REVISTA

PRÁTICA DA ADVOCACIA CATARINENSE

REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB/SC

VOL. 1 | N. 3 | NOV/2021

Essere nel Mondo
e-book editora

88 Anos OAB SANTA CATARINA | ESA

Essere nel Mondo
e-book editora

Todos os direitos são reservados. Nenhuma parte desta revista poderá ser reproduzida por qualquer meio impresso, eletrônico ou que venha a ser criado, sem o prévio e expresso consentimento da Editora. A utilização de citações do texto deverá obedecer as regras editadas pela ABNT. As ideias, conceitos e/ou comentários expressos na presente obra são criação e elaboração exclusiva do(s) autor(es), não cabendo nenhuma responsabilidade à Editora.

Revista Prática da Advocacia Catarinense [recurso eletrônico] / Escola Superior de Advocacia da OAB/SC. – v. 1 (nov. 2021)- . - Florianópolis: ESA-OAB/SC, 2021- .

Periodicidade mensal
Modo de acesso: https://esasc.oab-sc.org.br/
eISSN

1. Direito - Periódicos. I. Ordem dos Advogados do Brasil. Secção de Santa Catarina.

CDD-Dir.: 340.05

Bibliotecária responsável: Fabiana Lorenzon Prates - CRB 10/1406
Catalogação: Fabiana Lorenzon Prates
Revisões: pelos autores
Diagramação: Daiana Stockey Carpes

EXPEDIENTE

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC
Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina

Diretoria OAB/SC – Gestão 2019-2021

Rafael de Assis Horn (Presidente)
Mauricio Alessandro Voos (Vice-Presidente)
Eduardo de Mello e Souza (Secretário-Geral)
Luciane Regina Mortari Zechini (Secretária-Geral Adjunto)
Juliano Mandelli Moreira (Tesoureiro)

Escola Superior de Advocacia

Marcus Vinícius Motter Borges (Diretor-Geral)
Isabela Pinheiro Medeiros (Vice-Diretora Geral)
André Schmidt Jannis (Secretário-Geral)

Editor Chefe

Marcus Vinícius Motter Borges

Comissão Editorial

André Schmidt Jannis
Isabela Pinheiro Medeiros
Marcus Vinícius Motter Borges

Conselho Consultivo

André Schmidt Jannis
André Lipp Pinto Basto Lupi
Felipe Cesar Lapa Boselli
Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes
Isabela Pinheiro Medeiros
Juliano Keller do Valle
Luciana Faísca Nahas
Rodrigo Steinmann Bayer
Thiago Martinelli Veiga

Administrador do Portal de Periódicos

Thamyres da Rosa

SUMÁRIO

JUSTIÇA PENAL RESTAURATIVA E O RESGATE DE VALORES PRÉ-COLONIAIS 6
Marcelo Pertille e Thais Silveira Pertille

LEVANDO A SÉRIO OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL 13
Heloisa Estellita

"MAKING A DRUG DEALER": O IMPACTO DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS E OS EFEITOS DA SÚMULA 70 DO TJERJ NA CONSTRUÇÃO DO CASO RAFAEL BRAGA 27
Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert

PARA UM "PLEA BARGAINING" BRASILEIRO SUSTENTÁVEL: O NECESSÁRIO DIÁLOGO COM OS CUSTOS DO DIREITO 53
Juliano Keller do Valle

A ÉTICA E A TÉCNICA EM TEMPOS DE ADVOCACIA 4.0 63
Adriano Tavares da Silva

ÉTICA COMPORTAMENTAL E OS LIMITES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR POR ATOS PRATICADOS NA VIDA PRIVADA 72
Elizete Lanzoni Alves e André Pacheco

TEORIA DA NORMA JURÍDICA 84
Reis Friede

JUSTIÇA PENAL RESTAURATIVA E O RESGATE DE VALORES PRÉ-COLONIAIS

Marcelo Pertille[1]

Thais Silveira Pertille[2]

1. O SISTEMA RETRIBUTIVO E OS VALORES LIBERAIS DE PROTEÇÃO COMO FATORES COLONIAIS

1.1 Retributivismo como herança colonial

A história dos sistemas penais admite inúmeros recortes, e, certamente, para realidades fruto de processos coloniais passa pelo abandono de práticas locais diante da imposição das epistemologias dos colonizadores. Com as revoluções mercantis iniciadas no século XV a cultura social dominante na Europa, que se lançou ao mar em busca de conquistas, passou a ser exportada. Disseminaram-se mundivisões de um típico modelo hierarquizado de homens brancos, cristãos, heterossexuais e de tradições militares (GROSFOGUEL, 2008). Dentre elas se pode chamar a atenção para as noções retributivas de efetivação da justiça.

Aportou em terras colonizadas o culto da pena como instrumento capaz de espiar a culpa do sujeito autor de condutas não desejadas pelo Estado. A lógica penal se materializava em processos sancionatórios de imposição de castigos, como forma de devolver ao agente taxado de criminoso o mal por ele praticado.

Importante delimitar que o recorte conceitual do retributivismo com o qual se pretende trabalhar aqui foca na dinâmica de um modo de justiça voltado para o passado, infligindo dor e restrições de liberdade como meios de afirmar o castigo enquanto instrumento de purificação e redenção do ser desviante. Sob fundamentos que entrelaçavam valores absolutistas (soberano como líder), morais[3] e religiosos (Inquisição),

---

1 Doutorando e mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Professor de Direito Penal e Direitos Humanos (UNIVALI). Advogado. Lattes: http://lattes.cnpq.br/4560522200827508. E-mail: marcelopertille@yahoo.com.br

2 Doutoranda e mestra em Direito (UFSC). Professora de Direito Constitucional e Direito Internacional no Centro Universitário Estácio/SC. Advogada. Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4049196E0. E-mail: thaispertille@gmail.com

3 Mais tarde, nos séculos XVIII e XIX, sob forte influência dos fundamentos éticos desenvolvidos por Kant e Hegel, por exemplo.

a pena como resposta ao crime chegou trazendo consigo as específicas maneiras de os colonizadores conceberem o controle de suas organizações sociais. (ANITUA, 2018, p. 40)

É preciso dizer que não se desconsidera que é inerente às culturas a defesa e a exaltação de seus valores, o que poderia indicar normalidade no fato de os colonizadores compartilharem seus modos de vida. Mas a ressalva que merece atenção reside na peculiaridade desse fenômeno quanto aos europeus: impuseram seus hábitos, tradições, conceitos de progresso, civilização e ciência sob a justificativa de um saber universal e neutro. (DUSSEL, 2005, p. 30). Não trouxeram perspectiva de convergência e comunhão de saberes, mas a supressão da diversidade em nome de objetivos traçados a partir de suas origens, voltando para lá seus benefícios, inclusive. (PERTILLE; PERTILLE, 2020, p. 58)

Nas sociedades que passaram a ser construídas com base nos padrões culturais europeus é possível ratificar a importância dessas características, diante da inegável brutalidade contra os nativos durante as ditas descobertas dos novos mundos. A lógica mercantil, aliada à necessidade de dominação territorial e ao modo retributivo de se conceber justiça, legitimou violências como métodos de submissão dos colonizados e, com aportes teocráticos, atingiu seu ponto máximo com a escravidão. (SANTOS; ZAFFARONI, 2020, p. 23)

O colonialismo intensificou processos produtivos de manufatura, o que culminou com a denominada primeira revolução industrial, e, por consequência, com o delineamento de uma nova classe: a burguesia. O nascimento desse novo estrato social ganha aqui fundamental importância diante da reorganização de poderes que implementou.

A força política dessa nova classe passou a deslocar o foco da ação penal do Estado, de noções de um direito penal do autor, pensado em ritualísticas de base metafísicas, para condutas ofensivas ou potencialmente ofensivas à propriedade privada e às regras do mercado. Foi o nascimento de teorias que, de modo síncrono, buscavam racionalizar a justiça penal a partir da limitação do agir do Estado em prol de bens liberais (nascimento do indivíduo), protegendo valores decisivos para a época. Mas, importante ressaltar, ainda em uma lógica retributivista. (ZAFFARONI, 2020)

Eis o sistema penal liberal que passou a se justificar na proteção do patrimônio e da ordem capital diante de técnicas de controle que, em grande parte, seguiram a mesma dinâmica daquilo que era praticado nas colônias.

O monopólio do Estado na gerência dos interesses penais não foi em si uma novidade do período iluminista, já que as noções de um ente representante dos interesses comuns remontam a outros períodos históricos. Mas não se pode desconsiderar que a busca por racionalidade dos movimentos liberais extraía das organizações estatais a legitimidade para fazer fruir a reprovação penal, que a partir de então passou a se fixar sob o *status* de ciência.

1.2 Os valores liberais de proteção do indivíduo e a lógica retributiva

Mario Sbricolli (2001), sugere pensar a história penal europeia "como a história de uma longa fuga da vingança". O autor adverte, no entanto, acerca da necessidade de se estar consciente do

risco teleológico que se incorre ao tomar esse caminho de escape da vingança como medida dos níveis de civilização dos ordenamentos punitivos. Isso porque a justiça penal não pode ser vista em constante progresso. Tal afirmação fica visível do histórico de espaços negociais, os quais podem ser observados já nos séculos XI e XIII, que nessa época diziam respeito à possibilidade da vingança da vítima, uma vez que o crime era entendido como questão privada.

E a noção retributiva de justiça penal sempre esteve intimamente ligada à organização política do poder. Em que pese essa conclusão não revelar novidade nos dias de hoje, permite compreender que a partir das reorganizações políticas no medievo italiano as comunidades perderam força frente às noções de Estado organizado.

Em consequência, as visões consuetudinárias do justo mostraram-se demasiadamente regionais. À medida que o Estado ocupa espaço na punição, a vingança privada, como também os espaços negociais, perdem destaque. A resposta repressiva do Estado, entretanto, torna-se inexorável: "Impõe-se o princípio no qual quem comete um delito lesa a sua vítima, mas ofende também a república". (SBRICOLLI, 2001, p. 462)

Diante disso, a jurisdição penal monopolizada pelo Estado, da qual a contemporaneidade é consequência direta, construiu-se a partir do princípio de que não há crime sem ofensa a um valor socialmente relevante (*nullum crimen sine iniuria).* Como efeito, a preocupação passou a ser a sistematização de normas penais aptas a racionalizar valores sociais, diante de danos ou perigos de lesão, orientada por ideais de proteção do indivíduo.

Claro que essa dogmática sofreu diversas alterações, haja vista que a cada período histórico a compreensão sobre política, relações sociais, natureza, religião, história, dentre outros temas de importância perene, modificou a forma de se compreender as questões criminais. Mas a matriz liberal de um retributivismo penal montado pelo Estado como real, legitimado para a satisfação da justiça, mantem-se hígida até os dias de hoje.

Em linhas gerais, os sistemas retributivos de justiça penal, a partir dessas transformações, podem ser diagnosticados tendo em vista algumas importantes características que hoje são frontalmente contestadas. Pode se dizer que o sistema retributivo, até mesmo por seus aspectos ligados à formação do indivíduo enquanto conceito jurídico, tem o agressor como sujeito único na apuração do fato. E as repercussões jurídico-penais devem corresponder à gravidade da conduta e suas consequências, sendo que o acusado e o Estado com atribuição para lhe perseguir colocam-se em relação adversarial.

Daqui decorre uma das mais relevantes críticas ao modelo retributivo: a relação jurídica do ofensor se desenvolve com o Estado, ente abstrato que, sob a justificativa de racionalizar a justiça, o afasta do ofendido. Isso se dá, em grande parte, porque a vítima tem apenas papel secundário na construção da resposta judicial, o que acaba por enfatizar que o importante é a apuração da culpa em rituais formais destinados à reconstrução histórica dos fatos (processo). Essa dialética faz com que o acusado acredite que seu problema é apenas com o Estado, que, de outra parte, sequer consegue viabilizar as declaradas finalidades da pena (principalmente a prevenção).

Não se nega, sobretudo no século XX, que a dogmática retributiva colonizada por valores disseminados pelos direitos humanos cada vez mais tem buscado se afirmar enquanto limite do Estado de

punir. Mas isso não tem impedido que a própria dogmática venha sendo colonizada por valores econômicos, por exemplo.

Não resta dúvida, a partir de tudo que já produziu a criminologia, que mesmo diante do potencial universal dos padrões do conceito crime, visto sob a intervenção mínima (*ultima ratio*), interesses outros exercem fundamental importância nas respostas judiciais dentro do contexto criminal. Não se pretende sublinhar as mazelas do sistema penal que não consegue fugir de seu caráter seletivo, pois, a ineficácia prevencionista já tem sido largamente discutida e demonstrada. A intenção aqui é mesmo partir de alguns problemas já apontados do sistema retributivo para, resgatando valores pré-coloniais, ratificar anseios restaurativos para o aprimoramento do que se vive hoje no cenário das Ciências Criminais.

2. ESPAÇOS DE NEGOCIAÇÃO PODEM SIGNIFICAR RESGATE PRÉ-COLONIAL

É justamente nas insuficiências do modelo retributivo que propostas de justiça restaurativa cada vez mais têm conquistado espaço. Se a lógica retributiva apresenta a pena como método de quitação da responsabilidade penal, visões restaurativas propõem outras estruturas.

Em um sistema restaurativo, a apuração da responsabilidade não se faz centrada exclusivamente na pessoa do produtor da conduta típica, mas num possível conjunto de sujeitos que de formas variadas pode ter colaborado para condições objetivas e subjetivas do evento que se pretende apurar. Para além do indivíduo acusado, a justiça restaurativa pressupõe que condutas sociais são frutos de uma rede de relacionamentos. É nesse sentido que o crime é visto como um evento a indicar desarmonia nas relações sociais, devendo ser analisado até mesmo nas suas dimensões emocionais e psicológicas. Parte-se da noção de que o crime é uma situação que rompe o tecido social, o qual, em virtude dela, necessita ser restaurado.

Para tanto, a vítima ganha importância fundamental, visto que se busca pacificar a relação social inaugurada pelo evento criminoso, com o que se pretende dar condições ao ofendido de visualizar o futuro para além do evento traumático. Também se pretende proporcionar ao ofensor as condições para que avalie as consequências dos atos praticados, fazendo-o compreender a dimensão de suas condutas sob a óptica da responsabilidade. Solucionar o problema causado passa a ser o foco da justiça. Daí a importância de integrar o ofensor no processo de solução do problema a que deu causa.

É claro que alterar matrizes retributivas compreende mudança drástica nas estruturas das dogmáticas penal e processual penal estabelecidas. É, fundamentalmente, outra forma de pensar o mecanismo de direito. Se o atual sistema penal está construído sobre razões de limitação do poder de punir, do monopólio do Estado na eleição de penas e da dialética processual, o modo restaurativo redimensiona desde o conceito analítico de crime até os procedimentos penais (processo).

Mas se as propostas restaurativas sugerem alternativas para problemas crônicos de modelos retributivos, é preciso ter cuidado quando se pretende viabilizar sua coexistência. Isso porque, se na justiça restaurativa a lente do Estado se abre para além do ocasionador do evento típico, buscando outras pessoas que possam ter colaborado com a conduta do ofensor numa cadeia de relacionamentos, misturar essa

questão com as nuances retributivas pode significar tornar réu quem nesta lógica não deveria estar na relação processual. Essa crítica se coloca no sentido de que se deve dar atenção aos fins da justiça restaurativa enquanto pacificadora de conflitos e aprimoradora de critérios de responsabilidade, não podendo servir de argumento para colocar abaixo travas de um sistema de garantias pensado sob a dinâmica retributiva.

De outro modo, é possível, como já se vê na realidade brasileira, que o implemento de espaços de negociação no processo penal comece a ser pensado sob a lógica restaurativa, mas ainda como parte de um sistema retributivo, como um sistema de transição.

Entretanto, fundamental assentar que finalidades e métodos restaurativos podem ser tidos como resgate de valores pré-coloniais. Técnicas para a pacificação de conflitos focadas na responsabilização do ofensor diante da vítima e da comunidade, assim como o resgate das relações comunitárias fracionadas, podem ser encontrados na história dos povos indígenas colonizados, por exemplo. Mark Umbreit (2019), explica que em países que possuem um maior envolvimento com tradições indígenas a implementação da justiça restaurativa costuma ter maior aceitação.

Enfatiza também o autor que essas práticas compreendiam mecanismos naturais de gerenciamento dos modos de vida daquelas sociedades, com as quais se pode aprender sobre a certeza de que conflitos em comunidade são, em verdade, partes indissociáveis de qualquer grupo humano. No instante em que conflitos são vistos como excepcionais, pontos fora da curva na dinâmica de vida, suas soluções também fogem de visões humanizadas, afastando-se, por consequência, de respostas verdadeiramente colaborativas. (TJDFT, 2019)

Se no modo retributivo o ofensor é retirado do convívio como sanção estabelecida enquanto regra, para os indígenas, com forte ideal comunitário, essa solução poderia significar o enfraquecimento do grupo. Daí, mais uma razão para o diálogo que envolvia toda a comunidade na construção da responsabilidade como centro da resolução de conflitos.

Albert Eglash, a quem se atribui a autoria do termo justiça restaurativa, enfatiza a origem dessas técnicas nas coletividades nativas pré-sociedades estatais e chama a atenção para a implementação dessa visão de justiça em modelos de tradições indígenas do Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia. (BITTENCOURT, 2017).

Para além dos princípios de justiça pacificadora, técnicas restaurativas de hoje remontam também a povos indígenas. Os círculos de diálogos, base para procedimentos de mediação na atualidade, são exemplos de heranças das culturas indígenas. Círculos "são momentos de encontro, atualmente vêm sendo recuperados, recriados e legitimados como tecnologia social traduzida para a atualidade. Essa prática, inspirada em tradições ancestrais de povos indígenas" (PASSOS, 2020). Daí se desenvolveu a importante técnica nomeada Círculos de Diálogo e construção de paz, que tem como princípio que "cada participante se sinta igual em relação aos demais. A simbologia do círculo evoca os sentimentos de unidade, interdependência e encontro", e hoje tem sido adotada no Brasil com menores infratores e também na resolução de conflitos que envolvem violências escolares. (PETTA, 2020)

Outro exemplo é o Bastão da Fala, utilizado em reuniões circulares. Quando assuntos importantes precisavam ser discutidos, o chefe da tribo empunhava o bastão e iniciava a discussão, passando-o depois a alguém apto a colaborar com a solução procurada. (LOCUST, 2020). Essa técnica, ainda hoje, tem o valor

de dar segurança ao orador, pois o bastão simboliza o poder e a responsabilidade conferidos a quem fará uso da palavra.

No Brasil, interessante exemplo vem dos Ingarikó, habitantes da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, Monte Roraima. Chama a atenção que em suas técnicas de pacificação de conflitos a família ganha importância enquanto primeiro ambiente na busca por consenso: "sendo algo que não pode ficar apenas na esfera privada da unidade familiar, o problema é levado ao Tuxaua (líder político, uma espécie de cacique)". (SILVA, 2017)

Em síntese, é importante sublinhar que com o resgate de valores pré-coloniais não se pretende uma simples retomada de costumes, mas sim uma adaptação de princípios e abordagens dessas tradições indígenas dentro de perspectivas atuais de direitos humanos.

Pensar justiça restaurativa, sobretudo diante dos espaços de negociação que vêem sendo implementados no processo penal brasileiro, significa buscar alternativas para uma real pacificação de problemas que dizem respeito não somente aos diretamente envolvidos, mas também ao seu grupo social. Esse caminho deve ser pensado para além das epistemologias eurocêntricas que cunharam o modelo retributivo que hoje se contesta em tantas vertentes.

Pensar justiça restaurativa é refletir sobre uma nova dialética de justiça, reconhecendo-se essa necessidade também a partir da valorização de culturas em tempos nos quais ainda não eram influenciadas por mundivisões coloniais.

Por fim, importa lembrar que recuperar práticas indígenas consideradas valores pré-coloniais consubstancia-se como exemplo acerca de um possível giro epistemológico do atual sistema penal. Olhando para momentos anteriores àqueles que representaram as ideias-força[4] que trouxeram o ocidente às realidades do sistema penal contemporâneo, é possível imaginar soluções e rediscutir bases teóricas muitas vezes postas como únicas verdades.

A partir dessa lógica é que pensamentos decoloniais ganham importância, haja vista a necessidade de se incutir nas críticas ao sistema penal um olhar de resistência aos valores da ciência eurocêntrica como paradigma da razão. É assim que análises pré-coloniais aliadas às discussões sobre os problemas diagnosticados do sistema penal atual podem e devem significar a possibilidade de outras formas de atuação.

Se a descoberta dos modos pré-coloniais de vida em sociedade mostra diferentes lógicas, o agir decolonial é que representa a possibilidade de pensar os problemas atuais a partir do conhecimento sobre as violências estruturais que formaram instituições e suas relações de poder. Um olhar decolonial é aquele que "visa problematizar a manutenção das condições colonizadas da epistemologia, buscando a emancipação absoluta de todos os tipos de opressão e dominação" (REIS; ANDRADE, 2018, p. 03). Diante disso é que o agir decolonial, é preciso enfatizar, está para além do conhecimento histórico sobre práticas dos antepassados. Revela-se no atuar de quem, entendendo as consequências da colonização, busca respostas para o sistema penal fora da dinâmica que insiste em perpetuar suas mazelas corriqueiramente apontadas.

---

4 Expressão aqui utilizada para representar construções teóricas fortemente abraçadas em determinados tempos históricos, sendo capazes de provocar importantes mobilizações, transformações e novos processos de desenvolvimento social. (MAGENDZO, 2009, p. 5)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar. **Série Ciências Criminais**. AMARAL, Augusto Jobim; SOHNGEN, Clarice; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Coords.). Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. Justiça restaurativa. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa Acesso em 02 de novembro de 2020

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (Orgs). **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina**: o Direito e o Pensamento Decolonial. Florianópolis-SC: FUNJAB, 2012.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: ANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: Clacson, 2005.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 80, Março, 2008: 115-147.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, Catherine, DE VITTO, Renato Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. p. 165-193.

LOCUST, Carol. O bastão da fala. **AADA**. 2020. Disponível em: https://www.aada.org.br/dermatite-atopica/o-bastao-da-fala/. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **REVISTA DIREITO GV**. São Paulo. v. 15, n. 2, 2019.

MAGENDZO, Abraham. **Pensamiento e ideas-fuerza en la educación en derechos humanos en Iberoamerica Santiago** (Chile). OIE-Chile; CREALC-UNESCO, 2009.

PASSOS, Celia. Práticas Restaurativas: O dispositivo em ação. **MPPR**. 2020. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/praticas_restaurativas_o_dispositivo_em_acao_aula4.pdf Acesso em: 01 de novembro de 2020.

PERTILLE, Thais Silveira; PERTILLE, Marcelo. Feminismos e decolonialidade: repensando a justiça internacional. **Revista Videre**, [S.l.], v. 12, n. 24, p. 52-74, nov. 2020. ISSN 2177-7837. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/10093/6298>. Acesso em: 05 fev. 2021.

PETTA, Nathalia. Círculos de Diálogos do Pro Paz trabalham a prevenção da violência. **PRO PAZ**. 2020. Disponível em: http://www.propaz.pa.gov.br/juventude Acesso em: 2 de novembro de 2020.

REIS, Maurício de Novais; ANDRADE, Marcilea Freitas Ferraz. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. N. 202, março/2018.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, 2011.

SCHUCH, Patrice. Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil. O caso da justiça restaurativa. **Civitas - Revista de Ciências Sociais**, vol. 8, núm. 3, septiembre-diciembre, 2008.

SILVA, Márcio Rosa da. Diálogo com sistemas de Justiça indígenas como forma de resolução de conflitos. **CONJUR**. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mar-06/mp-debate-dialogo-sistemas-justica-indigenas-resolucao-conflitos Acesso em: 02 de novembro de 2020

UMBREIT, Mark. Justiça Restaurativa: um meio de vida para recuperarmos a nossa humanidade. **TJDFT**. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/justica-restaurativa-uma-forma-de-recuperarmos-nossa-humanidade Acesso em: 25 de outubro de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O nascimento da criminologia crítica**. Série Ciências Criminais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **A nova crítica criminológica**: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020

LEVANDO A SÉRIO OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS NO BRASIL

Heloisa Estellita

1. INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas não são responsáveis penalmente no direito positivo brasileiro, exceção feita aos crimes previstos na Lei 9.605/98. Foi este instrumento legislativo que, disciplinando o comando da norma constitucional do art. 225, § 3º, CF[1], estabeleceu a imposição de pena à pessoa jurídica (adiante, apenas PJ) por crimes cometidos em decorrência de decisões de seus representantes e no seu interesse (art. 3º[2]), ou seja, instituiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica (adiante, apenas RPPJ) entre nós. Se o dispositivo de fato autorizou tal forma de responsabilidade é questão ainda disputada na doutrina,[3] todavia há decisão do Supremo Tribunal Federal manifestando-se por sua constitucionalidade (RE 548.181, j. em 2013)[4]. Neste precedente,

---

1 Art. 225: "§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

2 "Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato". No Dossiê digitalizado da tramitação completa do PL 1164/1991, que se transformou na Lei 9.605/1998, nota-se que o PL originário não continha qualquer norma sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Sua introdução aparece apenas no substitutivo do Senado ao PL da Câmara anexado em 1997 pelo Senador Antonio Carlos Magalhães e não foi objeto de maiores discussões ou questionamentos até a sanção da Lei. Cf. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=989A0D15B17D6C58C19AFB756119 B730.proposicoesWebExterno2?codteor=1141179&filename=Dossie+-PL+1164/1991 (acesso em 19/06/2019).

3 Um apanhado geral em MACHADO, Marta. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009, passim, com ulteriores referências ao estado da discussão na época. Mais recente, GRECO, Luís; BUSATO, Paulo César (org.). Responsabilidade penal de pessoas jurídicas: seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

4 STF, RE 548.181, 1ª T., DJe 30.10.2014. A discussão começa na p. 33. É preciso compreender o contexto no qual o caso chegou ao STF e foi apreciado. Vigorava, na época, um entendimento consolidado, especialmente no STJ, no sentido de que a exigência de apuração do cometimento de um crime ambiental por uma pessoa natural (crime este que seria, então, imputado à pessoa jurídica) implicaria na necessidade de que na mesma ação penal fossem acusadas tanto a pessoa natural como a PJ4. O caso refletido no RE 548.181 era um produto desse entendimento: tendo sido uma acusação por crimes ambientais direcionada a um certo número de pessoas naturais e à PJ, acabaram as primeiras sendo excluídas da demanda por força da concessão de habeas corpus, com o que se viu o STJ obrigado a extinguir o feito também contra a PJ no RMS 16.696, com o que não restou nenhuma pessoa (natural ou jurídica) no polo passivo

Uma das turmas da Corte se debruçou, primordialmente, sobre a questão (processual) relativa à autonomia ou não do direcionamento da ação penal contra a pessoa jurídica[5]. Não se pronunciou,[6] porém, sobre a questão de se o regime jurídico instituído pela Lei 9.605/98 para responsabilizar penalmente a pessoa jurídica é ou não compatível com o regime de responsabilidade penal instituído de forma geral em nosso direito positivo com base nas normas constitucionais e federais (Código Penal). Esse regime reflete uma concepção de pena como consequência de uma conduta individual que pode ser pessoalmente reprovada ao autor (princípio da culpabilidade em sentido amplo)[7]. Essa reflexão era, todavia, fundamental, pois, de um lado, qualquer responsabilidade penal se submete ao conjunto de regras e princípios constitucionais aplicáveis à pena e, de outro, dada a regulação lacônica da Lei 9.605/98, vige com toda sua força o sistema jurídico instituído em nosso CP (cf. art. 79, Lei 9.605/98).

Pois bem, sem desconsiderar a importância desta última questão, peço licença para deixála em aberto nesta oportunidade para que possa dar um passo à frente e discutir duas questões ulteriores: o regime instituído pelo próprio art. 3º da Lei 9.605/98 é levado a sério na práxis judicial? Essa práxis judicial confirma as críticas feitas ao regime escolhido pelo legislador de 1998?

Para dar uma resposta, ainda que parcial e provisória, a essas questões, este texto examina os casos que estão na base de acórdãos mais recentes do Superior Tribunal de Justiça (adiante, STJ), especialmente a partir de 2014, quando publicado o acórdão do STF acima referido. A escolha se deve ao fato de ser este o tribunal vocacionado a uniformizar o entendimento das cortes locais sobre a interpretação da legislação federal e ser, assim, o recipiente por excelência das discussões acerca dos pressupostos do art. 3º da Lei 9.613/98. Fique advertido o leitor, então, que as respostas às questões acima postas é feita a partir desse olhar *restrito* sobre os casos examinados da ação penal. Daí o recurso extraordinário deduzido pelo *parquet* perante o STF, julgado pela primeira turma em 2013

O item n. 1 da ementa sintetiza a questão central: "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação". Essa era a grande discussão nos tribunais ao tempo deste julgamento, cf. MACHADO, Responsabilidade penal da pessoa jurídica, p. 25. [6] Cf. p. 38 do acórdão.

Abordando o tema à luz da responsabilidade penal da pessoa jurídica e reportando-se ao nosso direito positivo, assenta Greco o princípio constitucional da culpabilidade no disposto nos incs. XLV, XLVI e XLVII do art. 5º da CF (cf. GRECO. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 56), também o faço em ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 67. Especificamente quanto às pessoas jurídicas, cf. ainda GLEIZER, Orlandino. Culpabilidade e pessoa jurídica. Em: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza (Orgs.). *Comentários ao Direito Penal Econômico brasileiro*. Belo: D'Plácido, 2017, p. 379-405.

No STJ naquele período e que, se podem oferecer uma ideia do que está acontecendo em nosso

país, distam muito de uma visão precisa e abrangente de toda a práxis brasileira[5].

Para poder responder às duas indagações, procederei da seguinte forma: começo examinando o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotado pela Lei 9.605/98 (abaixo II) e ponho o foco em dois dos pressupostos legais instituídos pelo art. 3º para a RPPJ já examinando se estão sendo levados a sério na práxis (abaixo III). Apresento então duas das críticas feitas ao regime escolhido por nosso legislador e busco comprovar sua procedência a partir dos casos levados ao STJ (abaixo IV), com o que já tenho os elementos para oferecer respostas às indagações iniciais (abaixo V).

2. A LEI 9.605/98 E A OPÇÃO POR UM MODELO DE ATRIBUIÇÃO

Há, fundamentalmente, dois modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica[6]: um chamado de *heterorresponsabilidade*, ou de imputação, atribuição ou transferência, no qual a pessoa jurídica sofre consequências penais pelos crimes praticados por seus representantes ou empregados; e um outro denominado modelo de *autorresponsabilidade*, no âmbito do qual responderia também por injustos praticados por seus representantes ou empregados (membros, em sentido lato), mas que só lhe poderiam ser imputados com base em uma falha sua, decorrente de um defeito de organização – ou seja, é preciso haver um injusto próprio da pessoa jurídica[7].

---

5 O mesmo vale para a vasta literatura já produzida entre nós sobre o tema e que não poderá ser objeto de exame nesta oportunidade. As indicações feitas nas notas, meramente ilustrativas, podem conduzir os que pretendem se aprofundar no tema às ulteriores fontes.

6 Sobre o tema, cf., ilustrativamente, entre nós, SALVADOR NETTO, Alamiro. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018; na Espanha, ROBLES PLANAS, Ricardo. *Crimes de pessoas coletivas? A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes*. *In*: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Orgs.). Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119 ss., ou BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2ed. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2016; e na Alemanha, EIDAM, Gerd. *Unternehmen und Strafe*. 2. ed. Köln: Heymanns, 2018, p. 318 ss. Sobre um modelo de responsabilidade própria, bastante difundida é a de TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. 5. ed. [s.l.]: Vahlen, 2017, § 9, nm. 449 ss. Que mesmo um tal modelo, baseado em um defeito de organização, nada mais seria do que uma "ficção para dissimular a violação do princípio da culpabilidade", porque, do que se trata, ao fim e ao cabo, é da responsabilidade de uma pessoa física, é denunciado por ROBLES PLANAS, Ricardo. *El "hecho propio" de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008*. **www.InDret.com**, p. 12, 2009, p. 5.

7 O qual, em último caso, depende das pessoas naturais, uma vez que "o ente coletivo não se organiza a si mesmo, senão que sua organização é reconduzível, em última análise, a decisões e comportamentos de pessoas naturais que por ele atuam", conforme GRECO, Luís. *As razões do direito penal. Quatro estudos*. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 64; com o que concordo em ESTELLITA, *Responsabilidade...*, p. 64-67. GIGÜELA SOLA entende que nem sequer o art. 31 bis do CP espanhol criou uma culpabilidade por fato próprio da empresa, pois o legislador ainda refere à ausência da implantação de medidas de prevenção adequadas à esfera de responsabilidade do representante da corporação (CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el derecho penal: crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 334).

