ELEMENTOS JURÍDICOS DOS DIREITOS HUMANOS

PEMBROKE COLLINS
CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra de Souza Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Danielle Medeiro da Silva de Araújo (UFSB, Porto Seguro)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Diogo de Castro Ferreira (IDT, Juiz de Fora)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajaí)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura. Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosangela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Faculdade Lusófona, Brasil)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:

DANIEL MACHADO GOMES, ROGERIO BORBA DA SILVA,
TELSON PIRES, THIAGO RODRIGUES PEREIRA

ELEMENTOS JURÍDICOS DOS DIREITOS HUMANOS

PEMBROKE COLLINS
Rio de Janeiro, 2021

Copyright © 2021 | **Daniel Machado Gomes, Rogerio Borba da Silva, Telson Pires, Thiago Rodrigues Pereira (orgs.)**

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi
EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Pembroke Collins
PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes
DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

PEMBROKE COLLINS
Rua Pedro Primeiro, 07/606
20060-050 / Rio de Janeiro, RJ
info@pembrokecollins.com
www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO
Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Pembroke Collins.

Todas as obras são submetidas ao processo de peer view em formato double blind pela Editora e, no caso de Coletânea, também pelos Organizadores.

E38

Elementos jurídicos dos direitos humanos / Daniel Machado Gomes, Rogerio Borba da Silva, Telson Pires e Thiago Rodrigues Pereira (organizadores). – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021.

912 p.

ISBN 978-65-89891-31-4

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos civis. I. Gomes, Daniel Machado (org.). II. Silva, Rogerio Borba da (org.). III. Pires, Telson (org.). IV. Pereira, Thiago Rodrigues (org.).

CDD 323

Bibliotecária: Aneli Beloni CRB7 049/21.

SUMÁRIO

ARTIGOS - DIREITO CIVIL.....17

O INSTITUTO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL EM FACE DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS.....19
Rafael Menguer Bykowski dos Santos

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO.....42
João Ricardo Fornazari Bini

A PEQUENA PROPRIEDADE RURAL E A RELATIVIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ NOS ÚLTIMOS 4 ANOS.....56
Loyana Christian de Lima Tomaz
Vitória Colognesi Abjar

PRECLUSÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OBRIGAÇÕES ADVOCATICIAS74
Silvando Carmo de Oliveira

PROJETO DE LEI N. 3145/2015: UMA ANÁLISE SOBRE SUA POSSÍVEL (IN) EFICÁCIA SOCIAL.....89
Geiza Castro de Sena
Cláudia de Moraes Martins Pereira

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE ÀS MAZELAS DO DIREITO ALIMENTÁRIO: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO E O SISTEMA PERUANO.....106
Julia Mendes de Paiva
Cláudia de Moraes Martins Pereira

O POST MORTEM E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE HERANÇA DAS REDES SOCIAIS DO DE CUJUS.....124
Elisa Avelar Mattar
Natália Pereira Moreira

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS.....136
Felipe Rhamnusia de Lima

REPRODUÇÃO ASSISTIDA IN VITRO E EUGENISMO CIENTÍFICO: O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.....153
Marcelynne Aranha Almeida

ANÁLISE JURÍDICA DO POLIAMORISMO E A POSSIBILIDADE DO SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR.....170
Amandah Kálita do Nascimento Cirqueira
Márcia Rosana Ribeiro Cavalcante

ARTIGOS - DIREITO COMPARADO.....189

O DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS IMIGRANTES NO BRASIL, ALGUNS APONTAMENTOS.....191
Eliomara Correia Abrantes
Luciano dos Reis Silva

O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EXPERIÊNCIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....202
Giulianna de Miranda Brandalise

ARTIGOS - DIREITO DOS ANIMAIS.....215

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS.....217
Ênio Chrystian Goulart de Oliveira

A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA VETERINÁRIA FORENSE NA CRIMINALÍSTICA: ÊNFASE NO BEM-ESTAR ANIMAL, PATOLOGIA VETERINÁRIA, IDENTIFICAÇÃO ANIMAL E SEGURANÇA ALIMENTAR NA APLICAÇÃO TÉCNICO-PERICIAL.....234
Samantha Stanco de Jesus
Fabio Picciula Barazal
Daniela da Cunha Santos
Rosa Maria Ferreiro Pinto

A VAQUEJADA NO BRASIL E O SURGIMENTO DE UMA NOVA ÉTICA ANIMAL.....246
Willian Carlos F. Barcelos

ARTIGOS - DIREITO PENAL.....265

INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO QUANDO A VÍTIMA É UMA MULHER TRANS.....267
Maria Luísa Rodrigues de Souza

A SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DOS ESTADOS UNIDOS.....279
Amanda Barreto Meirelles do Nascimento
Luciano Bandeira Pontes

O DIREITO À REMIÇÃO DE PENA DO ENCARCERADO À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE EM CONTRAPARTIDA COM A OPINIÃO POPULAR.....292
Gerson de Jesus Monteiro Junior

A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO PELA INTERNET.....305
João Augusto De Nardo

OS EFEITOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA FAMÍLIA DO PRESO: UMA EXECUÇÃO DA PENA EXTRAMUROS.....318
Moabson Alves Braga Santos

APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO CUMPRIDOR NA VARA DE PENAS ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE QUANTO À SUA EFICÁCIA...336
Izabel Cristina da Silva

A EFETIVIDADE DA REEDUCAÇÃO DO AGRESSOR NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.....354
Isabelle Moreira Chagas
Alice sobral

CULTURA DE MASSAS, CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E A ESTIGMATIZAÇÃO DO CRIMINOSO.....372
Priscila Péclat Gonçalves Teixeira

MÃE E CONDENADA: REFLEXÕES SOBRE A GESTAÇÃO E O PUERPÉRIO NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO.....388
Amanda Moreira Mota da Silva

DISTOPIA PRISIONAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A (IN)EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO 404
Warley Freitas de Lima
Nathália Martins Marquini de Almeida

A LEGÍTIMA DEFESA POLICIAL E OS DIREITOS HUMANOS.....422
Breno da Costa Esteves

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO (STALKING) E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: REFLEXÕES À LUZ DA PREVENÇÃO DE CONFLITOS E DIREITOS HUMANOS.....438
Augusto Martinez Perez Filho
Camilla Gomes de Oliveira Tavares Martins
Gabriel de Faria Cussolim

ANÁLISE COMPARATIVA DAS TEORIAS DO GARANTISMO PENAL, DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DO MOVIMENTO CRIMINAL DA LEI E ORDEM454
Renata da Silva Carvalho
Francisco Torres de Morais Filho

TAXA DE ENCARCERAMENTO, DIREITO COMPARADO E PRINCÍPIOS – BRASIL, MÉXICO E ESTADOS UNIDOS NA CIDH. UMA ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO E VIOLAÇÕES HUMANITÁRIAS.....467
Mariana da Rocha dos Santos
Thiago Frederico Martins de Oliveira

A TEORIA DO ETIQUETAMENTO À LUZ DA ANÁLISE DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS CONFORME A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....482
Natasha Victoria Chaves Marques
Felipe Silva Mesquita
Tiago Furtado de Abreu

DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NAS PRISÕES BRASILEIRAS: SOB UM OLHAR DA IMPORTÂNCIA DA ABRANGÊNCIA DE PENAS ALTERNATIVAS.....498
Maria Tharcilla Vitória dos Santos Figueiredo
Ádila Marcele de Lima Silva

O CONCEITO DE SOLIDARIEDADE DE DURKHEIM E O PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....517
Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha
Inácio Ferreira Façanha Neto

O FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE DOS CASOS MARIA DA PENHA VS BRASIL E GONZALÉZ VS MÉXICO.....532
Bruna Karoline de Jesus Santos
Ian Felipe Santos Santana

O ABORTAMENTO LEGAL NA AMÉRICA LATINA E A DIFICULDADE DE ACESSO E EFETIVAÇÃO.....546
Débora Nicodemo

O PAPEL DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO...560
Maria Neurilane Viana Nogueira
Adalberto Benevides Magalhães Neto
Samyra Rufino da Silva Lima
Jéssica Viana Nogueira Ivo

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....577
Jair Antônio Silva de Lima

A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL.....594
Julia Pelagaggi Malvão

ARTIGOS - DIREITO PROCESSUAL.....609

O PAPEL DO MAGISTRADO NA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO EXTRAJUDICIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....611
Joelson Vitor Ramos dos Santos

A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....628
João Paulo Terra Silva
Letícia Rodrigues Clemente

O USO E A INTERPRETAÇÃO DA LINGUAGEM NÃO VERBAL NA ELABORAÇÃO DE PROVAS ORAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: SUAS TÉCNICAS, EFETIVIDADE E LIMITES ÉTICOS.....647
Leticia Rodrigues Clemente
João Paulo Terra Silva

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS.....663
Ana Flávia Pedroso Silva

AS INOVAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL.....676
Flavio Carvalho dos Santos
Necéssio Adriano Santos

A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – REFLEXOS DO PACOTE ANTICRIME.....691
Gislene de Laparte Neves

A INCONGRUENTE EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....703
Francisco Alves da Cunha Horta Filho

A INCONGRUÊNCIA DO RECRUDESCIMENTO PENAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....719
Gisella Maria Quaresma Leitão

A PROBLEMÁTICA DA CONSERVAÇÃO DE VESTÍGIOS QUÍMICOS E BIOLÓGICOS POR TEMPO INDETERMINADO E O RESPEITO À CADEIA DE CUSTÓDIA.....731
Thauany Cardozo Faria

A APLICAÇÃO DA TESE FIXADA EM IRDR ÀS DEMANDAS ESTRUTURAIS ENQUANTO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS.....749
Luana Silva de Mello
Thiago Braga Dantas

O ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS CRIMINAIS NO ESTADO DE ALAGOAS.....767
Ana Karla Araújo do Nascimento

INTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONSENSUALIDADE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: AVANÇOS E DESAFIOS.....782
Gianfranco Silva Caruso
Lucas Naif Caluri

O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DO PROCESSO ELETRÔNICO E SEUS ENTRAVES QUANTO AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS.....798
Bruna Patrícia Ferreira Pinto
Márcia Regina Pereira Silva
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira
Vinicius Pinheiro Marques

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL 815
Luciana Sanches Ferreira
Murilo Ferreira Queiroz

PROBLEMAS HODIERNOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL ANALISADOS À LUZ DO FILME "SEM EVIDÊNCIAS".....832
Camilla Alves Trotta

A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA E O DEBATE LEGISLATIVO EM TORNO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....843
Pedro Parolin Teixeira
Edeilson Ribeiro Bona

PROCESSO E SOCIEDADE DIGITAL: IMPLICAÇÕES DOS ELEMENTOS TECNOLÓGICOS AO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....860
Éverton Luís Marcolan Zandoná

RESUMOS.....**877**

OS DIREITOS DOS ANIMAIS E A VIVISSECÇÃO.....879
Thauany Cardozo Faria

O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA DA COVID-19.....883
Joelson Vitor Ramos dos Santos

SISTEMA PENITENCIÁRIO DOS ESTADOS UNIDOS.....889
Amanda Barreto Meirelles do Nascimento
Luciano Bandeira Pontes

PROTEÇÃO DE DADOS NA PERSECUÇÃO PENAL: UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....895
João Paulo Machado Piratelli
Raissa de Cavassin Milanezi
Rebecca Natascha de Cavassin Milanezi

SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO CPC/73 E CPC/15 E A FLEXIBILIDADE NA SUA REALIZAÇÃO.....901
Ramayan Basto Lima

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: LIMITES E SEGURANÇA JURÍDICA.....907
Liane Isoldi Linhares

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Arthur Bezerra de Souza Junior	Universidade Nove de Julho, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Danielle Ferreira Medeiro da Silva de Araújo	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil

Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Maria do Carmo Rebouças dos Santos	Universidade Federal do Sul da Bahia, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil
Walkyria Chagas da Silva Santos	Universidade de Brasília, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes, através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o Direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e da produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão digital aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio CAED-Jus de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor, durante o evento, no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do Direito em nível nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, dos Estados Unidos, da Colômbia, da Argentina, de Portugal, do Reino Unido, da Itália e da Alemanha.

Em 2021, o **CAED-Jus** organizou o seu tradicional **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH 2021)**, que ocorreu nos dias de 28 a 30 de julho de 2021 e contou com 63 Áreas Temáticas e mais de 400 artigos e resumos expandidos de 53 universidades e 25 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos livros do evento.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS - DIREITO CIVIL

O INSTITUTO DO INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL EM FACE DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Rafael Menguer Bykowski dos Santos[1]

INTRODUÇÃO

O projeto integrador analisa o instituto do inventário extrajudicial em face às Serventias Extrajudiciais, através da utilização dos conhecimentos das disciplinas de: Direito de Propriedade e Sucessões, Direito Empresarial e Direito Civil.

O estudo como metodologia utiliza uma extensa fonte de pesquisa bibliográfica e documental, bem como do método dedutivo, do mesmo modo que os métodos analíticos e indutivos, sempre na busca da solução para problemas no que se refere ao raciocínio lógico-sistemático.

O Direito de Propriedade e Sucessões tem como escopo a análise sobre o direito de posse, propriedade, reais, garantia e vizinhança, bem como no que refere aos direitos sucessórios, afinal sendo este o modo decorrente da obtenção da propriedade, portanto, temas como o inventário e partilha fazem parte da mesma.

Nessa perspectiva, o Tabelionato de Notas é responsável pela realização do inventário extrajudicial, mediante um procedimento que

1 Graduado em Gestão de Serviços Jurídicos Notariais e de Registro pela Universidade Paulista (2021). Bacharelando em Direito pela Faculdade de Direito de Franca/SP. Graduando em Gestão de Cooperativas pela Universidade Paulista.

observa o prazo de abertura, as consequências jurídicas, os requisitos essenciais, os impedimentos, os documentos apresentados, os profissionais que devem participar do rito, entre outras questões que são abordadas neste estudo.

Especificamente no que diz respeito ao Direito Civil, o estudo tem como intuito explorar os conceitos basilares no que se refere ao direito civil brasileiro, seus princípios, normas, Código Civil (CC), pessoas naturais e jurídicas, obrigações e, claro, o inventário, sendo este tema também relacionado a disciplina. No que se refere ao inventário extrajudicial a uma análise minuciosa sobre as concepções jurídicas basilares do direito civil nacional.

Relacionando o instituto ao Direito Empresarial, que tem como finalidade a busca de definições e características inerentes **à** atividade empresarial, ou seja, as ações relacionadas ou executadas pelas empresas e pelos empresários, sendo também estudadas as classificações e espécies societárias, os contratos empresariais, os títulos de crédito, especialmente no que esteja relacionando com o CC, parte do fundamento jurídico empresarial, estando portanto, relacionado com o tema do inventário extrajudicial, especificamente na análise dos custos, das vantagens e a possibilidade de inventariar as eventuais quotas da sociedade.

Como referencial teórico, o estudo investiga o instituto do inventário extrajudicial em face das Serventias Extrajudiciais, suas características, elementos principais, formação, estrutura, função, requisitos, custos e concluindo-se em suas vantagens e desvantagens, envolvendo com as disciplinas propostas para a atividade e desenvolvimento deste projeto.

1 DIREITO DE PROPRIEDADE E SUCESSÕES

No que se refere ao Direito de Propriedade e Sucessões temos a seguinte definição, conforme Zisman (2020, p. 12), *in verbis*:

> O registro público tem como principal função a publicidade, tornando de conhecimento de toda a sociedade fatos relevantes para a circulação segura dos bens e para a segurança dos negócios jurídicos. Dessa forma, tratar dos limites ao direito de propriedade sobre coisa imóvel, através dos direitos de vizinhança, e dos direitos reais de garantia, que geram ônus reais sobre os bens, é

> ponto de partida para os serviços notariais e de registro. Nessa disciplina, também é verificada a disciplina da hipoteca, do penhor e da anticrese.

Portanto, é notável a importância da disciplina, o estudo da propriedade e da posse, bem como o direito de sucessão, da mesma forma a relação com o CC, e as normas relativas a esses direitos e garantias, sendo essencial para o conhecimento e serviço diário de um Gestor de Serviços Jurídicos, Notariais e de Registro. Dessa forma, a disciplina também se relaciona com o ponto teórico do presente estudo através da análise do inventário judicial e extrajudicial, suas normas e a forma segundo a qual são aplicadas, devendo ambos, portanto, serem diferenciados.

O inventário tem como finalidade constatar os bens e dívidas que foram deixadas pelo de cujus para que seja realizada a partilha. Os créditos são cobrados e os débitos são pagos, através do valor deixado no espólio, sendo observados ainda os impostos referidos aos direitos sucessórios, sobre tais aspectos, Serra e Serra (2016, p. 50) salienta que:

> Podemos observar o caráter declarativo da inscrição dos direitos decorrentes da sucessão hereditária no art. 1.784 do Código Civil, que dispõe: "Aberta a sucessão, a herança transmite -se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". Neste caso, o titular já adquiriu o direito, no momento da morte do proprietário, pelo chamado princípio da saisine, tanto que se usa a situação do momento do falecimento para que se proceda ao inventário e à partilha, mesmo que estes sejam realizados em momento futuro em que esta situação inicial já se alterou.

Nessa mesma linha, temos a conceituação de espólio, sendo este considerado um "ente não personalizado". Ressalta-se que entes despersonalizados são aqueles que não têm personalidade jurídica, ou seja, não têm aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Os sujeitos despersonalizados somente podem praticar os atos relacionados com a sua finalidade ou para os quais estejam autorizados por lei. O espólio é integrado pelo patrimônio do morto, ou seja, seus bens deixados, sendo esses geridos pelo denominado inventariante. Nesse compasso, sobre o tema Monerrat (2020, p. 460) faz a seguinte alusão:

> O espólio, conforme já asseverado, apesar de não ser sujeito de direitos, mas sim uma universalidade patrimonial administrada pelo inventariante até que seja realizada a partilha, sucede a parte falecida até que sejam identificados os sucessores no processo, pela sentença que julga a partilha. Portanto, a morte da parte pode gerar até duas sucessões em um mesmo processo: em primeiro lugar, desta pelo seu espólio que, após a partilha, é sucedido pelo herdeiro ou sucessor nela identificado.

Dessa forma, há duas espécies de inventário: judicial e extrajudicial. A primeira ocorre pelo *caput*, art. 610 do Código de Processo Civil (CPC), quando existe testamento ou há interesse de civilmente incapaz. Nessa toada, o inventário judicial deve ser aberto em até dois meses contados após a data de morte do *de cujus*, concluindo-se em até 12 (doze) meses subsequentes, podendo os prazos serem prorrogados pelo juiz de direito a requerimento das partes ou de ofício, de acordo com o art. 611 do CPC. Nesse passo, Pinho (2020, p. 1.037) discorre explicando que "o art. 611 determina que o inventário e a partilha devem ser requeridos dentro de dois meses da abertura da sucessão, findando-se nos doze meses subsequentes".

Nessa mesma linha, o juízo, ao qual caberá a análise da ação do inventário judicial, deverá estar vinculado ao último domicílio do falecido, bem como observado o prazo legal estabelecido. Caso a ação seja ajuizada fora do prazo estipulado, como consequência jurídica, haverá eventual incidência de multa sobre o Imposto de Transmissão "*Causa Mortis"* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD).

Nessa passo, é de importante relevância ressaltar que no Estado de São Paulo, o Projeto de Lei (PL) n.º 250, de 2020, de autoria dos Deputados Estaduais Paulo Fiorilo e José Américo, atualmente em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP). O referido projeto têm como finalidade a alteração da Lei n.º 10.705, de 28 de dezembro de 2000, elevando a tributação do ITCMD, com a justificativa de que há um atual acúmulo imoral de riquezas para poucos indivíduos. O projeto ainda recomenda a destinação dos recursos arrecadados para a saúde pública, em razão da pandemia causada pela COVID-19 e o estado de calamidade pública que foi instituído pelo Decreto Legislativo Federal n.º 06, de 20 de março de 2020.

Concernente a isso, importante considerar que o ITCMD já havia sido modificado no Estado de São Paulo, em face da Lei n.º 10.992, de 21 de dezembro de 2001. Tal norma estabeleceu multa de 0.33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso quando não recolhido o débito do imposto, limitado a 20% (vinte por cento) do valor total do tributo. A referida cobrança da multa foi considerada constitucional pela Súmula n.º 542 do Supremo Tribunal Federal (STF).

A última modificação da tributação estadual bandeirante ocorreu através da Lei n.º 16.050, de 15 de dezembro de 2015, portanto, a multa se apresenta como uma maneira de sanção que ocorre como consequência da desobediência do prazo, conforme salienta Pinho (2020, p. 1.038): "o mencionado prazo só tem sanção tributária, que é a multa sobre o imposto *causa mortis* no caso do atraso, como dispõe a Súmula 542 do STF. Não se trata de prazo decadencial, nem tampouco ocorre preclusão".

De outro bordo, especificamente sobre o inventário extrajudicial, fundamental destacar que na confecção do ato notarial devem ser observados requisitos essenciais de validade, como por exemplo, que os indivíduos herdeiros do *de cujus* sejam civilmente capazes, tendo esses o devido consenso para confecção da escritura pública, termos em que é primordial não haver quaisquer litígios, bem como não se fazer presente eventual testamento, o que remeteria, obrigatoriamente, ao procedimento judicial. Observada a normatização, o inventário e a partilha podem ser realizados por meio de escritura pública, devendo essa ser assinada pelas partes assistidas pelo representante legal dos indivíduos, ou seja, o advogado ou defensor público, sendo esses últimos figuras fundamentais para a perfeição do ato, conforme o art. 610, §§ 1º e 2º e art. 733, § 2º do CPC.

Nessa linha, Thamay (2019, p. 996) salienta sobre os representantes das partes, vejamos:

> Destarte, em se tratando de inventário extrajudicial, o tabelião somente lavrará a escritura pública *se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público,* cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (art. 610, § 2º, do CPC). Ademais, a escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Nesse mesmo passo, Pinho (2020, p. 1.612) assevera sobre as exigências do instituto, no sentido o ato notarial somente será válido "se todos os herdeiros forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública".

Entretanto, a confecção do inventário extrajudicial poderá ocorrer mesmo havendo testamento nos casos em que esse for caduco, revogado ou ainda invalidado por sentença judicial transitada em julgado. Essas possibilidades, inclusive, constam do Provimento n.º 37, de 17 de junho de 2016, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (CGJSP).

Nessa senda, no que tange aos dados históricos sobre o instituto, o inventário extrajudicial foi acrescentado a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, ou seja, o CPC/1973, através da Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007. O novo CPC/2015, prosseguiu com a mesma sistemática, permitindo o inventário extrajudicial quando houver consenso das partes, realidade que Pinho (2020, p. 182-183) descreve:

> O divórcio e o inventário extrajudicial foram introduzidos pela Lei n. 11.441/2007, permitindo aos maiores, capazes, sem filhos menores, com bens ou não, que se utilizassem dessa via de forma facultativa e célere para regularizar a situação de término da sociedade conjugal ou para inventariar e repartir os bens deixados pelo de cujus.

Nesse descortino, relevante destacar que além das exigências já mencionadas, existem dois impedimentos administrativos que impossibilitam a lavratura do inventário extrajudicial. O primeiro referente a débitos tributários municipais e federais, conforme as conclusões aprovadas pelo Grupo de Estudos instituído pela Portaria n.º 01, de 11 de janeiro de 2007, da CGJSP, em seu ponto 4.9.14, *in verbis*: "débitos tributários municipais e da Receita Federal (certidões positivas fiscais municipais ou federais) impedem a lavratura da escritura pública".

O segundo caso ocorre quando há bens no exterior, conforme a Resolução n.º 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sendo preconizado em seu art. 29 que "é vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior.". Curial também observa que, em decorrência da pandemia causada pela COVID-19, a resolução citada também sofreu alterações pela Resolução n.º 326, de 26 de junho de 2020, o que trouxe a seguinte redação ao art. 1º:

> Art. 1º Para a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio consensual e extinção consensual de união estável por via administrativa, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil.

Consequentemente, tornou-se mais extensa o alcance da resolução com o acréscimo de novas possibilidades quando comparado a antiga redação do art. 1º, uma vez que a redação anterior havia apenas uma orientação de caráter geral, vejamos: "para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei n.º 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil", ou seja, com a nova redação houve a perfeita caracterização do cabimento do ato notarial.

Nessa toada, salienta-se que para o representante das partes (advogado e defensor público) não é mais vedado a acumulação de funções de mandatário e assistente dos indivíduos. A antiga redação dada pelo art. 12 da Resolução n.º 35/2007, proibia a possibilidade, sendo está alterada pela Resolução n.º 179, de 03 de outubro de 2013, conforme a solicitação do Pedido de Providências n.º 000227-63.2013.2.00.0000, da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Como justificativa, a instituição usou o argumento de que a redação da norma administrativa feria o princípio da liberdade de exercício de profissão, ou seja, não permitia o livre exercício da advocacia. O CNJ, portanto, acatou a demanda alterando o dispositivo.

Em decorrência disso, caso todos os requisitos forem atendidos e não houver impedimentos, o advogado ou defensor público poderão participar do inventário extrajudicial, podendo o representante ser comum ou individual. Em face de tal representação, a redação de eventual uma minuta, ou seja, um rascunho, contendo a qualificação completa do autor da herança, dia e local do falecimento do *de cujus*, bem como a nomeação do inventariante que administrará o espólio até a realização da partilha, poderá ser apresentada ao Tabelião de Notas, cabendo ao mesmo a formalização final da vontade das partes pelo instrumento jurídico.

Curial observa que o citado Tabelião de Notas será livremente escolhido pelos herdeiros do *de cujus*, ou seja, qualquer Cartório de Notas poderá ser esco-

lhido para a confecção da escritura pública do inventário extrajudicial. Portanto, a regra determinada pelo art. 48 do CPC, que determina a competência do foro de domicílio do autor da herança para determinações que envolvam seus bens, não é aplicada ao instituto do inventário extrajudicial e sim o art. 8º da Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, denominada Lei dos Cartórios ou Lei dos Notários e Registradores (LNR), que torna facultativa aos indivíduos a escolha do Tabelionato de Notas que queiram lavrar a escritura.

Nessa mesma linha, o tabelião, profissional responsável pela realização do inventário em cartório, deverá exigir os documentos necessários para a realização do inventário extrajudicial, entre eles, a Certidão de Óbito do falecido, Registro Geral (RG) e Cadastro de Pessoa Física (CPF) das partes e do autor da herança, Certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros, Certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, caso haja, Certidão de propriedade, ônus e alienações dos imóveis atualizada, Certidão ou documento oficial comprobatório do valor venal dos imóveis, carnê do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) dos bens imóveis, documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis, direitos e valores, a eles relativos, inclusive de quotas em sociedades, se houver, Certidão Negativa de Tributos e Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), caso haja, Certidão negativa de tributos municipais que incidam sobre os bens imóveis do espólio, Certidão negativa da Receita Federal e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, estas duas últimas para impedir a incidência dos impedimentos já citados, Certidão negativa da inexistência de testamento, este podendo ser suprimido pelas partes por declaração expressa na escritura pública, Certidão de Regularidade do ITCMD, Carteira da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), endereço e estado civil, estes para os advogados representantes das partes, e, por fim, caso as partes não compareçam, deverá ser apresentada procuração contendo poderes específicos dados ao representante.

Nesse diapasão, o Colégio Notarial do Brasil (CNB, 2020) orienta que normalmente são necessários os seguintes documentos para a realização do inventário extrajudicial:

> Para lavratura da escritura de inventário são necessários os seguintes documentos:

Documentos do falecido

- RG, CPF, certidão de óbito, certidão de casamento (atualizada até 90 dias) e escritura de pacto antenupcial (se houver)

- Certidão comprobatória de inexistência de testamento expedida pelo Colégio Notarial do Brasil, através da Censec (http://www.censec.org.br/);

- Certidão Negativa da Receita Federal e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional;

- Documentos do cônjuge, herdeiros e respectivos cônjuges;

- RG e CPF, informação sobre profissão, endereço, certidão de nascimento, certidão de casamento dos cônjuges (atualizada até 90 dias).

Documentos do advogado

- Carteira da OAB, informação sobre estado civil e endereço do advogado;

- Informações sobre bens, dívidas e obrigações, descrição da partilha e pagamento do ITCMD;

- imóveis urbanos: certidão de ônus expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis (atualizada até 30 dias), carnê de IPTU, certidão negativa de tributos municipais incidentes sobre imóveis, declaração de quitação de débitos condominiais.

- imóveis rurais: certidão de ônus expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis (atualizada até 30 dias), cópia autenticada da declaração de ITR dos últimos 5 (cinco) anos ou Certidão Negativa de Débitos de Imóvel Rural emitida pela Secretaria da Receita Federal – Ministério da Fazenda, Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR) expedido pelo INCRA.

- bens móveis: documento de veículos, extratos bancários, certidão da junta comercial ou do cartório de registro civil de pessoas jurídicas, notas fiscais de bens e joias etc.

De outro bordo, importante salientar que, se por vontade e consenso dos herdeiros do *de cujus*, poderá ocorrer o reconhecimento da união está-

vel na lavratura da escritura pública do inventário extrajudicial, conforme salienta o art. 19 da Resolução n.º 35/2007, do CNJ, reforçando que tal ocorrerá semente se houver a devida concordância dos interessados.

Por fim, com todas as qualificações e documentos apresentados, bem como com o pagamento dos impostos devidos, será lavrada e assinada a escritura pública por todos os interessados, representantes presentes e pelo Tabelião de Notas ou seu eventual preposto. Após isso, os herdeiros do *de cujus* poderão providenciar, sem necessidade de homologação judicial, o registro da documentação nos órgãos competentes, como o Departamento estadual de Trânsito (Detran), bancos e no Registro de Imóveis.

2 DIREITO EMPRESARIAL

Os fundamentos do desenvolvimento das atividades empresárias, tanto na área de gestão das sociedades, como também nos aspectos jurídicos inerentes ao efetivo desenvolvimento do comércio, estão previstos em várias normas, sendo portanto essencial considerar a importância da matéria para compreender a necessidade da investigação. Em tais termos, Gomes (2019, p. 07), conceitua a relevância do estudo da disciplina:

> O objetivo do estudo desta disciplina é buscar as principais definições e caracterizações do conceito de empresário e de empresa para a lei civil e, a partir deles, adequar os diversos tipos societários admitidos no ordenamento jurídico pátrio, além de estabelecer elo com os principais deveres e direitos referentes.

Dessa forma, é evidente a importância dos fundamentos da teoria do direito empresarial, a análise das classificações empresárias, comércio, a função empresarial, os tipos e formas societárias, sendo de grande relevância ao estudo da Sociedades Anônimas (S/A), disciplinadas pela Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Nesse mesmo passo, relacionando a disciplina empresarial com o direito civil brasileiro, portanto, essencial para a aprendizagem e profissionalismo de um Gestor de Serviços Jurídicos, Notariais e de Registro.

Nessa perspectiva, é relevante apontar justamente a relação interdisciplinar entre o direito civil e empresarial quanto com o instituto analisado

no presente estudo. O desenvolvimento da atividade empresarial se mostra tão importante para a sociedade, que o legislador, no § 1º do art. 1.011 do CC, terminou por vedar a possibilidade de indivíduos que tenham sido considerado culpados, em sentença transitada em julgado, por crimes envolvendo a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da sentença, de serem administradores, ou seja, delitos que incluem registros oficiais e o direito de propriedade, portanto, eventualmente envolvendo o instituto do inventário.

De outro bordo, importante é a presença da via extrajudicial no que se refere aos fundamentos do direito empresarial, como a liquidação extrajudicial e, na parte de crédito, no que se refere aos títulos executivos extrajudiciais, relacionando esses as certidões de cartório, escrituras públicas, letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas, debêntures e os cheques.

Nessa perspectiva, é essencial a existência do inventário extrajudicial, pelos paradigmas inerentes a atividade empresária, pois o mesmo tem como principal característica a celeridade. Da mesma forma, relevante considerar que a via judicial é normalmente mais custosa e vagarosa quando comparada a outra espécie. Ademais, a questão de encargos financeiros seriam relativos apenas a taxas de documentos e certidões necessários a confecção da escritura pública do inventário extrajudicial, não havendo, como já colocado, gastos mais elevados, normalmente associados à atividade judicial. Em tal sentido, assevera a Seção do CNB do Estado de São Paulo (2020):

> O preço do inventário é tabelado em todos os cartórios do estado de São Paulo e depende do valor do patrimônio deixado pelo falecido. Na maioria dos casos, o inventário em cartório é mais barato do que o inventário judicial. O preço é tabelado por lei em todos os cartórios deste Estado.

Concernente a isso, além de ser menos custosa, a via extrajudicial também é menos burocrática quando comparada ao rito judicial, ou seja, o instituto quando envolve direitos e bens relativos a empresas e sociedades, é solucionado de forma simplificada e eficiente pelos notários, tornando a perda de tempo menor e impedindo a ocorrência de problemas e transtornos futuros para as sociedades empresariais, bem como para os herdeiros do *de cujus*.

Dessa forma, a via, além de desafogar o número de demandas ligados à eventual tutela jurisdicional, torna o instituto mais célere, benéfico e eficiente. Portanto, é de extrema vantagem o uso do inventário extrajudicial, objetivando resguardar os interesses dos indivíduos. Assim, legitimando e certificando a solução do problema, mediante o ato notarial, é resposta menos burocrática e com maior efetividade, tanto para as pessoas físicas e jurídicas.

Curial observa ser totalmente possível, no que se refere a sucessão empresarial, inventariar extrajudicialmente as quotas da sociedade de propriedade do falecido e incluí-las no pagamento do respectivo ITCMD. Todavia, tal apenas é permitido caso o contrato social não disponha de forma contrária, haja vista, que esse, sendo mais rígido e menos democrático, em certas situações pode dispor contra a possibilidade, como salienta Júnior (2016, p. 167):

> Há várias hipóteses de solução para conjuntura instaurada em virtude do falecimento do sócio. A matéria poderá ter previsão expressa no contrato social. Se este nada dispuser, os sócios supérstites poderão optar pela dissolução da sociedade ou compor-se com os herdeiros para regular a substituição do sócio falecido. Em último caso, promove-se a liquidação da respectiva cota. São os caminhos indicados pelo art. 1.028 e seus incisos do CC. Em princípio, se os herdeiros participarão ou não da sociedade ao lado dos consócios remanescentes, é questão dependente do exame do contrato social. De qualquer forma, estes poderão alterar a cláusula permissiva, promovendo a liquidação da parte do sócio falecido e pagando aos herdeiros o que lhes compete.

Nesse diapasão, além dos documentos já citados, para lavrar um inventário extrajudicial, caso haja quotas da empresa que devam ser inventariadas, serão necessários, para que o tabelião possa confeccionar a escritura pública documentos específicos, como, por exemplo, todos os Contratos Sociais da empresa e suas alterações; Certidão Simplificada, sendo está expedida a menos de 90 (noventa) dias; RG, CPF e certidões do estado civil dos outros sócios da empresa; o último balanço social assinado pelo contador responsável; avaliação nominal das quotas societárias na data do

óbito, levando em conta todo o patrimônio possuído na do falecimento pela empresa, assinada, novamente, pelo contador responsável; e, Certidões Negativas de Débitos (CNDs) do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) e da Receita Federal com o nome da empresa.

Portanto, após a apresentação da documentação no tabelionato, com todos os outros documentos e exigências necessárias ao inventário judicial, deverá ainda um sócio, representando a empresa, comparecer ao ato para anuir a escritura pública. Além do mais, o ato notarial deverá ser levado para registro na Junta Comercial do respectivo Estado. Especificamente no caso do Estado de São Paulo, o documento deverá ser apresentado na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP), conforme determina a Lei n.º 8.834, de 18 de novembro de 1994.

3 DIREITO CIVIL

Não obstante, a relação entre o tema da disciplina e o Direito Civil é extenso, bem como, relaciona-se com o Direito Empresarial e o Direito de Propriedade e Sucessões de maneira intensa. Imbricados, tal relação é salientada nas palavras de Schreiber (2020, p. 60):

> O direito civil consiste, em sua definição tradicional, no "direito privado comum". Ao contrário do direito empresarial, que se ocupa das relações jurídicas estabelecidas por determinada classe de sujeitos (os comerciantes e, modernamente, os empresários e as sociedades empresárias) no exercício de certa atividade (o comércio e, modernamente, a empresa), o direito civil exerce um papel bem mais amplo e, de certo modo, residual, disciplinando quaisquer relações jurídicas estabelecidas entre particulares (pessoas físicas ou jurídicas), como relações contratuais e relações de família, entre tantas outras.

Nessa mesma linha, essencial para o serviço diário de um Gestor de Serviços Jurídicos, Notariais e de Registro ser portador de conhecimentos envolvendo o direito civil brasileiro, especialmente as normas do CC. Os princípios, direitos, garantias, obrigações, contratos, entre outros, regulando os atos diários de um profissional da área são basilares para a compreensão e aplicação dentro do mundo jurídico.

Concernente a isso, importante colocar que o inventário extrajudicial, instituído pela já citada Lei n.º 11.441/2007, teve como finalidade principal desafogar o número astronômico de demandas às portas do Poder Judiciário, tornando a via administrativa receptora dessas novas demandas, sendo possível até mesmo no andamento de um processo de inventário judicial, convertê-lo em extrajudicial, conforme o art. 2º da Resolução n.º 35/2007, do CNJ, que permite a desistência da via judicial para a extrajudicial, não sendo, por óbvio, possível a adoção das duas medidas ao mesmo tempo.

Repise-se, mais uma vez, que o inventário pode ser judicial ou extrajudicial. A primeira possibilidade se apresenta como obrigatória quando existe testamento ou há interesse de civilmente incapaz, podendo o interessado ser absoluta ou relativamente incapaz. Esse último, pela forma descrita pelo art. 4º do CC, ou seja, os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, ébrios habituais, viciados, pródigos e ainda aqueles que por causa transitória não puderem exprimir sua vontade. Já aquele, ocorre nas conformidades do art. 3º do CC, apenas para menores de 16 anos.

Entretanto, curial observar que incapacidade e ilegitimidade não são sinônimos. Schreiber (2020, p. 161) explica:

> Coisa diversa da incapacidade é a falta de legitimação. Pode ocorrer que a pessoa, embora capaz, esteja proibida de praticar certo ato por vedação legal específica. Diz-se, em tal hipótese, que, embora capaz, falta-lhe legitimidade ou legitimação para a prática daquele ato em particular. Assim, o irmão do adotando, maior de 18 anos e em pleno gozo das suas faculdades mentais, tem capacidade de direito e capacidade de fato, mas carece de legitimação para adotar o próprio irmão, pois a lei veda expressamente a adoção nessa hipótese (ECA, art. 42, § 1º).

Os absolutamente incapazes são representados, o incapaz não esboça a sua vontade em relação à decisão pela prática ou não do ato ou negócio jurídico, pois esta é tomada pelo representante legal. A ação é praticada pelo representante em nome do incapaz, que objetivamente não participa presencialmente do ato notarial. Schreiber (2020, p. 160) analisa tal situação

descrevendo que "os absolutamente incapazes são, atualmente, apenas os menores de 16 anos, dos quais se ocupa o art. 3º do Código Civil. Devem ser representados por outras pessoas nos atos da vida civil, sendo nulos os atos por eles praticados sem representação".

Os relativamente incapazes são legalmente assistidos. E, com apoio no assistente, o mesmo decide se pratica ou não a ação, esboçando, portanto, a sua vontade, limitando-se o assistente a apenas assisti-lo durante a celebração do ato notarial. Mais uma vez, o magistério de Shreiber (2020, p. 160) é essencial para a compreensão do negócio jurídico entabulado, vejamos:

> Diversa é a situação dos relativamente incapazes, de que se ocupa o Código Civil no seu art. 4º. Incluem-se entre os relativamente incapazes os menores com idade entre 16 e 18 anos, os viciados em tóxico, os ébrios habituais, entre outros. Aos menores entre 16 e 18 anos o direito veda em absoluto a prática de certos atos como a adoção (art. 1.618 do Código Civil combinado com o art. 42 do ECA), mas concede a prática de outros, de natureza personalíssima, como a possibilidade de testar (art. 1.860, parágrafo único) ou de ser mandatário (art. 666). Para a realização dos atos jurídicos em geral, exige que sejam assistidos, sob pena de anulabilidade do ato (art. 171, I).

De outro bordo, importante observar que, pela Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, denominado como sendo Estatuto da Pessoa com Deficiência brasileiro, o deficiente físico não é mais considerado absolutamente incapaz, em face da nova redação dada pelo seu art. 114 ao art. 3º do CC, sendo considerada apenas relativamente incapaz nos casos em que não puder exprimir sua vontade. Schreiber (2020, p. 167) explica que "o Estatuto remove do Código Civil as referências à incapacidade por deficiência ou enfermidade mental (art. 3º, II, e art. 4º, I e II, nas redações revogadas), passando a proclamar, no art. 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa".

Ademais, na esfera extrajudicial, o inventário somente tem curso quando houver capacidade e consenso das partes, ou seja, inexiste conflito entre os indivíduos, herdeiros do *de cujus*. Esses devem ser civilmente capazes.

E, a capacidade está relacionada a titularidade de direitos e deveres, conforme o art. 1º do CC, que entrosa o conceito de personalidade e capacidade jurídica. Todavia, não se confundem, uma vez que esta pode ser limitada e aquela não. Nessa perspectiva, Schreiber (2020, p. 156) conceitua de forma plena o instituto:

> Como já se viu, o nascimento com vida atribui ao ser humano personalidade jurídica, ou seja, a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Para que possa exercer pessoalmente esses direitos, a ordem jurídica exige que, além da personalidade, a pessoa humana seja dotada de *capacidade*. A doutrina tradicional distingue a capacidade em duas espécies: capacidade de direito e capacidade de fato.

Dessa forma, a capacidade pode ser dividida em duas: de direito e de fato. A primeira, é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção, estendendo-se aos indivíduos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental. Portanto, podem esses herdar bens deixados por seus pais, receber doações, entre outros.

De outro bordo, a segunda, a de fato, é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Caso a pessoa não tenha, como pelo requisito da maioridade, a lei cível, com o intuito de proteger esses indivíduos, concedeu a capacidade de direito, mas para a de fato exige sempre a participação de outra pessoa, ou seja, os representantes ou assistentes. Todavia, caso o sujeito seja detentor da capacidade de fato e de direito, terá a capacidade civil plena, que nada mais é do que a junção das mesmas.

Dessa forma, de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade. Na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade, pois não há direito sem o indivíduo.

Portanto, aos maiores de 16 anos tem capacidade de direito. E, aos maiores de 18, tem capacidade de direito e, de fato, havendo possibilidade do exercício da capacidade civil plena. Todavia, certos atos ou fatos da vida podem adiantar tal ocorrência, como descreve o art. 5º do CC, ou seja, a emancipação, casamento, colação de grau superior, entre outros, permi-

tem o imediato exercício da capacidade plena. Em decorrência disso, no ato de lavrar a escritura pública do inventário extrajudicial, a capacidade das partes deverá ser comprovada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo analisou o inventário extrajudicial em face das Serventias Extrajudiciais, bem como considerou a relação existente entre as disciplinas de Direito de Propriedade e Sucessões, Direito Empresarial e Direito Civil. Metodologicamente, a investigação está fundamentada em uma extensa fonte de pesquisa documental e bibliográfica, bem como, explorou as posições doutrinárias sobre o respectivo tema. Da mesma forma, utilizou o método dedutivo para a resolução de problemas de raciocínio lógico-sistemático.

Portanto, a pesquisa investigou o inventário extrajudicial, sua função, requisitos, custos menores, características essenciais, elementos principais, formação e estrutura, sendo esse perfeitamente relacionado às disciplinas.

Com base no tópico de Direito de Propriedade e Sucessões, foi identificado o Tabelionato de Notas como sendo a serventia apta a realização do inventário extrajudicial. O instituto foi relacionado aos prazos de abertura, consequências jurídicas, requisitos essenciais, impedimentos, documentos, profissional responsável, possibilidade de união estável e necessidade do representante legal. Quanto ao Direito Empresarial, foram explorados os custos, vantagens e a possibilidade de inventariar extrajudicialmente as quotas da sociedade de propriedade do falecido. No que se refere ao Direito Civil, examinou-se o inventário extrajudicial com foco nas concepções jurídicas basilares do direito civil nacional.

Dessa forma, após análise da concepção, da exposição das vantagens e desvantagens do instituto, comparando as espécies jurisdicional e administrava, especialmente destacando a celeridade e baixo custo da via notarial, bem como, em face de sua eficiência, o inventário extrajudicial permite desafogar as vias judiciárias, permitindo que a pretensão dos indivíduos sejam atingidas, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Portanto, conclui-se que o instituto foi fundamental para modificar as formas de solução do inventário. A Lei nº 11.441/2007, que normatizou a possibilidade da via extrajudicial, acabou permitindo uma rápida

solução para os indivíduos, mediante a utilização dos Tabelionatos de Notas, bem como impediu que uma grande quantidade de demandas fossem vinculadas aos magistrados em exercício. Em tais termos, com a presente investigação, fica evidenciado que o inventário extrajudicial atende aos princípios da celeridade e da eficiência, da mesma forma que respeita o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos fundamentais previstos pela CF/1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Colégio Notarial do Brasil. Seção São Paulo. **Conclusões aprovadas pelo Grupo de Estudos instituído pela portaria CG n.º 01/2007, quando à Prática dos atos notariais relativos à Lei Federal n.º 11.441/2007**. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTA2NzU=&filtro=203&Data=. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Colégio Notarial do Brasil. Seção São Paulo. **Inventário Extrajudicial**. 2020. Disponível em: https://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=60010#:~:text=%2D%20RG%20e%20CPF%2C%20informa%C3%A7%C3%A3o%20sobre,(atualizada%20at%C3%A9%2090%20dias).&text=%2D%20bens%20m%C3%B3veis%3A%20documento%20de%20ve%C3%ADculos,de%20bens%20e%20joias%2C%20etc. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça**. Pedido de Providências nº 0000227-63.2013.2.00.0000**. Disponível em: https://www.portaldori.com.br/pri/wp-content/uploads/not%C3%ADcia-24.09.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 35, de 24 de abril de 2007. **Disciplina a lavratura dos atos notariais relacionados a inventário, partilha, separação consensual, divórcio con-**

sensual e extinção consensual de união estável por via administrativa. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/179. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 179, de 03 de outubro de 2013. **Altera a redação do art. 12 da Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1855. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 326, de 26 de junho de 2020. **Dispõe sobre alterações formais nos textos das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3366. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Decreto Legislativo n.º 06, de 2020. **Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%-C2%BA%206%2C%20DE,18%20de%20mar%C3%A7o%20de%202020. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm#:~:text=LEI%20No%206.404%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20Sociedades%20por%20A%C3%A7%C3%B5es.&text=Art.,das%20a%-C3%A7%C3%B5es%20subscritas%20ou%20adquiridas. Acesso em: 09 set. 2020.

_____. Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Lei n.º 10. 406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Lei n.º 11.441, de 04 de janeiro de 2007. **Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.441%2C%20DE%204,div%C3%B3rcio%20consensual%20por%20via%20administrativa. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

_____. Lei n.º 13.976, de 04 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#:~:text=LEI%20

N%C2%BA%2013.979%2C%20DE%206%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202020&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,Art. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. **Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 542, de 12 de dezembro de 1969. **Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3345. Acesso em: 08 set. 2020.

FRANCA (Cidade). Decreto n.º 11.018, de 19 de março de 2020. **Declara situação de emergência no Município de Franca e define outras medidas para o enfrentamento da pandemia decorrente do Novo Coronavírus - COVID-19.** Disponível em: https://www.franca.sp.gov.br/arquivos/diario-oficial/documentos/1481-Extra-19032020.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

GOMES, Fábio Bellote. **Fundamentos de Direito Empresarial**. 1ª ed. São Paulo: Editora Sol, 2019.

JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de direito comercial**. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MONERRAT, Fabio. **Introdução ao estudo do Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

PEDREGULHO (Cidade). Lei n.º 2.861, de 25 de março de 2020. **A Câmara Municipal de Pedregulho, Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e com efeitos até 31 de dezembro de 2020, a ocorrência do estado de calamidade pública decretado através do Decreto nº. 3237 de 21 de março de 2020, bem como aprova todas**

as medidas temporárias e emergenciais adotadas pelo Poder Executivo para a prevenção de contágio pelo covid-19 (Novo Coronavírus), bem como todas as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional. Disponível em: http://www.pedregulho.sp.gov.br/attachments/article/1685/DOM%20-%2026.03.2020%20-%20LEI%20N%C2%BA.%202861.2020%20-%20CALAMIDADE%20P%C3%9ABLICA%20E%20SUSPENS%C3%83O%20DE%20PRAZOS%20PREG%C3%83O%20PRESENCIAL%20-%20COVID%2019.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Lei n.º 10.705, de 28 de dezembro de 2020. **Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD**. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2000/compilacao-lei-10705-28.12.2000.html. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Lei n.º 10.992, de 21 de dezembro de 2021. **Altera a Lei n. 10.705, de 28/12/2000, que dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos.** Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10992-21.12.2001.html. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Lei n.º 16.050, de 15 de dezembro de 2015. **Altera a Lei n. 10.705, de 28/12/2000, que dispõe sobre o Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e doação de quaisquer bens ou direitos.** Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-16050-15.12.2015.html#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2010.705,Quaisquer%20Bens%20ou%20Direitos%20%2D%20ITCMD. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Projeto de Lei n.º 250, de 2020. **Altera a Lei nº 10.705, de 28 de dezembro**

de 2000, que dispõe sobre a instituição do Imposto sobre a Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, visando à mitigação dos efeitos da pandemia do novo coronavírus - COVID-19 no âmbito do Estado. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000322805#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2010.705,19%20no%20%C3%A2mbito%20do%20Estado. Acesso em: 08 set. 2020.

_____. Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo. Provimento n.º 40, de 2012. **Altera a redação do capítulo XIV das normas de serviço da Corregedoria Geral de Justiça**. Disponível em: http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTczODY=. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. Decreto n.º 64.879, de 20 de março de 2020. **Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do COVID-19 (Novo Coronavírus), e dá providências complementares**. Disponível em: http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1. Acesso em: 11 set. 2020.

_____. **Plano São Paulo – Retomada Consciente**. Disponível em: https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/quarentena/. Acesso em: 11 set. 2020.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Moneto Hipólito; CASSETTARI, Christiano (Coord.). **Registro de Imóveis I – Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SCHRAIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **Direito de Propriedade e Sucessões**. 1ª ed. São Paulo: Editora Sol, 2020.

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

João Ricardo Fornazari Bini[2]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar os fundamentos da discussão a respeito das cláusulas abusivas nos contratos de adesão no ordenamento jurídico brasileiro para proteção ao consumidor e às relações de âmbito civil.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo conforme doutrina, jurisprudência e legislação que tratam sobre a matéria em questão.

A escolha do tema surgiu a partir de uma análise contemporânea das relações de consumo, as quais, em razão do grande poder econômico atribuído a certos empreendimentos, mantêm em prejuízo o mais vulnerável da relação jurídica, que acaba por aceitar a aplicação de cláusulas contratuais abusivas para obter acesso à prestação do serviço ou a entrega de determinado bem.

Portanto, trata-se de um tema de relevante importância para todos os ramos do direito, em especial o civil e do consumidor, eis que procura dar segurança jurídica às relações contratuais gerais e evitar danos aos contratantes mais hipossuficientes da relação jurídica contratual.

O plano de investigação passará pelos principais conceitos que cercam o assunto, especificamente quanto às cláusulas contratuais gerais em seus

2 Advogado inscrito na OAB-PR nº. 44.897. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal.

principais aspectos; dos contratos de adesão, seu enquadramento e âmbito de proibição, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

1. CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Neste capítulo serão analisados os principais aspectos no tocante às cláusulas contratuais gerais no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1. CONCEITO E ÂMBITO

As cláusulas contratuais gerais buscam disciplinar as relações entre particulares, desde a formação até a extinção do contrato, bem como introduzir métodos de interpretação quanto a seu conteúdo.

Importa salientar que tais cláusulas somente são aplicadas em relações particulares vinculadas ao ambiente econômico, considerando-se este relacionado à atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e de serviços, não sendo aplicadas, portanto, às negociações do âmbito familiar.

No Brasil, embora não haja disposição normativa expressa quanto às cláusulas contratuais gerais, o Código Civil buscou estabelecer todo o conteúdo geral no que se refere aos contratos e quanto as cláusulas gerais e abusivas.

Neste aspecto, ensinam os professores Farias, Rosenvald e Netto (2020, p. 772): "[...] é de ressaltar que as cláusulas contratuais gerais não foram objeto de expresso tratamento legislativo no Brasil. Podemos tangenciá-las quando do regramento dos contratos de adesão e das cláusulas abusivas."

No que concerne às relações de família e do direito do consumidor, tendo em vista o caráter protecionista deste Código e a natureza indisponível dos direitos familiares, quando se tratar de absolutamente ou relativamente incapaz, aplicar-se-á o regramento das cláusulas gerais do Código Civil, tão somente em caso de silêncio, como método integrativo, cuja interpretação não poderá ser utilizada para excluir ou limitar direito.

O artigo 421, alterado pela Lei 13.874/19, do Código Civil brasileiro, dispõe que: "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da

função social do contrato." (BRASIL, 2002). Nesse sentido, verifica-se que a liberdade contratual é ampla, sendo exceção à intervenção do Estado, de modo que poderá ser pactuado tudo quanto não seja defeso em Lei, nos limites da função social do contrato e de acordo com as cláusulas gerais contratuais.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro limita as cláusulas contratuais gerais aos negócios entre particulares e, desde que o aderente ratifique o entabulado, com a assinatura do contrato, sendo classificada como gênero, sendo o contrato de adesão uma de suas espécies.

1.2. INSERÇÃO EM CONTRATOS SINGULARES

No direito brasileiro prevalece o princípio da continuidade contratual, com utilização das normas de aplicação, integração e interpretação gerais dos contratos, que estão dispostas no Código Civil, inclusive quanto a sua incidência em contratos singulares.

Com efeito, a regra quanto aos contratos é a subsistência do princípio da boa-fé objetiva, nos termos do artigo 422 do diploma substantivo, a utilização da interpretação mais benéfica na hipótese de contrato de adesão com relação às cláusulas ambíguas ou contraditórias, e a licitude às partes para que estipulem contratos atípicos (BRASIL, 2002).

Há existência da liberdade de contratar, diante da prevalência da autonomia privada, mas existe proteção legal para as hipóteses dos contratos de adesão, inclusive tornando nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio jurídico, nos exatos termos do artigo 424 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

1.3. NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais possui certa inconsistência doutrinária. Para alguns doutrinadores, notadamente os normativistas, as cláusulas contratuais gerais são normas jurídicas, não se diferenciando das demais. Outros, especificamente os contratualistas, acreditam se tratar de normas de conteúdo eminentemente contratual.

Acerca da problemática, o professor Amaral Neto (1988) em interessante estudo do direito português, exalta o imbróglio doutrinário em relação à natureza jurídica e expõe o posicionamento dominante firmado no assunto. Vejamos:

> O problema da natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, que se tem posto em via doutrinária no debate entre os normativistas e os contratualistas, vale dizer, entre as teorias que consideram as cláusulas contratuais gerais como verdadeiras normas jurídicas e as que as consideram como matéria puramente contratual, está hoje superado. Para a grande maioria dos juristas, com apoio do direito positivo que disciplinou a matéria, a começar pelo Código Civil italiano, as cláusulas gerais têm natureza contratual. Tais disposições são eficazes, produzem efeitos jurídicos não porque a lei o determina, mas porque o aderente aceitou o regulamento da parte predisponente. (AMARAL NETO, 1988, p. 242-243).

