção de medidas administrativas ou de organização do trabalho; e
- IV. adoção de medidas de proteção individual.

Portanto, o aspecto individual (como, por exemplo, o fornecimento de EPI) é a última medida (IV) a ser tomada objetivando a prevenção de acidentes, devendo ser utilizada apenas quando as medidas de proteção coletiva, administrativas ou de organização do trabalho (também conhecidas como medidas de engenharia) não forem suficientes para eliminar ou minimizar os riscos à integridade física e saúde do trabalhador.

Segundo Oliveira (2011b), a maioria das empresas, contudo, praticamente ignoram essa hierarquia de medidas de controle do risco – a despeito de se encontrarem indicadas na legislação – utilizando, como a primeira opção, o que deveria ser a última alternativa (o uso do EPI). Isso porque esses equipamentos são de fácil aplicação, possuem baixo custo e sugerem sensação de segurança.

Lado outro, com relação às medidas de proteção seguindo-se a ordem de prioridade de (I), (II) e (III), conforme exposto em Cotomacio (2021), existem uma série de medidas administrativas relacionadas à coordenação e à execução das atividades laborais, que geram a exposição dos trabalhadores a diversos riscos, devido a: (a) falta de treinamento para a formação técnica adequada dos empregados; (b) falta de manutenção adequada dos equipamentos; (c) processos de trabalho mal estabelecidos e atividade mal distribuídas; e (d) um processo de comunicação deficiente.

As medidas administrativas acima elencadas buscam a prevenção de acidentes nos ambientes laborais, ao proporcionar condições seguras aos empregados. Nesse contexto, é importante registrar o que decidiu a 110ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT, realizada em 10 de junho de 2022, em Genebra, a qual incluiu condições de trabalho seguras e saudáveis na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998 (MPT, 2022).

Por conseguinte, considerando o art. 5º, §2, da Constituição Federal, cabe salientar que os direitos e garantias nela expressos não excluiriam outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, evidencia-se mais uma vez a importância e o dever do empregador em proporcionar condições seguras ao exercício das atividades no ambiente de trabalho.

Neste ponto, faz-se mister perspectivar que a imposição de uma relação trabalhista deixa nela implícita a confiança, do empregado em seu empregador, quanto ao oferecimento de condições dignas de trabalho. Isso significa dizer que, nas atividades compartilhadas de risco, que são determinantes para a vida moderna, um indivíduo realiza sua parcela em uma tarefa, acreditando, pelo Princípio da Confiança, que o empregador realizará a parcela que lhe cabe com o cuidado que lhe é devido, por todo o conjunto de motivos acima elencados.

Por outra vertente, a violação do dever de agir, pela qual o agente será responsabilizado em uma conduta omissiva, pode ser classificada como geral ou especial. No dever de agir geral, sua violação gera a possibilidade de

responsabilização pela mera omissão, não havendo nexo de causalidade (o agente responde pela mera conduta omissiva).

Já no dever de agir especial, sua violação gera a possibilidade de responsabilização pelo resultado que se tinha o dever de evitar, respondendo o agente pelo resultado, como se o tivesse causado; e não pela mera omissão. Assim, em tese, não se trataria de um crime omissivo, mas sim de um crime comissivo por omissão (ou comissivo impróprio). Nesse caso, deve-se constatar que o dever de agir especial adveio de uma relação especial entre o agente e a situação geradora do perigo, ou de uma relação especial entre o agente e a vítima – por exemplo, como hipótese na relação trabalhista, criando-se, pela imposição legal anteriormente elencada no presente texto, uma relação normativa de causalidade para o resultado.

Com efeito, a relação de trabalho entre empregado e empregador caracteriza uma relação especial entre o agente e a vítima (com dever de agir especial do agente), havendo uma determinação de agir para impedir um resultado (o acidente de trabalho). Nas situações em que o agente não age para impedir que vítima sofra um infortúnio laboral - uma vez que, conforme já demonstrado, a segurança do trabalhador está sob a sua guarda, poder, vigilância -, haverá a responsabilização do empregador, nos termos do art. 13, §2º, alínea “a”, do CP:

Art. 13. [...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]. (BRASIL, 1940).

Um outro possível exemplo diz respeito ao art. 13, §2º, alínea “b”, do CP, que poderia caracterizar o dever de agir de um superior imediato (com relação direta de hierarquia) de um funcionário que se acidentou, o qual, perante a empresa empregadora de ambos, está se responsabilizando a impedir eventuais resultados lesivos a seu subordinado (dever de agir especial), por meio da garantia de condições seguras de trabalho:

Art. 13. [...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [...]

- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]. (BRASIL, 1940).

Por derradeiro, o art. 13, §2º, alínea “c”, do CP, trata da hipótese da ingerência quando alguém, com seu comportamento anterior, cria o risco da produção de um resultado lesivo no ambiente de trabalho. Ao criar esse risco, o agente é obrigado a impedi-lo, sob pena de ser responsabilizado. Um exemplo nesse sentido, aplicado ao tema em estudo, diz respeito a uma empresa que adquire um maquinário que não atenda ao disposto na Norma Regulamentadora nº 12 (Segurança no Trabalho em Máquinas e Equipamentos) quanto aos sistemas de segurança que devem ser implantados de modo a impedir que o operador se lesione; havendo a omissão quanto à adequação desse maquinário à referida norma, poderá haver responsabilização do empregador, uma vez que há o dever especial de agir especial para impedir que resultados lesivos ao trabalhador sejam produzidos:

Art. 13. [...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: [...]

- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL, 1940).

Noutro giro, a depender do entendimento do Magistrado, a conduta do empregador quando de um acidente de trabalho poderia, ainda, caracterizar dolo eventual, uma vez que ele teria conhecimento da obrigatoriedade do cumprimento das Normas Regulamentadoras, mas não se importou em implementá-las. Sob esse prisma, essa tipificação pode ocorrer quando é caracterizado um descaso completo, por meio de elementos que indiquem que o empregador aceitava o resultado como algo inerente à atividade, demonstrando uma indiferença quanto ao resultado adverso (nexo causal). Assim, no caso de resultado morte, há o processo por homicídio doloso julgado pelo Tribunal do Júri.

As circunstâncias da responsabilização conforme a culpa por um acidente de trabalho, se essa deve ser atribuída ao empregador ou ao empregado, devem ser interpretadas com cautela. Conforme Vilela, Iguti e Almeida (2004), no Brasil e no mundo ainda predomina a compreensão de que o acidente de

trabalho seja um evento simples, com origem em uma ou em limitadas causas, as quais se encontram encadeadas de modo linear e determinístico. Segundo os autores, esse entendimento privilegia a ideia de que os acidentes decorrem exclusivamente de “atos” ou “comportamentos” inseguros, mediante falhas do trabalhador (decorrente de suas ações ou omissões), essas originadas em aspectos psicológicos.

Seguindo esta visão, os atos ou comportamentos inseguros seriam oriundos de escolhas livres e conscientes por parte dos trabalhadores, fundamentando a responsabilidade do indivíduo. Para quebrar este paradigma de “culpa da vítima”, o professor Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira argumenta que um determinado ato praticado pelo trabalhador é subordinado ao empregador mediante sistema administrativo de poder, somado à força coercitiva oriunda do contrato de trabalho; assim, as atitudes do funcionário inserem-se nos domínios do empregador que o dirige (OLIVEIRA, 2011).

No arco dessas afirmações, deve-se ter cuidado ao admitir o ato inseguro do empregado como causa do acidente de trabalho, uma vez que, segundo leciona Paulo Rogério Albuquerque de Oliveira, isto seria o mesmo que admitir ausência de poder diretivo do empregador, caracterizando um absurdo jurídico trabalhista (OLIVEIRA, 2011).

Cabe destacar que o “fim do ato inseguro” há muito tempo foi estabelecido pelo Ministério do Trabalho por meio da Portaria nº 84/2009; ocasião em que a expressão “ato inseguro”, contida na alínea “b” do item 1.7 da NR-01, fora retirada da regulamentação, assim como os demais subitens que atribuíam ao trabalhador a culpa pelo acidente de trabalho.

Nesse contexto, sobreleva registrar o seguinte trecho de reportagem da Revista Proteção, que desde dezembro de 1987 tem o objetivo de propagar as informações em Saúde e Segurança do Trabalho:

Na opinião do médico do Trabalho e especialista em análise de acidentes do trabalho, Ildeberto Muniz de Almeida, a aprovação desta alteração representa a desconstrução das práticas de atribuição de culpa às vítimas de acidentes. “Não se trata apenas de uma mudança restrita aos instrumentos legais. Isso significa que o MTE retomou seu trabalho de incentivo à prevenção de acidentes, incluindo novas propostas de formação e de atualização de seus auditores fiscais”, considera Almeida. (REVISTA PROTEÇÃO, 2009, p. 16).

Consoante sob este ponto de vista, reforça-se que o paradigma do “comportamento inseguro” daquele que é vítima do acidente de trabalho não existe; e sim, que existem condições organizacionais inseguras as quais permitiram que atos inseguros decorram, sejam produzidos e consentidos, apenas e somente, pelas condições inseguras estabelecidas pelo empregador.

Diante de todo o exposto, ainda que se alegue “culpa da vítima”, mister se faz relembrar que no direito penal culpas não se compensam. Isso significa que, na hipótese de a vítima obrar com culpa, não se afastaria a capitulação da culpa do agente, tampouco o fato típico culposos; nessa hipótese, o Juiz poderia, apenas, considerar a culpa da vítima como circunstância judicial desfavorável a militar contra o réu (empregador), conforme o art. 59 do CP, mas não como hipótese de exclusão de sua culpa.

Neste ponto, embora se tenha discutido uma gama de possibilidades acerca do enquadramento penal da conduta de um agente quando da ocorrência de um acidente de trabalho, Magalhães (2017) traz um importante ponto de vista sobre um quadro generalizado de impunidade nesta área, tendo em vista o pequeno número de casos em que uma empresa é, de fato, responsabilizada nessa seara. O autor argumenta sobre o número insignificante de ações regressivas ao INSS, e que raros são os casos em que os responsáveis por áreas de Saúde e Segurança do Trabalho nas empresas, quando omissos de seus papéis, são civil e criminalmente responsabilizados.

A respeito desse cenário de impunidade, no qual a condenação criminal em casos de sinistros laborais é uma raridade da Justiça Brasileira, as razões para o fato orbitam em torno da “[...] fragmentação da cadeia repressiva aos que desobedecem às normas de prevenção e causam acidente de trabalho” (SILVA, 2001). O autor expõe que os órgãos que de fato estudam e conhecem as causas dos acidentes de trabalho são: o Ministério do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho. Contudo, Silva (2001) contrapõe que a investigação criminal do acidente de trabalho e a consequente repressão aos respectivos agentes são de responsabilidade da Polícia Civil (incluindo a Polícia Técnico-Científica e os Institutos de Criminalística), do Ministério Público Estadual e da Justiça Estadual.

Segundo Silva (2001), esses órgãos não possuem intimidade com as normas de medicina e segurança do trabalho, o que é evidenciado pelo fato de que os concursos de ingresso nas respectivas carreiras não exigem o conhecimento em Direito do Trabalho nas Normas Regulamentadoras, as quais são específicas para a prevenção do acidente de trabalho.

Nessa perspectiva, faz-se oportuno o uso da prova técnico-pericial, produzida pelos Institutos de Criminalística, de modo revelar os elementos que indiquem materialidade, autoria e as circunstâncias de um acidente de trabalho à Autoridade Policial e ao Ministério Público, permitindo o oferecimento de uma denúncia que não seja inepta.

O Manual de Requisições da Perícia Oficial, elaborado pela Polícia Técnica de Sergipe, bem define as atribuições da perícia oficial e do trabalho dos peritos criminais, assim como a importância e os desdobramentos dos exames periciais, a saber:

A Perícia Oficial obrigatoriamente deve ser provocada pelas autoridades requisitantes, sobretudo para a elucidação de infrações que deixem vestígios. A indispensabilidade do exame de corpo de delito - entendido como o conjunto de vestígios relacionados ao fato criminoso – está claramente prevista no artigo 158 do Código de Processo Penal. De competência dos Peritos Oficiais (Peritos Criminais, Peritos Médico-Legistas e Peritos Odontologistas), os exames periciais fornecem elementos de ordem técnica e científica para a produção de elementos de informação, e posteriormente a formação de provas materiais, que contribuem para o esclarecimento dos fatos, no curso do inquérito policial ou da ação penal. (SERGIPE, 2018, p. 9).

Conforme estabelecido pelo Código de Processo Penal (CPP), quando a infração deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, o qual constitui o laudo pericial (prova pericial) (BRASIL, 1941). É por meio da análise sistemática do local dos fatos, das peças de exame, do instrumento utilizado no crime, da pessoa física, viva ou morta, que os peritos oferecem subsídios de ordem técnico-científica aos destinatários do laudo pericial, procedendo, em suas diligências, com as pesquisas necessárias para fundamentação de seu trabalho (ZARZUELA, MATUNAGA E THOMAZ, 2000).

Nesse sentido e, por analogia, cabe mencionar a ementa da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja transcrição segue abaixo:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA MÉDICA. OFENSA AO ART. 158 DO CPP. OCORRÊNCIA. EXAME PERICIAL. DELITO NÃO TRANSEUNTE. IMPRESCINDIBILIDADE. PLEITO FORMULADO OPORTUNAMENTE. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA

CONFIGURADO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ERRO MÉDICO. COMPLEXIDADE QUE RECOMENDA EXAME PERICIAL. NEXO DE CAUSALIDADE. QUESTÕES TÉCNICAS DE MEDICINA LEGAL. NECESSIDADE DE PERÍCIA. NULIDADE ABSOLUTA. ART. 564, III, B, DO CPP. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. “À luz do sistema de direito positivo vigente, nas infrações penais intransientes, a constatação pericial de sua existência é condição de validade do processo da ação penal, admitindo a lei processual o exame de corpo de delito direto e indireto e mesmo, em havendo desaparecido os vestígios do crime, o suprimento da perícia pela prova testemunhal (Código de Processo Penal, artigo 564, inciso III, alínea ‘b’).” (HC 22.899/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 23/06/2003) 2. Como a necessidade do exame técnico decorre de expressa previsão em lei, o indeferimento do pleito defensivo pelo juiz de primeira instância configura manifesto cerceamento de defesa. 3. As peculiaridades do caso concreto - imputação de homicídio culposo perpetrado por suposto erro médico - recomendam, em razão de sua complexidade, a realização de exame técnico pericial, a fim de se verificar a presença de algum dos elementos da culpa, imprudência, negligência ou imperícia, na conduta do profissional de medicina sobre o qual recai a acusação. 4. Em termos de imputação sobre suposto erro médico, a realização de exame pericial mostra-se especialmente necessária à aferição do nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o resultado lesivo ocorrido, já que a conclusão a ser alcançada perpassa necessariamente por questões técnicas, afetas exclusivamente ao ramo da medicina legal, que reclamam por respostas a serem dadas por experts no assunto. 5. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1621950 SP 2015/0323883-2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 14/02/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/02/2017).

Os peritos são, segundo Zarzuela, Matunaga e Thomaz (2000, p.336), “[...] personalidades físicas dotadas de conhecimentos científicos, técnicos ou artísticos”, os quais são aplicáveis sempre que a obtenção da prova material dependa desses conhecimentos. Os autores ressaltam que os peritos são pessoas experientes e entendidas em determinados assuntos, mas que devem adicionar às suas qualificações o desenvolvimento de bom senso, não só em suas ações no atendimento de locais de crime, mas também quando da elaboração do laudo pericial.

Nesse sentido, Maia (2012) enfatiza que os peritos criminais que atuam em locais de crime relatam seu entendimento no Laudo Pericial, onde descrevem o local dos fatos com uma reprodução fiel e minuciosa do espaço físico onde ocorreu um evento de interesse judiciário, bem como cada elemento material constatado e sua relação com o fato criminoso, contendo, de forma geral: preâmbulo, histórico, dinâmica da ocorrência, análises, croquis, fotografias e conclusões.

No âmbito penal, Zarzuela, Matunaga e Thomaz (2000) defendem que o laudo criminalístico consiste em uma modalidade de instrumento processual de considerável expressão, uma vez que, com base neste documento oficial, Magistrados, Promotores Públicos e Autoridades Policiais passam a ter condições de analisarem o fato sob o ponto de vista técnico-científico. Os autores ainda destacam que, em face dos recursos técnicos, científicos ou artísticos dos quais o Perito se utiliza, o laudo pericial é um excepcional meio de prova, pois, se nem sempre aponta o delinquente, esclarece na maioria das vezes o fato, provendo à Autoridade Judicial garantias para que seja formada uma convicção segura e consciente.

Para acidentes de trabalho, Magalhães (2017) enfatiza que o Laudo Técnico-Pericial Criminalístico, elaborado pelo Perito Criminal, apresenta um exame dos elementos materiais pertinentes ao local do sinistro, enquanto o Laudo Técnico-Pericial Médico-Legal, elaborado pelo Médico Legista, apresentará os elementos averiguados durante o exame de corpo de delito, no caso de lesão corporal, ou necroscópico no cadáver da vítima, no caso de acidente com vítima fatal.