O legislador de 1998 optou pelo primeiro modelo. Dispôs no art. 3º da Lei 9.605/98, que as "pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato". Como se vê, entre nós, a pessoa jurídica sofrerá consequências penais ("serão responsabilizadas") por força da prática de infrações penais por pessoas naturais, desde que tais infrações decorram de uma "decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado" e sejam praticadas em seu benefício ou interesse. Trata-se, assim, de *responsabilidade por imputação, por atribuição ou por transferência*.

Embora aparentemente não se trate de um modelo puro de identificação[8], em conformidade com o qual se responsabilizaria a pessoa jurídica apenas e tão somente pelo cometimento de crimes por aqueles que são seus representantes (porque "se identificam" com ela em virtude da relação funcional existente entre representantes e representada[9]), a exigência de uma decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, manifesta a mesma ideia: a de que a vontade desses agentes representa a vontade da pessoa jurídica, ainda que não executem diretamente a conduta típica, mas determinem que outros membros da entidade o façam ("por decisão"). Portanto, ainda que o crime tenha sido praticado por um empregado, se o foi em razão de decisão dos representantes da pessoa jurídica (e sem prejuízo da punibilidade da contribuição individual destes representantes[10]), está aberta a via para a atribuição à pessoa jurídica desses fatos alheios. Adotado esse regime ou modelo, é preciso examinar como o legislador o disciplinou em nosso direito positivo.

3. OS PRESSUPOSTOS LEGAIS DA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE À PESSOA JURÍDICA EM NOSSO DIREITO POSITIVO

O art. 3º estabeleceu os seguintes pressupostos para responsabilizar uma pessoa jurídica pela prática de um crime: (a) a prática de uma infração penal definida na Lei 9.650/98 por uma pessoa natural; (b) infração penal essa que deve decorrer de uma decisão do representante legal ou contratual ou do órgão colegiado da pessoa jurídica que será responsabilizada (punida) pela infração; (c) em benefício ou interesse da pessoa jurídica[14]. São estes elementos que permitem apartar uma conduta exclusivamente individual, que não deve ser atribuída à pessoa jurídica, daquelas que poderão o ser, porque a elas conectadas[11]. Aqui interessam os dois primeiros, por serem essenciais à atribuição: a prática de uma infração penal por uma pessoa natural e a existência de uma decisão de seu representante legal.

---

8 Que mais se assemelha à "alter-ego doctrine", cf. BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Responsabilidad penal de las personas juridicas: Aspectos sustantivos y procesales. Madrid: La Ley, 2011, p. 65-66.

9 Cf. também CIGÜELA SOLA, La culpabilidade..., p. 329.

10 Razão pela qual poderão igualmente ser responsabilizados seja como instigadores, coautores ou autores mediatos, a depender da contribuição individual dada no caso concreto.

11 Assim FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El delito corporativo en el Código Penal español. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2015, p. 91.

4. A PRÁTICA DE UMA INFRAÇÃO PENAL POR UMA PESSOA NATURAL

Ficção ou realidade, a pessoa jurídica não tem um corpo físico que lhe permita afetar o mundo externo na forma de agressões a bens jurídicos ou atuações para salvá-los, razão pela qual não age nem omite em sentido penal[12]. Por essa razão, a PJ não pratica infrações penais, pois estas são ou ações ou omissões com potencial de causarem resultados lesivos (art. 13, *caput*, CP). Esse é um dado ontológico, derivado da natureza das coisas[13]. Para comprovar sua veracidade, basta imaginar uma pessoa jurídica destituída de representantes ou gestores para logo perceber que, sem estes, um tal ente seria totalmente incapaz de praticar não só infrações penais, mas quaisquer atos,

Pressuposto criticado na literatura, como se vê em RAGUÉS I VALLÈS. La actuación en beneficio de la persona juridica como presupuesto de su responsabilidad penal. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 152, quem sugere sua eliminação (cf. p. 157-158).

Juridicamente relevantes ou não. Reconhecendo ou não essa realidade, fato é que o legislador de 1998 não afirmou que as pessoas jurídicas praticam ações ou omissões típicas, mas estabeleceu a sua *responsabilidade* por infrações penais praticadas por aqueles que podem agir ou omitir (pessoas naturais) e desde que a conduta tenha sido uma consequência de decisão de seus órgãos de representação e em seu benefício.

Não se prescinde, pois da prática de um fato típico e antijurídico por uma pessoa natural. Pressuposto este que até mesmo naqueles países, como a Espanha, que parecem ter adotado um modelo mais próximo ao de autorresponsabilidade, é condição *sine qua non* para a responsabilidade da pessoa jurídica: "A conduta das pessoas físicas é o evento 'desencadeante' da responsabilidade das pessoas jurídicas", "seu

12 No mesmo sentido, em DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. La delimitación típica de los llamados hechos de conexión art 31 bis 1. Cuadernos de política criminal - segunda época, v. 103, p. 41–94, 2011, edição eletrônica, quem aponta que é justamente a falta de uma "mente própria" e de um "corpo próprio" que estão na base da teoria da identificação ou do alter ego elaborada a partir do caso Lennard´s Carrying Co Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd. de 1915, proferida pela House of Lords: "My Lords, a corporation is an abstraction. It has no mind of its own any more than it has a body of its own; its active and directing will must consequently be sought in the person of somebody who for some purposes may be called an agent, but who is really the directing mind and will of the corporation, the very ego and centre of the personality of the Corporation" (disponível em http://www.uniset.ca/other/cs2/1915AC705.html; acesso em 27/04/2019).

13 Esse apoio na natureza das coisas diz respeito aos contornos de um conceito utilizado pela linguagem jurídica, como explica Schünemann: "Ciertamente es posible someter una silla al régimen jurídico referido a las mesas, declarándola así mesa en sentido jurídico (con lo cual el concepto jurídico de mesa se corresponde más bien con el concepto, preformado socialmente, de mueble). Pero no es admisible someter las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de las personas, porque la silla carece de la capacidad óntica de realizar acciones voluntarias, necesaria para ello. No se objete que también en las personas jurídicas se lleva a cabo una imputación a un ser impersonal de poderes en sí vinculados a la personalidad, y paralelamente también tiene que ser posible, por ejemplo, asignar a la silla del soberano (una «Santa Sede», en sentido objetivo) capacidad negocial (ejercida por el respectivo señor). Así se alteraría (como también ha ocurrido al reconocer la capacidad de acción de las personas jurídicas) necesariamente el contenido del concepto jurídico «capacidad negocial», convirtiendo una facultad volitiva personal concebida por la ciencia jurídica en una categoría abstracta de imputación. Dicho de otro modo: con dicha manipulación se mantendría la denominación, la expresión utilizada, pero se habría modificado el concepto" (SCHÜNEMANN, Bernd. Fundamentos y límites del los delitos de omisión impropia: con una aportación a la metodología del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 66-67). Cf. também GOENA VIVES. Culpabilidad: ¿juicio de imputación o de atribución? Estudio a partir de la responsabilidad penal corporativa. In: RAGUÉS I VALLÈS, Ramon; ROBLES PLANAS, Ricardo (Orgs.). **Delito y empresa**. Barcelona: [s.n.], 2018, p. 266.

pressuposto fático"[18]. Sem o injusto da pessoa natural, não há o que atribuir à pessoa jurídica, porque a atribuição de responsabilidade se constrói com relação a um crime praticado por uma pessoa natural, com o que o crime da pessoa natural *forma parte da infração* que será atribuída à pessoa jurídica como seu pressuposto essencial[14]. Esse injusto[15] praticado por uma pessoa natural é o pressuposto *mínimo* – embora *não suficiente* – da responsabilidade penal da pessoa jurídica.[16] Destarte, uma responsabilização direta da pessoa jurídica pela *prática* de ações ou omissões típicas, além de não resistir aos limites da conformação

BANACLOCHE PALAO; ZARZALEJOS NIETO; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Responsabilidad penal de las personas jurídicas..., p. 65. É seu pressuposto, embora no sistema espanhol, não o seu fundamento, porque a responsabilidade penal da pessoa jurídica tem um fundamento próprio (idem, p. 66-67). Por esta razão, "o art. 31 ter do CP espanhol prevê expressamente que sempre se exigirá a responsabilidade da pessoa jurídica desde que se constate a prática de um crime pelas pessoas mencionadas no art. 31 bis (.....) ainda que a concreta pessoa física responsável não tenha sido individualizada ou não seja possível lhe dirigir o procedimento. Ou seja, é um pressuposto fático da exigência de responsabilidade penal da pessoa jurídica "a ação delitiva de uma pessoa física vinculada a tal pessoa jurídica" (idem, p. 177, tradução livre).

Jurídica, viola já o sentido literal máximo do artigo 3º da Lei 9.605/98, que, como se sabe, determina o limite da interpretação.[17]

Se a pessoa jurídica não age nem omite, denúncias que narram ações ou omissões da pessoa jurídica são manifestamente ineptas, pois narram fatos que evidentemente não constituem crimes (art. 397 CPP). Daí que o primeiro e essencial passo no caminho para a imputação de responsabilidade à pessoa jurídica seja a indicação clara dos crimes – no mínimo ações típicas e antijurídicas, com todos seus elementos: quem, quando, onde, como, com quais meios etc. — praticados por pessoas naturais que se pretende atribuir à pessoa jurídica (modelo de atribuição, como dito).

---

14 FEIJOO SÁNCHEZ, El delito corporativo..., p. 75-80.

15 Conduta típica e antijurídica, "porque não faria qualquer sentido punir uma conduta lícita, por estar amparada em uma causa de justificação" (FEIJOO SÁNCHEZ, El delito corporativo..., p. 83, tradução livre). Não é necessário, porém, a culpabilidade do infrator, que pode, por exemplo, se eximir da responsabilidade penal por erro de proibição ou inexigibilidade. É nesse sentido que a responsabilidade penal da pessoa jurídica independe da culpabilidade do autor do crime (BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, p. 69).

16 Muito embora no RE 548.181 tenha o Supremo Tribunal Federal acatado ação penal movida apenas contra pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, a Corte parece ter se mostrado insegura quanto aos efeitos dessa autonomia: seria uma mera autonomia processual, no sentido da desnecessidade do direcionamento da ação penal conjuntamente contra pessoa jurídica e pessoa natural, ou uma autonomia de responsabilidades já no âmbito dos pressupostos de imputação? É o que se colhe, ilustrativamente, da hesitação manifestada na leitura conjunta dos itens 1, 3 e 4 da ementa desse acórdão e, depois, do voto da própria relatora (p. 38 do acórdão). Já enderecei minhas críticas a esse julgado em outra oportunidade, mas basta considerar aqui que, ainda que aceita uma autonomia total da responsabilidade da pessoa jurídica, ela não dispensa, segundo a própria relatora, que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual (p. 55), que o ato seja realizado em seu nome ou sob amparo da representação social (p. 56), e que se "demonstre que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica" (p.58).

17 O respeito ao sentido literal como limite da interpretação é essencial para preservar a possibilidade de que os cidadãos possam motivar-se de acordo com as normas penais (prevenção geral), sem o que a aplicação da pena é sentida como ato de puro arbítrio (SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlin: De Gruyter, 1978, p. 20-21; ROXIN. *Strafrecht - Allgemeiner Teil - Band I*. 4. Aufl., München: C. H. Beck, 2006, § 5, nm. 26-32). Entre nós, cf. BATISTA, Introdução crítica ao direito penal brasileiro, p. 74-75. Essa é uma fundamentação consequencialista do princípio da legalidade, a qual, por exemplo, o Luís se opõe (vide o "Conveniência e respeito.." e a tese). Masisso não vem muito ao caso neste tema..

Tomando a casuística colhida no STJ, há inúmeras denúncias que "narram" condutas "praticadas" pela pessoa jurídica "juntamente" com as pessoas naturais (cf. as denúncias reproduzidas nos seguintes acórdãos do STJ: HC 56.210; RHC 71.019; RHC 39.936[18]; RHC 34.957; AgRg no AgRg no HC 388.874), e outras que o fazem exclusivamente com relação à pessoa jurídica sem qualquer referência a um injusto de uma pessoa natural (cf. STJ, RMS 56.073). São denúncias ineptas, seja à luz do art. 13, CP, seja à luz do próprio art. 3º da Lei 9.605/98[19], violando claramente a lei.

5. A PRÁTICA DA INFRAÇÃO POR DECISÃO DE SEU REPRESENTANTE LEGAL OU CONTRATUAL, OU DE SEU ÓRGÃO COLEGIADO

O pressuposto de punibilidade que estabelece a primeira conexão entre a prática de um crime e a pessoa jurídica é que o crime seja decorrência de uma decisão do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, da pessoa jurídica que será responsabilizada pela infração. É este pressuposto que evidencia que a prática criminosa transcendeu o círculo exclusivo do autor do crime para alcançar o âmbito de responsabilidade da pessoa jurídica, qualificando-se assim como uma manifestação desta.

A fonte válida da decisão do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado, da pessoa jurídica variará em função da forma societária adotada. No caso das sociedades limitadas, deverão ser decisões tomadas por seus sócios administradores ou administradores designados; no caso das sociedades anônimas, de seus diretores e, excepcionalmente, do Conselho de Administração, que decide forma colegiada[20].

É este pressuposto que permite, assim, impedir a imputação à pessoa jurídica daqueles injustos que ou são um abuso das atribuições assumidas no âmbito das atividades da pessoa jurídica ou, então, são de competência exclusiva de seu próprio autor. Os casos examinados no STJ revelam, porém, que esse pressuposto ou é majoritariamente ignorado ou é flagrantemente violado.

Um exemplar de flagrante violação é o retratado no caso que está na base do RHC 71.019[21], no qual se flagrou o motorista de uma pessoa jurídica despejando resíduos sólidos em via pública. Apurou-se que o fizera por ordem de um gerente da empresa, uma ordem excepcional, que nunca antes lhe tinha sido dada. O sócio-administrador afirmou que sequer estava na empresa no momento em que a ordem foi dada pelo gerente[22]. Não obstante, foram acusados a PJ, o sócio e o motorista – o gerente que deu a ordem não (!)

---

18 Neste caso, a denúncia ainda emprega o clássico adorno retórico "em conjunção de esforços e vontades cortaram árvores" (cf. p. 4 do voto do relator) para imputar os fatos às pessoas naturais e jurídicas indiscriminadamente, sugerindo, quero crer, uma coautoria. Uma vez que os fatos narrados na denúncia têm de ser provados na instrução, seria pitoresco saber como se pretendia fazer a prova da (co)autoria da pessoa jurídica.

19 Mácula que afeta a denúncia oferecida no caso do rompimento da barragem em Mariana, em 2015, contra as pessoas jurídicas Vale S.A., BHP Billiton Ltda. e Samarco Mineração S.A. Cf. p. 210 ss. da denúncia, disponível em http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/denuncia-samarco (acesso em 25/06/2019).

20 Maiores detalhes em ESTELLITA, *Responsabilidade de dirigentes de empresas por omissão*, p. 173 ss.

21 HC 71.019, DJe 26/08/2016.

22 Todos esses fatos compõem a narrativa da própria denúncia, da qual consta, logo à frente, surpreendentemente, que "no presente caso, aplica-se a chamada 'Teoria da Realidade´, uma vez que a Empresa denunciada foi beneficiada pela atitude do seu sócio- administrador, que agiu em seu proveito e por sua conta, cometendo a infração descrita na presente denúncia" (p. 8 do acórdão).

— pela prática do crime de poluição (art. 54, § 2º, Lei 9.605/98). Trata-se de caso de injusto que pertence ao círculo exclusivo do gerente e do motorista do caminhão, não sendo uma manifestação da pessoa jurídica justamente pela falta de uma decisão do seu representante legal no sentido da prática criminosa.

Outro exemplo de violação é o retratado no RHC 39.936[23], no qual o administrador de fato de uma sociedade empresária limitada deu ordem a um empregado para que efetuasse o corte raso de árvores nativas da região, em área de preservação permanente e com o uso de maquinário agrícola pesado (trator de esteira), inclusive com a supressão de espécies imunes ao corte, contrariando o licenciamento do órgão ambiental competente. Foram acusados tanto o administrador de fato como a PJ. A responsabilização da PJ por atos de um administrador de fato não encontra amparo no art. 3º da Lei 9.605/98, que apenas permitiu a imputação quanto a decisões tomadas pelos representantes legais da pessoa jurídica, nada dispondo acerca do administrador de fato. Embora seja criticável a ausência dessa previsão, fato é que o respeito ao princípio da legalidade impede a atribuição do injusto decorrente de decisão do administrador de fato à PJ, chamando a atenção o fato de que o tribunal simplesmente reporta-se ao "gestor"[24], sem apontar quaisquer fundamentos que permitissem a extensão, que se consubstancia em analogia *in malam partem*, vedada pelo princípio da legalidade.

Nos demais casos referidos ao longo deste texto, simplesmente sequer há menção à decisão tomada pelos representantes legais ou contratuais da pessoa jurídica.

6. CONCLUSÃO PARCIAL

A análise dos pressupostos de imputação de um injusto pessoal a uma pessoa jurídica exigidos em nosso direito positivo e seu confronto com os casos examinados permite concluir que eles não são levados a sério, de forma predominante, em afronta ao princípio da legalidade.

7. AS CRÍTICAS AO MODELO E SUAS MANIFESTAÇÕES CONCRETAS

O modelo de responsabilidade por atribuição é criticado por implicar a adoção da responsabilidade objetiva por fato alheio com alto potencial de contaminação de todo o sistema de responsabilidade penal, e por sua aptidão para limitar a resposta penal apenas a pequenas empresas, traindo, assim, uma das justificativas político-criminais dada para sua inserção no ordenamento: combater os crimes praticados pelas grandes corporações.

---

23 RHC 39.936, DJe 28/06/2016.

24 "Esta Sexta Turma tem entendido que, não sendo o caso de grande pessoa jurídica, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica de pequeno porte, onde as decisões são unificadas no gestor e vem o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexo causal entre o

a) A traição da justificativa político-criminal

Comecemos pela traição de uma da justificativa de combate aos crimes praticados em grandes corporações. O próprio STF a invocou no precedente já mencionado: "As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta" (STF, RE 548.181, item 2 da ementa), uma vez que a intenção do constituinte originário seria a de "evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações" (item 3 da ementa).[30]

---

resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal, por culpa subjetiva, de seu gestor" (ementa do acórdão).

Sobre as diversas justificativas político-criminais para a adoção da responsabilidade penal de entes coletivos, há registros já em SCHÜNEMANN, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht: Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltenden und geplanten Straf- und*

Pois bem. No modelo acolhido por nosso legislador, a necessidade da prática da infração penal por uma pessoa natural como decorrência direta da decisão dos representantes da PJ implica a necessidade de identificação da infração penal dessa pessoa e da decisão dos órgãos competentes da PJ. Isso tende a ser possível apenas em pequenas empresas ou naquelas com uma clara estrutura organizacional[31], o que, como dito, acaba por frustrar a justificativa político-criminal dada para sua inserção no ordenamento, nomeadamente a de combater os crimes praticados pelas grandes corporações, obviando a busca pela responsabilidade individual.

A frustração dessa justificativa por força da adoção de um modelo de responsabilidade por atribuição já se vê na jurisprudência que se constrói no STJ a partir do julgamento do RHC 71.019, segundo a qual "não sendo o caso de grande pessoa jurídica, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica de pequeno porte, onde as decisões são unificadas no gestor e vem o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexo causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal, por culpa subjetiva, de seu gestor" (DJe 26/8/2016). Esse entendimento tem sido repetido reiteradamente pela Corte, como se colhe dos acórdãos no AgRg no AgRg no HC 388.874 (DJe 02/04/2019) e nos RHCs 39.936 (DJe 28/06/2016) e 71.019 (DJe 26/08/2016). O que se vê é, ao contrário do que supostamente justificaria político-criminalmente a adoção da RPPJ, uma facilitação da imputação no caso das *pequenas empresas* e não das grandes corporações.

b) A consagração da responsabilidade objetiva por fato alheio

Que uma tal forma de responsabilidade implica a *responsabilidade penal objetiva por fato alheio*[32], é algo que parece ser um ponto pacífico na doutrina[33], e sua procedência confirmada da

---

Ordnungswidrigkeitenrecht. München: Carl Heymanns Verlag, 1979, especialmente p. 42 sobre o mesmo argumento utilizado pelo STF (bastante crítico a partir da p. 44), e também HEINE, Günther. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos, 1995, p. 31 ss. A discussão foi fervorosamente retomada na Alemanha a partir de 2013 com a submissão de uma proposta de adoção de um código penal das pessoas coletivas pelo Ministro de Justiça do Estado Nordhein-Westfalen. Um apanhado breve da discussão, com ulteriores referências, e também uma breve apresentação da "Proposta de Köln", pode-se encontrar em HOVEN, Elisa, WEIGEND, Thomas. *Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*. ZRP, p. 30–33, 2018.

Já Heine o apontava, como destaca Robles Planas ("Unternehmen, Strafrecht und europàische Entwicklungen", Osterreichische Juristenzeitung, 2000, p. 875, *apud* ROBLES PLANAS. Crimes de pessoas coletivas? A propósito da lei austríaca sobre a responsabilidade dos agrupamentos pela prática de crimes. *In*: GRECO, Luís; LOBATO, Danilo (Orgs.). Temas de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 120, nota 11). Também DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. La delimitación típica de los llamados hechos de conexión art 31 bis 1. Cuadernos de política criminal - segunda época, v. 103, p. 41–94, 2011, versão eletrônica sem paginação.

Que contradiz o regime das normas da Parte Geral do Código Penal, para as quais remete expressamente a Lei 9.605/98 em seu art. 79.

Argumenta-se, não sem razão, que, sendo esta uma responsabilidade penal por fato de outrem, seria forma de responsabilidade objetiva, incompatível com um direito penal ancorado no princípio da culpabilidade. Nesse sentido, cf. ESTELLITA, Responsabilidade de dirigentes de empresa por omissão, p. 63 ss.; ROBLES PLANAS. Crimes de forma muito clara em um caso apreciado pelo STJ, no qual se imputou exclusivamente a uma pessoa jurídica de comercialização de gás o transporte de produto perigoso à saúde e ao meio ambiente feito por motorista de caminhão que trafegava sem ficha de emergência, envelope para transporte, EPI e kit de emergência sem nem sequer referir que o caminhão fosse da pessoa jurídica ou que o motorista estivesse empregado em seus quadros (RMS 56.073, DJe 03/10/2018). A singeleza da denúncia clama por sua transcrição: "Consta dos autos em anexo, que serviram de base para o oferecimento da presente, que, no dia 02/04/2015, por volta das 12h33min, na BR 101, km 100, na cidade de Sooretama-ES, agentes ambientais do IBAMA flagraram o transporte de produto perigoso a saúde e ao meio ambiente (GLP 1075), em desacordo com as exigências estabelecidas na Resolução n° 3665/11 da Agência Nacional de Transportes Terrestres-ANTT (ausência de ficha de emergência e envelope para transporte, sem EPI e sem kit de emergência). Assim agindo, o denunciado CIA ULTRAGAZ SA, subsumiu suas condutas ao tipo penal do artigo 56, caput, da lei 9.605/98, razão pela qual requer o Ministério Público seja instaurada a competente ação penal, citando-o para responder a todos os termos da ação, pugnando, ao final, por sua condenação" (p. 6 do voto do relator).

A esta denúncia falta praticamente tudo: não há a descrição de um injusto praticado pela pessoa natural no âmbito de suas atividades para a pessoa jurídica (a leitura do acórdão sugere que o caminhão nem sequer pertencia à pessoa jurídica, razão pela qual se pode suspeitar que o motorista não era empregado da PJ), não há qualquer menção a uma decisão do representante legal da pessoa jurídica, nem mesmo a narrativa de seu benefício ou interesse. A admissão da possiblidade de que se busque em juízo uma responsabilidade penal em tais termos demonstra o enorme risco atrelado ao modelo adotado em nosso ordenamento: a de atribuição de responsabilidade à pessoa jurídica por fatos criminosos que com ela não guardam qualquer conexão. Além disso, a mensagem de que uma PJ será responsável ainda que tenha adotado todas as medidas cabíveis para evitar a prática de infrações penais por seus integrantes implica negar a função preventivo-geral atribuída à ameaça da pena (proteção de bens jurídicos), pois se mesmo comportamentos zelosos não impedem a aplicação da pena, a pena se torna uma fatalidade, contra a qual nada pode fazer a pessoa jurídica[34].

c) A contaminação

O mais pernicioso perigo associado à admissão de uma responsabilidade objetiva por fato alheio é o de contaminação do sistema positivo de responsabilidade penal individual, ou seja, que ao fim e ao cabo essa forma de responsabilidade seja estendida também às pessoas naturais, sujeitas a penas privativas de liberdade. Esse perigo foi objeto de alerta de *Greco*, quem, entendendo que a pessoa jurídica é incapaz de culpabilidade a partir de argumentos ligados à teoria da pena/conceito de pena, advertiu sobre o perigo de denominar como *pena* a consequência pessoas coletivas?..., passim; SALVADOR NETTO, Responsabilidade penal..., p. 119-120; DEL ROSAL BLASCO, La delimitación..., versão eletrônica sem paginação

Essas críticas em DEL ROSAL BLASCO, La delimitación..., edição eletrônica sem paginação.

de uma conduta carente de culpabilidade, pois "a hoje afirmada 'pena' sem culpabilidade comandará amanhã o reconhecimento de penas, sem aspas, independentes de culpabilidade"[25]. E essa contaminação se dá por meio da mudança velada dos pressupostos da responsabilidade penal articulados nos arts. 13 a 31 do CP, pois se posso/se pode aplicar *pena* sem esses pressupostos, a responsabilidade penal deixa de ser pessoal e subjetiva, para tornar-se por fato de outrem e objetiva.

Essa contaminação está em pleno andamento como demonstram os casos apreciados nos RHCs 71.923 e 34.957 e no AgRg no AgRg no HC 388.874.

No caso que estava na base do RHC 71.923, decretou-se a prisão preventiva de um sócio de uma pessoa jurídica ao argumento de que este integrava o quadro societário da pessoa jurídica, no âmbito da qual teriam sido cometidos crimes contra o meio ambiente mediante a inserção de dados fraudulentos em sistema eletrônico para permitir a venda de peças de madeira que, na verdade, não poderiam ser extraídas ou comercializadas[26]. A prisão foi decretada porque "a pessoa jurídica continuava tendo acesso ao sistema

25 GRECO, As razões do direito penal ..., p. 77.

26 Circunstâncias que só pude compreender a partir desta matéria jornalística: http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2015/12/no-pa-seis-pessoas-sao-presas-em-operacao-contra-crimesambientais.html (acesso em 30/04/2019), mas que deveriam constar já do acórdão.

eletrônico estatal que permitira as fraudes"[27] sem que se apontasse a prática de qualquer conduta pelo preso. A imputação de responsabilidade objetiva aos sócios foi captada pela Corte que reverteu o decreto de prisão[28], mas a referência do relator a diversos outros precedentes da mesma natureza dá testemunho da dimensão que tomou a contaminação.

No caso apreciado no RHC 34.957[29], uma pessoa jurídica foi acusada de "exercer a atividade de pesca em área não permitida" juntamente com seus dois sócios-administradores. Um desses sócios impetrou *habeas* que chegou ao STJ por meio de RHC, ao final provido para declarar inepta a denúncia, que narrava a apreensão de pescadores (?) da empresa na posse de espécimes da fauna aquática em local de pesca vedada (p. 6 do voto). Segundo a denúncia, "No campo específico dos crimes ambientais, conforme previsão dos artigos 2° e 3° da Lei de Crimes Ambientais, os denunciados (pessoa física) sofrem a mesma imputação criminal da empresa, já que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, devendo quem, de qualquer: forma, concorrer para as práticas dos crimes previsto na Lei Ambiental, incidir nas penas a estes cominadas" (p. 5 do voto). O que sugere a denúncia é uma (impossível) prática direta do crime pela pessoa jurídica, cuja responsabilidade é então transferida aos sócios pelo simples fato de o serem, com a total inversão da própria lógica do art. 3º da Lei 9.613/98, que prescreve justamente (e obviamente) o contrário: que o injusto da pessoa física seja atribuído à PJ desde que praticado em virtude de decisão de seus representantes legais e em seu benefício.

No AgRg no AgRg no HC 388.874, a denúncia imputava a prática do crime do art. 60 da Lei 9.605/98[30] a três pessoas naturais e uma jurídica. A autuação ambiental dirigiu-se contra a PJ por desenvolver atividade de captação de águas, tendo ultrapassado os limites de vazão, e por ter descumprido uma condicionante imposta pelo órgão ambiental ("*a Pessoa Jurídica Sociedade Fogás Ltda. ... estava captando acima do limite de vazão autorizado*"). Na discriminação da autoria, após afirmá-la para a pessoa jurídica (!), volta-se a denúncia também contra os três sócios porque pelo fato de o serem "agem em benefício e proveito da Pessoa Jurídica" e, "por isso, deveriam praticar atos de gestão para impedir que a Pessoa Jurídica desenvolvesse atividade de captação de água contrariando as normas legais ... não o fizeram e, assim, concorreram para a conduta típica da pessoa jurídica". O relator entendeu que "suas co-participações na autoria delitiva é inerente à própria atividade de sócios-administradores da empresa corré, detendo, assim, poderes de gestão sobre a sociedade empresária" (p. 7 do voto) e, ademais, que o "nexo causal entre a conduta dos pacientes e o ato delitivo" (p. 8 do voto) poderia ser apurado na futura ação penal.

---

27 DJe 26/09/2016, p. 4 do relatório.

28 "A exótica responsabilização penal da pessoa jurídica, portanto, não significa automaticamente a responsabilização penal dos seus sócios, fazendo-se ainda imprescindível a análise da efetiva conduta de cada agente em relação aos fatos investigados, pois, principalmente na seara dos crimes, não é lógico, razoável, ou justo, que se impute a outrem a conduta de quem quer que seja, pessoa física ou jurídica, sem se demonstrar o porquê daquela responsabilização, que será então subjetiva, em obediência aos limites da lei penal", afirmou o relator (p. 12 do voto).

29 RHC 34.957, DJe 01/09/2014.

30 "Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente".

Os três casos revelam a inversão total dos polos no modelo de atribuição. Como dito, ficção ou realidade, a pessoa jurídica não tem um corpo físico que lhe permita afetar o mundo externo na forma descrita nos tipos penais e, assim, não agem ou omitem em sentido penal, o que, também como dito, foi reconhecido pelo próprio legislador. Assim, ela não insere dados fraudulentos em sistema eletrônico (RHC 71.923), não exerce a atividade de pesca (RHC 34.957), e também não capta ou determina a captação de água acima do permitido (AgRg no AgRg no HC 388.874), podem fazê-lo seus integrantes, sejam eles administradores ou empregados. Estes sim são aptos à prática de ações ou omissões típicas e antijurídicas, as quais, preenchidos os demais pressupostos, podem ser imputadas à PJ, nunca o contrário, visto que PJs não agem ou omitem agir, nada havendo que possa ser imputado às pessoas naturais.

O que estas denúncias propõem, na linguagem dogmática, é a imputação de resultados sem a correlata prática de condutas, o que nem sequer a já superada teoria causalista ousou sugerir. Propõem a negativa de vigência das bases normativas do nosso sistema penal de responsabilidade penal, estabelecido pelo conjunto formado entre as normas constitucionais já mencionadas e as normas da Parte Geral do CP, e especialmente à letra clara do art. 13, caput, do CP, segundo o qual um resultado só é penalmente relevante para a imputação penal quando seja o produto de uma ação ou omissão.

8. CONCLUSÕES

A análise dos pressupostos legais da RPPJ estabelecidos pelo direito positivo confrontada com a práxis judicial captada nos casos examinados nos permite concluir que os pressupostos de imputação de um injusto pessoal a uma pessoa jurídica exigidos em nosso direito positivo não são levados a sério, de forma predominante, em violação do princípio da legalidade. De outro lado, a finalidade *político-criminal* dada para sua inserção no ordenamento, a de combater os crimes praticados pelas grandes corporações, é traída pela forma como a imputação tem sido feita e admitida na práxis judicial.

Efeito colateral dessa práxis é, ainda, a confirmação da procedência do temor de que a admissão de uma responsabilidade objetiva por fato alheio, tal qual a estabelecida para as pessoas jurídicas na Lei 9.605/98, contaminasse a responsabilidade penal individual da pessoa natural. A contaminação já está em curso, ao menos naqueles casos nos quais a acusação é dirigida contra a pessoa jurídica e as pessoas físicas.