Deste modo, prevalece o entendimento de que as cláusulas contratuais gerais detêm natureza jurídica de norma contratual.

2 CONFLITO ENTRE CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

A solução da antinomia entre cláusulas contratuais gerais pode ser solucionada pela utilização das normas legais, a depender do contexto.

Assim, as cláusulas contratuais gerais podem ser interpretadas e integradas em harmonia às regras dos negócios jurídicos, mas dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluam, razão pela qual poderá uma cláusula contratual geral prevalecer em relação à outra de igual valor, a depender do contexto a que seja inserida, bem como do caso em concreto.

A exceção ocorre com relação às cláusulas contratuais ambíguas, eis que nesta hipótese prevalecerá, havendo dúvida, o sentido mais favorável ao aderente, nos termos do ordenamento jurídico brasileiro consumerista.

Neste aspecto, num contrato singular, havendo interesse das partes em pactuarem de modo diverso, as cláusulas entre elas pactuadas prevalecem sobre as cláusulas contratuais gerais.

Deste modo:

> [...] sempre que, num contrato celebrado com base em cláusulas contratuais gerais, as partes cheguem a acordo entre uma ou várias cláusulas, de conteúdo diverso ou, mesmo, contraditório com as cláusulas gerais inseridas no modelo contratual, aquelas cláusulas especificamente acordadas pelas partes prevalecem sobre as que constavam (ou constam) do modelo, ainda que este tenha sido assinado pelas partes. (PRATA, 2010, P. 257-258).

Com efeito, verifica-se que havendo cláusulas contratuais especificamente acordadas, estas prevalecem sobre as demais, mesmo quando constante de formulário assinado pelas partes, sempre no sentido mais favorável ao aderente.

3 CONTRATOS DE ADESÃO

O presente capítulo trará a abordagem dos principais elementos que englobam os contratos de adesão e suas características.

3.1 CONCEITO

Os contratos de adesão podem ser conceituados como aqueles em que uma das partes formula de modo unilateral as cláusulas contratuais e a outra parte, a aderente, somente a aceita, sem possibilidade de alterá-la.

Prata (2010, p. 17), por sua vez, define o contrato de adesão como:

> [...] aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contraentes que apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer das cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato.

Referido contrato, portanto, seria aquele que uma das partes impõe a outra as cláusulas contratuais gerais do negócio jurídico entabulado, sem possibilidade de alteração de seu corpo. Desse conceito, extraem-se ele-

mentos que fazem parte da relação negocial, sendo eles a predisposição das cláusulas, a unilateralidade e a rigidez.

Os professores Farias, Rosenvald e Netto (2020, p. 770), acerca do assunto, expõem:

> Esse conceito evidencia os três atributos dos contratos de adesão: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez. De fato, um dos contratantes não possui a liberdade de estipulação do conteúdo das cláusulas, restando-lhe apenas a liberdade de aceitar ou não a contratação. A adesão dependerá, portanto, da perquirição se o conteúdo das cláusulas pode ser atribuído a ambas as partes ou se nasceu de uma prévia imposição inegociável de um dos contraentes.

Por se tratar de matérias quase que integralmente relacionadas com os contratos de consumo, o conceito de contrato de adesão encontra-se expressamente definido no Código de Defesa do Consumidor.

Em linhas literais, o artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão como "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo" (BRASIL, 1990).

Em suma, para se aferir sua existência no mundo dos fatos, necessário se faz a análise das circunstâncias da assinatura, pois caso o contraente não tenha escolha nas cláusulas contratuais, sendo estas impositivas, será considerado como contrato de adesão.

3.2 CONTRATOS DE ADESÃO INDIVIDUALIZADOS

Reiterando-se o conceito formulado por Prata (2010), os contratos de adesão possuem três elementos caracterizantes, de modo a individualizá-los dos demais: predisposição das cláusulas, unilateralidade e rigidez.

São consideradas predispostas as cláusulas que já foram formuladas anteriormente, restando ao contraente tão somente ratificá-las. Deste elemento inicial, vincula-se ao segundo, isto é, a unilateralidade. A predisposição das cláusulas deve ser precedida da unilateralidade de sua formação,

ou seja, uma das partes, sozinha, as enumera, restando à outra apenas a aceitação.

Ademais, como ressaltam Farias, Rosenvald e Netto (2020), o conteúdo do contrato de adesão geralmente é rígido, não sendo objeto de discussão quanto ao seu conteúdo, por sua não flexibilidade.

Assim, individualmente considerados, para se caracterizar o contrato de adesão, devem-se sopesar os elementos concretos determinados na relação negocial. Se as cláusulas forem unilaterais, predispostas e rígidas, estaremos diante de um contrato de adesão, considerando-se, portanto, os impedimentos legais estabelecidos na legislação pátria.

4 CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO

Este capítulo traz a análise do tema deste artigo, com o estudo das principais caractrerísticas das cláusulas abusivas nos contratos de adesão e suas consequências no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 ENQUADRAMENTO

No direito brasileiro, especificamente quanto às relações de natureza privada, de igualdade entre as partes, a nulidade das cláusulas gerais não está diametralmente qualificada em algum dispositivo legal. Havendo uma cláusula contratual geral abusiva em um contrato de adesão, deverá ser analisada de acordo com o caso concreto.

No entanto, os artigos 423 e 424 do Código Civil brasileiro reforçam a ideia de proteção ao aderente, ao aduzir que, havendo no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente, sendo nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada deste com relação a direito resultante da natureza do negócio (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor já especifica que, na situação de uma relação de consumo, devidamente verificada no caso concreto, as cláusulas contratuais serão interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor, tornando nulas, ou anuláveis, portanto, aquelas que visem limitar direitos da parte hipossuficiente da relação jurídica consumerista (BRASIL, 1990).

4.2 CRITÉRIO GERAL DE PROIBIÇÃO

Em linhas gerais, as hipóteses de proibição possuem um mesmo critério teleológico, qual seja a exclusão de cláusulas ambíguas e prejudiciais nas relações jurídicas entre empresários ou entidades equiparadas, sem, no entanto, retirar a autonomia privada das partes.

Possuem, ainda, a proteção integral do polo mais fraco das relações negociais, considerando este o consumidor final.

Deste modo, verifica-se que à regramentos próprios no Código Civil que estabelecem nulidades das cláusulas contratuais nos contratos de adesão, conforme prevê o artigo 424 do estatuto substantivo (BRASIL, 2002).

Conforme anota Tartuce (2020), em referido diploma legal, nas relações privadas entre pessoas de iguais condições, prevalece o entendimento embasado nos princípios que regem as negociações entre particulares (autonomia privada, função social dos contratos, força obrigatória dos contratos, boa-fé objetiva e relatividade dos efeitos contratuais). Assim, as relações contratuais, se não eivadas de defeitos de negócios jurídicos, serão válidas, ressalvadas os impedimentos legais já mencionados.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece proteção integral aos consumidores, ao ponto de permitir ao juiz que, analisando o caso concreto, verificada uma cláusula considerada abusiva, a anule de pleno, independentemente de provocação da parte, através de atuação oficiosa, por se tratarem de normas públicas e de interesse social, nos termos do artigo 1 º do CDC (BRASIL, 1990).

Sem prejuízo quanto à interpretação feita pelo juiz dos casos concretos, o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor estabelece cláusulas, não se olvidando tratar de rol exemplificativo, que são nulas de pleno direito quando relacionadas a uma relação negocial entre hipossuficiente e se tratar de relação de consumo (BRASIL, 1990).

Assim, aplicando-se critérios gerais de proibição, nulificam-se as cláusulas que visem renunciar direitos irrenunciáveis seja ao próprio aderente, seja a terceiro envolvido, bem como se proíbe cláusulas que visem diminuir ou limitar a responsabilidades.

4.3 ROL DE CLÁUSULAS PROIBIDAS E RESPECTIVAS NOTAS

O Código Civil brasileiro não apresenta dispositivo legal que estabeleça hipóteses taxativas de cláusulas cuja utilização venha a ser sancionada com a nulidade, eis que esta se verifica a partir da análise da natureza do direito. Se for norma de direito público, a cláusula é nula e, se for norma de direito privado, podendo ser renunciada pela parte, a cláusula será anulável.

Aduzem-se, ainda, hipóteses gerais, como as dispostas nos artigos 423 e 424 daquele Código (BRASIL, 2002) que, se vierem a ocorrer, podem vir a ser tornadas nulas ou anuláveis.

Entretanto, de outra banda, o Código de Defesa do Consumidor (1990) brasileiro relaciona condutas que são nulas de pleno direito nas relações contratuais relativas a fornecimento de produtos ou serviços, desde que exista relação de consumo. O art. 51 do referido Código apresenta um rol de cláusulas contratuais de fornecimento de produtos e serviços que são consideradas nulas de pleno direito, desde que:

> I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
>
> II - subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
>
> III - transfiram responsabilidades a terceiros;
>
> IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
>
> V – (Vetado)
>
> VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
>
> VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

> VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
>
> IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
>
> X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
>
> XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
>
> XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
>
> XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
>
> XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;
>
> XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; e,
>
> XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Constata-se, portanto, a preocupação paternalista que o Código de Defesa do Consumidor possui com o elo mais frágil da corrente, o consumidor, parte hipossuficiente da relação, razão pela qual, tratando-se de contratos de adesão submetidos ao regramento do CDC, a interpretação de suas cláusulas devem ser mais favoráveis ao consumidor, entendimento também compartilhado pela Jurisprudência (AgRg no AREsp 655341/MG, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2015/0013979-8, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, data do julgamento 05/05/2015, data da publicação 25/05/2015).

Não por outro motivo, Netto (2020, p. 478) afirma que "[...] o elenco de cláusulas abusivas – apontado pelo legislador nos vários incisos do art. 51, aqui brevemente comentado – é exemplificativo. A expressão 'entre outras', constante do caput, não deixa dúvidas a respeito do caráter não exaustivo da lista legal". Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, inclusive para caracterizar infração adminsitrativa por

violação dos tipos previstos no CDC (Resp 1539165/MG, Recurso Especial 2015/0146685-3, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, data do julgamento 23/08/2016, data da publicação 16/11/2016, RSTJ vol. 245 p. 295).

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que a defesa ao hipossuficiente, vinculado ao regime jurídico consumerista, é de ordem pública e interesse social, impondo ao juiz da causa julgar nulas cláusulas abusivas de ofício, sem necessidade de provocação pelas partes (BRASIL, 1990).

Sobre o assunto, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os **contratos de adesão** devem respeitar os princípios da função social, da boa-fé, da justiça, e do dirigismo contratual, não apenas quando da realização do contrato, mas também por ocasião da sua execução. Assim, para que não sejam consideradas abusivas, as cláusulas que implicam limitação de direito do consumidor devem ser redigidas com destaque com o escopo de permitir fácil e imediata compreensão, com todas as especificações e os riscos que apresenta. (REsp 1837434/SP, Recurso Especial 2019/0211939-5, Relatora Ministra Nancy Andrighui, Terceira Turma, data do julgamento 03/12/2019, data da publicação 05/12/2019, RSDCPC vol. 123 p. 123).

Por outro lado, o Código Civil, estabelece que possam ser consideradas nulas as cláusulas que tratem de objeto indeterminado ou sejam ilegais ou imorais, através de uma interpretação do artigo 104 daquele diploma legal (sem prejuízo do quanto disposto no artigo 423 e 424 do mesmo diploma) (BRASIL, 2002). No entanto, essas cláusulas, como não são consideradas de ordem pública, demandam provocação da parte interessada, gerando efeitos até que sentença judicial as declare nulas.

Assim, permitir-se-ia, caso não houvesse provocação, a utilização de uma cláusula ambígua ou até mesmo que viesse a prejudicar a parte, nas relações civis, caso não viesse a ocorrer a anulação.

Noutro cenário, em que pese o ordenamento jurídico pátrio limitar a incidência de cláusulas gravosas ao consumidor ou a terceiro, observa-se que o Código do Consumidor apresenta hipóteses abertas, porque, muito embora exista o rol do artigo 51, este não é taxativo, permitindo maior discricionariedade do juiz em analisá-las (BRASIL, 1990). Assim, como no Brasil não há disposição expressa de cláusulas gerais, verificar-se-á a

validade ou invalidade das cláusulas através de uma análise do caso em concreto.

CONCLUSÕES

Inicialmente, foi analisado o conceito das cláusulas contratuais gerais assim como seu âmbito, extensão, integração e interpretação nos negócios jurídicos, de acordo com o contido no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no disposto nos Código Civil e de Defesa do Consumidor.

Em continuidade, foi identificada a inserção das cláusulas contratuais gerais nos contratos singulares, bem como avaliada, diante das posições doutrinárias diversas, a ideologia majoritária quanto à natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, prevalecendo o entendimento de que se trata de uma norma contratual.

Vencidos os aspectos iniciais, foi examinada a antinomia entre cláusulas contratuais gerais e entre estas e as cláusulas contratuais específicas. Neste sentido, restou verificado que as últimas prevalecem sobre as primeiras, independentemente de assinatura ou concordância, porquanto pactuadas pelas próprias partes, prevalecendo o especial em detrimento do geral.

Em tópico específico, foram analisados os contratos de adesão, suas características e peculiaridades. Constatou-se, diante de estudos normativos e doutrinários pátrios, que as cláusulas gerais são gênero, comportando a espécie contrato de adesão, em razão da natureza geral daquelas e específica deste.

Adentrando a análise do contrato de adesão, notadamente das cláusulas consideradas abusivas e, por consequência, proibidas, foram elencadas as diversas causas de proibição contidas no ordenamento jurídico, por ser este o que regulamenta as cláusulas contratuais gerais diante das relações entre empresários ou entidades equiparadas, e diante de consumidores finais, que estão descritas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor do Brasil, expondo cada peculiaridade, bem como seu respectivo âmbito de aplicação.

Por fim, foi realizada uma breve análise do direito aplicado em relação às cláusulas abusivas nos contratos de adesão, salientando os pontos e aspectos principais com as consequências e resultados práticos.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o sistema jurídico brasileiro detém pontos positivos e negativos quanto à análise da aplicação dos contratos de adesão e proteção quanto à aplicação de cláusulas abusivas.

Todavia, observa-se que o aspecto positivo principal é a proteção indiscutível ao considerado hipossuficiente (parte mais frágil da relação jurídica), que pode ser verificada no rol de proibições de cláusulas gerais entre os empresários e entidades equiparadas, dispostas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

No Brasil, os artigos 423 e 424 do Código Civil apresentam a possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas ambíguas ou que limitem ou renunciem direito antes de sua existência. Tal situação é ampliada no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, por se tratar a relação de consumo, sua natureza é pública e de interesse social, de modo que o juiz, de ofício, poderá decretar a nulidade das cláusulas sem prejuízo daquelas positivadas no artigo 51 daquele mesmo diploma.

Portanto, acredita-se que os componentes do ordenamento jurídico pátrio perseguem uma mesma finalidade, qual seja, proteger a relação entre particulares e entre consumidores finais, enaltecendo o princípio da boa-fé e vedando-se a aplicação das cláusulas de natureza abusiva, em especial nos contratos de adesão, que venha a limitar direitos ou renunciar deveres.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. As cláusulas contratuais gerais, a proteção ao consumidor e a lei portuguesa sobre a matéria. Revista Informação Legislativa, Brasília, DF, v, 25, n. 98, p. 235-256, 1988. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181846/000437688.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União:

seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. Manual de direito civil. Salvador: Juspodvm, 2020.

Jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça consultadas em 24/06/2021, no site https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp.

NETTO, Felipe Braga. Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ. 15. ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

PRATA, Ana. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2010.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

A PEQUENA PROPRIEDADE RURAL E A RELATIVIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ NOS ÚLTIMOS 4 ANOS

Loyana Christian de Lima Tomaz[3]
Vitória Colognesi Abjar[4]

INTRODUÇÃO

A colonização brasileira proporcionou a manutenção de grandes latifúndios, utilizados com a justificativa de povoar e aniquilar a cultura nativa. Contudo, a vinda da família real alterou o cenário legal, sendo necessário a criação da Constituição de 1824, inaugurando características ligadas à propriedade.

Com a evolução do direito, a função social da propriedade estabeleceu-se de modo embrionário no Código Civil de 1916. Já no cenário contemporâneo, o instituto é amparado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, além das legislações esparsas que protegem o direito à terra e a tentativa de uma distribuição favorável ao meio social.

A partir disso, tem-se o direito à moradia, pertencente ao artigo 6º da Carta Maior, interliga-se aos direitos personalíssimos, como a privacida-

3 Mestre em Filosofia, professora na Universidade do Estado de Minas Gerais.

4 Graduanda em Direito, na Universidade do Estado de Minas Gerais.

de. Logo, essa tutela é dever do Estado em propor condições necessárias para a observância dos direitos fundamentais, conforme o artigo 226 da mesma.

Com isso, a pequena propriedade é associada aos fatores coletivos e seus aspectos fundamentais, como o direito à moradia. Entretanto, a falta de legislação, que aborda de modo específico o tema, gera instabilidade nas relações que englobam a penhora do bem, sendo necessário observar a Lei nº 8.009/90, Lei nº 8.629/93, Lei nº 13.465/2017, entre outras. Ademais, com a finalidade de suprir determinada carência, o Superior Tribunal de Justiça tenta solucionar determinadas lacunas a partir dos casos concretos.

Nesse cenário, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar os requisitos que geram a impenhorabilidade do bem de família perante o Superior Tribunal de Justiça nos últimos quatro anos. Enquanto os objetivos específicos versam em: discorrer sobre a evolução da pequena propriedade no Brasil e dispor sobre os módulos fiscais; analisar a função social da propriedade à luz da Constituição Federal e do Código Civil; definir o conceito referente ao direito à moradia e estudar as relativizações perante o STJ nos casos que tratam sobre a pequena propriedade rural.

METODOLOGIA

O método de pesquisa empregado tem o cunho qualitativo e dedutivo. A pesquisa qualitativa é responsável por estudar as particularidades do objeto que será analisado, focando em suas características principais e no seu caráter intersubjetivo.

Quanto ao método dedutivo, permite a análise das premissas envolvendo a temática pertinente. Assim, parte da análise de premissas existentes com teor verdadeiro para buscar resultados que terão, igualmente, alta chance de comprovação. Além disso, sempre começa de uma abordagem geral até chegar a pontos específicos:

> Método proposto pelos racionalistas Descartes, Spinoza e Leibniz pressupõe que só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro. O raciocínio dedutivo tem o objetivo de explicar o conteúdo das premissas. Por intermédio de uma cadeia de raciocínio em

> ordem descendente, de análise do geral para o particular, chega a uma conclusão. Usa o silogismo, a construção lógica para, a partir de duas premissas, retirar uma terceira logicamente decorrente das duas primeiras, denominada de conclusão. (FREITAS; PRODANOV, 2013, p. 27)

Dessa maneira, o estudo pautou-se no conceito geral da função social da propriedade e os requisitos jurisprudenciais que determinam a impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

Além disso, buscou-se auxílio da pesquisa bibliográfica, pautada na obra de alguns autores como Miguel Realle, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, entre outros.

Realizou-se uma análise dos artigos presentes no Código Civil e na Constituição Federal pertinentes à temática. Por fim, fez-se um levantamento das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, sobre a relativização da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, verificando seus parâmetros principais nos últimos quatro anos.

BREVE EVOLUÇÃO SOBRE OS PRIMEIROS ASPECTOS DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

O Brasil, ao ser colonizado, possuiu como base a exploração de recursos naturais, o latifúndio e o escravismo. Em decorrência desses pilares, abordou-se o método de povoação através das capitanias hereditárias. No entanto, o sistema apresentou falhas e com a vinda da família real às terras brasileiras, foi necessário a incorporação de um ordenamento jurídico próprio. Assim, criou-se a Constituição de 1824, na qual incorporou os primeiros moldes acerca da pequena propriedade.

Desse modo, a Constituição retrocitada, em seu artigo 179, inciso XXII, consagra direitos relacionados à terra, com o intuito de mantê-la tutelada em relação a garantia real, afirmando a plenitude dos direitos ligados a esta.

Já em 1891, a Constituição republicada manteve seus critérios consoante a sua antecessora, ou seja, estabeleceu vertentes liberais:

> Essa Constituição republicana, em matéria de direito de propriedade não discrepou do liberalismo consagrado na Carta Imperial.

> Assim é que, na Seção II, sob o artigo 72, foi lançado que a Constituição assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (ROCHA, 1992, p. 32-33).

Nessa conjuntura, o Código de Beviláqua (1916) consolidou a figura do bem de família em seu artigo 70. O texto dispunha que o chefe de família poderia destinar um prédio, com o objetivo de assegurar o direito à moradia, em consequência, este era impenhorável.

A ideia principal que o Código Civil de 1916 estabeleceu foi consagrada pela Constituição de 1934, em seu artigo 113: "a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes".

A partir disso, surge a imagem da função social da propriedade, que possui o intento de gerar estabilidade e igualdade nas relações sociais. Esta ideia é encontrada no item 17, do artigo 113:

> É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior (BRASIL, 1934).

Em consonância com o fragmento acima, a Lei nº 4.504/64, também conhecida como Estatuto da Terra, ressalta que todos devem possuir a oportunidade de acesso à propriedade, desde que observada a função social da terra.

Com isso, o artigo 2º do Estatuto da Terra, em seu parágrafo primeiro, define o significado da função social. Esta deve favorecer o bem-estar dos trabalhadores e de suas famílias, manter níveis satisfatórios de produtividade, conservar os recursos naturais e observar as disposições legais que regulam as relações justas de trabalho.

Consequentemente, a Constituição Federal de 1988 incorporou a dignidade da pessoa humana, como base de uma visão isonômica e a busca pelo desenvolvimento. Logo, fatores étnicos-sociais incluíram a função social da propriedade e, posteriormente, esta foi abordada no Código Civil de 2002 pelo princípio da socialidade.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS CRITÉRIOS QUE ESTABELECEM A PEQUENA PROPRIEDADE

A propriedade agrária possui seu escopo na tradição em um sistema que condiciona esta como privada. Todavia, os direitos fundamentais incorporaram uma visão social ao ordenamento jurídico, apresentando-se como a procura do bem estar coletivo. Sendo assim, esse bem comum é definido através da função social (GODOY, 1998).

Dessa maneira, a função social da propriedade é cumprida conforme o artigo 186 da Constituição Federal de 1988, quando esta atende finalidades ecológicas, trabalhistas e sociais. A título do presente estudo, a social terá um amplo grau de discussão, principalmente, na jurisprudência brasileira em conexão ao direito à moradia (HIRONAKA, 1997).

À vista disso, a Carta Magna estabeleceu em seu artigo 5º, XXVI, a junção de valores fundamentais, inerentes à pessoa, e ao meio social, ou melhor, "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento".

Nessa vertente, Eros Roberto Grau preconiza que "[...] Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade" (GRAU, 2000, p. 259).

Logo, o direito à propriedade não pode ser compreendido como um direito absoluto, com cunho puramente individualista. No entanto, este deve apresentar-se em seguimento à coletividade, com a finalidade de buscar um benefício generalizado (MELLO, 2020).

A partir disso, o Código Civil de 2002 frisa grandes pilares para o âmbito privado: operalidade *et*icidade e socialidade. Este, base da função social da propriedade:

> O "sentido social" é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Beviláqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares (REALLE, 2002, p.5).

Com isso, o projeto do Código em tela embasa-se nos elementos abordados, como a premissa de um bem comum, isto é, a coletividade. Em consonância com o fragmento acima, o artigo 1.228, do Código Civil de 2002 expõe que:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Em decorrência, é possível observar que os critérios legais abordados pela função social da propriedade são limites para estabelecer a supremacia ao bem comum, posto que a inobservância destes atos acarreta punições, fator não justificado no presente trabalho. Atrelado ao pensamento anterior, a legislação tenta conceituar pequena propriedade afirmando que: é aquela de até quatro módulos fiscais (art. 4º, II, da Lei nº 8.629/93).

Portanto, conclui-se que a função social é o cerne de uma estrutura que possuiu diversas consequências. A primeira é abordada através da pequena propriedade rural e sua importância, não só na agricultura familiar, mas também na manutenção de práticas culturais que foram substituídas pelo latifúndio. A segunda é a equiparação da função social ao direito à moradia, visto que este é um direito fundamental e humano, com a finali-

dade de buscar um ambiente adequando. A terceira, por sua vez, engloba requisitos genéricos, como os fatores econômicos e ecológicos.

DIREITO À MORADIA

Conforme as ideias mencionadas no tópico anterior, a Constituição passou a inaugurar direitos ligados a liberdade e aos valores sociais. Logo, o direito à moradia é exemplificado através do artigo 6º, da CF/88, que dita sobre os "direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Nesse cenário, tem-se o seguinte fragmento:

> [...] consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independente do objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial (SOUZA, 2013, p. 44).

Nessa conjuntura, a Carta aborda o direito fundamental social à moradia digna, como obrigação do Estado prover este acesso. Em consequência, a moradia comunica-se com condições primordiais para estabelecer a higiene, conforto, intimidade e privacidade, com a finalidade dos seres criarem laços duradouros e fraternos na sociedade (BONAVIDES, 2020).

Em conformidade com as ideias retro mencionadas, a necessidade de manter um ambiente agradável e seguro é dever do Estado, como está no artigo 226 (da CRFB/88): "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Portanto, a moradia é um dos fatores que atribui função social à propriedade e é uma garantia constitucional que abrange os demais direitos, como os personalíssimos.

Isto posto, ressalta-se o instituto bem de família que incorpora o direito à moradia como base da tutela à dignidade da pessoa humana. Dessa forma, Pereira (2017) afirma que o bem destinado à moradia é inalienável e impenhorável para que haja proteção legal para a manutenção de uma vida digna aos requisitos constitucionais. Nessa vertente, Gonçalves (2021) complementa o pensamento explanando que este bem é sempre de uso residencial, no qual vive uma pessoa ou grupo familiar.

Em sequência, Maria Helena Diniz (2010) esclarece que o bem de família surgiu nos Estados Unidos e frisa que seu intuito central é emparar a garantia de "[...] um lar à família ou meios para o seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas condominiais" (DINIZ, 2010, p.192).

Nessa circunstância, a Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, quando este é o único bem da entidade familiar ou o bem de menor valor. Explica também que a residência rural é dotada de tal imunidade. Contudo, o ordenamento jurídico não proporciona regras claras sobre o assunto, ficando a cargo da jurisprudência de indicar vícios, soluções e entendimentos em relação aos casos concretos.

A RELATIVIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA: ANÁLISE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL NO STJ

Como analisado nos tópicos anteriores, a propriedade pauta-se no critério da função social, com o designo de obter isonomia nas relações. Com isso, a Constituição estipula como base, junto a Lei nº 8.009/90, o direito à moradia inerente à pessoa. À vista disso, o Superior Tribunal de Justiça tenta estabelecer critérios para a impenhorabilidade, quando o imóvel é dado em garantia real ou pela execução de título judicial ou extrajudicial.

A partir desse conflito, tem-se o AgInt nos EDcL no Agravo em Recurso Especial nº 832.464/PR que apresenta:

> AGRAVO INTERNO EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PEQUENA PROPRIEDADE RURAL - IMPE-

> NHORABILIDADE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA EXEQUENTE. 1. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido de que **"o imóvel que se enquadra como pequena propriedade rural, indispensável à sobrevivência do agricultor e de sua família, é impenhorável, consoante disposto no parágrafo 2º do artigo 4º da Lei n. 8.009/1990**, norma cogente e de ordem pública que tem por escopo a proteção do bem de família, calcado no direito fundamental à moradia" (EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 222936/SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 26/02/2014). 2. "A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. Artigos 649, VIII, do Código de Processo Civil, e 5º, XXVI, da Constituição Federal." (REsp 1368404/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 23/11/2015) 3. Agravo interno desprovido (*grifo nosso)*

No caso em tela, o Ministro Relator Marco Buzzi estabelece que para caracterizar a impenhorabilidade é indispensável observar, somente, a metragem da propriedade. Para justificar a decisão, o Relator citou o julgado o REsp nº 1.408.152/PR que dita sobre a Integra Cooperativa Agroindustrial que interpôs a execução de título extrajudicial em face do proprietário da pequena propriedade rural, que se encontra abaixo de quatro módulos fiscais. Desse modo, o Relator Ministro Luís Felipe Salomão discorre a partir do conteúdo probatório que há impenhorabilidade no bem por se adequar ao art. 4º, da Lei nº 8.629/93. Diante disso, a propriedade permanece impenhorável.

Em contrapartida o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.175.089/PR discorre que para a caracterização da impenhorabilidade, independe da regra pertencente ao artigo 4º, da Lei nº 8.629/93, visto que o exercício profissional dentro do imóvel é um conceito mais acentuado. Ou seja, a ligação direta entre a profissão e a terra deve ser tutelada:

> Ora, conforme bem salientado na decisão proferida em sede de agravo em recurso especial, importa destacar que a pretensão da agravante, de fato, não merece guarida, haja vista que o v. acórdão, ao concluir que, "ao contrário do alegado, a impenhorabilidade deve se restringir à totalidade do bem, e não somente sobre a residência ou a um módulo fiscal, **já que como um todo é o bem é utilizado para subsistência da família, inexistindo no ordenamento jurídico qualquer ressalva que o limite**" (e-STJ fl. 594), encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte Superior, o qual considera impenhorável a pequena propriedade rural que serve à subsistência do agricultor e de sua família [..] (AgInt no AREsp nº 1.175.089/PR, Relator Ministro: Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª turma, Dje: 11/09/2018) (*grifos nossos)*.

Já no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.164.748/PR, o Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino frisa que a impenhorabilidade do bem de família rural não pode ser confundido com aquele que norteia a pequena propriedade rural, mesmo que o fator principal seja a dignidade da pessoa humana, sob vertente ao patrimônio mínimo (AgInt no AREsp nº 1.164.748/PR, Relator Ministro: Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª turma, Dje: 18/09/2018).

Destarte o Ministro continua seu voto partindo do pressuposto que a impenhorabilidade do bem de família resguardaria somente o direito fundamental retrocitado (direito à moradia). Enquanto a pequena propriedade rural é um meio de gerar a renda e o sustento por meio do labor agrícola (AgInt no AREsp nº 1.164.748/PR, Relator Ministro: Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª turma, Dje: 18/09/2018).

Por esse motivo, o Relator constrói um raciocínio afastando a necessidade de moradia no ambiente rural, concluindo a necessidade de adequação à quatro módulos fiscais e sendo essa trabalhada pela família, com o escopro de manter o sustento, caracterizando a impenhorabilidade.

Nesse sentindo, aborda-se o Agravo Interno em Agravo no Recurso Especial nº 1.176.108/PR que dispõe sobre a pequena propriedade rural, trabalhada pela família, quando esta fora dada em garantia hipotecária para o financiamento de recursos para implementação de afazeres rurais.

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. CARACTERIZAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. GARANTIA HIPOTECÁRIA. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE PRODUTIVA. IMPENHORABILIDADE. ARTS. 649, INCISO VIII, DO CPC DE 1973, E 5º, INCISO XXVI, DA CF/88. PROVIMENTO. 1. É inviável o recurso especial se a parte deixa de impugnar, pela via processual adequada, fundamento constitucional do acórdão recorrido (Súmula 126 do STJ). 2. Recurso especial cuja pretensão demanda reexame de matéria fática da lide, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 3. A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. Artigos 649, inciso VIII, do Código de Processo Civil anterior, e 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal. 4. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt em AREsp nº 1.176.108/PR. Relator Ministro: Maria Isabel Galloti, 4ª turma, Dje: 25/09/2018).

Nessa vertente, apresenta-se o EDcL no AgInt no AREsp nº 1.159.127/PR que reafirma o conceito de bem amolda à finalidade perseguida no instituto da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, conceito constante na Lei nº 8.629/93.

O AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.428.588/PR revela a justificativa nos mesmos moldes dos anteriores, sendo de suma importância a comprovação do conceito de propriedade rural e o regime de exploração ligado à subsistência.

Dessa forma, a Ministra Relatora Nancy Andrighi disserta sobre o Recurso Especial nº 1.843.846/MG a partir da ementa em tela:

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PE-

NHORA DE IMÓVEL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA DO EXECUTADO DE QUE O BEM CONSTRITO É TRABALHADO PELA FAMÍLIA. DESNECESSIDADE DE O IMÓVEL PENHORADO SER O ÚNICO IMÓVEL RURAL DE PROPRIEDADE DO EXECUTADO. MULTA POR EMBARGOS MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS. MANUTENÇÃO. JULGAMENTO: CPC/2015.

[...]

Conquanto em alguns momentos da história a impenhorabilidade da pequena propriedade rural também tenha tutelado direitos outros que não a preservação do trabalho, este sempre foi seu objetivo primordial. Para reconhecer a impenhorabilidade, nos termos do art. 833, VIII, do CPC/2015, é imperiosa a satisfação de dois requisitos, a saber: (**i) que o imóvel se qualifique como pequena propriedade rural, nos termos da lei, e (iii) que seja explorado pela família.** Até o momento, não há uma lei definindo o que seja pequena propriedade rural para fins de impenhorabilidade. Diante da lacuna legislativa, a jurisprudência tem tomado emprestado o conceito estabelecido na Lei 8.629/1993, a qual regulamenta as normas constitucionais relativas à reforma agrária**. Em seu artigo 4ª, II, alínea "a", atualizado pela Lei 13.465/2017, consta que se enquadra como pequena propriedade rural o imóvel rural "de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento**".

[...]

Ser proprietário de um único imóvel rural não é pressuposto para o reconhecimento da impenhorabilidade com base na previsão do art. 833, VIII, do CPC/2015. A imposição dessa condição, enquanto não prevista em lei, é incompatível com o viés protetivo que norteia o art. 5º, XXVI, da CF/88 e art. 833, VIII, do CPC/2015. Há que se atentar, então, para duas situações possíveis: (i) se os terrenos forem contínuos e a soma de suas áreas não ultrapassar quatro módulos fiscais, a pequena propriedade rural será impenhorável. Caso o somatório resulte em numerário superior, a

> proteção se limitará a quatro módulos fiscais (REsp 819.322/RS); (ii) **se o devedor for titular de mais de um imóvel rural, não contínuos, todos explorados pela família e de até quatro módulos fiscais, como forma de viabilizar a continuidade do trabalho pelo pequeno produtor rural e, simultaneamente, não embaraçar a efetividade da tutela jurisdicional, a solução mais adequada é proteger uma das propriedades e autorizar que as demais sirvam à satisfação do crédito exequendo** (REsp nº 1.843.846/MG, Ministra Relatora: Nancy Andrighi, 3ª turma, Dje: 05/02/2021) (*grifos nossos)*.

Com essa postura, a relatora sintetiza o caso dizendo que a propriedade é para o cultivo de café e plantação de eucaliptos, cuja madeira é destinada a produção de carvão. Pontua-se que a dívida é decorrente dos materiais necessários para a desenvoltura da agricultura. Assim sendo, a ministra afirma que a somatória dos terrenos, quando se possui mais de uma propriedade deve ser inferior a quatro módulos ficais para a caracterização da impenhorabilidade, atrelada a justificativa dos empréstimos serem voltados à terra e a subsistência, como o cultivo de café e eucalipto.

Por fim, tem-se o Recurso Especial nº 1.913.236/MT que expõe o seguinte enunciado pertinente ao assunto:

> PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE IMÓVEL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA DO EXECUTADO DE QUE O BEM CONSTRITO É TRABALHADO PELA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXPLORAÇÃO FAMILIAR. DESNECESSIDADE DE O IMÓVEL PENHORADO SER O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO EXECUTADO. JULGAMENTO: CPC/2015.
>
> [...]
>
> Para reconhecer a impenhorabilidade nos termos do art. 833, VIII, do CPC/2015, é imperiosa a satisfação de dois requisitos, a saber: (i) que o imóvel se qualifique como pequena propriedade

> rural, nos termos da lei, e (iii) que seja explorado pela família. **Até o momento, não há uma lei definindo o que seja pequena propriedade rural para fins de impenhorabilidade. Diante da lacuna legislativa, a jurisprudência tem tomado emprestado o conceito estabelecido na Lei 8.629/1993, a qual regulamenta as normas constitucionais relativas à reforma agrária. Em seu artigo 4ª, II, alínea "a", atualizado pela Lei 13.465/2017**, consta que se enquadra como pequena propriedade rural o imóvel rural "de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento" (REsp nº 1.913.236/MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, Dje: 22/03/2021) (*grifo nossos)*.

Ao deparar-se com o presente caso, a ministra Nancy Andrighi expõe a ausência de lei que define a pequena propriedade rural para fins de impenhorabilidade. Diante disso, faz-se necessário uma análise conforme os conceitos da Lei nº 8.629/93 e a Lei nº 13.465/2017. Assim, a comprovação da residência no local a título de penhora e a metragem não devem servir como únicos critérios, abordando, mais uma vez, a necessidade de exploração pela família (REsp nº 1.913.236/MT, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma, Dje: 22/03/2021).

CONCLUSÃO

É possível concluir, portanto, uma pequena divergência quanto os casos abordados no presente artigo. Além disso, é evidente que ocorreu uma burocratização quanto ao reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Assim, no AgInt nos EDcL no AREsp nº 832.464/PR frisa-se de modo sucinto a necessidade de comprovar a metragem da propriedade, conforme o precedente do relator Luís Felipe Salomão.

Todavia, a partir no AgInt no AREsp nº 1.175.089/PR iniciou-se uma nova caracterização quanto a impenhorabilidade do bem de família. Ou seja, a propriedade deve servir como sustento familiar através de práticas profissionais no ambiente rural.

Desse modo, Paulo de Tarso Sanseverino dispõe sobre a diferença entre a impenhorabilidade e os critérios que norteiam a pequena proprie-

dade rural. Em outras palavras, o relator eleva a importância do labor, sendo esta superior ao direito à moradia. Por essas razões, o ministro não exige a necessidade de se estabelecer morada na propriedade. O mesmo entendimento embasa os demais julgados.

No entanto, a ministra Nancy Andrighi afirma a possibilidade de mais de um imóvel enquadra-se na impenhorabilidade, desde que a somatória seja inferior a quatro módulos fiscais. Nesse âmbito, a partir do julgamento mais recente (REsp nº 1.913.236/MT), entendeu-se uma lacuna legislativa para estabelecer critérios referentes à pequena propriedade rural. Assim sendo, para solucionar determinado conflito, utiliza-se de modo supletivo outras legislações, gerando o fenômeno da judicialização.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 35. Ed. São Paulo: Malheiros Editoras, 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** 1916. Disponível em: http://www.planalto.

gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.071%2C%20DE%201%C2%BA%20DE%20JANEIRO%20DE%201916.&text=C%C3%B3digo%20Civil%20dos%20Estados%20Unidos%20do%20Brasil.&text=Art.&text=A%20lei%20obriga%20em%20todo,os%20princ%C3%ADpios%20e%20conven%C3%A7%C3%B5es%20internacionais. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. **Estatuto da Terra.** Brasília. DF. 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm> Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

_____. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm Acesso em: 30 maio 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 27ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

GODOY, Luciano de Souza. **Direito Agrário Constitucional: o regime de propriedade**. São Paulo: Atlas, 1998.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das coisas.** Volume 5. 16ª. Ed. São Paulo: Saraiva Jus.

GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Atividade agrária e proteção ambiental: simbiose possível**. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.

MELLO. Cleyson de Moraes. **Direito Civil das Coisas.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALLE. Miguel. **Visão Geral do Projeto do Código Civil.** 2002. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3464464/mod_resource/content/1/O%20novo%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Miguel%20Reale.pdf Acesso em: 31 maio 2021.

ROCHA. Olavo Acyr de Lima. **A desapropriação do direito agrário.** São Paulo. Atlas. 1992.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STJ. **AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.748/PR.** Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 11/09/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1749208&num_registro=201702215734&data=20180918&peticao_numero=201800318016&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.175.089/PR.** Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. DJ: 11/09/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1749210&num_registro=201702432357&data=20180917&peticao_numero=201800318012&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.108/PR**. Relatora: Maria Isabel Gallotti. DJ: 18/09/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1751654&num_

registro=201702375330&data=20180925&peticao_numero=201800008966&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1428588/PR**. Relator: Marco Aurélio Bellize. DJ: 13/05/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=95764336&registro_numero=201900076880&peticao_numero=201900141619&publicacao_data=20190516&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **AgInt nos EDcL no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL/PR**. Relator: Marco Buzzi. DJ: 27/06/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1616968&num_registro=201503206670&data=20170801&peticao_numero=201700103503&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **EDcl no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.127/PR**. Relatora: Maria Isabel Gallotti. DJ: 18/09/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1751652&num_registro=201702134520&data=20180924&peticao_numero=201800282914&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.846/MG**. Relatora: Nancy Andrighi. DJ: 02/02/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2017491&num_registro=201903129499&data=20210205&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.913.236/MT**. Relatora: Nancy Andrighi. DJ: 16/03/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2033110&num_registro=202002182528&data=20210322&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 13 jun. 2021.

PRECLUSÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OBRIGAÇÕES ADVOCATICIAS

Silvando Carmo de Oliveira[5]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho "Preclusão e a Responsabilidade Civil das Obrigações Advocatícias" procura argui o tema relacionado as diversas obrigações que o operador tem no decurso de um processo. Especificamente vamos tratar sobre a preclusão, que é um desafio as múltiplas atividades demandadas nas atividades diárias de um advogado, cujo objetivo está relacionado aos prazos dos recursos nas diversas fases processuais.

Não queremos aqui entrar nos pormenores da discussão sobre a preclusão, vários doutrinadores já têm discutido sobre os diversos tipos de preclusão, sendo assim, o objetivo neste trabalho será apresentar o fenômeno de preclusão associada a teoria da perda de uma chance, como um dos elementos essenciais ao bom andamento do processo.

Nessa perspectiva, buscar-se-á apresentar e caracterizar a instituição da preclusão relacionando-a com a responsabilidade civil na atuação do advogado, sem, contudo, desamparar o cliente através da teoria da perda de uma chance explorando suas ideias principais e seus elementos presentes na teoria.

5 Doutor em Economia, Professor de Economia da Universidade Federal do Ceará (UFC) e Graduando em Direito pela Faculdade Alencarina de Sobral (FAL). Sobral, CE.

De outra forma, se corrobora com a ideia de que a perda de prazo pelo advogado não seja qualificada como uma sanção e sim como fator de responsabilização. Necessário então apresentar uma discussão preliminar para enfrentar o problema da preclusão, ou seja, buscar uma solução adequada para reparar um possível dano futuro decorrente do suposto prejuízo que o cliente de uma lide venha a suportar pelo resultado desfavorável em determinado processo relacionada a sua pretensão.

O propósito desse trabalho é trazer a discussão se, de fato, a conduta do advogado na perda de um determinado prazo foi relevante na perda da suposta vantagem que o cliente atribui subjetivamente e de forma aleatória um resultado presumido.

Os ensinamentos de Garcia e Gragnano (2015, p.288) atribuem que a perda da chance não pode ser invocada, todavia, para resolver problema de falta de prova do nexo causal, sendo por isso indispensável a presença do elemento da incerteza contrafactual para permitir o deslocamento do interesse objeto da reparação.

Para a finalidade desta discussão, percorremos o seguinte caminho. Primeiramente a introdução com o objetivo, depois será apresentado um breve relato sobre a preclusão e seus tipos, posteriormente a responsabilidade civil das obrigações advocatícias, depois a discussão sobre a teoria da perda de uma chance e os principais elementos, e por fim as conclusões.

1. PRECLUSÃO

O novo código civil de 2002 trouxe algumas mudanças importantes comparadas ao código de 1973, entre elas determinadas alterações sobre o prazo processual. Cabe ressaltar antes da discussão da preclusão, tratar sobre o prazo.

Assim, considerando a dimensão temporal do processo, o mesmo é concorrente com o tempo, em outras palavras, o processo tem similitude com o ciclo da vida, nasce em um determinado período e precisa ter obrigatoriamente um produto ou resultado dada pela prestação jurisdicional.

Ademais, mesmo antes da publicação do código civil de 2002, a constituição federal de 1988 no seu artigo 5o, inciso LXXVIII, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O cerne do problema refere-se na prática sobre qual seria a duração razoável do processo. Encontrar o ponto de equilíbrio do tramite processual em dissonância a morosidade processual do sistema brasileiro perpassa o aperfeiçoamento do judiciário.

Ainda sobre prazo, importante destacar o Pacto de São José da Costa Rica que possui status de norma supralegal, do qual o Brasil é signatário e que remete a preocupação mundial sobre a celeridade dos processos, em particular o artigo 8º, 1, que trata das garantias judiciais, argui que:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Com efeito, o intento é compreender que o grande desafio passa pela conciliação do binômio tempo e segurança, apresar da importância da celeridade nos processos o ideal é que se garanta também a segurança de forma a não prejudicar uma das partes. Na doutrina, cabe destacar dos ensinamentos de Donizetti (2017, p.72):

> É importante observar que a almejada celeridade processual não pode ser levada a extremos. O processo, como já demonstramos, pressupõe uma série de atos e procedimentos (contraditório, ampla defesa, produção de provas, recursos), diligências que inevitavelmente impedem a rápida solução do litígio, mas que, mesmo assim, hão de ser observadas. A celeridade não tem valor absoluto e deve ser estudada e aplicada sempre em conjunto com os demais preceitos que regem o processo.

Ainda sobre o tema, Theodoro Júnior (2017, p. 48-49) preleciona que a lei advinda da criação humana está sujeita a um princípio e um fim, afirma ainda (2017, p 83) o que não se pode tolerar é a procrastinação injustificável decorrente da pouca ou total ineficiência dos serviços judiciários, de modo que a garantia de duração razoável se traduz na marcha do processo sem delongas inexplicáveis e intoleráveis.

Didier Junior (2017, p. 109 – 110) trata objetivamente sobre o prazo do processo, tomando como exemplo a justiça eleitoral, afirma:

> Há uma regra no direito brasileiro que pode servir de parâmetro. De acordo com o art. 97-A da Lei 9.504/1997, acrescentado pela Lei n. 12.034/2009, reputa-se razoável o prazo de um ano, incluindo a tramitação em todas as instâncias, para a duração do processo que possa resultar em perda de mandato eletivo. Esse prazo começa a conta da apresentação da demanda perante a justiça Eleitoral. Se houver desrespeito a esse prazo, caberá representação disciplinar contra o juiz ou o tribunal (art. 97, Lei n. 9.504/1997), sem prejuízo da representação perante o Conselho Nacional de justiça (art. 97-A, § 2º, da Lei 9.504/1997).

Entretanto, o código de processo civil no inciso VI do art. 139 preconiza como forma de garantir a solução adequada do conflito na relação prazo e segurança do processo, que o juiz dilate os prazos processuais na produção de provas em virtude de certas peculiaridades que podem surgir durante o processo a fim de garantir que sua decisão seja equânime.

Dessa forma, observando o prazo e as fases do processo, deve-se atentar ao princípio da preclusão ou eventualidade. Em outras palavras, o processo deve ser exercido dentro de cada fase observando os prazos processuais, sendo os legais, judiciais ou convencionais. Em outras palavras, a preclusão implica na perda de um direito em uma das fases processuais de executar um determinado ato, conhecido na literatura como a teoria da perda de uma chance.

De acordo com Didier Jr. (2017, p. 477) a preclusão pode decorrer de um ato lícito ou ilícito. Afirma ainda que a preclusão é efeito jurídico que pode decorrer dos seguintes fatos jurídicos (em sentido amplo):

> a) ato-fato lícito caducificante: a inércia, pouco importa se culposa ou não, por um lapso temporal, que conduz à perda de uma faculdade/poder processual (preclusão temporal);
>
> b) ato jurídico em sentido estrito lícito de cunho impeditivo: de um lado, a adoção de um comportamento pela parte ou pelo juiz impede, de imediato, a adoção de outro com ele incompatível

> (perda dessa faculdade/poder processual por preclusão lógica); de outro, a consumação de uma faculdade/poder atribuído pela lei, obsta que esse mesmo poder volte a ser exercido (preclusão consumativa). Na verdade, a maior parte dos atos processuais produz, automaticamente, por força de lei, estes efeitos preclusivos em razão da proibição de comportamento contraditório e da consumação do poder processual;
>
> c) ato ilícito caducificante, ato contrário ao direito que conduz à perda de um poder /faculdade processual

Ainda segundo Didier Jr. (2017, p. 477) existem quatro espécies de preclusão, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: temporal, consumativa, lógica e punitiva.

Cabe ressaltar que uma das classificações mais conhecidas da literatura, a de Chiovenda, considera apenas três espécies de preclusão, especificamente as decorrentes de fato lícito, não punitivo, logo o fato jurídico decorrente de ato ilícito não foi considerado pelo autor.

Relacionando as espécies de preclusão ao novo código de processo civil, e código penal para a situação da punitiva, podemos enfatizar:

> a) Preclusão temporal: **Art. 223.** Decorrido o prazo, extingue-se o direito de praticar ou de emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial, ficando assegurado, porém, à parte provar que não o realizou por justa causa.
>
> b) Preclusão consumativa: **Art. 507.** É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.
>
> c) Preclusão lógica: **Art. 1.000.** A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.
>
> d) Preclusão punitiva: **Art. 109.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº

> 12.234, de 2010). I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze; II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). Prescrição das penas restritivas de direito Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Convém destacar, no caso doutrinário, que a preclusão se opera *pro iudicato*, assim atinge todas as partes integrantes ou indiretamente relacionadas ao processo, inclusive o juiz. No entanto, a decisão judicial não é passível de uma nova decisão posterior sobre determinado caso, sendo esse um princípio da garantia jurídica do processo.

2. RESPOSABILIDADE CIVIL DAS OBRIGAÇÕES ADVOCATICIAS

Conforme citado anteriormente, a questão da dimensão temporal do processo e suas respectivas fases, importa destacar que em situações especificas a atuação do advogado pode causar um dano irreparável a parte.

Logo, a responsabilidade civil do advogado não tem como finalidade sair sempre ganhador em uma causa, mas sim defender da melhor maneira possível o seu cliente diante dos interesses da motivação do processo.

Entretanto, a defesa não se dá de forma arbitrária, uma das formas previstas no código civil se refere ao mandato, que é uma das formas de contrato. A teoria em geral assume que as obrigações advocatícias são de meio e em casos particulares pode assumir obrigações de resultado.

Assim, quando o cliente procura um advogado, o mesmo pode responder pelos erros de fato ou de direito seja em decorrência do seu despreparo ou incompetência para assumir determinadas causas em virtude do desconhecimento.

Em contrapartida, afirma Gonçalves (2014, p.182) que não será, entretanto, qualquer erro que irá dar causa à responsabilidade civil do profissional, proporcionando a respectiva ação de ressarcimento. E só quando ele for inescusável, patente, demonstrativo apenas de ignorância profunda é que terá justificativa o pedido de perdas e danos.

Ainda mais complementa Nader (2016, p.529) que a advocacia não é apenas uma profissão ao lado de outras, cujo objeto é a prestação de serviços. É diferenciada em virtude da função de múnus público, pela qual cabe ao profissional contribuir à efetividade da justiça nos casos em que atua. Ainda que o advogado postule um direito particular, sua atuação possui alcance mais amplo, pois constitui uma função social.

A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), nos seus artigos 32 e 33, e trata sobre a responsabilidade subjetiva no âmbito da sua atuação, ou seja:

> **Art. 32.** O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.
>
> **Art. 33.** O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

O novo código de processo civil ainda permite uma exceção para evitar a preclusão quando em alguma situação de contestação de uma fase processual por motivo diverso, por exemplo: mudança de advogado durante o processo, ou o mesmo não detenha procuração para representar o seu cliente. Assim, o advogado poderá atuar em nome da parte, no entanto, deverá obrigatoriamente anexar procuração ao processo a fim de se evitar posteriormente a preclusão.

> **Art. 104.** O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.
>
> § 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.

Aqui cabe uma observação sobre a referida suposição, independente da troca de advogados durante o processo, o problema da preclusão embora passível de resolução, não modifica os prazos processuais e os seus efeitos decisórios anteriores.

Merece também destaque a importância do advogado na administração da justiça ou no exercício do interesse dos seus clientes na carta constitucional de 1988; Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Outro ponto que merece ênfase no exercício da profissão do advogado é a diligência *quam in suis*. Nas palavras de Nader (2016, p.543) a diligência exigida do advogado na condução dos interesses de seus clientes deve ser a do bom pai de família, ou seja, a diligência costumeiramente adotada para se alcançar determinado fim. Quando se diz diligência *quam in suis*, pretende-se que o profissional siga a orientação por ele habitualmente adotada, a qual, todavia, deve ser também a do bom pai de família.

Importantíssimo destacar como uma das cláusulas pétreas previstas na constituição, que também se aplica ao advogado o sigilo profissional. O artigo 5º, incisos XIII e XIV, da carta magna ao prever que XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Para garantir o respectivo sigilo, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil prevê em seu artigo 7º, inciso II como prerrogativa do advogado ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações,

inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinadas por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

A quebra do sigilo profissional é prevista no código penal como crime de violação do segredo da profissão, ou seja, o artigo 154 diz que revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984). Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Dada a responsabilidade civil do advogado, interessante apresentar de acordo com o novo código de processo civil, alguns prazos para se evitar a preclusão. Assim, cabe de início destacar que se a preclusão já tiver se consumado no processo, não cabe mais questionamento, vejamos o que traz o art. 507; é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Feito essa ressalva, na fase de contestação existe a possibilidade de as partes fazer alguma alegação, merece aqui destaque a discussão sobre o valor da causa no art. 293 e a contestação relativa ao foro ou território no art. 63 incisos 3 e 4:

> **Art. 293.** O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.
>
> **Art. 63.** As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.
>
> § 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.
>
> § 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

Outra possibilidade de alegação no processo pelas partes dá-se quando for observada eventuais contradições a transcrição de atos processuais, o art. 209 prevê que:

> **Art. 209.** Os atos e os termos do processo serão assinados pelas pessoas que neles intervierem, todavia, quando essas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará a ocorrência.
>
> § 1º Quando se tratar de processo total ou parcialmente documentado em autos eletrônicos, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo, que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.
>
> § 2º Na hipótese do § 1º, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento de realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano e ordenar o registro, no termo, da alegação e da decisão.

Nesse sentido, outras três possibilidades de manifestação no processo para se evitar a preclusão, são: nulidade dos atos, matéria de ordem pública e apelação.

A nulidade dos atos embora não apresente um prazo determinado no seu art. 278 de forma vaga indica um prazo à alegação, quanto a matéria de ordem pública cabe à parte provar o impedimento, sendo visualizada no parágrafo único do art. 278 que deve ser decretada de ofício pelo juiz por se tratar de uma exceção à regra da preclusão. Já sobre a apelação o art. 1009 abre possibilidade após a sentença, com prazo definido.