Destarte, o laudo pericial teria, por finalidade, conforme Zarzuela, Matunaga e Thomaz (2000), os seguintes aspectos: a comprovação material da existência da infração penal e do irrelevante penal; o oferecimento de subsídios de ordem técnica ou científica para adequada tipificação do fato ilícito; a comprovação da identidade dos partícipes da Dupla-Penal; a perpetuação dos elementos materiais passíveis de serem empregados como prova; e a legalização dos elementos materiais colhidos no local do fato, no instrumento de crime ou na peça de exame, afim de lhes assegurar o valor em juízo, como meio de prova.

Apesar do observado por Vilela, Iguti e Almeida (2004) e por Magalhães (2017), quando da comum utilização do paradigma do ato inseguro para configuração sistemática da culpa da vítima nos casos de acidentes do trabalho, o teor da quesitação criminalística para exame de local de acidente de trabalho, apresentada no Manual Operacional do Policial Civil (São Paulo, 2002, p. 449),

revela preocupação quanto ao exame das condições físicas inseguras que propiciaram o evento; bem como da existência de proteção para condição insegura e a consequente relação com a não aplicação de normas técnicas e regulamentos de segurança do trabalho, não havendo, portanto, direcionamento para análise de um possível comportamento inseguro da vítima, mas sim da identificação das condições inseguras, apresentando-se em linha com a busca pelo pensamento e pelas práticas prevencionistas no ambiente laboral, a saber:

Quesitação criminalística para exame de local de acidente do trabalho

- 1) Houve acidente de trabalho?
- 2) Como ocorreu?
- 3) Houve condição física insegura que propiciou o evento?
- 4) Em caso afirmativo, havia proteção para condição insegura?
- 5) Em caso de existir condição física insegura, está ela relacionada com a não aplicação das normas técnicas e regulamentos de segurança do trabalho? Por quê?
- 6) Do estudo da ocorrência, pode-se configurar violação de práticas seguras?

(SÃO PAULO, 2002, p. 449).

Conforme também apresentado pelo referido Manual (São Paulo, 2002, p. 376 e 377), o quesito, segundo o conceito de Moacyr Amaral Santos, “[...] constitui pergunta que se formula aos peritos e pela qual se determina o campo da perícia”; e, segundo José Lopes Zarzuela, “[...] constitui indagação de natureza científica, técnica ou artística que delimita e especifica o contorno da perícia e se presta para esclarecer o juízo e formar-lhe o convencimento”. (SÃO PAULO, 2002, p. 377)

Nesse raciocínio, o Perito Criminal Elizeu Santiago preleciona, de modo esclarecedor, no sentido de que da mesma forma que a formulação e remessa dos quesitos ao perito não deve ser precipitada, também não devem ser produzidos de forma tardia; isso porque a precipitação pode provocar respostas incompletas e extemporâneas, o que poderia procrastinar o encerramento do feito. Da mesma forma, a demora excessiva dessas providências podem atrapalhar o sucesso da investigação, ao passo que alguns elementos materiais tendem a se perder (SANTIAGO, 2014).

Noutro giro, Santiago (2014) destaca as dificuldades enfrentadas pelos peritos quando há a formulação, pelo solicitante, de quesitos redigidos de forma truncada ou ambígua. Nesse sentido, é importante que a Autoridade

Requisitante evite indagações de cunho subjetivo, ocasião em que o perito deve declinar do oferecimento das respostas e esclarecer o motivo.

Assim, a consideração de um modelo de quesitos específicos para locais de acidente de trabalho quando da realização dos exames e da elaboração do laudo pericial, com foco na identificação da condição insegura que propiciou o sinistro, poderiam descortinar ao Operador do Direito os elementos materiais pertinentes ao fato típico, à luz do prevenicionismo.

Os referidos elementos materiais são imprescindíveis para que o titular da ação penal ofereça denúncia que descreva corretamente os elementos básicos do ilícito, evitando-se a sua inépcia. A esse propósito, vale mencionar a ementa da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), conforme se depreende da ementa abaixo transcrita:

APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRABALHO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. REFORMA. IMPOSSIBILIDADE. Em se tratando de processo penal, não basta haver eventuais irregularidades na execução da obra para comprovar a culpa dos réus. Tal pode ser suficiente no âmbito da responsabilidade civil, onde se admite até mesmo responsabilidade objetiva, mas não na seara criminal, em que a prova da culpa, na modalidade e na forma expressamente narradas na denúncia, deve ser robusta e absolutamente segura. Em outras palavras, não basta que os réus possam ser, de alguma forma, responsabilizados pelo acidente para que se admita condená-los por homicídio culposo; há que se ter absoluta certeza de que o resultado danoso era previsível e que eles lideram com isso da forma negligente e imperita narrada na exordial, o que não ocorre no caso concreto. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJ-RS - ACR: 70063431068 RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Data de Julgamento: 11/06/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 06/07/2015).

À guisa de conclusão, cabe salientar que o laudo pericial de um local de acidente de trabalho, segundo Vilela, Iguti e Almeida (2004), constitui uma importante fonte de informação, útil não só para a justiça, mas também para investigação e vigilância em saúde do trabalhador, especialmente para os acidentes graves e fatais. Portanto, é importante que as Autoridades Requisitantes reconheçam a importância da perícia criminal, não só pela sua serventia, mas também pela riqueza de elementos que lhes podem ser revelados, colaborando para a execução de seus trabalhos e, por conseguinte, para a correta aplicação da justiça.

4. CONCLUSÃO

As estatísticas relacionadas aos acidentes de trabalho evidenciam que essas ocorrências não consistem apenas em simples “infortúnios” decorrentes de um “ato” ou de “comportamentos” inseguros no ambiente de laboral, onde, muitas vezes, buscando o conformismo dentro de uma cômoda justificativa, utiliza-se da máxima: “ora, acidentes acontecem!”.

Lado outro, a perda de tempo útil, os danos materiais e as lesões nos trabalhadores – conforme salientam Vilela, Iguti e Almeida (2004) – constituem não só um mero acaso, infortúnio ou mera fatalidade; mas sim, um fenômeno de múltiplos gêneros pois se atrelam ao drama existencial que produzem para as vítimas e àqueles com quem possuem laços afetivos. Por essa razão, é pujante o aprimoramento de iniciativas técnicas visando a compreensão de suas causas, principalmente na esfera judicial criminal, dado o caráter preventivo e retributivo da pena.

Nesse prumo, a justiça penal representa um importante papel. Conforme destacam Marcondes e Akiyama (2016), o Direito deve evoluir de acordo com a sociedade: ao passo que ela prospera, deve se reinventar para atender as novas demandas populacionais. Na esfera criminal, conforme seu livre convencimento motivado, cabe ao Magistrado aplicar a norma adequada, na intensidade que lhe julgar correta, para que o criminoso receba a pena em seu caráter preventivo e retributivo, afastando da sociedade a sensação de impunidade.

As transgressões ao ordenamento jurídico afetam negativamente a sociedade, trazendo um sentimento de vulnerabilidade e insegurança à população, que passa a enxergar amparo no ideal de justiça emanado do Poder Judiciário (Marcondes e Akiyama, 2016). Destarte, não há como deixar de considerar a importância de os Operadores do Direito dominarem os aspectos da responsabilização penal nos casos de acidentes de trabalho, fato que motivou a elaboração do problema da presente pesquisa.

Com base nos aportes expostos no bojo do presente estudo, foi possível discutir os aspectos da responsabilização penal quando da ocorrência de um sinistro no ambiente laboral, identificando de que forma pode ser tipificada a conduta do agente. Assim, uma vez que há a obrigatoriedade da proteção da segurança e saúde dos trabalhadores no ordenamento jurídico, o acidente de trabalho torna-se crime quando for constatado o descumprimento do dever de cuidado, qual seja, o dever especial de proteção, onde o agente tenha a obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância; ou, ainda, se com seu comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado.

O dever de cuidado do empregador cumpre-se quando são eliminadas as condições inseguras às quais o empregado fica submetido. Apesar da necessidade tácita de humanização da relação trabalhista, a obrigatoriedade normativa é prontamente estabelecida pelo ordenamento jurídico. Muito se reclama acerca de um excesso de normatização; contudo, o empregador deve compreender que além da necessidade de respeitar uma norma escrita por imposição legal, ao cumpri-la, está respeitando sobretudo a preservação da vida e da saúde.

Noutro giro, de forma a colaborar para a persecução penal, o laudo pericial apresenta-se como prova material relevante, de modo a auxiliar os Operadores do Direito, assim como já ocorre em demais situações em que o crime deixa vestígios, configurando delito não-transeunte. Por essa razão, ainda em sede de inquérito policial, os acidentes de trabalho costumam ser seguidos de iniciativas técnicas visando a compreensão de suas causas, conduzidas pela perícia oficial de natureza criminal (conforme a Lei nº 12.030/2009), nos termos do art. 158 do CPP.

Por derradeiro, espera-se que o presente trabalho sirva como um degrau na construção do conhecimento científico necessário a uma maior eficiência da aplicação adequada do jus puniendi do Estado, sugerindo, em pesquisas futuras, que seja analisada a percepção que os destinatários do laudo pericial possuem, com relação à contribuição dessa peça técnica nos processos judiciais que envolvam ocorrências de acidentes de trabalho na esfera penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGIEUSKI, P. N. A responsabilidade penal nos acidentes de trabalho. **Boletim Jurídico**, Uberaba a. 3, n. 138, 2005.

BOMTEMPO, T. B. S. Engenharia civil forense: principais causas de incidentes em obras de engenharia civil e procedimentos de investigação. In: **Acta de Ciências e Saúde**, nº 05, v. 02, 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, p. 11937, 9 ago. 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 14809, 25 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

CAMISASSA, M. Q. **Segurança e Saúde no Trabalho: NRS 1 a 37 comentadas e descomplicadas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2021. CONSELHO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Resolução nº 24, de 15 de junho de 2020. Dispõe sobre a necessidade de adoção de medidas pelo Ministério Público para fins de investigação [...]. **SEI**, Brasília, DF, 15 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/Resoluon24de15dejunhode2020.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

COTOMACIO, A. C. **Manual prático de perícia criminal em acidentes de trabalho: inteligência pericial e criminalística preventiva**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2021.

GOMES, P. C. R.; JUNIOR, L. R. P. D. **Introdução à Engenharia de Segurança do Trabalho**. Apostila do curso de Engenharia de Segurança do Trabalho da Universidade Candido Mendes. Brasília, 2018.

HARRIS, C. Occupational injury, and fatality investigations: the application of forensic nursing science. **Journal of Forensic Nursing**, v. 9, n. 4, p. 193-199, 2013.

JOVANOVIC, J.; ARANDELOVIC, M.; JOVANOVIC, M. Multidisciplinary aspects of occupational accidents and injuries. **Working and Living Environmental Protection**, v. 2, n. 4, p. 325-333, 2004.

MAGALHÃES, A. F. **A atuação policial nas investigações dos acidentes de trabalho fatais**. 2017. Dissertação (Mestrado em Trabalho, Saúde e Ambiente) - Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho, São Paulo, 2017.

MAIA, F. S. **Criminalística geral**. Fortaleza, 2012. Disponível em: <[http:// tmp.mpce.mp.br/esmp/apresentacoes/I_Curso_de_Investigacao_Criminal_Homic%C3%ADdio/02_Criminalistica_Geral_29_11_2012.pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/apresentacoes/I_Curso_de_Investigacao_Criminal_Homic%C3%ADdio/02_Criminalistica_Geral_29_11_2012.pdf)>. Acesso em: 14 abr. 2019.

MARCONDES, F.M.; AKIYAMA, I. N. A figura do juiz criminal como forma de preservação da paz social. **ETIC**, v. 12, n. 12, 2016.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Protocolo de Notificação de Acidentes de Trabalho Fatais, Graves e com Crianças e Adolescentes**. Brasília, 2009. Disponível em: [http:// bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/06_0442_M.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/06_0442_M.pdf). Acesso em: 14 jun. 2022.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. **Normas Regulamentadoras (NR)**. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/normas-regulamentadoras-nrs>. Acesso em: 14 jun. 2022.

MPT – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **OIT inclui saúde e segurança do trabalho como princípio fundamental**. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/oit-inclui-saude-e-seguranca-do-trabalho-como-principio-fundamental>. Acesso em: 13 jun. 2022.

NUNES, E. **1.000 perícias: insalubridade, periculosidade, acidente de trabalho, aposentadoria especial**. Campinas: Millennium Editora, 2019.

NUNES, E. **Cinco responsabilidades relacionadas com segurança do trabalho**. Campinas: Millennium Editora, 2020.

OIT BRASIL - Organização Internacional do Trabalho (Brasília). **Série SmartLab de Trabalho Decente 2022: acidentes de trabalho e mortes acidentárias voltam a crescer em 2021**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_842760/lang-pt/index.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

OLIVEIRA, S. G. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011b.

OLIVEIRA, P. R. A. **Uma sistematização sobre a saúde do trabalhador: do exótico ao esotérico**. São Paulo: LTr, 2011a.

REVISTA PROTEÇÃO. Fim do ato inseguro. **Proteção**, n. 208, p. 16, abr. 2009.
SALES, A. L. S. **O princípio da proteção ao empregado no direito trabalhista: uma ferramenta necessária para tutela da classe hipossuficiente**. 2020. Disponível em: <<https://afonsolss.jusbrasil.com.br/artigos/849859254/o-principio-da-protecao-ao-empregado-no-direito-trabalhista-uma-ferramenta-necessaria-para-tutela-da-classe-hipossuficiente>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SALIBA, T. M. **Curso Básico de Segurança e Higiene Ocupacional**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2015.

SANTIAGO, E. **Criminalística comentada: exposição e comentários de temas periciais e assuntos correlatos: questões polêmicas: temas controvertidos**. 1. ed. Campinas: Millennium, 2014.

SÃO PAULO (Estado). **Manual operacional do policial civil: doutrina, legislação, modelos**. São Paulo: Delegacia Geral de Polícia, 2002.

SERGIPE (Estado). **Manual de Requisições da Perícia Oficial**. 1. ed. Sergipe: Secretaria de Estado da Segurança Pública, 2018.

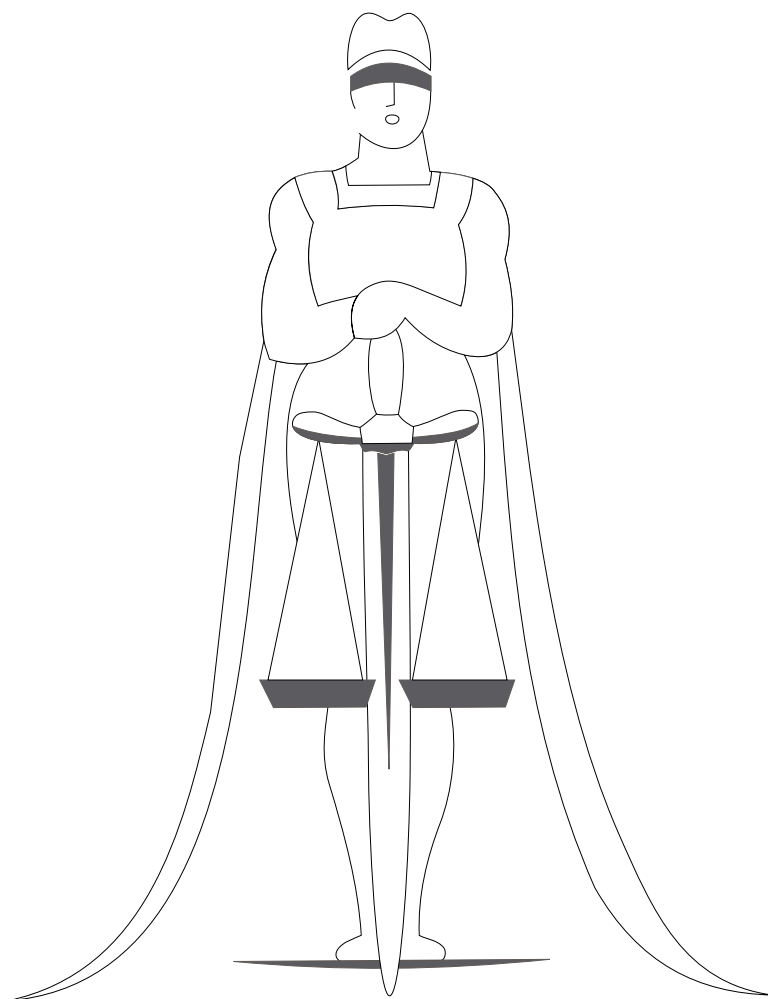
SILVA, E. B. **A polícia civil e a investigação do acidente de trabalho**. 2001. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/seguranca/policia_civil.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2018.

VILELA, R. A. G.; IGUTI, A. M.; ALMEIDA, I. M. Culpa da vítima: um modelo para perpetuar a impunidade nos acidentes do trabalho. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 570-579, abr. 2004.