Esse quadro, muito preocupante, parece sugerir que houve um desvirtuamento da questão posta ao STF no RE 548.181 e que dizia respeito à alegada desnecessidade do direcionamento da ação penal conjuntamente contra pessoa jurídica e pessoa natural nos casos de RPPJ com fundamento no art. 3º da Lei 9.605/98. Essa questão, que é processual, guarda similitude com a relativa à necessidade de persecução penal conjunta de coautores ou de autores e partícipes, ou mesmo com a questão do processamento do crime antecedente na lavagem de capitais. Mesmo que admitida a autonomia do processamento, não deixa de ser exigível, na participação, por exemplo, que a denúncia narre um fato principal típico e antijurídico e dele faça prova, dada a acessoriedade da participação. O mesmo vale para a lavagem: ainda que não se persiga o autor do crime antecedente, é imprescindível a narrativa e, depois, a prova, de que os valores objeto da lavagem eram objeto de um determinado crime. Traduzindo isso para o que nos interessa, ainda que se decida pela desnecessidade de direcionar a ação penal conjuntamente contra a pessoa jurídica e

as pessoas físicas, isso em nada afeta os pressupostos materiais da RPPJ, o que implica a necessidade da descrição da prática de um injusto concreto por uma pessoa natural e da decisão do representante legal da PJ nesse sentido. Ou seja, dizer que não há necessidade de processamento conjunto não significa que esses dois pressupostos da responsabilidade penal da PJ não tenham de ser deduzidos na ação penal movida exclusivamente contra ela[31].

31 Esse desvirtuamento pode ter decorrido do fato de o próprio acórdão não diferenciar os aspectos materiais e processuais da questão e ter uma linguagem hesitante nesse ponto. De qualquer forma, o voto da relatora demonstra que, ao menos na visão dela, não se dispensa que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual (p. 55), que o ato seja realizado em seu nome ou sob amparo da representação social (p. 56), e que se "demonstre que o ilícito decorreu de deliberações ou atos cometidos por indivíduos ou órgãos vinculados à empresa, no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, enquanto comportamentos aceitos pela pessoa jurídica" (p.58).

"MAKING A DRUG DEALER": O IMPACTO DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS E OS EFEITOS DA SÚMULA 70 DO TJERJ NA CONSTRUÇÃO DO CASO RAFAEL BRAGA

Salo de Carvalho[1]

Mariana de Assis Brasil e Weigert[2]

RESUMO

A partir da análise da sentença penal que condenou Rafael Braga pelos crimes de tráfico de drogas e de associação ao tráfico, o artigo problematiza, em primeiro lugar, os requisitos gerais de validade para aplicação da Súmula 70 do TJERJ, que versa sobre a admissibilidade de condenação criminal com base exclusivamente em depoimentos policiais; e, em segundo, a qualidade do argumento judicial e a sua (des)conformidade com os pressupostos legal e constitucional para valoração da prova no processo penal.

Palavras-chave: Tráfico de Drogas – Depoimento Policial – Prova – Política Criminal – Rafael Braga

1. INTRODUÇÃO

01. O presente artigo reproduz, praticamente na íntegra, a primeira parte do parecer que elaboramos sobre o juízo de imputação na sentença condenatória proferida contra Rafael Braga no processo criminal 0008566-71.2016.8.19.0001, 39ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro.[3] O parecer foi redigido após consulta formulada pelos advogados Carlos Eduardo Cunha Martins Silva, Ednardo Mota

1 Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Pós-Doutor em Direito Penal (Un. Bolonha).

2 Professora Substituta de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Mestre em Criminologia (UAB) e em Ciências Criminais (PUCRS) e Doutora em Psicologia Social (UFRGS).

3Agradecemos a mestranda Renata Saggioro Davis (UERJ), pela pesquisa jurisprudencial, e a acadêmica Mariana Ferreira (UFRJ), pela organização inicial da pauta de trabalho e pelos primeiros contatos com os advogados do Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH).

de Oliveira Santos, João Henrique de Castro Tristão Soares e Lucas da Silveira Sada, que atuam na defesa de Rafael Braga Vieira (Rafael Braga) através do **Instituto de Defensores de Direitos Humanos (IDDH)**.

Rafael Braga foi denunciado como incurso nos tipos penais do art. 33 e art. 35 da Lei 11.343/06, na forma do art. 69 do Código Penal. A sentença julgou procedente a pretensão punitiva e condenou o réu, em 20/04/2017, às penas de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 1.687 (um mil seiscentos e oitenta e sete) dias-multa.

A consulta formulada pelo IDDH foi delimitada nas implicações da decisão nos campos do direito penal e processual penal e referiu (*primeiro*) os **requisitos de validade para a aplicação da Súmula 70 do TJERJ**; e (*segundo*) os **critérios de imputação e ao juízo de tipicidade do art. 33 e do art. 35 da Lei 11.343/06**.

O estudo é relativo, portanto, ao primeiro problema apresentado, materializado em duas questões específicas, cujas respostas serão apresentadas em forma de conclusão: (*primeira*) **quais os pressupostos de validade para a aplicação da Súmula 70 do TJERJ?**; (*segunda*) **no caso concreto (sentença condenatória de Rafael Braga), a aplicação da Súmula 70 do TJERJ respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade da prova?**

A IMPUTAÇÃO E O JUÍZO DE TIPICIDADE: A DENÚNCIA E OS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO DE RAFAEL BRAGA

02. Rafael Braga foi denunciado pelo Ministério Público do Rio de Janeiro como incurso no art. 33 da Lei de Drogas porque em 12 de janeiro de 2016, por volta das 09 horas, na Rua 29, no interior da comunidade Vila Cruzeiro, Complexo do Alemão, "*com consciência e vontade, trazia consigo, com finalidade de tráfico, 0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó), distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo, contendo a inscrição 'CV-RL/PÓ 3/COMPLEXO DA PENHA', tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar*." (fls. 01 da sentença)

Narra a denúncia que nas mesmas condições de tempo, lugar e forma de agir, igualmente agindo com consciência e vontade, Rafael Braga estaria "(...) *associado a outros indivíduos não identificados, todos subordinados à facção criminosa que domina o tráfico de drogas na comunidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no art. 33 da Lei no 11.343/06*" (fls. 01 da sentença), delito previsto no art. 35 da Lei de Drogas.

Conforme a narrativa apresentada pela acusação, Policiais Militares da 7ª UPP do 16º Batalhão da PMERJ, em operação no interior da comunidade, foram informados por um morador de que um homem estaria "*portando entorpecente com a intenção de comercializá-lo*." (fls. 01 da sentença) Assim, ao realizarem diligência ao local, "*os agentes visualizaram o denunciado Rafael Braga Vieira em poder de uma sacola de conteúdo suspeito*", e que "(...) *ao perceber a presença dos agentes da lei, o denunciado tentou se desfazer do material, arremessando a referida sacola ao solo*." (fls. 01 da sentença)

Na sacola teria sido apreendido a droga referida e um morteiro.

Instruíram o processo os autos de apreensão (fl. 12/13, 17 e 97/98) e os laudos (prévio e definitivo) da droga (fl. 15/16 e 99/100) e do morteiro (fl. 261/261v). Na instrução judicial foram ouvidas 02 (duas) testemunhas arroladas pela acusação (fls. 195-220), 02 (duas) testemunhas referidas (fls. 247-249) e 01 (uma) testemunha de defesa (fl. 194).

03. Após as alegações da acusação e da defesa, o julgador proferiu sentença, condenando Rafael Braga nos termos da denúncia. Na análise do mérito, fundamentou o juízo condenatório nas seguintes premissas:

> **Imputação do art. 33 da Lei 11.343/06**
>
> **Tipicidade objetiva (materialidade)**: (a) *laudos toxicológicos*: atestado de ser a substância apreendida droga ilícita; (b) *prova testemunhal*: depoimento dos Policiais do 16º BPMERJ; (c) *acondicionamento da droga*: embalagens apreendidas continham a inscrição "CV" ("Comando Vermelho"), sendo de conhecimento geral que aquela localidade seria dominada pelo "Comando Vermelho"; (d) *acondicionamento da droga* (segue): substâncias entorpecentes encontravam-se fracionadas, o que indicaria estarem prontas para mercancia; e (e) *local*: ponto de venda conhecido.
>
> Entrelaçando os argumentos, conclui o magistrado que "*por consequência, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida, forma de acondicionamento e local da apreensão, resta inquestionável que a substância entorpecente destinava-se a traficância, portanto, não tenho qualquer dúvida quanto à adequação do fato ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos*." (fl. 03 da sentença)
>
> **Tipicidade subjetiva (dolo)**: extraída das demais provas de corroboração da tipicidade objetiva: "*dolosa, assim, a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o artigo 33, caput da Lei 11.343/06, visto que trazia consigo, para fins de mercancia, sem autorização legal ou regulamentar, as drogas descritas na denúncia*." (07 da sentença)
>
> **Autoria**: (a) *prisão em flagrante*; (b) *depoimentos policiais*: narrativa apresentada pelos Policiais do 16º BPMERJ, que realizaram o flagrante, versões consideradas harmônicas; (c) *depoimento da testemunha de defesa*: apontado como isolado no contexto probatório e invalidado em razão de a testemunha ser considerada "amiga", em razão de frequentar a casa da genitora do acusado.
>
> Após reproduzir os depoimentos prestados em juízo, o julgador, apoiando-se na Súmula 70 do TJERJ, disse que "*nos depoimentos policiais acima mencionados, nada há que elida a veracidade das declarações feitas pelos agentes públicos que lograram prender o acusado em flagrante delito. Não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor, já estando superada a alegação de que uma sentença condenatória não pode se basear neste tipo de prova*." (fls. 06 da sentença)
>
> **Imputação do art. 35 da Lei 11.343/06**
>
> **Tipicidade objetiva (materialidade)**: (a) *credibilidade dos depoimentos policiais*: declarações "valiosas" prestadas pelos policiais militares que diligenciaram o flagrante (Pablo Vinícius Cabral e Victor Hugo Lago) – "*os depoimentos prestados em juízo pelos policiais militares responsáveis pela*

> *prisão do acusado merecem credibilidade, porquanto seguros e coerentes, guardam afinidade com a realidade fática trazida no contexto probatório. Ademais, não há qualquer motivo nos autos capaz de macular a isenção dos mesmos como testemunhas*." (fls. 08 da sentença); (b) inscrição "CV" nas embalagens que continham maconha e cocaína, situação que indicaria a estabilidade do vínculo associativo; e (c) fracionamento da droga, o que evidenciaria a destinação para venda.
>
> Conclui o julgador que "*dessa forma, restou inequívoca a estabilidade do vínculo associativo para a prática do nefasto comércio de drogas, sendo certo que a facção criminosa 'Comando Vermelho' é quem domina a prática do tráfico na localidade conhecida como 'sem terra', em que o réu foi preso, situada no interior da Vila Cruzeiro. Por outro lado, a regra de experiência comum permite concluir que a ninguém é oportunizado traficar em comunidade sem integrar a facção criminosa que ali pratica o nefasto comércio de drogas, sob pena de pagar com a própria vida. Portanto, não poderia o réu atuar como traficante no interior da Comunidade Vila Cruzeiro, sem que estivesse vinculado à facção criminosa 'Comando Vermelho' daquela localidade*." (fl. 08 da sentença)
>
> **Tipicidade subjetiva (dolo)**: apontada apenas no sentido de referendar a tipicidade objetiva: "*assim, dolosa a conduta do agente, eis que subjetivamente se conduziu a vulnerar o artigo 35 da Lei n. 11.343/06, eis que se associou de forma estável e permanente para a prática de tráfico de entorpecentes, conforme descrito na denúncia*." (fl. 08 da sentença)
>
> **Autoria**: fundada basicamente na prova oral (depoimentos policiais), nos termos da argumentação da definição da autoria do art. 33 da Lei de Drogas – "*no que tange a autoria, a mesma é certa quanto ao acusado. Sob o crivo do contraditório foi produzida a prova oral formadora da convicção acerca da existência da conduta imputada ao réu, eis que estava associado para a prática do crime de tráfico de drogas*." (fl. 08 da sentença)

O julgador considerou robusto o conjunto probatório em desfavor de Rafael Braga no que diz respeito aos delitos de tráfico e associação para o tráfico, condenando-o nas sanções do artigo 33 e do art. 35 da Lei 11.343/06. Ato contínuo, fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Condenação Fundada Exclusivamente nos Depoimentos dos Policiais Militares: Súmula 70 do TJERJ: argumento de sustentação da decisão

04. Embora sejam notórias as fragilidades em relação ao juízo de tipicidade que condenou Rafael Braga pelos delitos de tráfico e de associação ao tráfico – temas que foram abordados na segunda parte do parecer e que não está reproduzida neste artigo –, é possível notar, pela fundamentação judicial exposta, que *o pilar de sustentação da sentença é a credibilidade aferida aos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão em flagrante*.

Nota-se da narrativa exposta pela acusação, a qual o magistrado adere para formar o juízo condenatório, que a palavra dos policiais do 16º BPMERJ (*primeiro*) valida a existência de informante que indica a prática de tráfico de drogas na região e (*segundo*) confirma a realização do comércio ilegal de droga por Rafael Braga.

A questão da autoria – e parte substancial do debate sobre a materialidade – restringe-se, pois, à validade dos depoimentos policiais como suficientes para a emissão do juízo condenatório. Não por outra razão, o julgador sustenta o argumento na Súmula 70 do TJERJ, a partir de duas premissas: (*primeira*) a presunção de regularidade de *per se* que o exercício do cargo público detém – no caso, a palavra dos policiais teria fé pública e somente poderia ser refutada se apresentadas provas pela defesa de Rafael Braga que fossem suficientes para demonstrar má-fé ("*não há nos autos qualquer motivo para se olvidar da palavra dos policiais, eis que agentes devidamente investidos pelo Estado, cuja credibilidade de seus depoimentos é reconhecida pela doutrina e jurisprudência*", fl. 06 da sentença); e (*segunda*) a coerência (ausência de contradição) entre os depoimentos dos policiais, embora não tenham sido os únicos tomados em juízo ("*os testemunhos dos policiais acima referidos foram apresentados de forma coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor*", fl. 06 da sentença). Os argumentos foram apresentados em relação ao crime de tráfico e referidos, posteriormente, de forma sintética e remissiva, quando da análise da autoria do crime de associação ao tráfico.

05. A *presunção de regularidade dos atos dos agentes dos poderes públicos*, que fundamenta a Súmula 70 do TJERJ e sustenta o julgado em análise, é um dos pressupostos da administração pública nos Estados de Direito. Se o art. 37, *caput*, da Constituição, estabelece que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, a decorrência imediata é a de que os atos administrativos gozam de presunção de legalidade, legitimidade e veracidade.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira enfatizam que essa vinculação à constitucionalidade e à legalidade submete a atividade administrativa aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.[4] Nos termos propostos por Ayres Brito, nos "Comentários à Constituição do Brasil", "*dizer que a lei é o primeiro dos princípios regentes da administração pública, mas não o único (óbvio), é dizer que o Direito especificamente aplicável a esse tipo de administração começa com a lei, mas não termina com ela. O Direito ainda se manifesta em cada qual dos modos obrigatórios de aplicar a lei, que são os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia*." Segue o autor sustentando que "*a administração pública somente alcança o patamar da legitimidade plena quanto aos seus meios ou meios de atuação se, impulsionada pela lei, a esta consegue imprimir o selo dos outros quatro princípios* [impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia]."[5]

No exercício da função pública, portanto, supõe-se que o policial militar atue dentro da legalidade, sendo sua palavra, fundada nos princípios éticos da boa-fé e da probidade, comprometida com a veracidade dos fatos, notadamente em razão de validar importantes atos subsequentes, como indiciamentos, denúncias e decisões judiciais.

Esclarece Letizia Gianformaggio, porém, que o dogma da presunção de regularidade dos atos dos poderes públicos identifica a validade (das normas e das decisões) com a sua mera existência.[6] Significa

---

4 Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição do Brasil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 228.
5 Britto, Carlos Ayres. Comentário ao art. 37, *caput*, *in* Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 822.
6 Gianformaggio, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere *in* Gianformaggio, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 28.

dizer: confunde vigência (ato em si) com validade (conformação do ato com a Constituição e as leis). A existência do ato diz respeito à vigência. Todavia o mero fato de existir não torna o ato de *per se* válido (legítimo). A legitimidade diz respeito a sua conformidade constitucional.

A concepção puramente formal da validade dos atos dos poderes é fruto de uma simplificação derivada da incompreensão da complexidade do termo legalidade no Estado Constitucional de Direito. Segundo Ferrajoli, os conceitos de vigência e de validade são assimétricos e independentes: enquanto *vigência* diz sobre a *forma* dos atos normativos, ou seja, é questão de correspondência ou subsunção das normas às regras de procedimento e competência; *validade* corresponde ao significado (conteúdo), isto é, trata-se de uma questão de coerência ou de compatibilidade das normas produzidas com os valores materiais encontrados nas Constituições.[7]

Embora *vigência* (existência formal) e *validade* (conteúdo constitucionalmente conformado) não se confundam, devendo os atos guardar correspondência plena com o conteúdo material indicado pelas Constituições, em condições de normalidade – inclusive para que a burocracia dos Estados possa funcionar regularmente –, é suposta uma certa regularidade no funcionamento dos poderes públicos. Desde a base contratualista da fundação dos Estados de Direito, pressupõe-se a existência de um "bom poder" voltado para a efetivação dos direitos das pessoas e atento contra toda e qualquer possibilidade de sua lesão arbitrária.

O debate é relevante na análise do caso porque a decisão condenatória, sustentada pela Súmula 70 do TJERJ, parece supor que os depoimentos policiais de *per se* são válidos, ou seja, que sua simples existência formal (depoimentos prestados em juízo e submetidos ao contraditório) lhes conferem validade (correspondência aos princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade).

Como referido, é lógico que em *situações de normalidade democrática* poderia ser presumido que os atos dos poderes encontram-se em harmonia com a Constituição, sendo, portanto, legítimos, idôneos e verídicos. Assim, o seu afastamento ocorreria nos casos em que haveria prova inequívoca em sentido contrário como, aliás, é o entendimento dogmático majoritário.

No entanto, esta máxima que regula os modelos ideais típicos dos Estados de Direito é invariavelmente confrontada na análise da incidência real dos sistemas penais, isto é, quando colocada a prova no campo das práticas punitivas. Roberto Bergalli, a partir da análise empírica da atuação das agências penais, é extremamente perspicaz ao demonstrar que historicamente os sistemas punitivos não observaram os níveis possíveis de legalidade fixados pelas estruturas normativas. A situação é ainda mais grave na América Latina, local em que a regra é a inobservância dos níveis *mínimos* de legalidade, ou seja, dos parâmetros que dão as condições de verificabilidade da regularidade dos atos dos poderes públicos (punitivos).[8]

Neste sentido, embora a Súmula 70 do TJERJ, que legitima a decisão que condenou Rafael Braga, encontre amparo dentro do sistema de princípios e de regras gerais de uma Teoria Geral do Direito pensada para os Estados Democráticos – o que implica em dizer que no plano ideal é válida –, ao ser

7 Ferrajoli, Luigi. El Derecho como Sistema de Garantías *in Jueces para la Democracia*, v. 16/17, 1992, p. 64.

8 Bergalli, Roberto. Fallacia Garantista nella Cultura Giuridico Penale di Lingua Ispanica *in* Gianformaggio, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 192.

deslocada (*primeiro*) para os sistemas penais e, mais especificamente, (*segundo*) para os sistemas penais latino-americano e fluminense, seus efeitos devem ser, no mínimo, problematizados. Assim, se em um panorama ideal e abstrato a Súmula 70 do TJERJ instrumentaliza a legalidade e atesta a moralidade, a idoneidade e a veracidade dos atos dos agentes da polícia militar, no plano real e concreto pode produzir efeitos extremamente perversos se não for confrontada com as especificidades do sistema penal e, havendo distorções, não forem relativizados os seus efeitos. Note-se, pois, que se há uma racionalidade no ponto de partida (regularidade dos atos dos poderes públicos nos Estados de Direito), não necessariamente esta racionalidade será verificada no ponto de chegada (racionalidade dos atos da polícia militar do Rio de Janeiro). Em confronto com o real, uma carta de intenções racionais que afirma um pacto civilizatório pode produzir o seu exato oposto: a irracionalidade de práticas punitivas que reeditam estados de barbárie.

06. Demonstra Ferrajoli que a atividade policial é uma atividade administrativa formalmente organizada como dependente do poder executivo. Ocorre que "(...) *diversamente dos outros ramos da administração pública, é uma atividade em contato direto com as liberdades fundamentais*."[9]

Assim, podemos perceber que se no âmbito dos direitos sociais, p. ex., é crível afirmar que a ação dos poderes públicos é "amiga dos direitos", tal assertiva não pode ser transposta acriticamente para o campo da intervenção policial. E não há, nessa afirmação, nenhum preconceito contra essa atividade. Todavia, seria no mínimo ingenuidade, mesmo no plano abstrato e teórico, imaginar que a ação de polícia, que não esporadicamente implica confronto, não seja uma atividade violenta que restrinja e, no limite, viole os direitos individuais. Não por outra razão Ferrajoli percebe uma *latente* ilegitimidade da atuação policial no Estado de Direito. Se a força policial se manifesta como violência, é desta mesma violência que "*provém sua latente ilegitimidade com respeito ao paradigma do Estado de Direito*."[10]

Possível concluir, portanto, que em relação à atividade policial o princípio da regularidade dos atos dos poderes públicos é uma máxima sujeita à refutabilidade. Exatamente para reduzir as possibilidades ou as tendências inerentes ao exercício irregular da violência – "*os casos de ilegalidades estabelecidas como práticas rotineiras, mais ou menos conhecidas ou toleradas*"[11], conforme leciona Nilo Batista –, é necessário submeter a atividade policial à constante fiscalização. Fiscalização que também é judicial e que pode/deve ser exercida durante o acertamento dos casos penais concretos, no momento, p. ex., de contextualizar e problematizar a presunção absoluta de veracidade de depoimentos policiais, notadamente em situações de baixa densidade democrática, como é possível perceber no caso concreto. Isto porque, novamente nas lições de Nilo Batista, o "*sistema penal a ser conhecido e estudado é uma realidade, e não aquela abstração dedutível das normas jurídicas* [e princípios gerais, inclua-se] *que o delineiam*."[12]

No caso específico, a presunção (abstrata) de veracidade do depoimento dos policiais deve, necessariamente, ser submetida a alguns filtros: (*primeiro*) o filtro da experiência histórica da incidência dos sistemas penais na sociedade; (*segundo*) o filtro da experiência concreta da atuação do sistema penal latino-americano; e, no particular, (*terceiro*) o modo de atuar do sistema de polícia do Estado do Rio de Janeiro.

---

9 Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998, p. 798. [tradução livre]
10 Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998, p. 798. [tradução livre]
11 Batista, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 25.
12 Batista, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 25.

07. A série de problematizações apresentada, no sentido de relativizar o princípio geral que fundamenta a Súmula 70 do TJERJ, pode ser sintetizada na seguinte questão: *qual o* índice real de confiabilidade *(princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade dos agentes da administração pública) do depoimento dos policiais militares que realizaram a prisão de Rafael Braga*?

Embora seja evidente que o indivíduo concreto não se confunde com a instituição que integra, é importante contextualizar os problemas concretos que atingem com impressionante regularidade a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Apesar de os sujeitos serem autônomos, ninguém é estrangeiro da sua própria cultura e as práticas institucionais acabam, em inúmeros casos, sendo incorporadas pelos processos de institucionalização que há muito tempo são estudados pela psicologia social (notadamente quando os indivíduos integram cadeias hierárquicas e burocráticas que facilitam a isenção e a transferência da responsabilidade do ato[13]).

Assim, se no plano ideal e abstrato a Súmula 70 do TJERJ poderia estar em harmonia com a principiologia que instrumentaliza a forma de atuação da administração pública, marcada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, no plano real e concreto pode produzir distorções e legitimar atos opostos a sua perspectiva racionalizadora.

> "*Em 2016, uma a cada seis pessoas assassinadas no Rio foi morta por um policial. De acordo com dados do Instituto de Segurança Pública (ISP), no ano passado, foram registrados 5.953 homicídios no estado. Desse total, 920 são os chamados autos de resistência – quando o policial alega que matou um criminoso em legítima defesa.*
>
> *O número de autos de resistência no Rio em 2016 é o maior desde 2009, quando o projeto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) estava em seu início. Desde 2013 – quando o número de autos de resistência foi o menor registrado na série histórica contabilizada pelo estado –, o índice não pára de aumentar ano a ano. De 2015 para 2016, o aumento foi de 43%.*" (Jornal Extra, 17/02/17)[14]

Os números apresentados na matéria são conhecidos não apenas pela população, mas pelas autoridades públicas do Estado do Rio de Janeiro. São informações oficiais, baseadas em dados empíricos e apresentadas no início do ano corrente pelo Instituto de Segurança Pública (ISP).

Em julho de 2016, a Human Rights Watch publicou o relatório "*O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*" e constatou que "*as estatísticas oficiais sobre homicídios cometidos pela polícia corroboram o entendimento das autoridades de que execuções extrajudiciais são bastante comuns. O número de mortos por ação policial é muito maior do que o número de baixas na polícia, fazendo com que seja difícil acreditar que todas estas mortes ocorreram em situações em que a*

---

13 Sobre o tema, foram inovadores os estudos no campo da psicologia social Milgram, em 1969, na Universidade de Yale (Milgram, Stanley. *Obedience to Authority*. New York: Harper & Row, 1974) e de Zimbardo, em 1971, na Universidade de Stanford (Zimbardo, Philip. *O Efeito Lúcifer*. Rio de Janeiro: Record, 2013, pp. ; e Surhone, Lambert; Tennoe, Mariam; Henssonow, Susan (eds). *Stanford Prison Experiment*. La Vergne: Betascript, 2010).

14 Soares, Rafael. Um em cada seis homicídios no Rio foi cometido por policiais em 2016 *in Jornal Extra*, 17/02/17, disponível em http://extra.globo.com/casos-de-policia/um-em-cada-seis-homicidios-no-rio-foi-cometido-por-policiais-em-2016-20940865. No mesmo sentido, Bianchi, Paula. Uma pessoa é morta pela polícia a cada 8 horas no Rio *in Uol Notícias*, 23/02/17, disponível em https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/23/uma-pessoa-e-morta-pela-policia-a-cada-8-horas-no-rio.

polícia estava sendo atacada."[15]

Todavia, para além da grave questão da letalidade policial, o relatório da Human Rights Watch documenta 64 casos, com 119 mortes, em que policiais militares acobertaram ou tentaram acobertar os homicídios: "*uma técnica comum é remover o cadáver da vítima da cena do crime e levá-lo a um hospital, alegando a tentativa de 'socorrer' a vítima. Esses falsos 'socorros' servem para destruir provas na cena do crime ao mesmo tempo em que simulam um ato de boa-fé por parte dos policiais. Em alguns casos, policiais forjaram provas ao colocarem armas nas mãos das vítimas e as dispararem, ou, ainda, ao deixarem drogas junto aos seus corpos. Alguns policiais ameaçaram testemunhas para desencorajar depoimentos. Em um caso ocorrido em julho de 2011, por exemplo, policiais torturaram e mataram o filho de 14 anos da testemunha de uma execução anterior, ocorrida na favela do Salgueiro, com o objetivo de intimidá-la, de acordo com promotores de justiça*."[16]

Fundamental perceber, ainda, que os dados apresentados pelos órgãos de monitoramento da segurança pública e pelos observatórios nacionais e internacionais de Direitos Humanos são aprofundados e validados por sérias pesquisas acadêmicas, desenvolvidas por importantes centros e baseadas em critérios metodológicos sofisticados e rigorosos.[17]

Nota-se, porém, que os resultados apresentados sobre as práticas policiais no Rio de Janeiro não se restringem aos ambientes institucional ou acadêmico de pesquisa. A percepção da violência institucional, que gera uma significativa redução da credibilidade das ações policiais, é sentida de forma bastante evidente pela população carioca.

Pesquisa de opinião recentemente publicada aponta o baixo grau de confiança na Polícia Militar do Rio de Janeiro: "*pediu-se aos entrevistados que pontuassem de zero a dez seus graus de confiança nas polícias e na Justiça. A nota média dada à Polícia Militar foi bastante baixa (4,9) e inferior àquela atribuída à Polícia Civil (5,8)*."[18] No que tange à relação com a Polícia, "(...) *embora o percentual de contatos positivos seja maior que o de negativos, 55% acreditam ser provável ou muito provável tornarem-se vítimas de violência policial e 39% temem ser confundidos com bandidos pela polícia*."[19] Assim, segundo o estudo, "*não se pode dizer que a população carioca ignore ou minimize a violência excessiva e a seletividade na atuação policial. Pelo contrário, quase dois terços (62%) dos entrevistados concordam totalmente ou em*

---

15 Human Rights Watch, *O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2016, disponível https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589.

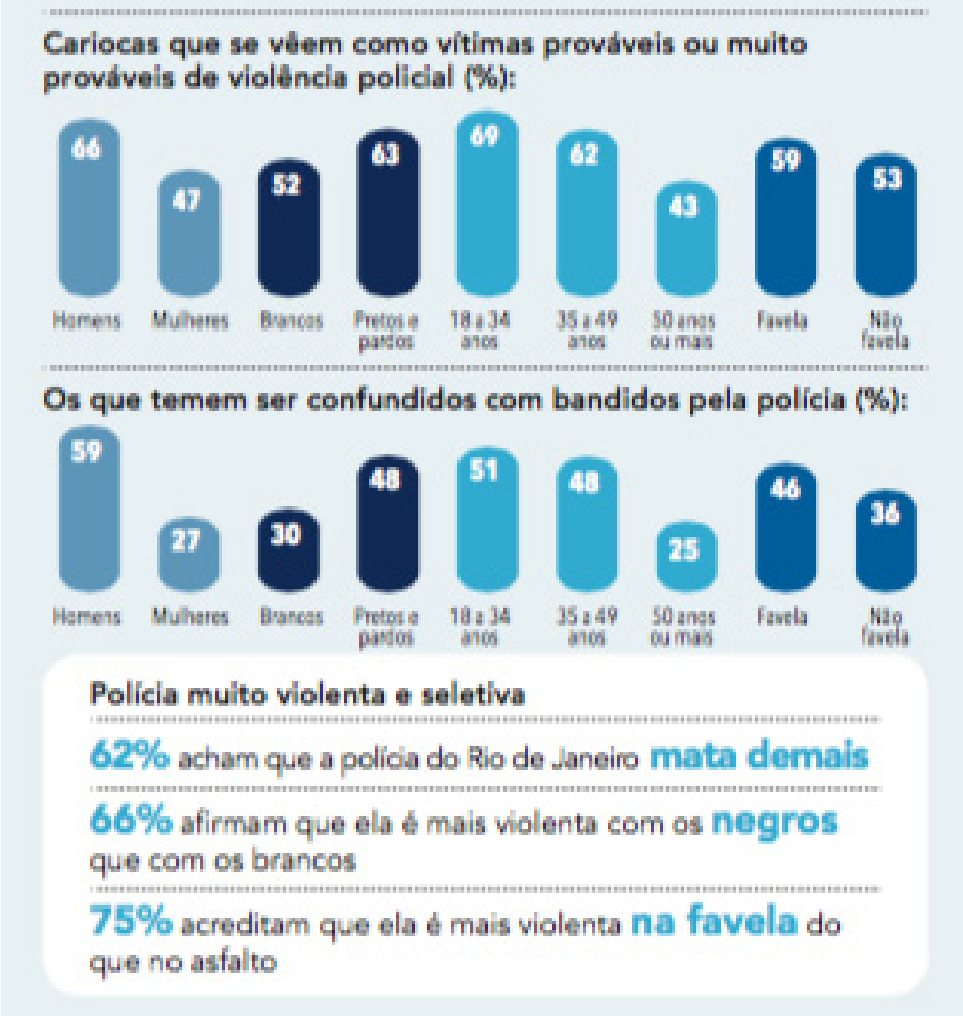
16 Human Rights Watch, *O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2016, disponível https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589.