> **Art. 278.** A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.
>
> Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.
>
> **Art. 1.009.** Da sentença cabe apelação.
>
> § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são

> cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.
>
> § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

Por fim, cabe destacar a responsabilidade que o advogado tem de observar de forma rigorosa o prazo dos processos, a fim de não perder os prazos de contestação no prazo certo gerando a preclusão, a fim de se evitar uma ação decorrente de dano material ou moral, obviamente se for apurada a responsabilidade decorrente de sua omissão ou negligência.

3. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Segundo Gonçalves (2014, p.174), a perda de uma chance consiste na interrupção, por um determinado fato antijurídico, de um processo que propiciaria a uma pessoa a possibilidade de vir a obter, no futuro, algo benéfico, e que, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil.

Mais ainda, afirma Gonçalves (2014, p.174) o dano derivado da "perda de uma chance" – deve-se à jurisprudência francesa, que desde o final do século XIX entende indenizável o dano resultante da diminuição de probabilidades de um futuro êxito, isto é, nos casos em que o fato gerador da responsabilidade faz perder a outrem a possibilidade (chance) de realizar um lucro ou evitar um prejuízo. Se a chance existia e era séria, então entra no domínio do dano ressarcível.

Em outras palavras, a perda de uma chance na esfera jurídica implica a perda de uma das partes no processo, da probabilidade de obter êxito, no sistema judiciário, de um determinado direito de forma parcial ou integral.

Neste ponto é que entra a responsabilidade civil do advogado caso se constate a perda de prazo do advogado perante o seu cliente, gerando assim a preclusão e restando a possibilidade do cliente demonstrar judicialmente ou extrajudicialmente que ocorreu a perda de uma chance.

No caso, se comprovado a imperícia, imprudência ou negligência do advogado o cliente poderá requerer uma compensação financeira pelo dano moral ou perdas advindas de sua conduta omissiva. Conforme exposto anteriormente, a teoria da perda de uma chance não é um a teoria nova na literatura jurídica, mas no caso brasileiro é que recentemente tem obtido mais espaço nas demandas no judiciário.

Para Garcia e Gragnano (2015, p.277) a responsabilidade pela perda de uma chance tem sido invocada em casos de:

> (i) falhas cometidas por advogado que privaram o cliente da chance de obter êxito na demanda judicial (STJ, Resp n. 993.636/ RJ, j. 27.03.2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão); (ii) erro médico por força do qual foram subtraídas ao paciente chances de cura ou sobrevida (STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andighi, j. 4.12.2012); (iii) falha em sistema antifurto que reduziu as chances de evitar a subtração de bens (TJPR, Apelação Cível n. 551308-0-, Rel. Des. Albino Jacomel, j. 15.10.2009); (iv) indevida exclusão de concorrente de sorteio, eliminando as chances de ser contemplado (STJ, EDcl no AgRg no AI 1.196.957/DF, Rel. Min. Isabel Galloti, j. 10.04.2012); (v) formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta, na última fase de competição de perguntas e respostas, eliminando as chances de êxito do concorrente (STJ, REsp n. 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 8.11.2005).

Nesse mesmo sentido, Garcia e Gragnano (2015) admitem quatro elementos em comum na perda de uma chance:

> i) preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório;
>
> ii) perda da chance;
>
> iii) conduta comissiva ou omissiva
>
> iv) incerteza contrafactual

A *preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório* representa uma situação subjetiva, pois caso a preclusão ocorra, e supondo que o advogado não tenha perdido o prazo de contestação, fica o questionamento se seria o resultado pretendido favorável a demanda. Existe também a possibilidade

do resultado ser desfavorável à demanda pretendida e, neste caso, quem deverá arcar com os danos de um possível resultado não favorável, ou seja, se é o advogado ou o cliente.

Já a *perda da chance* indica uma situação objetiva, ou seja, ocorreu a preclusão, a demanda real do cliente foi frustrada independente do resultado, caso o advogado tivesse feito a contestação no prazo certo.

Em relação a *conduta comissiva ou omissiva* advogo ter uma característica subjetiva, alternativamente se admite que o advogado privou a possibilidade do cliente obter o resultado por ele esperado e aqui temos a frustação de um interesse aliado a uma probabilidade subjetiva atribuída pelo cliente em determinado resultado de um processo.

Por último, a *incerteza contrafactual* está relacionada a uma distribuição de probabilidades de possíveis resultados futuros incertos e, de outra forma, temos uma gama de possíveis resultados futuros no caso de não ter ocorrido a preclusão.

Cabe, por fim, fazer uma ressalva; a teoria da perda de uma chance pressupõe a possibilidade de responsabilização do advogado em reparar o seu cliente, entretanto, cada situação deve ser avaliada caso a caso e a preclusão por si só não é fator imediato e objetivo a reparação, sendo necessário avaliar e investigar cada possível erro cometido pelo advogado e ver é passível de gerar responsabilidade civil para justificar a solicitação de perdas e danos pelo cliente.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, conclui-se que o advogado tem grandes obrigações perante seus clientes e responsabilidades na sua atuação. E dentre estas responsabilidades o acompanhamento dos prazos processuais é vital no processo, a fim de que não gere a preclusão e consequentemente a probabilidade ou possibilidade de não ter atendido os interesses do ou dos seus clientes em uma lide.

Outrossim, importante destacar que a preclusão não deve ser entendida com sanção e sim atrelada ao zelo que o advogado deve ter ao processo, o que não implica uma ampla liberdade irrestrita na atuação do operador de direito sem consequências na sua atuação. O formalismo atual dos processos pede uma atuação ativa do advogado,

acompanhar estas transformações e mudanças em todas as fases processuais.

Assim, a importância do fenômeno da preclusão, como referência a ser observado no processo remontar ao século XIX na França, só mais recentemente é que a doutrina e jurisprudência no Brasil adotou como fator de efetividade nos processos. De outra forma, podemos constatar que o destaque dado a preclusão possibilitou o desenvolvimento adequado do processo, no entanto, apesar deste avanço não podemos reforçar a ideia de que tal instituto contribuiu também para que a solução das controvérsias no judiciário brasileiro ter se tornado mais célere.

Portanto, a incorporação dos princípios da preclusão no ordenamento jurídico no Brasil fortaleceu outros princípios processuais, dentre eles podemos destacar: princípio da economia processual, contraditório, ampla defesa, dignidade da pessoa humana, publicidade, duração razoável do processo, eficiência, boa-fé processual e adequação.

De outra forma, existe também na doutrina uma ampla gama de discussões sobre temas sujeitos a não preclusividade, sendo assim passiveis de reanálise judicial antes ou depois de proferida a sentença, a doutrina aponta cinco grandes pressupostos processuais: juízo de admissibilidade recursal, nulidades absolutas, direito probatório, erro material e prescrição.

Em verdade, a preclusão é um fato que permeia a atividade diária do advogado, sendo a tecnologia hoje uma grande ferramenta indispensável à administração e controle dos processos, assim a automação permite o aumento da produtividade do advogado, acompanhamento em tempo real do processo, diminuindo ou anulando o risco de erro da perda de prazos. Existem alguns softwares que enviam mensagens automaticamente ao cliente e advogado quando ocorre alguma mudança no andamento do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**.** Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 07 de junho de 2021.

BRASIL. **C**ódigo de Processo Civil e Constituição Federal**.** 43 eds. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Código Penal Comentado**. São Paulo: DPJ Editora, 8ª edição, 2005.

DIDIER JUNIOR, F**. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e o processo de conhecimento**. 19 ed. Bahia: Jus Podivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Paulo Henrique Ribeiro; GRAGNANO, Théo Assuar. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** V. 4, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: responsabilidade civil.** V.7, 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OAB - Código de Ética e Disciplina, VADE MECUM, Editora Rideel, 10ª edição, 2010, São Paulo. **Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.** Vade Mecum. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")**. OEA, 1969.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I, 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PROJETO DE LEI N. 3145/2015: UMA ANÁLISE SOBRE SUA POSSÍVEL (IN) EFICÁCIA SOCIAL

Geiza Castro de Sena[6]
Cláudia de Moraes Martins Pereira[7]

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do (CRFB) de 1988 foi responsável por trazer um cenário mais humanitário no ordenamento jurídico brasileiro ao prever como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Atrelado a isso, a família ganhou proteção constitucional e passou a ser vista sob o prisma de maior importância ao ser considerada como base da sociedade, no art. 226, da CRFB.

Os princípios da solidariedade familiar e da afetividade tem igual relevância nas relações familiares, pois determinam a convivência pautada no respeito e na cooperação, e que os laços afetivos tenham primazia sobre os laços sanguíneos, com isso, o elemento mais importante na construção da família é o amor. Entretanto, o amor é a face positiva das relações familiares, existindo o lado dos conflitos interpessoais decorrentes dessas relações que podem resultar em sofrimento e danos.

6 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Turma do ano de 2016.

7 Professora da Universidade do Estado do Amazonas. Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

Nesse ínterim, o Direito Sucessório ao se correlacionar com o direito de família, em razão do parentesco definir a ordem da vocação hereditária (ROSA, 1952, p. 239), também precisou fazer alterações em seus institutos. Porém, o Direito dificilmente consegue acompanhar as mudanças culturais e sociais, em especial, no direito hereditário.

Sob essa conjuntura foi elaborado o Projeto de Lei n. 3.145/2015, cuja pretensão é incluir o inciso V aos arts. 1.962 e 1.963, do Código Civil de 2002, adicionando ao rol taxativo das causas de deserdação o abandono afetivo ou material na hipótese de o testador ter sido abandonado por seus herdeiros necessários em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou similares.

Cumpre, ainda, observar que a exclusão do direito de herança por meio da deserdação ocorre pela sucessão testamentária, isto é, o autor da herança terá de se manifestar de forma expressa por intermédio de ato de última vontade, - o testamento -, seu desejo em excluir determinado herdeiro necessário.

Todavia, será analisada a aplicabilidade e características dos institutos de exclusão do direito à herança, especificando a abrangência de cada um, os legitimados para pedir a exclusão em cada hipótese e as causas que ensejam a decretação da exclusão por indignidade ou por deserdação.

Sobremais, serão demonstradas as motivações que levam a sociedade brasileira a não incluir a feitura de testamento na sua praxe para definir a partilha do acervo patrimonial após o falecimento.

Por derradeiro, será exposto como alternativa o acréscimo de um inciso ao art. 1.814, da Lei Civil, que trata das hipóteses da exclusão por indignidade, sendo também aplicadas na deserdação, o que ensejaria a inclusão do abandono afetivo nos dois institutos, adequando-os às peculiaridades da cultura do brasileiro no direito sucessório, sem a necessidade de fazer testamento.

1. CONTEXTO HISTÓRICO QUANTO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA SOLIDARIEDADE E DA AFETIVIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial fizeram o mundo jurídico repensar a efetividade do Positivismo Ideológico,

tendo em vista que sua finalidade era aplicar a lei, sem observar seu mandamento. Os juristas formularam, então, o Pós-Positivismo, em que, segundo o constitucionalista George Marmelstein (2018, p. 10) "o seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana". Doravante, a atividade jurídica, bem como seu conteúdo, foi desenvolvida sob um prisma principiológico humanitário, o que culminou na constitucionalização dos direitos fundamentais.

A CRFB foi elaborada sob essa nova concepção jusfilosófica em que os princípios, agora constitucionais, tiveram sua força normativa consagrada. Por conseguinte, as leis infraconstitucionais, como o Código Civil de 2002, passaram a ser interpretadas em consonância com os princípios e regras constantes no diploma constitucional havendo o diálogo entre essas fontes.

No que diz respeito às relações familiares, a CRFB imputa deveres fundamentais à família, tendo em vista que seus integrantes são pessoas titulares dos direitos fundamentais, podendo se oporem àquela, à sociedade e ao Estado, conforme o entendimento de Paulo Lôbo (2018, p. 43). Isso é devido à nova base axiológica e, especialmente, aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Para que se possa elucidar a mudança de paradigmas do Direito Privado constitucionalizado é forçoso rememorar a ideia de dignidade da pessoa em que repousa o fundamento do Estado Democrático de Direito, em ilustre definição sobre o que tem preço e o que tem dignidade de Immanoel Kant, prescreve:

> No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (1986, p. 77)

Em conformidade com a ideia *kantiana*, no dizer de LÔBO (2018, p. 42) a dignidade é "o núcleo existencial comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade". Nesse contexto, observa-se

a relevância da família para o pleno desabrochar do crescimento humano, de tal modo que seu desenvolvimento nesse solo fértil promoverá o florescimento da existência digna e da vida em comunhão com outras pessoas.

Todavia, a dignidade humana na entidade familiar desde a colonização portuguesa até o século XX era estruturada, declara LÔBO (2018, p. 43), "sob o modelo de submissão ao poder marital e ao poder paterno de seu chefe", sendo o chefe da família a única pessoa detentora de direitos e vedada a intervenção pública no seio familiar. O que acabava por permitir abusos contra a mulher e os filhos.

Esse cenário mudou no final do século passado com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada de 1962, da Lei do Divórcio de 1977 e da CRFB de 1988. Hodiernamente, a família constitui o primeiro laboratório para o desenvolvimento pessoal e social do ser humano, diante da convivência entre os familiares pautada nas qualidades da união, do afeto, do respeito, do projeto de vida comum e da solidariedade familiar.

Indissociavelmente ao princípio da dignidade humana, a solidariedade familiar se perfaz no ato humanitário de cuidado, preocupação e responsabilidade pelo outro na relação familiar. O autor Rolf Madaleno define: "A solidariedade é o princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário" (2020, p. 183).

Oportuno trazer que o princípio da solidariedade antes da CRFB existia apenas como dever moral e ético a ser cumprido pelos cidadãos. Detalha LÔBO (2018, p. 44) que o processo histórico de superação do individualismo jurídico com a mudança na forma de pensar e viver da sociedade resultou nesse princípio constitucional.

No sistema normativo brasileiro, o princípio da solidariedade familiar encontra seu fundamento no art. 3º, inciso I, da CRFB. No capítulo da CRFB destinado à família, é feito um escalonamento sobre qual grupo dentre o Estado, a sociedade e a família irá assegurar os direitos fundamentais prometidos às crianças e aos adolescentes, nas palavras de Maria Berenice Dias (2021, p. 70) "Com relação a crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CRFB 227)".

Entrementes, pode-se mencionar também como exemplos do princípio da solidariedade o art. 229, da CRFB, o qual define aos pais o dever de assistência aos filhos, além do art. 230 com o dever de amparo às pessoas idosas, não olvidando que a solidariedade não se limita à assistência patrimonial, mas também psicológica e afetiva.

Destarte, a exteriorização dos dois princípios supracitados demonstra que a família, como núcleo social primário, adaptou-se às evoluções dos novos tempos, em razão das relações familiares serem pautadas no afeto e não mais apenas nos laços de consanguinidade. A partir disso, fala-se em princípio da afetividade como elemento constitutivo dos vínculos interpessoais atualmente. Aventa DIAS (2021, p. 76) que o afeto ganhou visibilidade jurídica, com o escopo de garantir a felicidade como um direito a ser alcançado, adicionando humanidade em cada família, dado que o desejo e o amor são analisados e considerados como os verdadeiros laços das relações familiares.

Ensina LÔBO (2018, p. 52) que o princípio da afetividade reavivou a função da família de outrora, a de grupo unido por laços afetivos, em comunhão de vida. Implicitamente, a afetividade se consagra na CRFB ao oportunizar as seguintes situações: (i) a mesma dignidade à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, presente no art. 226, §4º; (ii) a convivência familiar é prioridade absoluta garantida à criança e ao adolescente, leia-se o art. 227; (iii) a adoção como escolha afetiva no plano de igualdade, vide art. 227, §§5º e 6º; (iv) igualdade de filiação entre filhos consanguíneos e adotivos, vide art. 227, §6º.

A repercussão do princípio da afetividade na doutrina e na jurisprudência é tamanha ao ponto de exigir que a família funcione para o desenvolvimento da personalidade de seus componentes. Nessa linha, a Ministra Nancy Andrighi, concluiu o valor jurídico do afeto em julgado, *in verbis*:

> [...] A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interes-

> ses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. [...]
>
> (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010)

Inobstante, salienta-se que o afeto equivale à interação entre as pessoas, o que não significa necessariamente o amor, esse é a face positiva da afetividade. As relações também são pautadas em convivências conflitantes em que diversas vezes é imprescindível a regulamentação dessas situações que se mostram à frente da proteção jurídica existente, como também a busca pela efetivação desse afeto pela via judiciária quando um dos integrantes da relação familiar deixou de cumprir com o dever de reciprocidade de respeito e consideração no laço familiar.

2. FORMAS DE EXCLUSÃO DO DIREITO À HERANÇA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O Direito Sucessório tem ligação com as demais áreas do ordenamento jurídico. Aliás, a contextualização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade demonstra que assim como as normas do Direito das Famílias, as normas de Direito das Sucessões são revestidas de caráter público e em razão da família ter passado a ser objeto de proteção constitucional desde 1988, geraram-se consequências no campo do Direito das Sucessões.

Nesse entendimento, Alcides Rosa (1952, p. 239) afirma: "O direito das sucessões se relaciona, intimamente, com o direito de família, pois é

pelo parentesco que se estabelece a ordem da vocação da herança, não deixando, entretanto, de ter numerosos pontos de contato com outras partes do Código".

É pertinente tecer algumas considerações preliminares quanto ao Direito Sucessório, a começar por sua conceituação, como leciona Paulo Lôbo:

> O direito das sucessões é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade. Sob o ponto de vista material, quando uma pessoa morre ela deixa duas coisas: seu corpo e sua herança. (2018, p. 11)

Nesses termos, o direito hereditário é o conjunto de regras e princípios segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém que faleceu. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido chama-se de herança, e quem a recebe se diz herdeiro.

Para tanto, cumpre frisar que para que aconteça a sucessão são necessários dois requisitos, sendo estes: o falecimento da pessoa física e a sobrevivência do beneficiário, legatário ou herdeiro. Quanto a esse segundo requisito cabe falar também sobre a legitimação para suceder.

Essa constitui uma exigência criada pelo direito para que o herdeiro receba seu quinhão hereditário, isto é, o herdeiro deve estar em plenas condições para receber todos os bens, direitos e obrigações deixadas pelo *de cujus*. Disserta-se que a análise da legitimação é feita na abertura da sucessão – morte do autor da herança –, verificando-se se este possui personalidade, significa dizer, se está vivo no momento em se abre a sucessão. No entanto, pode ser que o herdeiro esteja vivo, mas não possua legitimidade para herdar, por incidir em alguma hipótese de exclusão para receber a massa sucessória.

3. CARACTERÍSTICAS E APLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DE EXCLUSÃO AO DIREITO DE HERANÇA

No direito sucessório brasileiro existem duas formas de excluir o herdeiro necessário da sucessão, sendo elas: a indignidade e a deserdação.

Ambas possuem a mesma finalidade, qual seja: a penalização contra atos de deslealdade, crueldade, ingratidão e desrespeito ao autor da herança, e detém alguns pontos em comum, porém são institutos distintos e com suas particularidades.

No que se refere aos aspectos equivalentes da indignidade e da deserdação vale mencionar que as causas de incidência são as mesmas e possuem rol taxativo, apesar de serem disciplinados em dispositivos diferentes, nos artigos 1.814; 1.962 e 1.963, do Código Civil, respectivamente.

A exclusão por indignidade, propriamente dita, corresponde a pena civil que afasta o herdeiro daquela sucessão por cominação legal, pela prática atos ilícitos contra o autor da herança e seus familiares. Portanto, a lei determina aplicação de uma sanção que consiste na perda da herança ao sucessor legítimo, testamentário ou legatário pelo cometimento de ato reprovável. Nesse viés descreve LÔBO:

> O herdeiro pode ser excluído da herança, quando incorrer em conduta considerada desviante do comportamento esperado de quem herda ou pode herdar. As condutas podem ser qualificadas como ilícitos penais ou como imorais, mas são tidas como suficientemente graves e atentatórias, de modo a ensejarem sanção específica, no campo civil, que é a exclusão da herança a que fariam jus os que as cometerem. (2018, p. 136)

Em síntese, o herdeiro será declarado por sentença judicial caso tenha cometido uma das hipóteses do art. 1.814, da Lei Civil, consubstanciando essas em situações de atos contra a vida, a honra e a liberdade de testar do autor da herança, como expõe o dispositivo:

> CC/02. Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:
>
> I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
>
> II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

> III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Noutro ponto, a indignidade não é reconhecida de pleno direito, de tal forma, será feita por meio da ação de declaração de indignidade, podendo ser ajuizada antes ou depois do falecimento do *de cujus* pelos demais herdeiros interessados, no prazo de quatro anos, a contar da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.815, parágrafo único, do Código Civil.

Depreende-se que com o advento da Lei nº 13.532/2017, o §2º do art. 1.815, CC/02 foi alterado e passou a permitir a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação de exclusão por indignidade no caso de o indigno incorrer na hipótese do inciso I do art. 1.814, do diploma civil.

No que concerne à exclusão por deserdação, essa é privativa da sucessão testamentária, em razão de ser feita ainda em vida por ato de última vontade pelo autor da herança. Sobremais, além das causas que autorizam a exclusão por indignidade do art. 1.814 supracitado, a deserdação prevê ainda às hipóteses de exclusão do descendente pelo ascendente e vice-versa nos artigos 1.962 e 1.963, do CC/02.

Assinala-se que a exclusão por deserdação possui mais requisitos em comparação a exclusão por indignidade para que seja efetivada, conforme leciona a autora Maria Helena de Diniz (2005, p. 192-193), sendo esses: testamento válido e eficaz; causa expressa em lei (hipóteses previstas nos arts. 1.814, 1.962 e 1963, do CC/02).; existência de herdeiro necessário e; comprovação após o falecimento do autor da herança, da veracidade do motivo causador da decretação da deserdação via ajuizamento de ação por herdeiro interessado no prazo decadencial de quatro anos.

Como aludido inicialmente, as hipóteses de exclusão da herança por indignidade e por deserdação configuram *numerus clausus*, não deixando margem à discricionariedade do juiz quanto à apreciação da exclusão da sucessão. Entretanto, o autor José Ascensão entende que essas causas não deveriam ser consideradas taxativas pelas seguintes razões:

> Em princípio, as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas; mas não pode deixar de se encontrar um acento restritivo no enunciado das causas de uma penalização tão grave como a exclusão da sucessão. [...]

> Ou seja, que não é possível uma analogia livre, a partir do conceito de indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de alguma das causas previstas na lei. Por outras palavras, não seria possível a analogia iuris, mas já seria possível a analogia legis. (1989, p. 155)

Diante disso, pode haver casos em que a conduta de um ou mais herdeiros não se enquadre em nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 1.814, 1.962 e 1.963, do Código Civil, o que acabaria por ocasionar uma reprovação tanto no âmbito familiar, como também na esfera social.

Por fim, comenta-se que essa tipicidade acaba por ser delimitativa e engessar a aplicação do direito, não olvidando que o código está vigente desde 2003, contudo, diversas mudanças no âmbito das relações familiares já passaram a ser regulamentadas pela jurisprudência em razão de omissão do legislativo, como exemplo, a união homoafetiva, a socioafetividade e o abandono afetivo.

3.1 ABANDONO AFETIVO

A afetividade, como dito alhures, representa elemento constitutivo das relações humanas na atual conjuntura, em especial nas relações familiares. Os laços sanguíneos são estabelecidos pelo nascimento e acabam por determinar com quem se manterá o vínculo. Por outro lado, os laços afetivos são mais profundos e se consolidam pela livre escolha de se nutrir o sentimento de afeto, representando o posicionamento de MADALENO (2020, p. 190-191).

Não obstante, é preciso analisar as sombras existentes nas relações interpessoais, pois elas também repercutem juridicamente. A ausência do vínculo afetivo seja por conflitos em razão da faixa etária, condições sociais, políticas, psicológicas, religiosas, financeiras ou afins, podem findar numa ruptura do vínculo de afeto ou no afastamento da convivência sadia.

Devido essas dificuldades de relacionamento, são comuns os casos de abandono material e afetivo no âmbito familiar, em que os ascendentes abandonam os descendentes ainda crianças, bem como situações em que os descendentes abandonam seus ascendentes na velhice em asilos, casas de repouso ou outros locais de longa permanência. Nesse cenário, preco-

niza DIAS (2021, p. 428) que se caracteriza abandono afetivo quando os ascendentes abandonam os seus descendentes e abandono afetivo inverso quando os descendentes abandonam os seus ascendentes na velhice.

Outrossim, as pessoas mais afetadas com o abandono afetivo são as crianças e os idosos, em virtude da sua vulnerabilidade, possuindo estes estatutos próprios para sua proteção, porque "crianças e idosos encontram-se em polos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela especial", complementa DIAS (2021, p. 420).

Noutro ponto, quando o abandono afetivo ocorre com os descendentes, comumente crianças ou adolescentes, a carência de afeto pode desenvolver nesses filhos sintomas de rejeição, baixa autoestima, prejuízo no rendimento escolar, problemas na formação de caráter e na personalidade, pelos seguintes motivos consoante Karine Bulsing:

> [...] os laços de afetividade devem ser valorizados, pois eles influenciam no equilíbrio emocional, no bem estar e na formação do caráter da criança. A ausência de afetividade ocasiona enormes prejuízos, porque não há a preocupação em proporcionar à família o melhor desenvolvimento e qualidade de vida. (2012, p. 08)

Em contrapartida, o abandono material e afetivo é contrário ao dever dos pais de criar, educar, cuidar e assistir seus filhos. Assim como dos filhos de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, conforme determinação do art. 229, da CRFB.

Apesar da reiteração de casos de abandono material e afetivo nas relações familiares, não há regulamentação legal quanto ao tema, prevalecendo na doutrina e na jurisprudência nacional sua natureza de dano, consequentemente, cabendo reparação às vítimas, nessa trilha foi publicado o Informativo 496 do Superior Tribunal de Justiça.

Sem embargo, não há aplicação do abandono afetivo no campo do direito sucessório, posto que na prática a tese da possibilidade de deserdação por abandono afetivo não é utilizada em razão dos Tribunais pátrios seguirem o posicionamento doutrinário que as causas de exclusão não admitem ampliação de hipóteses por meio jurisprudencial devido seu rol ser

taxativo, vide Apelação Cível nº 10079.12.0169374001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Destarte, para que o abandono afetivo seja aplicado no Direito das Sucessões e haja penalização pelo abandono material e afetivo faz-se necessário alteração na legislação do Código Civil vigente.

3.2 O PROJETO DE LEI N. 3.145/2015

Com vistas a suprir a omissão legislativa e diminuir os prejuízos decorrentes dos frequentes casos de abandono material e afetivo, foi elaborado o Projeto de Lei 3.145/2015. Sua apresentação em plenário data em 29 de setembro de 2015 e tem o intuito de incluir mais um inciso nos artigos 1.962 e 1.963, do Código Civil com a seguinte redação:

> Art. 1.962. [...]
>
> V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres;
>
> Art. 1.963. [...]
>
> V – abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres; [...] (BRASIL, 2015).

O diploma normativo, como se vê, pretende coibir o abandono afetivo e material perpetrado pelos herdeiros necessários, haja vista que tal descaso configura-se em crime previsto no art. 98 do Estatuto do Idoso - Lei n°10.741/2003. Nos dias atuais, o projeto está aguardando apreciação pelo Senado Federal desde 30 de outubro de 2019.

Por derradeiro, caso o projeto seja aprovado sem emendas deve-se analisar sua eficácia social diante da importância da afetividade e seus reflexos no direito sucessório, observando os fatores socioculturais favoráveis e desfavoráveis para sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

4. ANÁLISE SOBRE A EFICÁCIA DO PROJETO DE LEI N. 3.145/2015

Mister se faz diferenciar o conceito de eficácia jurídica e eficácia social da norma. A primeira retrata a qualidade da norma produzir, em maior ou

menor grau, efeitos jurídicos específicos ou a aptidão para gerar esses efeitos, se relacionando a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma. De outro plano, assegura Miguel Reale (2002, p. 92), que a eficácia social se mistura à ideia de efetividade e constitui a concreta aplicação dos efeitos da norma juridicamente eficaz, ou seja, a eficácia social está estritamente atrelada à função social da norma e à execução do Direito.

A proposta de inclusão do abandono afetivo e material trazida pelo PL nº 3.145/2015 como causa de deserdação representa inegável inovação no ordenamento jurídico, tendo em vista a alta incidência de pessoas idosas que são esquecidas em abrigos ou casas de repouso por seus filhos e netos, além de coadunar com a hipótese prevista nos arts. 1.962 e 1.963, do CC/02, posto que se o autor da herança tiver sido abandonado com alienação mental ou grave enfermidade na ordem econômico-financeira, consequentemente o abandono se estende à esfera afetiva. Apesar disso, o projeto desconsiderou algumas circunstâncias fáticas igualmente relevantes que poderiam ter sido regulamentadas, o que contribuiria para uma maior proteção a essas pessoas vulneráveis.

O primeiro ponto a ser analisado é quanto a decretação da deserdação se dar por conta do abandono afetivo ter ocorrido em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência e locais similares, havendo um lapso no que se refere aos casos de abandono afetivo no próprio domicílio do afetado, bem como o abandono financeiro, sendo estas situações mais corriqueiras do que o abandono em hospitais e asilos, por exemplo.

Nesse contexto, MINAYO (2003, p. 783-791) salienta que no âmbito das instituições são frequentes as denúncias de maus tratos e negligências, mas nada se iguala ao ocorrido no interior dos próprios lares, ambiente em que o choque de gerações, problemas de espaço físico, dificuldades financeiras costumam se somar a um imaginário social que considera a velhice como decadência. Ademais, consoante a mesma autora, na maioria dos estudos internacionais destaca-se que a forma de violência mais comum entre idosos é a que ocorre no âmbito familiar, evidenciando-se que nesses países 90% dos casos de vitimização em pessoas de 60 anos e mais de idade ocorrem nos lares.

Doutro ponto, em convergência ao tópico 2.1, a exclusão do direito de herança por meio da deserdação ocorre exclusivamente pela sucessão testamentária, ou seja, o autor da herança terá de se manifestar de forma

expressa por intermédio de ato de última vontade, - o testamento -, o seu desejo em excluir determinado herdeiro necessário.

A sucessão testamentária, contudo, é um modo excepcional de suceder, pois o brasileiro não possui o costume de se preparar para morte, por razões culturais, folclóricas e psicológicas. Pugna Giselda Hironaka (2017, p.414; 421) que apenas 2% dos brasileiros fazem testamento e nem sempre são os mais ricos que o fazem. Nessa senda, a autora ainda declara que além do medo em falar da morte, o diminuto número daqueles que testam se compreende pelo "excessivo rol de formalidades essenciais, que se não observadas conduzirão à nulificação do ato".

Acrescenta-se, que a utilização do testamento se justificaria quando a vontade do *de cujus* fosse distinta daquela naturalmente insculpida na diagramação legislativa. O que é vislumbrado pelos casos mais comuns das pessoas que testam, quais sejam: porque não tiveram filhos; porque desejavam beneficiar o cônjuge em detrimento dos ascendentes - hipótese utilizada na vigência da Lei Civil de 1916 - e; para beneficiar certas pessoas mediante legados ou reconhecer filho havido extraconjugalmente.

Ante o exposto, o projeto de lei simboliza inovação necessária no Direito Sucessório, porém, diante das situações jurídicas e fáticas supracitadas acaba-se por questionar se a lei, embora tenha vigência, ficará no limbo da normatividade abstrata, pois não se converte em comportamentos concretos, posto que o instituto da deserdação exige testamento válido.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, foi possível verificar a importância da constitucionalização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade na forma de tratar o indivíduo no contexto das relações familiares, tornando-se o afeto peça fundamental no aperfeiçoamento pessoal e social do ser humano.

Observou-se, ainda, que a afetividade como núcleo formador da família gera o dever de garantir a felicidade aos componentes dessas relações. Contudo, os vínculos interpessoais são constituídos por pessoas e devido suas singularidades, as interações podem não corresponder à expectativa de uma relação feliz, podendo haver o descumprimento dos deveres numa ruptura ou afastamento do laço afetivo.

Com isso, foi demonstrado que as dificuldades de relacionamento resultaram em casos de abandono material e afetivo em que pais abandonam seus filhos e vice-versa. A matéria ainda carece de regulamentação legislativa, entendendo-se pela natureza de dano e cabendo reparação à pessoa lesionada. Inobstante, foi visto que não se aplica nenhuma responsabilização do abandono afetivo no Direito Sucessório, pela recusa da tese do abandono afetivo como causa de exclusão à herança pela ausência no rol taxativo do arts. 1.814, 1.962 e 1.963, da lei civil.

Para suprir essa omissão legislativa, deliberou-se sobre o Projeto de Lei 3.145/2015, o qual visa colocar como causa de deserdação o abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou similares. Todavia, constatou-se que inexistiu uma análise fática, em razão do desuso do instituto da deserdação, por essa forma de exclusão ter como um de seus requisitos a elaboração de testamento válido.

Foram trazidas as razões que levam o povo brasileiro a desconsiderar a via testamentária, pois além do receio sobre assuntos mórbidos, o testamento é ato que prescinde do cumprimento de um rol de formalidades para ser considerado válido. Portanto, o projeto de lei supramencionado demonstra inconsistências relativas à sua efetividade, tendo em vista que o Direito como fato deve refletir a realidade social para então ser aplicado, circunstância, essa, ignorada pelo projeto em comento.

Nesse diapasão, revela-se promissor para a efetividade do PL nº 3.145/2015, o acréscimo do abandono afetivo e material em um inciso do art. 1.814, da Lei Civil, uma vez que esse iria englobar a exclusão por indignidade e a deserdação num único dispositivo, previsão que guarda maior conformidade com a cultura brasileira no direito sucessório, que tem por tradição não empregar a via testamentária diante do decesso do indivíduo, de modo que foi essa a alternativa aventada pelo deputado Edio Lopes, representante da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira**. Direito civil: sucessões**. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11/01/2002.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.145, 29 de setembro de 2015**. Acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil, de modo a possibilitar a deserdação nas hipóteses de abandono. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180580. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1026.981/RJ**. Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04/02/2010, DJe 23/02/2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp. Acesso em: 09 jun. 2021.

_____. **Recurso Especial 1159.242/SP**. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24/06/2012. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/103477/Anexo_B.pdf?sequence=3. Acesso em: 17 jun. 2021.

BULSING. Karine Machado. A destituição do Poder Familiar como fator de exclusão sucessória. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, 2012. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8857/pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro Direito das Sucessões**, 6 v. São Paulo: Saraiva, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil**? In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL, 3., 2017. Recife. 9º Painel "Pressupostos da interpretação dos direitos sucessórios". Recife. 2017. p. 413-422.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 1986.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Direito civil**: v. 6: Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 10079120169374001.** 7ª Câmara Cível. Sucessões. Exclusão por Indignidade. Abandono. Hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.814 do CCB/2002. Impossibilidade jurídica do pedido. Relator: Peixoto Henriques, 20/05/2014, DJe 23/05/2014. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120487928/apelacao-civel-ac-10079120169374001-mg/inteiro-teor-120487973. Acesso em: 17 jun. 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: relevância para um velho problema. **Cad. de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n.3, 2003. p. 783-791. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2003000300010>. Acesso em: 22 jun. 2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alcides. **Noções de direito civil: todo o direito civil num só volume**. 6. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1952.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE ÀS MAZELAS DO DIREITO ALIMENTÁRIO: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O SISTEMA BRASILEIRO E O SISTEMA PERUANO

Julia Mendes de Paiva[8]
Cláudia de Moraes Martins Pereira[9]

INTRODUÇÃO

A obrigação alimentar é direito fundamental protegido internacionalmente, nos termos do artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos. Trata-se de instituto imprescindível a defesa dos direitos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, que abrange não apenas os alimentos *stricto sensu*, mas também a saúde, a educação, a moradia, o lazer, o vestuário e a educação.

Destarte, objetiva assegurar à subsistência e a dignidade humana daqueles que necessitam, desde que legitimados, obedecendo ao trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade.

8 Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. Turma XV, 2016.

9 Professora da Universidade do Estado do Amazonas. Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

Nesse diapasão, salienta-se que a principal problemática constatada se refere à efetividade na salvaguarda deste direito, sobretudo em virtude da parca importância conferida pela maioria dos legitimados passivos, das fraudes entabuladas pelos mesmos, e da dificuldade dos tribunais estabelecerem um *quantum* alimentar razoável e assegurarem o cumprimento da obrigação, dada a infrutuosidade dos instrumentos de coerção e responsabilização pelos danos causados existentes no país.

Outrossim, enfatiza-se a diminuta utilização do recurso revisional de alimentos frente às alterações do contexto fático, tanto por parte do devedor como do credor.

Desta feita, talvez o ideal seja estabelecer medidas mais rígidas para garantir tal direito, de modo a não onerar excessivamente quem os paga, sem, contudo, permitir que o mesmo fuja de suas obrigações, dado o caráter de subsistência deste encargo.

Dessa forma, através da análise comparativa do assunto entre o ordenamento jurídico brasileiro e o peruano busca-se detectar as falhas da abordagem conferida em cada sistema, e propor a aplicação de novos instrumentos de coerção ao cumprimento da obrigação alimentar, a fim de assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana favorecendo o credor, sem, contudo, prejudicar a subsistência do devedor.

1. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO ALIMENTÁRIO

O direito alimentário é conceituado no *artículo* 473 do Código Civil Peruano. A partir da leitura do dispositivo, verifica-se clara amplitude no que se entende por alimentos, abarcando não apenas a nutrição do indivíduo em si, como também a saúde médica e psicológica, os meios necessários a capacitação laboral, o vestuário, o lazer, a habitação, a educação e todos os custos relacionados à gravidez.

No ordenamento jurídico brasileiro, em contrapartida, não há uma definição exata, entretanto, a referida obrigação é assegurada nos arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil, além de ser amplamente explicada pela doutrina.

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald dispõem que:

> Incluem nos alimentos tanto as despesas ordinárias, como os gastos com alimentação, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e lazer, quanto escolar, provisão de livros educativos. Somente não estão alcançados os gastos supérfluos ou luxuosos e aqueloutros decorrentes de vícios pessoais. (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 673).

Dessa maneira, o instituto dos alimentos não está limitado ao seu significado linguístico, abrangendo todo o indispensável à garantia das necessidades primordiais do alimentado, dado que esse, não consegue assegurar sua subsistência por si próprio.

A legislação peruana estabelece ainda as características do instituto, de forma que "*El derecho de pedir alimentos es intrasmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable*" (art. 487, CC).

A intransmissibilidade impede que o direito de alimentos possa ser objeto de transferência ou cessão por ato entre vivos. Em seguida, a irrenunciabilidade determina que o legitimado ativo não poderá abdicar do direito de alimentos, entretanto, não será obrigado a realizar a cobrança das prestações já vencidas. A intransigibilidade, por seu turno, está relacionada ao direito de pedir alimentos, de maneira que esse não pode ser causa de concessões recíprocas para pôr fim a uma relação jurídica familiar. Finalmente, é incompensável porque a subsistência humana não pode trocar-se por outro direito, nem se extinguir reciprocamente a obrigações alimentarias.

O Direito Brasileiro, por sua vez, além de aderir às características mencionadas acima, alarga o seu rol. Assim, será o direito de alimentos personalíssimo, incessível, impenhorável, incompensável, imprescritível, indisponível, irrepetível, atual, recíproco, irrenunciável, divisível e transmissível. É personalíssimo, visto tratar-se de direito próprio de quem busca assegurar o provimento de meios necessários a sua sobrevivência. É incessível e impenhorável, dado que não será objeto de cessão de crédito ou penhora, respectivamente (art. 1.707, CC). É incompensável em virtude da impossibilidade de compensação entre obrigações estabelecidas entre alimentando e alimentado.

É imprescritível porque o legitimado ativo não perderá o direito de cobrar alimentos, mas o poderá fazer em relação às pensões já fixadas e não

pagas (art. 206, § 2º, CC). É indisponível por ser vedada a sua transação. É irrepetível já que uma vez pagos estes não serão restituídos, ainda que posteriormente sejam determinados indevidos. É atual porquanto o credor não poderá exigir prestações não estabelecidas anteriormente. É recíproco posto que parentes, cônjuges ou companheiros poderem requerer alimentos entre si (art. 1.696, CC). É irrenunciável em decorrência de ser proibida a denegação da obrigação, todavia é possível que o alimentado deixe de exercer tal direito. É divisível vez que cada devedor responderá por sua cota-parte quando complementar e subsidiária a obrigação (art. 1.698, CC). É transmissível devido ser possível transportar a obrigação de prestar alimentos, já estabelecida mediante convenção ou decisão judicial antes do falecimento do alimentando, aos herdeiros do devedor limitada às forças da herança (art. 1.700, CC).

Quanto à natureza jurídica deste direito, a legislação peruana entende ser *sui generis*, posto que o mesmo detém caráter especial, de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal conexa a um interesse familiar superior. No Brasil, por sua parte, há certa divergência doutrinária, havendo quem defenda o conteúdo patrimonial em oposição ao caráter extrapatrimonial. Não obstante, tem prevalecido o entendimento de que o instituto possui natureza mista, de conteúdo patrimonial e finalidade pessoal.

2. REALIDADE BRASILEIRA

2.1. ASPECTOS GERAIS

A legitimidade da obrigação alimentar foi instituída nos artigos 1.694, 1.696 e 1.697 do Código Civil Brasileiro. Desse modo, podem pleitear alimentos os parentes até segundo grau, os cônjuges ou os companheiros reciprocamente. Assim, verifica-se que tal obrigação é alicerçada na solidariedade familiar decorrente do vínculo conjugal (casamento e união estável) e do parentesco consanguíneo, abarcando, inclusive, a adoção dado o parentesco civil. Nesse ínterim, ressalta-se que esse rol é taxativo, de sorte que não estão incluídos os parentes por afinidade.

Válido sublinhar a responsabilidade avoenga subsidiária e complementar. Neste caso, quando os alimentos forem devidos em virtude do poder familiar são os genitores diretamente obrigados a cumprir tal en-

cargo, que apenas recairá sobre os avós na hipótese de ausência ou incapacidade absoluta dos primeiros. Isto é, em regra, não basta a má vontade dos pais dos menores em assisti-los. Entretanto, será este o caso se houver reiterado inadimplemento do(a) genitor(a), apesar de indevida a execução dos alimentos não pagos contra os avós.

Quanto aos alimentos provenientes da dissolução da sociedade conjugal e da união estável, reputam-se devidos independente de culpa de quaisquer das partes. Todavia, ao cônjuge culpado será arbitrado apenas valor indispensável à sua sobrevivência. Além disso, a obrigação cessará com o casamento, a união estável ou o concubinato daquele que a recebe, da mesma forma que perderá esse direito quem tiver procedimento indigno em relação a quem a deve (art. 1.708, CC).

Necessário salientar que tal instituto conta com pressupostos obrigatórios estabelecidos no art. 1.694, §1º do CC. Assim, apenas restará configurada a obrigação alimentar desde que presente o vínculo de parentesco, a necessidade do reclamante, a possibilidade do reclamado, atendido o princípio da proporcionalidade. Ou seja, além da legitimidade ativa e passiva das partes, deve-se satisfazer ao trinômio necessidade-possibilidade--proporcionalidade. Ademais, os alimentos apenas serão devidos quando aquele que os pleitear não detiver recursos próprios para garantir sua subsistência ou quando estiver impossibilitado de obtê-los, seja por motivo de doença, idade ou outra justificativa relevante.

No que tange à forma de adimplemento da obrigação alimentar, essa poderá ser paga em pecúnia através de desconto na folha de pagamento, depósito bancário, entrega de quantia certa ou *in natura* (mediante a concessão de hospedagem e sustento, sem prejuízo do direito à educação). Nesse último caso, em caso de inadimplemento, na execução será estipulada pena pecuniária.

Quanto à classificação dos alimentos estes podem ser *naturais* quando se restringem ao imprescindível a subsistência do indivíduo ou *civis* quando destinados à manutenção da condição social. Serão definitivos, dado caráter permanente definido em sentença ou acordo homologado; provisórios quando fixados liminarmente no despacho em ação de alimentos de rito especial; e provisionais aqueles concedidos mediante tutela provisória (GONÇALVES, 2018, p. 503). São legais quando decorrem do parentesco ou casamento/companheirismo; voluntários os provenien-

tes da vontade do devedor por ato *inter vivos* (doação) ou *causa mortis* (testamento) e indenizatórios àqueles oriundos da responsabilidade civil por ato ilícito. Nesse ambiente, evidencia-se que apenas os alimentos legais ensejam prisão civil.

2.2. AÇÃO DE ALIMENTOS E MEIOS DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A ação de alimentos caracteriza-se como medida autônoma de rito especial prevista na Lei nº. 5.478/68. É assim designada quando o legitimado ativo ingressa em juízo diretamente para pleitear a obrigação alimentar propriamente dita, sem cúmulo de pedidos. Isso porque é possível requer alimentos junto à ação de divórcio, de dissolução de união estável ou de investigação de paternidade, por exemplo.

Para tanto, deverá o credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se ao juiz competente, com a devida qualificação, expondo suas necessidades e provando o parentesco ou a obrigação alimentar do devedor (art. 2º). Nessa ocasião, indicará o nome completo, a residência e o local de trabalho do suposto alimentante, e, se possível o valor aproximado de seus proventos ou recursos.

Após a apresentação do pedido, o magistrado, através de despacho, deverá fixar alimentos provisórios a serem pagos pelo alimentante, salvo se o alimentado expressamente informar que não necessita. Seguidamente, o escrivão notificará o devedor informando dia e hora da audiência de conciliação e julgamento (arts. 4º e 5º). Nesta designação, o juiz determinará prazo razoável para o oferecimento de contestação.

Ademais, caso ausente o requerente, será arquivado o processo. Faltante a(o) requerida(o) será decretada sua revelia, e, por conseguinte, presumir-se-á veracidade dos fatos alegados.

Em audiência, será lida a petição/termo inicial e a resposta do réu, se houver (art. 9º). O juiz ouvirá ainda os litigantes e o representante do Ministério Público, propondo a conciliação. Se houver acordo este será homologado pelo magistrado após assinatura das partes e do *Parquet*. Em contrapartida, inexistindo a chance de convenção, alimentando e alimentado prestarão depoimento e será ouvido perito.

Terminada a instrução probatória, as partes e o MP apresentarão alegações finais, orais ou escritas, e o juiz prolatará sentença, que poderá ser impugnada através de apelação. Aqui, destaca-se que o magistrado, ao fixar o quantum alimentar não está adstrito a estimativa indicada na exordial, assim, não constitui julgamento *ultra petita* a determinação de valor a maior.

Outrossim, são meios de execução da obrigação alimentar no Brasil a prisão civil e a penhora, estando o rito de cumprimento das aludidas medidas previsto no Código de Processo Civil, nos artigos 528 à 533, 911 à 913 e 831 à 836, atinente ao cumprimento de sentença, a execução fundada em título extrajudicial e a penhora, respectivamente.

Através da leitura dos dispositivos citados depreende-se que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Esta será decretada quando, intimado o executado para realizar o pagamento da obrigação ou justificar a impossibilidade de fazê-lo no prazo de três dias, não cumprir a ordem. A medida terá duração de um a três meses, em regime fechado, e cessará, antes do termo, caso sejam completamente adimplidas as parcelas, vez que o pagamento parcial não tem o condão de elidir a dívida.

A penhora, por sua vez, será cabível para alcançar as prestações não incluídas no rito da prisão civil, ou, quando adotada essa última, a medida faz-se ineficaz em razão do limite temporal imposto, visto que tal cumprimento não exime o alimentante das prestações vencidas.

2.3. AÇÃO DE EXONERAÇÃO E REVISÃO DE ALIMENTOS

O direito à exoneração e à revisão de alimentos está previsto no art. 1.699 do CC, segundo o qual "*Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo*".

Dessa maneira, caso sobrevenha alteração na situação de fato das partes após o arbitramento de alimentos é possível pleitear a mudança do encargo estabelecido, seja para cessar a obrigação alimentar, seja para reduzir ou aumentar o *quantum* determinado.

Assim, diz-se que sentença proferida em ação de alimentos faz coisa julgada meramente formal, devido admitir alteração posterior, independente do esvaziamento das possibilidades recursais.

A ação revisional é admissível sempre que houver aumento das necessidades do alimentado ou redução da capacidade do alimentando, sendo cabível tanto para alimentos definitivos, quanto para alimentos provisórios. No primeiro caso, têm-se, por exemplo, as hipóteses de crescimento dos filhos ou da superveniência de doença de tratamento prolongado. Em contrapartida, serão causas de diminuição o desemprego, o nascimento de outros filhos, a doença impeditiva para atividade laboral e a falência, por exemplo.

Por seu turno, a ação de exoneração caberá quando cessar a capacidade do legitimado ativo de prover sua própria subsistência. O que, no caso dos alimentos prestados por ascendentes a descendentes, em regra, ocorrerá com a maioridade civil, ou até o limite de vinte e quatro anos de idade enquanto estiver cursando ensino superior. Inobstante, CAHALI (2009, p. 513) salienta ser possível que o credor "*não consiga prover sua própria mantença em razão de impossibilidade física ou mental, doença ou inadaptação/imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa, de modo que a obrigação alimentar restaria mantida*".

Por outro lado, no que se refere aos alimentos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal e da união estável, não há disposição legal que estipule um prazo exato da obrigação, contudo, a jurisprudência tem determinado ser devida a fixação de alimentos mensal por dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão, quando o ex-cônjuge, embora não tenha exercido atividade remunerada durante a constância do casamento, tenha idade e condições para o trabalho.

Importante ressaltar que a exoneração da obrigação alimentar não é automática, de maneira que, em respeito ao princípio do contraditório, o devedor de alimentos deverá ingressar com a ação autônoma correspondente, ou solicitar o cancelamento da prestação nos autos do processo que a determinaram, sendo desse o ônus de provar a desnecessidade da obrigação. Nessa diretriz, a súmula 358 do Superior Tribunal de Justiça determina que *"O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos".*

Assim, a ação revisional é o principal mecanismo oferecido no ordenamento jurídico pátrio para assegurar a atenção ao trinômio possibilidade-necessidade-proporcionalidade, e, consequentemente, o respeito à dignidade da pessoa humana a ambos os polos da obrigação alimentar. Isso porque, não pode o credor ver-se privado de condições mínimas a sua subsistência, e tampouco o devedor despender de valores acima de suas condições financeiras, comprometendo sua provisão e de sua família.

A ação de exoneração, em contrapartida, visa o cancelamento da prestação alimentícia em virtude da desnecessidade da medida, dado que o credor, em regra, já possui meios próprios e suficientes para garantir sua subsistência. Assim, caso não seja decorrente de incapacidade permanente do legitimado ativo, não poderá o devedor ser obrigado a pagar alimentos eternamente.

2.4. INSUFICIÊNCIA DOS MECANISMOS ESTABELECIDOS

O direito de alimentos no Brasil, apesar de imprescindível à garantia da dignidade da pessoa humana e do direito elementar à vida, é pouco respeitado. Isso porque muitas são as fraudes realizadas pelos devedores de alimentos no país, que, constantemente, ocultam bens e rendimentos, transferem a propriedade de móveis e imóveis a terceiros, visando evitar a penhora, não declaram a realidade de seus proventos, utilizam-se do argumento de terem constituído nova família e de possuírem outros filhos para assegurar o arbitramento de *quantum* alimentar irrisório, ostentam vida glamorosa em redes sociais e deixam ascendentes e descendentes à mingua. Assim, utilizando-se do argumento de insuficiência financeira, o devedor simplesmente deixa de adimplir as parcelas devidas, apesar de lhe ser garantido o direito de revisão.

Assim, devido à instrução probatória módica, recursos infundados e fiscalização débil, acaba-se pendendo a favor da parte devedora, posto que não há como estabelecer um *quantum* alimentar razoável frente as provas e argumentos exibidos, na maioria dos casos, inverídicos e fraudulentos.

Além disso, escassos são os instrumentos coercitivos utilizados no país para assegurar o pagamento desta obrigação, que acabam por resumirem-se a prisão civil e a penhora, apesar de existirem outros previs-

tos em lei, ao exemplo da condenação por crime de abandono material (art. 244, CP).

Nesse cenário, destaca-se que a penhora, quase sempre, é ineficaz, vez que nenhum ou poucos bens são encontrados no nome do devedor. Durante o processo de cumprimento e execução de sentença, por sua vez, quando realizada a prisão civil, o alimentante, muitas vezes, surge com os valores necessários a sua liberação ou realiza acordos absurdos que sequer paga, fazendo com que se conteste a veracidade das alegações pretéritas ou a efetividade da medida ante o manifesto prejuízo ao credor e a clara impunidade do devedor.

A legislação, por seu turno, encontra-se obsoleta, sem inovações necessárias ao contexto vivenciado, provocando, assim, decisões judiciais contraditórias.

Ademais, pontua-se que tal problemática reflete diretamente nos parâmetros sociais do país, influindo, por exemplo, na diminuição dos índices de escolaridade; no aumento da violência entre os jovens; na superlotação do sistema público de saúde; e na subnutrição de crianças e adolescentes.

3. REALIDADE PERUANA

3.1 ASPECTOS GERAIS

Importante ressaltar as fontes do direito alimentário no *Peru*, quais sejam legais, voluntárias ou convencionais. Na primeira delas estão o matrimônio ou concubinato, o parentesco, o "*hijo alimentista*", o divórcio e os gastos com a gravidez. Será voluntária a obrigação decorrente de legado (art. 766, CC). E, finalmente, são consideradas fontes convencionais a separação convencional com o divórcio ulterior (art. 333, 13, CC) e a renda vitalícia (art. 1.923, CC).

Outrossim, salienta-se que a obrigação alimentar no país, a semelhança do que fora instituído no Brasil, é recíproca entre as partes, havendo, contudo, uma ordem de pagamento específica (art. 475, CC).

Nesse contexto, sublinha-se que em tal ordenamento jurídico, os alimentos podem ser prestados, concomitantemente, por mais de uma pessoa, em disposição iniciada pelos cônjuges, seguida dos descendentes e dos

ascendentes, finalizando com os irmãos. Em razão disso, configurada a hipótese mencionada, haverá o "*prorrateo*" de alimentos, por meio do qual, havendo dois ou mais obrigados, a obrigação de pagamento será dividida entre as partes, de modo proporcional às possibilidades de cada uma delas. Desse modo, não se trata de simples divisão aritmética, e sim de uma análise fática do binômio possibilidade-necessidade. Entretanto, em caso de urgência, pode o juiz determinar que apenas um dos legítimos alimentantes cumpra a totalidade do ônus, sem prejuízo do direito de regresso do mesmo contra os demais.

Além disso, visando a proteção ao direito debatido, é possível uma inversão da ordem estabelecida no dispositivo acima mencionado. Dessa maneira, caso o devedor de alimentos não possa pagá-los sem comprometer a sua subsistência, os parentes serão chamados a satisfazer o encargo antes do cônjuge.

Ademais, evidencia-se ainda que o *Código de los Niños y Adolescentes*, ao tratar sobre o direito de alimentos destinados àqueles que visa proteger, alarga o rol de devedores disposto na legislação acima destacada, de modo que são ainda obrigados a pagar alimentos os irmãos maiores de idade, os avós, os parentes até terceiro grau e outros responsáveis pela criança ou adolescente (art. 93, CNA).