ZARZUELA, J.L.; MATUNAGA, M.; THOMAZ, P.L. **Laudo Pericial: aspectos técnicos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FILOSOFIA JURÍDICA

LEGAL PHILOSOPHY



Do Realismo Jurídico à Realidade Contemporânea: Ponderações sobre uma Folha de Papel Elástica

FROM LEGAL REALISM TO CONTEMPORARY REALITY: WEIGHTS ON A SHEET OF ELASTIC PAPER

Leonardo Bellini de CASTRO

• RESUMO

As escolas de pensamento formalista e realistas vem disputando terreno filosófico explicativo acerca dos motivos determinantes da decisão judicial há décadas. A conflagrada disputa teórica, que então se desenvolvia essencialmente no âmbito da filosofia jurídica, vem ganhando aportes interdisciplinares de pesquisas empíricas da psicologia, economia e ciências políticas, ressuscitando, então, o pensamento realista que apregoava a existência de fatores extrajurídicos influenciadores do processo de tomada de decisão. Propõe-se, portanto, um resgate dos argumentos em debate e a absorção dos empiricamente comprovados fatores extrajurídicos com vistas a reformatação das perspectivas contemporâneas acerca do processo decisório com a crítica de sua racionalidade.

• ABSTRACT

The formalist and realist schools of thought have been contesting philosophical explanatory ground on the determining motives of the judicial decision for decades. The conflagrated theoretical dispute, which then developed essentially within the juridical philosophy, has been gaining interdisciplinary contributions of empirical researches from psychology, economics and political sciences, resurrecting, then, the realistic thought that proclaimed the existence of extra juridical factors influencing the process of decision-making. It is proposed, therefore, a rescue of the arguments in debate and the absorption of the empirically proven extra-juridical factors with a view to reformatting the contemporary perspectives on the decision-making process with the criticism of its rationality.

• PALAVRAS CHAVES

Formalismo e Realismo; Teorias da Decisão Judicial; Fatores extrajurídicos e decisão judicial.

• KEYWORDS

Formalism and Realism; Theories of Judicial Decision; Extra-legal factors and court decision.

SUMÁRIO

I - Introdução; II - Das linhas de pensamento antagônicas acerca do processo decisório judicial – os formalistas e os realistas; III - O realismo norte-americano e sua crítica; IV - Do renascimento do realismo jurídico e suas perspectivas.; V - Conclusões

I - INTRODUÇÃO

Acirrados debates entre escolas de filosofia do direito tem procurado determinar as referências efetivamente determinantes para o processo decisório de Juízes e Tribunais.

A nosso juízo, tal debate resgata em termos mais particularizados aquele travado ao longo dos séculos pela filosofia política que buscava determinar o melhor governo, se o regido pelas leis ou o regido pelos homens.

Com efeito, consoante nos noticia Bobbio, enquanto a primazia da lei protege o cidadão de eventuais arbitrariedades do governante, a primazia do homem protege o cidadão da aplicação cega e, por vezes, indiscriminada da norma geral. Em suma, o governo dos homens pressupõe o bom governante, ao passo que o governo das leis pressupõe as boas leis (BOBBIO, 1986).

É certo que prevaleceu, não sem profundas razões históricas, o discurso que tinha nas leis o melhor instrumento para a proteção do homem, o que deu origem ao atual Estado de Direito, por meio do qual há absoluta subordinação de todo e qualquer processo decisório estatal aos cânones estabelecidos na Constituição e nas Leis.

Um refinamento político-jurídico veio posteriormente à lume a partir de Montesquieu, que então propunha que as leis deveriam ser criadas e aplicadas por órgãos diferentes em um sistema de freios contrapesos orientado a aplacar a arbitrariedade ínsita à concentração de poder (1748).

Nessa mitologia política inaugurada pela modernidade, as decisões legislativas precisavam ser descritas como expressões da soberania do povo derivada de um processo idealizado de representação, ao passo que as decisões judiciais precisavam ser descritas como aplicações das normas vigentes, impostas por meio de procedimentos impessoais de interpretação (HORTA; COSTA, 2017).

Noutra medida, a discussão passou a ganhar tomo com a análise jurídico-filosófica do processo decisório dos juízes, em especial se efetivamente estão ou deveriam estar jungidos à disciplina legal em todos os seus aspectos e circunstâncias.

Ou seja, a discussão de filosofia política que antes se travava com vistas a conter a arbitrariedade dos governantes, tendo como paradigma a lei, passou a se desenvolver no âmbito da filosofia jurídica, tendo como pano de fundo o questionamento da lei como mecanismo efetivamente apto a conter às idiossincrasias dos seus aplicadores.

Iniciou-se, assim, uma disputa filosófica que tem se refletido nas correntes de pensamento identificadas, primordialmente, como a dos realistas e formalistas (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007).

II. DAS LINHAS DE PENSAMENTO ANTAGÔNICAS ACERCA DO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL - OS FORMALISTAS E OS REALISTAS

Para fins de bem pontuarmos a disputa entre os formalistas e realistas, calha notar que originalmente, ao menos em termos retóricos, o direito foi concebido e entendido em termos formalistas ou seja, como um sistema fechado, apto à produção de respostas prontas extraíveis do ordenamento jurídico, remanescendo, nessa senda, nenhum espaço criativo aos Juízes, que seriam meros reprodutores mecânicos do conteúdo normativo existente.

Em passagem que ficou clássica e denota o pensamento então vigente, Montesquieu, pontua que dos três poderes, o judiciário é de algum modo nulo, sendo os juízes não são mais que boca que pronuncia as palavras da lei, caracterizando-os como seres inanimados que não podem moderar nem a força e nem o vigor dos dispositivos legais (1748).

As práticas judiciais decisórias decorrentes da aplicação da lei, portanto, estariam infensas a liberdade criativa dos juízes e, assim, a seus gostos e opiniões pessoais, o que garantiria segurança jurídica aos cidadãos com a certeza da sua aplicação impessoal, sem subjetivismos potencializadores de arbitrariedades.

Tal modo de pensar o direito, característico dos séculos XVIII e XIX, encontrou suas expressões máximas nas concepções legalistas da interpretação e aplicação do direito, tendo entre seus adeptos expoentes da escola da exegese, na França, do pandectismo, na Alemanha e da escola analítica de Austin, na Inglaterra (DINIZ, 2006).

A escola da exegese, que então reunia a quase totalidade dos juristas franceses à época do Código Napoleônico, e suas congêneres, apregoava que os métodos hermenêuticos deveriam se circunscrever à revelação da vontade da lei, tendo função substancialmente declaratória.

Seguia-se daí que o papel do julgador era um papel mecânico de lógica dedutiva, de modo que sua tarefa consistia basicamente na investigação do ordenamento jurídico com a consequente extração e declaração do conteúdo da norma jurídica (DINIZ, 2006).

O direito, assim, se resumia a uma estrutura simétrica de proposições lógicas a partir do qual se determinava o acerto ou desacerto da decisão judicial com a mera checagem acerca da escoreta aplicação subsuntiva de acordo com um processo rigorosamente silogístico (GILMORE, 1961).

Em outros termos, ao juiz enquanto intérprete máximo da norma, cabia tão somente um papel metódico-analítico a ser desenvolvido nos planos gramatical, lógico e sistêmico, a partir do qual a ordenação dos preceitos revelaria os institutos jurídicos próprios de cada segmento temático e as consequentes decisões a serem daí extraídas (REALE, 2002).

O formalismo exegético evidenciava, portanto, a crença na possibilidade de um método dedutivo em um sistema destituído de lacunas e capaz de oferecer soluções prontas para problemas particulares de determinação jurídica.

Desse modo, a função judicial, ainda que em países de common law, consistia básica e unicamente na descoberta e não na criação do direito, direito esse que constava de leis, de normas declaradas nos precedentes judiciais e também dos princípios fundamentais da jurisprudência (DINIZ, 2006).

Sem embargo dos relevantes aportes teóricos trazidos pelo formalismo exegético, o fato é que seus postulados não resistiram à evolução social e a constante mutação advinda da vida moderna, derivando daí uma plêiade de escolas interpretativas que questionaram seus dogmas a partir da constatação prática da inviabilidade de se resumir a vida a proposições fechadas e herméticas, já que essa se mostra rica, imprevisível e sujeita a uma miríade de contextos fáticos eventualmente não contemplados pelo ordenamento jurídico.

De igual modo, também a ambiguidade ínsita a linguagem constituiu ainda outro relevante fator a levar a questionamentos acerca da suposta falta de liberdade criativa ao juiz.

Assim é que, a completude do ordenamento jurídico, alardeada pelos formalistas, passou a ceder passo para inúmeras teorias que denunciavam a sua incompletude, de modo que o consequente espaço criativo dos juízes passou a ganhar terreno.

Além disso, o próprio referencial normativo dado antes como indisputável para a decisão, passou a ser questionado no sentido de se investigarem fatores outros de índole extrajurídica, que exerceriam também importante e fundamental influência no processo de construção da decisão.

III. DO REALISMO NORTE AMERICANO E SUA CRÍTICA

O movimento jurídico realista se inicia e se desenvolve entre as décadas de 1920 e 1930 nos Estados Unidos da América, primordialmente nas Universidades de Yale e Columbia (GREEN, 2005).

Para essa linha de pensamento, a decisão judicial seria um mero mecanismo retórico de racionalização de decisão pessoal do julgador, a qual estaria sujeita mais a influências políticas, econômicas, ideológicas e psicológicas, do que propriamente ao ordenamento jurídico.

Coloca-se em xeque, nesse contexto, em uma perspectiva cética de caráter niilista, sistemas de axiomas e de teoremas, bem como os raciocínios indutivos e dedutivos, além da própria racionalidade ínsita ao ordenamento jurídico enquanto sistema de normas a partir da qual seriam extraídas as decisões.

Multifacetados e variados, portanto, seriam os fatores que conduziriam à tomada de decisões judiciais, as quais estariam jungidas em muito maior intensidade aos fatos do que as leis.

Fatores psicossociais de fundo consciente e inconsciente reveladores da ideologia e personalidade do Juiz, assim, teriam preponderância em relação aos textos jurídicos enquanto bússolas normativas para as decisões judiciais (LEITER, 2010).

Duas percepções dogmáticas dessa escola de pensamento disputaram a hegemonia acerca dos motivos determinantes das decisões judiciais. A idiossincrática, apregoadada por Jerome Frank, buscava centrar as atenções no juiz como indivíduo, de modo que a decisão judicial seria resultado direto da sua personalidade, sendo o direito aquilo que ele pretendia que fosse (GODOY, 2013).

Tal ordem de ideias popularizou a proposição jocosa e, de certo modo sufragada por posteriores estudos psicológicos¹, de que o conteúdo da decisão

¹ A propósito, ganhou enorme popularidade pesquisa levada a efeito por pesquisadores israelenses e americanos que decidiram testar o ditado de que “a justiça se resume ao que o

judicial poderia variar de acordo com a refeição pelo juiz tomada no café da manhã.

Em outro espectro, o viés sociológico, idealizado por Karl Llewellyn, tinha em mira os fatos sociais como determinantes, pontuando que a despeito das personalidades individuais terem peso, o magistrado estaria mais ligado aos valores sociais e culturais de seu tempo (GODOY, 2013).

Ambas as percepções, no entanto, pontuaram o relativismo e a marca preponderantemente subjetiva das decisões judiciais, substancialmente marcada por aspectos psicológicos e sociais que efetivamente canalizariam os seus verdadeiros motivos.

Conforme nos noticia Godoy, o realismo jurídico deitou suas raízes no pragmatismo desenvolvido por Charles Sander Peirce e William James, apresentando-se como sua versão forense. Tal linha de pensamento filosófico, de viés relativista e experimental, transitava do vago ou abstrato para o definido ou concreto (GODOY, 2013).

Para James, por exemplo, o senso comum de um homem significa o seu bom julgamento, algo que remontaria à experiência reflexiva de nossos ancestrais (GODOY, 2013).

Na mesma linha, John Dewey associou definitivamente o pragmatismo a concepções instrumentalistas e experimentalistas, aduzindo que o instinto, por vezes, é preferível em detrimento da deliberação racional². Para Dewey, a reflexão jurídica, que deveria investigar aspectos ônticos do direito, ao fim e ao cabo havia se reduzido à investigação de seus aspectos deônticos (GODOY, 2013).

A problematização do direito, portanto, deveria imbricar as correlações entre as atividades políticas e econômicas, além de aspectos psicológicos,

juiz comeu no café da manhã". Eles estudaram mais de 1.000 decisões de juízes israelenses que poderiam conceder ou não liberdade condicional a presos. O resultado foi surpreendente: os juízes foram mais tolerantes de manhã bem cedo (depois do café da manhã) e logo após o almoço. De acordo com as estatísticas colhidas, de manhã, no início de uma sessão de tribunal, 65% dos prisioneiros receberam uma sentença favorável. A sorte mudou para os prisioneiros conforme foi chegando a hora do almoço. Então, depois de um intervalo para refeição do meio-dia, as decisões favoráveis voltaram a subir para 65%.

² Ideia que será posteriormente desenvolvida com temperamentos, entre outros, por Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich, em uma perspectiva mais voltada a análise psicológica da decisão, in *"Inside the Judicial Mind"* (2001). Cornell Law Faculty Publications. Paper 814.

com as decisões jurídicas, já que essas se produzem em um ambiente social concreto e não em um vácuo anódino e insípido.

Oliver Wendel Holmes, de sua vez, lançou as bases fundamentais do realismo ao colocar ênfase na experiência do direito vivo, rejeitando-se as operações lógico-silogísticas que permeavam o formalismo.

Pontuou, assim, que para se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual tendência tem açambarcado, consultando-se, alternativamente, a história e as teorias jurídicas existentes. O direito, assim, não é lógica e sim experiência (GILMORE, 1961).

Na mesma linha, é de Roscoe Pound o apontamento da diferença entre o direito que há nos livros e o direito que se desdobra na vida real (*the law in books and the law in action*), questionando-se o dogma da objetividade racional e prospectiva que se atribuía ao direito (GODOY, 2013).

Pound propunha, portanto, um estudo de como o direito efetivamente funciona com o consequente reconhecimento dos elementos irracionais, ilógicos e subjetivos nas suas instâncias reais, enfatizando-se, assim, a necessidade de sua leitura a partir da psicologia (GODOY, 2013).

Benjamin Cardozo, de seu turno, dessacraliza o magistrado, ao pontuar sua essência humana, alguém que pode ver as coisas tão objetivamente quanto possível, mas não com outros olhos exceto com os seus próprios, o que também acaba por indicar as bases voluntaristas e subjetivas das decisões judiciais (Apud, GODOY, 2013).

Em suma, uma teoria da decisão, na perspectiva realista, reconhece que o ordenamento jurídico é indeterminado, cheio de lacunas e contradições, havendo exceções para praticamente toda regra e princípio. O direito para os realistas, portanto, é aquele em movimento, aquele produzido por juízes e tribunais (GILMORE, 1961).

Essa visão desafia direta e centralmente os dogmas de uma justiça neutra, objetiva e imparcial defendida pelo formalismo jurídico, pontuando a atitude essencialmente empírica dos juízes, que se orientariam para decisões apriorísticas fundada nos fatos com a consequente racionalização jurídica levada a efeito apenas em momento subsequente com vistas a uma legitimação essencialmente retórica.

Acerbas críticas foram dirigidas ao pensamento realista, o que levou o movimento a um estado de dormência latente, sendo as mais contundentes as formuladas por Hart.

Com efeito, Hart pontuava que, ainda que todo sistema jurídico tenha expressões gerais, conceitos indeterminados, anomias e congêneres que

admitam algum grau de discricionariedade judicial, as respostas judiciais sempre devem ter algum referencial normativo baseado em normas gerais ou mecanismos propriamente jurídicos para a colmatação de suas lacunas (HART, 1961).

Ademais, ainda que os juízes sempre cheguem a decisões de forma intuitiva e só posteriormente escolham em um catálogo normativo as disposições a aplicar, a maior parte dessas decisões derivam de um autêntico esforço de obedecer a padrões normativos (HART, 1961).

Nesse contexto é que, ainda que haja uma certa indeterminação nas leis e os juízes por vezes julguem com fundamento em considerações não jurídicas, a indeterminação jurídica se mostra marginal e não substancial em todo o seu conteúdo.

Pontua-se, assim, que o ceticismo realista em sua essência fundamental espelha uma espécie de absolutismo frustrado pela negativa pura e simples de referenciais normativos para decisões judiciais, o que não se coaduna com o próprio processo de legitimação das posições funcionais dos juízes, processo esse essencialmente jurídico (HART, 1961).

Enfatiza-se, portanto, que a se assimilar como juridicamente aceitável que a construção jurídica realista se mostre legítima, ou seja, aquela derivada unicamente de uma opção pessoal do julgador, estar-se-á a sufragar um voluntarismo judicial que se aproxima do despotismo monárquico de Luís XIV quando anunciou “O Estado sou eu”.

Nesse contexto, as abordagens realistas da decisão judicial abririam espaço para o decisionismo arbitrário, considerando como válidas ou aceitáveis quaisquer decisões sem quaisquer parâmetros racionais de aceitabilidade e adequação dessas respostas a referenciais normativos.

As críticas em epígrafe, como dito, levaram a uma espécie de rejeição generalizada do realismo jurídico, que, no entanto, voltou a ganhar força a partir de estudos empíricos advindos da Psicologia Cognitiva e Social, da Ciência Política e da Economia Comportamental, que investigam como os fatores extrajurídicos influenciam e constroem o processo de tomada de decisão judicial (HORTA; COSTA, 2017).