17 Neste sentido, exemplificativamente: Misse, Michel; Grillo, Carolina Christoph; Néri, Natasha Elbas Letalidade Policial e Indiferença Legal: a apuração judiciária dos 'autos de resistência' no Rio de Janeiro (2001-2011) *in Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, edição especial n. 1, 2015, pp. 43-71; Misse, Michel; Grillo, Carolina Christoph; Teixeira, César Pinheiro; e Néri, Natasha Elbas. *Quando a Polícia Mata: homicídios por 'autos de resistência' no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Necvu/Booklink, 2013; Soares, Barbara Musumeci; Moura, Tatiana; Afonso, Carla (orgs). Auto de Resistência: relatos de familiares de vítimas da violência armada. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009; Verani, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei: uma prática ideológica do direito penal*. Rio de Janeiro, Aldebarã, 1996; Zaccone, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

18 Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017, p. 13.

19 Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017, p. 11.

parte com a afirmação de que a polícia no Rio de Janeiro mata demais e 70% discordam da ideia de que o problema da criminalidade se resolveria se a polícia tivesse 'carta branca para matar'. Além disso, 75% acreditam que a polícia é mais violenta na favela do que no asfalto e 66% acham que ela é mais violenta contra os negros que contra os brancos."[20]



[Fonte: Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017]

A enorme desconfiança da população em relação às práticas policiais decorre da percepção concreta dos tipos e das formas de abordagem realizadas no cotidiano da cidade, sobretudo nos locais de vivência da população mais vulnerável. Importante sublinhar que a conclusão não decorre de um mero exercício de abstração acadêmica – como muitas vezes é adjetivada a crítica à violência policial, com nítida intenção de desqualificar as tentativas de visibilização deste problema real. Com o crescimento do nível de violência por parte da polícia, são cada vez mais frequentes as notícias de abusos praticados pelas instituições militares.

20 Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017, p. 16.

Lembre-se, p. ex., o caso da morte de Maria Eduarda dentro da escola em que frequentava e, na sequência, a execução dos dois suspeitos rendidos na parte externa da instituição de ensino.

> "*Um morador gravou a ação de dois PMs que acabavam de abater dois homens armados no exterior da escola onde Maria Eduarda morreu. Enquanto os rapazes caídos ainda se mexiam, um dos policiais se aproxima e pega um fuzil do chão para na continuação atirar duas vezes contra um deles. Um segundo policial aparece na cena e se aproxima do segundo homem para também disparar contra ele. Ambos PMs foram presos em flagrante por homicídio qualificado enquanto prestavam depoimento na Divisão de Homicídios da capital. O Rio registrou 182 mortes causadas por intervenção policial no começo deste ano (janeiro e fevereiro). É 78,4% mais que o contemplado nos dois primeiros meses de 2016.*"[21]

Os dados empíricos apresentados sobre violência e (falta de) credibilidade da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, convergem para a necessidade da análise da notícia publicada pelo jornal Extra, em 01/07/2017.

EXTRA **Casos de Polícia**

01/07/17 07:00

PMs prendiam usuários de drogas como traficantes para alcançar meta do batalhão

[Fonte: Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão *in Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860]

Conforme a matéria, inquérito policial conduzido pela Delegacia de Homicídios de Niterói e São Gonçalo (DHNSG), no âmbito das investigações que redundaram na prisão de *96 policiais militares acusados de receberem dinheiro do tráfico com o objetivo de não coibirem o comércio de drogas (tornadas) ilícitas*, conseguiu demonstrar a existência de ações coordenadas entre agentes do 7º Batalhão da Polícia Militar e traficantes da região. Assim, os policiais militares faziam operações combinadas com os comerciantes de drogas, que separavam determinada quantidade exatamente para satisfazer a necessidade de apreensões. Ocorre que a autoria dos delitos, com frequência, era atribuída a consumidores de entorpecentes: "*os PMs faziam apreensões de drogas após combinação com os traficantes, que deixavam os entorpecentes em*

21 Martín, Maria. Execução Policial e Estudante Morta em Tiroteio: o Rio mergulha na barbárie *in El País Brasil*, 31/03/2017, disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/politica/1490974463_586184.

endereços já acertados. Os policiais, então, abordavam usuários no morro e os levavam para a delegacia, alegando que eles eram os responsáveis pela droga encontrada. Na unidade, os usuários acabavam sendo autuados por tráfico de drogas."[22] Na reportagem, o Delegado Assistente da DHNSG detalha o procedimento dos policiais: "*os PMs alegavam (aos criminosos) que precisavam não só bater a meta de apreensões de drogas e armas, mas também a de prisões*."[23]

A atribuição de responsabilidade criminal por tráfico de drogas a usuários – e, inclusive, a membros das comunidades que não possuem qualquer relação com o consumo ou comércio de drogas ilegalizadas –, para "*atingir a meta de prisões e apreensões*" do Batalhão ou para realizar retaliações ou para proteger determinadas pessoas, infelizmente não é uma prática esporádica e que deva simplesmente ser desconsiderada em casos como o de Rafael Braga. Pelo contrário, esta realidade deve servir como elemento de sensibilização ou filtro para a interpretação dos elementos de prova que compõem os autos.

Com isso não se quer, repita-se, generalizar a desconfiança a todos os relatos policiais prestados em juízo. Como se sabe, existem policiais militares dignos e que resistem às situações de violência e às práticas corruptivas. No entanto, os dados concretos do cotidiano das instituições policiais apresentados igualmente não permitem uma generalização da conclusão oposta, ou seja, não permitem que se tenha como máxima indiscutível a credibilidade dos depoimentos policiais, como acaba acontecendo no momento em que a Súmula 70 é incorporada acriticamente nos procedimentos judiciais.

Neste sentido, parece ser fundamental, antes de se tomar a Súmula 70 como dogma, levar em consideração as particularidades do sistema penal brasileiro e analisar os elementos de prova que integram o processo para verificar se efetivamente, no caso concreto, o entendimento pretoriano consolidado é coerente e racional.

08. O argumento de legitimação da Súmula 70 no universo dos julgados do TJERJ é o de que (*primeiro*) na ausência de outros elementos de prova e (*segundo*) sendo harmônicos os testemunhos policiais, a condenação com base exclusiva nestes depoimentos é válida. Pressupõe-se, portanto, uma determinada situação fática: *um conjunto probatório reduzido exclusivamente aos depoimentos de policiais militares que narram de forma coerente (sem contradições) os fatos objeto do julgamento*.

A Súmula 70, portanto, além de ser uma diretriz geral pensada para um estado de coisas ideal no qual os agentes policiais pautam suas ações em estrita observância aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade – motivo pelo qual a realidade empírica dos sistemas penais e das instituições policiais fluminenses devem servir como contraponto ao seu "valor absolutizado", conforme demonstrado anteriormente –, **pressupõe (*primeiro*) a inexistência (ou a impossibilidade de produção) de qualquer outra prova e (*segundo*) a coerência dos relatos policiais**.

---

22 Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão *in Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860.

23 Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão *in Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860.

Ocorre que, no caso, para além da necessidade de relativização da Súmula 70 em decorrência dos problemas fáticos que afetam diretamente a credibilidade dos agentes da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, esta situação de impossibilidade de produção ou de ausência de outras provas não se concretizou. *Primeiro*, porque foi colhido depoimento que se contrapõe a narrativa dos policiais; *segundo*, porque os policiais foram contraditórios em relação à fonte que teria "*informado de um grupo comercializando droga*" e sobre a trajetória percorrida após a prisão; *terceiro*, porque as circunstâncias da prisão são extremamente dúbias (informação sobre o número de pessoas; narrativa sobre a conduta de Rafael Braga que, ao ver os policias, teria ficado parado, portando "*uma sacola de conteúdo suspeito*", enquanto todos os demais empreendiam fuga); e *quarto*, porque as circunstâncias da prisão não condizem, pelas regras de experiência, às hipóteses de tráfico em associação (pequena quantidade de droga apreendida, horário do pretenso comércio, ausência de rede de proteção ao tráfico, ausência de confronto com a polícia, falta de tentativa de fuga, não apreensão de arma ou de valores em moeda).

Iniciaremos a problematização reconstruindo a narrativa dos policiais e, ato contínuo, apresentando o que consideramos lacunas (questões sem resposta) e inconsistências fáticas insuperáveis nos depoimentos.

09. A primeira imagem [**cena um**] a que devemos nos ater é a da construção da narrativa policial no seu ponto desencadeador: Pablo Vinicius Cabral, policial militar, informa que um colaborador, morador da comunidade e *não identificado*, dirigiu-se à guarnição policial para denunciar comércio de drogas na região.

A **primeira controvérsia** na narrativa dos policias é em relação à denúncia do morador não identificado, pois se em sede policial Pablo Vinicius Cabral e Victor Hugo Lago afirmam que a informação foi de que "*havia um indivíduo a poucos metros do local onde se encontravam com material entorpecente a fim de comercializá-lo. Ato contínuo, foram até o local informado e encontraram Rafael Braga Vieira*" (fl. 03/04), em juízo a conduta unitária é transformada em pluripessoal: "*um colaborador veio até a guarnição informar que existia um grupo de pessoas comercializando drogas umas duas ruas à frente. Nós fomos lá verificar e eu avistei um grupo correndo, só que o meliante ficou*." (00:52m do depoimento, grifamos)

A **segunda controvérsia** é a do destinatário da informação prestada pelo morador não identificado: Pablo Vinicius Cabral diz ter sido abordado diretamente – "*Juiz: Aí, eu acho que o doutor advogado está querendo dizer é que senhor lá falou 'quando um morador não identificado informou que havia um indivíduo' e aí aqui, quando o senhor respondeu para a doutora promotora o senhor falou que seria um grupo. Aí ele está querendo entender. Testemunha: É, foi o que eu falei. Na dinâmica que o morador veio falar comigo, de repente tinha um, mas quando eu fui lá era um grupo*." (08:00 do depoimento) –, enquanto Victor Hugo Lago, que fazia patrulhamento com o primeiro, refere ter sido a informação passada por outro policial que havia recebido originalmente a denúncia – "*Defesa: Voltando à questão do colaborador que teria feito a denúncia anônima. O senhor teve essa informação a partir de quem? Testemunha: De outro policial. Defesa: Qual policial que disse isso? Testemunha: Foi o soldado Lopes, de outra equipe. Defesa: O quê exatamente ele disse? Testemunha: Ele me ligou e disse, 'olha, um morador passou aqui e disse que tava tendo tráfico lá na 29. Dá um pulo lá que vocês estão perto'*." (09:30 do depoimento)

A **terceira controvérsia**, mas que ainda compõe esta primeira cena, é relativa ao desdobramento

da prisão. Victor Hugo Lago informa que Rafael Braga foi conduzido diretamente para a Delegacia – *Defesa: Boa tarde, senhor policial. Como é que foi a rotina a partir da captura? O que aconteceu depois? Testemunha: Nós voltamos com ele até onde estava a viatura, próximo do local onde ia ser colocada a cabine blindada. Ele adentrou no interior da viatura e conduzimos ele até à delegacia. Defesa: Houve algum tipo de agressão, alguma situação de domínio que precisou ser colocada alguma força contra ele? Testemunha: Não, ele não resistiu em momento nenhum. Defesa: Vocês chegaram a levá-lo para a base da UPP de vocês? Testemunha: Direto para delegacia*" – ao passo que Pablo Vinicius Cabral e Fernando de Souza Pimentel afirmam ter sido levado ao contêiner da Vila Cruzeiro – "*Testemunha: O container Vila Cruzeiro. Foi encaminhado ele até o container Vila Cruzeiro. Ele saiu, aproximadamente uns 600 metros do local onde a gente pegou e caminhando até o container da Vila Cruzeiro*" (Pablo Vinícius Cabral, 15:00 do depoimento judicial); "*Defesa: Então ele não foi levado direto à delegacia? Ele foi para a base blindada e depois para a delegacia? Testemunha: É porque nós não temos viaturas à disposição. Muitas quebradas, enfim, poucas viaturas para todas as equipes que trabalham na Vila Cruzeiro. Então a gente tem essa logística de, às vezes, uma viatura a gente está usando e cede para outro colega para levar, alguma outra condução administrativa. Então, isso é praxe. Geralmente, quando nós pegamos alguma ocorrência que estamos a pé no interior da comunidade – porque tem pontos lá que não tem como patrulhar de veículo embarcado – nós fatalmente pegamos o elemento, se for o caso de ocorrência, e conduzimos até a parte baixa, onde embarca na viatura, para levar para a delegacia*" (Fernando de Souza Pimentel, 11:00 do depoimento judicial).

Note-se que as três controvérsias apresentadas não são laterais. Não se trata do tipo de informação em que comumentemente são apresentadas variações naturais entre as versões. Os **dados são relevantes**: quem prestou a informação? Quantos estavam comercializando a droga? Para onde o flagrado foi levado?

Portanto, não é possível afirmar, como faz o julgador na sentença, que o depoimento dos policiais é "(...) *coerente, neles inexistindo qualquer contradição de valor*." (fl. 06 da sentença)

Neste contexto, o fato relevante da falta de esclarecimento do motivo pelo qual o colaborador não tenha sido identificado e trazido aos autos para depoimento não pode igualmente ser tratado como secundário. Logicamente que a polícia faz uso de informantes, que preferem o anonimato para se proteger de retaliações de grupos ligados ao tráfico. Apesar do fato de o depoimento poder ser tomado sob sigilo, situação que garantiria uma qualidade diferenciada da prova, em nenhum momento os policiais indicaram quais as razões apontadas pelo colaborador para suspeitar do grupo. O esperado é, no mínimo, um esclarecimento do motivo da suspeita, p. ex.: o colaborador não identificado presenciou a venda de droga pelo grupo? Se negativa a resposta, quais os indícios que justificaram a suspeita?

10. A **cena dois** é o momento da abordagem de Rafael Braga pelos policiais militares. Na justificativa, os policiais referem que havia um grupo comercializando droga e que com a aproximação todos fugiram, restando apenas Rafael Braga, "*parado, distraído*", portando uma "*sacola suspeita*" (fl. 04 da sentença). Algumas questões são interessantes nesta segunda cena. *Primeira*: qual a razoabilidade de se pensar que uma pessoa que integra um grupo que está vendendo drogas fique parada, distraída, com uma sacola contendo drogas?; *segundo*: posteriormente, ao notar a presença dos policiais, qual o motivo para não tentar fugir ou, ao menos, resistir prisão (situação não narrada pelos policiais), enquanto todos os

demais fogem?; *terceiro*: qual a lógica de "arremessar a sacola ao chão"?

Neste quadro ainda caberia uma pergunta: por que os policiais não se esforçaram, após a prisão de Rafael Braga, para prender os demais membros do grupo? Qual a razão de terem ficado "satisfeitos" com a prisão de apenas um dos "membros da facção"?

Mas pensemos de forma fragmentada na **composição das cenas**, analisando a narrativa passo a passo: (*um*) um morador não identificado comunica ao policial *ou* a sua guarnição que um indivíduo *ou* grupo está vendendo droga (o colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento e não realiza reconhecimento dos membros do grupo); (*dois*) na aproximação policial todos fogem, menos Rafael Braga, que fica "parado, distraído" e, finalmente, ao notar a aproximação da polícia, "arremessa a sacola ao chão"; (*três*) os policiais prendem Rafael Braga e não empreendem qualquer outro esforço (perseguição, chamada de reforço) para capturar os demais membros do grupo.

Importante ainda explorar um dos argumentos utilizados para justificar a abordagem de Rafael Braga: o fato de ter "*em poder uma sacola de conteúdo suspeito*" (fl. 04 da sentença). Há, inclusive, uma contradição ou descontinuidade nas falas: como identificar alguém com uma "sacola suspeita" se esta mesma sacola teria sido "arremessada ao chão"? Embora esta narrativa descontínua tenha sido compartilhada entre os policiais, indagamos: como seria possível afirmar-se *ex ante* que uma sacola (qualquer sacola, embalagem ou mala) tem conteúdo suspeito antes de se ter acesso ao conteúdo mesmo do recipiente? A questão, novamente, não é lateral, pelo contrário. Trata-se de um ponto central porque é um dos argumentos utilizados para motivar a abordagem policial. Seria possível, assim, imaginar que existem "sacolas intrinsecamente suspeitas"? Com o devido respeito, o argumento é insustentável do ponto de vista da análise probatória e, pelos efeitos concretos que produziu, é trágico pensar em uma sentença que aceita esta hipótese sem qualquer credibilidade fática.

11. Neste cenário pouco esclarecedor, uma **lacuna** não explorada pela polícia, pela acusação e pelo órgão jurisdicional nos parece ser decisiva, representando uma espécie de silêncio narrativo ensurdecedor.

O julgador se utiliza de máximas de experiência para afirmar a participação de Rafael Braga em associação criminosa, mais especificamente de que integraria o Comando Vermelho. A conclusão é ancorada na regra de experiência de que em uma comunidade dominada pela referida facção, ninguém poderia vender droga sem estar autorizado, ou seja, sem integrar o grupo criminoso. O argumento pode ser explorado, preliminarmente, apontando-se a nítida violação à regra do NCPC, que considera imotivada (e, portanto, nula) a decisão que "*invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão*" (art. 489, § 1º, Código de Processo Civil), ou seja, esta hipótese justificaria qualquer ato ilegal praticado na comunidade, não apenas relacionado ao tráfico, como conduta derivada de associação ao crime, porque, pela regra da experiência, em comunidades dominadas por facções qualquer conduta ilícita deve ser autorizada sob pena de retaliação.

Mas seguindo a linha proposta pelo julgador: se a máxima de experiência indica que Rafael Braga e os demais membros do grupo (fugitivos) pertenciam ao Comando Vermelho; e se, em decorrência deste pertencimento, havia uma certa organização nas atividades ilícitas, sobretudo o tráfico de drogas, *não*

seria crível pensar que haveria uma rede de proteção deste comércio ilegal? Ou, no mínimo, que Rafael Braga estivesse armado?

A propósito, não é uma regra de experiência que o tráfico, ao definir pontos de venda em comunidades, cria mecanismos de proteção exatamente para evitar prisões em casos de abordagens policiais, como rotas de fuga? Não é uma máxima da experiência o uso de menores de idade como informantes que utilizam celulares, rádios, foguetes ou "pipas" para avisar quando policiais ingressam em área de comércio de drogas? Por que no caso de Rafael Braga, se crível a hipótese de ser integrante do Comando Vermelho, nenhuma destas tradicionais redes de proteção foi acionada?

Mas o argumento que chama mais atenção é o de que **Rafael Braga foi preso desarmado**. Novamente na linha do argumento judicial é possível questionar: *não é uma máxima de experiência que pessoas associadas ao tráfico de drogas, que praticam o comércio ilegal em grupo, portem, em regra, armamento (e armamento pesado, sublinhe-se)?*

No caso – e esta conclusão é trágica e sintomática –, as regras de experiência serviram apenas para a incriminação de Rafael Braga, quando outras, igualmente evidentes e até mesmo com maior grau de factibilidade, simplesmente foram esquecidas ou ignoradas.

12. A **cena três**, desde o ponto de vista dos pesquisadores, revela uma das **omissões** mais contundentes na análise do conjunto probatório. A terceira cena pode ser imaginada como uma ruptura no "relato oficial" (depoimento dos policiais), como a gravação de uma imagem paralela, realizada por um terceiro observador (testemunha ocular) que simplesmente não ganhou qualquer relevância. Pelo contrário, foi injustificadamente desprezada. Aliás, importante lembrar que é exatamente esta condição de terceiro espectador que legitima alguém como *testemunha válida*, em posição de imparcialidade real, diferente daquela que, no caso, ocupam, p. ex., os policiais envolvidos no flagrante.

Não é irrelevante lembrar que *os policiais, como agentes da lei que realizaram a abordagem e a prisão em flagrante, têm, inegavelmente, interesse em manter válida a sua narrativa*. Sob pena, inclusive, de estarem vulneráveis aos procedimentos investigatórios de eventuais irregularidades nos campos administrativo e criminal. A questão é relevante e, por si só, problematizaria de forma contundente a absolutização da Súmula 70 do TJERJ.

No caso, diferentemente do que parece ser o fundamento de legitimidade da Súmula – estabelecer a presunção de legalidade e moralidade da palavra dos policiais quando os depoimentos são coerentes e não há outra prova trazida aos autos, conforme destacado anteriormente –, prestou depoimento uma testemunha que presenciou os fatos e que narra uma sequência totalmente diversa daquela expostas pelos agentes da lei. A observadora externa, que compareceu em juízo, *prestou compromisso* e *não foi contraditada pelo Ministério Público*[24], é a moradora da comunidade Evelyn Barbara Pinto Silva, presente no momento do flagrante.

Na sentença, o julgador apresenta a sua leitura do depoimento: "*segundo a aludida testemunha*

---

24 "*Juiz: Entendi. Então a senhora será ouvida na qualidade de testemunha. Presta o compromisso legal de dizer a verdade e a circunstância da senhora ser amiga da mãe dele será avaliada no momento oportuno. Ninguém está aqui para prejudicar ninguém e nem para favorecer ninguém, só apurar a verdade. Então a senhora fica ciente. Apenas o que a senhora souber e sem nenhuma mentira*." (Evelyn Barbara Pinto Silva, 03:00 do depoimento judicial, grifamos)

Evelyn Barbara, foi possível observar da varanda de sua casa o réu Rafael Braga sozinho, sem qualquer objeto em suas mãos, sendo abordado e agredido pelos policiais militares. Ato contínuo, narrou a aludida testemunha Evelyn que o acusado foi arrastado por um policial até a parte baixa da rua, o que comprometeu a sua visão." (fl. 07 da sentença)

O julgador desqualificou a fala da testemunha em razão de ter dito "(...) *que era amiga e frequentava a casa da genitora do acusado por muitos anos*" (fl. 07 da sentença), concluindo, portanto, que "(...) *as declarações da testemunha Evelyn Barbara, arrolada pela Defesa do réu, visavam tão somente eximir as responsabilidades criminais do acusado Rafael Braga em razão de seus laços com a família do mesmo e por conhecê-lo 'por muitos anos' como vizinho*." (fl. 07 da sentença)

Algumas questões merecem ser exploradas. Em *primeiro*, o fato de a testemunha não ter sido contraditada pela acusação e de ter prestado compromisso no momento do seu depoimento. A circunstância por si só é relevante porque ser "amiga da mãe" e "vizinha" não são elementos que invalidam o depoimento de testemunhas. Se houvesse dúvida quanto à idoneidade do testemunho ou à existência de relação de "amizade íntima" entre a testemunha e o réu, *caberia à acusação realizar a contradita e a depoente ser ouvida como informante*, nos termos do art. 447 do NCPC (Lei 13.105/15).[25] Não houve contradita porque as relações de vizinhança e de amizade com a mãe do réu não são causas impeditivas (suspeição) ao testemunho. Ademais, cabe indagar se, em não havendo contradita, poderia o juiz, na sentença, sem provocação, ter "reconhecido a relação de intimidade" e afastado o depoimento em razão desta "suspeição"? Conforme a estrutura do processo penal constitucional brasileiro, moldado a partir do sistema acusatório, a resposta parece ser negativa.

Em *segundo*, a estrutura narrativa do depoimento demonstra uma evidente intenção de expor aquilo que efetivamente foi presenciado pela testemunha. Note-se que a depoente apresenta uma visão não total do fato, porque admite que não teve condições de seguir observando o evento porque Rafael Braga teria sido levado para um local que obstaculizava sua visão. Assim, é possível indagar se efetivamente o depoimento é "comprometido" com a versão da defesa – nos termos em que conclui o julgador –, por qual razão a testemunha limitaria a narrativa e não apresentaria um relato mais completo? A interrupção no relato torna possível concluir – inclusive se interpretado como máxima de experiência – em sentido radicalmente oposto à conclusão apresentada pelo magistrado, ou seja, de que o relato foi voluntário (isto é, não foi construído artificialmente) e idôneo, exatamente em decorrência das circunstâncias apresentadas.

No ponto, importante reproduzir algumas informações:

---

25 "*Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*

§ 2º. São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º. São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º. Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º. Os depoimentos referidos no § 4º. serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer."

> "(04:00) *Testemunha:*
>
> *Foi assim, eu estava no muro da minha casa. Tem uma varanda que cai para rua. Ele estava passando, estava até balançando os braços. Eu mexi com ele, chamei ele pelo jeito que a gente chama que é de 'poder'.* ***Ri para ele, brinquei, ele passou. Quando ele chegou um pouquinho à frente, tinha uns policias que abordaram ele. No meio desses policiais tinha um branco, alto, do nariz bem fino, que jogou ele no canto, começou a bater nele. Bateu muito nele. Depois arrastou ele, tipo porque, na minha rua tem uma subida e tem uma descida. Ele tipo que jogou ele para descida e jogou ele para o canto da parede. Dali, não dava mais para eu ver. Como não dava mais para ver, eu peguei e fui lá correndo chamar a mãe dele****. Fui lá correndo chamar a mãe dele, e, quando a mãe dele chegou, já tinham levado ele. Foi isso que aconteceu.*
>
> *Defesa: Quando você o avistou, ele estava com alguma coisa na mão?*
>
> (05:00) *Testemunha: Não, ele estava balançando os braços.* ***Ele estava andando balançando os braços. Ele estava sem nada na mão****.* (...)"(Evelyn Barbara Pinto Silva, depoimento judicial, grifamos)

Importante destacar esta circunstância: a testemunha chama Rafael Braga de "poder" exatamente pela forma como estava andando, gesticulando os braços, o que demonstra que não trazia nada, nenhuma sacola, nas mãos. Outra questão relevante é o fato de que, pela quantidade apreendida, dificilmente a droga seria carregada em sacola. O mais provável, pelas regras de experiência, é que estivesse nos bolsos.

> "(06:30) *Defesa: E você estava de cima?*
>
> *Testemunha: Estava.* ***Como eu estava na varanda, quando eles jogaram ele para a rua debaixo, assim, para a descida, eu fui para a minha janela de cima que dali dá pra ver mais. A visão é mais ampla****.*
>
> (07:00) *Defesa: Que horas eram?*
>
> *Testemunha:* ***Era a hora das crianças irem para escola. Era umas 07:30h, 07:40h****.*
>
> *Defesa: Não passou de 08:00h da manhã?*
>
> *Testemunha: Não passou.* (...)
>
> (08:00) *Defesa: Como ele estava vestido?*
>
> *Testemunha: Ele estava com uma bermuda preta e estava com uma blusa escura, se não me engano.*
>
> *Defesa: Uma blusa escura? Ele estava com uma bermuda preta e uma blusa escura?*
>
> *Testemunha: É, se não me engano ele estava com uma blusa escura.*

> *Defesa: Entendi. Ele estava sozinho na hora que foi abordado?*
>
> *Testemunha: Sim,* ***estava sozinho****.*
>
> *Defesa: Tinha um grupo de pessoas com ele?*
>
> *Testemunha: Não, ele estava sozinho.*
>
> *Defesa: Não tinha mais ninguém ao redor dele?*
>
> *Testemunha: Não tinha.* (...)
>
> (10:00) *Defesa: Entendi. Você não chegou a acompanhar a condução dele não? A saída da viatura com ele?*
>
> *Testemunha: Não, porque como eles estavam batendo muito nele, jogaram ele para a rua debaixo, eu fui chamar a mãe dele, para a mãe dele ir lá.*
>
> *Defesa: E quando a mãe dele apareceu, eles já tinham levado o Rafael?*
>
> *Testemunha: Sim, já tinham levado.*
>
> *Defesa: Que nada trazia nas mãos, nesse dia?*
>
> *Testemunha: Nada.*
>
> *Defesa: Quantos policiais participaram da abordagem a ele?*
>
> *Testemunha: Assim que chegou eram quatro, depois encheu. Ficou muito cheio. Aí foi quando eu fui chamar a mãe dele, que começaram a bater nele, jogaram ele para a rua debaixo. Aí eu fui chamar a mãe dele correndo.*
>
> *Defesa:* ***Eram visíveis essas agressões de onde você estava?***
>
> *Testemunha:* ***Era visível porque era na rua****.*" (Evelyn Barbara Pinto Silva, depoimento judicial, grifamos)

Os dados são relevantes: Rafael Braga estava sozinho, sem nada nas mãos, conversando com a testemunha, quando foi abordado e agredido pelos policiais.

A conclusão é a de que, no mínimo, *há uma versão idônea que se contrapõe àquela apresentada pelos policiais*. E mesmo se a versão pudesse estar comprometida pelos laços de vizinhança e amizade da testemunha com a mãe de Rafael Braga, a situação probatória seria a da existência de versões conflitivas de sujeitos que possuem interesse em manter suas versões: a **testemunha**, pelos laços de vizinhança e amizade com a mãe do réu; os **policiais**, em face da acusação da violência empregada e de terem forjado o flagrante.

Neste conflito – se, por hipótese, desqualificada a fala de Evelyn Bárbara, o que não nos parece ser a melhor interpretação do conjunto probatório –, resta uma situação de dúvida razoável que necessariamente deve conduzir à absolvição de Rafael Braga. No contexto narrado, a partir das circunstâncias fático-probatórias apresentadas e que tornam hígido o depoimento de Evelyn Bárbara, o *princípio da presunção de veracidade do depoimento dos policiais*, instrumentalizado pela Súmula 70, não pode afastar o *princípio do in dubio pro reu*, critério de maior relevância na interpretação da prova nos sistemas de processo penal dos Estados Democráticos de Direito.

13. Mas uma outra cena (**cena quatro**) deve ainda ser agregada ao evento: Rafael Braga estava em livramento condicional, monitorado eletronicamente pelo Departamento Penitenciário do ERJ. Neste sentido, é questionável a ausência, nos autos, do relatório completo do sistema de controle que permitiria reconstruir a trajetória percorrida após a prisão. O fato é notório e reconhecido pelo próprio julgador ao realizar a dosimetria da pena (pena-base): "*o acusado no ocasião de sua prisão encontrava-se em gozo de benefício extramuros, inclusive fazendo uso de tornozeleira eletrônica, como esclareceu na quando de seu interrogatório*." (fl. 09 da sentença)

O mapa do trajeto é fundamental para validar uma das inúmeras narrativas do que houve após o flagrante.

O objetivo primeiro da utilização da tornozeleira eletrônica é o monitoramento de todas as ações de investigados, réus ou condenados. Assim, não tem sentido que, em estando Rafael Braga sob monitoramento, os registros oficiais não tenham sido explorados, notadamente quando há conflito entre as versões dos policiais e entre estas e a do réu. Por outro lado, não parece ser uma prova difícil de ser disponibilizada, pois de posse das próprias autoridades públicas do ERJ.

14. Ao final, pensemos em recompor os fragmentos das distintas cenas deste evento que, na tradição da atual dramaturgia de documentários, poderia ser nominado "*making a drug dealer*"[26]: (*um*) um morador não identificado comunica a um policial *ou* à guarnição policial (há divergência na versão) que uma pessoa *ou* um grupo (também há divergência entre as versões) está vendendo droga; (*dois*) o colaborador permanece sem identificação, não presta depoimento e não realiza reconhecimento dos membros do grupo; (*três*) a informação é sobre prática de venda de drogas em uma comunidade, perto do comércio local e nos primeiros horários da manhã; (*quatro*) na aproximação policial todos os supostos traficantes fogem, menos Rafael Braga, que fica "*parado, distraído*" e, finalmente, ao notar a aproximação da polícia, "*arremessa a sacola* [que continha droga] *ao chão*"; (*cinco*) os policiais prendem Rafael Braga, que não resiste, e não realizam qualquer outro esforço (perseguição, chamada de reforço) para capturar os demais membros do grupo; (*seis*) Rafael Braga, supostamente membro de uma facção, é <u>preso desarmado</u> e, apesar de negociante de drogas, <u>sem dinheiro</u>; (*sete*) embora integrante de uma facção criminosa organizada, o grupo não contava com qualquer rede de proteção/aviso, de uso típico e frequente pelos grupos do crime organizado do Rio de Janeiro, inclusive pelo Comando Vermelho; (*oito*) uma testemunha presencia o fato e reconhece que Rafael Braga estava sozinho, não portava nenhuma sacola e foi levado para "*a parte baixa da rua*", mediante agressões, em versão que se harmoniza à do réu mas que é totalmente descartada na decisão; (*nove*) Rafael Braga estava sendo controlado eletronicamente pelo Departamento Penitenciário e a prova que confirmaria (ou não) a sua versão não é trazida aos autos; (*dez*) os policiais militares divergem (novamente) em relação ao trajeto pós-detenção, informando que Rafael teria sido encaminhado para a base da UPP ou para a Delegacia; (*onze*) o réu é condenado exclusivamente pelo depoimento dos policiais que realizaram a abordagem e que, logicamente, em decorrência da sua atividade, possuem interesse em validar a sua versão, visto que foram acusados de implantar droga e agredir Rafael Braga.

---

26 Referência à série "*Making a Murderer*" (Netflix, 2015), documentário que desnuda o sistema de justiça norte-americano ao narrar como um homem é inocentado por provas de DNA após anos na prisão.