Os critérios utilizados para fixação de alimentos foram estabelecidos no artículo 481 do CC, sendo eles a proporcionalidade das necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentando, verificadas as circunstâncias pessoais de ambos os polos da relação, especialmente, as demais obrigações as quais o devedor esteja sujeito. Deve também vislumbrar-se a existência de uma norma legal que determine a obrigação alimentaria.

Ademais, salienta-se que a obrigação alimentar poderá ser adimplida através do pagamento de pensão em dinheiro ou outra forma estabelecida judicialmente, isto é, não há uma restrição legal ao *modus operandi*.

3.2 HIJO ALIMENTISTA E ALIMENTOS PARA EXTRAÑOS

No que tange à essa temática, é salutar explicar que no ordenamento peruano há uma distinção constituída legalmente entre filhos havidos dentro do casamento e fora dele. Para mais, no aludido país, diferente-

mente do que ocorre no Brasil, a recusa na realização de teste de DNA não gera a presunção de paternidade.

Apesar disso, visando proteger os interesses da criança ou adolescente, presumido filho(a), instituiu-se a figura do "*hijo alimentista*", tratando-se de pessoa com dezoito anos incompletos, não reconhecida como filho(a) voluntária ou judicialmente, que poderá pleitear alimentos daquele que tiver mantido relações sexuais com a mãe na época da concepção, até a sua maioridade, em regra, ou além dela quando incapacitada de prover sua subsistência em razão de incapacidade física ou mental.

Quanto à prova da manutenção de relações sexuais, assim como no Brasil quando dos alimentos gravídicos, não é exigida a prova direta e concreta de terem essas ocorrido, bastando indícios que, em conjunto, adquiram significação e conduzam o magistrado a certeza do sucedido. Nesse cenário, o doutrinador Alex F. Plácido V., dispõe que:

> La admisión expresa o tácita de haber sostenido relaciones sexuales, el caráter habitual y notorio de la relación de pareja, la seducción de la madre por promesa de matrimonio, por maniobras fraudulentas o abuso de autoridad *etc*., son algunos de los hechos a probar que demostrarían la existencia de las relaciones sexuales. (PLÁCIDO, 2018, P. 452).

Nesse caso, a ação será intentada contra o suposto genitor ou seus herdeiros. Contudo, demandados esses últimos, os mesmos não pagarão ao alimentado mais que ele teria recebido como herdeiro. Outrossim, a obrigação alimentar conferida "*hijo alimentista*" se extingue com a sua morte ou a do alimentante quando esse não deixa herdeiros. Do mesmo modo, se cessado o estado de necessidade do credor da ação ou se restar comprovada a condição de pobreza do devedor.

Para mais, é garantido ao demandado como alimentante a aplicação de prova genética ou outra de validez científica igual ou maior para desconstituir a obrigação. Igualmente, poderá pleitear o rompimento da relação jurídica em autos paralelos que comprovarem a negatória de paternidade.

É possível ainda o estabelecimento da obrigação alimentar para estranhos, isto é, independentemente do vínculo de parentesco. Essa casuística está prevista no art. 870 do CC, de modo que "*pessoas que viveram*

na casa do falecido ou se alimentaram em seu nome, podem exigir que o executor ou os herdeiros continuem a cuidar desses benefícios às custas do massa hereditária, pelo prazo de três meses".

Em outras palavras, trata-se da expressão máxima do direito fundamental aos alimentos, uma vez que aqueles que eram amparados de alguma forma por pessoa agora falecida, não podem ser deixados à míngua imediatamente quando o executor da herança ou os herdeiros do de cujus possam prestar-lhe esse socorro inicial utilizando-se recursos da massa hereditária.

3.3. AÇÃO DE ALIMENTOS E PRESCRIÇÃO

A ação de alimentos é iniciada com o pedido respectivo formulado perante o Juiz de Paz Letrado, que poderá ser realizado através de petição elaborada por advogado ou do preenchimento de formulário de demanda de alimentos fornecido gratuitamente por órgãos da administração dos Tribunais Superiores Distritais do Poder Judiciário. O requerimento deverá estar acompanhado de cópias do registro nacional de identificação do demandante (DNI), da certidão de nascimento da criança/adolescente, dos documentos que atestem os gastos de manutenção do alimentado, bem como do nome e endereço do demandando (art. 424-425, CC). Em caso de "*hijo alimentista*" deverá ainda juntar-se o nome e endereço de testemunha que confirme a relação havida entre as partes, bem como os documentos respectivos.

Uma vez ajuizada a reclamação, o magistrado notificará o réu para apresentar contestação e seu demonstrativo financeiro no prazo de cinco dias, sob pena de revelia. Caso este não o faça, será imediatamente marcada audiência única, após a qual será proferida sentença. Em contrapartida, na hipótese de ser cumprida a ordem tempestivamente, o juiz estabelecerá data para audiência de conciliação, provas e sentença. Nesta fase será efetivada a instrução probatória, com as oitivas necessárias e proferida decisão terminativa de mérito. Havendo acordo, o fato será registrado em ata que terá o mesmo efeito de sentença. Ademais, caso ausente o demandado devidamente citado, a autoridade competente decidirá com base nas declarações e provas costadas ao processo.

Nesse diapasão, evidencia-se que, se durante a realização da audiência, o réu aceitar a paternidade, o magistrado assentará a filiação, enviando ao município correspondente cópia autenticada da peça judicial respectiva com a ordem para o registo do reconhecimento na rubrica correspondente, sem prejuízo da continuação do processo que almeja o estabelecimento de obrigação alimentar.

Válida ainda a menção do poder conferido ao juiz para proibir o devedor de alimentos de ausentar-se do país enquanto não garantido o cumprimento da ordem antecipada, a pedido da parte ou quando indubitável o vínculo familiar.

Sublinha-se também a diferença entre os dois países no tocante a devolução de valores pagos antecipadamente quando improvido for o pedido de alimentos ao final do processo. No Brasil, os alimentos são irrepetíveis, assim, não há como pleitear sua devolução. No *Perú*, em contrapartida, o *Código Procesal Civil*, em seu art. 569, estabelece que "*se a sentença for revogada declarando o pedido total ou parcialmente infundado, o reclamante é obrigado a devolver os valores recebidos*".

No que tange à prescrição, conforme já salientado alhures, o direito alimentário é imprescritível, entretanto, a ação para cobrar obrigação alimentar definida prescreve em quinze anos (art. 2.001, CC).

3.4. MODIFICAÇÃO, EXONERAÇÃO E EXTINÇÃO DOS ALIMENTOS

No Direito Peruano, a sentença que estabelece obrigação alimentar não faz coisa julgada material, portanto, é cabível a modificação das prestações de tal natureza sempre que aumentem ou diminuam as necessidades do credor e as possibilidades do devedor (art. 482, CC).

Por outro lado, o alimentando poderá requerer a exoneração do encargo se o credor praticar injúria ou danos graves contra sua pessoa, se sua renda diminuir a ponto de não puder adimplir a obrigação sem colocar em risco a sua subsistência, se atingida a maioridade do alimentado no caso prestação a filhos menores, se o ex-cônjuge contrair novas núpcias, se cessar a necessidade do alimentado, salvo se essa perdurar em razão de incapacidade física ou mental devidamente comprovada. Da mesma forma,

poderá pleitear a continuação das prestações se constatado que o devedor está exercendo uma profissão ou comércio com sucesso.

Por fim, restará extinto o dever de alimentar quando falecido o obrigado, salvo se esse deixar herdeiros.

3.5. REFLEXOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR NA SEARA TRABALHISTA, CRIMINAL E CÍVEL

O direito alimentário no *Peru* possui reflexos na esfera trabalhista desde a edição da Lei nº. 28.970/2007 que determinou a criação, no Órgão de Gestão do Poder Judiciário, do Cadastro de Devedores de Alimentos Inadimplentes. Trata-se de registro onde serão inscritos pessoas que estão devendo três parcelas, sucessivas ou não, de obrigações alimentares estabelecidas em sentenças ou acordos conciliatórios com a qualidade de coisa julgada. Além desses, poderão ser arrolados ainda aqueles que não paguem prestações acumuladas durante o processo judicial de alimentos dentro do prazo de três meses. Assim, é cabível a inscrição no referido cadastro devedores de alimentos definitivos e provisórios.

Constitui uma forma de coerção ao cumprimento da obrigação alimentar, dado que é documento acessível à população em geral de forma gratuita, consultado por empresas e órgãos públicos no momento da contratação, além de servir ao controle da efetividade jurisdicional.

Dessa maneira, a pessoa inscrita no REDAM somente poderá postular ou acessar serviço público do Estado, ser nomeado funcionário ou gerente de confiança, ou contratar com o Poder Público, desde que cancele o registro ou autorize o desconto em folha de pagamento ou por outro meio de pagamento do valor de a pensão mensal estabelecida no processo de alimentos antes da assinatura do contrato ou a emissão da resolução de designação correspondente.

No âmbito criminal, por sua vez, há a tipificação de omissão da prestação de alimentos no art. 149 do Código Penal do país, passível de pena privativa de liberdade não maior de três anos ou prestação de serviços à comunidade de vinte a cinquenta e dois dias. Foram ainda estabelecidos motivos qualificadores da pena. O primeiro deles refere-se à fraude praticada para escusar-se do aludido dever, especificamente quando o agente simula com outra pessoa obrigação alimentar diversa ou quando abandona

o emprego intencionalmente, casos em que a pena não será inferior a um ano e nem superior a quatro. O segundo trata do resultado lesão grave ou morte presumíveis, quando então será a conduta omissiva apenada em dois a quatro anos na ocorrência de lesão ou em três a seis anos sucedido o falecimento do alimentado.

Nessa circunstância, há presunção de dolo do agente, salvo prova em contrário. Apesar disso, o desemprego não é justificativa que impeça a condenação ante o descumprimento do dever de assistência.

Nesse diapasão, ressalta-se que em primeiro momento o devedor poderá adimplir a obrigação sem que isso reflita na seara criminal, contudo, sendo sucessiva essa omissão já não mais será garantido esse direito, em decorrência da reincidência do agente.

A omissão de assistência familiar gera a responsabilização do alimentando que deverá indenizar o credor pelos danos extracontratuais causados. Para tanto, basta que sejam cumpridos os requisitos necessários, quais sejam a antijuricidade da conduta, a ocorrência de dano, a relação de causalidade entre a omissão do agente e o resultado lesivo e os fatores de atribuição. Esses últimos consistem nos fundamentos da existência da responsabilidade civil, podendo ser subjetivos (dolo ou culpa) ou objetivos (prática de atividade ou titularidade de determinadas situações jurídicas que o direito considera objetivamente ou independente de culpa).

Nessa conjuntura, frisa-se que as esferas são independentes, de forma que a identidade substancial da conduta não impede que essa seja tratada de modo diverso em âmbito criminal e cível.

CONCLUSÃO

Basilar enfatizar que o Direito não impõe, desproporcionalmente, a obrigação alimentar, pelo contrário, estabelece a possibilidade de revisão segundo a realidade posta, cabendo aos litigantes exercer esse poder. Assim, restarão atendidas as necessidades da pessoa que pleiteia os alimentos dentro das condições econômicas exequíveis daquele que deve cumprir dita prestação sem prejuízo ao sustento próprio.

Contudo, as medidas previstas na legislação brasileira são insuficientes na prática, de maneira que o devedor de alimentos, não rara vezes, simplesmente se escusa do cumprimento da obrigação determinada.

Maria Berenice Dias, ferrenha defensora do direito abordado, elenca uma série de mecanismos que podem ser mais eficazes que os métodos coercitivos instituídos na legislação pátria. Entre eles estão o impedimento à candidatura a cargos eletivos, a ingresso no serviço público, à realização de provas de concurso público ou participação em processo licitatório; o confisco a passaporte; a quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico e o bloqueio de contas bancárias (DIAS, 2017, p.12).

Do Direito Peruano pode-se extrair a ideia do direito alimentário influir na seara trabalhista, através de um cadastro de devedores de alimentos disponível à população em geral, devendo este ser consultado pelas empresas e pelo Poder Público no momento da contratação. A partir dessa medida, seria possível, inclusive, aumentar o número de condenações pelo crime de abandono material com natureza de ação pública incondicionada, previsto no Código Penal Brasileiro, bem como o deferimento de indenizações por danos morais a ser pago pelo alimentante omisso em razão do sofrimento que tal conduta produz.

Além desses, factível que o descumprimento da obrigação alimentar possa gerar impedimentos para concessão de crédito através de cartão ou empréstimo bancário, bem como realização de financiamentos e consórcios. Também pode obstar a renovação da carteira de motorista, por exemplo.

Sem embargo, salienta-se que as medidas administrativas citadas não têm como fim a punição do devedor de alimentos, de modo a inviabilizar o cumprimento da obrigação. Funcionariam, em verdade, como métodos coercitivos ao adimplemento das prestações determinadas, de sorte que, não sendo essas compatíveis com a realidade do alimentante, o mesmo busque a revisão do encargo, mas não deixe de pagá-lo, dado que esse é um direito fundamental, de proteção internacional, que assegura uma vida digna àqueles que dele necessitam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**, 2002.

BRASIL. **Lei 5.478**, 1968.

BRASIL, **Código Penal**, 1940.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos: direito, ação, eficácia e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Vol. 6**. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Vol. 6**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 1948.

PERÚ, **Código Civil**, 1984.

PERÚ, **Código Procesal Civil**, 1992.

PERÚ, **Código De Los Niños Y Adolescentes**, 2000.

PERÚ, **Código Penal**, 1991.

PERÚ, **Ley 28.970**, 2007.

PLÁCIDO V., Alex F. **Identidad filiatoria y responsabilidad parental**. Instituto Pacífico, 2018.

SAID CAHALI, Yussef**. Dos alimentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O POST MORTEM E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE HERANÇA DAS REDES SOCIAIS DO DE CUJUS

Elisa Avelar Mattar[10]
Natália Pereira Moreira[11]

INTRODUÇÃO

Desde a sua popularização dos anos 90, a internet se tornou um importante e significativo meio de interação e comunicação entre os indivíduos. A sociedade adentrou de forma desenfreada no *ciberespaço*, originando novas culturas associadas às tecnologias digitais, possibilitando troca de experiências, informações pessoais e, até mesmo, auferição de renda.

A correlação da pós-modernidade e a *cibercultura* influenciou toda a vivência humana, provocando mudanças sociais e fáticas na esfera do Direito brasileiro. Assim, as revoluções tecnológicas e os processos de comunicação deram ensejo a um vasto patrimônio para os usuários da rede

10 Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS), em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa.

11 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Direito de Família Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

mundial de computadores, fomentado com bens digitais, bens estes que possuem natureza incorpórea e intangível.

Fato é que a ampliação gradual e progressiva dos direitos da personalidade goza de especial proteção do ordenamento jurídico pátrio, que tipifica condutas que ofendem esses direitos. Todavia, a tutela jurídica dos direitos da personalidade realiza-se em níveis digitais, sendo necessária a análise da defesa dos direitos personalíssimos que fundem nos bens de propriedade tecnodigital.

Nessa esteira, os direitos de personalidade e o reconhecimento dos bens digitais se colidem com as famosas redes sociais. Facilitadoras de conexão entre as pessoas, grupos ou organizações, as redes sociais possuem função de criar vínculos entre aqueles que compartilham dos mesmos valores ou interesses no mundo virtual, através de publicações com manifestações de liberdade de expressão e compartilhamento de dados e informações pessoais (SULZ, 2020).

A mudança de paradigma, com a evolução da Sociedade da Informação, sobrevém promessas de novas concepções de bens econômicos, oferecendo estímulos constantes para a obtenção de tudo aquilo que pode ser suscetível de apropriação, mesmo que imaterial, paliativa principalmente com as redes sociais, como será abordado em momento oportuno. Destarte, tal transformação não se implicará apenas na vida dos indivíduos, mas também após a morte.

A transmissão de bens *causa mortis* inicia-se com a abertura da sucessão, devolvendo-se a herança aos herdeiros necessários ou deferindo aos testamentários. Em outras palavras, a sucessão poderá ter fonte na lei, através da sucessão legítima, ou por disposição de última vontade, no caso da sucessão testamentária (GONÇALVES, 2017).

Como forma de transmissão de herança mais utilizada no Brasil, a sucessão legítima entra no desafio constante de acompanhar os impactos da tecnologia nas relações privadas. Os dados de contas digitais do falecido que possuem conteúdo econômico fazem parte de um grande acervo digital que poderá ser recepcionado na herança do *de cujus*.

E é exatamente nestes termos que o presente estudo, tendo como referencial teórico a mudança civilístico-paradigmática em razão da irrefreabilidade tecnológica, busca solucionar a seguinte problemática: as redes sociais – rentáveis – do *de cujus* são passíveis de sucessão?

A fim de decifrar a controvérsia ora posta, a metodologia adotada para o desenvolvimento deste artigo é a exploratória, uma vez que busca propiciar entendimentos quanto à atual conexão entre o Direito Sucessório e a tecnologia, percorrendo pelo estudo das diretrizes jurídicas-cíveis e da presença tecnológica nestas.

Por fim, incumbe salientar que o presente artigo não pretende esgotar o tema em questão, mas apenas impor um olhar crítico-reflexivo perante a possibilidade jurídica de transmitir-se os bens intelectuais esculpidos em forma de redes sociais rentáveis do *de cujus*, de modo a contribuir com o estudo desta abordagem tecnológica relativamente recente no âmbito sucessório.

1. A VERTENTE CIVIL-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Com o advento do Código Civil de 2002, garantiu-se a vertente civilística quanto aos direitos da personalidade que, *a priori*, eram protegidos pura e unicamente pela lei constitucional. Assim, atuando como a espinha dorsal dos direitos fundamentais (gênero), comemora-se a proteção infraconstitucional dos direitos da personalidade (espécie), que visam uma tutela intrínseca ao simples ato de *ser - estar* ou *ter estado* vivo.

Partindo dessas premissas, Maria Helena Diniz (2021) compreende os direitos da personalidade como direitos subjetivos da pessoa de tutelar aquilo que lhe é próprio, isto é, sua integridade *física* (sendo o seu corpo vivo ou morto); *intelectual* (materializando-se em sua autoria científica, artística, literária e, ainda, em sua liberdade de pensamento); e *moral* (traduzindo-se como a base primordial de sua honra, imagem e intimidade e vida privada).

Nesta sequência, entende-se como primordial para o presente estudo a proteção dos direitos da personalidade focalizada, especificamente, nos direitos à *honra*, à *imagem*, à *intimidade e vida privada*. Direitos estes que, embora não palpáveis, apresentam-se cada vez mais perceptíveis à luz da herança digital.

Assim sendo, para melhor entendimento quanto aos direitos alhures mencionados, há de se visualizar os direitos fundamentais como um gênero que abrange a espécie denominada de direitos da personalidade e, por

fim, são as subespécies os direitos a seguir abordados - fundamentalíssimos para a compreensão sucessório-digital.

1.1 DIREITO À HONRA

No entendimento de Cadamuro (2019), trata-se o direito à honra de uma subespécie que atua como corolário do estudo da proteção dos direitos da personalidade após a morte, em decorrência da tutela constitucional prevista no artigo 5º, inciso X.

Quanto à definição do termo "honra" a que esse direito visa proteger, ainda não há um entendimento consolidado doutrinariamente. Entretanto, em um quesito a doutrina se apresenta uníssona: a essência da palavra "honra" implica, necessariamente, em sua subdivisão. Há, nestes termos, de atentar-se às categorias *subjetiva* e *objetiva* deste direito.

Essa primeira classe mencionada diz respeito às características intrínsecas do ser e estar - agregando valor àquilo que a pessoa física tem que, de fato, a atribui humanidade: o poder de autojulgamento. Por outro lado, a segunda direciona-se à honra que um ser atribui ao outro. Respectivamente, portanto, a honra subjetiva incorpora-se na autoestima, ao passo que a objetiva se materializa na reputação (CADAMURO, 2019).

Compreende-se, assim, o objeto tutelado pelo direito à honra abarcar, inevitavelmente, a soma de qualidades que estampam a dignidade da pessoa humana, o respeito perante o meio social e, ainda, no direito que a pessoa humana tem de não ser ofendida, isto é, a vedação legal e constitucional à lesão de sua dignidade.

E, por esta razão, o estudo deste direito é tão importante para a resolução da problemática imposta pelo presente estudo, afinal, as redes sociais do *de cujus*, quando a título de herança, é capaz de afetar a sua honra (partindo do pressuposto de que nem só as pessoas vivas são legítimas ativas do direito de personalidade)?

1.2 DIREITO À IMAGEM

Trata-se o direito à imagem de uma subespécie dos direitos da personalidade que, de acordo com o entendimento de Tartuce (2017), é representada pela imagem física - fisionomia - de alguém. Mais especificamen-

te, o direito em questão pode ser classificado como a soma de qualificação da *imagem-retrato* de alguém, isto é, a *repercussão social* da imagem de um sujeito de direitos.

Neste sentido, em um cenário social onde tanto se preza pela própria imagem e, diante do caráter irrefreável da modernização tecnológica pautada nas redes sociais, torna-se justa a inquietude no que tange à herança das redes sociais do *de cujus*.

Isso porque, do que se trata a rede social, senão de uma promoção da própria imagem? E, deste questionamento, outro se instaura, o acesso às redes sociais do *de cujus* - como consequência de sua sucessão - acarretaria lesão ao seu direito à imagem?

1.3 DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Dando sequência ao estudo das subespécies dos direitos da personalidade, o presente diz respeito à preservação do conhecimento alheio e consequente reserva do ser à própria vivência (BRASIL, 2010). A compreensão desta definição, portanto, revela tênue linha entre este e a herança das redes sociais do *de cujus* diante do cenário social atual.

Isso porque as redes sociais podem ser - e na esmagadora maioria é - um retrato da vida da pessoa, de sua própria vivência. Muitas das vezes, revelam-se as redes sociais aquilo que a pessoa humana tem de mais íntimo - não é em vão que, para acessá-la, necessita de senha, concordar com termos de segurança e, inclusive, a massificação social tem sido tamanha que, hoje, além das senhas e concordâncias, há a autenticação em dois fatores.

Em decorrência destes fatos, mais uma vez resta plausível o questionamento quanto à possibilidade jurídica da herança digital. Isto é, a sucessão das redes sociais para os herdeiros do de cujus é uma potencial ofensa ao direito da personalidade pautado na intimidade e vida privada?

2. VIRTUALIZAÇÃO DOS BENS E O ADVENTO DO PATRIMÔNIO DIGITAL

A difusão da tecnologia, associada à facilidade de acesso, fomenta o desenvolvimento da vida digital e a democratização da informação. A mu-

dança da sociedade analógica à sociedade digital deu ensejo à tendência de armazenamento de bens no meio virtual, bens estes que possuem inegável valor econômico, e viabilizou novas formas dos indivíduos se fazerem presentes, por meio de redes sociais em que é revelado a identidade de seus usuários e compartilhamentos de dados e conteúdos das vidas privadas (PEREIRA, 2020).

Posto isto, a internet deflagrou intensas mudanças e vislumbrou quebras de paradigmas em todos os âmbitos sociais, em especial, o jurídico. A criação da identidade digital ressaltou-se o conflito entre os direitos da personalidade e o direito sucessório, vez que estão interligados com a utilização de armazenamentos de arquivos na rede mundial de computadores de cunho patrimonial, permeando a herança digital.

Indubitavelmente, o mundo virtual construiu um cenário em que os bens incorpóreos inseridos por um usuário se tornaram parte do seu patrimônio, chamados bens digitais. Os sistemas jurídicos alienígenas, primordialmente dos Estados Unidos, intitulam tais bens como *digital assets* ou *digital property*, correspondentes a ativos digitais e propriedade digital, respectivamente.

A ideia de propriedade tecnodigital fora explorada pelo autor Zampier (2021), que assevera que cada internauta, dentro da rede mundial de computadores, terá seu próprio patrimônio digital, devendo ser protegido para resguardar os direitos inerentes ao falecimento ou violação ao legado virtual do titular. Por toda extensão da vida, no novo mundo digital, haverá exteriorização de pensamentos e manifestações de personalidade, compartilhamentos de fotos e vídeos, contratação de serviços e aferição de bens corpóreos e incorpóreos por parte dos usuários.

O autor defende que os bens podem ser divididos em duas categorias: bens corpóreos e bens incorpóreos, aproximando-se, os bens digitais, da segunda forma, vez que

"A informação postada na rede, armazenada localmente em um sítio ou inserida em pastas de armazenamento virtual (popularmente conhecidas como "nuvens"), seria intangível fisicamente, abstrata em princípio." (ZAMPIER, 2021, p. 62/63)

Produtos da informação e surgidos com a popularização da internet, as modalidades de *digital assets,* sugeridas pelos doutrinadores, são variadas e são capazes de gerar resultados patrimoniais e extrapatrimoniais.

Por sua natureza terminológica, *stricto sensu*, o acervo digital como direito de personalidade se refere ao valor econômico dos bens e seus valores intrapessoais.

Dentre os mais diversificados bens digitais, ressalta-se as redes sociais. Diferentemente de outros bens incorpóreos, os perfis na *internet* podem ser acessados por quaisquer indivíduos, não apenas o utente titular da conta, havendo a disseminação de informações e dados pessoais de forma pública, com o devido - e atual - respaldo do direito à privacidade, pautado na Lei Geral de Proteção de Dados.

Em que pese o acima mencionado, as manifestações de intelecto e a interação humana através do mundo virtual expande-se e cria-se a necessidade de superexposição digital. Há um perfil de comportamento e personalidade projetado, gerando a ferramenta de formação de opiniões, grupos sociais e estilo de vida, demonstrando a transformação dos direitos personalíssimos em bens digitais existentes.

Sob a ótica da vida digital, Cadamuro (2019) inclui as redes sociais e suas publicações como formas de expressão do titular, cujos bens sequer existiriam sem a contribuição, individual e coletiva, dos usuários da internet. Nesta análise, o autor afirma que ao contrário da aquisição de bens corpóreos, os bens digitais são acumulados de forma natural e o tema central se torna o próprio indivíduo, em suas palavras:

> No decorrer de sua vida, você acaba por gerar um acervo digital que inclui tanto suas criações como os pertences adquiridos (por exemplo, as músicas que comprou e baixou no *iTunes*, seus e-books etc.), algumas com valor monetário, outras não. Fato é que a grande maioria das pessoas tem muito mais bens digitais do que imagina. (CADAMURO, 2019, p. 106)

Nesse diapasão, as contas e perfis em sites com diversos usuários ativos vislumbraram um novo setor econômico e a expressão no social *media* ganhou maior relevância, iniciando-se um processo de monetização. O compartilhamento de informações epidêmicas na *web* refletiu na alteração de objetivo, já que, antes, as redes sociais eram utilizadas para interação e comunicação humana de forma imediata, hoje se vale como forma para auferir renda e acúmulo de patrimônio.

2.1. RENTABILIDADE DAS REDES SOCIAIS

Como supramencionado, precedentemente utilizadas como matrizes de comunicação, as redes sociais despertaram o interesse econômico nos usuários, formando um monopólio digital. Com a ascensão do comércio eletrônico, empresas de todo mundo criaram plataformas para se conectar com os consumidores *on-line*, as profissões tradicionais se adaptaram aos novos meios tecnológicos e houve o nascimento de novas profissões.

No espaço cibernético, os internautas passaram a criar conteúdos digitais através de suas redes sociais, realizando publicidades, permutas de produtos e serviços, transformando-as em um rentável negócio. Bem precisamente, determinado usuário, ao possuir muitos seguidores em seu perfil, os influencia em sua rede, através de publicações, a consumirem determinado produto e/ou serviço.

Condizente a isso, Zampier (2021) elucida que a atividade profissional do sujeito inserida no social *media* se torna um ativo digital de natureza híbrida, vez que há uma junção da intelectualidade do seu administrador com a geração de recursos econômicos. Ao postar de forma periódica em suas redes e alcançando marcas de audiência, os perfis são "patrocinados de acordo com a política de monetização da sociedade que administra a rede social, gerando dinheiro para essas influentes celebridades da internet" (ZAMPIER, 2012, p. 119).

Por conseguinte, a rede social, enrodilhada pelos direitos da personalidade, possibilita a sua avaliação econômica e a provocação de negócios jurídicos, não se limitando na valoração emocional.

O valor econômico apurado nas redes sociais fez com que ela fosse abrangida pela herança, como bens incorpóreos que fazem parte do aditivo digital. Todavia, o destino da página na rede social após a morte de seu usuário não é definido com precisão pelo ordenamento jurídico brasileiro, levando as empresas de serviços *on-line* e *software* desenvolveram suas próprias regras, não visando os interesses do *de cujus* ou de seus herdeiros.

No mesmo sentido, Pereira (2020) prevê que:

> [...] a transmissão dos bens digitais através de herança ou legado nem sempre será livre, dentre os quais, para Costa Filho (2016), encontram-se os termos de serviço e privacidade.

> Os termos de serviços das empresas apresentam-se como obstáculo à transmissão da herança digital na medida em que, aproveitando-se da falta de regulamentação legal no país, acabam cometendo diversos abusos, tais como a fixação de cláusulas proibitivas de sucessão do conteúdo objeto de contratação. (PEREIRA, 2020, p. 48)

Em outras palavras, os termos das empresas mencionadas podem trazer disposições proibitivas de sucessão dos conteúdos gerados pelas redes sociais. Evidenciando-se a imprescindibilidade de regulamentação do acervo digital *post-mortem* do seu usuário, que será debatido em seguida.

3. HERANÇA DIGITAL E SUCESSÃO LEGÍTIMA

A irrefreabilidade da modernização tecnológica trouxe consigo uma nova preocupação social: a proteção dos dados pessoais. Tanto é verdade que no dia 18 de setembro de 2020 entrou em vigor a Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados.

Assim, partindo do pressuposto de que as redes sociais têm um caráter intimista e que são bens infungíveis, o presente capítulo tem o objetivo de propiciar compreensões quanto ao destino destas no *post mortem* e sua potencial harmonia com a Lei Geral de Proteção de Dados e os direitos da personalidade.

Compreende-se por herança digital o ato de herdar a totalidade - ou parte - dos bens que o *de cujus* conquistou no âmbito cibernético. Assim, como visto, são as redes sociais bens rentáveis - muitas vezes, inclusive, a única fonte de renda do *de cujus* - de modo que é plausível o questionamento quanto à possibilidade jurídica de sua sucessão.

Dessa forma, estes bens esculpidos pela intelectualidade do *de cujus* transmitem-se aos seus herdeiros (FARIAS e ROSENVALD, 2011), o que, inclusive, encontra respaldo na lei constitucional, mais especificamente, no inciso XXVII, do artigo 5º, que considera permanentes os direitos patrimoniais e morais que estão englobados na propriedade intelectual do autor da herança.

Assim, ponderando-se, através do princípio da proporcionalidade, os níveis de transmissibilidade e, sobretudo, a pessoa do herdeiro, entende-se

as redes sociais do *de cujus*, quando fontes de renda, passíveis de herança. Isso porque os bens patrimoniais, de imediato, já são suscetíveis de sucessão e, nos termos da Constituição da República, os bens intelectuais do autor da herança são transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar - fazendo-se, portanto, uma analogia com o cenário das redes sociais.

No que tange à questão dos direitos da personalidade e da Lei Geral de Proteção de Dados, recomenda-se a realização de testamento pelo autor da herança, de modo a delinear os limites por ele desejados quando da sucessão. Com a manifestação de última vontade, o autor implicará a destinação dos bens digitais os quais acredita na não violação póstuma dos seus direitos de personalidade, mormente contas digitais protegidas por senhas.

Contudo, como há previsão constitucional de transmissibilidade dos bens intelectuais - artigo 5º, inciso XXVII - há de se entender que não há lesão alguma à quaisquer direitos do *de cujus*, sejam eles referentes aos dados pessoais ou à personalidade, nos casos de sucessão legítima - em que há ausência de confecção de testamento.

Sobre o tema, por fim, cumpre mencionar o Projeto de Lei nº 4.847 de 2012, de autoria do Deputado Marçal Filho (PMDB-MS), atualmente arquivado, que pretendia acrescentar ao Código Civil o tratamento da herança digital. Há, no projeto, um rol exemplificativo sobre os bens intangíveis que comporiam o acervo sucessório, entre eles, destaca-se as redes sociais, sendo a herança digital transmitida aos herdeiros quando o *de cujus* não dispor em contrário e caberia à eles definir o destino das contas do falecido, confere-se: «Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos» (FILHO, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a dialética do uso de redes sociais e superexposição no cotidiano dos indivíduos, coligada com as consequências promovidas pela evolução tecnológica, a Sociedade da Informação passa a auferir e armazenar bens incorpóreos com valoração econômica, os chamados bens digitais. A nova realidade emerge no reconhecimento dos direitos da personalidade da pessoa do *de cujus,* mas sem que haja a extensão para coibir a transmissão da universalidade de direito decorrente da morte.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa se deu na averiguação da perspectiva jurídico-sucessória no tocante à transmissibilidade, via herança, das redes sociais rentáveis do autor da herança quando de seu falecimento e se esta acarretaria lesão aos direitos da personalidade do *de cujus*.

Inicialmente, foram trabalhadas as particularidades dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, excepcionando-se os que se entende relacionados à sucessão de bens intelectuais - quais sejam: o direito à *honra*, à *imagem* e a *intimidade e vida privada*.

Em sequência, para introduzir a problemática proposta pelo presente artigo, no segundo capítulo foi abordada a questão dos bens digitais, sua definição e potenciais consequências para o direito sucessório. Abordou-se, ainda, o tema referente à rentabilidade das redes sociais, evidenciando a possibilidade de sucessão destas como bens intelectuais-patrimoniais.

Com o escopo de aprofundar-se no estudo deste assunto, no terceiro parágrafo fez-se o recorte temático da herança digital e sucessão legítima propriamente dita. Neste ponto, foi apresentada a hipótese constitucional de transmissibilidade sucessória de bens intelectuais, o que viabiliza, por analogia, a herança digital referente às redes sociais do falecido.

Assim sendo, como resposta à problemática trazida, entendeu-se que as redes sociais rentáveis, quando do falecimento do autor da herança, são passíveis de sucessão, uma vez que se trata de uma hipótese de transmissão de bem patrimonial do *de cujus* para seus herdeiros.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.847 de 2012. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014z5ukvqobm76128vhp08v0uqa26139009.node0?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em: 26 de jun de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Brasília: TJDF, 2010. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/

direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques. Acesso em: 24 de jun de 2021.

CADAMURO, Lucas Garcia. Proteção dos direitos da personalidade e a herança digital. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 38ª ed. São Paulo: Saraiva JUR, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. 7ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. Herança digital no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

SULZ, Paulino. O guia completo de Redes Sociais: saiba tudo sobre as plataformas de mídias sociais. In: Rockcontente. Disponível em: <https://rockcontent.com/br/blog/tudo-sobre-redes-sociais/>. Acesso em: 24 de Jun de 2021.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ZAMPIER, Bruno. Bens digitais. São Paulo: Editora Foco, 2012.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Felipe Rhamnusia de Lima [12]

INTRODUÇÃO

Sabe-se que os direitos humanos são aqueles mais caros e, por esse motivo, deve haver um esforço em todas as esferas para a sua preservação. Mas como garantir o seu cumprimento? Ao longo da história se observou que os Estados foram perpetradores de diversas violações aos direitos humanos. Para o atendimento de normas, é preciso que haja a possibilidade de penalização. Considerando que atos e mesmos omissões do Estado são passíveis de responsabilização, apresenta-se relevante o estudo a respeito da relação entre a responsabilidade civil do Estado como função de respeito aos direitos humanos.

Diante deste cenário, pelo presente breve estudo, pretende-se observar como se apresenta a efetivação da tutela dos direitos humanos por meio do sistema de responsabilidade civil quando o agente causador do dano é o Estado.

12 Advogado especializado em responsabilidade civil há 13 anos, graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), com pós-graduação lato sensu pela Universidade Veiga de Almeida (UVA).

1. OS DIREITOS HUMANOS

Na monarquia absolutista descrita por Thomas Hobbes em sua célebre obra "O Leviatã", para garantir a paz social, todos deveriam, segundo ele, renunciar a seus direitos de homens completamente livres a um soberano incontestável. Esse seria o contrato social para o estabelecimento de um soberano, que seria um rei absolutista. Nesse modelo, como os poderes do soberano eram ilimitados, não houve o sucesso esperado para atendimento aos anseios do povo. A conhecida frase dita pelo rei absolutista Luís XIV ilustra bem o contexto: "O Estado sou eu!" O rei e, por assim dizer, o Estado, estava acima da própria lei, vigendo a irresponsabilidade estatal pelo dito francês: "Le roi ne peut mal faire."

Com a Revolução Francesa, surgiu o Estado de Direito. O teórico John Locke, em seu livro "Segundo tratado sobre o governo", contrapôs-se a Hobbes, no sentido da existência de leis naturais, mas que dependiam de um Estado para a mediação dos conflitos, sob pena de estabelecimento de caos. O povo deveria renunciar ao Estado seu direito de aplicação das leis para que esse, por sua vez, distribuísse com equidade os direitos de cada um.

No Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo Brasil, há soberania do que se chama "vontade geral", conceito trabalhado por Jean-Jacques Rousseau em seu livro "O contrato social", que não é necessariamente a vontade da maioria ou de todos. Enfim, no Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, atentando-se para a dignidade da pessoa humana, em respeito aos direitos humanos, coibindo-se abusos do aparato estatal.

Logo no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no parágrafo único do art. 1º constam os anseios do Estado Democrático. Segundo Taveira (2009, p. 82), ao citar o entendimento de Ingo Sarlet, empregar-se-ia o termo "direitos fundamentais" para qualificar os direitos reconhecidos e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado, ao passo que os "direitos humanos" se coadunariam com os diplomas de direito internacional, referindo-se às posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. É certo que a doutrina constitucionalista classifica os direitos fundamentais como a positi-

vação dos direitos humanos. Sob esse prisma, por meio da Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira demarcou uma nova era, mediante a formação de uma estrutura estatal lastreada pelo denominado Estado Democrático de Direito. Tal sistema é baseado em valores democráticos e orbita ao entorno da dignidade da pessoa humana, da qual erigem diversos outros princípios.

No decorrer da evolução do Estado pelo mundo, em razão de permanentes reivindicações populares, por meios coletivos e individuais, houve o desabrochar de novos direitos fundamentais, os chamados direitos sociais, que se afiguram como direitos dos particulares frente ao Estado. A coleção desses novos direitos culminou por repercutir no objeto e na própria maneira de se obter o maior grau de efetividade dos direitos já positivados no ordenamento jurídico-constitucional. Isso porque, como dito, deixou-se, de há muito, de se conceber a formação de um Estado de direito sem o reconhecimento dos direitos sociais fundamentais e, tampouco, da sua efetivação.

Sob este contexto, nada obstante a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 ter sido promulgada a fim de formar uma união mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranquilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir os benefícios da liberdade, notou-se a necessidade de mais garantias. Por meio da primeira emenda daquela Carta Maior estadunidense, o Congresso se posicionou no sentido de, dentre outras disposições, garantir o direito individual de dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos. O afamado direito de petição. A terceira e a quarta emendas trouxeram vedações que igualmente interessam ao presente artigo, quais sejam, respectivamente, a impossibilidade de agente público de segurança instalar-se em um imóvel sem autorização do proprietário, senão na forma a prescrita em lei, e o descabimento de violação, em uma leitura inteligente, da integridade física/psíquica das pessoas, com a preservação de residências, documentos e bens em geral, no caso de busca e apreensão, sob pena de se considerarem medidas arbitrárias. Além disso, ressaltou-se o princípio da presunção de inocência, devendo haver, para expedição de ordens penais, ao menos indícios de culpabilidade, inclusive, o que é absolutamente relevante até para a realidade atual brasileira, a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.

A Constituição brasileira, por seu turno, alinhada aos direitos humanos, garante que ninguém seja submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, ainda que se trate de uma ação policial ou no curso de processo penal. Enfim, não pode haver penas ou medidas extrajudiciais cruéis por parte do Estado, do mesmo modo que é vedado a um cidadão praticar ato ilícito contra outro, sob pena de se sujeitar à cabível indenização, na forma do Código Civil de 2002.

Não se pode falar em direitos humanos sem mencionar a dignidade da pessoa humana, cujo núcleo essencial se identifica com a noção de mínimo existencial, a se figurar, como ensina Taveira (2009, p. 57), ao mencionar Ricardo Lobo Torres, em "condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e ainda exige prestações estatais positivas". Tal princípio se trata de um cânone axiológico consagrado em praticamente todas as Constituições republicanas, implícita ou explicitamente. Após a Segunda Guerra Mundial, consagrou-se a dignidade da pessoa humana não apenas no âmbito interno dos Estados, como também em esfera internacional, como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio norteador da atuação estatal e dos organismos internacionais.

Doutrinadores da corrente internacionalista criticam a nomenclatura "gerações" para a distinção entre direitos fundamentais, porque poderia se cogitar, equivocadamente, que os direitos seriam excludentes, e não complementares. Sob essa concepção, dessarte, há quem prefira o termo "dimensão" para identificar a evolução histórica dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão seriam os direitos fundamentais clássicos, civis e políticos. Seriam os direitos individuais, as liberdades públicas, fruto do Estado Liberal, após a Revolução Francesa, caracterizados, eminentemente, por limitações ao poder público, uma abstenção do Estado, uma atuação negativa, de não fazer. Ou seja, um direito vocacionado às prestações negativas do Estado, para proteger a esfera de autonomia do indivíduo. É possível também um papel ativo desses mesmos direitos, pois há de se exigir ações do estado para a garantia da segurança pública e administração da justiça, por exemplo. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão do Mandado de Segurança nº 22.164, julgado em 30/10/1995, de relatoria do Ministro Celso de Mello, destacou de forma didática: "os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liber-

dades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade".

A segunda dimensão, já do início do século XX, são os direitos sociais, econômicos e culturais, atrelados à ascensão do Estado Social de Direito. Houve a metamorfose de um Estado neutro e individualista para um Estado material, em busca de justiça social, como visto nas Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919). A atuação do Estado passou a ser positiva, um fazer.

Na terceira dimensão, após a segunda metade do século XX, surgem os direitos de fraternidade/solidariedade. São direitos da coletividade, transindividuais, possuindo como subespécies os direitos difusos, que abrangem uma pluralidade indeterminável de pessoas, como o meio ambiente, e os direitos coletivos, que abrangem uma pluralidade determinável de pessoais ligadas a uma relação jurídica base. Conforme analisa Ré (2021, p. 526), a tutela coletiva se traduz em uma emancipação social sob o atuar reticente e recalcitrante do Estado, o que exige tenacidade de seu operador e das próprias instituições democráticas.

Ainda há doutrinadores que sustentam uma quarta dimensão de direitos fundamentais, frutos da globalização e do Estado Neoliberal, que abrangeriam o direito à informação e os direitos cibernéticos, até mesmo ante as novas tecnologias de controle do fluxo de informações sobre as pessoas, além de questões referentes a manipulações genéticas.

A segurança pública é um ponto crucial quando se fala em direitos humanos, pois é recorrente que se deturpe para abusos na atuação estatal. O enquadramento da segurança pública em alguma das três – ou quatro – dimensões de direitos fundamentais não se revela uma tarefa fácil. Há quem sustente até outras dimensões. Todavia, é possível dizer que se trata de um direito social de segunda dimensão, na medida em que a plena efetivação do direito à segurança pública depende de uma atuação positiva

do Estado através da eficiente prestação do serviço de segurança pública, com características de direito à prestação e defesa perante terceiros. Neste sentido, nada obstante a segurança pública estar prevista como direito individual e coletivo no Capítulo I do Título II da Constituição – art. 5º –, também está expressamente positivada no Capítulo seguinte, "Dos Direitos Sociais", no caput do art. 6º, ao lado dos direitos fundamentais de segunda dimensão à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência social, dentre outros. Logo, de um modo geral, a preservação dos direitos humanos figura adequadamente internalizada pelo sistema jurídico brasileiro.

1.1. DIPLOMAS INTERNACIONAIS

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França, em 1789, foi um importante marco para os direitos humanos, pois se traçaram diretrizes fundamentais para o desenvolvimento das garantias visando a uma sociedade harmônica. Naquela oportunidade, os franceses frisaram que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem seriam as causas dos males públicos e da corrupção dos governos. Desta maneira, aquela declaração se tratou de um ato solene quanto aos direitos naturais, assentando, de uma vez por todas, tratar-se de direitos inalienáveis e "sagrados" do homem, devendo estar sempre resguardados para todos os membros do corpo social.

A observância dos direitos e deveres mais basilares da humanidade, enfim, tomaram ares de imposição aos atos de todos os poderes do Estado, podendo/devendo ser a qualquer momento invocados para o respeito ao que, evolutivamente, tratar-se-ia do princípio da dignidade da pessoa humana. No século XVIII, portanto, insculpiu-se que a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.

Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal tomaram contornos desde aquela época até hodiernamente como cláusulas impositivas para o Estado Democrático de Direito. A vedação a acusações, prisões e punições arbitrárias foram banidas do sistema jurídico. Igualmente, aqueles que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias foram tidos expressamente por infratores do sistema legal, sejam particulares ou agentes públicos. E, por óbvio, todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer as ordens

respectivas imediatamente, sob a pena das devidas sanções. Com isso, pretende-se salvaguardar o bom equilíbrio social.

A Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de junho 1945, é o tratado que estabeleceu as Nações Unidas ao cair da Segunda Guerra Mundial, apesar de, à época, ainda não ter tido o seu fim por completo. As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários, aí sim, já após o término da Segunda Guerra Mundial, que se deu em setembro. Por esse motivo, o dia 24 de outubro é comemorado em todo o mundo como o Dia das Nações Unidas.

A relevância da ONU se fez fortemente presente por meio de sua Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Por meio desse diploma internacional, em oposição sobretudo às barbáries da Segunda Guerra Mundial, foi reconhecida a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como sendo fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Naquela Declaração, em seu art. 1°, fez-se constar o princípio da dignidade da pessoa humana, além de, no art. 21, ter sido consignada a igualdade das pessoas no direito de acesso ao serviço público de seu país. Já no art. 22 se mencionou o direito à segurança social, com direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Em avanço no tempo, no ano de 1969, houve a Convenção Americana de Direitos Humanos, a assinatura do chamado Pacto de San José da Costa Rica, outro importante marco legal para os direitos humanos, ratificado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Por meio do Pacto, os Estados americanos signatários reafirmaram seu propósito de consolidar, no quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais.

O Pacto de San José da Costa Rica reconheceu que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que se justifica uma proteção internacional, de natureza convencional, complementar da que oferece o direito interno dos

Estados americanos. Foi frisado, naquela oportunidade, que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

O art. 5º do Pacto de San José da Costa Rica, a respeito do direito à integridade pessoal, dispõe que toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral, sem submissão a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, e mesmo aqueles em regime prisional devem ser tratados com observância à dignidade inerente ao ser humano.

O art. 10 do Pacto merece especial atenção ao tema do presente estudo, pois pontua o direito à indenização como inerente ao regramento garantidor dos direitos humanos, especificamente por erro judiciário. Já o art. 11 pontua o direito ao respeito da honra e ao reconhecimento da dignidade de cada pessoa, sem medidas arbitrárias em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação, com o direito à proteção da lei contra tais ingerências abusivas. Inclusive, o art. 68 estabelece até mesmo a possibilidade de indenização compensatória contra o Estado infrator dos termos do Pacto, de modo a erigir a importância de uma sanção contra descumprimentos.

Vistos os direitos humanos e sua internalização como direitos fundamentais, observa-se que, para o seu respeito pelo Estado, é necessário mais do que meras assinaturas de diplomas pelos governantes. Sem a possibilidade de penalização as normas seriam apenas recomendações, por isso se passará a verificar a responsabilidade civil do Estado como medida de desestimulo a violações aos direitos humanos.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O §6º do art. 37 da Constituição Federal dispõe especificamente com relação à responsabilidade do Estado, cuja atuação deve ser pautada, dentre outros, pelo princípio de legalidade e moralidade. Aquele dispositivo delimita que as pessoas jurídicas de direito público e mesmo as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

agentes causarem a terceiros. Com isso, está a se conferir o respeito às leis pelo próprio Estado, mediante a sua responsabilização por indenização em caso de violação a direitos. Nesta mesma esteira, seguiu o Código Civil em seu art. 43, ao estabelecer ser o Estado civilmente responsável por ato ilícito de seus agentes, seja por culpa ou dolo.

Mesmo anteriormente à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002, o próprio Código de Processo Penal, do ano de 1941, já previa "uma justa indenização pelos prejuízos sofridos" em caso de erro judiciário. O direito constante nessa antiga disposição foi recepcionado pelo inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, sem condicionar a reparação do dano à indagação da gravidade ou escusabilidade do erro judicial incurso, atentatório à liberdade individual; tendo seguido a mesma linha o Código Civil em seu art. 954.

Como delineia Macêdo (2021, p. 361), a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual (ou aquiliana), sendo essa última que nos interessa ao presente estudo, a tratar do descumprimento de um dever legal, independentemente de alguma avença. Pelo Brasil ter se filiado à teoria da responsabilidade civil subjetiva, como regra geral, cabe ao autor da ação o ônus da prova da culpa do réu. Assim é que, para se reconhecer a responsabilidade frente a um ato ilícito, primeiramente, é preciso haver culpa, subsidiando-se na teoria subjetiva, que se manteve no disposto nos arts. 186 e 927, do Código Civil, pois sendo esta inexistente, não é possível falar em reparação. De outra banda, a Constituição Federal, com relação à responsabilidade do Estado no §6º de seu art. 37, e mesmo o Código Civil, também adotam o princípio da responsabilidade objetiva, ressalvados, ainda assim, fatores de rompimento do liame causal, como a força maior, além de não se confundir com responsabilidade por risco integral, específica para danos nucleares (art. 21, XXIII, "d") e ambientais (art. 225, §3º, da Constituição Federal combinado com art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81).

Cahali (2005, p. 20) leciona a respeito da distinção entre danos patrimoniais e danos morais (ou extrapatrimoniais). A caracterização do dano extrapatrimonial deduzida por parte da doutrina sob forma residual, em contraposição ao dano patrimonial, mostrou-se insatisfatória do ponto de vista mais moderno. Melhor se dá a definição do dano moral por seus próprios elementos como a lesão pela privação ou diminuição dos

bens imateriais de valor precípuo na vida do ser humano, como a paz de espírito e a honra, a configurar a própria lesão à dignidade da pessoa humana. Deste modo, o dano moral pode se dar até mesmo pela lesão a um terceiro, como, para os pais, a morte equivocada de um filho perpetrada pelo Estado em operação policial ou mesmo pela responsabilidade do Estado pelo assassinato de um encarcerado ou por morte em razão da própria insalubridade da instituição prisional. Não se pode olvidar, ainda, que, conforme orienta a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."

Também é importante destacar a possibilidade de configuração de dano moral coletivo, que se caracteriza pela lesão na esfera moral de uma comunidade, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos sob o aspecto jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas todo e qualquer abalo negativo à moral da coletividade. Não é qualquer infração à lei que acarreta o dano moral coletivo. Constata-se, em diversos julgados, a utilização de uma variedade de expressões qualificadoras que tornariam uma infração apta a ser sancionada por meio dessa modalidade de indenização, *e.g.*, a conduta ilícita deve agredir de modo ilegal ou intolerável os valores normativos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva, com grave ofensa à moralidade pública, além de ser grave o suficiente para produzir intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva, atingindo alto grau de reprovabilidade, de modo a transbordar os lindes do individualismo, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais.

Impõe-se ao Estado Democrático de Direito o reforço da garantia dos direitos fundamentais, devendo ser coibida a prática de qualquer violação decorrente de conduta ativa ou omissiva referente a abusos, que podem se dar por qualquer um dos três Poderes: legislativo, executivo e judiciário. Desta maneira, resta plenamente circunscrita a responsabilidade civil do Estado pelos danos eventualmente causados, a lhe impor indenização, se for o caso. E, com relação ao valor de reparação por danos morais, interessa dizer que a fixação se faz mediante arbitramento, na diretriz do parágrafo único do art. 953 do Código Civil, em conformidade com as circunstâncias do caso, e mesmo pela disposição geral do art. 944. Espe-

cificamente com relação ao direito à indenização por ofensa à liberdade pessoal, mostra-se presente o art. 954 do Código Civil. Pela leitura sistemática do regramento civil, as perdas e danos se revestem tanto dos danos materiais como dos imateriais, de forma que seja conferida reparação global ao ofendido.

A redação do art. 144 da Constituição Federal não deixa pairar dúvidas com relação a quem imputa o dever de efetivar o direito fundamental à segurança pública: ao Estado, sendo direito e responsabilidade de todos. Assim, tem-se que ao Estado, ente que detém o monopólio do uso da força, cabe organizar-se em termos de instituições, pessoal, aparelhamento e atribuições – dentre outros aspectos – para garantir que as pessoas estejam razoavelmente protegidas e, assim, aptas a viverem normalmente suas rotinas, desfrutando de seus bens, da convivência doméstica, das atividades sociais e profissionais.

Portanto, pode-se afirmar que, por força constitucional, o Estado brasileiro se sujeita à responsabilização de forma objetiva. Tal responsabilidade implica responder em ações judiciais por imputações pelo cometimento de atos ilícitos, passível de condenação a indenização por danos materiais e morais, individuais ou coletivos.

2.1. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

Quão mais graves são os danos, maiores serão naturalmente as obrigações de reparação, pois a indenização deve ser proporcional à extensão do dano, diante da necessidade de se buscar a restauração do "status quo ante" à lesão, ainda que, de fato, não raro, seja inviável exatamente. A vida, por assim dizer, não apenas estar biologicamente vivo, mas sim vivendo com dignidade, é um direito fundamental a toda pessoa, reconhecido nos direitos humanos e, por isso, garantida na Constituição Federal. Além da lei maior brasileira e outras normas nacionais, como o Código Civil, delineiam o sistema de responsabilidade civil pátrio, visando à garantia plena de vida em sociedade.

A ideia de direito, segundo Tepedino (2021, p. 1), encontra-se relacionada à noção de saneamento de conflitos de interesses, visando ao atendimento das finalidades essenciais de justiça e segurança. Como o doutrinador ensina, a norma jurídica funciona a um só tempo como dissipadora

de divergências e como regra de conduta, servindo de parâmetro para o comportamento prospectivo da coletividade. Os pressupostos, critérios e mecanismos voltados à obrigação de reparar a lesão sofrida por alguém revelam a trajetória da responsabilidade civil ao longo do tempo.

O Estado se sujeita aos ditames dos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, além dos arts. 186 e 187 do Código Civil, relativos aos atos ilícitos por responsabilidade aquiliana. Ao se analisar o que é atinente à responsabilidade civil, é possível identificar três funções que lhe são relacionadas: a) compensatória do dano moral e material à vítima; b) punitiva ao ofensor; c) desmotivação social da conduta lesiva. No que diz respeito à condenação em reparação por danos morais, caracteriza-se não apenas sob um aspecto meramente punitivo ("punitive damages"), mas também sob o ângulo preventivo-pedagógico, visando a chamar a atenção para que os fatos lesivos não tornem a ocorrer. De fato, o julgamento de um processo possui um efeito endoprocessual, ou seja, perante as próprias partes, mas também há de ser ressaltado o seu efeito macroprocessual, ou seja, aquilo que extrapola os limites subjetivos da coisa julgada para expressar um comportamento esperado por toda a sociedade. De tal modo, as indenizações por danos morais e materiais atendem à expectativa pela preservação de direitos fundamentais.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

É inegável, por exemplo, que a sociedade em geral estigmatiza o policial como "repressor", nada obstante, sobretudo nas metrópoles brasileiras, esses servidores travarem guerras diariamente, em uma situação dificílima, da qual, em tese, não lhes caberia se submeter com tanta frequência. Os policiais, representantes mais próximos da crise estatal de segurança pública, certamente não se sentem eles mesmos seguros em sua posição, nem mesmo de portarem as suas fardas próximos ao local em que, não raramente, moram. Seja como for, por dolo ou por culpa, as operações policiais, diante da escandalosa situação das grandes cidades de nosso país, acabam por ser violadoras de direitos humanos sem raridade.