IV. DO RENASCIMENTO DO REALISMO JURÍDICO E SUAS PERSPECTIVAS

Como dito, os aportes extrajurídicos que tem fornecido material teórico relevante para o realismo jurídico em sua vertente contemporânea são advindos, primordialmente da ciência política, economia e da psicologia.

Certo é que, nos Estados Unidos da América, ao menos desde a década de 1940, cientistas políticos tem se dedicado a investigar os aspectos ideológicos inerentes às decisões judiciais da Suprema Corte, havendo inúmeros estudos que relacionam a linha democrata ou republicana com a qual se alinha o magistrado com o teor das decisões proferidas (HORTA; COSTA, 2017).

De fato, em território estadunidense é tido como natural que as linhas político-ideológicas dos juízes tenham influência no resultado dos julgamentos levados a efeito pela Suprema Corte, sendo essa uma questão amplamente debatida para além dos bancos acadêmicos, havendo o envolvimento ativo dos meios de comunicação de massa.³

No Brasil, alguns estudos já têm despontado com vistas à investigação da influência de aspectos ideológicos nas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A esse propósito, Patrícia Perrone Campos Mello promoveu interessante investigação acerca da linha ideológica e do background dos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Gilmar Mendes e de como tais aspectos influenciaram suas decisões em temas ideologicamente carregados como uniões homoafetivas, contribuição previdenciária de inativos, lei de imprensa e pesquisas com células tronco (MELLO, 2015).

O estudo de Mello acima referenciado ainda pontuou volatilidade no *self restraint* das decisões, especialmente quando envolvidos temas de interesse ideológico dos Ministros, fato que pontuou especialmente em relação às decisões do Ministro Gilmar Mendes (MELLO, 2015).

O fato é que tais estudos empíricos de índole ideológica, que vem se multiplicando mundo afora, consolidaram os chamados “modelos atitudinais”, que apregoam que as preferências político-ideológicas são efetivamente determinantes sobre a forma como os juízes decidem.

O modelo atitudinal propõe que, diante de alternativas de ação, os juízes, como atores políticos que são, irão escolher aquelas que irão produzir

³ A propósito, basta conferir as inúmeras matérias jornalísticas produzidas acerca do impacto da morte do Justice Antonin Scalia's, apontado como de linha republicana, ou seja, mais alinhado a pautas conservadoras, e os potenciais impactos nos julgamentos da Suprema Corte em temas como aborto, corrupção, imigração, ações afirmativas, pena de morte, porte de armas, direito juvenil, métodos contraceptivos, sindicatos e etc. Para uma breve consulta, consultar, <https://www.nytimes.com/interactive/2016/02/14/us/politics/how-scalias-death-could-affect-major-supreme-court-cases-in-the-2016-term.html>.

resultados políticos ou econômicos em linha de adequação com a sua própria perspectiva ideológica (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013).

Não faz, assim, sentido incorporar o direito como restrição ao modelo atitudinal, na medida em que tal modelo procura explicar o comportamento de juízes acerca de casos em que diversas alternativas de resolução seriam possíveis – liberais ou conservadoras.

Daí porque, o modelo atitudinal teria incidência justamente em casos difíceis, ou seja, aqueles para os quais precedentes e normas existentes não oferecem resposta jurídica determinável.

Pontua-se, no entanto, que apesar dessa liberdade decisória inerente à abertura dos textos normativos, os juízes não agem em um vácuo institucional, já que suas escolhas dependem das “regras do jogo”, ainda que vistas em uma perspectiva informal, e, por outro, das situações fáticas apresentadas e que reclamam a decisão (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013).

Interessante observar, outrossim, que em uma perspectiva institucional, a maior abertura decisional se oferece aos membros da Corte Suprema, já que no ápice estrutural do Poder Judiciário são oferecidos menores incentivos ou mecanismos para o exercício do *self-restraint*.

Entre os fatores que evidenciam a maior abertura decisional para as Supremas Cortes se destacam o controle da agenda, já que os próprios juízes determinam os casos a serem levados a julgamento, os quais podem estar alinhados à pauta político-ideológica que pretendem impor, ausência de *accountability* eleitoral e política, já que são titulares de cargos vitalícios e não se submetem a controle de suas decisões por outros órgãos ou pela população em eleições periódicas, ausência de ambição profissional, na medida em que já ocupam o cargo localizado no vértice da estrutura organizacional do Estado, bem como pelo fato de suas decisões, enquanto órgão colegiado, não estarem sujeitas a recurso judicial (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013).

Esse modelo atitudinal, portanto, gozou e goza de grande prestígio na discussão de cientistas políticos e permitiu, alhures, um olhar razoavelmente preciso sobre a dinâmica dos votos na Suprema Corte Americana, sendo que pode apontar, ainda que de forma aproximada e especulativa, a posição de determinados Ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil, já que por aqui os estudos são ainda relativamente embrionários.

Outro dado extrajurídico que tem sido considerado em relação a tomada de decisões se refere aos assim chamados “modelos estratégicos”. Na perspectiva estratégica, fatores como, satisfação no trabalho, tempo livre para o lazer, reputação e prestígio, e o prospecto de promoção com incremento remuneratório são também dados relevantes a determinar o conteúdo de decisões judiciais.

Variados estudos norte-americanos envolvendo o paradigma estratégico, têm sugerido, por exemplo, que um juiz não leva em conta apenas sua preferência político-ideológica ao decidir num determinado sentido, mas também o risco de ter sua decisão revertida em tribunais superiores, ou de ser derrotado no colegiado que integra, antes de pautar a causa (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013).

Os resultados também indicam que há uma predisposição generalizada de se evitar a divergência, seja para não se indispor com seus colegas de trabalho, seja para evitar a tarefa de precisar redigir um longo e fundamentado voto divergente (RIBEIRO; ARGUELHES, 2013).

Em outra perspectiva, além de questões político-ideológicas e estratégicas carregarem, inequivocamente, o teor de decisões judiciais, tal qual propõem os modelos atitudinal e estratégico, também questões psicológicas impõem forte peso na determinação do resultado de determinados julgamentos, como bem tem revelado inúmeros estudos empíricos já produzidos.

Nessa linha, estudos psicológicos desenvolvidos *Daniel* Kahneman acerca das “heurísticas” e dos “vieses”, vem revolucionando substancialmente a perspectiva contemporânea acerca da racionalidade do processo decisório em geral, incluindo aí o processo decisório judicial (KAHNEMAN, 2012).

O modelo sugerido por Kahneman questiona a racionalidade supostamente insita a um processo decisório, pontuando inúmeras variáveis que podem influenciar a tomada da decisão, tais como premência de tempo, informação incompleta e recursos mentais escassos, o que conduz a adoção de palpites e intuições.

Assim, em um processo de conservação de energia natural, ao invés de se processar exaustivamente toda a informação disponível, humanos se valem de “atalhos cognitivos”, nominados de “heurísticas”, o que conduz a uma série de desvios sistemáticos nominados de “vieses” (KAHNEMAN, 2012).

As descobertas científicas de Kahneman têm levado a estudos complementares acerca do processo decisório em inúmeras áreas, incluindo aí o direito e os processos decisórios dos Juízes.

Com efeito, estudos empíricos tem demonstrado que Juízes estão sujeitos a vieses cognitivos derivados de suas heurísticas, ou seja, dos atalhos mentais utilizados para a facilitação da decisão.

Nessa linha, alguns pesquisadores promoveram estudos que demonstraram que juízes estão sujeitos a heurísticas de “ancoragem”, “inferências estatísticas” e ao “viés retrospectivo” (JEFFREY; RACHLINSK e WISTRICH, 2007).

Em um desses estudos relativos a ancoragem, os juízes, ao avaliar se o montante devido numa indenização é justo, estão sujeitos ao efeito da sugestão

feita pelo demandante em relação ao montante a ser pago, de modo que, se o valor pedido é maior, a indenização concedida tende a ter esse valor como paradigma, e vice-versa (JEFFREY; RACHLINSK e WISTRICH, 2007).

Outro exemplo de ancoragem, esse de natureza substancialmente aleatória, nos é dado pelo próprio Kahneman que exemplifica com o caso de Juízes alemães que primeiro liam a descrição de uma mulher que fora detida por furto em lojas, depois lançavam dois dados que haviam sido adulterados de modo a dar sempre 3 ou 9.

Nesse experimento, os juízes eram instruídos a especificar a exata sentença de prisão que dariam à mulher. Em média, os que haviam rolado um 9 no dado diziam que iriam sentenciá-la a oito meses; os que obtinham um 3 diziam que iriam sentenciá-la a cinco meses, o que determinou o efeito de ancoragem na ordem de 50% (KAHNEMAN, 2012).

No que se refere às inferências estatísticas, os juízes tendem a negligenciar informações acerca da frequência acerca da ocorrência de uma categoria de eventos, fenômeno conhecido como negligência em relação à taxa de referência.

Tal constatação levou à conclusão de que a negligência em relação a dados estatísticos com a superestimação da probabilidade de ocorrência de um evento saliente, pode levar a erros de julgamento relevantes, tais como em casos envolvendo o reconhecimento de negligência e consequente necessidade de pagamento de eventual indenização (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007).

Se constatou, ainda, que os juízes estão sujeitos ao “viés retrospectivo”, que é a inclinação, após a ocorrência do evento, de o ver como previsível a despeito da inexistência de razões objetivas para tanto. Segundo as pesquisas empreendidas, tal viés influencia a concessão de mandados de busca e apreensão e também as próprias decisões ante a perspectiva do potencial julgamento pelo tribunal (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007).

V. CONCLUSÕES

A despeito do reconhecimento de que os juízes atingem suas decisões, na maior parte dos casos, em função de referências factuais e legais, não há como negar que o sistema intuitivo, derivado de processos psicológicos por vezes inconscientes, conduz e orienta decisões judiciais.

De outra senda, também tem se tornado cada vez mais comum o reconhecimento de que fatores ideológicos e estratégicos tem relevante papel nas decisões judiciais, conclusão que vem ganhando corpo em variados outros estudos empíricos.

Nesse contexto, a perspectiva realista, que por largo período permaneceu esquecida, vem ganhando novo fôlego com estudos que evidenciam os multifacetados fatores extrajurídicos influenciadores da tomada de decisão.

Na contemporaneidade, porém, alguns autores propõem uma superação da visão dicotômica formalista/realista com vistas a construção de uma teoria da decisão balanceada que reconheça as falhas e limitações inerentes à indeterminação do Direito, bem como a consciência de que juízes, às vezes, manipulam o material normativo influenciados por visões políticas e morais e por seus vieses pessoais (HORTA; COSTA, 2017).

Surgem daí a motivação decisória e o escrutínio público acerca dos julgamentos como relevantes mecanismos a tornar as decisões mais em linha de adequação com as diretrizes normativas e as consequentes expectativas sociais.

Assim, a despeito do ceticismo inerente à visão realista, propõe-se o reconhecimento que as regras jurídicas funcionam apesar disso e que juízes cumprem e aplicam o Direito quando constrangidos por fatores práticos, sociais e institucionais (HORTA; COSTA, 2017).

Daí porque, estamos com Horta e Costa quando pontuam que os processos inerentes à decisão judicial de descoberta e justificação devem ser articular de forma dinâmica, funcionando a justificação como instrumento de contenção de processos intuitivos e ideológicos que poderiam ser operados em sua plenitude acaso inexistissem tais mecanismos (2017).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*; tradução de Marco Aurélio Nogueira. — Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18 ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2006.

GILMORE, Grant, *Legal Realism: Its Cause and Cure* (1961). Faculty Scholarship Series.Paper 2680. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2680.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: edição do autor, 2013.

GREEN, Michael Steve, *Realism as Theory of Law*, 46 Wm. & Mary L. Rev. 1915 (2005), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol46/iss6/2>.

GUTHRIE, Cris; RACHLINSKI, Jeffrey, WISTRICH, Andrew J., *Blinking on the bench: how judges decide cases*, Cornell Law Review, Vol. 93:1, 2007.

HART, H.L.A, *O Conceito de Direito*, 1ª ed., tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo, *Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial*, Revista Opinião. Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

LEITER, Brian. *Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 320 (2010).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 273-310.

MONTESQUIEU. Barão de. *Do espírito das leis*. tradução de Jean Melville, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, tradução de Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Leandro Molhano Ribeiro, ARGUELLES, Diego Werneck, *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro*, Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, pp. 85-121, 2013.

O Anacronismo do Conceito de Igualdade de Ruy Barbosa¹

Maria Cristina Bonfim GEDEON²

Prof. Homero Chiaraba Gouveia.³

Universidade Estadual de Santa Cruz

Departamento de Ciências Jurídicas Graduação em Direito

03/07/2023

• RESUMO

O presente texto busca analisar a relação entre o anacronismo do conceito de igualdade de Aristóteles sob a ótica de Ruy Barbosa e a manutenção das desigualdades sociais. Para isso, vai abordar o papel do direito como ferramenta de controle e de conservação do poder. A construção do ensaio se deu a partir da leitura e da análise de diversos artigos e da visão de doutrinadores sobre o assunto. Assim, concluiu-se fundamental a compreensão histórica, cultural e social para o desenvolvimento de interpretações mais justas que levam a práticas mais igualitárias.

• PALAVRAS-CHAVE

Justiça. Equidade. Anacronismo. Aristóteles

• ABSTRACT

This essay seeks to analyze the relationship between the anachronism of Aristotle's equality concept through the optics of Ruy Barbosa and the maintenance of social inequalities. In order to do so, the role of law will be adopted as a control mechanism and power conservation tool. The writing process of this essay constituted from the literature review and analysis of various articles e and the view of scholars on the subject. Thus, it was concluded that historical, cultural, and social understanding is fundamental

¹ Ensaio apresentado como avaliação do último crédito da disciplina Hermenêutica Jurídica, 2023.1

² Aluna do 3º semestre matutino do curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz (mcbgedeon.drt@uesc.br)

³ Professor do curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz (homerohcgouveia@uesc.br)

for the development of fairer interpretations that lead to more egalitarian practices.

• **KEYWORDS**

Justice. Equity. Anachronism. Aristotle.

1. IGUALDADE E JUSTIÇA

A justiça, em Aristóteles, somente pode ser alcançada por uma igualdade que reconhece as diferenças. A partir disso, Ruy Barbosa desenvolveu a sua interpretação sobre equidade, apresentando um novo sentido ao ideal aristotélico e que viria a ser repetido em, provavelmente, todas as turmas de direito do país, ao longo dos anos.

As palavras do filósofo grego percorreram os séculos e influenciaram pessoas no mundo todo, mas é preciso considerar, que sua ótica sobre igualdade é oriunda de uma sociedade elitista e escravocrata. Ele discursou sobre uma justiça distributiva, baseada no mérito, mas que somente poderia acontecer entre os considerados semelhantes, já que não haveria comparação de mérito entre um senhor e um escravo. Com isso, “a Justiça se mede entre os cidadãos da pólis. Entre tais, há de se falar na honra, no mérito, na justa distribuição” (MASCARO, 2016, p.69). Em seus discursos sobre igualdade e justiça, somente estavam inseridos o restrito número de pessoas que poderiam ser considerados como cidadãos gregos. Esse entendimento pode ser refletido em seu livro, “Ética a Nicômaco (2013, p. 99, 100):

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputa e queixas (como quando iguais recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes desiguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido

Aristóteles pondera que diferentes tipos de cidadania concordam que aqueles considerados iguais merecem ser tratados da mesma forma; o problema surge com o critério para definir como as pessoas são colocadas no mesmo grupo. Na época em que tal conceito surgiu, a igualdade era medida através do status social de nascença, enquanto na atual sociedade democrata,

o critério vem do simples nascer livre, uma virtude natural do ser humano que pressupõe a igualdade universal de direitos.

Ruy Barbosa vai atribuir um novo olhar para a justiça compensatória do filósofo grego, em que justiça será tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, com o princípio da Isonomia instituído constitucionalmente. A ideia seria oferecer meios de equiparar os indivíduos na sociedade em termos de privilégios.

O Brasil, historicamente, ainda tem uma relação muito recente com a noção de igualdade para todos. Isso porque, até 1888, o país ainda vivia abertamente em uma política escravocrata e, somente em 1891, a Constituição estabeleceu que todos são iguais perante a lei. Seguindo essa linha, de 1890 até 1930 somente duas regiões tinham o poder sobre o controle do país inteiro, Minas Gerais e São Paulo, que na política do café com leite refletiam exatamente o que propôs Aristóteles, no século 5 a.C.

Outra perspectiva importante para a construção do conceito de igualdade é a do alemão, Immanuel Kant, que discorda do filósofo grego. Enquanto a ótica Aristotélica concebia a igualdade como uma noção relativa, baseada nas características e méritos individuais das pessoas, na visão Kantiana a igualdade se baseava na dignidade moral inerente a todos os seres humanos. Então, se no primeiro temos o desenvolvimento da justiça distributiva, do segundo desenvolve-se a defesa da igualdade perante a lei.