Pensamos que **os elementos postos acima são suficientes para problematizar a credibilidade da prova produzida** e, no mínimo, produzem um **estado de dúvida razoável acerca das circunstâncias fáticas que ensejaram a prisão**, o que deveria direcionar a conclusão do julgamento em sentido oposto ao da condenação. Em síntese, as várias cenas que compõem o cenário da prisão, analisadas em sua autonomia, formam um quadro em que emergem inúmeras dúvidas e que não sustentam, exatamente em decorrência da ausência de uma estabilidade fático-probatória, um juízo condenatório.

Dentre todos os elementos, a instabilidade probatória atinge a centralidade do argumento judicial que legitima a condenação: a Súmula 70 do TJERJ. No caso, a relativização e o afastamento da Súmula 70 são necessários em decorrência de (*primeiro*) os depoimentos policiais não serem isolados, visto que havia outra testemunha presencial, (*segundo*) inexistir coerência entre os depoimentos policiais e entre o dos policiais e o da testemunha ocular, (*terceiro*) a testemunha ocular (bem como o réu) afirma terem os policiais agido com violência, o que denota o interesse dos agentes públicos na demanda e, finalmente, (*quarto*) não ter sido contraditada a testemunha de defesa, o que significa que prestou testemunho sob compromisso e, assim sendo, não pode ser simplesmente desqualificada sua palavra com base na relação com a mãe do acusado.

As presunções – no caso, a da legalidade e moralidade dos agentes da administração pública – possuem uma função extremamente importante no processo, qual seja, a de fornecer critérios de decidibilidade quando instável a prova, notadamente em face da proibição do *non liquet*. Ullmann-Margalit afirma que "*as presunções legais obrigam a tomar algo como verdadeiro sob determinados pressupostos; em certas ocasiões, o direito intervém e estabelece regras em forma de presunções em virtude das quais se 'infere' um fato controvertido a partir de certos fatos básicos já estabelecidos, enquanto não sejam aportados elementos de prova suficientes em sentido contrario. Deste modo, as presunções indicam antecipadamente uma resposta possível à questão controvertida, no intuito de produzir uma decisão*."[27]

As presunções, portanto, operam como regras de decisão sob determinados pressupostos. Os pressupostos de validade para a aplicação da Sumula 70 do TJERJ, que cria uma presunção de idoneidade do depoimento dos policiais, são (*primeiro*) a inexistência de outras provas; e (*segundo*) a coerência entre as versões. Conforme visto acima, nenhum destes pressupostos de validade foram verificados no caso de Rafael Braga: (*primeiro*) existe prova testemunhal que apresenta uma versão diversa daquela dos policiais; (*segundo*) os próprios depoimentos policiais são contraditórios e lacunares.

Decisões recentes do TJERJ expõem, com bastante propriedade, os limites de aplicação do enunciado.

> "*APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. DELITO DE TRÁFICO. DECRETO CONDENATÓRIO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, DIANTE DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A REDUÇÃO DA PENA BASE; RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO; APLICAÇÃO DO SURSIS OU SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS; E FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO.*
>
> *In casu, a materialidade ficou patenteada nos autos, não só pelo auto de prisão em flagrante, mas também pelo auto de apreensão de material entorpecente e laudos prévio e definitivo de exame de*

27 *Apud* Mendonça, Daniel. Presunciones *in Doxa*, v. 21, Universidade de Alicante, 1998, p. 83. [tradução livre]

> *entorpecente, que atestaram 12g de cocaína, distribuídos em 18 sacolés. Com efeito, cumpre de antemão ressaltar que, além da cocaína, o auto de apreensão e laudos susomencionados referem-se ainda a 31g de maconha, distribuídos em 20 sacolés, e 6g de haxixe, distribuídos em 7 sacolés. Contudo, o parquet, ao imputar o crime de tráfico, olvidou da existência de tais substâncias entorpecentes, não promovendo sequer o aditamento à denúncia para inseri-las como substâncias arrecadadas durante a diligência policial. Entrementes, verifica-se que a autoria, em que pese confirmada pelos agentes da lei em juízo, não ficou suficientemente comprovada. Ora,* ***a Súmula 70 deste E. Tribunal não tem aplicação cogente e automática, devendo ser realizada uma análise pormenorizada dos depoimentos dos agentes da lei com o fito de ser conferida a devida validade à prova oral.*** *Por outro lado, não se desconhece que em crimes desse jaez a oitiva dos policiais acaba assumindo suma importância, notadamente diante da impossibilidade fática de serem arroladas outras testemunhas.* ***Todavia, embora o mister desempenhado seja árduo, diante das dificuldades estruturais sentidas na própria instituição, e das diligências realizadas em comunidades dominadas pelo narcotráfico, suas declarações devem ser coesas e harmoniosas entre si, bem como com o caderno probatório****. In casu, verifica-se que os brigadinos, já em sede distrital, relataram a dinâmica delitiva de maneira idêntica, o que, de práxis, é até admissível, diante da necessária renovação da colheita de suas oitivas sob o crivo das garantias constitucionais. Porém, no caso, averígua-se que os depoimentos das ditas testemunhas de acusação foram idênticos também em sede judicial, não sendo crível sua utilização para emissão de uma condenação. É ressabido que a prova cabal acerca da prática do injusto deve revelar o máximo de verdade real possível, ou seja, deve revelar uma probabilidade de se conceber uma ideia, mais ou menos exata, sobre a ocorrência de prática tida como delituosa. Não parece legítima a condenação fulcrada em declarações idênticas, que foram copiadas e coladas. Ademais disso, ainda que admitisse a validade de tais declarações, sopesando as mesmas com a versão do apelante,* ***verifica-se que não ficou suficientemente demonstrado o delito de tráfico, na medida em que não conseguiram demonstrar que ele estivesse praticando a abjeta mercancia****. Assim, cotejando as provas angariadas ao longo da instrução, tem-se que o Ministério Público não cumpriu satisfatoriamente com seu mister constitucional, pairando dúvidas que comprometem a emissão do juízo de censura, razão pela qual, em homenagem ao princípio in dubio pro reo, impõe-se a absolvição. Recurso a que se dá provimento*." (TJERJ, AC 0008566-87.2016.8.19.0028, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Maria Angélica G. Guerra Guedes, j. 22/08/2017, grifamos)

No caso referido acima, a aplicação da Súmula não é criticada em razão da ausência de coerência, mas da idêntica reprodução dos testemunhos de acusação. No entanto, várias outras decisões, igualmente do mês de agosto de 2017, momento em que foi redigido o parecer, afastam a Súmula 70 em razão da ausência de um conjunto probatório sólido e da falta de demonstração concreta do intuito mercantil, sendo, pois, aplicado o princípio da dúvida.

> "***É indiscutível que a palavra de policiais tem tanta valia quanto de qualquer outra testemunha, mas é certo que é exigível que esteja em consonância com as demais provas coligidas, o que não é o caso dos autos****, onde os depoimentos dos policiais não são corroborados por nenhuma outra prova, sendo certo que os milicianos* ***não presenciaram por parte do acusado nenhum ato de mercancia de droga, inexistindo suporte probatório para que ficasse configurado que se dedicasse ao tráfico*** (...).
>
> *Qualquer condenação exige um conjunto de provas sólido o bastante para deixar o julgador ao abrigo seguro de qualquer dúvida e o fato é que destes autos não deflui certeza segura, firme e serena de que o apelante se dedicava ao comércio ilícito da droga, desautorizando decreto condenatório a remeter o mesmo a mais de 06 anos de cárcere em regime fechado, conforme determinado na sentença guerreada.*
>
> *Existindo* ***duas versões para o fato****, não há porque prevalecer a que menos favorece o acusado por isso que o princípio 'in dúbio pro reo' determina que após esgotarem-se todos os meios de prova disponíveis e processualmente admissíveis que possam ser empregados pelo juiz, em seu dever de*

> *buscar a verdade real dos fatos, a sentença deve fundamentar-se na possibilidade mais favorável ao acusado.*
>
> *Em síntese, caberia à acusação comprovar a prática do ilícito de tráfico de drogas, sobretudo nas circunstâncias do caso sub judice, na qual é possível que o acusado tenha adquirido as drogas para consumo pessoal, restando não demonstrada, a meu juízo, a destinação mercantil sustentada pela acusação.*
>
> *Diante de tais circunstâncias, conclui-se que há, no mínimo, incerteza quanto à tipificação apontada na denúncia. As provas indicam apenas que as drogas poderiam ser utilizadas pelo apelante para uso próprio*." (TJERJ, AC 0000082-80.2017.8.19.0050, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 10/08/2017, grifamos)

Em sentido idêntico:

> "***Não se está a negar a validade do depoimento dos policiais, até mesmo diante da redação da súmula 70, desta Corte, todavia, a esta prova deve ser atribuída um peso relativo de modo a ser analisada dentro do caderno probatório em que inserida***.
>
> *De se ver que o réu, durante todo o processo negou ser o proprietário das drogas e do radiotransmissor, o que foi confirmado pela testemunha arrolada pela acusação, Luiz Magno.*
>
> *Como se pode verificar, a acusação não logrou êxito em produzir elementos probatórios firmes e seguros, aptos a comprovar os termos da denúncia, restando dúvida sobre a autoria do crime de tráfico de drogas.*
>
> ***Apesar dos policiais terem afirmado em juízo que Leandro, na data dos fatos, teria confessado a autoria do delito, assumindo, inclusive a posse da droga e dos demais bens que estava na sacola, esta versão não encontrou amparo nas demais provas produzidas no processo****, as quais apontam para a sua absolvição.*
>
> *Tomando por base o fato de que no processo penal* ***uma condenação deve ser lastreada em um juízo de certeza acerca da autoria e materialidade do crime****, as provas acima destacadas demonstram que, de fato, não existiam condições seguras para alicerçar uma sentença condenatória.*
>
> *Destarte, não há como persistir a imputação, em obediência ao princípio do in dubio pro reo, impondo-se, por conseguinte, a reforma total da sentença."* (TJERJ, AC 0006589-60.2016.8.19.0028, 5a Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira, j. 06/08/2017, grifamos)[28]

Nota-se, dos julgados relacionados, que apenas em situações de estabilidade probatória teria aplicabilidade a Súmula 70 do TJERJ. No caso – e infelizmente em muitos outros similares no atual cenário de atuação da Polícia Militar no ERJ –, esta presunção não pode ser transformada em uma crença, em um absoluto inquestionável, pois, na realidade concreta da vida, tem produzido situações

28 No mesmo sentido, exemplificativamente, outros julgados deste ano do TJERJ: (a) TJERJ, Apelação nº 0004048, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 10/08/2017; (b) TJERJ, Apelação nº 0004048-14.2016.8.19.0203, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 10/08/2017; (c) TJERJ, Apelação nº 00015199-44.2016.8.19.0213, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 02/08/2017; (d) TJERJ, Apelação nº 004118-26.2015.8.19.0001, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 07/06/2017; (e) TJERJ, Apelação nº 0003247-44.2015.8.19.0006, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 06/06/2017; (f) TJERJ, Apelação nº 0004773-58.2016.8.10.0023, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, j. 30/05/2017; (g) TJERJ, Apelação nº 0045273-12.2015.8.19.0021, 7a Câmara Criminal, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, j. 09/03/2017.

teratológicas e de extrema injustiça. A condenação de Rafael Braga, no processo em análise, é certamente um exemplo dessas injustiças.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

15. O estudo dos autos, sobretudo da sentença condenatória, notadamente dos argumentos judiciais expostos para justificar o juízo de tipicidade dos crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico, permite–nos apresentar algumas conclusões acerca (*primeiro*) dos pressupostos de validade da aplicação da Súmula 70 do TJERJ e (*segundo*) se, no caso concreto, a aplicação da referida Súmula respeitou os pressupostos legal e constitucional de validade.

Em primeiro, é importante referir que construção de enunciados para orientar critérios de decidibilidade sustenta-se, invariavelmente, em situações ideais. Assim, esses critérios gerais devem necessariamente ser confrontados com a realidade. A Súmula 70 do TJERJ, que admite a condenação com base exclusivamente em depoimentos de policiais militares, pressupõe, no plano político (e político-criminal), uma situação de efetividade democrática na qual as agências repressivas observem rigidamente os limites constitucionais de atuação. Por outro lado, no plano jurídico (processual penal), pressupõe (a) absoluta ausência ou a impossibilidade de outras provas e (b) a coerência dos relatos dos agentes públicos (policiais).

Em segundo, nota-se que, na sentença que condena Rafael Braga, não apenas está ausente o pressuposto que legitimaria a decisão no plano político criminal – qual seja, uma atuação regular e constante da Polícia Militar do Rio de Janeiro em conformidade sobretudo com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade dos atos –, como estão ausentes os critérios processuais de validade da prova – a inexistência ou impossibilidade de produção de outras provas e a coerência entre as versões dos depoentes (policiais militares). Conforme se percebe da instrução, existe prova testemunhal que apresenta uma versão diversa daquela dos policiais e os próprios depoimentos das autoridades públicas são contraditórios e lacunares. A divergência, a contradição e as lacunas percebidas na instrução conduzem a uma situação de, no mínimo, fragilidade probatória (dúvida razoável), o que indicaria a incidência do *in dubio pro reo*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Batista, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

Bergalli, Roberto. Fallacia Garantista nella Cultura Giuridico Penale di Lingua Ispanica *in* Gianformaggio, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

Bianchi, Paula. Uma pessoa é morta pela polícia a cada 8 horas no Rio *in Uol Notícias*, 23/02/17, disponível

em https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/23/uma-pessoa-e-morta-pela-policia-a-cada-8-horas-no-rio.

Britto, Carlos Ayres. Comentário ao art. 37, *caput*, *in* Canotilho, J. J. Gomes; Mendes, Gilmar F.; Sarlet, Ingo W.; Streck, Lenio L. (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição do Brasil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

Ferrajoli, Luigi. *Diritto e Ragione*. Roma: Laterza, 1998.

Ferrajoli, Luigi. El Derecho como Sistema de Garantías *in Jueces para la Democracia*, v. 16/17, 1992.

Gianformaggio, Letizia. Diritto e Ragione tra Essere e Dover Essere *in* Gianformaggio, Letizia (org.). *Le Ragioni del Garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

Heringer, Carolina; Marinatto, Luã. PMs Prendiam Usuários de Drogas como Traficantes para Alcançar Meta do Batalhão *in Jornal Extra*, 01/07/2017, disponível em https://extra.globo.com/casos-de-policia/pms-prendiam-usuarios-de-drogas-como-traficantes-para-alcancar-meta-do-batalhao-21542860.Mendonça, Daniel. Presunciones *in Doxa*, v. 21, Universidade de Alicante, 1998, p. 83.

Human Rights Watch, *O Bom Policial Tem Medo: os custos da violência policial no Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2016, disponível https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589.

Lemgruber, Julita; Cano, Ignacio; Musumeci, Leonarda. *Olho por Olho? O que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'*. Rio de Janeiro: Cesec/UCAM, 2017.

Martín, Maria. Execução Policial e Estudante Morta em Tiroteio: o Rio mergulha na barbárie *in El País Brasil*, 31/03/2017, disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/politica/1490974463_586184.

Milgram, Stanley. *Obedience to Authority*. New York: Harper & Row, 1974.

Misse, Michel; Grillo, Carolina Christoph; Néri, Natasha Elbas Letalidade Policial e Indiferença Legal: a apuração judiciária dos 'autos de resistência' no Rio de Janeiro (2001-2011) *in Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, edição especial n. 1, 2015.

Misse, Michel; Grillo, Carolina Christoph; Teixeira, César Pinheiro; e Néri, Natasha Elbas. *Quando a Polícia Mata: homicídios por 'autos de resistência' no Rio de Janeiro (2001-2011)*. Rio de Janeiro: Necvu/ Booklink, 2013.

Soares, Barbara Musumeci; Moura, Tatiana; Afonso, Carla (orgs). Auto de Resistência: relatos de familiares de vítimas da violência armada. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009.

Soares, Rafael. Um em cada seis homicídios no Rio foi cometido por policiais em 2016 *in Jornal Extra*, 17/02/17, disponível em http://extra.globo.com/casos-de-policia/um-em-cada-seis-homicidios-no-rio-foi-cometido-por-policiais-em-2016-20940865.

Surhone, Lambert; Tennoe, Mariam; Henssonow, Susan (eds). *Stanford Prison Experiment*. La Vergne: Betascript, 2010.

Verani, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei: uma prática ideológica do direito penal*. Rio de Janeiro, Aldebarã, 1996.

Zaccone, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Zimbardo, Philip. *O Efeito Lúcifer*. Rio de Janeiro: Record, 2013.

PARA UM "PLEA BARGAINING" BRASILEIRO SUSTENTÁVEL:
o necessário diálogo com os custos do direito

Juliano Keller do Valle[1]

RESUMO

A presente pesquisa pretende investigar a instalação das formas de justiça criminal negociada e seu espaço de consenso através da perspectiva do paradigma da sustentabilidade, da finitude de recursos públicos e do custo dos direitos. De igual forma o texto aborda a discussão acerca da análise da Teoria do Bem Jurídico do Direito Penal e qual relação é possível fazer com a pemanência do Sistema Inquisitorial no Processo Penal, e o seu grau de influência no modelo consensual criminal normativo brasileiro.

Palavras-chave: Teoria do Bem jurídico. Plea Bargaining. Sustentabilidade. Colaboração Premiada. Acordo de não Persecução Penal. Custo dos Direitos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho terá como objetivo estabelecer reflexões acerca do atual panorama jurídico criminal no contexto da justiça negociada, que estabeleceu novos parâmetros para a persecução penal.

Primeiramente a Teoria do Bem Jurídico é confrontada com a *nova práxis de barganha criminal* no sentido de se constatar (ou não) o vilipêndio ao *minimalismo penal ou o modelo de intervenção penal mínima*.

Na sequência, será abordado de forma introdutória – mas igualmente importante – se este movimento de mudança estrutural no sistema processual penal brasileiro, reflete uma tendência mundial de disrupção de monopólios legislativos dos países, como ocorreu com o transplante do sistema de "pleas" estadunidense para o Brasil.

---

1 Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI/PPCJ com Dupla Titulação pela Delaware Law School University (USA). Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI/PPCJ. Professor de Processo Penal e Direito Penal da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIVALI. Diretor do Núcleo de Direito Penal e Processo Penal da ESA/SC. Advogado. E-mail: julianokellerdovalle@gmail.com

Por fim, a apresentar-se-á a prática de uma persecução penal de matriz sustentável, como contraposição a frivolidade das demandas criminais propostas pelo titular da ação penal pública, sua abusividade e seus impactos no possível esgotamento dos recursos públicos a partir da metáfora da Tragédia dos Comuns.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO PENAL: O QUE HÁ DE LEGÍTIMO OU NÃO PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

O Direito Penal é o instrumento do qual o Estado dispõe para a manutenção da ordem social *via controle social*[2].

Entender a real importância da *concepção do bem jurídico em matéria penal* perpassa, também, *na exata percepção da legitimidade ou não do direito de punir via direito penal e processo penal democrático enquanto procedimento em contraditório e seus impactos econômicos através da perspectiva do paradigma da sustentabilidade*, como será desenvolvido mais à frente.

Através, portanto, deste primeiro referente que é a teoria do bem jurídico penal aplicado no Estado Democrático de Direito, a *legitimidade do poder estatal* só será, de fato, constituída, se o Direito Penal for de *intervenção mínima* amparado em instituições jurídicas legítimas e limitadoras de sua função repressiva, como é o caso dos princípios da *legalidade*, da *subsidiariedade,* da *fragmentariedade* e do *bem jurídico penal*, decorrendo daí o seu caráter de *ultima ratio,* amparado na função de *proteção subsidiária dos bens jurídicos*.

No mesmo sentido, a *escola de direito penal alemã* nos anos 1960 – sob o engajamento de um projeto alternativo de sua parte geral, o *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs - se ocupou em estudar a tendência de retração do direito penal*, foi ultrapassada nos últimos anos no que Silva Sánchez à época identificou como *expansão do direito penal* chamado de *modernização do direito penal*[3], com a

---

2 Entre vários conceitos e definições acerca do sentido que se quer dar sobre 'controle social através do direito penal', optei por trazer o belo livro do Professor Doutor Luis Greco que tão bem traçou alguns expoentes da chamada '*Escola de Frankfurt'*, seguindo o critério utilizado por ele de citar alguns doutrinadores que a seu juízo dtivessem qualidades de *originalidade, consistência na fundamentação e papel de destaque no debate como um todo: "[...] Hassemer* compreende o direito penal como *instância de controle social*, que se caracteriza justamente por sua *formalização*, no que se distingue de outras instâncias de controle social como a família, a escola ou o ambiente de trabalho. A principal finalidade do direito penal é a proteção de bens jurídicos; e Hassemer entende por bens jurídicos 'interesses humanos necessitados de proteção penal'. Tais interesses são referidos apenas a indivíduos, de modo que apenas bens jurídicos individuais são de pronto legitimáveis; bens suprain-dividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (chamada *teoria pessoal*, ou *monista-pessoal, do bem jurídico*). E no que se refere a bens jurídicos coletivos, deve o legislador agir de modo especialmente comedido, pois eles são excessivamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*. Hassemer parte de um modelo ideal do direito penal de um estado de direito, que se caracterizaria por proteger bens jurídicos (no sentido da teoria pessoal), por meio de crimes de lesão ou de perigo concreto, estritamente formalizado e reduzido a seu núcleo de todo indispensável". GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

3 GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** p. 1

multiplicação de tipos penais de características muitas vezes difusas[4] criticados fortemente por Hassemer em face do desvirtuamento do chamado *modelo ideial*[5].

A *multiplicação atualmente existente de tipos penais baseados em bens jurídicos duvidosos* que anteriormente a *escola de direito penal alemã* nos anos 1960 – sob o engajamento de um projeto alternativo de sua parte geral - se ocupou em estudar, mostrou-se refratária àquele na medida em que a tendência era de *retração* do direito penal, o que foi denominado sob o 'turvo rótulo' de *modernização do direito penal*[6]

A teoria do bem jurídico desenvolvida por doutrinadores que influenciaram ou continuam influenciando o pensamento crítico penal em países como o Brasil justifica, ainda que por mera passagem no presente texto, a devida reflexão.

Seguindo, portanto, imprescindível é a *determinação* e a *delimitação* sobre quais valores deve incidir a tutela penal, justamente pelo ponto de que sendo exceção, e não regra, a legitimidade da aplicação do Direito Penal deve seguir a máxima de que só será possível não para toda e qualquer suposta violação de direitos, mas, sim, apenas à violação daqueles direitos que são relevantes e essenciais à sociedade, *chamados doravante de bens jurídicos penais*.

Mesmo assim, a construção conceitual de *bem* não é suficiente para o Direito Penal e,

---

4 Sobre a expressão modernização do direito penal: "[...] A todo lado surgem novas criminalizações, que decorrem da proteção penal ou de *bens jurídicos coletivos* apenas recentemente entendidos como merecedores de proteção (exemplo paradigmático: direito penal ambiental), ou da criação de bens jurídicos coletivos até então de todo desconhecidos (o que ocorre principalmente no direito penal econômico). Novos *perigos do mundo industrial-global* são cada vez mais objeto de normais penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, *crimes of the mighty*). Mas as novas criminalizações derivam não apenas da expansão do âmbito de objetos protegidos, e sim também de uma antecipação da proibição penal: mencione-se especialmente a tendência de se formularem novos *crimes de perigo abstrato*, isto é, de tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico. Discute-se também a *eficiência do direito penal* como instrumento de controle de comportamentos: termos frequentes aqui são o direito penal simbólico e a prevenção geral positiva. Surgem possibilidades de reagir penalmente contra ações de *pessoas jurídicas*. E, por fim, até mesmo o *processo penal* é atingido por esse fluxo de mudanças, sendo de se destacar-se a crescente flexibilização de suas formas, em especial por meio da transação penal e de várias outras restrições de defesa". GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** p. 2.

5 Do que ele diz, pela leitura do Professor Doutor Luis Greco: "[...] Esse direito penal moderno surge de um processo análogo àquele que Horkheimer e Adorno descreveram como a 'dialética da ilustração': o direito penal secularizado, orientado para as consequências e livre da metafísica teria levado essas suas características (positivas) a uma tal completude que se tornou algo ruim. A Hassemer parecem criticáveis sobretudo quatro aspectos do direito penal moderno. Primeiramente, a constante criação de novos *bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual:* em razão de seu caráter indeterminado e turvo, tais bens jurídicos se mostram especialmente inidôneos a serem protegidos pelo direito penal formalizado. Em segundo lugar, a correlacionada incriminação de meros perigos abstratos – 'o modelo de delito da modernidade'-, que é problemática por já se intervir na liberdade do cidadão ainda que, no caso concreto, nada de ruim esteja a ponto de ocorrer. Em terceiro lugar, critica Hassemer os *déficits de implementação do direito* penal moderno: por causa de seu caráter formalizado, não consegue o direito penal enfrentar suas novas tarefas, surgindo gigantescas cifras negras nos setores modernos do direito penal ambiental ou de tóxicos. E, em quarto lugar, a *desfomarlização,* que decorre da pressão no sentido de que, apesar das dificuldades, cuide o direito penal dos modernos problemas, e que significa uma perda das garantias que caracterizam o direito penal do estado de direito. O direito penal moderno cada vez mais distancia-se do modelo ideal e apresenta traços de um direito penal 'simbólico', isto é, enganador, por prometer aquilo que não pode cumprir". GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato), p. 17.

6 GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** p. 1

da mesma forma, não é capaz de *impor limites ao poder punitivo estatal*, na medida em que para se categorizar algo como *bem*, necessária é a análise valorativa do objeto em questão, para então determinar se esse objeto *deve* ou *não* ser alçado à categoria de bem e, por consequência simples, *justificar* ou *não* a incidência da tutela penal.

A questão nevrálgica e problemática desta teoria é de que quem realiza essa valoração é o próprio Estado. O dilema é desenhado: O Estado impondo limites ao seu próprio poder punitivo, teria legitimidade? Parece que, por óbvio não se pode sustentar, em razão da arbitrariedade que decorreria naturalmente dessa situação, fosse esse o critério adotado.

Nos dias atuais, cada vez mais tem se adotado a *fundamentação constitucional* para embasar o conceito de *bem jurídico penal,* capitaneados por Claus Roxin e sua concepção de *proteção subsidiária de bens jurídicos*[7] , e, curiosamente a referência a um bem jurídico não ser necessária para o doutrinador alemão, em três exceções: *proteção do embrião, a proteção de plantas e animais e a gerações futuras*[8].

A evolução da *teoria do bem jurídico*, t o r n o u cada vez mais evidente que seria impossível e impraticável falar-se em uma formulação positiva do critério de bem jurídico[9], justamente pela dificuldade em delimitar-se quais *objetos* ou *bens* seriam *dignos de proteção* pelo Direito Penal.

Justamente por isso, retorna-se a um conceito *eminentemente material de bem jurídico*, mas partindo-se de uma *premissa distinta*. Passa-se então à determinação de um postulado negativo de bem jurídico, ou seja, ao invés de elencar-se um rol de quais bens jurídicos deveriam ser objeto da tutela penal, uma vez que o que ocorre é a *exclusão de todos aqueles bens tidos como insignificantes ou irrelevantes para o Direito Penal* [10] , objetivando deixar apenas *aqueles interesses que seriam essenciais ao desenvolvimento humano*.

Valendo-se desse critério de exclusão, que se coaduna perfeitamente com o modelo de Direito Penal adotado em um Estado Democrático de Direito, Roxin, portanto, pretendeu desse modo dar a limitação significativa naquilo que *pode ser objeto de intervenção do Direito Penal*, permanecendo considerados (e inalterados) como bens jurídico-penais apenas aqueles interesses necessários à convivência em sociedade e ao desenvolvimento das potencialidades humanas, sejam eles *individuais* ou *coletivos*, em consonância com os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados em um modelo de Estado Democrático.

---

7 Do Professor Doutor Luis Greco que se extrai: "[...] Enquanto coautor do Projeto Alternativo de Código Penal (1966), foi Roxin um protagonista da discussão a respeito das descriminalizações no direito penal sexual, de modo que até hoje defende o conceito de *bem jurídico* contra os seus muitos críticos e vê na 'proteção subsidiária de bens jurídicos' o fim do direito penal. Como para eles bens jurídicos são 'dados ou finalidades... necessários para o livre desenvolvimento dos indivíduos, para a realização de seus direitos fundamentais ou para funcionamento de um sistema estatal fundado nestas finalidades', reconhece ele já de antemão bens jurídicos coletivos. Ainda assim esforça-se ele por desmascarar bens jurídicos falsamente coletivos, que não sejam mais do que a soma de bens jurídicos individuais. Tal seria o caso do bem jurídico saúde pública, do direito penal de drogas, e da 'capacidade de funcionamento do sistema de seguros', do estelionato contra seguros". GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**,** p. 38.

8 GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** p. 38.

9 LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão** – Tomo I. p. 97.

10 DIAS, José Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral – TOMO I – Questões Fundamentais**. Editora: Coimbra, p. 73 e segs.

Destarte, a teoria do bem jurídico também se constitui como verdadeiro *limite* ao *jus puniendi* estatal, portanto, democrático, na medida em que, segundo Figueiredo Dias**,** somente é passível de punição a violação àqueles bens jurídicos dotados de dignidade penal, ou seja, *cuja lesão se revela digna e necessitada de pena.*

Embora trate-se de elemento do qual não se pode prescindir para a regular aplicação do Direito Penal, o conceito de bem jurídico penal permanece aberto, incapaz de ser acuradamente delimitado ou precisado e, portanto, incapaz de expor claramente o que deve ou não ser criminalizado.

2. A MENTALIDADE INQUISITÓRIA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ESPAÇO DA BARGANHA CRIMINAL: ERIGINDO UMA PERSECUÇÃO CRIMINAL SUSTENTÁVEL

O Estado Novo[11] do Presidente Getúlio Vargas provocou profundas transformações na também chamada 'Terceira República Brasileira', na qual a história aponta como sendo um importante momento para o ingresso brasileiro na ideia de modernidade – ainda que tardia – mas também no plano das legislações ordinárias, especialmente na promulgação dos (ainda) vigentes Código Penal de 1940 e Código de Processo Penal de 1941.

Ambas as legislações retrataram a utilização de ferramentas jurídicas eficazes e se constituíram inexoravelmente em eficientes mecanismos de controle estatal na qual a defesa do cidadão era mitigada em detrimento da 'defesa social', mentalidade não só eminentemente inquisitorial e autoritária exposta na exposição de motivo da lei processual[12], mas como também como projeto de instrumentalização do *fascismo* – seja por ideologia ou *modo de vida*[13] *- e hegemonia de poder.*

É então a partir da premissa autoritária e do *esmagamento* das garantias que o Processo Penal foi pautado por elementos conservadores e ortodoxos no que tange aos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal no *exercício do poder de punir*, inclusive com a possibilidade do Poder Judiciário interferir na *opinio delicti do órgão acusador* que se manifestava pelo arquivamento do inquérito policial.

O segundo referente proposto é investigar a barganha criminal adotada no Brasil, a partir da reflexão crítica acerca do uso excessivo de acordos antes do processo ou durante a tramitação de processos,

---

11 Regime político no Brasil que teve seu início em 10 de novembro de 1937 e seu fim em 31 de janeiro de 1946.

12 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os Sistemas Processuais Agonizam?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Coords.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017. P. 9 e segs.

13 Não só como modelo político ao gosto do senso comum: "[...] Lembraremos o Ur-Fascismo (Fascismo Eterno) que sempre está ao nosso redor, recordado por Umberto Eco. Mais que uma ideologia, entendida como um complexo de ideias sócio-políticas, trata-se de um modo de vida, maneira de pensar e agir, hábitos culturais, nebulosa de pulsões obscuras e por vezes insondáveis. Por isso, a capacidade de ser um amálgama, uma colagem de ideias (iu da falta delas) diversas e inclusive contraditórias. Combinação desconjuntada, nada essencial, de regimes de culto à tradição, de frustração, blindado à crítica – por um lado, pronto a forjar inimigos numa ideia permanente de guerra e, por outro, apto a conceber um líder intérprete de uma vontade comum paranoica, machista, capitalizável naturalmente por um léxico pobre e uma sintaxe elementar limitadora de qualquer raciocínio e, sobetudo, como horror à diferença. AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Criminologia**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 257.

além de verificar a sua compatibilidade ou incompatibilidade frente aos princípios do processo penal brasileiro e dos custos de litigância, em consonância com o paradigma da sustentabilidade[14] e da eficiência do uso dos recursos públicos consumidos pelo Poder Judiciário[15].