Pelo elevado nível de violência presente no Brasil, o sistema carcerário se afigura caótico. Tal realidade, combinada com a má gestão de recursos, também não bem empregados em outras áreas, acaba por importar em instalações prisionais desumanas. Para combater a violação aos direitos humanos, além das provocações no sentido da correção das omissões, também se mostra impositiva a condenação do Estado ao pagamento de indenização individual ou por danos coletivos. Assim se observa que a responsabilização do Estado por violação aos direitos fundamentais é uma medida adicional que visa a proteger a sociedade, sob pena de não se possuir instrumentos suficientes para interromper a perpetração de abusos estatais.

O direito à segurança pública é um direito fundamental no ordenamento jurídico nacional, cujo dever, como mencionado, corresponde ao Estado. Todavia, é de correntia sabença que o respeito aos direitos fundamentais depende de políticas públicas, as quais nem sempre se revelam eficazes; havendo, de modo frequente, inúmeras violações pelo Estado, por meio de seus agentes públicos. Diante desse cenário, a resposta às arbitrariedades deve se dar de modo concreto, a repercutir em mudanças positivas.

O Superior Tribunal de Justiça assentou jurisprudência que aponta para a firme tutela de direitos fundamentais. Aquela Corte, por vezes, baseia-se na letra expressa do art. 40 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), a qual não deixa pairar dúvida: "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Por consequência, a fratura daquele dever proeminente dispara, entre outras medidas, a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos materiais e morais, sejam eles causados por ação ou por omissão dos agentes públicos.

Não se pode, por óbvio, dizer que o Estado e, especificamente, a segurança pública são inimigos dos direitos humanos. Muito pelo contrário. A segurança pública, por meio do policiamento, é crucial para o respeito aos direitos humanos. Todavia, os caracteres punitivo-preventivo-pedagógico do instituto do dano moral se presta a obstar abusos estatais de qualquer ordem. Logo, o aprimoramento da atuação estatual em todas as esferas perpassa pela necessária imposição de sanções contra arbitrarie-

dades, a fim de se reparar pelos danos concretizados, bem como se coibir a sua repetição. Cuida-se de assegurar a ordem, em prestígio aos direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

Sinteticamente, diante do aduzido, pode-se concluir ser fundamental o exercício da responsabilidade civil do Estado para se evitar desmandos afrontosos aos direitos humanos. A cautela na adoção de políticas públicas ganha relevo para se evitar penalizações. Por consequência, nota-se que, para a garantia dos direitos humanos, é necessária uma força pública, instituída para fruição por todos, sem privilégios mesmo para o Estado e seus agentes públicos. Conferiu-se à sociedade o direito de exigir do Estado a conformidade em sua administração. Como pressuposto da Constituição, tomou-se que conste como assegurada a garantia aos direitos fundamentais, senão ter-se-ia como inexistente, de modo que a responsabilização civil do Estado com imputação de indenização funciona para a garantia da observância dos direitos humanos.

Então fica claro que, no Estado brasileiro, a todos pode ser imputada a violação de direitos, pela causação de danos a outrem, a configurar ato ilícito, inclusive ao próprio Estado. Como se sabe, sem sanção a norma se torna mera recomendação. Nada obstante os direitos humanos possuírem um arcabouço jurídico robusto, que delineia as garantias fundamentais, pode haver violações, sobretudo pelo Estado, que deve ser penalizado, no intuito de desestimular tais práticas e impulsionar evolução. Daí a importância do sistema de responsabilidade civil do Estado com vistas a zelar pelo respeito aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Valdira. Segurança pública e direitos humanos: uma associação possível? *In*: **Universidade Federal do Maranhão**. www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/6_poder-violencia/seguranca-publicas-e-direitos-humanos-uma-associacao-possivel.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana de direitos humanos**, 1969. Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição**, 1787. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html. Acesso em: 26 jun. 2021.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**, 1789. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 26 jun. 2021.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O direito humano à segurança pública e a responsabilidade do estado. **Publica direito**. www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0731460a8a5ce162. Acesso em: 26/06/2021.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes de atos oriundos do poder judiciário. *In*: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz (org.). **Temas avançados do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Há confronto entre direitos humanos e segurança pública? **Jusbrasil**. https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/554147060/ha-confronto-entre-direitos-humanos-e-seguranca-publica. Acesso em: 26 jun. 2021.

OLIVEIRA, Caroline. Chacina: O que se sabe sobre a operação no Jacarezinho que matou 28 pessoas? **Brasil de Fato**. www.brasildefato.com.br/2021/05/10/o-que-se-sabe-sobre-a-operacao-no-jacarezinho-que-matou-28-pessoas. Acesso em: 30 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**, 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 26 jun. 2021.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. A tutela coletiva sob enfoque foucaultiano e o papel das instituições democráticas. *In*: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz (org.). **Temas avançados do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2021.

RODAS, Sérgio. Leviatã à solta: Operação policial que matou 28 no Rio de Janeiro desrespeitou decisões do STF. **Consultor Jurídico**. www.conjur.com.br/2021-mai-07/operacao-policial-matou-25-rio-desrespeitou-decisoes-stf. Acesso em: 30 maio 2021.

RODAS, Sérgio. Fiscalização dificultada: PSB pede que Supremo afaste sigilo de operações policiais no Rio de Janeiro. **Consultor Jurídico**. www.conjur.com.br/2021-mai-28/psb-supremo-afaste-sigilo-operacoes-policiais-rio. Acesso em: 30 maio 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ivanildo Severino da. A efetividade dos direitos sociais fundamentais. **DireitoNet**. www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7167/A-efetividade-dos-direitos-sociais-fundamentais. Acesso em: 30 maio 2021.

TAVEIRA, Christiano *et al.* **Direito constitucional – volume 5**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEPEDINO, Gustavo *et al.* **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil - volume 4**. São Paulo: Forense, 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ. Segurança pública e direitos humanos: um estudo na sociedade democrática brasileira. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume2/1-seguranca-publica-e-direitos-humanos-um-estudo-na-sociedade-2.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

REPRODUÇÃO ASSISTIDA IN VITRO E EUGENISMO CIENTÍFICO: O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Marcelynne Aranha Almeida[13]

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia possibilitou o surgimento e aplicação das técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), concretizando o sonho da maternidade e/ou paternidade para muitos indivíduos que antes encontravam obstáculos na procriação. Concomitantemente, entretanto, o advento da reprodução assistida trouxe inúmeros desafios à reflexão bioética e ao biodireito. Tais desafios compreendem questionamentos acerca do início da vida, dos direitos reprodutivos e da filiação, do direito médico e de um conjunto de práticas que lidam com a dignidade da pessoa humana.

13 Mestranda em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas na Universidade Federal da Paraíba (PPGDH/UFPB). Bolsista CAPES pelo mesmo programa stricto sensu. Pós-graduada em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional pelo IBMEC-SP. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPB.

Os avanços nos métodos de RHA permitiram, ainda, o surgimento do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (DGPI), procedimento que possibilita a seleção dos embriões que virão a ser implantados no útero materno com vistas à escolha dos "melhores" para utilização na reprodução assistida. A avaliação do material genético proporcionada pela técnica trouxe, contudo, indagações éticas e jurídicas acerca das liberdades conferidas ao direito ao planejamento familiar e a possíveis práticas eugênicas.

Dessarte, considerando o surgimento da filiação biotecnológica, o presente artigo traz reflexões sobre o DGPI e o surgimento de um "mercado de embriões", a partir de pesquisa qualitativa, exploratório-explicativa, com levantamento bibliográfico sobre a matéria. Objetiva explorar e descrever o embate ético e jurídico que permeia o direito de filiação, a reprodução assistida *in vitro* e o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional de embriões, e apresentar como o tema vem sendo abordado em termos de regulamentação brasileira, sem, contudo, esgotar a temática. Para tanto, inicialmente aborda alterações no direito de filiação frente a RHA, e sob os olhos do livre planejamento familiar como direito fundamental; para, em seguida, vincular o tema aos direitos humanos e a debates sobre eugenia, e, por fim, identificar a regulamentação do DGPI no Brasil.

1. DIREITO DE FILIAÇÃO EM NOVO CONTEXTO: O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A pós-modernidade consagrou a alteração da estrutura familiar, tanto no âmbito da sociedade conjugal, com o declínio da subordinação da mulher ao marido e aos afazeres domésticos, quanto na filiação. Na atualidade, reconhece-se a filiação com base na afetividade, onde se incluem todos aqueles gerados de forma natural ou mediante emprego de técnicas de engenharia genética ou biotecnologia, desde que pertençam ao núcleo socioafetivo familiar, e independentemente de vínculos biológicos ou do casamento.

Nessa vereda, o desenvolvimento das tecnologias na saúde e das técnicas de Reprodução Humana Assistida permitiram novidades na organização e planejamento familiar, e o surgimento de novas formas de concepção: a homóloga, onde é utilizado o material genético dos

próprios pais, e a heteróloga, em que é recebido material genético de terceiro doador de forma unilateral ou até mesmo bilateral. Havendo que se falar, ainda, no desdobramento em outras modalidades, como cessão temporária de útero e útero artificial, dentre outras inovações da engenharia genética que objetivam a satisfação da maternidade e/ou paternidade, e que igualmente ensejam questionamentos bioéticos. (MALUF; MALUF, 2016, p. 538-539).

Tais novidades atinentes a filiação alteraram sobremaneira a estrutura do direito de família, o qual, mais maleável e com olhar mais humanista e pluralista, também teve que se adaptar aos avanços tecnológicos cada vez mais requeridos pela sociedade. Ao passo que a concepção deixou de ser necessariamente natural, a ciência reclamou ao direito a necessidade de explanar e reconhecer os novos vínculos familiares.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, à frente da sua época e permissiva de interpretações favoráveis à pluralidade familiar, além de instaurar a igualdade entre o homem e a mulher e ampliar o conceito de família, consagrou a igualdade dos filhos havidos dentro ou fora do casamento e adotados, e evidenciou a afetividade como ambiente apropriado ao acolhimento dos novos modelos familiares que têm surgido na pós-modernidade. Ao tempo que sobrelevou a dignidade humana (art. 1º, III), a promoção do bem-estar de todos – sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV) –, a igualdade de todos perante a lei – sem distinções de quaisquer naturezas (art. 5º, *caput*) –, dentre outros direitos e garantias fundamentais, a CRFB/88 reservou capítulo próprio para a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso (Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VII), onde a família é reconhecida como instrumento para o desenvolvimento e formação dos cidadãos e da sociedade como um todo.

Atenta às liberdades individuais, a Carta Maior instituiu o Princípio do Planejamento Familiar, em seu art. 226, § 7º, como direito fundamental, pregando a livre decisão dos casais no exercício da formação familiar. Na mesma toada, o livre planejamento familiar foi regulamentado pela Lei nº 9.263/1996 e reiterado pelo art. 1565, § 2º, do Código Civil brasileiro, assegurando o direito de escolha acerca da procriação e prevendo o dever do Estado de propiciar recursos educacionais e financeiros para o bom exercício do direito.

Norteado pelos princípios constitucionais, a Lei 10.406/2002, o Código Civil, atualizou aspectos essenciais do direito de família – apesar de também ter preservado elementos do Código anterior e, sobretudo no reconhecimento das novas famílias, já ter nascido desatualizado. No que remete a filiação, o CC/02, além de repetir a disposição constitucional de vedação à discriminação entre os filhos, trouxe as presunções de paternidade considerando a influência científica na área, em seu art. 1597, incisos III e V, como forma de reconhecimento das técnicas de RHA para o direito de filiação:

> ART. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
>
> I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
>
> II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
>
> **III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;**
>
> **IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;**
>
> **V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido**. (grifo nosso)

Apesar de repetir a fórmula *pater is est quem nuptiae demonstrant* do Código Civil de 1916 (o casamento como gerador da presunção da paternidade), em evidente resquício da família patriarcal em que vigorava o código anterior, os incisos do dispositivo do CC/02 proporcionaram um novo olhar sobre os novos arranjos familiares e o reconhecimento da filiação biotecnológica.

Diante dos novos arranjos familiares e atenta à filiação socioafetiva, Maria Berenice Dias (2016, p. 630) supera o atraso do CC/02 e destaca que os conceitos de casamento, sexo e procriação não estão mais conexos, e que o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução possibilita

que a concepção não mais decorra exclusivamente da relação sexual: a origem genética não é mais a determinante do vínculo de filiação.

No novo panorama da filiação, aos olhos do direito civil-constitucional, é sobrelevada a afetividade. A ideia de filiação jurídica, pautada no vínculo de presunção pelo matrimônio, encontra-se defasada, e a filiação biológica tem se posicionado cada vez mais como uma espécie do gênero filiação socioafetiva. Fundamentada no melhor interesse da criança e dignidade da pessoa, e partindo da ideia de que sem afeto não há família, a filiação socioafetiva deve ser vista como núcleo que abarca a paternidade e/ou maternidade biológica e não biológica (DIAS, 2016, p. 631-633), ampliando o direito à família e sobrelevando a afetividade em detrimento do gênero do(s) integrante(s) do arranjo familiar e da existência de laços genéticos.

Nesse contexto de atualização das famílias, a adoção de técnicas de RHA por quem deseja realizar o sonho da maternidade e/ou paternidade tem se difundido. A Reprodução Humana Assistida compreende tanto a concepção por forma natural como por auxílio médico com o uso de técnicas que possibilitam (ou facilitam) o encontro do espermatozoide com o óvulo, e, por suas características e motivações próprias, não pode ser confundida como uma modalidade de filiação biológica. Aduzem Oliveira (2010, p. 67-68) e Maluf (2016, p. 538), que a filiação por RHA merece classificação à parte, visto que a mesma resulta de atos de vontade – mais complexos do que a adoção – em que há a intervenção médica para comumente auxiliar pessoas que não conseguem procriar naturalmente. Sobre tal filiação decorrente da biotecnologia, suas técnicas e práticas, há inúmeros questionamentos bioéticos que adentram no mundo jurídico, sendo o mecanismo do Diagnóstico Genético Pré-Implantacional apenas uma das possíveis práticas na reprodução assistida que incorre em embates éticos e que adentram ao livre planejamento familiar e direitos humanos sexuais e reprodutivos.

A RHA pode ser homóloga ou heteróloga, de acordo com o material genético utilizado, e pode ser realizada *in vivo*, *in vitro* ou *post mortem*, de acordo com a técnica e momento de realização – se feito diretamente no corpo da receptora, ou em laboratório, ou se o material genético foi utilizado após a morte do genitor. E, enquanto principais modalidades de RHA, destacam-se a inseminação artificial intrauterina; a fertilização *in*

vitro convencional com transferência intrauterina de embriões; a transferência intratubária de gametas ou de zigoto; e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (MALUF; MALUF, 2016, p. 539-540; SCALQUETTE, 2010, p. 59); existindo, ainda, outras modalidades igualmente em avanço e não menos ensejadoras de discussões bioéticas.

Dentre as citadas modalidades, a fertilização *in vitro* com transferência intrauterina de embriões – FIVETE, ocorrendo em laboratório e lidando com a formação extracorpórea e posterior transferência dos embriões para a cavidade uterina (SCALQUETTE, 2010, p. 71), é alvo de maior polêmica jurídica, tendo em vista que utiliza de embriões formados, os quais seriam prováveis sujeitos de direito[14]. É dentro dessa modalidade, popularmente conhecida como bebê de proveta e procurada mormente por mulheres com problemas nas trompas, endometriose, ovários policísticos e motivos conexos (MALUF; MALUF, 2016, p. 541), que facilmente visualiza-se a adoção da técnica do DGPI, tendo em vista a fecundação estimulada em laboratório e o posterior transplante dos "melhores" embriões do vidro para o útero.

Da brecha para se modificar ou selecionar embriões *in vitro* para posterior introdução uterina, iniciam-se os debates sobre a liberdade dos genitores e os limites do livre planejamento familiar frente à dignidade humana e a possibilidade de eugenismo. Nesse contexto, cumpre mencionar que o princípio do livre planejamento familiar além – e antes – de ter consagração constitucional e infraconstitucional, é considerado direito fundamental pelo seu respaldo como direito humano.

2. DIREITOS HUMANOS E EUGENISMO CIENTÍFICO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos expõe como direito humano, em leitura conjunta de seus arts. XII e XVI, a possibilidade de as pessoas decidirem, sem interferências nas vidas privadas, acerca da formação de suas famílias. Roseli Nomura (2015, p. 67-68) esclarece a liberdade de estruturação familiar como direito de todos definirem,

14 A fecundação in vitro, por sua natureza, lida com a produção de diversos embriões extrauterinos; nem todos serão utilizados, e, por isso, se questiona o uso dos embriões excedentários – aqueles que possivelmente serão descartados ou utilizados com finalidade científica.

> de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas; bem como o direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos; e o direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição ou violência.

Todavia, a perspectiva do livre planejamento familiar pelos direitos humanos sexuais e reprodutivos depreende uma promoção da saúde sexual e reprodutiva à luz de valores éticos de nível internacional, em conformidade com os princípios da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e outras convenções e tratados internacionais (NOMURA, 2015, p. 74), o que limita a percepção de que o "livre" planejamento familiar harmonizaria com seleções meramente discriminatórias.

O direito ao livre planejamento familiar não condiz tão somente com o direito de decisão de procriar ou não procriar (utilizando-se de métodos contraceptivos seguros), mas com a liberdade de escolha reprodutiva, onde incluem-se as tecnologias genéticas. Da escolha pelo método de fertilização *in vitro* e propensa manipulação de embriões extrauterinos, é contrastado o questionamento sobre a existência de direitos do embrião e sobre o conjunto de características e atributos da pessoa humana – onde inicia a proteção jurídica e em que medida os embriões podem ter guarnecido o reconhecimento como sujeitos de direito.

Considerando a evolução biotecnológica e o emprego da Reprodução Humana Assistida, contrasta-se que a reprodução *in vitro* lida com a estimulação da produção de embriões em meio extrauterino, em que frequentemente apenas alguns desses embriões serão utilizados (implantados na cavidade uterina). Assim, quando se fala em embriões extrauterinos, laboratoriais ou *in vitro*, remete-se tanto àqueles remanescentes de uma fertilização na proveta como aqueles que, embora preparados para utilização em uma mulher, ainda não foram implantados – situação pré-implantatória (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 302).

Sem delongar-se em debates sobre o início da vida e direitos da personalidade, por mais que os embriões extrauterinos e os embriões excedentários não se encontrem inseridos na cavidade uterina e que se alegue que não possuem proteção jurídica ou direito à vida tal qual nascituros[15],

15 O termo nascituro (stricto sensu) remete ao ente ainda não nascido, porém já concebi-

a ausência de proteção aos embriões ainda não efetivamente implantados é perigosa, e possibilita a coisificação ou visão dos embriões como mercadorias de seleção e de descarte.

Fazendo ponderações acerca de paradigmas bioéticos, Edison Tetsuzo Namba (2015, p. 36), apesar de argumentar que os embriões extrauterinos e excedentários não possuem direitos, nota que o ser embrionário (sem delimitar qual sua origem) deve ser respeitado como pessoa humana, sendo inviável causar-lhe dano, "como também se lhe devem dispensar, positivamente, a atenção e os cuidados que merece". Nesse contexto, observa-se que mesmo quando dispensada a atenção jurídica aos embriões extrauterinos, ao se deparar com os problemas provenientes da RHA, é visualizada a necessidade de amparo legal para direcionar as condutas relacionadas embriões em vidro, o que leva a perceber que independentemente da teoria acerca do início da personalidade jurídica adotada pelo nascituro ou conceitos acerca da concepção, o embrião *in vitro* requer atenção normativa e condução ética para a atuação médica e para o "livre" planejamento familiar dos que buscam o procedimento.

O Diagnóstico Genético Pré-Implantacional de embriões, enquanto mecanismo utilizado em técnicas de RHA, em um primeiro momento, pode ser visto como um tipo de diagnóstico pré-natal (DPN), ao passo que é bastante utilizado para detectar enfermidades geradas por alterações hereditárias. Contudo, em se tratando de diagnóstico pré-natal, remete-se a adoção de técnicas que incidem sobre o feto, durante a vida intrauterina, com o intuito único de salvar a vida do feto e para que se faça uma terapia gênica a fim de eliminar ou diminuir os efeitos do gene portador de anomalia. Em contraposição ao DGPI, o DPN é voltado tão apenas à cura da enfermidade, sem intuito de eliminação do feto que sofre de anomalia genética (DINIZ, 2014, p. 575-578).

---

do; sobre o início da personalidade jurídica, o art. 2º do CC/02 dispõe que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Numa corrente concepcionista do início da vida, o embrião extrauterino, vez que já ocorrida a fecundação e mistura dos materiais genéticos in vitro, faz questionar se estes não seriam considerados nascituros. Seguindo compreensão, contudo, de que a concepção só ocorre com a implantação na cavidade uterina, o embrião extrauterino guardaria apenas a possibilidade de ter direitos assegurados como nascituro, não gozando do mesmo tratamento que os embriões implantados (GODINHO, 2011, p. 270).

O DGPI corresponde, portanto, a um diagnóstico de fase anterior à implantação de embriões no útero, utilizado na reprodução assistida *in vitro*, em que há teste genético dos embriões fertilizados em laboratório. Por propor o mapeamento genético do embrião para alegadamente buscar alterações cromossômicas e detectar mutações genéticas que podem resultar em doenças, o DGPI traz um paradoxo entre a liberdade dos genitores de selecionar embriões em detrimento de outros e a eugenia.

A prática de qualificar os embriões gera debates éticos e jurídicos, pois, conforme já levantado, indaga-se se o embrião *in vitro* não possuiria qualquer proteção que não o diminuísse ao *status* de coisa e estimulasse um "mercado de embriões". Considerando os propósitos seletivos trazidos pelo DGPI sobretudo quando utilizado para rastreio de doenças ou anomalias genéticas, é muito pouco provável que um casal infértil ou que indivíduo(s) que procure(m) auxílio para fertilização, ou que a própria clínica de reprodução assistida recomende, literalmente, o congelamento ou transferência de um embrião que sabidamente possua um problema genético; verificada a anomalia cromossômica ou genética, muito provavelmente o embrião será colocado para descarte – e isso por si só será uma eugenia (NOMURA, 2015, p. 73).

Segundo expõe Jürgen Habermas (2006, p. 10-11), o termo eugenia traz inicialmente duas linhas de força: a eugenia negativa, a eliminação de humanos com malformações genéticas; e a eugenia positiva, que traz o estímulo a um "aperfeiçoamento humano". Com o advento da biologia molecular, haveria a formação de um denominado "eugenismo científico", onde há influências políticas e uma eugenia centralizada "em regimes democráticos (por exemplo, os EUA ou os países escandinavos) ou totalitários (paradigmaticamente, a Alemanha nacional-socialista)", estimulando políticas de esterilização e de proibição de casamentos. Surge, logo, um eugenismo individual ou liberal, em que se proporciona aos próprios indivíduos a escolha, a determinação da filiação segundo as próprias convicções.

O diagnóstico pré-implantacional, no que tange à dignidade humana, dividiu a população em dois campos: *Pro Life* e *Pro Choice*. Por um lado, espera-se a limitação ao desenvolvimento da engenharia genética em defesa da proteção absoluta do óvulo fecundado, por outro, preza-se pelo direito à autodeterminação da mãe relativamente ao embrião; o que torna

o embate sobre o DGPI parcialmente semelhante ao posto nas discussões sobre o aborto (HABERMAS, 2006, p. 71-72).

Para além das questões sobre proteção à vida e a dignidade humana, a prática do DGPI como instrumento de "melhoramento" genético traz à tona o comprometimento da diversidade humana e os impasses em torno da violação de direitos humanos. O art. 12 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos adotada pela UNESCO, de 2005, ressalta a importância da diversidade cultural e do pluralismo e aduz que tais não devem ser invocados para violar a dignidade humana, os direitos humanos e liberdades fundamentais. Somado ao instrumento, diversos dispositivos internacionais de direitos humanos, voltados a eliminação da discriminação racial e de gênero, e de inclusão de pessoas com deficiência, podem ser utilizados para fundamentar a existência de um eugenismo científico na livre seleção dos "melhores" embriões pelos genitores.

No DGPI, a eugenia poderia ser visualizada não só quando da seleção de embriões com base na escolha por filhos sem deficiências ou doenças, mas também quando em prol do tratamento de outro filho (pelo denominado sistema HLA)[16]. Em todos os casos, há que se notar a abertura de portas para o uso da técnica para determinar outras características sem fins médicos ou terapêuticos.

Argumenta Maria Helena Diniz (2014, p. 710-711) que o avanço da fertilização *in vitro* trouxe a possibilidade do uso de técnicas para criação de pessoas programadas "ou obtenção de embrião geneticamente superior ou com caracteres genéticos predeterminados", a exemplo da seleção de sexo ou aperfeiçoamento de dada raça. Para a mesma autora, em louvável colocação, toda seleção, qualificável como eugenésica ou não, contraria a

16 Trata-se de modalidade do DGPI voltada à tipagem do sistema HLA (human leukocyte antigen) do embrião, onde se almeja a seleção de embriões compatíveis com algum filho ou filha do casal que precise do transplante de células-tronco ou de órgãos para tratamento. É uma modalidade em que se faz uma dupla seleção de embriões in vitro, para que os que venham a ser implantados sejam saudáveis e histocompatíveis com o irmão enfermo, oferecendo maior chance de tratamento ao mesmo. Em casos como esse, denomina-se savior sibling, o irmão ou irmã salvadora, proveniente do embrião in vitro selecionado para gestação. A possibilidade dessa seleção embrionária tornou-se conhecida sobretudo com a produção e divulgação do filme estadunidense "Uma Prova de Amor" (My Sister's Keeper), de 2009, baseado no primeiro caso de emprego de DGPI para embriões HLA-compatíveis. (ALMEIDA, 2018, p. 37-38).

natureza ética da procriação, e o DGPI teria vindo como artifício para que pessoas economicamente privilegiadas e propensas a arcar com os altos custos da reprodução assistida pudessem ter uma prole "melhor" – mas o que seria melhor?

Um dos pontos levantados pela utilização do diagnóstico de pré-implantação é no que tange à discriminação aos deficientes. A tecnologia de seleção trazida pelo DGPI traz embate moral sobre a inclusão de pessoas com deficiência em uma sociedade em que está sendo promovida a seleção de embriões para impedir o nascimento de deficientes – mais um resultado da eugenia na sua vertente de discriminação e desvalorização de um grupo da sociedade, posto que o DGPI induz a uma interpretação dos deficientes como "piores".

Sob determinado ponto de vista, os avanços biotecnológicos na diagnose pré-implantacional promovem a discriminação, posta a possibilidade de mapeamento e distinção por determinadas características, "superiores"; por outro lado, argumenta-se que o DGPI refletiria nada mais que uma preocupação dos pais e mães com o planejamento familiar e busca por conforto e resguardo de sofrimento humano, numa aderência à técnica sem motivação discriminatória:

> Os futuros pais têm um forte interesse em ter filhos que viverão tanto quanto possível sem problemas de saúde ou diminuição de capacidades, uma vez que eles e as outras crianças da família arcarão com o fardo financeiro e emocional de criar a criança em questão. Eles podem estar preocupados que a vida da criança seja difícil e envolva dor, numerosos procedimentos médicos, deficiências físicas ou mentais graves e, quando a deficiência ameaça a autonomia da criança, com a possibilidade de que cuidados adequados não estarão disponíveis depois da morte dos pais. Desejar evitar esta situação não implica que os pais, ou a sociedade que permite que os pais façam a escolha de evitá-la, não respeitem as pessoas com deficiência ou incentivem a discriminação contra elas. (KNOPPERS; BORDET; ISASI, 2006, p. 209, tradução nossa).

Abordando especificamente o DGPI, Habermas (2006, p. 26) considera que, inicialmente, o procedimento "deve ser considerado por si só

como moralmente admissível ou juridicamente aceitável, se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão". A par dos pensamentos considerados bioconservadores do filósofo, e sem se aprofundar nos discursos de contraposição ao mesmo, entende-se que o paradoxo e as limitações entre as ditas eugenia negativa e eugenia positiva tem viabilizado um discurso de eugenismo científico que responde a uma demanda de mercado que transforma e estabelece preferências individuais (FELDHAUS, 2005, p. 317).

Dessas considerações, e tendo em vista a difusão das técnicas de reprodução assistida e fertilização *in vitro*, e embates entre os direitos que incorrem aos pais e mães e suposta proteção aos embriões, à luz dos direitos humanos, a finalidade do diagnóstico genético pré-implantacional deve ser muito bem delimitada, em constante reflexão sobre os limites e proporções discriminatórias em face a um "aperfeiçoamento genético".

3. O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL NO BRASIL

No Brasil, não há legislação específica para o uso do DGPI e de técnicas de reprodução assistida, ficando a par de resoluções (atos administrativos) do Conselho Federal de Medicina a tratativa da matéria com regras para a RHA no país. Em termos de viabilidade de práticas de engenharia genética que permitam a introdução de novos genes para "aperfeiçoamento humano", com consequente modificação genética, a Lei de Biossegurança, nº 11.105/2005, prevê expressamente em seu art. 6º, II e III, a proibição de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; com previsão, em seu art. 25, de pena de reclusão de um a quatro anos, e multa, pelo citado crime.

Deduz-se que a disposição da Lei proíbe, portanto, a alteração genética com eliminação de genes e introdução de novos, à escolha do profissional, para fertilização *in vitro* e posterior implantação no útero. A modificação de embriões, assim, é proibida por lei. A seleção de embriões, contudo, não é proibida, mas é norteada por Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Desse modo, o DGPI funciona como procedimento de seleção de embriões, em que ocorre o mapeamento genético com finalidade de identificar os genes e suas funções, como rastreio da "qualidade" dos embriões produzidos antes da transferência para o útero materno.

Em 15 de junho de 2021, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 2.294/2021 referente a novas normas éticas para a utilização das técnicas de RHA, em atualização frequente das regras, que têm sido promovidas pelo órgão desde 2010[17]. A Resolução em vigor, acerca do DGPI, dispõe:

> VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES
>
> 1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s), devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido específico. **No laudo da avaliação genética, só é permitido informar se o embrião é masculino ou feminino em casos de doenças ligadas ao sexo ou de aneuploidias de cromossomos sexuais**.
>
> 2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.
>
> 3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias. (grifo nosso)

Apesar de ser norteado desde a Resolução do CFM nº 1.358/1992 como procedimento que só deve ser utilizado para detectar doenças ge-

17 O CFM adotou normas éticas para utilização das técnicas de RHA em 1992, pela Res. nº 1.358/92, havendo vigência dessa por 18 anos, quando, em janeiro de 2011 foi publicada a Res. nº 1.957/10. Desde então, o órgão tem atualizado as normas sobre RHA frequentemente, com lapso de aproximadamente 2 a 4 anos (ALMEIDA, 2018, p. 27-28).

néticas, a disposição sobre o DGPI só passou a expressamente limitar o que deve constar no laudo de avaliação genética dos embriões nesta última resolução, de junho de 2021, tratando da informação sobre o sexo do embrião[18]. Ademais, a Resolução da CFM, enquanto norma própria para lidar com a conduta ética do profissional da RHA, não especificou quais as doenças genéticas que são passíveis de descarte da implantação, em brecha que pode vir a ser perigosa para a livre escolha do(s) paciente(s).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, de maio de 2008, a qual tratou da constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e pesquisas com células-tronco embrionárias, o Ministro Menezes Direito abordou – de forma extensiva ao caminho das discussões – sobre o DGPI, indagando sobre os limites do procedimento e sobre a possibilidade de se selecionarem embriões em detrimento de outros, a exemplo, "como se os portadores de Síndrome de Down não tivessem o direito de viver" (BRASIL, 2008, p. 263).

De fato, apesar do aludido procedimento possibilitar que os pais e mães não sofram demasiadamente pela perda precoce ou pelos problemas de saúde dos filhos ou filhas nascidos com grave doença genética, à luz do livre planejamento familiar, a adoção de técnicas de DGPI mostram-se relevantes. Em contraponto, há que se reconhecer que a falta de definição precisa de doenças que são passíveis de seleção, bem como a lacuna em termos de regras detalhadas para o procedimento, para além de debates sobre um suposto direito à vida aos embriões, revelam um imbróglio de ordem ética e moral sobre discriminação e eugenia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que as técnicas de RHA têm sido cada vez mais apresentadas como instrumentos em prol do direito de filiação e de exercício do livre planejamento familiar. Ao passo que trouxe novas e otimizadas vertentes ao direito de família, também originou diversos embates éticos e jurídicos de alta complexidade, que atingem sobremaneira a matéria dos direitos humanos.

18 As Resoluções do CFM anteriores, contudo, previam como princípios gerais das técnicas de RHA a vedação a finalidade de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto se para evitar doenças no mesmo (ALMEIDA, 2018, p. 31).

As novas modalidades de filiação trazidas pela reprodução assistida transcendem a esfera privada e reclamam um olhar multidisciplinar da sociedade, sendo necessária uma sistematização específica para melhor tratar as diversas questões em aberto trazidas com o emprego de técnicas cada vez mais inovadoras. Quando tratando do DGPI, com vistas a possibilidade de mapeamento genético de embriões, o tema exige atenção redobrada, para que não implique em estímulo a um "mercado de embriões" onde, ao mesmo tempo que é proporcionada liberdade e autonomia para a organização familiar, ocorra a busca incessante de determinadas características e de dado fenótipo humano sob pretexto de um "aperfeiçoamento" que acoberta discriminações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M.A. **Direito à filiação e Reprodução Humana Assistida no Brasil:** o diagnóstico genético pré-implantacional de embriões e as *wrongful actions*. 2018. 87f. Monografia (Bacharelado) – Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita -PB, 2018.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. Lei de Biossegurança. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 23 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.294**. Publicado em 15 de junho de 2021. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 23 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão e votos da ADI 3510**. 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/pagina-

dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 20 de junho de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FELDHAUS, Charles. **O Futuro da Natureza Humana de Jürgen Habermas:** Um comentário. Revista Internacional de Filosofia da Moral, Florianópolis, v. 4, n. 3, p. 309-319, 2005. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/20241/18613. Acesso em: 16 jun. 2021

GODINHO, Adriano Marteleto. "Constitucionalidade da Lei de Biossegurança: a inviolabilidade do direito à vida e as pesquisas com células-tronco embrionárias". **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, n. 17. Belo Horizonte: IAMG, 2011, p. 265-282.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana:** a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Maria Benedita Bettencourt. Coimbra: Almedina, 2006.

MALUF, Adriana Caldas do R. F. D.; MALUF, Carlos Alberto D. **Curso de Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NOMURA, Roseli Mieko Yanamoto. Reprodução Humana: Reprodução Assistida, Fertilização in vitro, Inseminação Artificial, Direitos Reprodutivos. In: GIMENES, A. C. et al. (Orgs.). **Dilemas acerca da vida humana:** interfaces entre a bioética e o biodireito. São Paulo: Editora Atheneu, 2015. cap. 6. p. 67-75.

OLIVEIRA, Adriano Saldanha Gomes de. **Direito Internacional Privado e Direito à Filiação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. 2005. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=17>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANÁLISE JURÍDICA DO POLIAMORISMO E A POSSIBILIDADE DO SEU RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR

Amandah Kálita do Nascimento Cirqueira[19]
Márcia Rosana Ribeiro Cavalcante[20]

INTRODUÇÃO

As diversidades dos novos formatos de família, atualmente, se tornaram mais aceitáveis, e vêm ganhando mais força, fazendo com que a visão da família tradicional seja revisitada e relida, com o Judiciário sendo instado a decidir sobre os direitos destes novos conceitos. Elas buscam a legitimação da parceria civil, como um direito básico que é assegurado pela Constituição de 1988. Atualmente, já é permitida a união homoafetiva. Com essa mudança entende-se que o mesmo pode acontecer com o poliamor. Todavia, a temática é cravejada de preconceitos sociais e críticas quando o assunto é sobre a união de parceiros poliafetivos.

Em sua maior parte, alega-se que o poliamorismo vai contra o objetivo da Constituição, mas também a fatores como a proteção da família que deveria ser para todos, e que a proibição dessa união vai contra vários princípios. Neste sentido, pergunta-se: considerando as bases principioló-

19 Bacharela em Direito pela Escola Superior Associada de Goiânia (ESUP).

20 Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em Direito agrário pela Universidade Federal de Goiás. Professora Universitária.

gicas e normativas do ordenamento jurídico brasileiro, a família poliafetiva deve ser reconhecida e legalizada no Brasil?

Destaca-se que o objetivo do presente trabalho é expor e analisar os argumentos jurídicos contrários e favoráveis à união poliafetiva, investigando se essa entidade familiar deveria ser reconhecida e normatizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, o estudo tem como intuito demonstrar a dificuldade do Direito, em tutelar e reconhecer o poliamor, para além da monogamia, sob uma perspectiva de amor e afeto.

1 POLIAMOR

O poliamor é uma prática que ocorre há vários anos, mais especificamente desde a monarquia. No entanto, somente em 1990 foi reconhecida como uma relação de fato, devido aos movimentos feministas que incentivaram esse reconhecimento, e muitos outros movimentos que defendiam a liberdade sexual. Todos estes fatos impulsionaram o surgimento do poliamor, sendo essas mobilizações a fonte dos ideais dos quais defendemos até hoje, sendo o afeto, o carinho e atenção em que uma família é formada (AZEVEDO, 2018).

Danielle Cunha traz a conceituação de poliamor e mostra que essa relação tem que haver consentimento e conhecimento de todos os envolvidos, pois, não é somente um envolvimento carnal, mas sim emocional, tendo o fim de constituírem sociedade familiar.

> Morfologicamente, a palavra em estudo surgiu na língua inglesa, onde Poly, significa muitos e mory, representa amor. Sendo assim, polyamory representa muitos amores ou poliamor. Conceitua o poliamor como sendo o amor romântico que envolve mais de duas pessoas, o qual é marcado pela honestidade e ética, além do consentimento e conhecimento de todos os envolvidos, concluindo que nas relações poliamorosas, têm como pressuposto, a real honestidade entre os envolvidos, no decorrer de todo o relacionamento, o qual tem por objetivo principal admitir uma pluralidade de sentimentos, que vão além de mero relacionamento sexual, onde os praticantes do poliamor asseveram que há um vínculo afe-

> tivo sério e estável entre os envolvidos. (CUNHA, 2016, apud, SANTIAGO, 2015, P. 137-138).

A poliafetividade tem um perfil exclusivo, com espécies próprias e características particulares, como a necessidade da coletividade de pessoas, e, Martinez (2018) as elenca, sendo elas: a personalidade, estabilidade e a representatividade, por ser um grupo que requer uma espécie de liderança para que os represente no dia a dia.

Há, também, a disposição de vontade, por ser uma relação consentida; a mútua assistência; dependência econômica; igualdade de direitos; responsabilidade jurídica, pois respondem solidariamente; o interesse familiar e a parentalidade, sendo essa convivência distinta da tradicional, que seria, por exemplo, dois irmãos vivendo juntos.

O poliamorismo por não ter uma disciplina legal é informal, mas o patrimônio adquirido durante a relação deve pertencer a todos igualmente. Outra característica exposta pelo referido autor, é a interação íntima, e apesar do que muitos pensam, não é uma relação de bigamia ou traição, mas sim do amor e atração entre mais de duas pessoas, prezando, até mesmo, pela fidelidade, pois acompanhado do afeto tem que haver estabilidade, sendo este um dos requisitos que mais diferencia o poliafetividade de outras relações coletivas, porque se trata de se relacionar apenas com quem faz parte de uma determinada entidade familiar (AZEVEDO, 2018).

Os poliamoristas prezam, também, pela transparência, pois, possuem acordos próprios, por conseguinte, se divide em algumas espécies, como explana Viegas, que enfatiza, ainda, a diferença do poliamor e da poliafetividade, pois esse é o gênero enquanto, o último é uma espécie, os conceituando como:

> O Poliamor, nesse estudo, é compreendido como sendo um relacionamento não monogâmico, em que três ou mais pessoas convivem amorosamente, de forma simultânea, com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, tendo por base a lealdade, a honestidade, o amor e a ética (a boa-fé-objetiva). A poliafetividade, por sua vez, decorre do poliamor qualificado pelo objetivo de constituir família, ou seja, relaciona-se com a entidade familiar formada de três ou mais pessoas, que manifestam livremente a sua vontade de cons-

> tituir família, partilhando objetivos comuns, fundada na afetividade, boa-fé e solidariedade. (VIEGAS, 2017, P. 161).

Desse forma, se torna claro que não é toda relação de poliamor que é poliafetiva, por não ter o objetivo de constituir família, não podendo ser confundidos, justamente porque o poliamor não tem esse mesmo objetivo, já que visa realmente uma relação mais aberta, logo, não precisa, obrigatoriamente dos efeitos derivados da união estável, enquanto a poliafetividade por ter esse intuito envolve efeitos jurídicos resultantes dessa formação familiar.

1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS

A reforma do Código Civil de 1916 para o de 2002, retirou e introduziu diversas mudanças legislativas, conforme os princípios e normas constitucionais, se adaptando na proporção do progresso da sociedade, tornando o direito de família mais atualizado e mais amplo (GONÇALVES, 2012).

De acordo com Tartuce (2019) o Direito de Família deve ser apreciado sob o prisma da Carta Magna de 1988. Portanto, deve-se considerar o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade e da afetividade, sendo esses princípios essenciais para analisar cada entidade familiar.

A dignidade da pessoa humana é a razão de ser de todo o ordenamento jurídico, podendo ser observado com exatidão na CF/88, nos princípios fundamentais, logo ao art. 1, inc. III, confirmando ser ela o núcleo da tutela jurídica pátria, direcionando toda a interpretação e compreensão da lei maior; além do fato de trazer o texto constitucional, no título seguinte, os direitos e garantias fundamentais, reforçando o compromisso com sua máxima efetividade.

Se baseando na filosofia de Kant, Silva (1998, p. 90–93), apresenta dois conceitos que se complementam para definir a dignidade da pessoa humana, o de pessoa que seria "todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores", e a dignidade é algo "superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente".

Notadamente, não há um conceito que cinja de maneira satisfatória o que venha a ser tal princípio, embora hodiernamente se refira a ele como o mínimo existencial requerido para a existência condigna à natureza humana, seja sob a ótica física, espiritual, intelectual, social ou moral, como exemplifica Silva (1998), abrangendo não somente o caráter prestacional estatal, mas também seu dever abstencionista, em um ponto intermediário de equilíbrio.

O princípio da dignidade da pessoa humana, além de ser um aspecto de suma importância da Carta Política, é também base para outros princípios, como igualdade, visto que a dignidade é assegurada a todos os seres humanos providos de razão e consciência, e esse fator comum gera um respeito, dever e direito recíproco entre as pessoas, sendo, portanto, vedadas quaisquer espécies de discriminação, e perceptivelmente intrínseco a liberdade, pois, a dignidade possibilita o ser humano de sonhar, de ter sua própria opinião e poder fazer suas escolhas (VIEGAS, 2017).

O Código Civil de 2002 deixa o princípio da liberdade evidente em seu artigo 1.513 quando diz "é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família", e em seu artigo 1.565, o qual permite livre planejamento familiar e veda qualquer forma de coerção.

Portanto, o dever do Estado é apenas proporcionar todos os meios para ser assegurado os direitos das famílias, pois, como expõe Lôbo (2008), se trata de questões particulares, os quais só afetam a vida privada do indivíduo, não tendo nenhuma repercussão de interesse geral, e a liberdade permite que sejam criados e reinventados arranjos familiares.

Enquanto a igualdade está expressa na Lei Maior em seu artigo 5º, quando diz que "todos são iguais perante a lei", e em seu artigo 226, diz que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Impende ressaltar que o parágrafo 5º, reforça que entre o homem e a mulher tem que haver igualdade no que diz respeito aos direitos e deveres da sociedade conjugal.

Seguindo o preceito constitucional, o Direito de Família aplica o princípio da igualdade em suas relações familiares, considerando que cada uma tem suas particularidades, pois, a Magna-Carta não restringe a estrutura de família que o Estado deve proteger, ela simplesmente tutela e protege a família (LÔBO, 2008).

Já que o Estado tem o dever de assegurar os direitos humanos e a dignidade deve ser proporcionada segundo a circunstância em que a vida de determinado ser humano se encontra, é evidente que quando se tratar de relação familiar o referido princípio deve considerar todos os envolvidos, e, como explana Gonçalves (2012, p. 364) "o direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito", concluindo assim, que a dignidade da pessoa humana está presente de forma profunda no direito de família, pois, ele deve estar presente em cada forma de entidade familiar.

Inclusive, deve ser aplicada na poliafetividade, pois, deve ser respeitada a individualidade de cada ser humano presente naquela relação, apreciando a igualdade e a liberdade que cada um tem, mas, além disso, deve-se observar que o Estado por ter o dever de proteger esse princípio não deveria se abster de ações que são contrárias a dignidade, sendo sua obrigação proporcionar as condições necessárias para poderem ter respeitada sua dignidade.

Vivenciamos uma mudança constante, principalmente no direito de família, e a dignidade é um norte em meio a toda essa diversificação e transição que constantemente passamos, devendo o Estado se basear nela para proporcionar e garantir que as pessoas tenham dignidade e não a vendo apenas como uma barreira para seus atos.

Quanto ao princípio da afetividade, elucida Lôbo que se encontra implícito nos seguintes artigos da Carta Magna, estando intrinsecamente ligado à liberdade, igualdade e dignidade.

> a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6.º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5.º e 6.º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4.º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227). (LÔBO, 2008, P. 144).

Mostrando, assim, o quanto o afeto está envolvido na família, pois, a origem biológica nesse caso não é prioridade, mas sim a convivência familiar, os sentimentos e o amor.

Segundo Calderon (2017, p. 143), citando Pereira, o conceito de afeto "é o que diz respeito aos sentimentos, às emoções, aos estados de alma e, sobretudo, ao amor. Espinosa diz que somos construídos por nossos afetos e pelos laços que nos unem a outros seres".

Ainda sobre o afeto, Calderon complementa e reafirma a evolução do direito de família e o quanto a afetividade se tornou fator imprescindível nas relações familiares, conforme exposto abaixo:

> Desde que a família deixou de ser, preponderantemente, um núcleo econômico e de reprodução, e as uniões conjugais passaram a se constituir, principalmente em razão do amor, a família tornou-se menos hierarquizada e menos patrimonializada. O afeto, tornou-se, então, um valor jurídico e passou a ser o grande vetor e catalisador de toda a organização jurídica da família. [...] tornando-se o princípio da afetividade o balizador de todas as relações jurídicas da família (CALDERON, 2017, P. 143).

Conclui-se, portanto, que tanto no Código Civil quanto na Constituição, o princípio da afetividade tem tamanha relevância e que, atualmente, juridicamente, o afeto é valorado em qualquer situação que tenha aspecto familiar, sendo a base de uma família o afeto e o amor.

1.2 UNIÃO ESTÁVEL DAS RELAÇÕES POLIAFETIVAS E SUA REPERCUSSÃO JURÍDICA

A relação jurídica da família na sociedade, atingiu agora uma dimensão que há alguns anos não seria cogitada, por exemplo, o Código Civil de 1916, que restringia o conceito de família de uma forma que impossibilitava a existência de outros modelos de relações, não permitindo que houvesse evolução, e o direito que deve ser para todos não estava atingindo uma grande parcela da população, como tem sido a muitos anos.

Nesse sentido, Dresch apud Alves (2016, p. 5) diz que "até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois, o Código Civil de 1916 somente conferira o status familiar àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio".

No entanto, quando foi criado o Código Civil de 2002, ocorreu uma grande mudança, ele trouxe muitas possibilidades, permitindo, que o direito de família evolua um pouco mais, como o reconhecimento do concubinato como união familiar. Então, uma das mudanças que o CC/02 trouxe foi, um capítulo exclusivo para a união estável, sendo este um tópico de extrema relevância para a poliafetividade, pois, o artigo 1.723 do CC de 2002 diz "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

Enquanto o artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988 diz "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Ou seja, nenhuma dessas cláusulas prevê proibição, nem mesmo menciona a união de duas ou mais pessoas na relação, porém, o artigo 1.723 do CC/02 estipula a condição necessária para o reconhecimento da união estável, e ela não impede que três pessoas possa constituir uma família, pois, se tiverem uma convivência contínua, pública e duradoura não há razão para serem impedidos de realizar a união. Portanto, não há nenhum argumento realmente válido, em termos constitucionais e civis, para contestar a possibilidade da união poliafetiva.

Em relação à discussão do poliamor, os argumentos utilizados, já foram discutidos, debatidos e até mesmo decididos, no entanto, relacionado a parceria homoafetiva.

Na decisão da Suprema Corte referente a ADI 4277, sendo essa uma ação em que se buscava a aceitação da união dos casais homossexuais, a argumentação do Ministro Ayres Brito abarca justamente a situação da qual está sendo exposta aqui, pois, ele fala sobre a discriminação e como isso vai contra o artigo 3º da Carta Magna, ademais a proibição de tais relacionamentos violariam além da legislação, princípios constitucionais tão importantes como a intimidade e a privacidade que envolve a sexualidade humana, além de violar o direito a igualdade, e isso vai muito além de uma preferência sexual ou de quantas pessoas há na relação, se enquadra perfeitamente na autonomia de vontade.

A decisão de reconhecer a união homossexual tornou, ainda, os argumentos de inconstitucionalidade fracos, pois, como apresentado anteriormente o artigo 226 da CF/88 não traz um rol taxativo, ou diz ser proibido famílias com novas estruturas, abrindo assim um leque de possibilidades acerca do tema (AZEVEDO, 2018).

Tornando-se claro, que a união de poliafetiva, bem como a homoafetiva não é inconstitucional, logo, o poliamor é de fato uma entidade familiar, e deve ser tutelada pelo estado, devendo ser acolhida e não rejeitada por ele.

No Brasil, a primeira relação poliafetiva foi materializada através de uma escritura pública, isso ocorreu na cidade de Tupã, interior de São Paulo, em 2012. No entanto, essa escritura foi vista de forma negativa, sendo considerada uma ofensa a moral e aos bons costumes, desencadeando, assim, um pedido de providência, onde o CNJ decidiu proibir os cartórios de registrar a união poliafetiva (HAAS, 2021).

Todavia, a escritura pública seria uma consequência da natureza familiar da poliafetividade, pois, como apresentado, é fundada em convivência pública, duradoura, contínua e tem o objetivo de criar uma família, e, igualmente a qualquer entidade familiar, eles querem uma segurança jurídica para as partes da relação, que consequentemente seria a escritura.

1.3 DECISÃO DO CNJ NO PROCESSO Nº 001459-08.2016.2.00.0000

A posição do CNJ, perante o Pedido de Providência nº 0001459-08.2016.2.00.0000, formulado pela Associação de Direito da Família e das Sucessões em desfavor do 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente (SP) e do Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (SP), foi para proibir os cartórios de registrar união estável poliafetiva.

O entendimento que prevaleceu foi o do Relator do processo, no entanto, houve divergências. O Relator Noronha defende que "o objetivo da CF/88 seria proteger a família legalmente constituída", e argumenta, ainda, que "todos os quadrantes da vida nacional foram regulamentados rigidamente no sentido de se preservar a monogamia. É a cultura de um povo predominantemente cristão", enquanto o Conselheiro Luciano Fro-

ta argumenta que o "Art. 226 da CF não aponta um rol taxativo para as entidades familiares" e defende que a "Proteção da família, direcionando o amparo para as pessoas que a integram, e não para as formas e estruturas tradicionais".

Destarte, o fundamento que prevaleceu parece mais um comportamento de pessoas conservadoras demais, para admitir a ausência de quaisquer normas jurídicas que proíba as relações poliafetivas, indo contra diversos princípios.

A carta constitucional, permitiu novos formatos de família, pela união estável, baseando-se na dignidade da pessoa humana, como expõe o art. 226, § 3º, pois, não proíbe outras modalidades de família ou limita a uma única modalidade, logo, a visão da união de família fica mais ampla, podendo abordar o poliamor.

Nesse mesmo sentido Azevedo diz:

> A exclusão das outras entidades familiares por não estarem previstas no rol do art. 226 da Constituição Federal não decorre da interpretação literal do artigo, mas tão somente de uma interpretação restritiva e preconceituosa da Constituição. [...], pois essa forma de interpretação colidiria diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por não ser possível qualquer descriminação à qualquer espécie familiar disponível à opção afetiva de cada cidadão (AZEVEDO, 2018, P. 169).

Houve argumentos injustos, como dizerem ser uma questão ainda recente e pouco discutida, argumento utilizado por Noronha, que disse:

> Retomando a percepção de família como fenômeno sociocultural e a noção de que as formas familiares reconhecidas no Brasil são aquelas que estão incorporadas aos costumes ou à vivência do brasileiro, torna-se importante analisar a aceitação social do "poliafeto". Apesar da inexistência de dados estatísticos, observa-se que a ausência de provocação judicial, os raríssimos casos de lavratura de escritura pública, os incipientes debates e o fato de o comportamento ser bastante recente indicam que a questão ainda é embrionária e possui pouquíssimos adeptos. Acrescente-se a isso a falta de amadurecimento acerca das implicações e consequências

> advindas da relação "poliamorosa", para que então se conclua que os pouquíssimos casos existentes no país não são aptos a demonstrar mudança do pensamento social e levar ao reconhecimento de entidade familiar (NORONHA, 2018, P. 9).

Ocorre que se chegou tal problemática no judiciário, o dever não seria regulamentar? Já que no artigo 5º da Constituição diz que "todos são iguais perante a lei". Não é possível ver onde se enquadra o direito a igualdade, visto que não foi utilizado.

Ademais, a notícia publicada pelo IBDFAM, a qual apresenta uma pesquisa feita pela bacharela em Direito Jéssica Sousa, membro da Comissão de Pesquisas Científicas e Jurisprudências da seção Distrito Federal do Instituto Brasileiro de Direito de Família, que traça o perfil dos poliamoristas, mostra que:

> 80,7% dos entrevistados entendem que o número de pessoas que se identificam com o poliamor está aumentando, seja pela disseminação e debate do tema nas mídias sociais ou por entenderem que, hoje, exista uma possibilidade real de viverem o poliamor, o que antes parecia impossível (IDBFAM, 2020).

Dessa forma, o poliamor não é mais tão raro, e a cada dia se torna mais comum. O que se deve compreender é que a justiça, o direito, não existe para fazer a vontade da maioria e sim para regulamentar as problemáticas que surgirem na sociedade. Nesse sentido Carigé (2019, p. 03) diz "Mesmo que se conclua ao final do processo pela impossibilidade do reconhecimento, não se pode, em absoluto, presumir a inexistência dos efeitos jurídicos que a vida em conjunto traria em relação às partes".