Há de se considerar os dois ramos que se desenvolvem do princípio da igualdade, a formal, que discursa sobre como todos são iguais perante a lei e devem ser reconhecidos e tratados como tal, e a material, que se relaciona com a vivência prática e cotidiana dos cidadãos. A igualdade material é o objetivo inalcançado da formal e expõe o abismo entre o que a constituição prevê e o que o ordenamento consegue aplicar.

2. A VISÃO DE RUY BARBOSA E O ANACRONISMO DO CONCEITO DE IGUALDADE

Em seu livro, *Mitema e Antimitema*, o filósofo do direito, Paolo Grossi, discorre sobre o perigo de uma interpretação anacrônica, que seria a aplicação de uma perspectiva contemporânea a normas ou conceitos que pertencem a um contexto histórico diferente. Isso porque, o anacronismo pode levar a uma interpretação distorcida ou inadequada das normas jurídicas.

Ruy Barbosa se baseou nas ideias aristotélicas para defender a sua visão de justiça compensativa e hoje, essa versão é disseminada sem que haja uma verdadeira compreensão das barreiras do filósofo grego. Afinal, “Aristóteles

estava limitado, na sua visão econômica, às próprias circunstâncias do modo de produção escravista. (MASCARO, 2016, p. 74). A ideia de que os iguais devem ser tratados de maneira igual, vindas de uma época onde se considerava uns mais iguais do que outros, não se ajusta ao presente ainda que lhe seja atribuída uma “nova roupagem”.

Como pontuado por James Houston em seu livro *Cidadania Insurgente* (2013, p. 102-106), Ruy Barbosa propõe uma justiça que da mesma forma que tenta compensar as desigualdades, ao reconhecer a existência de privilégios e os diferentes ponto de partida, também os reproduz, servindo muitas vezes para legalizar os privilégios.

Assim, o sistema de Justiça em que a máxima de Barbosa é um padrão aceito como norma, reforça uma cidadania diferenciada: mantém uma sociedade de diferenças sociais, organizando-a de acordo com privilégios e não privilégios legalizados.

Quem vai decidir e como será decidido quais diferenças são importantes? Assim como a realidade de Aristóteles não foi considerada, tampouco se pensou nas limitações que a visão de Ruy Barbosa poderia ter. Seu senso de mundo foi criado a partir de uma posição privilegiada que não retrata a realidade da maioria da população brasileira. Desse modo, releva-se que a premissa da equidade e de “todos são iguais perante a lei” não se aplica como se propõe, porque na atual sociedade, os indivíduos não são vistos como iguais pelo ordenamento.

Um dilema é construído quando ambos os preceitos são colocados frente a frente. A neutralidade da lei não condiz com a necessidade de reconhecer as diferenças. Uma linha tênue divide os dois, porque ao mesmo tempo que é preciso reconhecer que os indivíduos não partem do mesmo lugar e não há justiça sem equidade, periga-se cair na cultura da legalização dos privilégios, em que aqueles que controlam o poder, decidem que também precisam ser tratados de maneira diferente pelos privilégios que possuem. Assim, o ideal proposto por Ruy Barbosa delimita uma realidade que não condiz com a busca, já que as desigualdades não são reduzidas e sim ampliadas.

É evidente que no decorrer da história, o conceito de igualdade, em diferentes percepções, vem sendo utilizado para reforçar desigualdades. Atribuir um novo entendimento a um conceito essencialmente discriminatório não elimina a problemática.

3. O PAPEL DO DIREITO NA MANUTENÇÃO DAS DESIGUALDES

O direito possui um papel fundamental no controle e no desenvolvimento da sociedade. Muitas vezes, ele reflete e reforça as estruturas sociais e econômicas existentes, com instituições que podem ser moldadas para proteger os interesses dos grupos privilegiados. Afinal, tratar desigualmente na medida de suas desigualdades, também pode significar que sua posição favorecida justifique seus benefícios, mesmo em termos legais, quando todos deveriam ser, teoricamente, iguais perante a lei.

Há 35 anos, ainda era normal que pessoas que possuísem um diploma, ou ocupassem determinados cargos, fossem para as chamadas prisões especiais, um tratamento diferente para um grupo que por se destacar da maioria em virtude dos seus privilégios, se julgavam merecedores. Em 1988, a sociedade deu mais um passo em direção a um horizonte mais igualitário e decidiu-se pelo fim das prisões especiais, ainda que na prática, elas ainda pareçam existir, já que os políticos do país não costumam ser presos como a maioria dos criminosos.

Divide-se a sociedade em grupos de iguais, na qual uns são considerados mais úteis que outros e assim, tem-se a influência manipulando o sistema jurídico e a justiça compensatória de Ruy Barbosa, ao ser desenvolvida e aplicada por uma minoria que detém o poder do país, acaba seguindo a lógica “para os meus amigos tudo e para os inimigos a lei”, uma vez que o tratamento é escancaradamente diferencial, dependendo da pessoa que cometeu o crime.

“É a vontade política que reduz ou aumenta desigualdades, é a ação política que mantém níveis variados de distribuição de riquezas em uma determinada sociedade.” (MASCARO, 2016, p. 81)

Ou seja, embora Ruy Barbosa tenha tentado atribuir um novo sentido ao conceito de equidade proposto pelo grego, sua essência se mantém, com o aparato jurídico servindo de instrumento na manutenção do sistema “cada macaco no seu galho”. Nesse sentido, Zaffaroni, em seu Manual de Direito Penal brasileiro⁴, destaca o papel das estruturas legais assegurando o papel de cada indivíduo no meio social, em um processo de seleção que julga a qualidade do indivíduo e não a conduta.

⁴ ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 72-76.

O direito é usado como um brinquedo na mão de uma elite que se julga merecedora dos benefícios que recebe e que, comandando as estruturas, age no sentido de se manter no poder que tanto os favorece enquanto fomentam a desigualdade social. Como exemplo claro dessa realidade, tem-se o fenômeno da seletividade do direito penal brasileiro, que se refere a tendência do sistema penal em selecionar certos grupos sociais para serem mais frequentemente alvo de investigação, acusação e punição.

a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente (Zaffaroni, 2011, p. 82)

Desse modo, decide-se quais crimes são mais relevantes do que outros e quais pessoas merecem ou não responder por eles, a partir de um senso deturpado de equidade e justiça, em que a qualidade do sujeito é mais importante do que a gravidade do fato. A seletividade do direito penal revela a existência de preconceitos, estereótipos e desigualdades estruturais que afetam a aplicação das leis.

4. CONCLUSÃO

Ao longo do presente ensaio, buscou-se demonstrar como a abordagem anacrônica do conceito de equidade impede a compreensão profunda das raízes das desigualdades, enquanto as estimula sob o falso pretexto de uma sociedade mais justa. Apresentar uma nova roupagem a um conceito essencialmente discriminatório não elimina as desigualdades impregnadas nele e é preciso um olhar atento sobre isso.

A igualdade, sob a visão de Aristóteles, está inserida em uma realidade que não condiz com a atual e negligencia as diferentes condições sociais e econômicas dos indivíduos. Dessa forma, a sociedade se desenvolve refletindo relações de poder, em que alguns grupos podem mais do que outros.

As palavras de Ruy Barbosa são repetidas, na construção ilusória de justiça, enquanto o princípio da equidade é utilizado pela elite, que o interpreta no sentido de justificar seus benefícios e privilégios. Assim, as estruturas legais são criadas e comandadas com o fito de conservar o poder

nas mãos daqueles que sempre o detiveram. Nesse contexto, os indivíduos não são vistos sob a ótica da dignidade humana, mas sim, como instrumentos políticos. A população é dividida em termos de utilidade e influência.

As leis, as normas e as instituições jurídicas têm o poder de estabelecer regras que determinam como os indivíduos devem ser tratados e quais direitos e benefícios "merecem" receber. O Direito, portanto, tem papel essencial no controle da sociedade, podendo ter sua função desviada quando é operado por interesses particulares.

O aparato jurídico se torna um mecanismo utilizado pelos que detêm o poder para manipular o meio social com a interpretação do direito que lhes for mais conveniente. Tanto na prática, quanto no texto legal, tem-se exposto práticas que revelam e aumentam as desigualdades sociais, como é o caso das aposentadorias especiais ou os foros privilegiados, que conferem benefícios a um pequeno grupo de pessoas, com base única e exclusivamente na função que exercem.

Enquanto defende que todos são iguais perante a lei, o direito brasileiro perpetua a lógica da meritocracia, em que o mérito é definido pelo dinheiro ou pela posição social. E assim, conserva a ideia de que as pessoas não são iguais nem mesmo perante a lei, porque isso não condiz com as estruturas de poder que controlam o país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HOLSTON, James. Tratando o desigual desigualmente. In: Holston, James. Cidadania insurgente: Disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p 88- 108.

ANJOS Írlen. O sentido de Justiça em Kant. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-sentido-de-justica-em-kant/484884427#:~:text=A%20igualdade%2C%20em%20Kant%2C%20apresenta,cont exto%20pol%C3%ADtico%20na%20participação%20da.>>. Acesso em 16 de jun de 2023.

MAÇALI, Gabriel; STRUCKER, Bianca. O princípio da Igualdade Aristotélica e os seus debates atuais na sociedade brasileira. Anais do congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 6, p. 684-702, 2018.

DA FONSECA, Regina Lúcia Texeira Mendes. A “Oração aos Moços” de Ruy

Barbosa e o Princípio da Igualdade a Brasileira. Publica Direito, 2009. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2684.pdf >. Acesso em: 16 de jun de 2023.

ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. Controle Social, sistema penal e direito penal. In: Zaffaroni, Raul Eugenio; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 14^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 72-103.

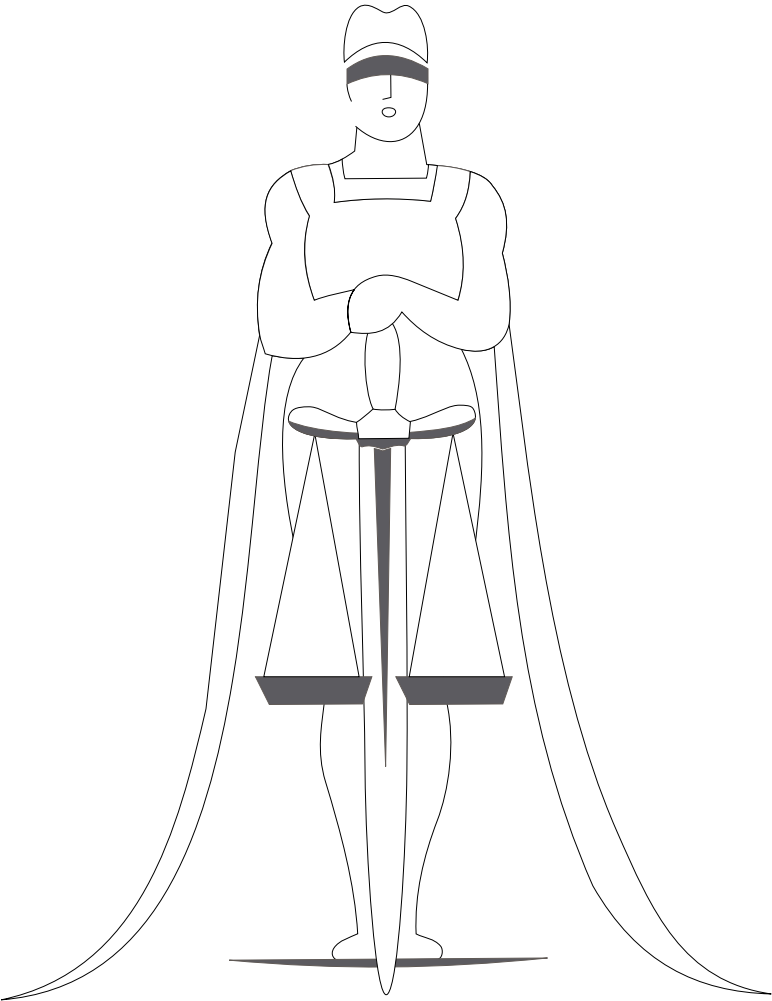
MASCARO, Alysson Leandro. A filosofia do direito de Aristóteles. In: Mascaro, Alysson Leandro. Filosofia do Direito. 5^{ed}. São Paulo: Atlas Ltda, 2016. p. 66-89.

DAL RI JR., Arno. Mitologias jurídicas da modernidade by Paolo Grossi. Academia edu, 2020. Disponível em: < [https://www.academia.edu/39ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 14^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 72-76. 941375/_Mitologias_jur%C3%ADdicas_da_modernidade_by_Paolo_Grossi](https://www.academia.edu/39ZAFFARONI, Raul Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. 14º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 72-76. 941375/_Mitologias_jur%C3%ADdicas_da_modernidade_by_Paolo_Grossi) > Acesso em: 19 de jun 2023.

GANEM, Pedro Magalhães. A (comprovação da) seletividade penal e o princípio da insignificância. Jusbrasil, 2018. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-comprovacao-da-seletividade-penal-e-o-principio-da-insignificancia/651323955>> Acesso em: 19 de jun de 2023.

CRIMINAL

CRIMINAL



Drones em Investigações Criminais: Critérios de Admissibilidade no Direito Nacional a partir da Experiência Norte-Americana

DRONES IN CRIMINAL INVESTIGATIONS: ADMISSIBILITY CRITERIA IN NATIONAL LAW BASED ON THE NORTH AMERICAN EXPERIENCE

Yuri FISBERG

• RESUMO

Considerando a realidade fática e tecnológica, o debate sobre a prova do uso de *drones* no país é incipiente. A discussão da (ina)admissibilidade de provas obtidas perpassa o debate do direito de propriedade, da reserva de jurisdição, da proteção da intimidade e da privacidade em contraposição à eficiência e à maturidade de um processo penal efetivamente voltado a crimes complexos, ao combate ao crime organizado, sem sacrificar a integridade do processo como forma (garantia) e da segurança jurídica. O artigo faz referências à experiência dos Estados Unidos da América, notadamente a evolução de entendimentos da Suprema Corte em relação à 4ª Emenda da Constituição dos EUA, que fornece valiosas diretrizes ao uso da tecnologia na prova penal. Com base nessas influências, o ensaio propõe critérios de admissão da prova digital com o uso de *drones*, especificamente aventada necessária *fiabilidade técnica* e a cadeia de custódia, mas também a importância da legitimação da prova através de fundamentação específica do meio de prova empregado e sua aptidão probatória. Além disso, destaca a importância do *enfoque tecnológico* e a ponderação efetiva de direitos fundamentais, com densidade jurídica e fática, para a chancela das imagens no processo penal e a obtenção de *standards* para a condenação.

• PALAVRAS-CHAVE

Processo Penal, Drones, Prova, Propriedade, Prova Digital

• ABSTRACT

Considering the factual and technological reality, the debate surrounding the use of drones for evidence collection in Brazil is in its early stages. The discussion of the (in)admissibility of evidence obtained touches upon issues of private property, the requirement for previous judicial authorization, the protection of privacy, and the balance with efficiency in a criminal justice

system effectively aimed at complex crimes and combating organized crime without sacrificing procedural integrity and legal certainty. The article draws upon the experiences of the United States of America, particularly the evolving interpretations by the U.S. Supreme Court regarding the Fourth Amendment to the U.S. Constitution, which provide valuable guidance on the use of technology in criminal evidence. Building upon these influences, the essay proposes admission criteria for digital evidence obtained using drones, specifically emphasizing the need for technical reliability and a secure chain of custody. Furthermore, it underscores the importance of legitimizing the evidence through specific justification for the employment of this method of evidence and its probative value. It also highlights the significance of a technological perspective and the effective balancing of fundamental rights, both in terms of legal and factual aspects, to validate the inclusion of images in criminal proceedings and establish standards for conviction.

- **KEYWORDS**

Criminal Procedure, Drones, Evidence, Property, Digital Evidence

- **SUMÁRIO**

1. Introdução 2. Panorama atual 3. Referências norte-americanas 4. Critérios de Admissibilidade no Processo Penal Brasileiro 5. Conclusão

1 INTRODUÇÃO

Georreferenciamento, veículos autônomos, ‘drones’, detecção facial, predição algorítmica, metaverso. Talvez o século em curso (ainda) não tenha concretizado exatamente as projeções de ALDOUS HUXLEY¹, mas o progresso técnico-científico das últimas décadas traz um “mundo novo” que impõe reflexão: quais limites para as novas tecnologias na investigação criminal? Ainda com a alusão à literatura, a pergunta mais assertiva é: como equilibrar a eficiência investigativa e assegurar que o totalitarismo do Estado não transcenda a distopia?

As novas tecnologias trazem uma série de *dúvidas* semelhantes. A avaliação da (i)licitude da prova, não se restringe a análise ao campo penal; a devassa irrazoável da intimidade poderia servir como prova de um delito *qualquer*?

¹ HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014

Deve ser considerada, por exemplo, a prova obtida com a gravação de um vizinho que, com um *drone*, filma o interior de um apartamento e flagra um crime contra a dignidade sexual? O monitoramento do tráfico de drogas, por veículos aéreos não tripulados, é prova lícita? Tal prova se assemelha àquela da ação controlada da Lei nº 12.850, de 2013 (art. 8º, §1º)? Exige-se autorização prévia do juiz? Pode ser judicialmente admitido o acompanhamento de um investigado com o uso de ‘*drones*’?