A aderência ou *tropicalização* do Brasil ao modelo de justiça criminal negociada teve início a partir da vigência da Lei 9.099 de 1995, a qual estabeleceu parâmetros de flexibilidade ao exercício da ação penal (princípio da obrigatoriedade), do modo e da forma de intervenção da jurisdição penal (baseada na conciliação), do direito de defesa (renunciado em nome da composição), do direito ao devido processo legal (abreviado pela suspensão condicional do processo), do contraditório (de que da proposta não caberia resposta), e da presunção da inocência (ou não culpabilidade), todos eles mitigados por aquele novo padrão de justiça criminal.

Assim, houve um movimento gradativo de transformação de concepção dos mecanismos da ortodoxa persecução penal baseada na obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal como única via do *jus puniendi e* do processo penal como procedimento em contraditório de tradição romano-germânica, para uma via diversa e heterodoxa àquele padrão, de forte influência estadunidense – o "plea bargaining"[16] –, com a importação de instrumentos de abreviação do processo ou do não processo.

Todavia o Código de Processo Penal ainda em vigor é o de 1941, em contexto histórico, constitucional, social e institucional diverso da aposta acusatória feita após 1988. Ainda assim, as reformas parciais no texto não foram capazes de retirar nem a sua raiz inquisitória, nem mesmo a Lei 13.964 de 2019, que expressamente admitiu o modo acusatório no art. 3-A do Código de Processo Penal o que reforça a dificuldade de restruturação democrática e a permanência das velhas antinomias autoritárias.

A pretexto de combater a criminalidade através de métodos de maior eficiência, a colaboração premiada, por exemplo, tornou-se um ambiente rarefeito a ideia de criação de espaço de negociação e de posições simétricas de partes democraticamente colocadas no jogo processual. Em verdade, a influência autoritária no processo penal brasileiro, criou acordos de rendição - e de maior demonstração de força do

---

14 "A grande maioria estima que o conceito de 'sustentabilidade possui origem recente, a partir das reuniões organizadas pela ONU nos anos 70 do século XX, quando surgiu forte a consciência dos limites do crescimento que punha em crise o modelo vigente praticado em quase todas as sociedades mundiais. [...] Ambos os dicionários referidos nos oferecem dois sentidos: um passivo e outro ativo. O *passivo* diz que "sustentar" significa equilibrar-se, manter-se, conservar-se sempre à mesma altura, conservar-se sempre bem. Neste sentido, "sustentabilidade" é, em termos ecológicos, tudo o que a Terra faz para que um ecossistema não decaia e se arruíne. Esta diligência implica que a Terra e os biomas tenham condições não apenas para conservar-se assim como são, mas também que possam prosperar, fortalecer-se e coevoluir". BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: O que é – O que não é. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 37.

15 Neste artigo a pretensão é discutir brevemente a ideia de eficiência no uso dos recursos públicos pelo Poder Judiciário, e que por isso é necessário entender que há custos no litígio criminal: "[...] Quando o detentor de um direito legal sofre lesão nesse direito, o mais comum é que possa peticionar, em busca de um remédio, um juiz cujo salário é pago pelos contribuintes. Para obter o remédio judicial, que é uma forma de ação do governo, a parte lesada exerce seu direito de usar o sistema litigioso financiado pelo público, sistema esse que, para esse fim, tem de estar sempre pronto e à disposição. Como já se disse, o detentor de um direito é sempre o autor potencial de uma ação judicial de um recurso. Em consequência disso, quando é mais difícil para o queixoso buscar a proteção junto ao juiz, os direitos sofrem. Um dos modos pelos quais isso se dá consiste em privar os tribunais do dinheiro de que precisam para funcionar. Reivindicar um direito de modo eficaz, em contraposição, equivale a pôr em movimento o mecanismo coercitivo e corretivo da autoridade pública. Esse mecanismo tem uma operação dispendiosa, e quem paga por ela é necessariamente o contribuinte". HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontres. 2020, p. 32.

16 O sistema de "pleas" estadunidense é composto de: declarações de culpado, não culpado e *nolo contendere* formuladas em juízo. Para entender de forma inicial o sistema de barganha criminal norte-americano é sugerida a leitura de CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargaining**: resolução pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

acusador - em que uma parte está se rendendo a outra, ou seja, possivelmente pode ser colocado dúvidas quanto a voluntariedade do acordo.

De outra banda, em sentido de ampliação da justiça negocial a mesma Lei 13.964/2019 inseriu o art. 28-A do Código de Processo Penal – proposta administrativa já existente pelo Conselho Nacional do Ministério Público de no. 181/2017 -, para regular o acordo de não persecução penal (ANPP).

Como um dos requisitos, definiu a assunção da culpa e confissão do investigado – inexistente na transação penal da Lei 9.099/95 em seu artigo 76.

As fórmulas de acordos criminais no processo penal brasileiro, fazem parte da realidade. A colaboração premiada e o acordo de não persecução penal são exemplos nacionais da expansão mundial dos sistemas de "pleas" – as declarações de culpado, não culpado e *nolo contendere* formuladas em juízo -, uma vez que essas medidas não se limitam mais a países de tradição jurídica "comom law", sendo os Estados Unidos da América do Norte sua tradução mais proeminente.

Na Europa, países como a Alemanha e a Itália de tradição "civil law" passaram a prever também formatos de acordos criminais adaptados às suas realidades, oriunda da influência de vários instrumentos de barganha.

Ao investigar o modo como vem se operando a barganha criminal no Direito Processual Penal no Brasil, também é preocupação buscar inspirações para erigir um novo modelo de persecução penal equilibrado, sustentável e minimamente compatível com os preceitos do Estado de Direito, sem se descurar da devida atenção quanto a uma questão paradoxal que envolve celeridade e eficácia da justiça baseada no acordo criminal e seus impactos econômicos e sociais[17].

Se por um lado é possível constatar que a morosidade mantém presos mais tempo que o necessário, assim como vítimas e testemunhas têm de esperar muito tempo para verem o caso resolvido, por outro lado, não se deve associar a celeridade com ganhos diretos ou indiretos com maior eficácia ou qualidade nos tribunais, vez que o objetivo a se lograr é "[...] o controle dos atrasos e não sua eliminação pura e irracional"[18].

O tema possui relevância em razão dos custos da litigância criminal e dos seus excessos, bem como a finitude dos recursos públicos para o seu consumo[19].

---

17 "[...] O novo contexto de intervencionismo judicial de que falei coloca outras luzes sobre a questão. A juridificação econômica, política e do bem-estar social tem como outra face o aumento exponencial da litigação e a consequente sobrecarga dos tribunais, com impacto no tempo dos processos. Diferentes de país para país, foram ensaiadas diversas respostas para lidar com esse fenômeno: informalização da justiça; reapetrechamento dos tribunais com recursos humanos e infraestrutguras; automatização; novas tecnologias de comunicação e informação; criação de tribunais especiais para a pequena litigação de massa, reformas processuais, entre outras". SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011, 3ª ed. p. 41.
18 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. p. 42.
19 "[...] Para remediar as violações passadas e impedir as futuras, os tribunais dependem da cooperação de órgãos do poder executivo, os quais, por sua vez, sempre operam no contexto de violentas restrições fiscais. O problema é muito claro no que se refere aos serviços sociais. Os departamentos de serviço social recebem verbas limitadíssimas para lidar com problemas potencialmente infinitos; usando o conhecimento detalhado que possuem da situação real da região onde operam, precisam distribuir os parcos recursos que têm a disposição da maneira que julgarem mais eficaz. Em razão das difíceis restrições orçamentárias, certas vítimas potenciais de maus-tratos se tornam vítimas efetivas e o Estado pouco terá feito para impedir que isso aconteça. Essa situação é deplorável, mas num mundo imperfeito, onde os recursos são limitados, também é inevitável. Para levar os direitos a sério, é preciso levar a sério a escassez de recursos". HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. p. 75.

Na Justiça Negocial, se há acordo não há ação penal.

O Processo Penal na lógica do acordo é atentar para o custo da oportunidade, isto é, o Juiz e o Ministério Público não ganham absolutamente nada em promover uma ação penal – o subsídio de cada um é pago mensalmente independentemente do volume de trabalho -, todavia o custo da oportunidade[20] (alocação de tempo) é distribuída de forma a se dedicar a crimes mais graves e que não são passíveis de acordo.

É ponto comum que o transplante dessa estrutura criminal distinta – o sistema de "pleas" estadunidense - ocasionou uma desorientação, por assim dizer da lógica de uma ação penal indisponível para uma lógica flexível – sem critérios definidos para o titular da ação penal - que gera problemas de "overcharging prosecution" vertical (imputação de pena máxima de um crime) e/ou horizontal (imputação máxima de crimes), qual seja o abusivo número de ações penais de evidente postura de "lawfare" contrários a ótica da eficiência muito próxima da metáfora da Tragédia dos Comuns[21] e do ideal racional de que a persecução penal deve ser minimamente sustentável[22].

Muito se fala no olhar econômico e sustentável nas demandas de outras áreas do direito (tributário, cível, etc) e no Direito Penal e Processual Penal não é diferente. A adoção de posturas sustentáveis demanda custos, no qual exige que o Estado possa agir limitando a exploração e o uso de recursos públicos e/ou coletivos[23].

Assim, pensar o Direito Penal, o Processo Penal, a barganha criminal e sua relação com o paradigma da Sustentabilidade é considerar seu impacto positivo neste campo do pensamento, inclusive demonstrado por estudos penais realizados pela doutrina brasileira que aponta cerca de 70% dos tipos penais existentes passíveis de enquadramento na hipótese de negociação através do Acordo de Não Persecução Penal, e que por isso estão presentes todas as condições para uma verdadeira limpeza na justiça criminal brasileira[24]. É esta modalidade um poderoso instrumento que levado por balizas democráticas, tornar-se-á uma grande ferramenta contra o desperdício de recursos públicos.

---

20 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal Estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021, p. 638.
21 HARDIN, Garett. **The Tragedy of the Commons**. Science, v. 162, p. 1243-1248, Dec. 1968.
22 "A Tragédia dos Comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, declara-se que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua *superexploração*. Em face dos limitados recursos do Meio Ambiente e de sua incapacidade de assimilação, as condutas que, isoladamente, aparentam irrelevância, transformam-se em mais um passo rumo à tragédia". MORAIS DA ROSA, Alexandre; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **O problema cognitivo do discurso da sustentabilidade.** In MORAIS DA ROSA, Alexandre; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy. **Para além do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. Florianópolis: Emais, 2018, p. 19.
23 MORAIS DA ROSA, Alexandre; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **O problema cognitivo do discurso da sustentabilidade.** In MORAIS DA ROSA, Alexandre; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy. **Para além do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. Florianópolis: Emais, 2018, p. 19.
24 LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021, 18ª ed. p. 220.

CONCLUSÃO

A construção do processo penal no Brasil se deu em épocas anteriores ao *status* político atual como sendo um instrumento de efetivo *controle social*, a despeito de leis penais materiais e processuais de clara face autoritária e antidemocrática.

A expansão das técnicas de consenso em meados dos anos 1990, e após com o advento da *colaboração premiada* e do *acordo de não persecução penal* no Brasil, demonstraram através da perspectiva de um *mundo globalizado* o transplante do instituto do plea bargaining estadunidense, com evidente curto-circuito de premissas de ambos os lados.

A consequência desse curto-circuito, e a sobrecarga do sistema punitivo, de seus custos é o esgotamento acelerado dos recursos do Estado.

Portanto, é preciso investigar de que modo as modalidades de barganha criminal aplicada ao Direito Penal e ao Processo Penal tenderá afetar este sistema de justiça e de que forma serão os impactos nos custos desta estrutura jurisdicional.

Logo, a relação do Direito Penal e do Processo Penal com a Sustentabilidade e suas dimensões merece uma ampla investigação, para se definir qual o modelo ideal de justiça criminal negociada se deve defender sustentavelmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Política da Criminologia**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: O que é – O que não é. Petrópolis: Vozes, 2016.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargaining**: resolução pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os Sistemas Processuais Agonizam?. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. (Coords.). **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DIAS, José Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral – TOMO I – Questões Fundamentais**. Editora: Coimbra, 2006.

GRECO, Luis. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato** (com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato)**.** Rio de janeiro: Lumen Juris, 2011.

HARDIN, Garett. **The Tragedy of the Commons**. Science, v. 162, p. 1243-1248, Dec. 1968.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontres. 2020.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão – Tomo I**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1989.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021, 18ª ed.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal Estratégico**. Florianópolis: Emais, 2021.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; RAMOS, Ana Luisa Schmidt. **O problema cognitivo do discurso da sustentabilidade.** In MORAIS DA ROSA, Alexandre; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; BONISSONI, Natammy. **Para além do Estado Nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. Florianópolis: Emais, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011, 3ª ed.

A ÉTICA E A TÉCNICA EM TEMPOS DE ADVOCACIA 4.0

Adriano Tavares da Silva[1]

RESUMO

No presente artigo, analisou-se a questão envolvendo o uso da técnica na advocacia, que resultou na assim chamada advocacia 4.0. Para tanto, foi-se explanada a conjuntura social e econômica que caracteriza o que se costuma chamar de "sociedade da informação", responsável, em grande parte, pelo avanço da técnica em todos os âmbitos da sociedade moderna. Igualmente, buscou-se verificar o impacto da técnica no tecido social, correlacionando-a com o advento da advocacia 4.0, para, ao fim e ao cabo, tratar de algumas das alterações normativas trazidas pela Ordem dos Advogados do Brasil neste particular. Ao final, verificou-se que a Ordem dos Advogados do Brasil fomentou e alterou seu arcabouço normativo para se adequar a esse novo modelo de advocacia.

Palavras-chave: Ética. Sociedade da Informação. Advocacia 4.0.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo, analisar-se-á a questão envolvendo o uso da técnica na advocacia, que resultou na assim chamada advocacia 4.0.

Para tanto, será necessário, inicialmente, explanar a conjuntura social e econômica que caracteriza o que se costuma chamar de "sociedade da informação", responsável, em grande parte, pelo avanço da técnica em todos os âmbitos da sociedade moderna.

Passo seguinte, feito isso, analisar-se-á o impacto da técnica no tecido social, correlacionando-a com o advento da advocacia 4.0, para, ao fim e ao cabo, tratar de algumas das alterações normativas trazidas pela Ordem dos Advogados do Brasil neste particular.

---

1 Advogado, Pós-Graduado em Direito Público, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Conselheiro Estadual da OAB/SC (2019-2022), Membro da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo do Conselho Federal da OAB (2019-2022), Procurador Jurídico do Instituto dos Advogados de Santa Catarina – IASC, Presidente da Comissão de Direito Público do IASC e Membro Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de Santa Catarina – AACRIMESC.

Ao fim, expor-se-á alguns apontamentos e conclusões sobre essa complexa conjuntura jurídica, econômica e social, bem como trazer-se-á algumas ponderações sobre as alterações normativas promovidas pela Ordem dos Advogados do Brasil.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O admirável mundo novo da sociedade da informação: uma contextualização necessária

Se as únicas ideias verdadeiras são as dos náufragos[2], não é improfícuo adotar uma análise baseada indiretamente na figura de Robinson Crusoé[3]. Isto porque o ser humano, tal qual Robinson Crusoé, jogado (*Geworfeinheit*[4]) no mundo, age[5], e age em vista de seus fins. Os fins que deseja exigem, por decorrência lógica, a existência de meios. No âmbito econômico, três foram os meios que o ser humano rotineiramente se valeu para alcançar maior riqueza: a agricultura, a produção industrial e a prestação de serviços[6]. Tal divisão coincide em grande parte com as "ondas" propostas por Alvin Toffler: a primeira delas com a transição do nomadismo para a cultura agrícola; a segunda, com o início da Revolução Industrial; por fim, após a segunda guerra, chega-se à terceira onda, à Era da Informação[7].

A primeira "onda" foi dominante, como já referido, até a Revolução Industrial. Exemplo paradigmático de sociedade fundada nesse *modus vivendi* é o da Idade Média Europeia, em que a terra constituía a maior, senão a única, fonte de riqueza. Com efeito, da terra eram retiradas as riquezas da quase totalidade das classes sociais: do imperador ao servo, todos dependiam da terra[8].

Posteriormente à (primeira e segunda) Revolução Industrial, passa a ter predomínio a produção industrial de bens, assim se mantendo até o final da Segunda Guerra Mundial, terminada em 1945.

Chega-se, então, à Terceira Revolução Industrial: as duas primeiras foram revoluções na energia (eletricidade e vapor); a terceira, por outro lado, é a da informação[9]. Nesse sentido, fala-se até

2 É a afirmação contida na célebre obra de Ortega y Gasset, "A rebelião das massas":
Homem de mente lúcida é aquele que se liberta dessas "ideias" fantasmagóricas e olha de frente a vida, e se convence de que tudo nela é problemático, e se sente perdido. Como isso é a pura verdade — a saber, que viver é sentir-se perdido —, quem o aceita já começou a encontrar-se, já começou a descobrir sua autêntica realidade, já está no firme. Instintivamente, como o náufrago, buscará algo para se agarrar, e esse olhar trágico, peremptório, absolutamente veraz porque se trata de salvar-se, lhe facultará pôr ordem no caos de sua vida. Estas são as únicas ideias verdadeiras; as ideias dos náufragos. O resto é retórica, postura, íntima farsa. Quem não se sente de verdade perdido perde-se inexoravelmente; é dizer, não se encontra jamais, não topa nunca com a própria realidade (GASSET, 2013, p. 143-144).

3 A idealização da *conditio humana*, cristalizada na figura de Robinson Crusoé, é rotineiramente utilizada nos trabalhos de economia, sendo fonte de inúmeros *insights* (ROTHBARD, 2010, p. 85).

4 Conceito essencial em Heidegger, a ideia de ser-jogado, é o preâmbulo cujo corolário é a imagem do náufrago, do estar-perdido, imagem já mencionada alhures.

5 Axioma irrenunciável da praxiologia (MISES, 2010).

6 BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**; a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 4.

7 PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 28.

8 PIRENNE, Henri. **História econômica e social da Idade Média**. 5. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978. p. 13.

9 KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 44.

mesmo em uma sociedade pós-industrial ou "sociedade da informação", isso porque a sociedade industrial é aquela produtora de bens, ao passo que a sociedade pós-industrial é a sociedade da informação[10]. A base econômica, de agora em diante, é a informação, o conhecimento.

Institucionalmente, a utilização da terminologia "sociedade informação" começa em 1975, na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[11]. A noção de sociedade da informação, entretanto, como já aventado alhures, não é unívoca. Há quem fale em "terceira onda" (Alvin Toffler), "sociedade em redes" (Manuel Castells), etc.

A estrutura social hodierna, portanto, a que se dá o nome de "sociedade informação" é aquela "associada ao surgimento de um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo, historicamente moldado pela reestruturação do modo capitalista de produção"[12]. Por isso, pode-se até mesmo, como o faz Manuel Castells, falar em uma moldagem de nossa existência pela influência dos processos tecnológicos oriundos do uso da informação[13].

O maior símbolo dessa transformação social advinda da sociedade da transformação é o computador e as tecnologias que lhe são conexas: a internet, a microeletrônica etc[14]. Somado ao protagonismo da informação, o computador permitiu que o suporte da informação, isto é, "a base em que a informação é registrada"[15], fosse virtualizada, tendo como "suporte", os bits e bytes, fundados na linguagem binária (0 e 1).

Todo esse desenvolvimento social, por outro lado, com todas suas mudanças provocadas, acabou por acarretar uma série de conflito de direitos que outrora eram impensáveis[16]. Criou-se, portanto, uma demanda por um instrumento jurídico apropriado para se resolver tais conflitos, o que é, em última análise, a função do Direito[17].

Nada surpreende tal constatação quando se tem em linha de conta que o mesmo ocorreu quando da transição do período predominantemente agrário para o período industrial, o que, historicamente, acabou por acarretar, por exemplo, as legislações trabalhistas, bem como a criação de sistemas previdenciários patrocinados pelo Estados[18].

De fato, a sociedade da informação e seus meios de comunicação hodiernos vieram acompanhados, segundo seus próceres, da possibilidade de liberdade de uso e acesso de uso, bem assim como a criação de uma "aldeia global".

---

10 BELL, Daniel. The Coming of post-industrial society. **Communication**, v. 10, p. 35, 2001.
11 MATTELART, Armand. **Historia de la sociedad de la información**. Barcelona: Paidós, 2001. p. 117-118.
12 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra. 2006. p. 51.
13 *Ibidem,* p. 108.
14 VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007. p. 156.
15 REIS, Leonardo; SANTOS, João. **Arquivologia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 103.
16 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 76
17 ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. Brasília: Universidade de Brasília, 2013. p. 132
18 ZUFFO, João Antônio. **A sociedade e a economia no novo milênio**: os empregos e as empresas no turbulento alvorecer do século XXI. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 65-68.

2.2 A técnica

Em "Cândido", Voltaire nos apresenta um personagem (de mesmo da obra) que crê de modo infatigável no acerto de tudo que lhe sucede; todos os acontecimentos, por piores que sejam, são saudados com a certeza de sua justeza.

A obra, uma crítica às ideias de Leibniz, serve para nos lembrar do quão indesejável pode ser uma postura acrítica, que tudo aceita por conta de um certo sonambulismo tecnológico.

Do lado oposto ao otimismo de Cândido, temos a resignação de trazida, por exemplo, por Jacques Ellul:

> A técnica deduz e condiciona a mudança social, política e econômica. Constitui o promotor de todo o restante, apesar da aparência contrária e a despeito do orgulho humano, que pretende que as teorias filosóficas do homem ainda determinem influências, e que os regimes políticos do homem sejam fatores decisivos da evolução técnica. As necessidades externas já não determinam a técnica. As próprias necessidades internas da técnica são determinativas. A técnica chegou a ser uma realidade em si mesma,auto-suficiente, com suas leis especiais e suas próprias determinações.

A técnica, portanto, independente do posicionamento que se adote a sua existência, seja um mais otimista, seja um mais pessimista e resignado, é uma realidade irrenunciável na sociedade da informação a que se delineou anteriormente. Se seguirmos Heidegger, podemos dizer, não sem certa obviedade, que é ela que constitui a modernidade enquanto tal[19].

Mutatis mutandis, essa breve exposição também serve às questões que circundam a temática da publicidade na advocacia e a modernização das regras para a Advocacia, sobretudo diante da advocacia 4.0, a exemplo daquelas questões tão significativas atualmente como as relacionadas à publicidade, propaganda e informação na internet.

Falou-se aqui da técnica, da sociedade da informação e da enorme transformação por ela realizada no tecido social. Cabe agora, contudo, tratar da advocacia 4.0, delimitando algumas de suas características, o que servirá, aliás, para explorar as transformações realizadas no contexto da sociedade da informação em um aspecto mais particular, qual seja: o da advocacia.

2.3 Advocacia 4.0: alguns delineamentos conceituais

O conceito de advocacia 4.0 é um conceito, como todos, histórico e socialmente enraizado. Com efeito, como aponta Klaus Schwab, a sociedade moderna está inserida na Quarta Revolução Industrial e é justamente nele que se pode falar em advocacia 4.0[20].

---

19 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
20 SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** São Paulo: EDIPRO, 2016

Na Quarta Revolução Industrial, conforme já apontado quando se tratou da Sociedade da Informação, a internet torna-se praticamente onipresente, a existência da Internet das Coisas uma realidade, e a inteligência artificial e o machine learning tornam-se, continuamente, mais eficazes e complexos[21].

É justamente nesse contexto que surge o conceito da advocacia 4.0. Nela, todas as práticas da advocacia são afetadas por essas novas tecnologias emergentes. Com efeito, com o advento das *lawtechs*, várias atividades típicas da figura do advogado passam a contar com um auxílio (ou, em alguns casos, a ser executadas de forma autônoma) por softwares (alguns com inteligência artificial), exemplificativamente: postulação, criação de teses jurídicas, participação em audiência, consultoria e assessoria jurídica, estratégia de ações judiciais, análise de contratos, acordos; isso sem mencionar a execução de tarefas consideradas secundárias e repetitivas, a exemplo da redação de peças jurídicas, gestão do escritório (controle de prazo), pesquisa de jurisprudência, redação de minutas, arbitragem, mediação etc[22].

Há, para além dessas atividades, a questão longamente debatida acerca da publicidade, que, conforme se verá no próximo tópico, foi inclusive objeto de alterações normativas pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Todas essas alterações no exercício da advocacia, para além de auxiliarem o advogado no seu mister diário, trazem consigo uma questão que não pode ser ignorada: qual é, diante de todas essas informações, o papel do advogado e da advocacia?

Saber o papel da advocacia e o seu personagem (advogado) é importante na medida em que, conforme relembra MacIntyre, conhecer um personagem é, em certo sentido, condição de possibilidade da hermenêutica de seus atos:

> são personagens reconhecíveis e a possibilidade de reconhecê-los é de grande importância social, porque o conhecimento do personagem proporciona interpretação dos atos desses indivíduos que assumiram o personagem[23].

É interessante notar que, do ponto de vista da sociologia do direito, um indivíduo pode ter seu papel definido pela norma legal, que, de certa maneira, além de criar uma expectativa de comportamento em relação a ele, permitem que sua conduta seja interpretada justamente em decorrência desse papel:

> Os papéis implicam um plexo de expectativas que consideram um conjunto de comportamentos e atribuições [...] No direito, ele estão relacionados aos cargos e funções públicas, à condição da parte em um contrato ou parte (autor ou réu) em um processo judicial, ao poder familiar (dos pais) etc[24].

---

21 SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** São Paulo: EDIPRO, 2016

22 ALVES, Felipe Kenzo Torres. **Advocacia 4.0: o uso de softwares que produzam conteúdo jurídico nos escritórios de advocacia**. 2021. Dissertação de mestrado, IDPB.

23 MACINTYRE, Alasdair C. **After virtue**: a study in moral theory. 3. ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 1984.

24 NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2019. p. 9.

Essa teorização sobre o papel do advogado ganha contornos éticos, práticos e legais justamente quando se está diante da atuação de lawtechs, que, diz-se, podem acabar vindo a substituir o próprio advogado; ou, em outros casos, vê-se o emergir de questionamentos éticos e legais quando se trata, como apontado, da publicidade do advogado em meios eletrônicos, o que, novamente, levanta a questão sobre o papel da advocacia.

Diante dessas transformações, bem como diante da função social que exerce o advogado[25], a OAB se posicionou sobre, conforme se verá adiante.

2.4 A OAB diante da advocacia 4.0: uma ética moderna

A OAB, como apontado, vem se movimentando e se posicionando diante da realidade inapelável da advocacia 4.0. Prova disso é que, recentemente, em julho de 2021, a OAB alterou seu posicionamento sobre a publicidade, modificando o entendimento consubstanciado no provimento 94/2000.

De fato, como reconhece o Conselho Federal da OAB em sua exposição de motivos sobre a alteração no provimento 94/2000, vivemos em um "momento de grande transformação tecnológica", enormemente acelerada pela pandemia do Covid-19, o que, aliado a outros pontos, acabam por reivindicar certas alterações no arcabouço normativo que rege a publicidade na advocacia.

Por isso mesmo, pretende-se, através do Conselho Federal, alterar esse arcabouço para "reduzir o grau de incertezas e dúvidas" e, mais ainda, permitir "a utilização de ferramentas tecnológicas" (Memorando n. 024/2021-GRE/CNF), superando-se, assim, o quadro normativo desatualizado instituído pelo Provimento 94/2000.

Assim sendo, certamente que a proposta do novo provimento, ao autorizar o "marketing jurídico, desde que exercido de forma compatível com os preceitos éticos e respeitadas as limitações impostas pelo Estatuto da Advocacia, Regulamento Geral" constitui um avanço inapelável, na medida em que atualiza esse arcabouço normativo, ao mesmo tempo em que diminui grande número de subjetivismos nele presentes.

Mas, apesar dos avanços, conceitos abertos, presentes no quadro normativo anterior, ainda permanecem, a exemplo "discrição e sobriedade" que, apesar de imensamente relevantes, a depender da hermenêutica, podem tanto dizer tudo quanto dizer nada.

Por outro lado, a atualização normativa foi feliz ao trazer condutas (não) permitidas de maneira mais clara, eliminando o subjetivismo excessivo anteriormente existente. Exemplificativamente, o art. 5º do novo provimento permitiu de forma inequívoca "a utilização de anúncios, pagos ou não"; igualmente, permitiu o trabalho do advogado em ambientes de coworking (art. 9º), ao mesmo tempo em que, no seu artigo 3º, trouxe um rol significativo de condutas incompatíveis com o exercício da advocacia (v.g, distribuição de

25 "O advogado exerce função social, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social" (Ruy de Azevedo Sodré, "A ética profissional e o estatuto do advogado").

brindes, divulgação de informações que possam conduzir o cliente a erro etc).

A OAB também, por outro lado, vem se posicionando sobre a atuação das lawtechs e legaltechs, que, contrariamente ao que dispõe o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Exemplo disso são as *startups* em setor aéreo que, ao largo das disposições da OAB sobre a publicidade e marketing jurídico, vem oferecendo serviços jurídicos de forma irregular, o que já foi motivo de notificações e ações judiciais pela OAB.[26] Algumas ações judiciais, inclusive, já foram exitosas neste aspecto[27].

Esse ponto, portanto, junto aos demais levantados, traz consigo questões éticas e legais que deverão, necessariamente, ser enfrentadas pela OAB, advogados, bem como por toda a sociedade, visto que elas questionam diretamente o papel do advogado (em alguns casos substituindo pelo advogado 4.0; em outros, substituindo por técnicos em empresas).

3. PONDERAÇÕES FINAIS

A técnica na Sociedade da Informação é o elemento organizador da sociedade moderna; por isso, ela traz consigo vários desafios para a ética profissional do advogado.

No âmbito da publicidade, a advocacia 4.0 teve alguns avanços, conforme visto, sobretudo diante das alterações normativas no provimento sobre esse particular.

Cabe pontuar, contudo, para não cairmos no erro de Cândido, que, para que esses avanços sejam efetivamente concretizados, respeitando-se os "parâmetros" exigidos no Marketing jurídico, além de evitarem abusos decorrentes do poder econômico, deverão o Comitê Regulador do Marketing Jurídico (a ser criado por esse mesmo provimento) e as seccionais da OAB vigiarem atentamente.

Esse Comitê Regulador do Marketing Jurídico, aliás, já foi por mim sugerido na audiência pública realizada sobre o tema na seccional catarinense da OAB nos idos de 2019, época em que se iniciava a discussão do tema na OAB, a qual, na ocasião, já havia sido ponderada e acatada pelo Dr. Conselheiro Federal Ary Raghiante e que agora se materializa nesse novo provimento elaborado.

Com esse novo, provimento, adicionalmente, as Seccionais terão Comissões de Fiscalização, cujo *télos* é justamente dar efetividade às disposições elaboradas, podendo, inclusive, a depender do caso, aplicar multa e emitir notificações, o que reforça o importante papel das Seccionais nessa nova conjuntura normativa.

É somente através dessa postura crítica e ponderada que poderemos efetivar esses avanços trazidos enquanto mitigamos efeitos adversos e indesejáveis, como os acima citados.

Cabe alertar, também, nesse sentido, que não por serem avanços é que se devem ser adotados

26 https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/05/14/internas_economia,1147243/oab-notifica-mais-17-startups-do-setor-aereo-por-exercicio-ilegal-do-d.shtml
27 https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/06/03/justica-do-rio-proibe-liberfly-lawtech-do-setor-aereo-de-divulgar-servicos.ghtml

de forma crítica. Exemplo disso são as *startups* que atuam prestando serviços jurídicos, ao largo do que dispõe o Estatuto da Advocacia.

Não se quer dizer, aqui, que se deve, pura e simplesmente, proibi-las de atuar, ou, ao contrário, permiti-las indistintamente. Deve-se, isso, ponderar a atuação de tais organizações ante as complexas alterações sociais promovidas pela Sociedade da Informação, bem como diante do que dispõe o instrumentos normativos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Hans. **O direito à luz do racionalismo crítico**. Brasília: Universidade de Brasília, 2013.

ALVES, Felipe Kenzo Torres. **Advocacia 4.0: o uso de softwares que produzam conteúdo jurídico nos escritórios de advocacia**. 2021. Dissertação de mestrado, IDPB.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra. 2006.

GASSET, J. O. **A rebelião das massas**. Trad. Herrera Filho. Ruriak ink: Jerusalém, 2013.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MACINTYRE, Alasdair C. **After virtue**: a study in moral theory. 3. ed. Indiana: University of Notre Dame Press, 1984.