Por fim, a pergunta que se faz perante a tudo o que foi dito é, até que ponto o Estado pode interferir na vida privada de uma pessoa, no amor e no desejo que elas sentem? Essa foi justamente a pergunta que a apresentadora do programa Amor & Sexo fez para o advogado Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

> A apresentadora Fernanda Lima questionou: "Até que ponto o estado pode legislar sobre o amor e o desejo?". Rodrigo disse que

> essa é a grande questão: qual é o limite da intervenção do Estado na vida privada das pessoas? "Nós, do IBDFAM, entendemos que o Estado não deve interferir, afinal de contas essas relações, quer a gente goste ou não, vão existir. E, se não se puder fazer uma escritura pública, por exemplo, pode-se fazer um contrato particular, terá os mesmos efeitos. Portanto, o estado não deveria intervir e a tendência é que seja cada vez menor essa intervenção", salientou. (IDBFAM, 2018).

Essa é uma resposta pequena e simples, mas que engloba tudo o que foi mencionado aqui, pois as pessoas aprovando ou não, existem diferentes entidades familiares e estas estão conseguindo seu lugar no meio jurídico.

1.4 DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1045273

O Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao recurso extraordinário de nº 1.045.273 interposto pelo companheiro do falecido, prevalecendo a decisão do relator ministro Alexandre de Moraes. Esse caso se trata de rateio da pensão por morte de um homem que teve a união estável reconhecida judicialmente com uma mulher, com a qual tinha um filho, e, que de forma simultânea, mantinha uma relação homoafetiva que perdurou por 12 anos.

Essa decisão, nos traz diversos questionamentos, em diversas áreas, no entanto, o intuito aqui, é mostrar as decisões do judiciário perante a pluralidade dos novos formatos de família, e em como elas são justificadas, expondo, assim, a dificuldade do poliamor, das famílias simultâneas e de outras, em alcançar seu reconhecimento e seus direitos, pois, as decisões, ainda, são inegavelmente conservadoras.

Primeiramente, vale destacar o fundamento utilizado pelo relator ministro Moraes em seu voto no Recurso Extraordinário n. 1.045.273 que diz:

> [...] subsiste em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fideli-

> dade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). Quanto aos companheiros, é lhes exigida a lealdade (art. 1.724 do Código Civil).
>
> O Tribunal de Justiça Estadual negou a pretensão do requerente, ante a existência do princípio da monogamia, que seria incompatível com o deferimento de status jurídico a duas uniões estáveis, de maneira que essa relação deve ser enquadrada juridicamente fora da seara do direito de família, nos termos da legislação infraconstitucional (STF - Recurso Extraordinário nº 1045273/SE, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 04/05/2017, DJe 09/05/2017).

Seguindo o mesmo entendimento, os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Nunes Marques e Luiz Fux, que acompanharam o voto do relator no recurso retromencionado, negando provimento ao rateio de pensão previdenciária. Entretanto, houve votos divergentes, como os dos ministros, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e pôr fim do ministro Fachin, que fez as seguintes observações:

> [...] O cônjuge, o companheiro e a companheira são definidos como beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado, nos termos do art. 16, I, da Lei nº. 8.213/1991. [...] Pondera-se, portanto, a respeito da possibilidade de atribuir efeitos jurídicos póstumos às famílias simultâneas na presença de boa-fé. Circunscrevo o voto em torno do estreito campo previdenciário. [...] Desse modo, uma vez não comprovado que ambos os companheiros concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de má-fé [...] deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes (STF - Recurso Extraordinário nº 1045273/SE, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 04/05/2017, DJe 09/05/2017).

Portanto, enquanto uma defendia os direitos dos envolvidos, a outra defendia a monogamia na relação, e mesmo que a lei recrimine a infideli-

dade, isso não seria o suficiente para afastar a dignidade da pessoa humana que é o bastante para que o indivíduo seja autônomo em suas decisões e possa constituir uma família diferente da tradicional.

Conforme expõe Camelo (2019, P. 123), a monogamia não pode ser sustentada como um princípio jurídico "por não poder ser considerada um 'dever ser' imposto pelo Estado a todas as relações familiares", já que é atualmente valorizada a privacidade, a liberdade e a garantia de constituir uma família plural, afetiva e democrática, impossibilitando, assim, que a monogamia seja vista como um princípio estruturante, caso contrário, estaria limitando e indo contra a dignidade da pessoa humana, fazendo com que haja um retrocesso, embora, esse seja culturalmente, o modelo enraizado na nossa sociedade (CAMELO, 2019).

Portando, a monogamia já se tornou algo do passado, e a fidelidade prevista no código civil, se trata de um valor que deve ser compartilhado pelos parceiros com respeito, dignidade e boa-fé, sendo assim uma opção, e não algo imposto que iria contra a liberdade e a não intervenção estatal na família, bem como a dignidade e a afetividade.

Ademais, decisões como essa, segundo o presidente nacional do IDBFAM, Pereira (2020, P. 1), é como se dissesse "essas famílias existem, mas não se pode dizer que existem. Afinal, elas afrontam a moral e os bons costumes", e diz ainda que:

> Um homem que tenha constituído uma família simultânea nenhuma responsabilidade terá com ela. Endossando uma lógica moralista, o STF continuou preferindo fazer de conta que essas famílias não existem, tirando a responsabilidade de quem, adulto e por livre e espontânea vontade, constitui uma união simultânea a outra, pois nenhuma responsabilidade ele terá com esta segunda família. Ouso dizer que atualmente as famílias multiespécies — aquelas formadas por humanos e animais de estimação — têm conquistado mais direitos e reconhecimento do que as simultâneas. Estas, assim como as poliamorosas, não "cabem" à mesa na ceia de Natal (PEREIRA, 2020, P. 1).

Por todo o exposto, é possível visualizar a importância e as grandes fundamentações utilizadas pelos ministros, no entanto, mesmo que diga

que não está agindo de forma conservadora, é notável que sua base é sim, ultrapassada, trazendo pontos que estão enraizados na cultura brasileira há muito tempo, apesar de termos evoluído tanto, e, mesmo que haja a imparcialidade no julgamento, de acordo com Pereira (2020), os julgadores não são neutros, e é nessa falta de neutralidade que cada julgador tende para a sua moral, e assim, acaba por misturar direito e religião, por fim decidindo às vezes de forma injusta.

CONCLUSÃO

Diante do que foi explanado neste estudo, pode-se concluir a efetiva evolução do direito de família e a importância do princípio da afetividade, abordando as dificuldades impostas pelas barreiras culturais, sociais e jurídicas, mas também, em como o poliamor através desses três aspectos pode ser reconhecido no direito de família e no sistema jurídico brasileiro.

O foco da pesquisa foi defender os direitos dos adeptos ao poliamorismo, que querem se tornar uma nova entidade familiar e poder constituir sua união civil. Para tanto, foram analisados princípios como, a dignidade da pessoa humana, a afetividade, a liberdade e a igualdade, devendo todos esses, serem aplicados, mas como visto, os adeptos do poliamor diferir dos modelos considerados ideais, tem todos esses princípios restringidos, com fundamentos insuficientes, para justificar a inadequada aplicação dos princípios basilares das relações familiares.

Foram observadas, também, as decisões jurídicas, das quais não foram em benefício da união poliafetiva, sendo perceptível o quanto a sociedade não consegue vê-la como uma nova forma de família, devido à cultura monogâmica que o Brasil carrega, por isso existe tanta relutância, mas o adepto ao poliamor tem tanto direito de escolha como qualquer outro, e deveria ter a liberdade de viver aquilo que acredita, tendo seus direitos resguardados.

Por fim, deve-se compreender que o importante é que tanto os direitos humanos quanto os constitucionais, bem como o direito de família, sejam aplicados, além de ser respeitada a escolha de cada um, e para isso a poliafetividade poderia ser reconhecida e normatizada como uma nova entidade familiar, dando o direito de união civil, assim como nos casos

monogâmicos e nos homoafetivos, resolvendo, portanto, um conflito desnecessário, visto que essa deveria ser uma escolha e não uma imposição.

Então, considerando as bases principiológicas e normativas do ordenamento jurídico brasileiro, a família poliafetiva realmente pode e deve ser reconhecida e legalizada no Brasil.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Camyla Galeão; AZEVEDO, Thiago Augusto Galeão. A constitucionalidade do poliamor: Possível aplicabilidade do direito sucessório aos companheiros das entidades poliafetivas. **Revista brasileira de Direito Civil em perspectiva**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 166-189, Jan/Jun. 2018. ISSN: 2526-0243. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/f884/3add149081f35a2a7119d3ed060a0ae39b8d.pdf> Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **REXT 1045273.** Plenário. Relator Alexandre de Morais. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5181220. Acesso em: 07 mar. 2021.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://unicorp.tjba.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf> Acesso em: 08 mar. 2021.

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. 2011. Disponível em: <https://

acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 08 mar. 2021.

CAMELO, Teresa Cristina da Cruz. **Uniões poliafetivas como hipótese de formação de família e a discussão envolvendo a partilha intervivos**. São Paulo, 2019. Disponível em: < https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/22451/2/Teresa%20Cristina%20da%20Cruz%20Camelo.pdf> Acesso em: 22 mar. 2021.

CARIGÉ, Silvio Dayube. **A poliafetividade no direito de família. A possibilidade do reconhecimento jurídico das entidades familiares poliafetivas no direito brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72773/a-poliafetividade-no-direito-de-familia/3> Acesso em: 17 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pedido de Providências – 0001459-08.2016.2.00.0000**. Acórdão. Brasília, 29 jun. 2018. Disponível em: < https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d051c4cf69d50caf7436b2691ab52cca60430ee7a10c6682d203596f66470deb100303d2f1757b392c839b484d-172d84d8e&idProcessoDoc=3095628>Acesso em: 24 maio 2021.

CUNHA, Danielle. **Triação de bens: Uma análise do poliamorismo sob a ótica patrimonial**. 2016. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/danielle-cunha/artigos/triacao-de-bens-uma-analise-do-poliamorismo-sob-a-otica-patrimonial-2525> Acesso em: 09 abr. 2020.

DRESCH, Marcia. **A instituição familiar na legislação brasileira: conceitos e evolução histórica**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica> Acesso em: 10 mar. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 6: Direito de Família**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://drive.google.com/viewerng/viewer?url=http://ler-agora.jegueajato.com/Carlos+Roberto+Goncalves/Direito+Civil+Bra-

sileiro+-+Vol.+6+(237)/Direito+Civil+Brasileiro+-+Vol.+-+-Carlos+Roberto+Goncalves?chave%3D1677cfea7cb1b4e-721f78316a481fd9c&dsl=1&ext=.pdf> Acesso em: 04 mar. 2021.

IDBFAM, Assessoria de Comunicação do. **Presidente do IDBAM fala das diversas configurações familiares no programa Amor & Sexo.** Instituto Brasileiro de Direito de Família, 24 de outubro de 2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6800/Presidente+do+IBDFAM+fala+das+diversas+configura%C3%A7%C3%B5es+familiares+no+programa+Amor+&+Sexo> Acesso em: 24 mar. 2021.

IDBFAM, Assessoria de Comunicação do. **Quem é a família poliamorista brasileira? Pesquisa traça perfil de adeptos e evidencia negligência de direitos ao poliamor no Brasil**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 04 de junho de 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7339/Quem+%C3%A9+a+fam%C3%ADlia+poliamorista+brasileira%3F+Pesquisa+tra%C3%A7a+perfil+de+adeptos+e+evidencia+neglig%C3%AAncia+de+direitos+ao+poliamor+no+Brasil> Acesso em: 27 fev. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro**. Revista brasileira de direito comparado. 2008. Disponível em: < http://www.idclb.com.br/httpdocs/revistas/35/revista35%20(10).pdf>Acesso em: 02 mar. 2021.

MARTINEZ, Wladimir Novaes**. Poliamorismo Sociológico e Previdenciário**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v. 29, n. 351, pg. 11, Set. 2018.

MENDES, Renata Caroline Pereira Reis; LIMA, Viviane Freitas Perdigão. **Eu, Tu, Ele, Ela, Nós: análise jurídica e jurisprudencial da poliafetividade no Brasil**. Revista de Direito de Família e Sucessão. Porto Alegre, V. 4, n. 2, p. 99 - 119, Jul/Dez. 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210567349.pdf> Acesso em: 22 mar. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **STF premia a irresponsabilidade ao negar rateio de pensão para união simultânea.** Instituto Bra-

sileiro de Direito de Família – IDBFAM, 2020. Disponível em: < https://ibdfam.org.br/artigos/1616/STF+premia+a+irresponsabilidade+ao+negar+rateio+de+pens%C3%A3o+para+uni%C3%A3o+simult%C3%A2nea>Acesso em: 26 maio 2021.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em: 15 mar.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso extraordinário nº 1.045.273**. Voto. Ministro Edson Fachin. Plenário, sessão virtual de 11 dez. 2020. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/12/122347c4324fb4_fachin.pdf> Acesso em: 07 jul. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias Poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea**. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/28461/FAM%c3%8dLIAS%20POLIAFETIVAS.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 01 mar. 2021.

ARTIGOS - DIREITO COMPARADO

O DIREITO COMPARADO E A QUESTÃO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS CRIANÇAS IMIGRANTES NO BRASIL, ALGUNS APONTAMENTOS

Eliomara Correia Abrantes[21]
Luciano dos Reis Silva[22]

INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, através da rede mundial de comunicação, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Inter-

21 Formada pela Faculdade de Ciências Humanas de RO-FARO em 1999. Professora de Cursos Preparatórios para Concursos há 17 anos, na cidade de João Pessoa. Palestrante. Conselheira Fiscal da ABMCJ/PB. Assistente Jurídica da Defensoria Pública da Paraíba, lotada na capital, com exercício na Coordenação de Defesa da Mulher, Juizado de Violência Doméstica, e membro da Comissão de Projetos Sociais da Defensoria Pública, sendo coautora em seis projetos em andamento. Mestranda em Direito Internacional.

22 Mestrando em Direito pela (UNISANTOS); Mestrado em Ciências da Religião (FATE/SP 2008); Bacharelado em Direito (CESREI 2019); Licenciatura em História (Universidade Estadual Vale do Acaraú 2011); Bacharelado em Teologia (FACETEN 2007).

nacional. Em seguida, em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi denominada pela OMS, pandemia.

Desde então, o mundo inteiro passou a estabelecer protocolos, segundo a OMS, de controle da pandemia. O Brasil também foi atingido pelo vírus e precisou adequar-se em distanciamento social para impedir a disseminação do vírus.

As populações mais vulneráveis foram duramente atingidas pelas medidas de distanciamento social, tendo em vista que novos modelos comportamentais forçaram a grande maioria das pequenas populações a ficar em casa, sem emprego e, consequentemente, sem salários, alimentos, dentre outras necessidades. Esse estudo pretende alcançar essas populações vulneráveis, mais especificamente as crianças e adolescentes, quanto às violações dos seus direitos humanos, à luz do Direito Internacional de Direitos Humanos (DIDH), cujo objetivo é proteger a vida, a saúde e a dignidade humana, bases para este estudo.

Nessa perspectiva da pesquisa em questão, nos deparamos com tais populações de imigrantes e a discussão sobre se os seus direitos são os mesmos dos que cidadãos nativos no país.

Para entender os direitos humanos e as suas violações dentro do estudo do Direito, precisaremos compreender o que é Direito Comparado e sua importância na elucidação das dúvidas acerca do que pode e do que não pode ser compreendido como direitos humanos. O Direito Comparado nada mais é que uma disciplina científica, uma metodologia de compreensão e de comparação entre as várias faces do direito em diversos países. Mas, o que pode ser garantido como direito do cidadão nativo e do imigrante?

O Direito Comparado é uma metodologia de estudo que contrapõe as diferenças e as semelhanças entre os diferentes direitos (incluindo suas legislações, jurisprudências e doutrinas), permitindo comparar elementos desses direitos, com finalidades variadas e específicas. Em ambos os casos, a importância do direito comparado aumentou muito na atualidade, marcada pela internacionalização e pela globalização. A comparação é essencialmente pedagógica para compreender como os países aplicam a lei para o restabelecimento do direito.

Na questão dos direitos dos imigrantes estabelecidos no país, comecemos por entender o que diz o caput do art. 5o da Constituição Federal

que prevê nacionais e estrangeiros têm direitos equiparados, em termos jurídicos, e, portanto, deverão gozar de seus direitos garantidos.

Esse artigo tem o objetivo de trazer à discussão sobre os direitos humanos dos imigrantes em tempos de pandemia, à luz do Direito Comparado. Levantado na internet os subsídios para essa discussão foram encontrados 5 artigos que trazemos aqui dispostos em tabela sobre essas comparações, ou seja, para fazer os apontamentos, foram relacionados 5 artigos cujo tema confere aos direitos humanos dos imigrantes e suas especificidades segundo o Direito Comparado, levando em consideração em outros países. Para relacionar o tema com a atualidade, optou-se por artigos de 2016 até o presente ano, sendo um artigo por ano, escolhido dos pesquisados em sítios científicos sob as palavras chaves abaixo relacionadas.

1. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) está fundamentado na Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

> O Direito internacional dos direitos humanos (DIDH) tem como base fundamental a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela resolução 217 A da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. O DIDH é um conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, que estipulam acerca do comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir do Governo. Os direitos humanos são direitos inerentes a todas as pessoas por sua condição de seres humanos. Muitos princípios e diretrizes de índole não convencional (direito programático) integram também o conjunto de normas internacionais de direitos humanos. (NOVO, 2018, p.8).

A finalidade do direito internacional dos direitos humanos (DIDH) é proteger a vida, a saúde e a dignidade das pessoas. O DIDH é aplicado a todo o tempo: em tempo de paz ou de conflito armado. Entretanto,

de acordo com alguns tratados de DIDH, os governos podem suspender algumas normas em emergências públicas que ponham em perigo a vida da nação, desde que tais suspensões sejam proporcionais à crise e sua aplicação não seja indiscriminada ou infrinja outra norma do direito internacional.

Trata-se de um conjunto de normas internacionais, convencionais ou consuetudinárias, que estipulam acerca do comportamento e os benefícios que todos, individualmente ou coletivamente deve esperar dos governos na preservação de sua integridade humana. Entendemos por direitos humanos, direitos inerentes a todas as pessoas por sua condição de seres humanos. Muitos princípios e diretrizes de índole não convencional (direito programático) integram também o conjunto de normas internacionais de direitos humanos.

Fazem parte do DIDH os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), as Convenções relativas ao Genocídio (1948), à Discriminação Racial (1965), Discriminação contra a Mulher (1979), Tortura (1984) e os direitos das Crianças (1989). Os principais instrumentos regionais são a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981). A partir dessa perspectiva, a situação de vulnerável das crianças e adolescentes nessa pandemia enquadra-se na visão do DIDH no campo dos direitos das crianças.

Na cidade de João Pessoa, a pandemia deixou fora das salas de aulas inúmeras crianças e adolescentes que frequentavam a escola pública. Muitos de famílias vulneráveis e que tiveram suas vidas afetadas pelo distanciamento social, ocasionando inúmeras violações de seus direitos.

2. CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Este estudo terá como base teórica o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), para acompanhar as diretrizes que conduzem a proteção dos direitos da criança e do adolescente, como também terá como base o Estatuto da Criança e do Adolescente.

> No Brasil, a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1988, 1990) estabeleceram a criança e ao adolescente como 'prioridades absolutas' para o efetivo desenvolvimento do País. A legislação dá um privilégio legal à população infantojuvenil devido ao seu valor intrínseco: são cidadãos em desenvolvimento e, dado o seu valor projetivo, são portadores do futuro. A doutrina de proteção social interpela Estado, sociedade e família ao dever de priorização das crianças e adolescentes, seja mediante a prestação de cuidados e proteção, seja por meio do estímulo ao seu desenvolvimento, sendo a eles destinado o projeto societário de mobilidade social ascendente pelo investimento em políticas públicas. (BARBIANI, 2016, p.201).

O Conanda, estabelece diretrizes de proteção integral à criança e ao adolescente enquanto perdurar a pandemia:

> Considerando que o artigo 227 da Constituição Federal estabelece a absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes, sua condição peculiar de desenvolvimento, proteção integral e melhor interesse, deve ser responsabilidade solidária entre Estado, família e sociedade garantir esses direitos (CONANDA, 2020, p. 01).

Dessa maneira, o Conanda determina que os órgãos estatais desenvolvam ações que protejam essas crianças e adolescentes, não apenas com alimentos, cuidados de higiene contra a Covid-19, mas com a preservação de seus direitos e garantias, oferecendo a elas atendimento em primeiro lugar em seus direitos humanos, de forma a preservar a integridade de cada criança e adolescente não apenas de populações vulneráveis, mas de qualquer classe social.

> De acordo com o Estatuto, o Conselho Tutelar seria responsável pela defesa dos direitos da criança e do adolescente quando estes se encontrassem ameaçados, seja por omissão ou violação. Seda (1993) identifica os casos de violação ou omissão como problemas de desvio, entendendo que ao Conselho Tutelar caberia corrigir o efeito. Aliás, vários estudos interpretaram que o trabalho deste órgão era o de agir sobre crianças e adolescentes que se encontravam

> em situação de risco. Contudo, essas categorias não conseguiam expressar o sentido que se pretendia e logo foram questionadas. Durante os últimos anos, a noção de vulnerabilidade de crianças e adolescentes tem sido mais empregada, porém seu significado encontra-se ainda em aberto (SIERRA, 2006, p. 149).

A pandemia, que intensificou a crise de saúde pública, coloca em risco crianças e adolescentes que se encontram em estado de vulnerabilidade, expostos a perigos dentro e fora de casa, tendo os seus direitos humanos ignorados, e os colocando em situação de fragilidade nos aspectos de violações de seus direitos humanos. Para Caetano, coordenador do Núcleo de Cidadania dos Adolescentes e co-fundador dos comitês de adolescentes pela Prevenção e Erradicação do trabalho infantil

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para levantar informações sobre os aspectos internacionais dos direitos do imigrante, traçamos uma estratégia de pesquisa nos meios virtuais através de sites acadêmicos e jurídicos sobre os aspectos relevantes do Direito Comparado, como disposto na tabela abaixo:

Quadro de artigos resultado de pesquisa em sites acadêmicos

TÍTULO	AUTOR(ES)	OBJETIVOS	RESULTADOS
Trabalho, Imigração E O Direito Internacional Dos Direitos Humanos23	Vanessa Oliveira Batista1 Carolina Genovez Parreira2	Analisar os instrumentos internacionais que versam sobre os direitos dos imigrantes, incluindo os tratados da Organização Mundial do Trabalho (OIT) e a Opinião Consultiva nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que dispõe sobre a proteção do trabalhador imigrante	Percebe-se que o problema consiste essencialmente no fato de que os Estados nacionais veem a imigração como potencialmente negativa, sem que haja a compreensão de que os fluxos migratórios auxiliam os países de saída, pois diminuem o índice de desemprego e o custo social, ao passo em que geram o desenvolvimento econômico dos países de entrada. Nesse âmbito, faz-se necessário a ratificação da Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e seus Familiares pelos Estados, para que assim os direitos fundamentais dos imigrantes, tanto regulares como irregulares sejam respeitados.

23 http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=47a3893cc405396a

TÍTULO	AUTOR(ES)	OBJETIVOS	RESULTADOS
Um imigrante iguala-se realmente a um cidadão nacional, em direitos civis, políticos, econômicos e sociais? O Direito Comparado: Modelos Brasileiro E Europeu	Marcelo de Lima	Traçar, de modo direto e sucinto, pontos jurídicos e fáticos de relevo, por intermédio de considerações sobre a legislação brasileira e europeia sobre imigração.	Diante do que foi visto, percebe-se que o modelo europeu de acolhimento imigratório é comparativamente mais organizado, exaustivo e eficiente que o brasileiro, pois não é compartimentado – vale dizer, integra-se a outras políticas públicas de maneira mais clara –, apresenta uma estrutura de princípios e práticas quase sempre coerente e defende, ao menos no papel, que os nacionais de países terceiros gozam de direitos humanos não lesionáveis arbitrariamente, assim como os cidadãos europeus. Não obstante, nota-se, como aproximação do modelo brasileiro, que a UE concede excessiva liberdade aos países do bloco para restringir e até mesmo retirar dos imigrantes direitos comuns, gozados sem dificuldade pelos cidadãos jurídica e 280 Revista de Informação Legislativa plenamente reconhecidos: se no Brasil são mais evidentes, no Estatuto do Estrangeiro, restrições quanto à liberdade de associação, de ir e vir, de livre iniciativa e de permanência no território (deportação imotivada), por exemplo, o ENPTRLD parece não raro ir além e vetar mais expressamente o acesso ao mercado de trabalho e a benefícios sociais17, unicamente por decisão do país de destino, até nas hipóteses de permanência regularizada. Ademais, mesmo o rol de matérias em que o ENPTRLD estipula a igualdade de tratamento pode ser quase inteiramente suprimido, a depender da decisão do membro da UE.
A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração24	Liliana Lyra Jubilut, Silvia Menicucci. O. S. Apolinário	O objetivo não é exacerbar os aspectos técnicos das distinções entre os migrantes, mas, sim, a partir destas, verificar meios de se aprimorar a proteção internacional e, com isso, a proteção das pessoas em movimento.	A sociedade internacional deve se preocupar com o fato de que os critérios definidores do status de refugiado e as responsabilidades dos Estados vinculadas a este status perdem sua precisão pelo uso do instituto do refúgio para proteger pessoas não elencadas pelo Direito Internacional como passíveis de receber esta proteção específica (FELLER, 2006). Tal preocupação não deve, contudo, impedir ou prejudicar a proteção de outras pessoas em movimento, seja este fruto de migrações forçadas ou a migrações voluntárias.

TÍTULO	AUTOR(ES)	OBJETIVOS	RESULTADOS
REFUGIADOS NO BRASIL: O tratamento jurídico-administrativo dos venezuelanos em situação de refúgio no território nacional.25	Danielle Brígida Carvalho, Rodrigo Vitorino Souza Alves	Analisar os mecanismos legais, nacionais e internacionais, voltados à proteção de refugiados, para, assim, verificar se tais legislações têm atendido às necessidades dessa população, tomando como base o caso da imigração de venezuelanos para o Brasil nos últimos dois anos	O amparo jurídico oferecido aos refugiados e aos demais imigrantes no Brasil, embora esteja em conformidade com os reclames internacionais, não tem sido suficiente para evitar ofensas aos direitos humanos destes, muitas vezes submetidos à situações e atividades degradantes na busca de seu sustento e permanência no país. Há uma enorme discrepância entre a quantidade de imigrantes e as possibilidades institucionais de acolhimento, o que indica uma possível solução para amenizar essa crise: a ampliação 25 das políticas públicas voltadas aos imigrantes e refugiados em território nacional, com maior conexão entre as esferas municipal, estadual e federal.

A partir dessa leitura, nota-se que as políticas públicas e de acolhimento traçadas pelos poderes municipal, estadual e federal ainda estão abaixo do que se espera para que os direitos dos imigrantes seja resguardados e eles, enquanto seres humanos possam ter proteção e acompanhamento de suas necessidades mais básicas atendidas pelo governo em qualquer esfera de poder.

Nesse propósito, algumas medidas, do governo brasileiro, no estado de Roraima, definiu um roteiro de atenção e de cuidados a essas demandas como:

> POSTO DE RECEPÇÃO E IDENTIFICAÇÃO:
>
> • Recepção e orientação dos cidadãos que queiram atravessar a fronteira.
>
> • Área de Espera com conforto adequado (água, lanche e instalações sanitárias).
>
> • Identificação (Polícia Federal).
>
> • POSTO DE TRIAGEM:
>
> Revista de material.
>
> • Área de Espera Inicial.

25 https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/24015/1/RefugiadosBrasilTratamento.pdf

> • Alimentação (pequeno lanche).
>
> • Cadastro do imigrante (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados) Inspeção clínica e imunização (Ministério da Saúde).
>
> • Regularização migratória (Polícia Federal).
>
> • Documentação – CPF e carteira de trabalho provisória (Receita Federal e Ministério do Trabalho).
>
> • Atendimento social (Ministério do Desenvolvimento Social/
>
> • Opção de abrigamento aos desassistidos. - Área de espera Final.
>
> • POSTO DE ATENDIMENTO AVANÇADO – PAA: 21 Atenção médica de emergência e casos de isolamento.
>
> • O encaminhamento médico poderá ocorrer em qualquer momento do fluxo dos imigrantes.
>
> • ÁREA DE APOIO: Alojamento para equipes do Governo Federal, organismos internacionais ou outras entidades que irão trabalhar na fronteira (BRASIL, 2018f, p.6).

Todas essas medidas servem para que o direito desses imigrantes no tocante aos direitos humanitários e internacional seja devidamente acompanhado para que não ocorram violações à sua condição humana de refugiado, imigrante e ser humano que precisa ser protegido no país em que estiver como cidadão nacional.

Segundo a Convenção de 1951, os refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos aos seus países de origem desde que isso acarrete para eles ameaças quanto a integridade física deles. Em uma de suas definições assim se retrata o refugiado:

> Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ACNUR, 2013, p. 68)

Dessa forma, o direito de permanecer sob a condição da preservação de sua vida deve ser respeitado e protegido. Nessa cartilha, diversos pontos são levantados para que o refugiado/imigrante seja participante de políticas públicas brasileira, como direito à saúde, educação, moradia, não sofrer violência de nenhuma ordem por gênero ou sexual, da mesma forma em que o cidadão nacional goza de tais direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de discussão em sala de aula como método científico, é importante retratar o Direito Comparado como uma oportunidade de ver como se comporta o direito internacional dentro dos aspectos que se precisa comparar. Como os países se comportam diante de alguns assuntos e como eles tratam desses assuntos, quais parâmetros. Todos esses aspectos são primordiais para o profissional de Direito que precisa manejar bem a lei a fim de resguardar o direito em todas as suas demandas, observando suas nuances e suas discrepâncias ou similitudes internacionais.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Cartilha para solicitantes de refúgio no Brasil**. 2014. Disponível emhttps://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2014/Cartilha_para_solicitantes_de_refugio_no_Brasil.pdf?view=1. Acesso em: 15 nov. 2020.

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no Direito Internacional,** Responsabilidade internacional do Estado, Curitiba, Editora Jaruá, 2004.

BARBIANI, Rosangela. Violação de direitos de crianças e adolescentes no Brasil: interfaces com a política de saúde. **Saúde em Debate**, v. 40, p. 200-211, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Zahar, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal 8069 de 13/07/1990.

CASTRO, Amilcar de. O direito e a ordem jurídica. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, [S.l.], n. 7, p. 109-125, fev. 2014. Disponível em: https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/943. Acesso em: 14 nov. 2020.

CAVARZERE, Thelma Thaís. Direito Internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 155/157. LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

CHEREM, Mônica Teresa Costa Sousa. **Direito Internacional Humanitário.** Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2002.Disponível em: https://encurtador.com.br/kIOU9. Acesso em: 06 maio 2020.

CONANDA. **Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do Covid-19**. Disponível *On-line* em: encurtador.com.br/moHJU. Acesso em: 02 ago. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu Dallari. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo, SP, Moderna, 2004.

ECO, Humberto. **Migração e intolerância**. Rio de Janeiro: Record, 2020.

NOVO, Benigno Nuñez. **O direito internacional dos direitos humanos.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-direito-internacional-dos-direitos-humanos/. Acesso em: 09 jun. 2021.

SIERRA, Morales Vania. Vulnerabilidades e fatores de risco na vida de crianças e adolescentes. **São Paulo em Perspectiva,** v. 20, n. 1, p. 148-155, jan-mar. 2006.

O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EXPERIÊNCIA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Giulianna de Miranda Brandalise[26]

INTRODUÇÃO

A figura do ativismo judicial surge no sistema jurídico norte-americano fruto de um sistema baseado em precedentes. O comportamento da Suprema Corte nos Estados Unidos, através dos séculos, marca a história do constitucionalismo no país, e torna possível que a atividade jurisdicional se transforme na implicação da própria criação do Direito. Desta forma, o papel dos tribunais se torna cada vez relevante para a cultura democrática do país.

É nesse contexto que a atuação dos tribunais se torna elemento de discussão jurídica e política no cenário norte-americano. A constante judicialização da política, no entanto, ganha forças e transcende as barreiras do *common law*.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal passa a aderir às práticas comportamentais da Suprema Corte norte-americana e o ativismo judicial ga-

26 Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (SC, Brasil) em Dupla Titulação com a Widener University Law School (DE, USA), na linha de pesquisa de Constitucionalismo e Produção do Direito.

nha espaço também no cenário jurídico brasileiro, se tornando tema de fervorosa análise por juristas e doutrinadores.

Tendo em vista a crescente ascensão do Poder Judiciário frente aos demais poderes após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o presente trabalho se propõe a analisar a adoção da figura do ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, estabelecendo através de um estudo histórico-comparativo, a relação existente entre a experiência criada e vivida pelo sistema norte-americano com a adotada pelo Brasil.

1. O CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO E O ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE

Antes que o presente artigo se debruce sobre a abordagem do ativismo judicial na suprema corte norte-americana, importa ressaltar e inserir paralelamente o contexto histórico da experiência constitucional vivida nos Estados Unidos da América, a fim de que se possa construir um panorama básico do sistema jurídico do país.

Os Estados Unidos de forma notória sempre contaram com uma Suprema Corte extremamente presente e participativa na tomada de decisões em temas polêmicos. Inclusive, segundo Agripino (2004), a administração da justiça no final do período colonial é que teve forte influência e relevância para a formação do sistema judicial norte-americano, pois foi durante este período que se criou o costume de adaptar as leis aos casos individuais. As decisões judiciais da época ao tratarem de questões envolvendo a vida, a liberdade ou a propriedade, sempre tendiam a pender mais para o lado da moral do que para o lado do direito propriamente dito.

Além disso, a forte influência britânica na construção do processo político e judicial da experiência norte-americana acabou por deixar de herança a adoção do sistema *common law*[27] em sua colônia. E, consequen-

27 O sistema common law originário da Inglaterra, se trata de um modelo judicial onde as leis escritas exercem um papel secundário no âmbito dos julgamentos, pois um juiz ao decidir um caso, deve avaliar previamente todas as decisões correlacionadas que já foram elaboradas naquele sentido, os conhecidos precedentes judiciais. In: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo. Martins Fontes. 1998.

temente, em paralelo a este sistema, a doutrina do stare decisis[28] ganhou força nos Estados Unidos.

Para Wolfe (1994) é possível dividir a história do constitucionalismo norte-americano em três fases distintas, e esta identificação leva em consideração a tradicional e fortíssima experiência da intervenção judicial da Suprema Corte através da jurisdição constitucional.

A primeira era, conhecida como era tradicional, teve início com a promulgação da constituição federal norte-americana em 1787 e encerrou-se ao final do século XIX. Durante essa fase, a Suprema Corte, segundo Wolfe (1994), inclinava-se sob uma postura conservadora, voltada preferencialmente para a aplicação da Constituição Federal frente às leis ordinárias.

Ainda no contexto da era tradicional, surge nos Estados Unidos a primeira forma de controle constitucional difuso do sistema norte-americano através da figura do *judicial review*, inaugurada pelo caso *Marbury v. Madison*[29]. A decisão proferida por Chief Justice Marshall, segundo Levy

28 A doutrina do stare decisis foi criada na Inglaterra como uma ferramenta de garantia da segurança jurídica. O pressuposto principal dessa doutrina é que os juízes possuem o dever de ao julgarem um caso, observar as decisões proferidas em julgamentos anteriores, considerando o efeito vinculante que tais decisões possuem. Ao fazer essa correlação, os juízes devem se certificar de manter a vinculação obrigatória contextualizada, uma vez que é preciso fazer uma análise minuciosa sobre a força que relaciona o caso em julgamento com aquele onde foi proferida a decisão a ser usada como precedente. In: DAVID, René. Grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 447-494.

29 O caso Marbury v. Madison ocorreu quando John Adams, então presidente dos Estados Unidos, quando prestes a deixar seu cargo, nomeou William Marbury para a posição de juiz de paz. Seu sucessor Thomas Jefferson, no entanto, não reconheceu a decisão de Adams. Dessa forma, Marbury recorreu à Suprema Corte Norte-Americana para que o Secretário de Estado James Madison, o nomeasse para o cargo, alegando como base a seção 13 do Judiciary Act de 1789. Ocorre que em 1802 o Congresso veio a revogar o Judiciary Act. Chieff Marshall determinou que Marbury tinha o direito irrevogável de assumir o cargo para o qual foi nomeado, ainda que estivesse ciente que se o mandado fosse concedido, a decisão ainda assim poderia não vir a ser cumprida. Dessa forma, negou que a Suprema Corte tinha competência para julgar o caso, uma vez que a seção 13 do Judiciary Act era inconstitucional, pois ampliava a competência da Suprema Corte que estava outrora estabelecida constitucionalmente. Para informações completas sobre o caso ver: LEVY, Leonard W. Marbury v. Madison. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.). Judicial Power

(1990), foi o marco inicial para que a Suprema Corte pudesse afirmar seu poder na revisão dos atos dos poderes Legislativo e Executivo, garantindo então, a supremacia da Constituição Federal.

Para Wolfe (1994, p.4), cumpre também ressaltar que sob a égide do desenvolvimento da figura do *judicial review* num primeiro momento, o instituto ficou reconhecido como uma inclinação da Suprema Corte para uma postura de preferência à aplicação da Constituição em face das leis. No entanto, numa análise mais aprofundada, o judicial review se distanciava do intuito de expor ou ressaltar o papel dos juízes e do poder judiciário frente aos demais poderes, pois, na realidade exprimia a vontade dos juízes em cumprir com o compromisso original proposto pelos escritores da constituição federal. A era tradicional, portanto, implica na compreensão do dever de interpretar e aplicar a constituição sob uma concepção mais substancial, onde o texto constitucional estabelece princípios que devem ser rigorosamente cumpridos, tal como as leis.

A Segunda era iniciada na década de 1890 e chamada era de transição por Wolfe (1994), foi fortemente marcada por um l*aissez-faire* da Suprema Corte norte-americana. Resultado de uma rápida reestruturação em sua formulação em curto espaço de tempo, o Estado ficava limitado para decidir sobre questões que envolviam políticas de bem-estar social, como por exemplo, limitações de jornada de trabalho, questões de saúde e de segurança.

O precedente que marcou esta fase foi o caso *Lochner v. New York.* Nele, a Suprema Corte julgou que a lei estadual promulgada em 1905 por Nova York, a qual, em seu texto, estabelecia uma limitação na jornada do trabalho dos padeiros, inclinava-se a uma postura demasiada intrusiva na política econômica do estado, e, portanto, deveria ser considerada inválida. Dessa forma, a Suprema Corte visava estabelecer uma filosofia de liberalismo econômico, decidindo de forma indireta pela não criação de políticas públicas voltadas a engendrar melhores condições de vida aos cidadãos americanos menos favorecidos.

Segundo Shapiro e Tresolini (1975), o caso abordado simbolizava um período de jurisprudências conservadoras que representavam uma política judiciária de contenção por parte da Suprema Corte. Tal comportamento

and the Constitution. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution. New York: Macmillan, 1990. pp. 15-20.

ficou marcado na história judiciária do país, pois as decisões do tribunal expressavam os ideais capitalistas que empurravam os Estados Unidos em direção ao crescimento econômico. Circunstâncias sob quais as relações privadas, de acordo com esta corrente de pensamento, não deveriam sofrer nenhum tipo de intervenção do estado.

Importa ressaltar que a Suprema Corte durante essa fase se privava de desempenhar um caráter intervencionista, fazendo um contraponto com a era tradicional, quando a atuação dos julgadores notoriamente expressava um comportamento ativista (WOLFE, 1994, pp. 4-5).

Ocorre que no ano de 1933, com a promulgação do New Deal por Franklin Rosevelt - presidente recém-eleito nos Estados Unidos - a Suprema Corte, em resposta à implementação de um conjunto de medidas políticas recuperatórias para a economia do país, passou a decidir de forma a compactuar com leis que anteriormente entendia como contrárias à Constituição.

Durante este período houve uma reformulação de valores e ideologias políticas, econômicas e jurídicas no país, comportamento que se viu espelhado pelo tribunal da Suprema Corte e que inaugurava a terceira era proposta por Wolfe (1994).

A era moderna, assim chamada, criava um marco que se estendeu desde essa época até os dias de hoje. As decisões, a partir deste momento, passaram a abandonar o viés econômico da segunda era, e o ativismo jurídico voltava-se às liberdades civis do povo norte-americano. A Suprema Corte não apenas interpretava as leis, mas, inseridos nos costumes do sistema *common law*, passaram a também reescrevê-las (TRINDADE; MORAIS, 2011, p. 140).

O ativismo judicial desta época, reconhecido como positivista, criou forças e sua atuação teve interferência em âmbitos que antes não lhe eram comuns, pois, transcendendo a matéria jurídica, a Suprema Corte passou a reinterpretar posicionamentos paradigmáticos, inovando criativamente no sistema jurídico da época, e chegando inclusive a alterar entendimentos orientadores inflexíveis, segundo Trindade e Morais (2011).

A famosa corte Warren, presidida por Chieff Justice Earl Warren, entre os anos de 1953 e 1969, se destaca como o ápice da era moderna e marco do ativismo judicial liberal, principalmente após o julgamento de um dos casos mais relevantes da história da Suprema Corte norte-ameri-

cana: o caso *Brown v. Board of Education*[30]. *P*ara esta corte, analisa Schwatz (1996, p. 258), o ativismo judicial servia como forma de compensação às deficiências do processo político democrático.

No entanto, após a aposentadoria de Earl Warren, a fase mais ativista da história da Suprema Corte foi deixada de lado com a nomeação de seu sucessor, o juiz Warren E. Burger, que muito se afasta das ideologias de seu antecessor. No entanto, apenas no ano de 1986 com o juiz William H. Rehnquist, é que o tribunal da suprema corte assume um posicionamento moderadamente conservador (SCHWARTZ, 1997).

Com a morte de Rehquist em 2005, George W. Bush, então presidente dos Estados Unidos, nomeia o juiz John Roberts Jr., que por fim, assumiu a presidência da Suprema Corte e nela permanece até a data de fechamento deste trabalho. Desde então, as decisões mantêm um ideal republicano, que se voltam para uma interpretação originalista da Constituição, baseadas na objetividade do texto e na ideia de que se deve manter o sentido original dos autores da Constituição (TRINDADE; MORAIS, 2011, pp. 143-144).

É evidente que ao longo dos anos a Suprema Corte norte-americana sofreu muitas alterações em seu modo de decidir e posicionar, e, portanto, o ativismo judicial no país recebeu diversas críticas. Mas por outro lado, a doutrina também destaca que o ativismo da Corte gerou um fortalecimento da legislação do país e gerou importante influência e mutualidade na experiência da *civil law* na tradição da *common law* (WALDRON, 2003). Segundo esta interpretação o próximo tópico abordará a influência do ativismo judicial da Suprema Corte especificamente no Brasil.

2. A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA NO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Segundo Medina (2004), as transformações constitucionais ocorridas na segunda metade do século XX, fortemente impulsionadas pela ascensão dos direitos fundamentais e culminadas com a força da transformação política no cenário hermenêutico latino-americano, proporcionaram uma

30 O caso 347 U.S. 483 (1954), é um dos casos mais importantes julgados pela Suprema Corte norte-americana. Trata-se da segregação racial nas escolas do ensino público nos Estados Unidos que ficou reconhecida inconstitucional após decisão do referido precedente.

abertura jurídica aos preceitos teóricos norte-americanos, que anteriormente eram fortemente rejeitados pela cultura destes povos.

Foi a partir deste momento que o direito brasileiro recepcionou muitos dos conceitos da doutrina americana, inclusive o ativismo judicial, temática que importa para o presente trabalho. Ocorre que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal frente ao momento jurídico do país, não foi adaptado à realidade política brasileira.

Se na experiência norte-americana a Suprema Corte expressa o ativismo judicial de forma a conter um poder legislativo fortemente atuante, no Brasil, a mesma ferramenta possui um objetivo um pouco diferente: contrabalancear a ineficiência de poderes muitas vezes inertes aos seus deveres políticos e sociais (CABRAL; GOMES, 2019, p. 104).

Vejamos: A promulgação da Constituição Federal de 1988 inaugura no país o constitucionalismo democrático brasileiro, momento em que as demandas sociais foram se tornando passivas de judicialização. Consequentemente, o judiciário ganha proeminência frente aos demais poderes (MORAIS; SPENGLER, 2012, p.78).

Muito além de criar um fundamento de validade do ordenamento jurídico, a Constituição de 1988 em seu texto provocava uma ruptura de paradigmas frente à realidade jurídica do país. Seja por sua contraposição a um regime ditatório (PAIXÃO; BARBOSA, 2008), seja por estabelecer e criar uma nova realidade na relação entre Sociedade e Estado (CATTONI DE OLIVEIRA, 2009).

Deste modo, frente à soma dos fatores da recepção teórica norte-americana e a criação de um paradigma constitucional completamente novo, paulatinamente as decisões dos tribunais regionais e estaduais brasileiros se voltavam a uma nova realidade. Se outrora negavam direitos sociais, seus posicionamentos passaram a voltar-se a dar lugar às demandas que conferiam eficácia imediata às normas constitucionais, assegurando direitos trabalhistas, previdenciários, educacionais, dentre diversos outros direitos sociais (TRINDADE; MORAIS, 2011, pp. 155).

Em resposta, o Supremo Tribunal Federal segue o movimento dando início com diversas decisões ativistas, destacando-se o Recurso Extraordinário número 271.286-AgR, que se refere à concessão gratuita de medicamentos para portadores do vírus HIV, o qual se tornou possível através das Leis 9.868/99 e 9.882/99, que regulamentaram o trâmite processual

necessário da Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (TRINDADE; MORAIS, 2011, pp. 155).

Consequentemente, em adoção ao que já havia sido estabelecido nos Estados Unidos, os tribunais brasileiros passaram a exercer o ativismo judicial no país, abandonando o papel de meros aplicadores da lei. E essa atuação ganhou força na política nacional a partir 2003, com a renovação dos ministros do STF que a partir deste momento passaram a decidir indubitavelmente movidos por uma intenção de expandir os limites da atividade jurisdicional, de acordo com o que analisa Barroso (2011).

Os casos nos quais o Supremo Tribunal Federal exerce o ativismo judicial geralmente são casos envolvendo questões socialmente relevantes, das quais se destacam a constitucionalidade das pesquisas utilizando células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510, 2008), o reconhecimento da união estável entre casais do mesmo sexo, (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, 2011), o aborto nos casos de gravidez envolvendo fetos anencefálicos (ADPF nº 54, 2012), dentre várias outros julgamentos proferidos em questões onde falta a regulamentação do poder legislativo.

Deste modo, Trindade e Morais (2011) destacam que existe um dever/poder dos ministros do STF, que, frente à inércia dos demais poderes, se veem forçados a sair da sua esfera de conforto para invadir a competência constitucional do poder legislativo, objetivando criar uma cultura jurisdicional que permita haver o diálogo entre questões políticas e questões socialmente relevantes para a sociedade.

No entanto, deve-se ressaltar que o exercício do ativismo judicial no Brasil, ainda que tenha sido inspirado no modelo norte-americano, não se dá pelos mesmos motivos que no país de origem, como assim já ressaltado ao longo do presente trabalho.

Portanto, Tassinari (2012) propõe que para entender a influência do ativismo judicial norte-americano no direito brasileiro, é necessário fazer um paralelo entre as duas tradições jurídicas a fim de entender até que ponto a cultura norte-americana teve influência na recepção do ativismo judicial brasileiro. Faz-se necessário, assim, reconhecer um diálogo intermediário entre os dois fatores.

Dentre os elementos intermediários analisados por Tassinari (2012), o primeiro diz respeito à diferença entre as tradições jurídicas brasileira e nor-

te-americana. Pois o Brasil ao recepcionar o ativismo judicial norte-americano, insistiu em acentuar o papel da jurisdição num país onde o Direito, representado pelo modelo civil law, está assentado no predomínio da lei.

Segundo, existe uma delicada diferença entre a Constituição Federal dos Estados Unidos e a brasileira. Enquanto a Constituição norte-americana possui apenas sete artigos e vinte e sete emendas, a Constituição brasileira é composta por 250 artigos e até 2020, 115 emendas constitucionais. Essa diferença faz com que seja necessário, segundo dispõe Tassinari (2012), que os tribunais americanos se esforcem muito mais do que os brasileiros para responderem constitucionalmente às demandas e lides controversas que insurgem no país. E é justamente em consequência disso que a tradição norte-americana é mais inclinada para o ativismo judicial, uma vez que não possui o mesmo número de amarras que o judiciário brasileiro.

O terceiro elemento proposto por Tassinari (2012), diz respeito as três fases já apresentadas no primeiro tópico desde trabalho, referentes ao constitucionalismo norte-americano. Segundo o que se analisa da história do judiciário dos Estados Unidos, houve situações onde a Suprema Corte manifestava o ativismo judicial através de uma postura conservadora, o que desmistifica a ideia da doutrina brasileira de que ativismo é sinônimo de grande interferência do judiciário.

Tassinari (2012) propõe como quarto elemento que o protagonismo da Suprema Corte norte-americana se deve muito mais a um da vontade de harmonizar as decisões judiciais com o projeto político de governo, ou seja, por contexto político, do que por defesa da Constituição.

E tal ponto deve ser relevantemente levado em consideração, tendo em vista que a postura ativista no Brasil é doutrinariamente legitimada pela defesa da Constituição, justamente com a justificativa da recepção da experiência norte-americana. No entanto, ocorre que Tassinari (2012), explora uma visão ativista norte-americana como muito mais fruto da estratégia política de governo do país, do que por um sentimento constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste artigo, chegam-se às seguintes conclusões:

a) o ativismo jurídico surge nos Estados Unidos e sua evolução se dá em conjunto com a história do constitucionalismo norte-americano,

podendo ser classificada em três fases: 1) a era tradicional, que durou da promulgação da constituição federal norte-americana em 1787, até o final do século XIX, marcada por um período conservador; 2) a era de transição, com período entre o final do século XIX e a década de 1930, que ficou marcada pelo liberalismo político e pela ascensão econômica vivida pelos Estados Unidos na época. Neste momento as decisões jurídicas da Suprema Corte se voltavam a uma contenção da intervenção do Estado na economia; e 3) era moderna, que teve início com o New Deal em 1933 e perdura até os dias de hoje, ficou marcada por decisões que se voltavam às liberdades civis do povo norte-americano, a Suprema Corte não apenas interpretava as leis, mas, passou a também reescrevê-las;

b) a Constituição Federal de 1988 institui uma grande ruptura de paradigmas na realidade jurídica do Brasil. Além de romper com um regime ditatório, a abertura para recepção teórica de conceitos norte-americanos em conjunto com a criação de um paradigma constitucional completamente novo, direcionava o posicionamento dos tribunais para uma nova realidade: as decisões passaram a dar lugar às demandas que asseguravam direitos sociais para o povo brasileiro;

c) a figura do ativismo judicial cresce exponencialmente no Brasil, e o Supremo Tribunal Federal passa a decidir movido por uma intenção de expandir os limites da atividade jurisdicional;

d) no entanto, o exercício do ativismo judicial no Brasil, ainda que tenha sido inspirado no modelo norte-americano, não se dá pelos mesmos motivos que no país de origem. O Supremo Tribunal Federal se vê forçado a sair da sua esfera de conforto pois enfrenta a ineficiência de um poder legislativo inerte aos seus deveres;

e) de tudo que foi exposto, é necessário fazer um paralelo entre as duas tradições jurídicas com a intenção de reconhecer um diálogo intermediário entre a prática exercida pela Suprema Corte e a adotada pelo Supremo Tribunal Federal;

f) para ao final se tornar possível concluir que ainda que a figura do ativismo judicial tenha sido inegavelmente adotada da cultura jurídica norte-americana, as contribuições deste sistema na experiência brasileira divergem e se afastam enquanto sua finalidade e aplicação prática, principalmente devido às diferenças teóricas e culturais apresentadas por cada um dos sistemas jurídicos analisados.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Post-scriptum. In: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 357-403.

CABRAL, Ana Luísa Novais; GOMES, Magno Federici**. O ATIVISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO: Características, Paralelo, Sustentabilidade e Influência das Decisões Ativistas Estadunidenses no Direito Pátrio.** Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí – Ijuí, n. 51, p. 100-110, 2019. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/ revista direitoemdebate/article/view/8380 Acesso em: 12 ago. 2020.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento: Estudo comparado para a reforma do sistema judicial.** Brasília: OAB Nacional, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Democracia sem espera e processo de constitucionalização.** In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. A.; MACHADO, F. (Coords.). Constituição e processo. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 367-399.

DAVID, René. **Grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução de Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEVY, Leonard W. *Marbury v. Madison*. In: LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.). **Judicial Power and the Constitution. Selections from the Encyclopedia of the American Constitution.** New York: Macmillan, 1990.

MEDINA, Diego Eduardo López. **Teoría impura del derecho: la trasnformación de la cultura juridical latianoamericana.** Bogotá: Legis, 2004.

MORAIS, Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. **A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 6, p. 55-78, 2008.

SHAPIRO, Artin; TRESOLINI, Rocco. **American Constitutional Law**. 4ª ed. New York: Macmillian Publishing, 1975.

SCHWARTZ, Bernard (Ed.). **The Warren Court: a retrospective.** Oxford: Oxford University Press, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. **A book of legal lists: the best and worst in American law**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial: Uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.** Repositório da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos: São Leopoldo, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. **Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764. Acesso em: 13 jul. 2020.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review. From constitutional interpretation to judge-made law.** Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

ARTIGOS - DIREITO DOS ANIMAIS

A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS

Ênio Chrystian Goulart de Oliveira[31]

INTRODUÇÃO

O Direito é um ramo de estudo muito dinâmico, sendo alterado conforme as mudanças da sociedade, por conta do processo extenso e demorado para aprovação e alteração de leis. É muito comum que as leis não acompanhem as mudanças sociais, podendo inclusive o projeto de lei passar anos aguardando o debate por parte do poder legislativo, ou ficar à mercê do interesse dos parlamentares para a aprovação, ou ainda existirem temas que demandem prioridades aos olhos dos legisladores, com o intuito de contornar estas dificuldades à aplicação do direito em sintonia com as práticas sociais são construídas jurisprudências, baseadas na liberdade de decisão do juiz e também na aplicação do direito com base na realidade social.

A família, no conceito jurídico brasileiro, é base de qualquer sociedade, sendo este um dos motivos que leva essa a merecer tantos estudos detalhados sobre a sua formação, os fatos sociais que geram sua transfor-

31 Mini currículo do autor – Bacharel em Direito (2019), licenciado em Educação Física (2018), bacharel em Educação Física (2018), pós-graduado em Direito Constitucional (2019) e pós-graduado em Psicomotricidade na educação infantil e anos iniciais (2018) cursando Letras Português/Inglês.

mação, bem como seus efeitos na sociedade. Durante a história podem ser percebidas diversas conjunturas e arranjos familiares, cada qual com base no aspecto social predominante na época, seja a maior chance de sobrevivência baseada no número de componentes da família, a manutenção do culto, a administração do patrimônio, a honra do nome, a sucessão da profissão, a afetividade, entre diversos outros possíveis motivos.