Muito antes da discussão sobre consequências jurídicas de crimes ‘praticados’ no metaverso, contudo, é imperativo reconhecer a lacuna do debate de certas tecnologias e influxos nos meios de produção de prova por instrumentos tão comuns na rotina e por vezes relegados no campo jurídico. Mais que “desafios da defesa e segurança” em decorrência do uso “ilícito de ‘*drones*’ ou ‘*VANTS*’ (veículos aéreos não tripulados)”², há que se reconhecer a *possibilidade* do emprego da tecnologia dos *drones* como *meio de pesquisa ou investigação*³ - com critérios de admissibilidade que confirmam segurança jurídica e proteção a direitos fundamentais.

Longe de exaurir o tema ou solucionar tantas hipóteses possíveis, o presente artigo sugere diretrizes para o tratamento e admissibilidade judicial e/ou investigativa de imagens obtidas por *drones*.

2 PANORAMA ATUAL

De acordo com GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ⁴, a busca pela “verdade” somente é “compatível com o processo penal acusatório, desde que seja entendida como uma verdade cujo conhecimento estará inevitavelmente condicionado à falibilidade dos meios de reconstrução histórica” e à regularidade quanto aos procedimentos e garantias processuais. Não se prova o fato concreto, mas “a afirmação do fato”.

² ARAUJO, Luiz Alberto [et. al.]. “Desafios da Defesa e Segurança frente à nova ameaça do uso ilícito de VANTS” in *Caderno do XII Congresso Acadêmico sobre Defesa Nacional*, Ministério da Defesa, Resende, Rio de Janeiro, 2021.

³ Distingue-se, aqui, da lição de ANTONIO SCARENCE FERNANDES, o meio de produção da prova como “atividade endoprocessual” para a “fixação de dados probatórios no processo” e “meios de pesquisa ou de *investigação*” como “procedimentos” – “em geral, *extraprocessuais*” para a obtenção de provas materiais (FERNANDES, Antônio Scarance [et. al.]. *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 8).

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*, ed. digital. São Paulo: Revista dos Tribunais 2019, p. VII (conclusões).

E, desde os primórdios, o ser humano se vale do testemunho como o “mais fácil e mais comum dos meios de prova”⁵.

A prova testemunhal é “historicamente, o meio de prova mais antigo e elementar de comprovação dos fatos pretéritos”⁶ – com relevância prática que pode ser experimentada por qualquer operador no processo penal. É, de outro modo, potencial (e efetivo) ensejador de “injustiças concretas”; em estudo norte-americano, constatou-se que em “cerca de 70% das condenações de inocentes, exonerados através do exame de DNA, houve algum tipo de testemunho defeituoso que contribuiu para a injusta formação da culpa”⁷.

No Brasil, estudo do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA adverte que “a falta de padronização e diversidade” na coleta e valoração da prova gera “indícios não confiáveis e contraditórios”, que “parecem ter como consequência o agravamento da situação do judiciário”⁸.

Reconhecer tal falibilidade, entretanto, revela panorama especialmente desafiador, uma vez que, na mesma amostragem, 95% de magistrados pesquisados declararam a prova testemunhal como “fundamental para o desfecho do processo” penal⁹.

Não só. Rápida incursão a uma delegacia de polícia ou a um fórum do interior do país coloca em dúvida a que ou a quem servem as inovações na seara jurídica. As repartições responsáveis pela persecução penal mais se assemelham ao ambiente do início da vigência do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), que a estabelecimentos

⁵ GORPHE, François. *La critica del testimonio*, 5ª ed. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Reus, 1971, p. 09.

⁶ KAGUEIAMA, PAULA T. *Prova Testemunhal No Processo Penal: Um Estudo Sobre Falsas Memórias E Mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021, p. 29.

⁷ MARMELESTEIN, George. *Testemunhando a Injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*, apresentação Rogério Schietti Cruz. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 19.

⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. “Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses” in *Série Pensando o Direito*, nº 59, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos; Ipea, 2015, p. 71.

⁹ BRASIL, Ministério da Justiça, “Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicado ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses” in *Série Pensando o Direito*, nº 59. Brasília: Ministério da Justiça – IPEA, 2015, p. 64.

compatíveis com o progresso tecnológico – o qual, evidentemente, também revolucionou o modo de agir dos criminosos.

Como mencionam MASSON e MARÇAL¹⁰ as “instâncias de proteção (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário)” usualmente têm como objeto da persecução penal os “crimes de rua”, isto é, aqueles “praticados pelas pessoas de classes sociais desfavorecidas” e praticados “aos olhos da sociedade”. Explica-se, pois, a importância da prova testemunhal e, também, porque é recorrente a noção de que o fenômeno “como a criminalidade organizada” ainda não é “suficientemente” investigado¹¹.

A “investigação criminal não é uma regra, mas, sim, uma exceção”. Ao contrário de uma atuação “neutra”, usualmente a investigação criminal parte de uma “lógica inversa”, em que – quando ocorre – visa “produzir uma narrativa convincente sobre o crime”¹². A atuação investigativa e, conseqüentemente, processual penal é proporcionalmente voltada a crimes de rua e flagrantes. Reduzida ou ineficaz a persecução a determinados delitos, em especial aqueles de maior complexidade.

Esta ineficácia pode ser atribuída à seletividade da “criminalização secundária”, em razão de “estereótipos” de criminosos reforçados pelas instâncias de controle¹³. Em contraposição, pode ser imputada à “sofisticação” e ao “profissionalismo” destas organizações, que expõem a insuficiência dos meios de contenção pelo Estado e ensejam o surgimento da “cifra dourada” do direito penal¹⁴. Mais que o maniqueísmo do discurso, no entanto, imperativo reconhecer que as críticas são oriundas das mesmas causas.

A reforma legislativa do Código de Processo Penal, em 2008¹⁵ - que tinha como propósito “modernizar o processo penal”, notadamente para o

¹⁰ MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*, 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 159.

¹¹ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, 2ª ed. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18.

¹² COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKESKI, Cristina (Coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal* - t. 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 18.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 130.

¹⁴ MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*, 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 160.

¹⁵ Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, aprovadas em junho de 2008.

“fortalecimento do sistema acusatório” e “reforço às garantias do acusado”, sem olvidar da “celeridade”, da “efetividade na busca da prestação jurisdicional” e da “revalorização do papel da vítima”¹⁶ – não pode ser considerada exaurida ou exitosa. A tensão constante entre a estabilidade jurídica (segurança), a legalidade e a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), demanda reação e desenvolvimento constante do processo penal frente aos avanços tecnológicos.

A disseminação e popularização de ‘Veículos Aéreos Não Tripulados’ (VANTs) ou ‘drones’ nem sequer era aventada em 2008. E, em paralelo com discussões sobre regulamentação administrativa ou debates próprios da seara cível (v.g. direito de imagem e propriedade), o reflexo penal e processual penal da realidade social parece estar circunscrito ao uso ilícito, como no emprego de ‘drones’ para ingresso de celulares e drogas em presídios¹⁷.

Embora presente na realidade¹⁸, a disseminação do emprego de *drones* não encontra reflexo nos Tribunais pátrios. A título de exemplo, simples pesquisa no repositório de jurisprudência permite afirmar que não se tem notícia do enfrentamento da validade da prova produzida por Aeronaves Remotamente Pilotadas (RPAs) e eventuais limitações a tal prova no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Não discrepa a situação no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Singela consulta no portal de jurisprudência do Tribunal da Cidadania, com o termo ‘*drone*’, traz oito decisões colegiadas; algumas relacionadas ao uso ilícito do

¹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008. p. XI.

¹⁷ POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. “Polícia Civil desarticula organização criminosa que usava drones para introduzir celulares e drogas em presídios”, 21 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.policiacivil.sp.gov.br/portal/faces/pages_home/noticias/noticiasDetalhes?contentId=UCM_054872&collectionId=358412565221045989&rascunhoNoticia=0&_afLoop=375546544295765&_afWindowMode=0&_afWindowId=null>, acesso em 18/07/2022.

¹⁸ O fenômeno não é só brasileiro, inúmeras são as notícias do emprego de ‘drones’ pelas polícias dos mais diversos locais, a exemplificar: Suécia (<[https://www.thelocal.se/20150302/drones-tested-by-police-in-sweden/>https://timesofindia.indiatimes.com/city/lucknow/Now-drones-to-be-used-to-disperse-mobs-in-Lucknow/articleshow/46794530.cms](https://www.thelocal.se/20150302/drones-tested-by-police-in-sweden/>)>); e Itália (<<https://www.thelocal.it/20141127/italian-police-to-use-predator-drones/>>>).

equipamento, especificamente no tráfico de drogas, como no emprego de VANTs para ingresso do entorpecente no sistema prisional¹⁹. Ainda, em alguns precedentes, menciona-se de forma apenas *incidental* a coesão da prova da materialidade do tráfico de drogas, a partir da investigação que, entre outros elementos, trazia “monitoramento da região por campanas dos agentes policiais, fotos, filmagens e drones”²⁰.

A pesquisa²¹ em outras instâncias aponta esparsos (e ínfimos) de precedentes únicos nos Tribunais de Justiça do Distrito Federal²², de Minas Gerais²³ e de São Paulo²⁴. O julgado do TJSP reverteu decisão de primeiro grau que rechaçou pedido de busca, dentre outros argumentos, pela ilicitude de obtenção de “aerofotografias” com violação do domicílio. Para tanto, refere ao artigo 369, do Código de Processo Civil, chancelando as imagens do terreno de um desmanche, parcialmente visível da via pública e comparável com a imagem de satélite – *Google Earth*.

Verdadeiramente, é do âmbito cível (ambiental) a maioria das decisões que tangenciam o debate, como no REsp. nº 1.778.729/PA, em que a 2ª Turma do STJ assentou a validade da prova decorrente de imagens de satélite: “em época de grandes avanços tecnológicos, configuraria despropósito ou formalismo supérfluo negar validade plena a imagens de satélite e mapas elaborados a partir delas. Ou, em casos de desmatamento apontados por essas ferramentas

¹⁹ Cf. STJ, AgRg no HC n. 646.444/SP, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 29/6/2021.

²⁰ “(...) Os recorrentes foram apontados como integrantes de associação criminosa destinada ao tráfico de entorpecentes na região do “Morro da Caixa”, em Florianópolis, após ampla investigação da Divisão Especializada de Combate ao Narcotráfico (DENARC), a qual efetivou monitoramento da região por campanas dos agentes policiais, fotos, filmagens e drones, além de abordagens dos suspeitos” (STJ, AgRg no AREsp n. 1.734.686/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022).

²¹ SOBRINHO JÚNIOR, José Gomes. “O uso de drone como técnica de investigação criminal” in *Portal Jus.com.br*, 2023. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/102701/o-uso-de-drone-como-tecnica-de-investigacao-criminal>>, acesso em 03/05/2023.

²² TJDF, Processo: 0732419-31.2021.8.07.0000, Rel. Des. Cesar Loyola, j. 02.12.2021.

²³ TJMG, HC nº 1.0000.15.004224-0/000, Rel. Des. Paulo Cezar Dias, 13.03.2015.

²⁴ TJSP: Apelação Criminal 1500101-34.2022.8.26.0505, Rel. Des. Fátima Vilas Boas Cruz, j. 29.11.2022.

altamente confiáveis, exigir a realização de prova testemunhal ou pericial para corroborar a degradação ambiental”²⁵.

De modo idêntico, a pesquisa no TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO traz mais resultados, mas, especificamente, nenhum próprio sobre a validade do monitoramento ou de imagens obtidas com ‘drones’. Novamente, é na esfera do direito civil e administrativo que surgem influxos relevantes, como os processos que debatem direitos de vizinhança e sobrevoo em propriedade particular alheia²⁶.

A atipicidade dos meios de obtenção da prova não pode relegar exclusivamente à jurisprudência a função de conferir balizas à atuação dos órgãos de investigação penal. A “definitiva implantação do modelo acusatório de persecução penal”²⁷, a complexidade das organizações criminosas, a evolução tecnológico-científica e a análise econômica do direito exigem revolução do modo de pensar o processo penal, superando o paradigma exclusivo da prova testemunhal.

O emprego de veículos aéreos não tripulados – dotados de alta capacidade de coleta de imagens, monitoramento automático de objetos e pessoas e, até mesmo, leitura infravermelha ou térmica, inclusive através de anteparos (v.g. muros, paredes e telhados) – é realidade. No âmbito processual penal, o uso é disseminado e tem servido muito mais que apenas para informações de inteligência, como efetivo instrumento de investigação e formação de

²⁵ STJ, REsp n. 1.778.729/PA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/9/2019, DJe de 11/9/2020.

²⁶ “INDENIZAÇÃO – Direto de vizinhança - Perturbação do sossego – Invasão e sobrevoo de drone sobre a propriedade dos autores – Pretensão julgada improcedente – Cerceamento de defesa não reconhecido – Ausência de prova por parte dos autores de que o imóvel foi invadido pelos réus – Utilização do drone admitida na contestação, mas destinada a fazer prova em outro processo em que as partes litigam, sem o propósito de violação da privacidade – Sentença mantida – Apelação não provida” (TJSP, Apelação Cível 1005239-30.2021.8.26.0099; Relator(a): Sá Duarte; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Bragança Paulista - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2022; Data de Registro: 01/08/2022).

²⁷ ARAS, Vladimir. “Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado” in CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 248.

elementos probatórios – até mesmo de forma questionável por aqueles que sequer detêm tal atribuição constitucional²⁸.

Deve-se pensar a garantia da privacidade, o direito de imagem, a tutela da propriedade privada, a reserva da intimidade da vida privada e o direito à segurança frente a “galopante evolução tecnológica que vivemos”²⁹. A chancela de imagens, monitoramentos e outras provas produzidas a partir do uso de ‘drones’ deve instigar o debate sobre a licitude do meio de investigação, seu controle e a tutela de garantias fundamentais.

3 REFERÊNCIAS NORTE-AMERICANAS

A exiguidade do desenvolvimento do tema no panorama penal nacional permite a menção de algumas balizas a partir da experiência estrangeira.

A Convenção da Filadélfia de 1787 fez surgir “uma instituição até então desconhecida para o mundo”, que “tem sido fonte de inspiração para muitos constituintes”³⁰. Não por acaso, a SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, que fundamentou a estrutura constitucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, repetidamente serve de modelo ou argumento nas decisões dos ministros das mais diversas composições das cortes nacionais³¹.

²⁸ A exemplificar, destaca-se notícia da Prefeitura de Itararé/SP sobre a aquisição de ‘drone’ para “policiamento aéreo”. PREFEITURA DE ITARARÉ. “Prefeitura de Itararé (SP) entrega nova viatura ROMU e ‘drone’ para policiamento aéreo à GCM”, 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.itarare.sp.gov.br/prefeitura-de-itarare-sp-entrega-nova-viatura-romu-e-drone-para-policiamento-aereo-a-gcm/>>, acesso em 01/07/2022.

²⁹ RODRIGUES, Rita Catarina Barbosa. *Admissibilidade dos Meios de Vigilância como Meios de Prova no Direito Processual Penal Português – os ‘Drones’*. Dissertação de mestrado. 53p. Universidade Católica Portuguesa, 2020.

³⁰ FREIRE, Alonso; BECKER, Rodrigo Frantz. “Introdução à Suprema Corte dos Estados Unidos” in BECKER (coord.). *Suprema Corte dos Estados Unidos : casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 31.

³¹ Dentre tantas referências, citações ou modelos, rememora-se o voto do Min. VICTOR NUNES LEAL, no HC nº 40.910/PE, julgado em 24/08/1964, que aludiu a *Sweezy v. New Hampshire* (1957) da Suprema Corte Norte-Americana, “um país mais adiantado (...) para que nos sirva de modelo”, para reconhecer atípica a conduta de um professor universitário que teria atentado contra o regime no início da Ditadura, reafirmando a liberdade de cátedra.

E é justamente a evolução dos precedentes da SCOTUS na interpretação da 4ª emenda da Constituição Norte-Americana³² que tem servido de modelo aos influxos da tecnologia na prova penal. A experiência norte-americana tem recorrente avaliação da prova penal obtida com o emprego de ‘drones’ e as subsequentes *gerações* do direito probatório na visão Suprema Corte dos Estados Unidos da América (a chamada trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*³³) trazem soluções valiosas.

A discussão sobre os ‘drones’ e imagens deles obtidas se insere no que se denomina “direito probatório de terceira geração” – ou seja, “provas invasivas, altamente tecnológicas, que permitem alcançar conhecimentos e resultados inatingíveis pelos sentidos e pelas técnicas tradicionais”³⁴. O reconhecimento da aptidão dos ‘drones’ e a “mutação” dos precedentes parte da trilogia dos precedentes históricos do último século.

Em *Olmstead v. United States*³⁵, a SUPREMA CORTE – em votação majoritária – decidiu a *legalidade* da escuta telefônica *sem* ordem judicial. Muito antes da polarização com o ativismo ou da estruturação³⁶, o voto-

³² “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (Constituição Norte-Americana, disponível em: <<https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-4/>>, acesso em 12/07/2022).

³³ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 820.