MISES, Ludwig Von. **Ação humana.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: WWF Martins

Fontes, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRENNE, Henri. **História econômica e social da Idade Média**. 5. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

REIS, Leonardo; SANTOS, João. **Arquivologia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

ROTHBARD, Murray. **A ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** São Paulo: EDIPRO, 2016

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

ZUFFO, João Antônio. **A sociedade e a economia no novo milênio**: os empregos e as empresas no turbulento alvorecer do século XXI. Barueri, SP: Manole, 2003.

ÉTICA COMPORTAMENTAL E OS LIMITES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR POR ATOS PRATICADOS NA VIDA PRIVADA

Elizete Lanzoni Alves[1]

André Pacheco[2]

RESUMO

Ética comportamental e os limites do processo administrativo disciplinar por atos praticados por servidores públicos na vida privada é o tema abordado a partir da análise da dicotomia entre o dever da administração pública em apurar possíveis irregularidades e os desafios éticos contemporâneos que permeiam o seu limite frente ao direito constitucionalmente garantido em relação à inviolabilidade da intimidade e da vida privada. A abordagem inicial parte de um breve escorço histórico, passando em seguida ao objeto e aos princípios aplicáveis aos procedimentos disciplinares (sindicância e processo administrativo disciplinar), com ênfase aos princípios do contraditório e da ampla defesa estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Em um segundo momento, o texto trata dos aspectos da indissociabilidade entre a conduta pessoal e funcional, que podem levar à responsabilização administrativa disciplinar, em razão da tênue linha tênue entre um e outro, sobretudo quando os atos da vida privada refletem negativamente na Administração Pública.

Palavras-chave: ética comportamental, servidores públicos, vida privada, processo disciplinar, limites da Administração Pública.

INTRODUÇÃO

O processo administrativo disciplinar tem como finalidade apurar condutas que possam representar irregularidades passíveis de sanção, praticadas pelos servidores no exercício da função.

1 Doutora em Direito Ambiental pela UFSC, Pós-Doutora pela Universidade de Alicante/ES, Presidente da Comissão Permanente de Processo Disciplinar do TJSC. Vice-Presidente da Academia Catarinense de Letras Jurídicas – ACALEJ. Integrante do IASC e membro especial da Comissão de Educação Jurídica.

2 Mestrando em Direito pela UFSC, integrante da Comissão Permanente de Processo Disciplinar do TJSC e membro do IASC.

Decorrente da evolução do Direito Administrativo, atualmente assemelha-se aos processos judiciais, sobretudo, em razão da exigência da observância dos princípios do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Sua relevância está na dupla garantia da segurança jurídica. A primeira garantia é a de que o servidor processado somente será penalizado ante à observância do direito à ampla defesa e ao contraditório; e a segunda, a de que a administração pública não aplicará penalidade sem o devido processo legal. Portanto, não visa apenas a apurar infrações, mas também oferecer oportunidade de uma defesa técnica, respeitando-se todos os direitos assegurados pela lei.

É pressuposto dos detentores de cargos e funções pública a sujeição à apuração disciplinar quando de uma conduta, em tese, houver indícios de irregularidade em razão do exercício da função. Os atos da vida privada, como regra geral, não são alcançados pelas sindicâncias e processos disciplinares.

Por outro lado, as atitudes da vida privada, quando repercutem negativamente no âmbito funcional, imiscuindo-se com os deveres e atribuições do cargo, podem ser alcançadas, excepcionalmente, por sindicância ou processo disciplinar.

O presente artigo tem como objetivo abordar a questão da ética comportamental e dos limites do processo administrativo disciplinar por atos praticados por servidores públicos no âmbito da vida privada.

Estruturado em duas partes, tem como abordagem inicial o direito e o agir da administração pública e a exposição do objeto e princípios norteadores da sindicância e do processo disciplinar. Na sequência, trata da responsabilidade dos servidores públicos, da indissociabilidade entre a conduta pessoal e funcional (em certos casos), da repercussão administrativa disciplinar por atos praticados na vida privada, dos limites do processo administrativo disciplinar e da orientação jurisprudencial a respeito do tema.

O método indutivo foi utilizado tanto na fase de levantamento de dados, como no relato dos resultados. Como técnica adotou-se a pesquisa em livros, artigos científicos, bem como, na legislação, com especial atenção para a Lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais), Lei n. 9. 784/99 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), Lei n. 6.745/86 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina), e para a Lei Complementar 491/2010 (Estatuto Jurídico Disciplinar no âmbito da Administração Direta e Indireta do Estado de Santa Catarina).

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

As reflexões sobre a democracia como forma de governo remontam aos filósofos gregos da antiguidade, entre eles Platão[3] e Aristóteles[4]. No sentido original, democracia compreendia o governo diretamente executado pelos cidadãos reunidos em assembleia, os quais possuíam atribuição de aprovar leis, declarar guerra e celebrar a paz, prover cargos públicos, e julgar as causas civis e penais.[5]

3 PLATÃO. **A república**. Bauru: Edipro, 2001. p. 258.
4 ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: Edipro, 2002. p. 139.
5 ARISTÓTELES. **A política.** Bauru: Edipro, 1995. p. 145.

O Estado Democrático de Direito, contudo, é uma construção mais recente, desenvolvida a partir de reflexões contidas nas obras de pensadores políticos modernos e contemporâneos, como Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, sendo conferidas algumas garantias que independem da vontade da maioria, mas são consideradas inerentes à condição humana. Representa o governo das leis, que contrasta com o exercício arbitrário do poder por um indivíduo, um colegiado, ou mesmo uma multidão reunida.

O movimento constitucionalista surgido a partir do Século XVIII, de inspiração iluminista, acrescentou à ciência jurídica a exigência de o povo reunir-se e, investido na função de Poder Constituinte Originário, estabelecer as normas como fonte suprema das garantias conferidas às pessoas, consubstanciadas na Constituição.

Dentre essas garantias preconizadas pelo Estado de Direito está o devido processo legal (*due process of law*), originalmente previsto na *Magna Charta* de 1215, para casos de restrições relacionadas à liberdade e à propriedade dos nobres ingleses.

O princípio do devido processo legal acompanha todo o constitucionalismo moderno, sendo, de alguma forma, incluído em todas as constituições brasileiras. Na constituição de 1988 está positivado no art. 5º, inciso "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Intimamente relacionada ao tema do devido processo legal é garantia da ampla defesa e do contraditório para os litigantes em processos judiciais e administrativos, de acordo com o art. 5º, inciso "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

A Constituição de 1988, em termos de segurança jurídica, equipara os processos administrativos e os processos judiciais, pois prescreve as mesmas exigências do devido processo legal para ambas as modalidades processuais.[6] Assim, padece de vício de inconstitucionalidade qualquer dispositivo ou prática administrativa que institua aplicação de penalidade sem instauração de procedimento disciplinar acusatório (sindicância punitiva, processo administrativo disciplinar e procedimento sumário).

Ao lado da garantia do devido processo legal, isto é, a segurança da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos, o poder disciplinar se fundamenta no poder/dever da Administração de apurar infrações e aplicar penalidades. A base constitucional é o princípio da legalidade, que aplicado à administração pública, estabelece a sujeição de todos os agentes políticos aos mandamentos da lei, bem como o dever de assegurar o seu cumprimento.

Na legislação infraconstitucional, está positivado na Lei Federal n. 8.112/1990, art. 143, que a apuração de irregularidades no serviço público é dever da autoridade que dela tiver ciência:

> Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

---

6 ALVES, Léo da Silva. **Sindicância Investigatória**: a técnica de apuração de irregularidades em torno do serviço público. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 25.

No Estado de Santa Catarina, dispositivo semelhante encontra-se positivado na Lei Complementar Estadual n. 491/2010, art. 3º:

> Art. 3º A autoridade que de qualquer modo tiver conhecimento de irregularidade no serviço público é obrigada a promover sua apuração imediata, pelos procedimentos previstos nesta Lei Complementar, assegurado ao acusado a ampla defesa.

A fundamentação racional do *jus puniendi* administrativo é o reforço da disciplina interna, da responsabilidade por má conduta.

Assim, no Estado Democrático de Direito, o direito disciplinar possui dois fundamentos principais: o devido processo legal, que assegura ao processado as garantias da ampla defesa e do contraditório, e o poder/dever da Administração de punir, fundamentado no princípio da legalidade e na necessidade de reforçar a disciplina interna das organizações públicas e a responsabilização pela má conduta.

Nesse contexto, o processo disciplinar tem uma relevante função e do ponto de vista conceitual é entendido como o meio pelo qual as irregularidades no serviço público são apuradas, assegurada a ampla defesa. A autoridade com competência para instauração de procedimentos disciplinares deverá ser definida em lei; caso não haja lei específica, o processo administrativo deverá ser iniciado pela autoridade de menor grau hierárquico para decidir, conforme a regra do art. 17 da Lei 9.784/1999.

De forma genérica, os procedimentos disciplinares podem ser investigativos ou acusatórios. Os procedimentos investigativos são adotados quando existem indícios de materialidade, mas os indícios de autoria não são suficientes para a instauração de um procedimento acusatório.

De acordo com a Instrução Normativa n. 14/2018 da CGU, arts. 5º e 6º, os procedimentos investigativos são: 1 – investigação preliminar; 2 – sindicância investigativa; e 3 – sindicância patrimonial; e os procedimentos acusatórios são: 4 – sindicância acusatória; 5 – processo administrativo disciplinar; 6 – processo administrativo disciplinar sumário; 7 – sindicância disciplinar para servidores temporários; 8 – procedimento disciplinar para empregados públicos; 9 – processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista; e 10 – processo administrativo disciplinar de responsabilização.

Dos procedimentos referenciados, a investigação preliminar e o processo administrativo de responsabilização são destinados às pessoas jurídicas, não podendo ser considerados disciplinares em sentido estrito. Aplicam-se aos servidores estatutários a sindicância administrativa, a sindicância patrimonial, a sindicância acusatória, o processo administrativo disciplinar e o processo administrativo disciplinar sumário. Há ainda previsão de procedimentos aplicáveis a servidores temporários, empregados públicos e empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, quais sejam: sindicância disciplinar para servidores temporários, procedimento disciplinar para empregados públicos e processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Os procedimentos disciplinares, na esfera federal, são regidos pela Lei 8.112/1990, pela Lei n. 9. 784/99 e pelo Decreto 5.483/2005, que abrange a sindicância patrimonial. No Estado de Santa Catarina, é a Lei Complementar Estadual 491/2010 que define os procedimentos.

O processo administrativo disciplinar, ainda, se utiliza de outras áreas da Ciência Jurídica de forma subsidiária e supletiva, sendo o processo penal a principal delas.

Em relação ao procedimento de condução, as sindicâncias investigativas serão conduzidas por no mínimo um, e as sindicâncias patrimoniais por no mínimo dois servidores nomeados pela autoridade com competência para aplicar a penalidade administrativa relacionada à investigação.

Os procedimentos investigativos não admitem aplicação de penalidade, sendo desnecessária a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesses casos, o relatório final deve ser conclusivo quanto à existência de indícios de autoria a materialidade de infração disciplinar e deve opinar pelo arquivamento ou pela instauração de procedimento disciplinar.

As sindicâncias acusatórias e os processos administrativos disciplinares sumários poderão ser conduzidos por dois servidores, os processos administrativos disciplinares exigem no mínimo três servidores.

Nos procedimentos investigativos e nos procedimentos acusatórios, as comissões podem solicitar documentos e manifestações técnicas, promover a tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.

Sindicâncias acusatórias serão instauradas quando a infração prevista cominar pena de até 30 (trinta) dias de suspensão. Os processos administrativos disciplinares podem cominar penas de mais de 30 (trinta) dias de suspensão e de demissão. O procedimento administrativo sumário é para casos de prova exclusivamente documental, se houver necessidade de oitivas de testemunhas, deve ocorrer a conversão para o rito ordinário.

Nos procedimentos acusatórios, é exigida a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório. O acusado será citado e poderá acompanhar os atos processuais pessoalmente ou por meio de procurador. Poderá solicitar produção de provas documentais e testemunhais, pareceres técnicos, prestar interrogatório e se manifestar sobre cada prova produzida.

A principal diferença entre os procedimentos investigativos e os procedimentos acusatórios é a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório nos procedimentos acusatórios. Sindicâncias investigativas e patrimoniais, contudo, podem ser convertidas em sindicâncias acusatórias ou em processos administrativos disciplinares ordinários ou sumários, desde que observadas as garantias do devido processo legal.

Em relação à responsabilidade disciplinar, os servidores públicos podem ser responsabilizados penal, civil e administrativamente por suas ações ou omissões em casos de violações dos deveres e obrigações a eles impostos por lei. Normalmente a responsabilidade penal por atos desempenhados no exercício da função pública também envolve a responsabilidade administrativa, no entanto, poucas infrações disciplinares representam um crime.

De acordo com Mauro Roberto Gomes de Mattos, assim como o ilícito penal, o ilícito administrativo disciplinar deve ser antijurídico, o que significa que deve ser contrário ao direito e à ordem jurídica como um todo.

> Dessa forma, o fato típico, é a prática de um ato funcional que se subsume em um tipo descrito em lei como infração disciplinar, devendo de igual modo ser antijurídico, ou seja, contrário ao direito. Diante disso, surge a infração como sendo um fato típico e antijurídico.
>
> Não resta dúvida de que no direito administrativo disciplinar também se aplicam as causas de excludente de responsabilidade (ilicitude), como, por exemplo, a legítima defesa, ou a deficiência de uma estrutura organizacional, entre outras, e podem excluir a responsabilidade funcional do servidor público, em relação à prática de um ato tido como infração disciplinar.[7]

Crimes cometidos por servidores com abuso de poder, ou com violação de dever para com a Administração Pública, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, acarretam perda do cargo. Crimes cometidos sem conexão com o exercício da função pública não tem repercussão disciplinar, mas, como efeito da condenação penal, o servidor pode perder o cargo se a pena aplicada for por tempo superior a 4 (quatro) anos. Em ambos os casos os efeitos da condenação devem ser motivadamente declarados na sentença.

Ao lado da responsabilidade penal e administrativa, o servidor também pode ser demandado a responder civilmente pelos danos que causar à Administração Pública ou a terceiros. Se a Administração indenizar algum prejuízo causado por dolo ou culpa de servidor, poderá dele cobrar o montante indenizatório em procedimento administrativo ou judicial.

As sanções disciplinares são de três tipos, conforme descrito na Lei 8.112/1990: advertência, suspensão e demissão.

A penalidade de cassação de aposentadoria ou disponibilidade é aplicada nas hipóteses de demissão quando o servidor se encontra fora do quadro funcional, aposentado ou em disponibilidade. O Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento da ADPF n. 418 do Distrito Federal, em 15/4/2020 julgou que a cassação de aposentadoria e disponibilidade é compatível com o caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência dos servidores.

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARTS. 127, IV, E 134 DA LEI 8.112/1990. PENALIDADE DISCIPLINAR DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA OU DISPONIBILIDADE. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 3/1993, 20/1998 E 41/2003. PENALIDADE QUE SE COMPATIBILIZA COM O CARÁTER CONTRIBUTIVO E SOLIDÁRIO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
>
> [...]
>
> 5. A impossibilidade de aplicação de sanção administrativa a servidor aposentado, a quem a penalidade de cassação de aposentadoria se mostra como única sanção à disposição da Administração, resultaria em tratamento diverso entre servidores ativos e inativos, para o sancionamento dos mesmos ilícitos, em prejuízo do princípio isonômico e da moralidade administrativa, e representaria indevida restrição ao poder disciplinar da Administração em relação a servidores aposentados que cometeram faltas graves enquanto em atividade, favorecendo a impunidade.

---

7 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 663.

As sanções de destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada são aplicáveis nos casos de penalidades sujeitas à demissão ou suspensão.

Assim, a responsabilidade disciplinar não exclui a responsabilidade penal e a responsabilidade civil do servidor público, alcançando-o até mesmo quando aposentado ou em disponibilidade.

Ao lado do princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, outros princípios têm aplicação direta aos procedimentos disciplinares, entre eles:

Princípio da legalidade – é essencial que as infrações disciplinares sejam definidas por lei. Atos normativos oriundos da Administração como resoluções e instruções normativas são utilizados para clarificar, adaptar e aplicar às situações concretas as obrigações presentes na legislação.

Princípio da proporcionalidade – as penalidades impostas, consideradas as circunstâncias, devem ser proporcionais à gravidade das infrações de acordo com graduação estabelecida em lei. O princípio da proporcionalidade representa o limite do poder das autoridades administrativas em aplicar penalidades disciplinares.

Princípio da culpabilidade – culpabilidade é a relação de causa e efeito entre a conduta e o autor. A responsabilidade pessoal do servidor deve ser excluída quando ficar claro que o resultado danoso foi consequência de um ato não intencional.

2. A RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES E A ÉTICA COMPORTAMENTAL DENTRO E FORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dispõe o artigo 5º inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentro do Capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas".

Naturalmente que a vida privada dos servidores públicos também é alcançada pela referida proteção constitucional, entretanto, há situações em que a conduta privada pode refletir na administração pública pelo vínculo entre a atitude e a imagem institucional. Assim, torna-se necessária a análise da possível violação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de proteção da intimidade e da vida privada dos servidores, uma vez que a instauração do processo administrativo disciplinar não pressupõe a penalização do servidor, assim como deve ser observada a garantia do devido processo legal (art. 5º, LV, CF).

O direito à privacidade compreende a tutela da vida privada, intimidade, da honra e da imagem das pessoas. Nesse contexto, a privacidade se caracteriza como o campo íntimo da vida das pessoas de tal forma que se possa utilizar o poder legal de evitar qualquer violação, aproximação ou conhecimento por parte de outrem.

José Afonso da Silva defende a ideia de que a vida privada "integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo"[8]. A Constituição

8 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª edição. Ed. Malheiros, 2014, p. 210.

Federal, ao proteger a intimidade dos indivíduos considerou as relações sociais e atividades públicas, bem como, o convívio familiar e a com pessoas com as quais se mantem relações de proximidade e de internalidade. É com as relações internas, entre familiares e amigos, que se debruça a proteção constitucional contra a divulgação de informações e fatos ao público.

Geralmente, os atos da vida privada do servidor público não têm consequências punitivas para o cargo público que ocupa, mesmo quando a conduta no âmbito privado tem tipificação penal.

O direito à privacidade dos indivíduos, mesmo quando investidos em cargos e funções públicas, é indiscutível, porém, quando certos atos da vida privada atingem negativamente a imagem da Administração Pública a apuração, por intermédio de sindicância ou processo disciplinar, sobre a extensão de um possível dano se faz necessária.

Várias situações podem exemplificar a desvinculação. Uma pessoa que sonega impostos e comete crime tributário, não responde a processo administrativo disciplinar ou um servidor público que comete homicídio contra pessoa com a qual não possui relação funcional, em princípio também não é sujeito passivo em processo disciplinar.

Entretanto, diferente é a situação de um servidor público, que esteja em licença médica cujo Código Internacional de Doenças (CID) indica que deva restar em repouso, faz postagens nas redes sociais mostrando imagens de viagem ao exterior, em locais que em nada demonstram o cumprimento da recomendação médica para sua pronta recuperação e consequente volta ao trabalho.

Nesse exemplo, há um comprometimento ético em relação à administração pública e que pode levar à instauração de sindicância ou processo disciplinar, posto a incongruência entre o dever de cuidar da saúde para retornar ao trabalho e a conduta da vida privada que demonstra o contrário. Avançando um pouco mais no raciocínio é possível vislumbrar uma exposição institucional ao publicizar situação que pode suscitar dúvida sobre a veracidade do problema de saúde que gerou o afastamento para o tratamento atentando o servidor, nesse caso, também contra o princípio da moralidade (art. 37 da CF/88), além da impressão passada à sociedade de que a Administração Pública possa estar conivente com a situação.

Tanto na esfera federal como na estadual, especificamente em Santa Catarina, os estatutos regulatórios do serviço público, preveem o comprometimento ético dos servidores, abrangendo valores como a lealdade, a moralidade administrativa e a dignidade e decoro da função pública.

A Lei 8.112/90 faz constar no artigo 116 que são deveres do servidor: [...], II - ser leal às instituições a que servir; [...] IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa. Por sua vez, o artigo 135 do Estatuto dos Servidores Públicos de Santa Catarina (Lei n. 6.745/86) estabelece que infração disciplinar é "toda a ação ou omissão do funcionário que possa comprometer a dignidade e o decoro da função pública [...] ou causar prejuízo de qualquer natureza à Administração".

Os dois dispositivos demonstram que a responsabilidade funcional está integralmente comprometida com a ética e a defesa do interesse público, na afirmação permanente do respeito aos valores institucionais.

A ética é elemento que integra e até se confunde, do ponto de vista conceitual, com a moralidade administrativa, prevista, como um "princípio", no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Trata-se,

portanto, de princípio que rege a atividade da administração pública, não só internamente como externamente. José dos Santos Carvalho Filho, afirma que "tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram"[9]. Complementando o conceito, tem-se que:

> A moralidade administrativa consiste no dever que o agente político, funcionário ou servidor têm de agir de modo legal, escorreito, honesto, sem aproveitar-se das vantagens de seu cargo ou função para si ou para outrem e sem favorecer ou prejudicar alguém.[10]

> A moralidade reside no respeito à identidade, à autonomia e aos interesses dos terceiros. O princípio da moralidade interdita a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Exclui a legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de condições de defesa do próximo.[11]

Inarredável, portanto, o dever dos servidores públicos de atuarem pautados pela moralidade administrativa. Embora muitas vezes a conduta esteja acobertada pela legalidade, o comportamento do servidor não é condizente com o propósito do ato, razão pela qual pode ocorrer a quebra da moralidade. Wallace Paiva Martins Júnior esclarece:

> O princípio da moralidade administrativa é verdadeiro superprincípio que não se reduz à condição de mero integrante do princípio da legalidade, tanto que se possibilita o combate de ato administrativo formalmente válido, porém destituído do necessário elemento moral.[12]

No exemplo dado anteriormente a respeito do servidor que empreendeu viagem ao exterior durante licença para tratamento de saúde, legalmente não se encontra impedido de viajar, todavia, postagens que demonstrem atitudes que possam colocar dúvidas sobre a efetividade de seu tratamento, podem comprometer a imagem institucional e, consequentemente, indicar uma ausência de ética comportamental em relação à organização pública a qual se encontra vinculado.

Outro ponto importante é que, tem o servidor o dever de cuidar da saúde para o retorno ao trabalho. Qualquer atitude que possa comprometer o tratamento e impedir ou retardar o retorno, também pode ser considerado um prejuízo para a organização. Importante lembrar que durante o afastamento para tratamento de saúde, outro servidor será designado para a realização das atribuições, sem previsão normativa para a compensação, ao tempo que durante o afastamento por férias, por exemplo, há uma compensação de

---

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 22.
10 NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 696.
11 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 105.
12 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo**: teoria geral e princípios do direito administrativo. Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 366.

trabalho entre os servidores, porque todos têm direito ao gozo de férias.

O retardamento ou impedimento do retorno do servidor ao trabalho, por negligência em relação ao cuidado com a saúde, pode ser interpretado, em tese, como um dano, um prejuízo à instituição.

No campo deontológico, os estatutos profissionais integram "a ciência dos deveres"[13] ou "regras de conduta", tratando dos direitos e deveres, no exercício profissional, porém, a linha de raciocínio que admite efeitos administrativos disciplinares em decorrência de atos da vida privada, considera a repercussão negativa, desastrosa e de descrédito que a conduta particular pode propelir sobre a administração pública.

A moralidade administrativa como fundamento da conduta funcional, está conectada à ideia de lealdade, que deflui, portanto, dos demais princípios previstos no ordenamento jurídico, aplicáveis à administração pública e, geralmente consta do juramento ou termo de compromisso do servidor que ingressa em seus quadros.

Explica Romeu Felipe Bacelar Filho que a regra da lealdade está intimamente ligada ao princípio da moralidade "que configura princípio ético com ampla abrangência sobre a atividade administrativa. Importa a análise da sua incidência no processo administrativo disciplinar que se dá, sobretudo, pela exigência de lealdade e boa-fé".[14]

Condutas inadequadas podem ser interpretadas como desleais à administração pública, cuja imagem institucional é necessária para resguardar a autoridade de sua função. Assim, ao ostentar perante o público conduta socialmente inadequada o servidor faz transparecer ausência de lealdade, e por consequência, da moralidade.

Sem excluir o alcance do direito à privacidade aos servidores públicos, a possibilidade da instauração de processo disciplinar por atos da vida privada está amparada no elenco probatório do vínculo entre a conduta e o real resultado nocivo à administração pública.

Portanto, o principal limite do processo disciplinar, está na comprovação inequívoca de que o ato praticado na vida privada em nada reflete negativamente na administração pública, seja em relação à imagem institucional ou qualquer dano resultante da conduta.

CONCLUSÕES

A Constituição Federal de 1988 equiparou o processo o processo administrativo disciplinar ao processo judicial, impondo que as mesmas exigências nas duas esferas, garantindo-se, desta forma, a segurança jurídica necessária.

Ao lado da garantia do devido processo legal, está a ampla defesa e o contraditório no que se refere ao processo administrativo disciplinar, que instrumentaliza o poder/dever da administração pública em apurar infrações e aplicar penalidades. A base constitucional é o princípio da legalidade, que aplicado

13 LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica**. 7ª tiragem. 2ª ed. atual. Por Gilson Langaro Dipp. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.
14 BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201.

à administração pública, estabelece a sujeição de todos os agentes políticos aos mandamentos da lei, bem como o dever de assegurar o seu cumprimento.

Os atos praticados, por servidores públicos, no âmbito da vida privada, em princípio, não são passíveis de averiguação por parte da administração pública por intermédio de sindicância ou processo disciplinar. Entretanto, há condutas, que mesmo sendo privadas, refletem negativamente de tal forma na administração pública que gera o dever de averiguar sua extensão e a existência de algum tipo de prejuízo institucional.

Não se busca afrontar o direito à privacidade que alcança os servidores públicos na condição de cidadãos, mas, também não é viável que a administração pública seja alvo das ações privadas que possam atingir, sobretudo, sua imagem ou credibilidade.

Atualmente, com as informações em tempo real, a dimensão das redes sociais, podem associar exposições de atos particulares à função pública ou decorrente dessa condição.

Assim, os limites do processo administrativo disciplinar por atos praticados por servidores públicos na vida privada estão respaldados na garantia constitucional do direito à privacidade e nos elementos probatórios da lesão à imagem ou qualquer outro dano à administração pública, sem os quais não há que se falar em responsabilidade administrativa infracional.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política.** Bauru: Edipro, 1995.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Bauru: Edipro, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 15 de outubro de 2021.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

LANGARO, Luiz Lima. **Curso de Deontologia Jurídica**. 7ª tiragem. 2ª ed. atual. Por Gilson Langaro Dipp. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo**: teoria geral e princípios do direito administrativo. Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada.** 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PLATÃO. **A república**. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª edição. Ed. Malheiros, 2014.

TEORIA DA NORMA JURÍDICA

Reis Friede [1]

RESUMO

O presente artigo discorre sobre o conceito, a estrutura, as características, a classificação e a validade das normas jurídicas.

Palavras-chave: norma jurídica.

1. INTRODUÇÃO

BOBBIO, lembrado por SGARBI (2007, p. 114), afirma que a "nossa vida se desenvolve em um mundo de *normas*"; não obstante acreditarmos na liberdade humana, encontramo-nos, na realidade, "envoltos em uma rede muito espessa de *regras* de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações". Consoante anota LIMA (1983, p. 39), "normas há de várias espécies, religiosas, morais, costumeiras, porém jurídicas são aquelas dotadas de poder coercitivo compulsoriamente organizado".

O trecho extraído de SGARBI indica que os autores, de um modo geral, a exemplo de NADER (2017, p. 83) e REALE (2002, p. 93), não fazem distinção entre as expressões norma jurídica e regra jurídica, diferenciando tão somente os termos direito, lei e norma jurídica.

Os vocábulos direito, lei e norma jurídica, sem embargo da confusão terminológica existente na doutrina, são, em sua perfeita tradução, inconfundíveis. Em uma análise superficial, seria lícito admitir que os três termos basilares da Ciência Jurídica guardam uma inerente relação de abrangência, permitindo concluir, em síntese, que o *direito* engloba a *lei* e esta, por sua vez, a norma jurídica. Tendo em vista que o Direito pátrio, por razões históricas (a origem romano-germânica do nosso sistema), se expressa, sobretudo, através da lei (em seu sentido amplo, enquanto norma jurídica escrita), sendo decorrente de produção estatal (de cunho predominantemente legislativo), pode-se deduzir que, embora o Direito transcenda à exclusiva existência da figura legal, é exatamente a partir da interpretação levada a efeito sobre ela de que se extrai a norma jurídica.

De fato, a vida social encontra-se impregnada por normas. Cada passo do ser humano é

---

1 Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com. É autor do Livro *Teoria do Direito*.

disciplinado por regras de várias tonalidades. Pela manhã, ao dividirmos o elevador com outras pessoas, uma norma de trato social impõe o quase que automático "bom dia". Na missa matinal, o fiel, ao comungar, o faz em tom respeitoso e em obediência à liturgia religiosa, geralmente estabelecida através de normas religiosas. Ao utilizarmos as instalações do clube ou do condomínio, deparamo-nos, igualmente, com convenções a serem observadas, notadamente as pertinentes à boa educação e higiene, por exemplo. Durante a condução de automóveis, inúmeras regras de cunho jurídico disciplinam o trânsito de veículos e pedestres. Enfim, seja no ambiente social, na igreja, no clube, no condomínio, no tráfego de veículos ou em muitos outros momentos do cotidiano, há regramentos a serem seguidos, de modo que o fundamento das normas encontra-se justamente na exigência da natureza humana de viver em sociedade (DINIZ, 2000, p. 328).

Não obstante, muitos estudiosos ainda demonstram alguma dificuldade em entender que o escopo último de atuação do Direito, de um modo geral, e da norma jurídica, em particular, é exatamente o de servir como sinérgico mecanismo de projeção comportamental ou, em outras palavras, como uma espécie de "ponte" entre o mundo do ser (ou seja, a realidade como ela se apresenta no mundo fático) e o mundo do dever-ser (isto é, a realidade projetada, segundo os ideais e valores de uma dada sociedade), razão pela qual se afirma que a norma jurídica constitui-se em uma realidade cultural. Neste sentido, o Direito sempre projeta a realidade para mantê-la como tal, reestruturá-la ou transformá-la, segundo os critérios e concepções impostos pela classe dominante, ainda que, sob a ótica do desejável, tais concepções devessem ser oriundas do conjunto homogêneo de toda a sociedade.

Desta feita, o Direito, operando por meio de normas jurídicas, procura disciplinar o comportamento humano, conduzindo-o a uma direção, sempre com o intuito de alcançar uma determinada finalidade. Não é a toa que DEL VECCHIO afirmava ser a norma jurídica a *coluna vertebral* da sociedade, do que se extrai a importância de seu estudo, justamente por se tratar de elemento essencial do Direito Positivo.

Segundo uma definição apresentada por LIMA (1983), a norma jurídica pode ser objetivamente definida como uma "norma imperativa, bilateral e coercitiva, emanada pelo órgão competente, destinada a dirigir a conduta dos indivíduos ou estabelecer a ordem de convivência social, cuja inobservância acarretará a aplicação da sanção pelos órgãos do poder público". PAUPÉRIO (citado por SECCO, 1988, p. 43) considera que a norma jurídica consiste na própria expressão da ordem jurídica, que se traduz através de "normas, que têm sempre a forma imperativa e que se podem decompor em ordens ou proibições", caracterizando, pois, "regras que impõem o comportamento adequado à consecução da ordem e da segurança na sociedade".

De fato, considerando que o Direito tem como fim específico disciplinar condutas humanas em sociedade, impondo-se naturalmente como princípio básico da vida do gênero humano em coletividade, é fato inconteste que ele necessita de (e efetivamente possui) diversas expressões, tendo como um de seus ideais a realização da justiça, considerada necessariamente em sua acepção mais ampla.

Por efeito consequente, a norma jurídica deve ser entendida, sob o ponto de vista restritivo, como a expressão formal do Direito, tendo como tarefa fundamental prever, bem como orientar os próprios modos de conduta interessantes ao convívio social, disciplinando, em todos os casos, a atuação humana na sociedade, e associando a denominada ordem jurídica com a própria normatividade.

Até mesmo porque, conforme adverte LIMA (1983, p. 38), "não pode a sociedade humana subsistir sem regras disciplinadoras do sistema social, nas quais se baseie o equilíbrio de sua posição", sobretudo se

considerarmos que a "convivência coletiva acarreta conflitos cuja superação se torna cotidianamente indispensável". Não é por outra razão que inúmeros autores, como WILHELMUS LUIJPEN (1922-1980), insistem em afirmar, de maneira categórica, que a disciplina jurídica é essencialmente normativa, possuindo o propósito histórico de conciliar o individual com o social, conduzindo-nos à inafastável conclusão de que a existência envolve necessariamente a coexistência e esta, por seu turno, abrange obrigatoriamente a normatividade.