Existindo no presente momento a necessidade do debate acerca da legalidade ou compatibilidade da regulação da guarda compartilhada relacionada aos animais domésticos, havendo inclusive pesquisas com a participação da sociedade, realizadas pelo poder judiciário e do legislativo acerca do assunto, visando encontrar a solução mais ponderada acerca do presente dilema.

1. O CONCEITO JURÍDICO DE ANIMAIS

Charles Darwin (1809-1882) trata o animal como um ser capaz de mostrar sentimentos, sencientes, ao condenar a atitude de um ser humano que não valorizava ou retribuía o afeto que seu cão dedicava, afirmando que se tem conhecimento de um cão que na ocasião da morte acarinhou seu dono, e já amplamente conhecido o caso do cão que sofrendo uma vivissecção, lambeu a mão do homem que o operava. Fica evidente então que para Darwin as relações do ser humano e animal devem ser de cuidado e respeito, uma vez que este animal tem segundo o mesmo uma devoção para com esse homem. Ele ainda afirma não haver diferenças entre homem e animais no que tange as faculdades mentais, sendo os dois capazes de sentir dor, tristeza, felicidade e sofrimento.

Peter Singer(2002) afirma que a diferença entre o ser humano e os seres não-humanos está fundado tão somente na espécie, uma vez que o termo ser humano significa simplesmente que este animal em específico pertence a espécie *homo sapiens*, existindo o que este chamou de "indicadores de humanidade", sendo estes "consciência de si, autocontrole, capacidade de socialização, comunicação e curiosidade". Segundo ele, o termo para determinar o animal da espécie *homo sapiens* quanto aos indicadores de humanidade deveria ser pessoa, acredita este ainda que alguns animais não humanos preencheriam os requisitos para serem chamados de pessoas.

Jeremy Bentham defende a necessidade da existência do reconhecimento dos animais como sendo sujeitos de direito, observado que estes são capazes de sofrer, demonstrar afeto, sendo que, em sua época, o filósofo defendia a ideia do direito para não pessoas, visto que não eram considerados sujeitos de quaisquer direitos: escravos, mulheres, crianças, deficientes, entre outros grupos minoritários, sendo ridicularizado por vezes, onde reconhecer o direito dos animais era tão absurdo quanto reconhecer o direito das mulheres, como pode ser visto em um panfleto escrito por Thomas Taylor, *The Vindication of the Rights of Brutes,* em 1793, ironizando a feminista londrina Mary Wollstonecraft, que publicou *The Vindication of the Rights of Women*, em 1792, e que questionava que caso as mulheres exigiam o reconhecimento de direitos iguais, por que a oportunidade não era aproveitada também para que fossem reconhecidos os direitos das bestas (animais de tração, recebiam essa nomenclatura por realizarem o trabalho bruto)?

> Poderá existir um dia em que o resto da criação animal adquirirá aqueles direitos que nunca lhe poderiam ter sido retirados senão pela mão da tirania. Os franceses descobriram já que a negrura da pele não é razão para um ser humano ser abandonado sem mercê ao capricho de um algoz. Poderá ser que um dia se reconheça que o número de pernas, a vilosidade da pele ou a forma da extremidade dos *sacrum* são razões igualmente insuficientes para abandonar um ser sensível ao mesmo destino. Que outra coisa poderá determinar a fronteira do insuperável? Será a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? Mas um cavalo ou cão adultos são incomparavelmente mais racionais e mais comunicativos do que uma criança com um dia ou uma semana ou mesmo um mês de idade. Suponhamos que eram de outra forma – que diferença faria? A questão não é: Podem eles raciocinar? Nem: Podem eles falar? Mas: Podem eles sofrer? (BENTHAM, 1823, apud SINGER 2004, p.9)

Humphrey Primatt (1992) afirma que o animal está em condição mais vulnerável do que os humanos vulneráveis, pois para estes ou existe lei que os protegem ou então outros humanos que se compadecem, mas que para os animais não, já que eles sofriam dor e miséria, simplesmente

por serem animais. Além disso, na época que ele escreveu, era comum a punição de animais, somente por estes desagradarem os seus donos ou estarem na rua, visto que escreveu seus livros por volta de 1776.

Tom Regan (1983) trata da necessidade da defesa do direito dos animais, bem como a positivação destes em pé de equivalência com os direitos humanos, visto que ambos os indivíduos são sujeitos de uma vida, não havendo motivos para que a vida de um ou de outro seja valorada de forma diferente, sendo que conforme a recomendação kantiana: nenhum indivíduo deve ser tratado como coisa, recurso ou meio para satisfazer outro, questionando o princípio da igualdade em certa medida, uma vez que igualmente seres humanos e não humanas são criaturas capazes de experimentar o bem-estar e agir a fim de mantê-lo, este caracteriza tanto os humanos quanto os animais como sendo criaturas conscientes que possuem um bem-estar individual que tem importância para nós, independente da nossa utilidade para os outros.

Peter Singer (1975), em seu livro "Animal Liberation", cita o discurso de Henry Salt e sua importante contribuição para o reconhecimento do direito dos animais, no livro "Animal Rights: Considered in Relation to Social Progress" (1892), sendo o texto que Peter Singer destaca:

> Mas, pode ser replicado, simpatia vaga por animais inferiores é uma coisa, e o reconhecimento definitivo de seus 'direitos' é outra; onde está a razão para supor que devemos avançar da primeira fase para a última? A razão está exatamente no fato de que todo grande movimento de libertação seguiu essa linha. Opressão e crueldade fundam-se invariavelmente na privação de imaginação simpática; o tirano ou atormentador não pode ter um sentido genuíno de semelhança com a vítima de sua injustiça. Quando o sentido de afinidade finalmente acorda, o ultimato à tirania está dado e a concessão final de 'direitos' é apenas uma questão de tempo. (SINGER apud SALT, 1975, p.21)

O Relator, Ministro Humberto Martins do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1115916 de 18 de setembro de 2009, afirma que os animais não devem ser reconhecidos simplesmente como pro-

priedade ou bens, conceito ultrapassado, sendo estes sujeitos de direito, com o seguinte pronunciamento:

> A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas, motivo pelo qual, a administração pública poderia dar-lhes destinação que convier, nos termos do art.1.263 do CC. (BRASIL, 2009, *on-line*).

2. O ATUAL TRATAMENTO JURÍDICO DESPENDIDO AOS ANIMAIS

A Constituição Federal versa sobre a proteção dos animais em seu artigo 225, parágrafo 1º, ao dizer que:

> Artigo 225, § 1, Cabe ao Poder Público:
>
> VI – Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
>
> VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies e submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988, p.131)

Atualmente, não há qualquer legislação vigente que define claramente o conceito de crueldade, no que refere ao animal, sendo estabelecido pela única vez no Decreto nº 24.645, 1934. Outra lei nacional que trata sobre o tema é a Lei n° 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, também conhecida como a Lei de crimes ambientais e que traz no escopo do seu artigo 32 a tipificação da conduta de maus-tratos aos animais como crime, bem como sua sanção, agravando ainda essa conduta se dela resultar a morte do animal.

No âmbito internacional existe a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que é um tratado internacional, similar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ambos tratados em que o Brasil é signatário,

este primeiro versa sobre o direito dos animais, quanto a criação, a vedação aos maus tratos e diversas outras situações.

Caio Mário (2005) afirma que no Código Civil os animais são tratados tão somente como bens semoventes, sendo a classificação dos bens semoventes, bens que possuem movimento próprio, como por exemplo animais selvagens, domésticos ou domesticados. Os bens semoventes podem ser encontrados no artigo 82 do Código Civil, juntos aos demais tipos de bens.

O artigo 1.263 do Código Civil fala "Quem se assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei". Pelo fato de que o animal neste mesmo código é considerado tão somente um bem semovente este poderia ser expropriado, acerca disso o Ministro Humberto Martins, integrante do Superior Tribunal de Justiça, discursa que é inaplicável o dispositivo do artigo 1.263 do Código Civil aos animais,, pois estes são seres capazes de sentir dor e demonstrar afeto, não podendo serem considerados da mesma forma das outras coisas, como se estes não tivessem sinais vitais, cabendo ao poder público respeitá-los como seres detentores do direito à vida, que encontra-se localizado no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais da Unesco, tratado internacional que fora assinado pelo Brasil no ano de 1978.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856 do Rio de Janeiro, que tinha como objeto uma Lei Estadual de nº 2.985/98 que permitia a existência de rinhas de galo, entendendo o STF que esta suposta manifestação cultural que era alegada na lei era inconstitucional em face do artigo 225 da Constituição Federal que proíbe os maus-tratos aos animais, tendo os ministros do STF em sua maioria que a lei que estava em discussão estimulava a prática de atos de crueldade contra galos de briga, constituindo crime ambiental nos termos da Lei n° 9.605/98, artigo 32, não sendo possível a caracterização das rinhas de galo como atos inocentes de manifestação cultural, de caráter meramente folclórico.

No ano de 2015, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei 351 de 2015, de iniciativa do Senado Federal, já tendo sido apresentado anteriormente em 2013, com a motivação de tratar da situação dos animais e descaracterizá-los como coisas e para que posteriormente possa

existir um regime jurídico próprio para estes, visto que o Código Civil atual só traz dois tipos de relações jurídicas, a de bens e a de pessoas, esta alteração tinha como finalidade criar uma categoria de direitos atinentes à tutela do animal como um ser vivo e com dignidade, conforme pode ser visto em países europeus.

3. A VIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA GUARDA E ALIMENTOS PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS

Temos dois princípios implícitos no ordenamento jurídico pátrio, que podem ser aplicados em relação ao tema abordado no presente trabalho, sendo estes o princípio da busca pela felicidade e o princípio da afetividade.

O princípio da busca pela felicidade não foi contemplado explicitamente pela Constituição, quando da sua elaboração em 1988. Entretanto, na ADPF 132, o Relator (a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 5/5/2011, o Supremo Tribunal Federal atrelou este princípio ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirmando que este é implicitamente relacionado ao sistema constitucional vigente, "ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie" afirmou o Ministro Marco Aurélio (2011, p.212) na ADPF 132/ 2011.

No Direito de Família, em relação à felicidade, surgiu a figura da família eudemonista. Onde esta forma de família busca a felicidade individual de seus membros. Maria Berenice Dias (2011, p.55) "o eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade". Nesse sentido, a família passou a valorizar a busca da felicidade de seus indivíduos e o afeto entre os membros, como característica constitutiva da mesma.

> O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto no Texto Maior como sendo um direito fundamental pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade (TARTUCE, 2006, p. 47).

Em relação ao princípio da afetividade, Flávio Tartuce (2012) preleciona que afetividade não deve necessariamente ser confundida com amor, sendo o significado a interação ou a ligação, entre as pessoas, podendo ser negativa ou positiva, considerando positivo como amor, e o negativo como ódio, existindo ambos nas relações familiares, não devendo a análise jurídica estar trabalhando as relações familiares sem a observação deste princípio, mesmo que este não esteja expresso na legislação, sendo facilmente percebido o importante papel que este princípio ocupa no ordenamento jurídico brasileiro.

No projeto de Lei nº 1.365de 2015, que faz referência ao projeto de Lei 3.835/2015, de autoria de Ricardo Tripoli, o relator da Comissão de Constituição e Justiça Rubens Bueno, pronunciou que não existiam quaisquer objeções quanto aos pressupostos de constitucionalidade, bem como os requisitos de juridicidade, entendendo ainda pela necessidade de que a matéria seja disciplinada da lei como este discorre:

> Nos dias atuais, o apego das pessoas aos seus animais de estimação, que, em muitos lares, são criados quase como filhos pelo casal, gera uma série de controvérsias quando ocorre uma separação litigiosa. Nesses casos, a questão acaba desaguando no Poder Judiciário, onde os animais acabam, muitas vezes, partilhados como bens, sem viabilizar acordo sobre sérios itens como a visitação, por exemplo. Entendemos que os animais não podem ser mais tratados como objetos em caso de separação conjugal, na medida em que são tutelados pelo Estado. Devem, pois, ser estipulados critérios objetivos para fundamentar a justiça em sua decisão. (BUENO, 2015, *on-line*)

A 4ª Turma do STJ no dia 22/05/2018 passou a julgar acerca da competência do Judiciário, para julgar a guarda compartilhada de animais domésticos, onde o relator, ministro Luís Filipe Salomão, afirmou:

> Não é um tema menor ou bizarro ou que possa parecer diminuído pelo fato de se discutir aqui a relação afetiva. Nós vivemos em um tempo em que esses casos são recorrentes. É um tema relevante, envolve paixão, sentimento, dignidade dos conviventes de modo que eu não consigo verificar impedimento, vejo necessidade de a

> corte se debruçar neste tema. É um tema do momento, da pós-modernidade [...]. Hoje há famílias sem filhos, uma pessoa e um animal, duas pessoas e dois animais. Não vejo aqui um protagonismo exacerbado, vejo uma realidade que só avança. (SALOMÃO, 2018, *on-line*)

No projeto de Lei 473 de 2019, o deputado Rodrigo Agostinho apresenta novamente a matéria para que esta fosse discutida, movido pela necessidade de regulamentação da matéria, como este mesmo justifica, não sendo este projeto aprovado nas outras legislaturas, mas sendo um tema que demanda essa regulamentação legal, até o presente momento o projeto encontra-se na comissão de meio ambiente e desenvolvimento sustentável, tendo passado já pela coordenação de comissões permanentes e pela mesa diretora da câmara dos deputados.

> Os animais não podem ser mais tratados como objetos em caso de separação conjugal, na medida em que são tutelados pelo Estado. Devem ser estipulados critérios objetivos em que se deve fundamentar o Juiz ao decidir sobre a guarda, tais como cônjuge que costuma levá-lo ao veterinário ou para passear, enfim, aquele que efetivamente assista o pet em todas as suas necessidades básicas. (AGOSTINHO, 2019, *on-line*)

O tema necessita de regulamentação, conforme Garcia e Barrero (s/d), os animais de estimação estão cada vez mais inseridos nos núcleos familiares. "Nas últimas décadas, surgiu a concepção da família multiespécie, que consiste em um grupo familiar composto por pessoas que reconhecem e legitimam seus animais de estimação como membros da família". (GARCIA; BARRERO, s.d, *on-line*). No momento, não existe legislação específica que regule o tema, utilizando-se para julgamento dos princípios gerais do direito, de jurisprudências, da aplicação de outros dispositivos legais por analogia, uma vez que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 em seu artigo 4º, versa que "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

O projeto de Lei Complementar 27/2018, de autoria do deputado Ricardo Izar, aprovado pelo senado na data de 07 de agosto de 2019, es-

tabelece em seu artigo 2º, inciso III, como um de seus objetivos, o "reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento" ainda estabelecendo para os animais uma natureza *sui generis,* sendo estes sujeitos de direito sem personalidade jurídica, vedando o seu tratamento como coisa, tendo em vista que segundo o código civil e este o tratamento dado aos mesmos.

O judiciário tem se comportado no sentido de que os animais domésticos têm valor afetivo para as partes, bem como não devem estes serem tratados como coisas, sendo cada vez mais recorrente a demanda de guarda e visitação dos animais domésticos, tanto pelo lado afetivo, quanto pelo fato da preservação do animal, devido ao abrangente conceito de família e sua função social, os animais estão sendo considerados membros da família. Assim, O Superior Tribunal de Justiça decidiu por manter o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que havia fixado as visitas de forma semelhante a que é designada para os filhos, ainda determinando o compartilhamento das despesas de manutenção, com exceção das despesas de higiene e alimentação, e contrariando em certa medida o que havia sido decidido em primeira instância, onde ficou decidido que nenhum animal poderia integrar relações familiares similares a de pai e filho.

> A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade (STJ, 2018, REsp 1.713.167, *on-line*)

O STJ, por meio da sua 4ª turma cível, afirma que ainda que a posição adotada no julgamento acerca da qualificação jurídica dada aos animais, a resolução do litígio decorrente da dissolução da entidade familiar deve levar em conta a finalidade social, aplicada ao caso concreto, visando proteger o ser humano e seu vínculo afetivo com o animal, conforme a evolução da sociedade.

> Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente- dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais, também devem ter o seu bem-estar considerado. (STJ, 2018, REsp 1.713.167, *on-line*).

Em 2016 o TJSP, acerca da posse compartilhada e regime provisório de convivência do agravante com o animal de estimação, a gata "Mel", que fazia parte da rotina do casal desde 2007 e que residia, desde a separação, com a agravada, acabou por estabelecer que, em virtude de tratamento psicológico da agravada, o animal deveria permanecer com ela, mas como o agravante também demonstrava grande afeto pelo animal, foi deferido que o gato permaneceria com o agravante em finais de semana alternados, das 10 horas do sábado às 17 horas do domingo.

No ano de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo afirma que na disputa pelo animal de estimação, após a dissolução de uma união estável ou do casamento, existe uma semelhança com o litígio que envolve o estabelecimento de guarda e visitação de uma criança ou adolescente, sendo viável a aplicação analógica dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, diferenciando-se que deve ser estabelecida a guarda e visitação no melhor interesse das partes e não do pet, uma vez que o afeto tutelado é o das pessoas litigantes. Não deixando de lado a saúde do pet, pois conforme o artigo 32 da Lei nº9. 605 de 1998, "praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais" é punido com pena privativa de liberdade e multa. Neste julgado, a 7ª Câmara de Direito Privado decidiu que era de competência da 3ª Vara de Família e Sucessões do Foro Central de São Paulo julgar o caso em questão.

Na ação de guarda compartilhada de animais domésticos, entendendo o magistrado que a guarda compartilhada seria a opção mais razoável para o caso em questão, estabelece a visitação de 15 em 15 dias, com revezamento do pagamento do transporte do pet com intenção de tornar pacífica e plena a visitação, afirmando:

> O Acordo Total assinado pelas partes em sessão especial deve ser visto com bons olhos, pois veio tutelar uma realidade de muitos casais separados, consagrando que foi utilizada por analogia o ins-

> tituto da guarda aplicável aos filhos menores como decorrência do poder familiar, diante do silêncio do legislador sobre os animais domésticos, por serem seres vivos também titulares de direitos. Visto que existem casais que consideram os seus cães e gatos como verdadeiros filhos, nada impede que essas normas sejam aplicadas por analogia a esses casos concretos, como foi no presente caso. (TJRJ, 2017, *on-line*)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no ano de 2017, julgou apelação onde a apelante requereu a reforma da sentença proferida pelo juízo da Vara de Família e de Órfãos e Sucessões do Guará, que concluiu por ser improcedente o pedido de fixação de guarda alternada dos animais domésticos, alegando ser essencial a observância de que fora estabelecida uma relação de afeto entre os litigantes e os cães, devendo estes serem de acordo com o amplo conceito de família estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, estes últimos serem considerados como integrantes deste instituto jurídico. Tendo a apelada arguido que era pessoa hábil para o exercício da posse dos animais, podendo oferecer melhores condições para manutenção da qualidade de vida dos mesmos, inclusive dignidade. Por unanimidade a 8º Turma julgou improcedente o pedido, com embasamento que os artigos 1.583 e seguintes do Código Civil podem ser encontrados no Capítulo IX de título "Da proteção da Pessoa dos Filhos", tendo como função a regulação do exercício da pátrio poder após a dissolução de relacionamentos dos quais tiveram como fruto, filhos, não perpassando pela ideia de filiação, ou de membro de entidade familiar, o animal doméstico, mas como previsto no artigo 82 do Código Civil, estes são definidos como bens semoventes.

No ano de 2019, em ação de divórcio consensual, o juiz homologou acordo que estabelece ao ex-cônjuge varão a obrigação de pagar 10,5% do salário mínimo para custeio das despesas de três gatos e um cachorro, para ser depositada todo dia 06 (seis), sendo este pagamento uma obrigação vinculada a vida dos animais, incidindo multa de 10% acerca do descumprimento da mesma além da atualização monetária e juros de 1% ao mês, não advindo filhos deste relacionamento, nem bens a partilhar, ou sequer pensão para os ex-cônjuges, sendo a preocupação maior dos mesmos a situação dos animais.

Os Cartórios do Paraná, desde o dia 07 de agosto de 2017, realizam os registros de animais de estimação, inclusive produzindo uma certidão de nascimento dos pets, com nome, sobrenome da família e foto, este registro sendo feito inclusive para animais exóticos. "O documento vai detalhar a raça, a cor e o porte do animal, assim como algumas características específicas, como marcas que facilitem a sua identificação", afirma Arion Cavalheiro Jr (s/d, *on-line*), sendo que este projeto é uma iniciativa do Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoa Jurídicas do Brasil. Os cartórios do Rio Grande do Sul também realizam este tipo de registro, com fundamento inclusive na legislação vigente de registro, sendo que esta é composta do que segue: "na declaração deve conter a identificação do guardião e as características do animal como raça, sexo, idade, cor da pelagem, entre outros. Depois de preenchida, essa é registrada nos termos do artigo 127, parágrafo único, da Lei Nº 6.015/73", explica Daniel Tavares (s/d, *on-line*). O cartório Colorado, em Brasília, realiza também o registro de animais domésticos, discorrendo que este registro de animal doméstico garante a sua guarda e formaliza o vínculo de afeto com o referido animal, possuindo departamento próprio para realização do mesmo, chamado de ID Animal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho tinha como objetivo analisar a viabilidade da aplicação da guarda compartilhada e alimentar para animais domésticos e suas implicações, sendo elas positivas ou negativas.

A problemática deste tema girou em torno da necessidade de regulamentação legal para que exista uma segurança jurídica acerca da situação dos animais após a dissolução do relacionamento, seja união estável ou casamento, pois os animais não podem simplesmente serem considerados coisas como antigamente era feito.

A demanda da sociedade é para que seja possível a manutenção da convivência com o pet, mesmo depois desse rompimento com o companheiro ou companheira, enfrentando no judiciário decisões em todos os sentidos, desde de homologação de acordo que fixava a guarda, a visita e o custeio; decisões que entendiam ser incabível a discussão no direito de família; bem como decisões se adstringindo somente ao Código Civil, tratando ainda o animal como mero bem semovente, tendo como uma das mais recente o

reconhecimento por parte do Superior Tribunal de Justiça que os animais domésticos não podem ser considerados bens como antes eram, sendo relevante a discussão do tema e também necessária a normatização acerca desta demanda, tanto em relação à guarda/ visitação quanto a divisão das despesas de custeio e manutenção dos mesmos. Ainda, a decisão do STJ discorre que não se trata de um relação de genitor(a) e filho, mas sim de um relação de afeto entre animais e os responsáveis pelos mesmos.

Pode-se inferir do trabalho que existe a necessidade da regulamentação legal acerca do tema, uma vez que a sociedade, bem como o poder judiciário, já estão reconhecendo a importância dos animais, dos vínculos familiares e as mudança em relação ao papel social que estes ocupam e o vínculo afetivo que pode ser formado entre os humanos e estes seres.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos princípios da moral e da Legislação**, 1789.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856**, 2011.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5 outubro 1988.

_____. **Decreto nº 24.645,** de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

_____. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

_____. Projeto de Lei Complementar nº27/2018. **Tratamento jurídico dado aos animais**. Autoria: Ricardo Izar. Disponível em <https://

www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional> Acesso em: 07 ago. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado n° 351/2015**. Alteração do Código Civil. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697> Acesso: em 26 maio 2021.

_____. **Projeto de Lei n. º1.365**, de 2015. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.

_____. **Projeto de Lei n. º473**, de 2019. Dispõe sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências.

_____. STF.**ADPF 132**, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, julgamento em 26 Nov. 2012.

_____. **STJ se divide sobre dever de o judiciário regulamentar guarda de animais**. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2018-mai-23/stj-divide-dever-judiciario-regular-guarda-animais> Acesso em: 03 mar. 2021.

_____. STJ. Recurso Especial: REsp 1713167 SP 2017/0239804-9. Relator: Luís Felipe Salomão. DJe: 09/10/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9?ref=serp>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1115916**. Relator: Ministro Humberto Martins. Diário de Justiça da União, Brasília, 18 set. 2009, p. 358. Disponível em: Diário de Justiça da União. Acesso em: 15 mar. 2021

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1115916**. Relator: Ministro Humberto Martins. Diário de Justiça da União, Brasília, 18 set. 2009, p. 358. Disponível em: Diário de Justiça da União. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. TJDFT: **Apelação Cível n° 0004957-74.2016.8.07.0014**. 8ª Turma de Direito Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/processos/169507039/processo-n--0004957-7420168070014-do-tjdf>. Acesso em: 14 ago. 2020

_____. TJRJ. **Ação de Guarda Compartilhada de Animais domésticos: Processo 0023047-57.2017.8.19.0210**. 1° Vara de família da Regional Leopoldina. DJe: 14/12/2017. **TJRJ**, 2017. Disponível em: < https://advdenisereis.jusbrasil.com.br/artigos/533792654/acao-de--guarda-compartilhada-de-animais-domesticos-apos-separacao-de--casal>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. TJSP, **Divórcio Consensual**. CEJUSC. Comarca de Ribeirão Preto- SP, processo nº 0005363-41.2019.8.26.0506. Migalhas**,** 2019. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309927,61044-Exmarido+pagara+pensao+para+gatos+e+cachorro+apos+fim+do+casamento> Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. TJSP: **Agravo de Instrumento n° 2052114-52.2018.8.26.0000**. 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **TJSP**, 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/dl/vara-familia-julga-guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2020.

_____. TJSP: Agravo de Instrumento n° 2128999-78.2016.8.26.0000. 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. **Jus Brasil**, 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/116451009/processo-n-2128999-78201682600000-do-tjsp>. Acesso em: 14 ago. 2020.

CARTÓRIO COLORADO. **ID Animal**. Disponível em: <http://cartoriocolorado.com.br/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

DARWIN, Charles. **A Origem das Espécies, no meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza**, 1 vol., tradução do doutor Mesquita Paul.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ª edição rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GARCIA, Rita de Cassia; BARRERO, Stefany. **Violência doméstica e abuso animal**. Disponível em <http://www.agrarias.ufpr.br/portal/blog/noticias/artigo-violencia-domestica-e-abuso-animal > Acesso em: 06 ago. 2020.

GAZETA DO POVO. **Cartórios do Paraná vão emitir registro de nascimento a animais de estimação**. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/viver-bem/animal/cartorios-do-pr-tem-certidao-de-nascimento-para-pets/. Acesso em: 25 ago. 2020

OLIVEIRA, Gabriela Dias. **A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan**. Periódicos UFSC, Santa Catarina, v.3, n.3, p.283-299, Dez 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/14917/13584> Acesso em: 22 maio 2021

PRIMATT, Humphrey. **The Duty of Mercy**. [1776]. Editado por Richard D. Ryder e John Austin Baker. Fontwell/Sussex: Centaur Press, 1992.

SALT, Henry. **Animals' Rights: Considered in Relation to Social Progress**. Cornell University Library (1894).

SINGER, Peter. **Ética prática**. 4. ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes,2004.

_____. **Libertação Animal**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Vida Ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Traduzido por Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: Direito de Família.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>. Acesso em: 01 de agosto de 2019

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**, UNESCO, Bélgica, 1978.

A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA VETERINÁRIA FORENSE NA CRIMINALÍSTICA: ÊNFASE NO BEM-ESTAR ANIMAL, PATOLOGIA VETERINÁRIA, IDENTIFICAÇÃO ANIMAL E SEGURANÇA ALIMENTAR NA APLICAÇÃO TÉCNICO-PERICIAL

Samantha Stanco de Jesus [32]
Fabio Picciula Barazal [33]
Daniela da Cunha Santos[34]
Rosa Maria Ferreiro Pinto[35]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o serviço pericial criminal, objetivando evidenciar a importância da medicina veterinária no âmbito fo-

32 Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões individuais e coletivas pela Universidade Santa Cecília.

33 Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões individuais e coletivas pela Universidade Santa Cecília.

34 Mestranda em Direito da Saúde: Dimensões individuais e coletivas pela Universidade Santa Cecília.

35 Doutora e Mestra em Serviço Social pela PUC/SP.

rense. Através da pesquisa e revisão bibliográfica executada, explorou-se o bem-estar animal voltado para o conhecimento e satisfação de suas necessidades básicas; patologia veterinária enquanto instrumento em caso de óbito de animais ou ação diretas ou indiretas destes frente às resoluções de crimes contra a vida, identificação animal como ferramenta contributivo da análise pericial e segurança alimentar. A matéria desenvolvida neste artigo é de suma relevância frente ao novo contorno social, subsidiando, não somente a obtenção das provas técnicas frente aos vestígios encontrados, como o próprio sistema judiciário criminal como um todo, aliados aos direitos animais que, por vezes, são contrapostos a outras garantias.

Serão utilizadas como ferramentas as pesquisas bibliográficas, sendo estas desenvolvidas a partir de materiais publicados, tanto em livros, doutrinas, artigos, dissertações e afins; assim como a pesquisa descritiva, correlacionando fatos e fenômenos constatados. Utilizar-se-á uma revisão integrativa realizando inicialmente uma abordagem narrativa agregando-se à tarefa explicitação de razões, argumentos e observações pertinentes ao estudo, desembocando em um apanhado geral do tema e a solução dos conflitos encontrados ao longo da problematização.

1. DISCUSSÃO

As ciências forenses compreendem qualquer ciência que presta auxílio à justiça na busca da verdade, aplicando conhecimento técnico e científico, multidisciplinar e fundamental na resolução de questões criminais (VELHO *et al.*, 2017). A medicina veterinária legal ou medicina veterinária forense é uma especialidade prevista na Resolução nº 756/2003 do Conselho Federal da classe, direcionada aos conhecimentos científicos relacionados à saúde e bem-estar animal com intuito de aplicação de leis, colaborando com atividades judiciais (SANTOS FILHO & MAYRINK, 2017). O médico veterinário perito pode ser o ponto determinante na resolução de muitos casos de maus tratos ainda sem resolução. O veterinário perito está capacitado a emitir laudo pericial, ou seja, um documento habilitado no processo judicial.

É notório que o juiz, embora versado em cabedais jurídicos, por vezes necessita da manifestação de um especialista em determinada área que fuja de alçada, para que seja capaz de solucionar a lide de forma mais justa pos-

sível. Essa necessidade torna-se cada vez mais comum, visto estarmos em uma geração em que os processos estão cada dia mais complexos.

É inegável o fato de que a justiça serve não somente para punir o culpado, inocentar um réu, ou dar a "César o que é de César", a aplicação do direito hoje tende a incentivar ou não determinadas condutas. Neste sentido o perito veterinário fornece ao judiciário conhecimentos técnicos extrajurídicos, do qual sem eles fica impossível a aplicação sensata e imparcial do direito. Seja para a apuração dos fatos ou para verificação de nexos de causa e efeito, ou, até mesmo para verificar as consequências inerentes ao ato.

No Brasil, na última década, tem sido constatado crescente demanda na solução de crimes contra animais, ou contra a vida que direta ou indiretamente possuem ligação com a veterinária aplicada, tornando a ênfase forense uma especialidade importante (GARCIA, 2017), mas ainda pouco explorada. Nos últimos anos, a sociedade tem se tornado mais crítica e demonstrado preocupações a respeito dos modelos de produção e às condições de bem-estar animal de modo geral.

Destarte o objetivo deste estudo é compreender a atuação e importância da medicina veterinária forense aplicada, dando ênfase ao bem estar animal, patologia veterinária, identificação animal e segurança alimentar na aplicação técnica pericial. Assim sendo, é nesse contexto que abordaremos os tópicos que seguem. Para tal, este trabalho subdivide em capítulos que farão compreender o objetivo geral supra.

2. BEM-ESTAR ANIMAL

Bem-estar animal trata-se de uma ciência voltada para a percepção analítica e satisfação das necessidades básicas dos animais. O escopo primordial é designar o grau em que as necessidades físicas, psicológicas, comportamentais, sociais e ambientais de um animal são satisfeitas. Além do conceito de necessidades, a expressão se relaciona com vários outros, entre eles, dor, sofrimento, emoções, ansiedade, estresse, medo, controle e saúde. Trata-se de dominar a natureza holística, implicando na atenção não apenas para a saúde física dos animais, como também para sua saúde mental e comportamental, suas interações sociais e sua adaptação ao meio ambiente (UNIVERSIDADE DE BRISTOL/WSPA, 2004).

A gnose supra deve ser encarada como uma ferramenta que instrumentaliza, trazendo conceitos e critérios objetivos que permitem a avaliação da qualidade de vida dos animais e todos os impactos possíveis das ações do "homo sapiens" sobre este cenário.

A carência no bem-estar animal traz importantes indicativos e, podem originar, entre outras consequências, a redução da expectativa de vida, redução ou mutação no crescimento biológico natural, diminuição ou ausência de reprodução, imunossupressão, lesões corporais e doenças associativas, alterações comportamentais, alteração do processo fisiológico normal e do desenvolvimento anatômico. Assim sendo, conhecer e aplicar o presente estudo é, modernamente, atributo necessário não só ao profissional da veterinária, mas também a todos os demais competentes de áreas subjacentes e interligadas. (UNIVERSIDADE DE BRISTOL/ WSPA, 2004).

Mister colacionar que, em novembro de 2006, a *American Veterinary Medical Association's* (AVMA) deparou-se com a necessidade de estabelecer diretrizes, "princípios do Bem-estar Animal" (AVMA, 2007), que norteiam a avaliação de políticas, resoluções e ações relativas aos animais no território americano.

Todas as perquirições e descobertas acerca do tema funcionam como estruturantes basilares para definição de leis, acordos, tratados, diretrizes, dentre outros objetos que garantam o cumprimento e o respeito aos direitos dos animais, salvaguardando a qualidade de vida e progressão natural.

O controle populacional animal, a esterilização, o registro animal, a posse responsável, a educação em saúde, bem como a eutanásia, são amplamente discutidos, em especial em regiões onde ainda se faz mister o aclaramento dos direitos dos animais. As posturas sociais frente à sua responsabilidade juntamente com as legislações atualmente existentes (sejam municipais, estaduais e federais) são passíveis de aplicação imediata.

De acordo com a Associação Mundial de Veterinária *(World Veterinary Association)* considera-se como requisitos primordiais ao bem-estar aos animais cinco quesitos básicos onde o animal deve ter sua fome e sede supridas, priorizando conforto, sua saúde geral, suas vontades, levando em conta suas expressões e reações que norteiam aquilo que se considera normal e anormal no comportamento animal (WVA, 1989).

Verifica-se questionamentos basilares para ponderar o bem estar animal. Uma vez que estes seres não possuem a capacidade de comunicação tradicional, é necessário utilizar-se de parâmetros observacionais que direcionam os profissionais, considerando, por exemplo, o estado psicológico (análise de emoções, comportamentos padrão); a dinâmica biológica do animal (estrutura orgânica, desenvolvimento biopsicomotor, método reprodutor, métodos de superveniência, obtenção de subsistência no meio natural); dentre outras condições referenciais que resultem em uma análise comportamental, vertendo a resultados padronizados que logram êxito em determinar o que é ou não um "bem" ao animal investigado.

3. PATOLOGIA VETERINÁRIA

O aumento da conscientização social frente à importância dos direitos dos animais e às consequências legais referentes à prática da medicina veterinária ligada ao Direito Penal e ao processo de Perícia Forense reflete na crescente demanda pela medicina veterinária legal. A patologia forense é instrumento carregado de importância quando o foco é óbito de animais com suspeita de maus-tratos, negligência, intoxicações exógenas, erros médicos, dentre outros. Já na análise de crimes contra a pessoa, trazido pelo Ordenamento Jurídico Penal Vigente, intensifica-se a relevância no estudo circunstancial da cena do crime, presença de animais doméstico que auxiliam no levantamento das hipóteses dos laudos técnicos, possibilidade de ação animal no cadáver por circunstâncias ambientais, dentre outros.

É de vital importância reconhecer os aspectos morfológicos tanto macro quanto microscópicos e é na Patologia que encontramos essa característica basilar, apresentando uma combinação de exposições teóricas e práticas, trazendo diagnóstico patológicos com ampla atuação na ciência médica adequados ao âmbito penal.

Os patologistas dedicam-se ao desenvolvimento científico, comumente através da patologia experimental; ao estudo da história natural das doenças dentro da própria sala de necrópsia; a patologia cirúrgica diagnóstica e Citopatologia; ou pela análise e elaboração de laudos (pareceres anatomopatológicos) em exames. Aqueles que se dedicam preferencialmente à patologia diagnóstica são denominados patologistas cirúrgicos.

A Anatomia patológica preocupa-se com o diagnóstico. A necropsia, por sua vez, volta-se aos fins periciais. É de vital importância para a simbiose entre a medicina veterinária e o direito penal o conhecimento das bases da patologia forense, uma vez que deverão ser apresentados de forma técnica e a termo todos os requisitos científicos de ambas as áreas para que os resultados analíticos sejam tecnicamente fundamentados e minimamente contestáveis.

Dentro da clínica veterinária a patologia objetiva executar e interpretar os exames laboratoriais, auxiliando os profissionais no diagnóstico, acompanhamento e direcionamento das enfermidades ou possíveis causas eventuais de crime. Exalta-se a importância no campo pericial através da análise clínica, pois a presença de qualquer achado laboratorial agrega informação ao perito que, por sua vez, traça hipóteses de solução criminal, estabelece o estágio de uma doença, indica um possível prognóstico , monitora a evolução patológica ou desvenda a *causa mortis*. A partir do momento que a sociedade se conscientiza de seus direitos, aumenta o número de perícias em animais com relação aos casos de traumas, fraudes e toxicologia. (FRANÇA, 2011)

A necropsia forense visa clarificar os mecanismos, efeitos e *causa mortis*. O perito, através da investigação, examina/determina causas, circunstâncias e tempo estimado do óbito, além de análise entomológica, de alterações dos fragmentos epiteliais e de manchas / rigidez cadavérica, de presença /tipo de lesões, de substâncias danosas encontradas em determinadas áreas do corpo e identificação de espécie animal.

4. EXAME DE CORPO DE DELITO EM ANIMAIS

Compete à criminalística determinar a origem comum dos indícios e produzir a prova pericial, baseando-se em princípio técnico-científico, correlacionando a tríplice: autor, local e vítima, aos meios (*modus operandi*), motivo e oportunidade; considerando sempre o local do crime como o cerne para toda a investigação.

Em qualquer campo profissional faz-se necessário possuir um procedimento operacional padrão (POP) cujo principal objetivo é orientar as equipes no desempenho de suas tarefas e, na perícia criminal, não é diferente. Assim, para executar as análises em locais de crime deve-se ter em mente que **todo contato deixa uma marca,** inclusive aquela even-

tualmente deixada pelo próprio perito no local e, por conta disso, é de extrema importância a cautela e proficiência para este trabalho.

Com base na legislação vigente, a Medicina Veterinária Forense tem como fito a proteção de animais domésticos e selvagens e é através desses conhecimentos técnico-científicos aplicando-se a interdisciplinaridade que a perícia busca solucionar o certame criminal utilizando-se da obtenção de provas e análises de vestígios que subsidiam o laudo técnico, que será peça imprescindível para o devido andamento processual.

O exame de corpo de delito, por sua vez, comporá o laudo técnico, sendo que o parecer que dele advir será quesito basilar para fundamentar o raciocínio de solução fática em local de crime.

A Lei 5.517/68, artigo 5º, alínea "g" e "f" (BRASIL, 1968), que dispõe sobre o exercício da profissão, estabelece que é competência privativa do médico-veterinário aos seguintes atos:

> a peritagem sobre animais, identificação, vícios, doenças, acidentes e exames técnicos em questões judiciais" (como no caso de exames toxicológicos, sanitários e aquelas inerentes à necropsia animal); "as perícias, os exames e as pesquisas reveladoras de fraudes ou operações dolorosas em animais inscritos em competições esportivas e em exposições pecuárias.

Vale destacar que em meados de 2018, aprovou-se projeto de lei que alterou, à época, a Lei de Crimes Ambientais majorando a pena para crimes de maus-tratos praticados contra animais.

Apesar da medida supra, observou-se um aumento significativo nos casos de maus-tratos animal, ou talvez os olhares estejam mais engajados e fervorosos para a "causa" crescente e, com este movimento sincrético, o legislativo tende a agir. Frente à necessidade e clamor social aprovou-se em setembro de 2020 a PL 1.095/2019 que novamente trouxe significativas alterações na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), inserindo um item específico para cães e gatos, animais domésticos mais comuns e principais vítimas de crimes conforme registros da Delegacia Eletrônica de Proteção Animal (Depa).

O próprio Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) alerta quanto à indispensabilidade da prova técnica dentro do âmbito forense

vinculado aos direitos animais. Assim, para que haja responsabilização cível e criminal dos envolvidos e/ou suspeitos é imprescindível a produção da prova material que subsidie todo o processo judicial e, para tanto, faz-se necessário a aplicação da perícia médica veterinária por proficiente que se incumbirá de coletar os vestígios, comprovando e correlacionando os indícios ao fato consumado (*"Consummatum est")*

De acordo com o artigo 158 do Código de Processo Penal (CPP), quando uma infração deixar vestígios é indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, sendo que a confissão do acusado não suprirá tal ato, o que corrobora com a importância dos procedimentos periciais, repetidamente asseverada neste trabalho.

Lamentavelmente, até o presente momento, a Legislação Brasileira não preceitua como obrigatório a realização do exame do corpo de delito em animais, porém, vale destacar que, em fase processual, o juiz poderá nomear profissional técnico e abalizado para servir como auxiliar da justiça (*"Amicus curiae")*. Vastas, portanto, são oportunidades laborais e o exercício do médico veterinário dentro da perícia criminal.

5. IDENTIFICAÇÃO ANIMAL

Uma maneira eficiente de se monitorar a performance dos animais é através da identificação individual. Existem várias formas de aplicação que variam de acordo com a espécie trabalhada. Assim, bovinos podem ser identificados por brincos; suínos, ovinos e caprinos por tatuagem e os cães apresentam várias opções tais como coleira com plaqueta, tatuagem, implantação de microchipagem. O microchip para animais trouxe um interessante avanço tecnológico, no entanto, a falta de banco de dados nacional unificado ainda impossibilita a utilização plena deste mecanismo dentro da investigação criminal.

Frente às carências do próprio sistema, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa) publicou em janeiro de 2018 a Instrução Normativa nº 05 (BRASIL, 2018) que cria o Banco Central de Dados de Identificação Animal para todas as espécies. Os dados (numerária) serão padronizados conforme as normas internacionais (ISO - Organização Internacional para Padronização). Cada código de identificação de animais será formado pelo número 076 (código ISO Brasil), seguido por uma

sequência exclusiva de doze dígitos numéricos. O Código será visualizado em elemento externo (brinco) ou pela leitura eletrônica de dispositivo implantado (chip). O banco fará parte do módulo rastreabilidade da Plataforma de Gestão Agropecuária (PGA).

Segundo o secretário de Defesa Agropecuária, Luis Rangel, a adesão ao banco de dados é opcional. O benefício para o produtor será a possibilidade de ter seus animais identificados conforme as exigências internacionais, em uma plataforma pública, aprovada pelo MAPA.

Salienta-se que esta ferramenta é de grande valia para a medicina veterinária forense e para própria investigação criminal como um todo, uma vez que pelo rastreio animal pode-se evidenciar e/ou comprovar a negligência, imperícia ou imprudência, constatando ações dolosas, omissivas ou comissivas, por parte de donos/cuidadores; complementando os exames periciais analíticos e aumentando assim as chances de identificar e responsabilizar criminalmente os culpados.

6. SEGURANÇA ALIMENTAR

Os programas HACCPP (sigla advinda do inglês "Hazard Analysis and Critical Control Point, com significado: Análise de Perigos e Controle de Pontos Críticos) que norteiam a indústria de alimentos, têm como objetivo a segurança alimentar, devido ao aumento de doenças decorrentes de alimentos que afetam diretamente a saúde animal. Os agentes causadores das doenças alimentares podem ser classificados em três grupos (físicos, biológicos e químicos).

A Comissão de Tecnologia do Sindirações/Anfar/CBNA/Ministério da Agricultura sugeriu o termo "micronutrientes de alimentação", referindo-se a toda substância ou mistura de substâncias adicionadas, de forma planejada, aos alimentos para animais com a finalidade de conservar, intensificar ou modificar suas propriedades adequadas e suprimir as propriedades inadequadas aplicando-se determinadas normas.

Assim, os programas HACCPP aplicados à indústria servem como instrumento de gestão de segurança de alimentos, com aplicabilidade de modo sistemático, preventivo e proativo; subsidiando, assim, a análise pericial em casos de crime.

Apesar de bem acabado, viu-se a necessidade de estabelecer formalmente princípios para o programa supra, neste sentido, com relação aos pontos críticos faz-se mister: identificá-los; analisar seus perigos; estabelecer medidas preventivas limitando-os; estabelecer ações corretivas caso seja necessário; estabelecer procedimentos para detectar se o sistema está funcionando corretamente e manter relatórios do sistema HACCPP. Elucida-se que, no que tange à segurança e à qualidade dos alimentos, tais exigências não devem ser ignoradas.

CONCLUSÃO

O meio ambiente ganhou ênfase social, trazendo à luz preocupações antes ignoradas, assim, os animais passaram a ser vistos sob outra ótica. No contexto atual, observou-se um aumento significativo no número de casos periciais envolvendo animais, fazendo-se cada vez mais premente a realização de perícias veterinárias.

O exame do corpo de delito, quando devidamente executado, é fundamental para o sucesso de uma perícia e solução do caso. Neste contexto, o aumento de estudos na área tem tornado a Medicina Veterinária Forense uma importante especialidade. O médico veterinário, enquanto profissional perito, deve atuar de forma isenta e imparcial, elaborando laudos, informações e pareceres a serem utilizados como prova pelo Poder Judiciário e/ou outras instituições.

O âmbito pericial vem conquistando cada vez mais espaço dentro da Medicina Veterinária. A perícia veterinária forense objetiva auxiliar a Justiça na investigação de crimes que, direta ou indiretamente, se correlacionam com os animais. A presença e maior atuação dos médicos veterinários como peritos criminais, capacitados para elaboração de laudos técnicos, observando a justiça e a imparcialidade, frente a criminalística é uma necessidade latente.

A expressão latina "*da mihi factum dabo tibi jus"* traduz-se como**: "**Dá-me os fatos, dar-lhe-ei o direito"*,* esta sentença evidencia a inegável importância da devida instrução probatória para fazer valer os direitos de forma plena, pois sem provas não há responsabilização, nem tampouco sanção a ser aplicada.

Atualmente, em decorrência da precariedade estrutural, ineficiência na preservação do local do crime, falta de habilitação na análise dos vestígios, deterioração e/ou perda de provas técnicas e menosprezo frente a aplicação de áreas primordiais como a veterinária forense, faz-se inviável a resolução do mérito danificando assim a análise pericial e o próprio trabalho do perito, fato este, que traz consequências negativas incalculáveis tanto para a criminalística, como para com toda a sociedade. Inegável, portanto, a necessidade de vociferar a importância da medicina veterinária forense para alcançar a maestria necessária às resoluções criminais.

REFERÊNCIAS

AMERICAN VETERINARY MEDICAL ASSOCIATION. **Animal Welfare Principles**. Disponível em: <http://www.avma.org/issues/policy/animal_welfare> Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Lei Federal nº 5.517, de 23 de outubro de 1968. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de outubro de 1968. Disponível em: < www.cfmv.org.br/portal/legislacao/leis/lei_5517.pdf > Acesso em: 26 ago. de 2020

_____. **Instrução Normativa nº 5**, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, n. 1, p. 90, 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-2023778> Acesso em: 24 maio 2021.

BROOM, D.M. **Bem-estar animal.** *In*: Comportamento Animal, 2. ed, ed. Yamamoto, M.E. and Volpato, G.L., pp. 457-482. Natal: Editora da UFRN, 2011.

FEIJÓ, A. M. G. S.; BRAGA, L. M. G. M.; PITREZ, P. M. C. **Animais na pesquisa e no ensino: aspectos éticos e técnicos.** Porto Alegre: EDPUCRS, 2010.

FRANÇA, G. V. **Medicina legal.** 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

GARCIA, R. C. M. **Desafios para o enfrentamento da negligência.** *In*: TOSTES, R. A., REIS, S. T. J. & CASTILHO, V. V. (eds.) Tratado de medicina veterinária legal. Medvep, Curitiba, Paraná, 2017.

GARCIA, R. C. M.; GONÇALVES, Y. S.; ROSSA, K. A.; WOLF, R. **Tópicos em Medicina Veterinária Legal.** Ministério Da Educação Universidade Federal Do Paraná Graduação em Medicina Veterinária e Medicina. Veterinária Legal. 1ª Ed. fev. 2019.

GARCIA, R. C. M.; GONÇALVES, Y. S.; ROSSA, K. A.; WOLF, R. **Tópicos Em Medicina Veterinária Legal**. Universidade Federal do Paraná, Graduação em Medicina Veterinária Medicina Veterinária Legal. 1ª ed. fev. 2019.

SANTOS-FILHO, A. M. P.; MAYRINK, R. R. **Medicina Veterinária Forense.** *In*: VELHO, J. A., GEISER, G. C. & ESPÍNDULA, A., A. (eds.) Ciências Forenses, uma introdução às principais áreas da criminalística moderna. Millennium, Campinas, 2017.

TOLEDO, F. A. **Princípios básicos de direito penal.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TREMORI T. M.; ROCHA N. S. Exame do corpo de delito na Perícia Veterinária. **Revista de Educação Continuada em Medicina Veterinária e Zootecnia do CRMV-SP**. São Paulo, v. 11, n. 3, p. 30-35, 2013.

UNIVERSIDADE DE BRISTOL (UK). WORLD SOCIETY FOR THE PROTECTION OF ANIMALS (WSPA). **Conceitos em Bem-Estar Animal.** CD-Rom. Londres: WSPA, 2004.

VELHO, J. A., GEISER, G. C.; ESPINDULA, A. 2017. **Ciências Forenses: Uma introdução às principais áreas da criminalística moderna.** Campinas: Millenium Editora, 2017.

A VAQUEJADA NO BRASIL E O SURGIMENTO DE UMA NOVA ÉTICA ANIMAL

Willian Carlos F. Barcelos[36]

INTRODUÇÃO

Esse artigo tem como objeto de estudo a vaquejada, uma prática esportiva e cultural que remonta o período colonial. A vaquejada é muito difundida no nordeste brasileiro e nos últimos anos, com a evolução do debate em torno dos direitos dos animais, tem sido questionada no campo jurídico, por violar, em tese, dispositivo constitucional.

A pesquisa se compõe de referencial teórico, algumas legislações e documentos atinentes à vaquejada e o acórdão dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADI 4983/CE que suspendeu a regulamentação da atividade no estado do Ceará.

Sabe-se que há muitos interesses, inclusive financeiros, por detrás deste tipo de evento. Eles movimentam o ambiente político, ao arrepio daquilo que o Supremo Tribunal Federal decidiu em 2016, tendo como precedentes a "farra do boi" e a "rinha de galos", ambas declaradas inconstitucionais pelo STF.

---

36 Mestre em Educação, Cultura e Organizações Sociais pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Especialista em Gestão de Recursos Humanos e Meio Ambiente pela UCAM. Licenciado em História pela Universidade de Itaúna. Bacharelando em Direito pela Faculdade de Nova Serrana.

A finalidade é refletir sobre os debates jurídicos que foram travados na Corte e seus desdobramentos políticos, visando demonstrar que persistem divergências ideológicas quanto à defesa dos animais, que mesmo protegidos pela legislação encontram dificuldades diante de outras garantias constitucionais.

Trata-se de reflexões que, independentemente de pré-conceitos, devem ser vistas como salutares para a sociedade, que notadamente é construída e se manifesta a partir de pensamentos divergentes e do surgimento de novos padrões éticos.

1. A VAQUEJADA NO BRASIL: DAS ORIGENS À CONTESTAÇÃO

A produção açucareira se desenvolveu no nordeste brasileiro a partir do século XVII, momento em que os europeus introduziram o gado como atividade paralela, cujo objetivo era fornecer alimentos, servir de transporte e manter os engenhos. As duas economias se dispersaram, de modo que a pecuária migrou para o interior e os engenhos permaneceram no litoral (CASCUDO, 1976; TAPETY, 2007).

Os europeus também trouxeram práticas de transporte e doma, que não funcionaram de modo eficaz, já que o espaço livre era insuficiente para o emprego de todas as técnicas. As propriedades rurais não possuíam cercas divisórias e o gado criado solto embrenhava-se com frequência na vegetação (CASCUDO, 1976).

Assim, os vaqueiros reuniam-se para entrar na mata, onde procuravam pelo "barbatão", um touro ou novilho selvagem, que não sendo domesticado, resistia. Então era necessário pegá-lo de carreira, puxado e derrubado pelo rabo, para que fosse agregado ao rebanho (BEZERRA, 1978).

Cascudo explica que a:

> [...] derrubada no fechado, derrubada no mato, era a solução comum, usual, costumeira. O derrubar no limpo, terreiros e pátios de fazendas, era divertimento, folguedo, vadiação permissível nos finais da "apartação", como espetáculo e prêmio aos dias de campo, esgotantes e ásperos (CASCUDO, 1976, p. 27).

Foi assim que a "derrubada pela cauda" se transformou em tradição, de uma necessidade dos vaqueiros ao divertimento e prática esportiva.

1.1. A VAQUEJADA COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL

Os vaqueiros capturavam o gado solto para contar o número de reses, marcá-las, castrá-las, tratar-lhe das feridas, entre outras coisas. Por isso as iniciais ferradas no lombo serviam para entregá-las aos proprietários. Quanto ao barbatão, este era entregue à Intendência Municipal, que funcionava como uma espécie de prefeitura (CAVALCANTI, 2021).

Essa atividade ficou conhecida como apartação e ocorria normalmente entre os meses de junho e julho, quando o pasto estava mais favorável ao trabalho dos vaqueiros. A "Festa da Apartação" marcava o encerramento desse período. Nela os vaqueiros demonstravam suas habilidades e garantiam diversão para os donos de fazenda (SILVA; ALVES apud CAVALCANTI, 2021).

Nos anos de 1940, a "derrubada de boi pelo rabo" tornou-se uma festa popular patrocinada pelos fazendeiros nordestinos. Eles organizavam eventos, faziam apostas e pagavam prêmios aos vencedores.

1.2. A INCORPORAÇÃO DE NOVOS ELEMENTOS

Entre os anos de 1960 e 1970, a vaquejada - um prolongamento da apartação - contava com poucos vaqueiros e era restrita a um pequeno público. Contudo, os forrós, as danças e as bebidas foram introduzidos e passaram a atravessar a noite (BEZERRA, 1978).

A partir da década de 1980 mudaram-se as regras da vaquejada, que passou a valorizar a melhor técnica [de derrubada do boi] e não a simples força do vaqueiro. Os prêmios passaram a ser pagos a todos os participantes e o evento se tornou um bom negócio.

> De 1990 até hoje, a vaquejada popularizou-se de tal maneira que se transformou em competições grandiosas, com regras bem definidas, oferecendo grandes prêmios e gradativamente virando "indústrias" milionárias. Há diversos parques de vaquejada no Nordeste e no Brasil inteiro que reúnem vaqueiros de todas as partes para

> disputarem a glória e os prêmios (SILVA apud CAVALCANTI, 2021, p. 3).

A Associação Brasileira de Vaquejada[37] confirma que a atividade é "um grande negócio", referindo-se ao retorno financeiro dos ingressos, ao reconhecimento do vaqueiro como atleta e ao surgimento de uma nova geração do forró, que passaram a contar com parques lotados.