³⁴ KNIJNIK, Danilo. “A trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI” in *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, nº 4, 2015, ano 2, Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015, p. 85.

³⁵ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/1900-1940/277us438>>, acesso em 07/09/2023.

³⁶ Apesar da “ideia de respeito ao chamado ao entendimento original” com “raízes profundas” no sistema norteamericano, o “originalismo ganhou força no meio acadêmico a partir da década de 1970”, a partir da publicação do trabalho de Robert Bork (*Neutral Principles and some First Amendment Problems*), posteriormente nomeado à Suprema Corte Americana – rechaçado no Congresso (MORALES, Cesar Mecchi. *Originalismo e Interpretação Constitucional*, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, Tese de Doutorado, 2011, 283p., 2011, p. 36.

condutor do *Justice* TAFT adotou interpretação *originalista*³⁷, apontando que o equipamento da gravação fora colocado na fiação da empresa de telefonia, em ambiente público, sem invasão ou intrusão da propriedade/residência do investigado.

Na vigência do entendimento exarado em *Olmstead*, por óbvia restrição tecnológica, não se tem notícia de precedentes próprios do emprego de ‘drones’. Mas, na superação do precedente, com a tese da 2ª geração probatória, em 1967, a partir do caso *Katz v. United States* surge a tese da *razoável expectativa de privacidade* – que pauta significativos debates no âmbito da proporcionalidade.

Em *Katz v. United States*, a SUPREMA CORTE reviu o conceito de busca (‘search’) para reconhecer a alegada violação à 4ª Emenda na condenação com base em gravações ambientais, em que o instrumento de escuta fora instalado (sem autorização judicial) em uma cabine telefônica utilizada pelo investigado³⁸. Consagrada a tese, do *Justice* HARLAN, de que a “quarta emenda protege pessoas, não lugares”, devendo ser aferida a “razoável” perspectiva de privacidade como uma expectativa social, para delimitar a (in)validade da prova³⁹.

Tal precedente pautou o debate nos Estados Unidos na admissibilidade das imagens aéreas. A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA, em três casos

³⁷ CHEMERINSKY, Erwin. *Worse Than Nothing – The Dangerous Fallacy of Originalism*. Yale: University Press, 2022, p. 127

³⁸ SCOTUS, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>>, acesso em 01/08/2022.

³⁹ Transcreve-se o trecho original da opinião convergente: “As the Court's opinion states, “the Fourth Amendment protects people, not places.” The question, however, is what protection it affords to those people. Generally, as here, the answer to that question requires reference to a “place.” My understanding of the rule that has emerged from prior decisions is that there is a twofold requirement, first that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as “reasonable.” Thus, a man's home is, for most purposes, a place where he expects privacy, but objects, activities, or statements that he exposes to the “plain view” of outsiders are not “protected” because no intention to keep them to himself has been exhibited. On the other hand, conversations in the open would not be protected against being overheard, for the expectation of privacy under the circumstances would be unreasonable” (*Katz v. United States*, nº 35, 1967. Disponível em: <

reiterados, decidiu a *validade* da fotografia/filmagem de terras abertas, adjacentes a habitações, independentemente de mandado judicial⁴⁰.

Exemplificando, em *California v. Ciraolo*⁴¹ - com alusão ao teste *Katz* de razoável expectativa de privacidade – afirmaram a não violação da 4ª Emenda. No caso, após notícia anônima do plantio de drogas no jardim do investigado, a polícia – com o emprego de uma aeronave privada – obteve imagens da cultura ilícita, observando-a sem emprego de específica tecnologia, para, somente então, obter um mandado⁴². A singeleza da constatação, em simples sobrevoo, afastaria a expectativa de intimidade no jardim.

Todavia, em 2001, a evolução tecnológica impôs à SUPREMA CORTE o “aperfeiçoamento” da interpretação – no que ora se denomina 3ª geração probatória⁴³.

Em *Kyllo v. United States*, a situação remete ao uso de *imagens térmicas* da residência do investigado com o intuito de demonstrar o cultivo de drogas. Com base no teste de razoabilidade de *Katz*, as cortes inferiores refutaram a tese da ilicitude – apontando que o aparelho de imagens, não invasivo, com *mera* análise da temperatura dos ambientes não extrapolaria a *expectativa razoável da privacidade* do indivíduo ou da sociedade.

⁴⁰ *California v. Ciraolo*, 476 US 207 (1986), *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 US 227 (1986), *Florida v. Riley*, 488 US 445 (1989)., *Dow Chemical v. United States*

⁴¹ SCOTUS, *California v. Ciraolo*, nº 84-1513, 1985. Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=13894501388713609672&q=California+v.+Ciraolo&hl=en&as_sdt=6,47>, acesso em 05/04/2022.

⁴² “*The Santa Clara, Cal., police received an anonymous telephone tip that marijuana was growing in respondent's backyard, which was enclosed by two fences and shielded from view at ground level. Officers who were trained in marijuana identification secured a private airplane, flew over respondent's house at an altitude of 1,000 feet, and readily identified marijuana plants growing in the yard. A search warrant was later obtained on the basis of one of the officer's naked-eye observations; a photograph of the surrounding area taken from the airplane was attached as an exhibit. The warrant was executed, and marijuana plants were seized. After the California trial court denied respondent's motion to suppress the evidence of the search, he pleaded guilty to a charge of cultivation of marijuana. The California Court of Appeal reversed on the ground that the warrantless aerial observation of respondent's yard violated the Fourth Amendment*” (*California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207, 1986, disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/207/>>, acesso em 01/10/2022).

⁴³ KNIJNIK. “A trilogia *Olmstead-Katz-Kyllo*...”, p. 87.

Como afirma KNIJNIK, “refinando” o entendimento, a SUPREMA CORTE asseverou que a construção da liberdade probatória, com base em *Katz*, tinha limite no avanço da tecnologia. A opinião prevalente reiterou a acuidade dos precedentes anteriores, mas aprofundou no sentido de que a visão térmica deve ser considerada como ‘busca’ – logo, condicionada à autorização judicial – porque obtém detalhes e circunstâncias que seriam desconhecidos sem intrusão física⁴⁴.

A tecnologia indisponível ao “uso geral do público” é o que define, na evolução jurisprudencial norte-americana, a expectativa *razoável* de privacidade. Da *ratio* da decisão, tecnologias alheias ao “domínio público” demandariam prévia autorização judicial⁴⁵.

O precedente da SUPREMA CORTE, entretanto, já fez surgir entendimentos mais restritivos quando se fala em ‘*drones*’. Exemplificando, a CORTE DE APELAÇÕES do Estado do Michigan declarou a violação da 4ª emenda, em decorrência da vigilância irrazoável com ‘*drones*’ em área residencial. Em votação não unânime, concluíram a necessária ordem judicial prévia para a atuação investigativa e devassa da privacidade⁴⁶.

No âmbito legislativo, crescente a regulamentação com o reconhecimento da reserva jurisdicional. Ao menos *dezoito* estados norte-americanos estabeleceram regras que impõem a obtenção de prévia autorização judicial (‘*warrant*’) para vigilância/busca com o emprego de ‘*drones*’⁴⁷.

⁴⁴ “Where, as here, the Government uses a device that is not in general public use, to explore details of the home that would previously have been unknowable without physical intrusion, the surveillance is a “search” and is presumptively unreasonable without a warrant” (SCOTUS, *Kyllo v. United States*, 533 US 27, 2001. Disponível em: <https://scholar.google.com/scholar_case?case=15840045591115721227&q=Kyllo+v.+United+States&hl=en&as_sdt=6,47>)

⁴⁵ KNIJNIK. “A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo...”, p. 92-93.

⁴⁶ State Michigan Court of Appeals, Long Lake Township v. Todd Maxon, 2021, disponível em: <<https://law.justia.com/cases/michigan/court-of-appeals-published/2021/349230.html>>, acesso em 01/06/2022.

⁴⁷ Elencando-os: Alaska, Flórida, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Maine, Montana, Nevada, Carolina do Norte, Dakota do Norte, Oregon, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia e Wisconsin (911 SECURITY. U.S. Drone Laws: overview of drone rules and regulations in USA by State, junho/2019. Disponível em: <<https://www.utsystem.edu/sites/default/files/offices/police/policies/USDroneLaws.pdf>>, acesso em 12/09/2022).

Na Flórida, o estatuto de processo penal introduziu um capítulo ao uso de ‘*drones*’ proibindo agências de persecução penal de utilizar tais “veículos aéreos pilotados remotamente” para obter evidências ou outras informações⁴⁸, sob pena de “inadmissibilidade” no processo⁴⁹. Dentre as exceções, estão o emprego para combate a ataques terroristas iminentes e a obtenção de *prévia ordem judicial* autorizando o uso do ‘*drone*’⁵⁰. Em Idaho, a exigência do mandado proíbe a obtenção de provas através de fotografias ou gravações de uma pessoa ou propriedade “específicas” (*‘specifically targeted’*)⁵¹.

Em outras palavras, a experiência norte-americana desenha-se no sentido da maior restrição ao emprego de imagens de *drones*. A admissibilidade ampla, outrora sedimentada na jurisprudência da SUPREMA CORTE, ora é temperada pela complexidade do debate da tecnologia – com rigor ainda maior na legislação.

⁴⁸ “A law enforcement agency may not use a drone to gather evidence or other information, except as provided in subsection” (Florida Statutes, Title XLVII, Chapter 934 - 934.50 Searches and seizure using a drone), disponível em <http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&URL=0900-0999/0934/Sections/0934.50.html>, acesso em 01/06/2022).

⁴⁹ “(6) PROHIBITION ON USE OF EVIDENCE.—Evidence obtained or collected in violation of this act is not admissible as evidence in a criminal prosecution in any court of law in this state” (Florida Statutes, Title XLVII, Chapter 934 - 934.50), *ibidem*.

⁵⁰ “(4) EXCEPTIONS.—This section does not prohibit the use of a drone: (a) To counter a high risk of a terrorist attack by a specific individual or organization if the United States Secretary of Homeland Security determines that credible intelligence indicates that there is such a risk. (b) If the law enforcement agency first obtains a search warrant signed by a judge authorizing the use of a drone. (c) If the law enforcement agency possesses reasonable suspicion that, under particular circumstances, swift action is needed to prevent imminent danger to life or serious damage to property, to forestall the imminent escape of a suspect or the destruction of evidence, or to achieve purposes including, but not limited to, facilitating the search for a missing person. (d) To provide a law enforcement agency with an aerial perspective of a crowd of 50 people or more (...)” – *ibidem*.

⁵¹ Idaho Statutes, Title 21, Chapter 2 – 21.213: “(2) (a) No person, entity or state agency shall use an unmanned aircraft system to intentionally conduct surveillance of, gather evidence or collect information about, or photographically or electronically record specifically targeted persons or specifically targeted private property, including but not limited to (...)” – disponível em: <<https://legislature.idaho.gov/statutesrules/idstat/title21/t21ch2/sect21-213/>>, acesso em: 09/06/2022.

4 CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No Brasil, apesar do debate incipiente, ilidível que “as captações por câmeras de vigilância, por *smartphones* e outros dispositivos superarão os índices de utilização de outros meios de prova e, quiçá, substituirão a prova testemunhal e prova pericial”⁵². E, divergindo da legislação estrangeira ou da interpretação mais restritiva que tornam a reserva de jurisdição *regra* para as provas com o uso de *drones*, legítima a adoção do *enfoque tecnológico* e dos influxos do já debatido pela SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA para traçar alguns parâmetros de (in)admissibilidade da referida prova.

4.1 Aspectos técnicos da produção e cadeia de custódia

O emprego de *drones* está associado à produção de imagens – isto é, fotografias e vídeos acompanhados ou não de som. Na definição de GUSTAVO BADARÓ, são “provas digitais”⁵³, que inspiram específico controle de *fiabilidade* na “coleta, armazenamento, processamento, duplicação, reprodução e análise”, como mecanismo de controle de sua “integridade e autenticidade”⁵⁴.

Mais que a observância ora positivada do disposto nos artigos 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, em relação à cadeia de custódia, as imagens em vídeo inspiram precaução de cunho *técnico* ainda em sua produção. O risco de *manipulação* – e, acrescenta-se, até mesmo, de *criação* de imagens (cf. inteligência artificial generativa de imagens) – impõe especial escrutínio da análise forense⁵⁵.

⁵² GUEDES, Clarissa Diniz. *Prova em Vídeo no Processo Penal* – Aportes epistemológicos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 137.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. “A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal” in *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 522.

⁵⁴ GUEDES, ob. Cit., p. 45.

⁵⁵ GATES, Kelly. “Professionalizing Police Media Work: Surveillance Video Evidence and the Forensic Sensibility” in PEARL, Sharrona (ed.). *Images, Ethics, Technology*, NewYork: Routledge, p. 52. Disponível em: <https://www.academia.edu/16967829/Professionalizing_Police_Media_Work_Surveillance_Video_Evidence_and_the_Forensic_Sensibility>, acesso em 07/10/2023.

Aspectos técnicos do instrumento tecnológico – ex. altitude, *zoom*, resolução da imagem, capacidade de identificação facial – têm especial relevância na medida em que a prova em vídeo pressupõe “filtragem” de qualidade, como forma de “controle do enviesamento”. Na fase investigativa, a imagem, “ainda que de baixa qualidade, pode, de fato, obscurecer as demais possibilidades”⁵⁶.

4.2 Artigo 5º, LVI, da CF e o direito de imagem e propriedade

A amplitude da cláusula fundamental do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*) permite sem número de questionamentos no âmbito das restrições constitucionais, cíveis e administrativas. Tal qual decidido em primeiro grau no precedente do TJSP destacado por SOBRINHO JÚNIOR⁵⁷, interpretação mais restritiva implicaria na *ilegalidade* de qualquer imagem aérea que sobrevoasse propriedade alheia.

Não se pode ignorar a tutela da intimidade (art. 5º, inciso X) ou a proteção da propriedade e do lar (art. 5º, *caput*, incisos XI e XXII, da Constituição Federal), tampouco a existência de normativas administrativas para o voo com *drones*, como o Código Brasileiro de Aeronáutica. De todo modo, as normas administrativas ou a previsão ampla da tutela de direitos fundamentais de imagem ou propriedade não qualificam a prova obtida com VANTs como ilícita.

Em relação à invasão da propriedade privada, não há grande distinção do *drone* em comparação ao emprego de aeronaves tripuladas ou satélites que não cogitam restrição do espaço aéreo. Na doutrina civil há muito foi superada a *ilimitabilidade* da propriedade, direito que “não pode ser levado *ad sidera et ad inferos*”⁵⁸. Consagrado o limite vertical restrito à utilidade – plurais as restrições, com base na soberania nacional (art. 20, §2º, e art. 22, da CF), para navegação aérea (art. 21, XII, ‘c’, da CF) ou até da segurança dos transportes aeroviários (Código Brasileiro de Aeronáutica) – não se cogita ilegalidade do sobrevoo com aparatos de captação de imagens.

⁵⁶ GUEDES, ob. Cit., p. 56.

⁵⁷ Ob. Cit., p. 1.

⁵⁸ VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil*, v. 4, 21ª Edição. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 162.

Em contraposição à proteção da *intimidade*, que permite afirmar o ilícito civil ou do abuso de direito (artigos 186 e 187 do Código Civil), na esfera penal, o suplantar da fronteira da propriedade privada pelo ar, por si só, não qualifica a licitude da imagem obtida por *drones*.

Tampouco a violação da intimidade, por si, implicaria na inadmissibilidade da prova. De fato, “a proteção da privacidade acompanha a consolidação da própria teoria dos direitos da personalidade” em uma “força expansiva”, reconhecidos inclusive com caráter *fundamental*, em contraposição (e defesa) à vigilância crescente dos meios tecnológicos⁵⁹. Realça-se, ainda, o advento da Lei Geral de Proteção de Dados e os precedentes mencionados do direito civil de vizinhança, que apontam para o uso abusivo do registro de imagens no âmbito privado.

Ocorre que, ao revés do modelo português⁶⁰ - que proíbe no âmbito penal imagens ou vídeos sem o consentimento da pessoa visada⁶¹ -, a tutela da personalidade e intimidade no Brasil tem densidade definida para além da Constituição (v.g. artigo 11, do Código Civil, e 216-B do Código Penal) que *não criminaliza* ou objeta a coleta de imagem aérea de pessoas ou lugares. Fazê-lo depende de *ponderação* e *sobreposição* de tais direitos sobre o enfoque da segurança pública, da tutela da vida, do patrimônio etc., em consonância com o que se apura na investigação penal.

Em disparidade da resposta cível, na justiça penal, a intrusão física do espaço aéreo da propriedade privada, o registro da intimidade em quintal, janela ou via pública ou, ainda, a violação de normas de voo *não* caracterizam, por si, ilícito apto a rechaçar a aptidão e admissibilidade da prova oriunda de *drones*. Longe de uma resposta simples de prevalência do garantismo e da *eficiência penal* ou da intimidade, tampouco relegando à insegurança

⁵⁹ DANEDA, Danilo. Da Privacidade à *Proteção de Dados Pessoais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

⁶⁰ RODRIGUES, Rita Catarina Barbosa. *Admissibilidade dos Meios de Vigilância como Meios de Prova no Direito Processual Penal Português – os Drones*, Dissertação, Mestrado em Direito. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2023.