Por via conclusiva, a única verdade possível, determinante e fundamental, passa a ser exatamente aquela que situa o Direito como uma ordem essencialmente normativa, com um sentido próprio de existência obrigatoriamente desvinculado de qualquer outro regente, excetuando-se, é claro, os valores axiológicos considerados fundamentais: a justiça, englobando, obrigatoriamente, apenas o justo formal, mas sempre objetivando o justo material, e a segurança, na qualidade de imperativo da ordem social, garantida, em última análise, pela própria normatividade, entre outros, como o bem comum.

Com efeito, é possível, sinteticamente, definir a norma jurídica como sendo uma proposição normativa inserida em uma ordem jurídica, avalizada pelo poder público (Direito Interno) ou pelas organizações internacionais (Direito Internacional), podendo disciplinar condutas ou atos, como pode não as ter por objeto, providas ou não de sanção, cuja finalidade é garantir a ordem e a paz social.

2. ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA

BATALHA (2000, p. 308) destaca a existência de quatro diferentes posições fundamentais a respeito da estrutura da norma jurídica: *a)* a solução tradicional da *unitariedade* da norma jurídica, equivalendo a sanção à prestação; *b)* a proposta de HANS KELSEN, pela qual a norma jurídica constitui-se em um juízo hipotético, desmembrado em norma primária e secundária; *c)* a formulação de COSSIO, para quem a norma jurídica traduz-se em um juízo disjuntivo, abrangendo a perinorma e a endonorma; e *d)* a perspectiva de MAYNEZ, segundo a qual a norma jurídica envolve duas normas paralelas (a atributiva e a preceptiva), cada qual com seus conceitos lógico-jurídicos e respectivos correlatos ontológico-jurídicos.

Acrescente-se, nesse rol, a teoria elaborada por HART, na obra *O Conceito de Direito* (1961), para quem o Direito comporta dois tipos de normas, não sendo correto afirmar a existência apenas de normas com conteúdo sancionador. Para HART, as normas do Direito podem ser classificadas em: *a)* normas primárias (aquelas que estabelecem comportamentos a serem adotados pelos indivíduos, independentemente do seu querer, como a norma insculpida no art. 14, § 1º, I, da CF, que impõe a obrigatoriedade do voto para os maiores de dezoito anos) e *b)* normas secundárias, as quais, por sua vez, classificam-se em normas de reconhecimento (destinadas a "identificar as normas primárias, possibilitando a verificação de sua validade e, por conseguinte, se elas podem ou não ser consideradas pertencentes a dado sistema ou ordenamento"), normas de modificação (que regulam o "processo de transformação das normas primárias", sua ab-rogação ou derrogação) e *normas de julgamento (aquelas que* "disciplinam a aplicação das normas primárias") (REALE, 2002, p. 98).

Na sua *Teoria Pura do Direito*, KELSEN, citado por NADER (2017, p. 84), concebe o esquema lógico da norma jurídica em duas partes: *a)* norma primária (que define o dever jurídico diante de uma

determinada situação fática) e *b)* norma secundária (que estabelece a sanção aplicável para o caso de eventual violação do respectivo dever jurídico).

REALE (2002, p. 95), discorrendo sobre a aludida concepção kelseniana, entende que as "regras que dispõem sobre a organização dos Poderes do Estado, as que estruturam órgãos e distribuem competências e atribuições, bem como as que disciplinam a identificação, modificação e aplicação de outras normas não se apresentam como juízos hipotéticos". Para REALE, tais regras são caracterizadas por apresentarem uma "*obrigação objetiva de algo que deve ser feito*, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas consequências", razão pela qual, segundo o festejado jusfilósofo brasileiro, "não havendo a alternativa do cumprimento ou não da regra, *não há que falar em hipoteticidade*".

Assim, na ótica realeana, "o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional *enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*" (REALE, 2002, p. 95).

Sem embargo da existência de alguma controvérsia a respeito do tema, parte dos estudiosos da teoria normativa do Direito continua a defender a posição clássica segundo a qual a norma jurídica possui sempre uma estrutura externa e uma estrutura interna, além de um conteúdo próprio e particular. A estrutura externa, segundo esta perspectiva, corresponde exatamente ao revestimento da norma jurídica, que pode se apresentar em forma de lei (norma jurídica escrita, que tem origem na autoridade) ou de costume jurídico (norma jurídica não escrita, que surge de forma difusa na sociedade). A estrutura interna, por seu turno, encontra-se intimamente associada, por partes, à denominada endonorma (juízo que impõe uma prestação) e à chamada perinorma (juízo que impõe uma sanção). Em comparação com o modelo de KELSEN, a endonorma corresponde à norma primária, enquanto que a perinorma concerne à norma secundária. Tal juízo disjuntivo pertinente à estrutura da norma jurídica foi proposto por COSSIO, formulação teórica assim retratada e cotejada (esquematicamente) em relação à perspectiva de KELSEN:

> "Dado **A**, deve ser **P**, ou dado ñP, deve ser **S**. A *endonorma* corresponde ao juízo que impõe uma prestação **(P)** ao sujeito que se encontra em determinada situação **(A)** e equipara-se à *norma primária* de KELSEN. Exemplo: o indivíduo que assume uma dívida **(A)**, deve efetuar o pagamento na época própria **(P)**. A *perinorma* impõe uma sanção **(S)** ao infrator, isto é, ao sujeito que não efetuou a prestação a que estava obrigado **(ñ)**. Corresponde à *norma secundária* de KELSEN. Exemplo: o devedor que não efetuou o pagamento na época própria deverá pagar multa e juros.
>
> CARLOS COSSIO não concordou com o reduzido significado atribuído por KELSEN anteriormente à norma secundária, que prescrevia a conduta obrigatória, lícita. Enquanto a norma primária e a secundária se justapõem, a endonorma e a perinorma estão unidas pela conjunção *ou*." (NADER, 2017, p. 85)

3. CARACTERÍSTICAS DA NORMA JURÍDICA

Malgrado a existência de divergência a respeito das características basilares que efetivamente marcam a norma jurídica, a doutrina, de um modo geral, apresenta as seguintes: imperatividade, heterogeneidade, bilateralidade, generalidade, estabilidade, permanência e publicidade, explicadas adiante.

***a)* Imperatividade**

A fim de alcançar determinado objetivo, a norma jurídica emite um comando normativo, ou seja, prescreve como os indivíduos, os governantes e o próprio Estado devem se conduzir na vida comunitária. Enfim, a norma jurídica impõe um dever, que deve ser cumprido por todos. Neste sentido, explica HERMES LIMA (1983, p. 37) que o "Direito expressa-se através de normas que tomam a forma de imperativos".

***b)* Heterogeneidade**

Significa dizer que a norma jurídica deve ser observada por todos, ainda que os respectivos destinatários discordem de seu comando. Desta feita, a observância da norma jurídica independe da vontade daqueles aos quais ela se destina.

***c)* Bilateralidade**

Por bilateralidade entende-se a correspondência existente entre as duas partes interligadas pela norma jurídica. Significa dizer, pois, que o Direito existe sempre vinculando duas ou mais pessoas, atribuindo um poder a uma parte e, da mesma forma, impondo um dever à outra: "a norma jurídica é bilateral, pois, em seu mecanismo, alguém dispõe, os demais obedecem" (LIMA,1983, p. 37).

***d)* Generalidade**

A norma jurídica é dirigida, indistintamente, a todos que se ajustarem à hipótese por ela disciplina, e não a alguém em particular. É preceito de ordem geral, que obriga a todos os que estiverem em igual situação jurídica, referindo-se, desta feita, não a casos concretamente considerados, mas a um rol de situações indefinidas. A propósito, leciona LIMA (1983, p. 37) que a "forma exterior na qual o Direito se apresenta é a de dispositivos jurídicos, isto é, 'regras abstratas que, visando um escopo prático, disciplinam determinado conteúdo ou situação de fato, e lhe estabelecem as consequências jurídicas'".

DINIZ (2001, p. 6-7), analisando o atributo da generalidade inerente às normas jurídicas, afirma que a "norma procede por abstração, fixando tipos, referindo-se a uma série de casos indefinidos e não a casos concretos", sendo que tal "abstração de normas, em virtude de seu processo generalizante, implica seu afastamento da realidade, surgindo um antagonismo entre normas jurídicas e fatos". Não obstante, esclarece a ilustre professora que esta "oposição não é um hiato insanável", uma vez que os "fatos individuais apresentam o geral determinado no conceito abstrato", vale dizer, ostentam uma "nota de tipicidade que permite sejam enquadrados nos conceitos normativos", do que se depreende que a "norma jurídica só se movimenta ante um fato concreto, pela ação do magistrado, que é o intermediário entre a norma e a vida

ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, regendo determinada situação individual".

Ainda segundo DINIZ (2001, p. 7), "a norma de Direito é um modelo funcional que contém, em si, o fato, pois, sendo um tipo geral oposto à individualidade concreta, pode ser adaptada a esta última"; destarte, o tipo contido no preceito normativo apresenta dupla função, ou seja, "é meio de designação dos elementos da hipótese de fato e forma de apreensão e exposição de relações jurídicas".

No mesmo sentido, leciona LIMA (1983, p. 38) que a "estrutura lógica da norma jurídica consta de uma previsão e de um dispositivo relativamente a mesma previsão", sendo que a "norma prevê, de modo geral e abstrato, hipóteses de fato, devidamente classificadas por tipo, a que imprime valorização jurídica".

***e)* Estabilidade**

Tal atributo reside no fato de que a norma jurídica é editada, em regra, pelo Estado (em forma de lei). Ademais, quando a norma jurídica é excepcionalmente produzida (de modo difuso) pela sociedade, dando origem ao costume jurídico, é o ente estatal que a chancela.

***f)* Permanência**

Segundo dispõe o art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue". Nota-se, portanto, que a norma jurídica não se esgota pela sua observância ou pelo seu descumprimento, vigendo até que sobrevenha eventual alteração ou até a mesmo revogação (cessação da vigência da norma).

***g)* Publicidade**

A característica da publicidade é de fundamental importância, mormente se considerarmos que a norma jurídica, para ser fielmente observada, precisa ser oficialmente publicada, conforme preceituam, inclusive, o art. 1º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada"), complementado pelo parágrafo 1º ("nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada") e pelo parágrafo 3º ("se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação"), ambos do mesmo artigo.

Cabe ressaltar que, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", estabelecendo, pois, uma autêntica

ficção legal, pela qual se presume que a lei, uma vez publicada, é do conhecimento de todos, presunção que objetiva conferir primazia ao interesse social diante do interesse individual.

4. CLASSIFICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

As normas jurídicas podem ser classificadas sob vários aspectos, não havendo uniformidade quanto ao tratamento do assunto vertente. Não obstante, a doutrina, de um modo geral, alude às seguintes categorias.

a) Quanto à Natureza das Disposições

Quanto à natureza das disposições, a norma jurídica classifica-se em *normas jurídicas substantivas* (ou *materiais*) e *normas jurídicas adjetivas* (ou *processuais*).

Normas jurídicas substantivas (ou materiais) são aquelas que criam, declaram e definem direitos, deveres e relações jurídicas.

Como exemplos, as normas que integram o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) e o Código Civil (Lei nº 10.406/02).

As normas jurídicas adjetivas (ou processuais), por sua vez, regulam o procedimento e o processo aplicáveis para fazer cumprir as normas jurídicas substantivas. Por exemplo, aquelas previstas no Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/41) e no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

b) Quanto à Obrigatoriedade

No que se refere à obrigatoriedade, a norma classifica-se em *normas jurídicas imperativas* (ou de *ordem pública*) e *normas jurídicas dispositivas* (ou de *ordem privada*).

As normas jurídicas imperativas (ou de ordem pública) são aquelas que, tendo em vista o fim social que objetivam alcançar, não podem ser modificadas por convenção dos particulares, sendo também denominadas de normas cogentes. É exatamente o que acontece, por exemplo, com as regras jurídicas que estabelecem impedimentos para o casamento, as quais não podem ser modificadas pelos nubentes. Assim, se os irmãos **X** e **Y** desejarem contrair matrimônio, não poderão fazê-lo, notadamente diante do impedimento previsto na norma cogente contida no art. 1.521, IV, do Código Civil.

Em contraste com as anteriores, as normas jurídicas dispositivas (ou de ordem privada) admitem que os particulares convencionem por ato de vontade. O art. 1.639, *caput*, do Código Civil, por exemplo, permite aos nubentes, antes da celebração do casamento, convencionar, quanto aos bens, o que lhes aprouver.

***c)* Quanto à Origem**

Em relação à classificação em epígrafe, as normas jurídicas, ante o sistema de repartição de competências previsto na Constituição Federal, e conforme o ente que as tenha produzido, podem ser federais, estaduais, distritais e municipais.

***d)* Quanto à Sistematização**

No que se refere à sistematização, as normas jurídicas podem ser catalogadas em normas constitucionais, codificadas, esparsas (ou extravagantes) e consolidadas.

Normas constitucionais são aquelas estabelecidas pelo Poder Constituinte (Originário ou Derivado, conforme o caso) e que fundamentam a validade das demais normas jurídicas integrantes do sistema normativo.

Como exemplo, cite-se o art. 19 da CF, segundo o qual "é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; II – recusar fé aos documentos públicos; III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si".

Normas codificadas são aquelas que se encontram incorporadas a códigos tematicamente organizados e sistematizados (em livros, partes, títulos, capítulos, seções e subseções), cujo conteúdo versa sobre determinado ramo do Direito.

O fenômeno da codificação, que, conforme cediço alhures, remonta ao início do século XIX, notadamente quando da edição do Código Civil da França (Código Napoleônico, 1804), guarda profunda relação com o caráter sistêmico inerente ao Direito, indicando, pois, a necessidade de se prover sistematização a determinadas matérias jurídicas, tais como o Direito Tributário, razão pela qual a Lei nº 5.172/66 instituiu o Código Tributário Nacional.

Interessante notar que o art. 59 da CF, ao dispor sobre o chamado processo legislativo (que compreende a elaboração das denominadas espécies normativas primárias, a saber: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), reconhece expressamente a importância de se sistematizar a legislação nacional, tanto que o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional determinou que lei complementar disciplinasse a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, regra que ensejou a edição da Lei Complementar nº 95/98.

Normas esparsas (ou extravagantes) são aquelas editadas de modo isolado e que tratam de específica matéria jurídica, não estando, portanto, codificadas. Como exemplo, a Lei Ambiental (Lei nº 9.605/98), cujo conteúdo abarca um amplo leque de normas jurídicas (de natureza penal, administrativa, civil, etc) relativas à preservação do meio ambiente.

As normas consolidadas, por seu turno, são fruto da reunião de várias leis esparsas disciplinadoras da mesma matéria, sendo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-Lei nº 5.452/43) um típico exemplo a ser apresentado.

***e)* Quanto à Sanção**

Quanto à sanção, a norma jurídica classifica-se em mais que perfeitas, perfeitas, menos que perfeitas e imperfeitas, explicadas a seguir.

Normas mais que perfeitas são aquelas que determinam a nulidade do ato jurídico praticado com violação ao conteúdo normativo, bem como a restauração do *status quo* anterior, além de cominar uma sanção correspondente. No caso, é possível invocar, como exemplo, a norma contida no art. 1.521, VI, do Código Civil, a qual estabelece que as pessoas casadas não poder constituir novo matrimônio durante a vigência do casamento. Assim, a violação da citada norma acarreta não só a nulidade do segundo casamento (art. 1.548, II, do Código Civil), bem como a responsabilização penal do bígamo (art. 235, *caput*, do Código Penal).

Normas perfeitas são as que estabelecem a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico praticado com violação ao comando da norma, não havendo, porém, sanção a ser aplicada em decorrência de tal ofensa normativa. Por exemplo, o art. 1.647, I, do Código Civil, segundo o qual, ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis.

Normas menos que perfeitas são aquelas que não ensejam a nulidade ou anulabilidade do ato praticado com violação ao conteúdo normativo, mas estabelecem uma sanção para o infrator da norma. A propósito, o art. 1.523, I, do Código Civil estabelece que o (a) viúvo (a) que tiver filhos do cônjuge falecido não pode se casar enquanto não fizer o inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros, sendo que eventual transgressão da mencionada norma não implica em nulidade do novo casamento, impondo-se, todavia, a adoção do regime de separação de bens (art. 1.641, I, do Código Civil).

As normas imperfeitas são aquelas que não acarretam a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico, bem como não estabelecem qualquer sanção para o caso de descumprimento do conteúdo normativo. O art. 611, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual o processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de dois meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar estes prazos, de ofício ou a requerimento de parte, cujo descumprimento não acarretará qualquer nulidade ou sanção.

***f)* Quanto à Vigência**

Em relação à vigência, as normas jurídicas podem ser de vigência indeterminada e de vigência determinada, classificação acolhida, inclusive, pelo art. 2º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual "não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a

modifique ou revogue".

As normas de vigência indeterminada, como a própria denominação sugere, são as que vigoram por tempo indeterminado, isto é, não fazem qualquer referência ao prazo de vigência, sendo, portanto, a regra geral, tal como acontece com a Lei nº 9.455/97, que define e pune o crime de tortura. No caso, não é possível afirmar, de antemão, quando a norma em questão perderá o vigor.

Normas de vigência determinada, ao reverso, são aquelas que vigoram por tempo determinado, ou seja, estabelecem previamente o respectivo prazo de vigência, configurando, assim, uma exceção à regra anterior. Na presente hipótese, é possível afirmar quando a norma perderá a vigência. É o caso, por exemplo, das normas contidas nos arts. 30 a 36 da Lei nº 12.663/12, que dispôs sobre as medidas relativas à Copa das Confederações (FIFA – 2013) e à Copa do Mundo (FIFA – 2014), entre outras providências, cujo Capítulo VIII estabeleceu diversos tipos penais pertinentes à época daqueles eventos, delitos que só existiram até o dia 31 de dezembro de 2014, conforme previsão do art. 36 da mesma lei.

***g)* Quanto à Aplicabilidade**

No que se refere à aplicabilidade, as normas podem ser autoaplicáveis, normas dependentes de complementação e normas dependentes de regulamentação.

Normas autoaplicáveis são aquelas que vigoram de imediato, independentemente da edição de qualquer norma posterior. Por exemplo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.649/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, julgamento em 15.09.2015) é firme no sentido de que o art. 236, *caput* ("os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público"), e seu parágrafo 3º ("o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses"), ambos da Constituição de 1988, são normas autoaplicáveis, que incidiram imediatamente desde a sua vigência, produzindo efeitos, portanto, mesmo antes do advento da Lei nº 8.935/94.

Da mesma forma, entendeu o Superior Tribunal de Justiça ser "autoaplicável o disposto no art. 46 da Lei nº 8.541/92, o qual dispõe que 'o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário'" (STJ, Terceira Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 246.938/RS, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento em 11.05.2015).

Em contraste, as normas em epígrafe são aquelas que necessitam de complementação a ser estabelecida por outra norma. A título de exemplo, o art. 7º, inciso XI, da Constituição estabelece ser direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Em consequência, editou-se a Lei nº 10.101/00, que tratou de complementar o citado dispositivo constitucional.

Do mesmo modo, a jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido de que o art. 201, § 4º, com a redação dada pela EC nº 20/98 ("é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em *lei*"), e o art. 202 ("o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por *lei complementar*"), ambos da Constituição, não são autoaplicáveis, pois necessitam de integração legislativa que só foi implementada com a edição da Lei nº 8.212/91 e da Lei nº 8.213/91 (STF, Primeira Turma, Agravo Regimental no Agravo Regimental nº 485.742/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 26.08.2014).

Por fim, as normas dependentes de regulamentação demandam a edição de um decreto regulamentador por parte do Chefe do Poder Executivo, de modo a esmiuçar e detalhar a fiel aplicação da lei, consoante previsão estabelecida no art. 84, IV, da Lei Maior. Por exemplo, a norma contida no art. 17, *caput*, V, da Lei nº 8.629/93, que dispõe sobre os créditos de instalação no programa de reforma agrária, dispositivo regulamentado pelo Decreto nº 9.066/17.

h) Quanto à Fonte

Como visto em outra ocasião, a doutrina alude à existência de dois grandes sistemas jurídicos: *a)* o denominado sistema romano-germânico (ou sistema do *civil law*), do qual o Direito brasileiro é um típico exemplo, figurando a lei escrita como a principal fonte, *b)* e o sistema anglo-saxão (ou sistema da *common law*), no qual os precedentes judiciais adquirem *status* fundamental, sendo reconhecida e aceita a sua força vinculante. Conforme explica REALE (2002, p. 97-98), a expressão *common law* designa a "experiência jurídica da Inglaterra, dos Estados Unidos da América, e de outros países de igual tradição", caracterizada exatamente por "não ser um Direito baseado na lei, mas antes nos usos e costumes consagrados pelos precedentes firmados através das decisões dos tribunais", configurando, desta feita, um "Direito costumeiro-jurisprudencial, ao contrário do Direito continental europeu e latino-americano, filiado à tradição romanística, do Direito Romano medieval, no qual prevalece o processo legislativo como fonte por excelência das normas jurídicas".

Assim, de acordo com a presente classificação, as normas jurídicas podem ser escritas (produzidas pelo Estado) ou não escritas (costumeiras ou consuetudinárias, isto é, produzidas difusamente pela sociedade).

i) Quanto ao Sistema Jurídico

Quanto ao sistema jurídico, as normas jurídicas podem ser nacionais ou estrangeiras. Normas nacionais são aquelas que vigoram no Brasil. Como exemplo, o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40). Ao contrário, as normas estrangeiras, por seu turno, não vigoram no Brasil: o Código Penal alemão (*Das Strafgesetzbuch – StGB*), por exemplo.

j) Quanto à Incidência Territorial

Quanto à incidência territorial, as normas jurídicas podem ser comuns ou locais.

Normas comuns são aquelas que possuem incidência sobre todo o território nacional. O Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97, por exemplo.

Normas locais são aquelas que possuem incidência apenas sobre uma parte (Estados-Membros, Distrito Federal ou Municípios) do território nacional. Por exemplo, a Lei nº 7.530/17, que institui pisos salariais no âmbito do Estado do Rio de Janeiro para as categorias profissionais nela mencionadas.

l) Quanto ao Âmbito Material de Aplicação

Em relação ao âmbito material de aplicação, as normas jurídicas podem ser de Direito Público ou de Direito Privado.

5. VALIDADE DA NORMA JURÍDICA

REALE, analisando a questão inerente à vigência (obrigatoriedade sob o prisma formal), eficácia (efetiva correspondência social ao conteúdo normativo) e fundamento da norma jurídica sob a perspectiva de sua *Teoria Tridimensional do Direito*, explica:

> "A necessária complementariedade das pesquisas do filósofo, do sociólogo e do jurista revela-se, de maneira bem marcante, quando se estuda o problema da *validade do direito*, questão que, no dizer colorido de MAX ERNST MAYER, esvoaça como um pássaro assustado, por todos os quadrantes do pensamento jurídico.
>
> Para empregarmos uma expressão popular, densa de significado, a primeira impressão que nos dá a lei é a de algo feito 'para valer', isto é, de uma ordem ou comando emanado de uma autoridade superior. Basta, porém, imaginar uma pessoa na situação concreta de destinatário do chamado 'comando legal' para perceber-se quão complexo é o problema da validade do direito. Há, em primeiro lugar, uma pergunta quanto à obrigatoriedade da norma jurídica para todos, em geral, e para determinada pessoa em particular, o que se desdobra em uma série de outras perguntas sobre a competência do órgão que elaborou o modelo jurídico, a sua estrutura e o seu alcance. Além desse plano de caráter formal, surge outro grupo de questões, quanto à conversão efetiva da regra de direito em momento de vida social, isto é, no tocante às condições do real cumprimento dos preceitos por parte dos consorciados; e, finalmente, há uma terceira ordem de dificuldades, que consiste na indagação dos títulos éticos dos imperativos jurídicos, na justiça ou injustiça do comportamento exigido, ou seja, de sua *legitimidade*.
>
> Eis aí, numa percepção sumária e elementar, os três fios com que é tecido o discurso da validade do direito, em termos de *vigência* ou de obrigatoriedade formal dos preceitos jurídicos; de *eficácia* ou da efetiva correspondência social ao seu conteúdo; e de *fundamento*, ou dos valores capazes de legitimá-los numa sociedade de homens livres.

> Enunciada desse modo a questão, parecem transparentes os nexos que ligam entre si os três problemas numa estrutura tridimensional, mas, por um complexo de motivos, uns de natureza histórica, outros dependentes das inclinações intelectuais dos investigadores, nem sempre prevalece a compreensão unitária dos fatores que compõem a realidade jurídica: não raro orientam-se os espíritos no sentido do primado ou da exclusividade de uma das perspectivas acima discriminadas, surgindo, assim, *soluções unilaterais* ou *setorizadas*." (REALE, 2001, p. 14-15)

Da mesma forma, DINIZ (2001, p. 48), reconhecendo que os termos validade, vigência, eficácia e fundamento, por serem conceitos interligados, geram grande confusão terminológica, estabelece que "a *validade constitucional*, intimamente relacionada com a eficácia constitucional, indica que a disposição normativa é conforme às prescrições constitucionais; assim, nesse sentido, válida é a norma que respeita um comando superior, ou seja, o preceito constitucional". Ainda segundo a autora, a "*validade formal*, ou técnico-jurídica (vigência em sentido amplo), de uma norma significa que ela foi elaborada por órgão competente em obediência aos procedimentos legais". Por conseguinte, "a norma formalmente válida é a promulgada por um ato legítimo da autoridade, de acordo com o trâmite ou processo normativamente estabelecido, que lhe é superior, não tendo sido ela revogada".

Ademais, esclarece DINIZ que "*vigência* (sentido lato) não configura um atributo próprio da norma jurídica, pois ela não é válida em si por depender de sua relação com as demais normas jurídicas".

> "Poder-se-ia, estudando a lição de KELSEN, vislumbrar na validade das normas uma relação internormativa. Assim, uma norma só será válida se se fundar em norma superior, reveladora da competência do órgão emissor e do processo para sua elaboração.
>
> Terminada a fase constitutiva do processo de produção normativa, a norma já é válida; no período que vai de sua publicação até sua revogação, ou até o prazo estabelecido para sua validade, diz-se que a norma é vigente. O âmbito temporal de validade constituiu o período durante o qual a norma tem vigência (sentido estrito). [...].
>
> A vigência (sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, mas nem sempre, pois nada obsta que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada. Realmente, dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], em seu art. 1º, que a norma entra em vigor, a um só tempo, em todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação. Embora válida, a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente. [...].
>
> O conceito de vigência, em sentido estrito, está relacionado com o de eficácia, uma vez que da existência (vigência) da norma depende a produção de seus efeitos." (DINIZ, 2001, p. 49-50)

Outrossim, para DINIZ, a "*validade fática* de uma norma significa que ela é efetiva, ou seja, quando ocorrem o comportamento, que ela configura (hipótese de incidência), e a consequência jurídica (sanção), que ela prevê".

> "A norma de validade fática expressa, portanto, a atividade do aparelho sancionador do Estado. Tal se dá porque toda norma jurídica caracteriza-se por ser imperativo-autorizante, isto é, acompanhada da autorização do emprego da coação (aplicação da sanção) pelo órgão competente. Por razões

> didáticas poder-se-á identificar validade fática com eficácia, mas teoricamente não há identidade entre esses dois conceitos. A validade fática indica a efetividade normativa pela atuação coercitiva do Poder Público, em caso de violação de norma.
>
> A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.
>
> A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de se saber se os destinatários da norma poderão ajustar, ou não, seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se poderão cumprir, ou não, os comandos jurídicos, se poderão aplicá-los ou não. Casos há em que o órgão competente emite normas, que por violentarem a consciência coletiva, não são observadas nem aplicadas, só logrando, por isso, ser cumpridas de modo compulsório, a não ser quando caírem em desuso; consequentemente, têm vigência, mas não possuem eficácia (eficácia social). [...].” (DINIZ, 2001, p. 50-51)

Por fim, para a autora, a validade ética (ou fundamento axiológico) do Direito objetiva implantar uma ordem justa na vida social.

> “A justiça, que compendia a todos os valores jurídicos, é a *ratio juris*, ou seja, a razão de ser ou fundamento da norma, ante a impossibilidade de se conceber uma norma jurídica desvinculada dos fins que legitimam a sua vigência e eficácia. Pode-se dizer que a ideia de justiça contida na norma, além de ser um valor, é ideológica, por assentar-se na concepção do mundo que emerge das relações concretas do social, já que não pode, indubitavelmente, subsistir desconectada da história; Deveras, uma norma jurídica não pode ser, em si mesma, justa ou injusta, por depender do ângulo histórico sob o qual se a considera, pois o que pode parecer legítimo a uma civilização em determinada época pode ser ilegítimo em outra. Ante o exposto, poder-se-á concluir que na norma haveria uma relação necessária entre vigência, eficácia e fundamento.” (DINIZ, 2001, p. 52)

Conforme se depreende a partir das lições de REALE e DINIZ, resta conclusivo que a validade da norma jurídica pode ser analisada sob diversos aspectos.

Em relação à denominada validade formal (ou vigência em sentido amplo), a norma jurídica é vista sob a ótica do preenchimento de seus requisitos de validade: em primeiro lugar, é necessário que a norma seja elaborada pelo órgão pertinente, no âmbito de sua competência (*ratione materiae*) e em obediência ao rito (constitucional e regimental) estabelecido para sua produção. A título de exemplo quanto a tais aspectos formais, cabe citar que a aprovação de uma lei complementar requer a denominada maioria absoluta (metade mais um dos membros da Casa Legislativa), conforme previsto no art. 69 da Lei Magna. Destarte, consoante explica DINIZ (2000, p. 385), formalmente válida será “a norma se emanada do poder competente com obediência aos trâmites legais”.

Adverte DINIZ (2001, p. 48-52) que a vigência (em sentido estrito) poderá coincidir com a validade formal, embora nada obste “que uma norma válida, cujo processo de produção já se aperfeiçoou, tenha sua vigência postergada”, exatamente conforme dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cujo art. 1º, *caput*, assevera “que a norma entra em vigor, a um só tempo, em todo o país, quarenta e cinco dias após sua publicação”, o que significa dizer que, embora válida, “a norma não vigorará

durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente".

DINIZ (2000, p. 393) explica que "o problema da eficácia da norma jurídica diz respeito à questão de se saber se os seus destinatários ajustam ou não seu comportamento, em maior ou menor grau, às prescrições normativas, isto é, se cumprem ou não os comandos jurídicos, se os aplicam ou não".

VENOSA (2006, p. 106), no mesmo sentido, afirma que "na eficácia, a norma é observada em instância de validade social". Assim, "quando a norma é efetivamente observada pelo grupo, diz-se que possui eficácia".

Soa evidente, portanto, que a norma jurídica deve ser dotada de eficácia, ou seja, deve possuir a possibilidade de ser obedecida, produzindo, então, o efeito esperado sobre a sociedade. Não obstante, forçoso reconhecer que há normas cujo conteúdo normativo não é observado pelos indivíduos. Neste caso, fala-se em ineficácia normativa. De fato, várias razões podem ocasionar a perda de eficácia de uma norma jurídica, fazendo com que ela deixe de ser aplicada em virtude das mudanças operadas na sociedade ao longo do tempo, cujos valores sofrem constante alteração. Da mesma forma, não terá eficácia a norma que impõe determinado comportamento impossível de ser adotado pelo corpo social.

DINIZ (2000, p. 395) alude, ainda, à denominada validade ética (ou fundamento axiológico), isto é, "a norma jurídica deve corresponder aos ideais e aos sentimentos de justiça", razão pela qual o "sentido da norma é ser ela um instrumento de realização de determinado valor: a justiça".

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Nova Introdução ao Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BRASIL. STF. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 29.649/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 15 set. 2015.

_____. STF. Agravo Regimental no Agravo Regimental nº 485.742/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 26 ago. 2014.

_____. STJ. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 246.938/RS, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 11 mai. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

_

_____. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

LIMA, Hermes. *Introdução à Ciência do Direito*, 27ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1983.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*, *Situação Atual*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1988.

SGARBI, Adrian. *Teoria do Direito, Primeiras Lições*, Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 2007.

VENOSA, Sílvio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

88 Anos OAB SANTA CATARINA | ESA

Essere nel Mondo
e-book editora