⁶¹ Código Penal Português: Artigo 199.º - *Gravações e fotografias ilícitas*. 1 - Quem, sem consentimento (...) é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias. 2 - Na mesma pena incorre quem, contra vontade: a) Fotografar ou filmar outra pessoa, mesmo em eventos em que tenha legitimamente participado; ou b) Utilizar ou permitir que se utilizem fotografias ou filmes referidos na alínea anterior, mesmo que lícitamente obtidos.

jurídica do conceito *aberto* da ponderação de direitos fundamentais, há que se reconhecer o evidente caráter *tópico* em *densificação* e *parametrização* jurídica motivada da proporcionalidade.

4.3 Tecnologia, reserva de jurisdição e motivação *sobre* o meio de prova

Consequentemente, a rastreabilidade da produção da prova tem finalidade que não se exaure no contraditório quanto ao conteúdo da imagem/vídeo. O registro de fiabilidade da cadeia de custódia serve também à identificação da tecnologia empregada, para o debate, nos moldes norte-americanos, da *razoabilidade* da medida, da sua admissibilidade processual e da exigência (ou não) de autorização judicial prévia.

A análise casuística da validade da violação da imagem ou da propriedade privada em relação ao interesse processual penal em julgamento é assegurado justamente pela possibilidade de contraditório (posterior) sobre o método, a técnica, os instrumentos e o conteúdo da prova.

Ainda que a reserva de jurisdição seja *ampliada*, independente de positivação “extraída do sistema jurídico” ou “implícita”⁶², seu caráter é *excepcional* frente à *cláusula de abertura* da atipicidade dos meios de prova. Da lição de CANOTILHO, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já assentou que a reserva de jurisdição significa “submeter à esfera *única* de decisão dos magistrados, a prática de *determinados atos*”⁶³.

Nas situações “especificamente previstas em preceitos da Constituição”, o juiz tem o *monopólio*, mais que a análise posterior, tem “a primeira e a última palavra” sobre a atuação do Estado na esfera de proteção do indivíduo⁶⁴. Daí, mesmo que sob o enfoque da *tutela* da intimidade ou da propriedade, não se cogita ampliar de forma desmensurada a exceção.

⁶² VILARES, Fernanda Regina. *A Reserva de Jurisdição no Processo Penal – dos reflexos no inquérito parlamentar*, Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 219.

⁶³ STF, MS nº 23.451-1/RJ, Min. CELSO DE MELLO – j. 16/09/1999, DJ. 12/05/2000

⁶⁴ RANGEL, Paulo Castro. *Reserva de Jurisdição – Sentido Dogmático e Sentido Jurisprudencial*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 63.

O “repúdio ao emprego de expedientes violadores de direitos fundamentais quando da obtenção da prova” e sua inadmissibilidade no processo é praticamente universal à experiência jurídica; assim como uníssono o “descontentamento” com a restrição. As *exclusionary rules* do direito norte-americano, o “poder judicial de filtragem” do modelo inglês, a ponderação da proporcionalidade frente à gravidade da infração do *BverfG* Alemão e perspectivas idênticas nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos ou do Tribunal Penal Internacional são os “novos paradigmas” para solucionar o “dramático embate” entre “parâmetros éticos do processo e a concretização do poder punitivo”⁶⁵.

Afirmar a reserva de jurisdição para *qualquer* imagem de *drones* significaria restringir meio de prova em desconformidade com as ressalvas *excepcionais* da intervenção judicial prévia na investigação. Aqui, o critério fixado em *Kyllo*, na SUPREMA CORTE DOS EUA, é de inequívoca valia. O “enfoque tecnológico”⁶⁶ tem plena razoabilidade no embate dos direitos de privacidade e propriedade versus o interesse da persecução penal.

E, não se olvida, aqui, a hipótese de ação controlada – como a dos artigos 8º e 9º, da Lei nº 12.850, de 2013 – em que há *prévia comunicação* ao juiz, com manifestação do Ministério Público. Singela *informação oficial* da investigação⁶⁷, com o intuito de preservar os investigadores e “afastar eventual crime de prevaricação ou infração administrativa do agente público” que toma ciência de fatos criminosos e retarda o flagrante⁶⁸ - *ratio* da norma que não caracteriza ilegalidade da prova em eventual posterior ação flagrante⁶⁹.

O vídeo “revela mais que uma história e menos que *toda* história”⁷⁰. Alerta ALEXANDRE SILVA DE SOUZA que o registro audiovisual é tecnologia de

⁶⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Moteconrado. “Provas Ilícitas e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, relatório Brasil 2009” – in *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. 1ª ed, v. 1. Montevidéu: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 314-318.

⁶⁶ KNIJNIK, ob. Cit.

⁶⁷ MASSON; MARÇAL, ob. Cit., p. 361.

⁶⁸ STJ, HC 512.290/RJ, rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6.ª Turma, j. 18.08.2020

⁶⁹ STJ, REsp 1.655.072/MT, Rel. Ministro Rogerio Schietti, Sexta Turma, DJe 20/2/2018

⁷⁰ SILBEY, Jessica. “Cross-examining film” in *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 2008, v. 8, issue 1. Maryland, 2008, p. 46 – tradução livre de GUEDES, ob. Cit., p. 132.

“grande potencial de convencimento” *entregue* às partes e juízes que “não têm a ‘alfabetização’ para entendê-la”, com efeitos possíveis de “inocuidade” ou “risco”. “o risco de se valorizar excessivamente essa prova em detrimento de outras ou de ignorá-las completamente por não entender seu funcionamento”⁷¹.

Além da questão da cadeia de custódia e da fiabilidade (técnica) desde a origem, o emprego de *drones* tangencia a demanda doutrinária de maior rigor na legitimação do meio utilizado, isto é, *fundamentação e justificativa* “também” quanto às decisões probatórias. O processo decisório demanda *motivação* (artigo 93, inciso IX, da CF) *também* sobre a(s) prova(s), em justificativa quanto à “solidez epistêmica ou fiabilidade”, o “fato relevante” que dela se evidencia e o “valor probatório”⁷².

Sob contraditório (em regra, posterior dada a natureza da medida) e legitimação judicial, garante-se *filtro* adequado do meio de prova, desde aptidão mínima, enfoque tecnológico (exigência ou não de reserva jurisdicional), proporcionalidade e aptidão probatória.

5 CONCLUSÃO

Sintetizando, o uso de *drones* na produção da prova na investigação/persecução penal tem reduzido debate nacional, apesar da relevância e utilidade na consecução de um direito penal focado no crime organizado e em metas de *eficiência* e segurança pública.

Como *prova digital*, as imagens colhidas inspiram especial controle de fiabilidade, ainda na coleta, com preocupações de ordem técnica e tecnológica que, ao final, são relevante filtro da aptidão probatória. Por si, as restrições da tutela da propriedade privada ou da intimidade não desqualificam a prova decorrente do sobrevoo de *drones* em imóveis particulares ou o registro não autorizado do investigado.

A partir da evolução jurisprudencial norte-americana, com o enfoque da *terceira geração probatória* e as diretrizes de *Kyllo v. United States*, o emprego de tecnologias ‘ordinárias’, ou seja, aquelas disponíveis ao público em geral, não consubstancia temática de reserva de jurisdição – excepcional a instrumentos de maior eficácia intrusiva. Sem prejuízo da limitação à ação

⁷¹ SOUZA, Alexandre Silva de. *A prova em vídeo no processo penal sob um enfoque de direitos humanos*, Dissertação (Mestrado em Direito). Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2016, p. 79.

⁷² ABELLAN, Marina Gascon. *O Problema de Provar*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022, p.

controlada (artigo 8º da Lei nº 12.850, de 2013), ações de vigilância com emprego de captura de imagens de pessoas ou lugares investigados *independe* de prévia autorização judicial.

A fiabilidade da prova, a cadeia de armazenamento, eventual risco de manipulação e a análise da proporcionalidade frente ao objeto da investigação devem ser submetidos ao contraditório. Posterior, pela natureza da diligência.

De todo modo, o meio – por sua tangência a outros valores fundamentais (privacidade/propriedade) – recomenda motivação explícita, análise fundamentada da *solidez epistêmica*, do conteúdo e da aptidão probatória; mecanismo de legitimação ínsito à utilização judicial da prova e da subsunção aos *standards* para condenação. Assim, os *drones* são relevantes instrumentos tecnológicos para a colheita probatória e sua admissibilidade não discrepa de outras provas digitais (v.g. vídeo), com imperativa ponderação (densificação da razoabilidade) quando em confronto a outros interesses constitucionais tutelados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

911 SECURITY. U.S. *Drone Laws*: overview of drone rules and regulations in USA by State, junho/2019. Disponível em: <<https://www.utsystem.edu/sites/default/files/offices/police/policies/USDroneLaws.pdf>>, acesso em 12/09/2022.

ARAS, Vladimir. “Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado” in CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARAUJO, Luiz Alberto [et. al.]. “Desafios da Defesa e Segurança frente à nova ameaça do uso ilícito de VANTs” in *Caderno do XII Congresso Acadêmico sobre Defesa Nacional*, Ministério da Defesa, Resende, Rio de Janeiro, 2021.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BELLIZIA, Angelo Antonio Sindona. *O direito à imagem do investigado no processo penal brasileiro*. 193 p. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

BRASIL, Ministério da Justiça, “Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicado ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses” in *Série Pensando o Direito*, nº 59. Brasília: Ministério da Justiça – IPEA, 2015.

BRENTEL, Camilla. *As provas não repetíveis no processo penal brasileiro*. 2012. *Dissertação* (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASELLI, Guilherme. *Manual de Investigação Digital*, 2ª Ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: JusPodivm, 2022.

CHEMERINSKY, Erwin. *Worse Than Nothing – The Dangerous Fallacy of Originalism*. Yale: University Press, 2022.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1969.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (Coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal* - t. 1. Brasília: ESMPU, 2016.

DANEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Processual), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas* (atualizado de acordo com as Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08). Campinas: Millenium, 2008.

ENGBERTS, Bart; GILLISSEN, Edo. “Policing from Above: Drone Use by the Police” in CUSTERS, Bart (ed.). *The Future of Drone Use: opportunities and threats from Ethical and Legal Perspectives* ITLS v. 27. Haia: Asser Press, 2016.

FARDO, M. “Utilizzo dei droni nel contrasto al Covid-19. Il complesso bilanciamento tra la salute pubblica e la riservatezza personale” in *Giurisprudenza Penale Web*,

2020, 3, disponível em: <<https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/03/29/utilizzo-dei-droni-nel-contrasto-al-covid-19-il-complesso-bilanciamento-tra-la-salute-pubblica-e-la-riservatezza-personale/>>, acesso em 01/06/2022.

FASSONE, Elvio, “La valoración de la prueba en los procesos de criminalidad organizada” in *Cuadernos de Política Criminal*, nº 64, 1998, p. 113-154, Madrid, 1998.

FERNANDES, Antônio Scarance [et. al.]. *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. “O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 70, p. 229-268, jan./fev. 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanóide de (coords). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER BELTRAN, Jordí. *Valoração racional da prova*, tradução de Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

FREIRE, Alonso; BECKER, Rodrigo Frantz. “Introdução à Suprema Corte dos Estados Unidos” in BECKER (coord.). *Suprema Corte dos Estados Unidos : casos históricos*. São Paulo: Almedina, 2022.

GALANTINI, Novella. *L’inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Cedam, Padova, 1992.

GAROFOLI, Vincenzo; INCAMPO, Antonio. *Verità e processo penale*. Milano: Giuffrè, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.

GORPHE, François. *La critica del testimonio*, 5ª ed. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Reus, 1971.

GREVI, Vittorio. *Allá ricerca di um processo penale “giusto”*. Milano: Giuffrè, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O crime organizado no sistema italiano” in PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *Justiça Penal: críticas e sugestões*, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; Scarance FERNANDES, Antônio. *As nulidades no processo penal*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESPANHA, António Manoel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978

HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. São Paulo: Biblioteca Azul, 2014.
KAGUEIAMA, Paula Thieme. *Prova Testemunhal no Processo Penal: Um Estudo Sobre Falsas Memórias e Mentiras*. São Paulo: Almedina, 2021.

KNIJNIK, Danilo. “A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do Século XXI” in *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*, nº 4, 2015, ano 2, Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2015.

LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: Cedam, 2002.

LEAL, Rogério Gesta; SBARDELOTTO, Fábio Roque, ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos (Org.). *O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados: perspectivas brasileiras e chilenas*. Porto Alegre: FMP, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*, 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARMELSTEIN, George. *Testemunhando a Injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*, apresentação Rogério Schietti Cruz. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. *Crime Organizado*, 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

MATTAR, Fernanda; SURIANI, Furtado. *Processo, Tecnologia e Acesso à Justiça* : Construindo o sistema de justiça digital. São Paulo: JusPodivm, 2022.

MAYA, André Machado; LORENZONI, Pietro Cardia (Org.). *Direito fundamental à segurança e direitos de liberdade: a complexa harmonia em matéria penal*. Porto Alegre: FMP, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. “Os Elementos Produzidos Durante o Inquérito e as Provas Antecipadas, Cautelares e Irrepetíveis, segundo a Reforma do CPP” in Reforma Processual Penal, *Revista ESMP*, ano 1, vol. 2, nº 1, julho-dezembro de 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. “Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses” in *Série Pensando o Direito*, nº 59, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos; Ipea, 2015.

MOCCIA, Sergio. *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

RODRIGUES, Rita Catarina Barbosa. *Admissibilidade dos Meios de Vigilância como Meios de Prova no Direito Processual Penal Português – os ‘Drones’*. Dissertação de mestrado. 53p. Universidade Católica Portuguesa, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/33696/1/202647366.pdf>>.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. “Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis” in MULAS, Nieves Sanz (coord.). *El desafío de la criminalidad organizada*. Granada: Comares, 2006.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, 2ª ed. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Miguel Revenga. “Servicios de Inteligencia y derecho a la intimidad” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, v., 21, n. 61, jan./abr., 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI: no loop da montanha russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SILBEY, Jessica. “Cross-examining film” in *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, 2008, v. 8, issue 1. Maryland, 2008.

SILVA, Eduardo Araujo da. *Crime Organizado: procedimento probatório*. São Paulo: Atlas, 2003.

SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonini; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Enzo. *Diritto Processuale Penale*, vol. 1. Milano: Giuffrè, 2006.

SOBRINHO JÚNIOR, José Gomes. “O uso de drone como técnica de investigação criminal” in *Portal Jus.com.br*, 2023. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/102701/o-uso-de-drone-como-tecnica-de-investigacao-criminal>>, acesso em 03/05/2023.

SMANIO, Gianluca Martins. *A vigilância policial em meio digital: entre o garantismo e a eficiência*. 2021. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

TARUFFO, Michele. *A prova*, tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil*, v. 4, 21ª Edição. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

VILARES, Fernanda Regina. A Reserva de Jurisdição no Processo Penal – dos reflexos no inquérito parlamentar, Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul et al. *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: Ediar, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. Proibições probatórias no processo penal : análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional*. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MONTECONRADO, F. ; AMBOS, K. ; MALARINO, E. ; ELSNER, G. Provas Ilícitas e o Sistema Interamericano dos Direitos Humanos *in Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. 1ª ed, v. 1. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2010, p. 313-339.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Acordo de Não Persecução Civil

Improbidade Administrativa, p. 27

Consensualidade Administrativa, p. 75

Negócio Jurídico, p. 74

Acidente de Trabalho

Direito Penal, p. 92

Perícia Criminal, p. 109

Prevencionismo, p. 85

Tutela Provisória

Urgência, p. 14

Evidência, p. 9

Novo Processo Civil, p. 13

Estabilização, p. 15

Constituição Federal, p. 16

Formalismo e Realismo

Teorias da Decisão Judicial, p. 116

Fatores extrajurídicos e decisão judicial, p. 118

Justiça

Equidade, p. 131

Anacronismo, p. 50

Aristóteles, p. 129

Processo Penal

Drones, p. 140

Prova, p. 23

Propriedade, p. 53

Prova Digital, p. 139

SUBJECT INDEX

Civil Non-Prosecution Agreement

Administrative Improbability, p. 27

Administrative Consensuality, p. 75

Legal Transaction, p. 74

Workplace accident

Criminal law, p. 92

Forensic investigation, p. 109

Prevention culture, p. 85

Provisional guardianship

Urgency, p. 14

Evidence, p. 9

New Civil Procedure, p. 13

Stabilization, p. 15

Federal Constitution, p. 16

Formalism and Realism

Theories of Judicial Decision, p. 116

Extra-legal factors and court decision, p. 118

Criminal Procedure

Drones, p. 140

Evidence, p. 23

Property, p. 53

Digital Evidence, p. 139

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

CASTRO, L.B. p. 114

CHAGAS, A.L. p. 11

COTOMÁCIO, A.C. p. 85

FISBERG, Y. p. 137

GEDEON, M.C.B. p. 128

JÚNIOR, N.B. p. 47

PIRES, A.F. p. 47

Projeto Gráfico



Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.



**PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA**



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

ISSN 2764-7315



9 770101 949003