1.3. EMBATE JURÍDICO ENVOLVENDO A VAQUEJADA

Como se vê, a vaquejada tem suas origens no nordeste colonial e atravessou séculos até ser reconhecida como esporte. Isso não impediu que fosse combatida pelos movimentos de proteção ao meio ambiente e de defesa dos animais, especialmente após o estado do Ceará regulamentá-la.

A Lei 15.299/2013 conceituou a vaquejada como um evento de natureza competitiva no qual uma dupla de vaqueiros, ambos montados a cavalo, perseguiriam um animal bovino com o objetivo de dominá-lo.

De acordo com essa lei, caberia aos organizadores a adoção de medidas de proteção à integridade física dos animais, devendo ser expulso da prova o vaqueiro que, por motivo injustificado, se excedesse no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional.

Com poucos artigos, a legislação definia os critérios gerais para o julgamento das provas, sendo eles: destreza e perícia no domínio do animal; e para a organização da competição, a necessidade de segurança aos vaqueiros, animais e público em geral.

Além disso, a vaquejada poderia ser organizada nas modalidades amadora e profissional, mediante inscrição dos vaqueiros, em torneios patrocinados não apenas pelo setor privado como pelo poder público.

1.4. POSSÍVEL VIOLAÇÃO DA LEI Nº 15.299/2013 AO TEXTO CONSTITUCIONAL

Em 2013, a Procuradoria-Geral da República requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, sob argumento de viola-

37 EVOLUÇÃO DA VAQUEJADA. Disponível em: https://www.abvaq.com.br/institucional. Acesso em: 14 jun. 2021.

ção ao Art. 225, § 1º, VII, da Constituição Federal, que impunha ao poder público preservar o meio ambiente e proteger a flora e a fauna, sendo "vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade".

Tratava-se de inequívoco conflito de normas constitucionais, visto que o artigo 225 assegurava o direito ao meio ambiente, especialmente no tocante aos animais, enquanto o artigo 215 garantia o direito às manifestações culturais.

O Supremo já havia sido submetido a casos semelhantes. Entre os precedentes estavam a ADI 2514/SC relacionada à "farra do boi" e a ADI 1856/RJ que visava proibir as "brigas de galos".

Sobre a farra do boi, o Supremo reconheceu que a sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com as normas constitucionais e que as brigas de galos corresponderiam a uma prática criminosa tipificada na legislação ambiental e contrária à Constituição.

Ocorre que a vaquejada era reconhecida como uma modalidade de rodeio:

> Art. 1º - Considera-se atleta profissional o peão de rodeio cuja atividade consiste na participação, mediante remuneração pactuada em contrato próprio, em provas de destreza no dorso de animais equinos ou bovinos, em torneios patrocinados por entidades públicas ou privadas.
>
> Parágrafo único. Entendem-se como provas de rodeios as montarias em bovinos e equinos, as vaquejadas e provas de laço, promovidas por entidades públicas ou privadas, além de outras atividades profissionais da modalidade organizadas pelos atletas 0 Federal 10.220, 2001).

O governo do Ceará também defendeu que se tratava de um patrimônio cultural do povo nordestino, com reflexos no turismo e na geração de empregos sazonais. Não se equiparando às "brigas de galos" ou à "farra do boi", inclusive do ponto de vista da crueldade contra os animais.

Porém, os laudos técnicos anexados a ADI 4983/CE demonstravam lesões traumáticas nos animais, que em fuga, tinham a cauda arrancada, e,

consequentemente, os nervos e a medula espinhal comprometidos, acarretando dores físicas e sofrimento mental.

2. A ANÁLISE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A ausência de impugnação da Lei Federal 10.220/2001 não prejudicou o julgamento da ADI 4983/CE, sob argumento que a referida norma não era suficiente para autorizar a vaquejada no Brasil.

O relatório do ministro Marco Aurélio de Mello apontou que "a atividade de perseguir animal que está em movimento, em alta velocidade, puxá-lo pelo rabo e derrubá-lo" não merece o rótulo de vaquejada, pois configura maus-tratos, inexistindo "a mínima possibilidade de o boi não sofrer violência física e mental quando submetido a esse tratamento". E complementou:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988 (STF, 2016, p. 13).

O relator votou pela inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, mas em seguida, o ministro Edson Fachin inaugurou a controvérsia, valendo-se da petição inicial para reconhecer a vaquejada como manifestação cultural.

Portanto, há um reconhecimento, na própria petição inicial, de tratar-se de uma manifestação cultural. E, nesse sentido, esse reconhecimento parece-me atrair o caput e o § 1º do art. 215 da Constituição Federal. O § 1º, por si só, já indica, no meu modo de ver, uma outra direção. Sendo do seu dispositivo: § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (STF, 2016, p. 14).

Fachin defendeu que não havia nada que demonstrasse, de modo cabal, relação da vaquejada com a farra do boi ou com a rinha de galos e que o caso precisava ser analisado sob um olhar que alcançasse "a realidade advinda da população rural".

Noutras palavras, tal população não dispõe do mesmo acesso às manifestações culturais que são próprias da sociedade urbana, emendando

que a vaquejada representa "o modo de criar, fazer e viver da população sertaneja", nos exatos termos do art. 216, II, da Constituição Federal.

Também contrário, o ministro Gilmar Mendes confessou-se assustado com a manifestação do relator, pois não via a possibilidade de se aplicar os precedentes da farra do boi e da rinha de galos. Segundo ele, as questões não poderiam ser levadas a ferro e fogo, sob pena da vida se tornar muito chata.

> E ainda que, em alguns casos, nós possamos ter situações em que há possível lesão ao animal, talvez a medida não devesse ser a de proibição da atividade, tendo em vista exatamente esse forte conteúdo cultural, mas pensar em medidas que, como foi dito da tribuna pelo Doutor Almeida Castro, contribuíssem para cumprir o desiderato preconizado pelo próprio legislador (STF, 2016, p. 17).

Além disso, o artigo 217, IV, da Constituição prescreve: "é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional".

> A inconstitucionalidade resultaria em jogar na ilegalidade milhares de pessoas que se dedicam a essa atividade em caráter amador ou profissional - esses números são impactantes -, pessoas que se reúnem para também ver esse tipo de espetáculo. Quer dizer, retirar dessas comunidades o mínimo de lazer que, às vezes, se lhes propicia (STF, 2016, p. 19).

O ministro Ricardo Lewandowisk disse que havia em São Paulo uma farta jurisprudência proibindo o uso de instrumentos lesivos nas vaquejadas, citando a tradicional Festa do Peão de Barretos, que realizava seus eventos sem a utilização daquilo que causasse lesão, ferimento ou sofrimento nos animais. O STF poderia permitir a vaquejada sem martírio para os animais?

Prudentemente, o ministro Luís Roberto Barroso pediu vista do processo para melhor se instruir.

> [...] se há uma manifestação cultural legítima que causa dramática crueldade ao animal, eu não teria dúvida de me manifestar contra.

> Se há uma manifestação cultural que não causa, como regra, um sofrimento irrazoável ao animal, eu acho que a visão deve ser diferente (STF, 2016, p. 21).

O ministro Luiz Fux disse que iria "evidentemente, aguardar, como sempre, o voto profícuo do Ministro Luís Roberto Barroso", pois a Corte poderia chegar a um meio-termo. "Eu também não entendo de vaquejada, não sei que tipo de regra se poderia estipular".

> Muito embora, na parte fática, eu não tenha esse conhecimento que, aqui, o Ministro Marco Aurélio explicitou, mas ela [a lei] impõe que ficam obrigados os organizadores do evento - da vaquejada - a adotar medidas de proteção e integridade física do público, do vaqueiro e do animal. E estabelece, aqui, algumas regras sancionatórias, quando há uma lesão ao animal (STF, 2016, p. 22).

Para Fux "há esportes de confronto regulados pela lei que se encartam dentro da autorização do titular do bem jurídico ofendido, como os esportes de contato em geral". O que foi rebatido por Barroso nos seguintes termos: "eu achei interessante a analogia nos esportes de contato que realmente há uma - digamos - autorização do contendor, mas, aqui, no caso do boi, eu teria dificuldade de aplicar a analogia".

À margem da manifestação do relator, dois ministros tinham sido contrários, Gilmar Mendes e Edson Fachin. Permaneciam indecisos Ricardo Lewandowisk e Luiz Fux, que defendiam a aplicação de uma regra que permitisse a prática, mas sem a crueldade contra os animais.

Após a vista, o ministro Barroso trouxe à Corte suas considerações.

> O fato de a vaquejada ser uma manifestação cultural não a torna imune ao contraste com outros valores constitucionais. E, com efeito, trata-se de prática que tem sido objeto de crescente questionamento e crítica por parte dos defensores dos direitos dos animais. A esse propósito, é de relevo assinalar sua proibição, por meio de lei, em Barretos, cidade brasileira mundialmente conhecida pela Festa do Peão de Boiadeiro [...] (STF, 2016, p. 33).

A partir da década de 1990, a vaquejada se transformou em um grande evento, cujo público não é atraído apenas pela competição, mas por outras atrações, incluindo-se a exibição de artistas musicais. Mesmo assim, não se deve impor sofrimento aos animais, pois mesmo aqueles que criticam a ideia de direitos dos animais, na maioria das vezes, abominam a crueldade. O que não deixa de ser um avanço civilizatório.

A análise de Barroso obteve o reconhecimento dos demais pares, inclusive dos divergentes. Afinal, o sofrimento físico é, em geral, relativamente fácil de se detectar. Mas nem toda lesão é visível. Existem aquelas que somente se manifestam posteriormente. Não se manifestam sob a forma de dor, "mas pelo mau funcionamento de estruturas, sistemas ou órgãos específicos".

O sofrimento mental é ainda mais difícil de se determinar. Como não possuem a racionalidade humana ou do dom da fala, a alteração do estado mental é exteriorizada pela mudança de comportamento, que vai da excitação à prostração.

Para o ministro:

> Qualquer ser vivo com desenvolvimento neurológico e capacidade de desenvolver estados mentais pode sofrer. A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução. Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio jurídico e moral incidir nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existem inúmeras situações de dano efetivo (STF, 2016, p. 47).

Barroso destacou que a Suprema Corte indiana baniu o Jallikattu, que era uma manifestação cultural da Antiguidade. No Jallikattu, os participantes dominavam os touros segurando-lhes pelos chifres. Inversamente, a Corte da Colômbia decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei que

proibia as touradas em Bogotá, sob argumento de violação à "liberdade de expressão artística dos participantes".

Entre a manutenção da tradição cultural e a vedação à crueldade aos animais, Barroso foi contra a vaquejada, pois a chamada "quebra da cauda" ou "maçaroca" não lhe parecia ser tão incomum nesse tipo de evento.

O regulamento do V Circuito ANQM de Vaquejada dispunha:

> 20 - Caso o rabo ou a maçaroca do boi parta-se no momento da queda, e o boi não cair o mesmo será julgado de acordo com os critérios abaixo, tanto na fase de classificação como na fase final.
>
> I- Primeira Quebra: Caso o boi não caia a dupla competidora terá direito a um boi extra;
>
> II- Segunda Quebra e demais: O boi será julgado, como ficar.
>
> OBS: Se o rabo ou a maçaroca do boi quebrar com o boi em pé, este não será computado e o competidor terá direito a um boi extra, mas se o boi cai (sic) em seguida, o boi será julgado como ficar (STF, 2016, p. 51).

Visto isso, a vaquejada poderia ser regulamentada de modo a evitar o sofrimento dos animais? Barroso responde:

> Considero, todavia, que nenhuma regulamentação seria capaz de evitar a prática cruel à qual esses animais são submetidos. Primeiro, porque a vaquejada é caracterizada pela "puxada do boi" pela cauda. Sendo assim, qualquer regulamentação que impeça os vaqueiros de tracionarem e torcerem a cauda do boi descaracterizaria a própria vaquejada, fazendo com que ela deixasse de existir (STF, 2016, p. 54).

Insuficiente para impedir a crueldade, a lei simplesmente vedava o ato doloso e excessivo. O que levou Barroso a refletir:

> Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz

> sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade (STF, 2016, p. 55).

Para o ministro, se "os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer". Por isso, embora não tenham capacidade postulatória, é legítimo o direito moral de não serem submetidos à crueldade. "Os animais não podem, eles próprios, protestar de forma organizada contra o tratamento que recebem. Eles precisam dos humanos para isso".

Ausente na primeira sessão, o ministro Teori Zavaski não ouviu os pronunciamentos do relator e de Fachin, mas enalteceu o "belíssimo voto do Ministro Barroso", o qual merecia todos os elogios. Contudo a vaquejada permaneceria, com ou sem a lei, de modo que tê-la seria melhor do que não tê-la.

A posição de Zavaski provocou apartes. Primeiramente do relator, que rebateu: "a própria lei, em um preceito, reconhece o sofrimento, no que prevê a exclusão do cavaleiro que impingir sofrimento desproporcional. Então o sofrimento 'comum' pode ocorrer".

Gilmar Mendes se manifestou:

> Sabemos, por exemplo, que a farra do boi continua a existir em Santa Catarina, a despeito da decisão do Supremo, porque não se consegue colocar polícia para impedir esse tipo de coisa. Agora, faz-se um julgamento de caráter simbólico (STF, 2016, p. 62).

Barroso revidou:

> O fato de que há transgressão, Ministro Gilmar, eu entendo o argumento, também me preocupo com o argumento da ineficácia da decisão, mas acontecem homicídios, acontecem estupros, o sistema jurídico não consegue imunizar todos os crimes, mas nem por isso nós deixamos de nos pronunciar contra. Eu lamento que haja ilegalidade, lamento que haja caixa dois, porém continuo sendo contra (STF, 2016, p. 62-63).

Nesse momento, a ministra Rosa Weber defendeu a inconstitucionalidade da lei, acompanhando os votos do relator e do ministro Barroso, por entender que a humanidade deveria caminhar, ainda que em passos lentos, rumo a um processo civilizatório.

> [...] se a Constituição diz que as manifestações culturais devem ser incentivadas e garantidas pelo Estado e também proíbe atos cruéis contra os animais, a Constituição está, com clareza solar, dizendo que o Estado garante e incentiva manifestações culturais, mas não tolera crueldade contra os animais. Isso significa que o Estado não incentiva e não garante manifestações culturais em que adotadas práticas cruéis contra os animais (STF, 2016, p. 69).

Fux concluiu que não há princípio mais importante do que outro, e antes de manifestar o seu voto, descreveu o artigo: "Como o boi vira filé", onde se narra a vida do boi, do nascimento [quando levava "a vida que pediu a Deus"] até o momento do abate.

> Sem prejuízo. Além do boi virar filé, vaca sem filho vai para a Bolívia, boi doente vira vela - fazem vela com o produto do boi doente. Senhor Presidente, é assim que se alimenta a humanidade, e a Constituição Federal estabelece que a alimentação é um direto social, inalienável. Eu pergunto a Vossas Excelências, no plano empírico: existe meio mais cruel de tratamento do animal do que o abate tradicional no Brasil, que não é vedado pela Constituição? (STF, 2016, p. 77).

Segundo Fux, "não há nada mais cruel do que o meio através do qual o povo se alimenta, com o abate do boi. E isso é contemplado constitucionalmente como direito social". Com esses fundamentos posicionou-se ao lado de Fachin.

O ministro Dias Toffoli pediu vista do processo, alegando:

> O tema que nós estamos aqui a discutir é muito maior do que se pode imaginar. Se formos ao livro dos livros, a Bíblia, ao mundo judaico-cristão, o Antigo Testamento descreve o pacto de Deus com Abraão, quando Deus pede a Abraão para sacrificar seu único

> filho, Isaac, e Abraão não vacila e o leva até a local designado por Deus. Mas, em seguida, Deus diz a Abraão: - Você demonstrou sua fé, não precisa sacrificar seu filho, pode substituir por aquele cabrito que está ali engalfinhado num arbusto, sacrifique aquele cabrito. E Abraão, então, leva para a pedra o cabrito, e não sacrifica seu filho. E Deus abençoa Abraão (STF, 2016, p. 79).

Barroso fez questão de rebater tal apontamento: "não sei, mas a Bíblia tem passagens crudelíssimas contra as mulheres também, e nós não as reiteramos hoje em dia.

Diante da vista, o ministro Celso de Mello requereu antecipação de voto. Segundo ele, a Lei nº 15.299/2013 violava a Constituição Federal, pois o artigo 225, § 1º, VII, é abrangente, de cláusula genérica, que proíbe a crueldade contra qualquer animal, silvestre ou doméstico. Além disso, as práticas concernentes às vaquejadas são tipificadas como crime na legislação ambiental.

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.
>
> § 1º - Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
>
> § 2º - A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, Lei Federal 9.605, 1998).

Gilmar Mendes insistiu:

> [...] nós vamos lançar um grupo enorme de pessoas - não só os praticantes, mas também os assistentes, os espectadores - na clandestinidade, vítimas do rapa, alvos de chantagem, tudo aquilo que nós conhecemos quando se faz esse tipo de prática, tornando mais difícil a vida de gente que enfrenta enorme dificuldade da manhã à noite, em condições muito precárias, em que a única atividade de lazer talvez seja, nesse caso, a vaquejada (STF, 2016, p. 104).

Barroso retrucou:

> Ninguém quer tirar empregos, ninguém quer eliminar manifestações culturais, estamos apenas refletindo um pouco, em conjunto, como devemos lidar com standards éticos, valores morais que, ao longo do tempo, vão se transformando e impactando determinadas práticas. Claro que o emprego não me é indiferente nem a nenhum de nós, mas há regiões do país onde existe uma indústria de sexo com menores, que emprega muita gente, nem por isso me parece bem apoiar esse tipo de atitude (STF, 2016, p. 106).

Segundo Barroso, a sociedade vive em constante evolução. Tem-se como exemplo o embate entre motoristas de táxi e de aplicativos. Não há como parar a história, até porque "há uma nova ética animal se impondo".

Com a retomada dos trabalhos, Toffoli apresentou voto escrito, no qual reconheceu o caráter esportivo e cultural da vaquejada, marca da tradição nordestina. Alinhava-se assim, ao pensamento de Fachin, segundo o qual não existe prova cabal de que "os animais, de modo sistemático, sejam vítimas de abusos, de crueldade e de maus-tratos".

Lewandowisk acompanhou o relator, reportando-se à Carta da Terra, documento do qual o Brasil é signatário. Dentre os princípios da Carta citou "reconhecer que todos os seres são interligados, e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos".

Com cinco votos para cada lado, a presidente Carmem Lúcia resolveria a questão. Ela destacou se tratar de algo complexo e que demandou muito estudo. Mas não estava convencida que a Lei 15.299/2013 proporcionasse tratamento mais cuidadoso com os animais, e mesmo sabendo que haverá quem defenda a vaquejada, por se tratar de algo enraizado, a cultura também se muda.

"Muitas culturas foram levadas nesta condição até que houvesse um outro modo de ver a vida". Com essas palavras, a ministra Carmem Lúcia alinhou-se à posição do relator para declarar a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013.

3. DESDOBRAMENTOS NO CONGRESSO NACIONAL

Esperava-se que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013 impedisse a vaquejada no país. Mas como os efeitos vinculantes da decisão do STF não alcançam o legislativo, que pode atuar sobre

matéria tida como inconstitucional, o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal 13.364/2016, que elevou a vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Essa lei gerou reação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), órgão responsável para esse tipo de reconhecimento.

Na época, o senador Antônio Anastasia alegou vício formal, pois o Decreto 3.551/2000 prevê requisitos e procedimentos para esse tipo de declaração. A senadora Marta Suplicy, ex-ministra da Cultura, reconheceu se tratar de processo trabalhoso e que nunca fora feito por meio de lei.

Em seguida foi aprovada a Emenda Constitucional nº 96, que incluiu o § 7º ao artigo 225 da Constituição Federal:

> Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (BRASIL, Emenda Constitucional nº 96, 2017).

Extrai-se do parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, de 30 de novembro de 2016, que:

> Da parte da vaquejada, a ABVAQ informa que a atividade movimenta R$ 600.000.000 (seiscentos milhões de reais) por ano, gera 120.000 (cento e vinte mil) empregos diretos e 600.000 (seiscentos mil) empregos indiretos. Cada prova de vaquejada, mobiliza cerca de duzentos e setenta profissionais, entre eles: veterinários, juízes, inspetores, locutores, organizadores, seguranças, pessoal de apoio ao gado e de limpeza de instalações (SENADO FEDERAL, 2016, p. 4).

Ultima-se, portanto, que existiu grande pressão dos interessados. Em consulta pública disponível na página eletrônica do Senado vê-se que a proposta visando a elevação da vaquejada à condição de manifestação cul-

tural nacional e de patrimônio cultural imaterial foi rejeitada por 51.486 pessoas enquanto apenas 17.479 votaram favoráveis[38].

Anastasia argumentou que maus-tratos e bem-estar dos animais são expressões jurídicas indeterminadas. Os conflitos que demandarem interpretação somente serão resolvidos pelo judiciário.

> Jamais o legislador, por mais criativo que seja, vai conseguir, de maneira clara e insofismável, determinar o que seriam maus-tratos ou o que não sejam maus-tratos.[...]
>
> Estaremos aqui simplesmente criando uma norma que será inócua, não terá nenhuma validade e, se vier a ser aprovada, será uma vitória de Pirro, sem nenhuma consequência (SENADO FEDERAL, 2017, p 13).

À revelia das posições contrárias, os legisladores autorizaram a vaquejada sem qualquer regulamentação que protegesse os animais. O que ocorreu de modo tímido em 2019, quando incluiu-se o artigo 3º-B à Lei Federal 13.364/2016:

> Art. 3º-B - Serão aprovados regulamentos específicos para o rodeio, a vaquejada, o laço e as modalidades esportivas equestres por suas respectivas associações ou entidades legais reconhecidas pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.
>
> § 1º - Os regulamentos referidos no caput deste artigo devem estabelecer regras que assegurem a proteção ao bem-estar animal e prever sanções para os casos de descumprimento.
>
> § 2º - Sem prejuízo das demais disposições que garantam o bem-estar animal, deve-se, em relação à vaquejada:
>
> I - assegurar aos animais água, alimentação e local apropriado para descanso;
>
> II - prevenir ferimentos e doenças por meio de instalações, ferramentas e utensílios adequados e da prestação de assistência médico-veterinária;

38 E-CIDADANIA. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=125802. Acesso em 12/06/21.

> III - utilizar protetor de cauda nos bovinos;
>
> IV - garantir quantidade suficiente de areia lavada na faixa onde ocorre a pontuação, respeitada a profundidade mínima de 40 cm (quarenta centímetros) (BRASIL, Lei Federal 13.873, 2019).

Em linhas gerais, o artigo 3º-B estabeleceu garantias para os animais envolvidos nas vaquejadas, mas com regulamentos específicos a serem aprovados pelas associações ou entidades legais, não exigida a participação de instituições de proteção animal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De raízes que remontam o passado colonial nordestino, a vaquejada incorporou novos elementos a partir da segunda metade do século XX. De modo que se transformou em "um grande negócio", responsável pelo turismo, geração de empregos sazonais e cifras milionárias.

Contudo, as evoluções do século XX também atingiram outros campos. Uma nova ética animal se impôs, e, consequentemente, normas de proteção contra os atos de crueldade. É nesse contexto que surgiu o debate quanto aos limites culturais e esportivos, especialmente quando confrontados com o bem-estar animal.

A lei estadual do Ceará não criou a vaquejada, mas atraiu os olhos da opinião pública para a questão. Provocado, o Supremo Tribunal Federal mostrou que o país evoluiu em relação aos direitos dos animais, mas também que não se trata de posicionamento sólido e unânime, principalmente quando a cultura e o esporte estão em jogo.

Se a vaquejada não proporciona a mesma crueldade de outras práticas, como a rinha de galos ou a farra do boi, estas também não dispõem da mesma influência ou peso econômico. Isso ficou demonstrado quando o parlamento brasileiro se articulou rapidamente para burlar a proibição do STF.

Os desdobramentos políticos mostram divergências ideológicas quanto à defesa dos animais, que mesmo protegidos pela legislação encontram dificuldades diante de outras garantias constitucionais. Além do mais, o legislador pode mudar as leis vigentes, ainda que em desacordo com a

opinião pública. Pode torná-las mais brandas, com brechas acessíveis à subjetividade, mas que não tornarão legítimo o sofrimento dos animais.

A criatividade do legislador não foi capaz de determinar o que seriam maus-tratos, que continuam sendo vedados. E mesmo que a vaquejada seja considerada um patrimônio cultural do Brasil, os atos de crueldade continuarão a ser submetidos à análise do judiciário, que continua responsável pela aplicação das regras constitucionais que garantem proteção.

Nesse prisma, as próximas gerações de bacharéis, formados à luz de uma nova ética animal, serão responsáveis pela aplicação das referidas garantias.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE VAQUEJADA. **Evolução da Vaquejada**. Disponível em: https://www.abvaq.com.br/institucional. Acesso em: 14 jun. 2021.

BEZERRA, José F. **Retalhos do meu sertão**. Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988.

_____. **Decreto Federal 3.551**, 2000.

_____. **Emenda Constitucional 96**, 2017.

_____. **Lei Federal 9.605**, 1998.

_____. **Lei Federal 10.220**, 2001.

_____. **Lei Federal 13.364**, 2016.

_____. **Lei Federal 13.873**, 2019.

CASCUDO, Luís da C. **A vaquejada nordestina e sua origem**. Natal: Fundação José Augusto, 1976.

CAVALCANTI, Adriana P. C. A vaquejada do Nordeste e a princesa do sertão: a "cartografia dos desejos" desvelando recortes de uma história em particular. *In*: **IX ENCONTRO ESTADUAL DE**

HISTÓRIA: HISTÓRIA E MOVIMENTOS SOCIAIS. Disponível em: http://www.encontro2018.bahia.anpuh.org/resources/anais/8/1535135449_ARQUIVO_AVAQUEJADANAPRINCESADOSERTAO-AdrianaCavalcanti.pdf. Acesso em: 12 jun. 2021.

ESTADO DO CEARÁ. **Lei Estadual 15.299**, 2013.

E-CIDADANIA. **Consulta Pública de Projeto de Lei da Câmara nº 24 de 2016**. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=125802. Acesso em: 12 jun. 2021.

SENADO FEDERAL. **Parecer sobre proposta de Emenda à Constituição nº 50/2016**. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição Federal. Relator: José Maranhão. Brasília, 30 nov. 2016.

_____. Senado discute natureza cultural da vaqueja. **Em Discussão!** Brasília, ano VIII, n. 31, p. 8-23, abr. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Acórdão - ADI 4983/CE**. Plenário. Pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013. Procuradoria-Geral da República versus Estado do Ceará. Relator: Marco Aurélio de Mello. Brasília, 06 out. 2016. 150 p.

TAPETY, Audrey F. **"O vaqueiro no Piauí": representações e práticas socioculturais (1960 a 2000)**. Dissertação (Mestrado em História do Brasil) – Centro de Ciências Humanas e Letras, Universidade Federal do Piauí. Teresina, p. 111. 2007.

ARTIGOS - DIREITO PENAL

INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO QUANDO A VÍTIMA É UMA MULHER TRANS

Maria Luísa Rodrigues de Souza[39]

INTRODUÇÃO

A qualificadora de feminicídio foi adicionada ao Código Penal pela Lei nº 13.104 de 2015. A justificativa do legislador ao colocar essa circunstância como homicídio qualificado foi a "condição do sexo feminino" (art. 121, §2º, VI, CP). Nesse sentido, é importante observar o direito como um organismo vivo, em constante evolução. Se, anteriormente, as mulheres eram vistas como relativamente incapazes pelo Código Civil de 1916, hoje, temos dispositivos que protegem os seus direitos à vida e à integridade física.

Considerando esse progresso sociojurídico, devemos contemplar um outro fenômeno que surge na sociedade contemporânea: o movimento LGBTQIA+ e, mais especificamente, o movimento das pessoas trans. Com isso, é necessário levantar a seguinte indagação: quando buscamos direitos para as mulheres, de que mulheres estamos falando?

1. UMA ANÁLISE SOCIAL: O QUE É SER MULHER?

O sistema sexo/gênero, de acordo com a definição de Gayle Rubin, é um "conjunto de arranjos pelo qual a sociedade transforma a sexuali-

39 Graduanda de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio. Atualmente, é pesquisadora nos projetos "Precariedade e relações de gênero" e "Tribunal Permanente dos Povos: O Legado do Tribunal Russel II de 1974 na América Latina".

dade biológica em produtos da atividade humana" (apud GANDHI, A. 2018. p.47). Isso sinaliza para o fato de a sociedade se apropriar de certas questões psicológicas sobre o masculino e o feminino objetivando usá-las para a construção de uma identidade (gênero) que caracterizaria ambos os sexos.

A partir desse viés, faz-se necessário mencionar o feminismo existencialista de Simone de Beauvoir. A autora destacava o direito da mulher de ser reconhecida como um ser humano que constrói a sua essência independente do sexo em que nasceu. Beauvoir não acompanhou o desenvolvimento do movimento trans feminista, mas a sua análise sobre a construção do que é ser mulher, salientando que essa é uma questão além do aspecto biológico, é um dos símbolos da luta que visa ao reconhecimento dos direitos das mulheres trans.

A sociedade contemporânea se estrutura no patriarcado; o que a define são as relações de poder e domínio exercidas pelos homens sobre as mulheres. Subjacente a isso, surge o machismo, em que a virilidade e a masculinidade são exaltadas. Em um contexto como esse, como fica a situação daqueles que nascem no sexo masculino e se identificam com o gênero feminino? A população trans feminina é marginalizada pela sociedade, sendo posta numa situação de vulnerabilidade jurídica ao se assumir como tal.

Diante disso, a ONG *Transgender Europe*, em novembro de 2016, classificou o Brasil como líder no ranking de homicídios contra a população trans. Esse cenário não foi alterado, considerando que o número de assassinatos a travestis e transsexuais aumentou 90% no primeiro quadrimestre da pandemia do COVID-19, em comparação ao ano de 2019.

Não parece justo limitarmos a condição de existência da mulher apenas pelo sexo. Mulheres são múltiplas; por isso, devemos reconhecer a pluralidade e as camadas de cada uma delas na luta por equidade de direitos. A transfobia nasce quando se naturaliza a perspectiva de que ser homem ou ser mulher está atrelado unicamente ao aspecto biológico do ser humano. Levando em conta que o conceito "ser mulher" é elaborado a partir de um viés antropológico, construído ao longo dos séculos, a identidade e a existência de mulheres trans merecem ser respeitadas da mesma forma que as de quaisquer outras mulheres.

Ser mulher é algo que não pode ser rotulado. Desse modo, é de suma importância reconhecermos a construção identitária para além do viés biológico e a existência de mulheres trans como legítima. Em um mundo onde vivemos um processo de resistência às designações e expectativas impostas quanto ao gênero, o trans feminismo surge como a ideia radical de que mulheres trans são mulheres.

2. UMA ANÁLISE HISTÓRICA: QUEM É A MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA?

A lei, muitas vezes, é interpretada de forma literal e excludente, sendo dissociada do atual contexto, pensada de acordo com a vontade original do legislador que a redigiu. Se pensarmos que a hermenêutica deveria acontecer dessa forma, descartamos a ideia do direito como um organismo vivo, em constante evolução.

A mulher sempre ocupou um espaço secundário no ordenamento. O art. 242 do Código Civil de 1916 listava, inclusive, o que a mulher não podia fazer sem o consentimento do marido:

> "Art. 242 – A mulher não pode, sem o consentimento do marido: I. Praticar atos que este não poderia sem o consentimento da mulher II. Alienar, ou gravar de ônus real, os imóveis do seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens. III. Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem. IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outros múnus públicos. VI. Litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. Exercer profissão. VIII. Contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal. IX. Aceitar mandato".

A matéria penal também não favorecia à mulher. Até 2009, o Código Penal ainda sustentava os crimes contra os costumes, de forma a objetificar o gênero feminino; em vez de proteger o bem jurídico da dignidade, defendia o bem jurídico dos costumes. Assim, a mulher além de ser vista como objeto de posse e pertencimento do marido, não tinha a dignidade tutelada, nem era respeitada pela legislação.

Ao fazermos um recorte da história mundial, sobretudo da brasileira, tendo em vista o histórico escravagista e ditatorial do nosso país, é de fácil reconhecimento que a mínima evolução do nosso ordenamento foi feita para abraçar um único tipo de mulher. O estupro, por exemplo, só era reconhecido para a "mulher honesta" e, dentro de todos os preconceitos enraizados na nossa sociedade, pintamos facilmente o seu retrato: branca, de classe média, cisgênero e heterossexual. O legislador, no texto original, sequer pensou nos recortes raciais – considerando que o racismo estrutural é uma questão tão antiga quanto a formação do Brasil como país- e, muito menos, nos recortes de gênero e sexualidade. Aqui, cabe dizer que "o Direito é tanto influenciado pela cultura como atua sobre ela, entre a tradução jurídica de anseios, medos, valores e objetivos da realidade social e o direcionamento prático dos referidos fatores." (CIPRIANI, M.2016. p.108)

Na última década, pelo menos 43,7 mil mulheres foram assassinadas em decorrência de seu gênero. O Mapa da Violência de 2015 aponta que o Brasil possui uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, um crescimento de 8,8% de 2003 até 2013, ocupando a 5ª posição entre os países com maior índice de homicídios femininos em um ranking de 83 países.

Apesar da necessidade de a legislação enxergar a mulher para além de seu aspecto biológico, parte da jurisprudência ainda luta contra essa percepção. Os desembargadores da 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negaram, em decisão de 20 de maio de 2021, por maioria dos votos, recurso feito por mulher transexual que requeria uma medida protetiva contra seu pai, o qual a teria agredido fisicamente. O relator, desembargador Francisco Bruno, em sua análise do caso, mencionou os Princípios de Yogyakarta – documento universal vinculante, que busca o afastamento de qualquer preconceito de gênero ou orientação sexual- não estabeleceram direitos de o transgênero, biologicamente masculino ser considerado mulher. De acordo com essa tese, a equiparação entre a mulher trans e a mulher cisgênero ofende aos princípios da tipicidade estrita e da proibição da analogia *in malam parten*.

Devido à toda discriminação que afeta a sociedade contemporânea, mas, principalmente, a parcela populacional trans - esta que sofre cotidianamente e que também está, constantemente, exposta à violação de seu direito à vida, à segurança, entre outros, não somente pelo machismo, mas

também pela transfobia- é crucial a análise do ordenamento pelo ponto de vista histórico. É mister a consideração do direito como um organismo vivo, que evolui com o tempo. A lei é geral e, por isso, deve englobar toda a população brasileira, incluindo as minorias, pois o ordenamento deve ser pensado para proteger o direito de todos.

3. UMA ANÁLISE INTERNACIONALISTA: OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES TRANS

Primeiramente, é importante mencionar que a Carta dos Princípios de Yogyakarta, da qual o Brasil é signatário, entende o seguinte:

> "identidade de gênero' como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos." (Princípios de Yogyakarta, Preâmbulo. 2007).

O documento também prevê certas obrigações aos Estados em relação aos direitos dos transgêneros, como: tomar medidas legislativas necessárias para respeitar e reconhecer plenamente a identidade de gênero autodefinida, além de garantir que as mudanças de documentos sejam reconhecidas em todas as situações. Ademais, o quarto princípio salienta que ninguém deve ser arbitrariamente privado da vida nas circunstâncias de identidade de gênero e orientação sexual.

A violência sofrida pela população LGBTQIA + no Brasil já foi denunciada em audiência, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu 140º período de Sessões, no ano de 2010. Camila de Jesus Mello Gonçalvez ressalta a importância da externalização, por parte dos órgãos internacionais, de suas preocupações com a violência contra transexuais, alegando que isso resultaria na propagação do valor da tolerância, no plano internacional. Nesse sentido, haveria a reafirmação da democracia como um sistema político favorável à proteção dos direitos humanos.

As resoluções de cunho internacional, feitas pela Organização das Nações Unidas e pela Organização dos Estados Americanos, têm como consequência o estímulo de vias de proteção jurídica aos direitos das pessoas transexuais. Surge, então, nesse contexto, o direito à igualdade, que contribui na tutela dos direitos humanos. Caio Mario da Silvia Pereira, sobre o tema, postulou: "o princípio constitucional da igualdade perante a lei é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou à procedência". (PEREIRA, C. 2004. p.204). Esse é um princípio constitucional e, portanto, assegurado pelo ordenamento interno. Nesse viés, Suellen Moura defende que essa igualdade, voltada à questão de gênero, é paradoxal porque objetiva a isonomia de um instituto binário que foi construído para aumentar a desigualdade, não havendo como igualar duas categorias, fundamentadas na hierarquia.

Por fim, Camila Gonçalvez, em sua tese, menciona também que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem contribuído para o combate à discriminação de transexuais. Em importante decisão, no acórdão, *P. contra S. e Cornwall County Council,* (proc. C-13/94), fixou-se o entendimento de que a discriminação decorrente da mudança de gênero equipara-se à discriminação com base no sexo.

4. UMA ANÁLISE JURÍDICA: POR QUE A MULHER TRANS PODE SER VÍTIMA DE FEMINICÍDIO?

Tendo em vista a legitimidade da existência de mulheres trans, em âmbito internacional, devemos analisar a presença dessa "nova" figura no ordenamento jurídico nacional.

O legislador, ao falar sobre a condição do sexo feminino, no art. 121, §2º, VI, se referia à estrutura patriarcal que promove o sentimento de posse e soberania do homem sobre a mulher e que, em decorrência disso, tira o direito à vida desta. O feminicídio se encontra no status de qualificadora justamente pelo fato de o ordenamento repudiar o crime, cuja justificativa, em sua essência, é o machismo estrutural.

É possível observar que a discriminação se dá através do gênero e não pelo sexo, já que a nossa sociedade despreza e, por vezes, execra o femi-

nino – um dos motivos pelos quais homens gays, travestis e transgêneros serem, cruelmente, assassinados, já que muitas vezes são lidos, socialmente, como femininos.

> "Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino" (BEAUVOIR, 1997; p.9).

Portanto, é sob a ótica de gênero que devemos compreender o feminicídio e suas vítimas, de forma a desvincular a legislação do binarismo intrínseco à nossa sociedade patriarcal.

Nesta análise também é relevante notarmos que o legislador, na redação do artigo, não contemplou a existência da população transmasculina (homens que nascem no sexo feminino e se identificam com o gênero masculino). Não podemos dizer que homens transgêneros são vítimas de feminicídio devido à intenção do legislador de proteger o bem jurídico da vida da mulher e, quando ele se refere a esse sujeito de direito, ele não engloba toda a população de sexo feminino, somente aquelas que se expressam através do gênero feminino.

Com isso, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) dispõe no caput de seu art. 5º: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Aqui, o legislador já admite que a discriminação se dá com base no gênero e admite a hipótese de mulheres trans serem vítimas de violência doméstica.

Por conseguinte, é importante lembrar que a Lei do feminicídio foi influenciada pela Lei Maria da Penha, a qual expressa à vontade de não excluir mulher alguma de seu âmbito de aplicação, buscando garantir o direito de que todas as mulheres vivam sem violência de gênero. Nesse sentido, por meio de uma interpretação sistemática, pode-se concluir que, ao restringir as vítimas de feminicídio, às mulheres do 'sexo feminino', a Lei do feminicídio estaria indo de encontro ao conceito amplo de 'mulher' inserida pela Lei Maria da Penha em nosso ordenamento jurídico.

Assim, Bittencourt aponta que nenhuma legislação, por mais abrangente e completa que seja, é capaz de contemplar todas as hipóteses existentes no caso concreto, visto a complexidade da vida social, esta que se apresenta de formas distintas ao longo do tempo. Nesse caso, o autor defende que cabe ao legislador o uso de analogia extensiva para circunstâncias que não são propriamente expressas pela lei – como a mulher trans sendo vítima de feminicídio.

Nesse sentido, a 3ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios manteve, por unanimidade, a decisão do juiz-presidente do Tribunal do Júri de Taguatinga, que admitiu denúncia do Ministério Público contra os réus Blendo Wellington dos Santos Oliveira e Johnatan Vinícius Santana de Brito por tentativa de feminicídio contra uma mulher transgênero (RSE 2018 07 1 001953-0). Os desembargadores entenderam que o crime foi motivado por ódio à condição de transexualidade da vítima, constando o menosprezo ao gênero feminino. Eles também previram a dupla vulnerabilidade dos transgêneros femininos, que sofrem tanto a discriminação contra a mulher quanto o preconceito enfrentado para se obter o reconhecimento da identidade de gênero assumida, além da transfobia, aspecto marcante da sociedade contemporânea.

Ademais, faz-se imprescindível a menção ao caso de Michele - uma mulher transexual cujo nome civil era Miguel do Monte-, assassinada pelo namorado, com uma faca, em 2016. Inicialmente, a morte foi considerada como um acidente doméstico, mas a Promotoria de Justiça do III Tribunal do Júri da Cidade de São Paulo, em precedente histórico, ofereceu denúncia, no mesmo ano, pelo crime de feminicídio contra o companheiro de Michele, além de homicídio por motivo torpe e ocultação de cadáver. Para o Ministério Público do Estado de São Paulo (2016) a denúncia reflete a interpretação da Lei Maria da Penha no sentido de caracterizar como violência doméstica sofrida pela mulher qualquer tipo de ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, ocorrida dentro dos mais variados ambientes podendo ser dada das mais diversas formas. Para o promotor de Justiça, Flavio Farinazzo Lorza, não se deve questionar o caráter de violência doméstica empregada no caso exposto, visto que a vítima e o réu eram companheiros e coabitavam há dez anos. Ainda, para a denúncia reflete um reconhecimento formal de que a violência doméstica deve

ser tratada sob o ponto de vista não do sexo, mas do gênero da mulher, algo que tem sido contemplado, ultimamente, pela jurisprudência. Para a promotora de Justiça Valéria Diez Scarance Fernandes, coordenadora do Núcleo de Gênero do MPSP, a denúncia de feminicídio contra vítima mulher trans é um marco jurídico e histórico na aplicação da Lei Maria da Penha.

Por fim, destacam-se as mudanças nos protocolos de investigação de feminicídio. A Corregedoria-Geral da Polícia Civil do Distrito Federal (PCDF) alterou os protocolos de investigação de feminicídio, assim como também o fez em relação às medidas de acolhimento de mulheres vítimas de violência doméstica, familiar e de crimes contra a dignidade sexual. Essa atitude objetiva a inclusão da perspectiva de gênero sobre o crime, atingindo todas as delegacias do Distrito Federal. Isso gera um precedente para que as delegacias dos demais estados alterem suas políticas investigativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei do feminicídio, embora tenha como intenção a proteção do bem jurídico da vida da mulher, é analisada, literalmente, sob a perspectiva do sexo. A lógica por trás do feminicídio vem da sensação de superioridade masculina sobre a mulher. Ser mulher não é algo a ser rotulado ou limitado, pois mulheres são múltiplas e vivenciam diversas realidades e recortes sociais (sejam eles de raça, classe, sexualidade entre outros). Atualmente, não podemos delimitar o significado de "ser mulher" em uma caixa tão pequena quanto o sexo.

Portanto, haja vista os inúmeros atentados contra a vida, a dignidade e a segurança da mulher trans, é fundamental que a lei seja interpretada em prol dessa parcela populacional. O ordenamento brasileiro carece de dispositivos que tutelem os interesses do grupo LGBTQIA+ como um todo e, por isso, devemos tornar nossa legislação mais abrangente, objetivando a proteção das minorias que foram desconsideradas no texto da redação original.

A ordem jurídica internacional vem demonstrando disposição para combater preconceitos com base na sexualidade e no gênero, frequentemente, formulando resoluções e sentenciando de forma favorável aos gru-

pos LGBTQIA+, nas Cortes Internacionais. Esse comportamento poderá implicar influências positivas para dentro do ordenamento interno, dentre as quais a assinatura do Brasil à Carta de Princípios de Yogyakarta.

"É nesse sentido que a mulher trans, independentemente de ter realizado cirurgia de transgenitalização ou mudado seu nome civil, está sujeita a sofrer crimes que invariavelmente tem a mulher como sujeito passivo." (JESUS; VALVERDE. 2019. p.20). Desconsiderar a existência das mulheres transexuais como vítimas de feminicídio é retroagir e não acompanhar a evolução do cenário social brasileiro; é descumprir com os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem-estar coletivo, independente de raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação (art. 3º, I, III, E IV, CF/1988). Considerar as mulheres transexuais como possíveis sujeitos passivos do crime de feminicídio é acatar a ideia radical de que mulheres trans são mulheres.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo: A experiência vivida**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CIPRIANI, Marcelli. Dos Controles Formais e Informais: Desconstrução de papéis de Gênero e Representatividade Feminina Como Instrumentos de Equidade no Campo do Direito. In: GOSTINSKI, A.; MARTINS, F. (Orgs.). **Estudos Feministas por um Direito Menos Machista.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CMA. TJDF entende que delito de feminicídio também deve alcançar mulheres transgênero. **TJDF** Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/agosto/tjdft-entende-que--delito-de-feminicidio-tambem-deve-alcancar-mulheres-transgeneros. Acesso em: 08 abr. 2021.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS E SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta.** 2006.

COSTA, Marília Ferruzzi; MACHADO, Isadora Vier. Lei do Feminicídio e Mulheres Trans: Diálogos entre a Instabilidade da Categoria "Mulher" e o Discurso Jurídico. *In* Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress. 30/07/17. **Mundos de mulheres no Brasil.** Editora CRV: Florianópolis, 2019.

FRAGOSO, Bárbara. Polícia Civil inclui mulheres trans nos protocolos de apuração de feminicídio. **Correio Braziliense.** Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/cidades-df/2020/12/4892512-policia-civil-inclui-mulheres-transgenero-nos-protocolos-de-feminicidio.html Acesso em: 22 maio 2021.

GANDHI, Anuradha. **As Correntes Filosóficas no Movimento Feminista**. 2ª ed. 2018.

GONÇALVEZ, Camila Mello de Jesus. A transexualidade sob a ótica dos Direitos Humanos: uma perspectiva de inclusão. *In* **Biblioteca Digital USP.** Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-04032013-105438/pt-br.php Acesso em: 21 maio 2021.

JESUS, Rafael Pereira Gacelin de; VALVERDE, Thaianna de Souza. **Mulheres Trans e Feminicídio: O caso Michele e o reconhecimento dos Direitos das Transexuais.** Disponível em: http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/873/1/TCCRAFAELGACELIN.pdf. Acesso em: 07 abr. 2021.

MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, Máriam. O feminismo que nasceu com Simone de Beauvoir. **El País.** Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/05/cultura/1562337766_757567.html Acesso em: 07 abr. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. MPSP oferece primeira denúncia no Estado por feminicídio de mulher trans. **MPSP** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=15908065&id_grupo=118 Acesso em: 22 maio 2021.

MOURA, Suellen. Ética da Alteridade e Desconstrução: Para Além da "Essência Feminina". In: GOSTINSKI, A.; MARTINS, F.

(Orgs.). **Estudos Feministas por um Direito Menos Machista.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PAGLIARINI, Bia. Porque mulheres trans são mulheres. *In:* **Blogueiras Feministas.** Disponível em: https://blogueirasfeministas.com/2016/06/06/sabe-porque-mulheres-trans-sao-mulheres/ Acesso em: 07 abr. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, vol I**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PUTTI, Alexandre. Brasil é líder mundial em assassinatos de pessoas trans. *In* **Carta Capital.** Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/diversidade/brasil-e-lider-mundial-em-assassinatos-de-pessoas-trans-pelo-12o-ano-consecutivo/ . Acesso em: 22 maio 2021.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Código Civil.** 1916

_____. **Código Penal.** 1940.

SANTOS, Rafa. TJ-SP debate conceito de "mulher" para negar medida protetiva a transexual. *In* **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/conceito-mulher-nao-cabe-interpretacao-tj-sp-negar-pedido#:~:text=Lei%20Maria%20da%20Penha&text=A%20an%C3%A1lise%20foi%20feita%20pelos,protetiva%20contra%20o%20seu%20pai. Acesso em: 21 maio 2021.

SOARES, Pedro Henrique Farina. Mulher: sujeito de direito. **Justificando.** Disponível em: http://www.justificando.com/2016/03/08/mulher-sujeito-de-direito/ Acesso em: 07 abr. 2021.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. **ONU Mulheres.** Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf Acesso em: 22 maio 2021.

A SUPERLOTAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DOS ESTADOS UNIDOS

Amanda Barreto Meirelles do Nascimento[40]
Luciano Bandeira Pontes[41]

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise de como o sistema prisional americano surgiu e influenciou outros países, a exemplo do Brasil fazendo cumprir a sistematização de punição daqueles indivíduos, que cometeram delitos e que serviram de exemplo para a sociedade, numa demonstração inequívoca do poderio do Estado reafirmando a necessidade de concretização do jus puniendi.

A partir do surgimento do sistema alburniano e pensiovaniano, os Estados Unidos começaram a formatar a sua estrutura penitenciária, mas ao longo do tempo, em razão do seu sistema confederado, dando liberdade para que cada um dos 50 (cinquenta) Estados pudesse desenvolver sua própria estrutura prisional e atender-se dessa forma os anseios dos seus cidadãos.

Vale ressaltar, que os Estados Unidos é o país do mundo, que apresenta a maior população carcerária, numa demonstração inequívoca que a sua política criminal é de um encarceramento austero, fazendo com que

40 Mestra em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS); advogada.

41 Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS/ BA); advogado.

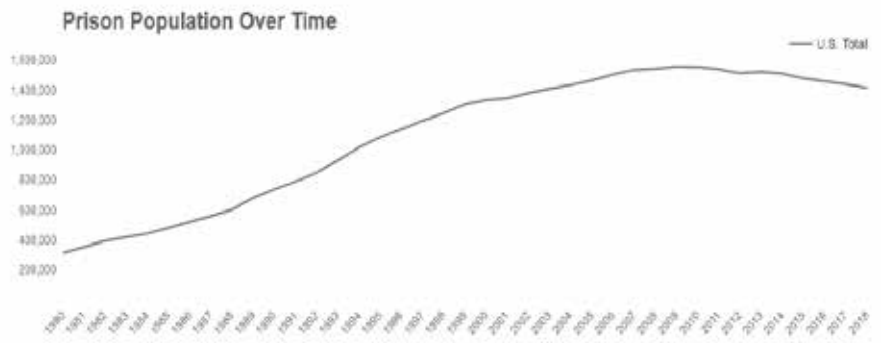
a sociedade passe a acreditar que os órgãos públicos de controle de criminalidade estão presentes, partindo-se da premissa de que o indivíduo que pratica delitos não se faz necessário ao convívio daqueles que gozam de liberdade.

Com relação a metodologia aplicada foi a qualitativa, já que busca entender o fenômeno do sistema penitenciário dos Estados Unidos. A técnica utilizada foi bibliográfica e histórica.

1. O AUMENTO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NOS ESTADOS UNIDOS

De acordo com os dados da The Sentencing Project, que compila dados da justiça criminal, em âmbito estadual, do sistema penitenciário dos Estados Unidos, podemos verificar, na Figura 4 a seguir, o aumento da população carcerária dos EUA entre 1980 e 2018:

Figura 1 - O aumento da população carcerária



Fonte: The Sentencing Project (2018).

É útil analisarmos os dados da população carcerária no intervalo de 10 (dez) anos para que alcancemos um entendimento acerca do crescimento do número de custodiados, em que os percentuais impactam de forma preocupante todos aqueles que pretendem estudar o sistema prisional, bem como todas as suas peculiaridades.

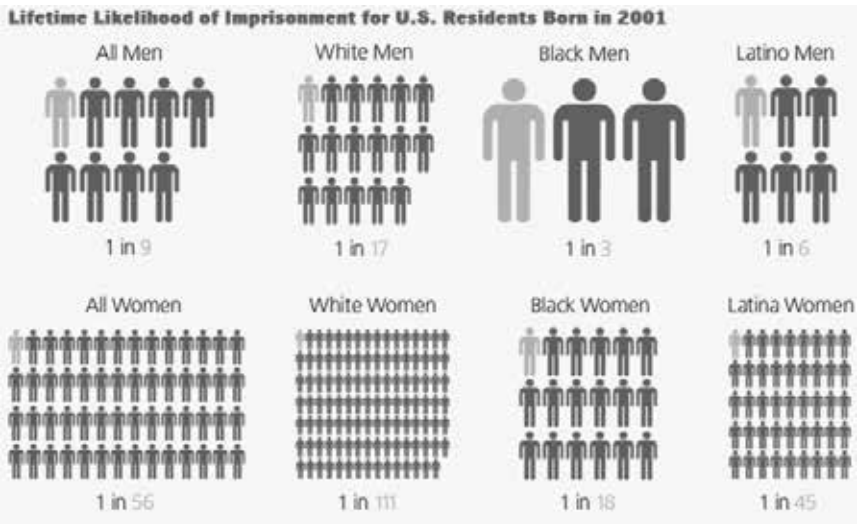
- Década 1980 (315,974) - 1990 (739,549) aumento de 134,05%.
- Década 1990 (739,549) - 2000 (1.334,174) aumento de 80,40%.
- Década 2000 (1.334,174) - 2010 (1.552,669) aumento de 16,38%
- Período de 2010 (1.552,669) - 2018 (1.414,162) diminuição de 8,92%.

Percebe-se, pelos dados acima (cálculos produzidos pelo autor da presente dissertação), que, no ano de 2009, o número de presos no sistema carcerário era de 1.553.574, atingindo assim o seu pico, seguido do ano de 2011 com 1.537.415. Entendemos que houve um endurecimento nas prisões em virtude do atentado ocorrido no dia 11 de setembro de 2011 nos EUA.

Com relação à prisão por gênero: no ano de 2018, tinha 1.309.925 homens na prisão e 104.237 mulheres nos presídios. Constatando que tinha mais homens do que mulheres nos presídios americanos.

Na mesma proporção são os dados do ano de 2001 elaborados pelo Bureau of Justice Statistics (BJS), no total de homens tinha 1 para 9; de homens brancos 1 para 17; homens negros 1 para 3; homens latinos 1 para 6; total de mulheres 1 para 56; mulheres brancas 1 para 111; mulheres negras 1 para 18 e mulheres latinas 1 para 45:

Figura 2 - Vida semelhante de prisão para residentes dos EUA nascidos em 2001



Fonte: The Sentencing Project (2018).

Nota-se, pelos dados apresentados no ano de 2001, que nos presídios dos Estados Unidos a maior incidência de pessoas presas era de homens negros e mulheres negras.

Já com relação ao encarceramento no seu numerário total, verifica-se no The Sentencing Project:

> The United States is the world's leader in incarceration. There are 2.2 million people in the nation's prisons and jails—a 500% increase over the last 40 years. Changes in law and policy, not changes in crime rates, explain most of this increase. The results are overcrowding in prisons and fiscal burdens on states, despite increasing evidence that large-scale incarceration is not an effective means of achieving public safety (THE SENTENCING PROJECT, 2018).[42]

Afirmamos que ocorreu um aumento de 500% por cento nos últimos 40 anos, por motivos da lei e na política criminal, ocasionando a superlotação nas prisões, mesmo esse encarceramento não sendo um meio eficaz para a segurança pública.

Então se pergunta: como começou esse encarceramento em massa nos Estados Unidos? A resposta vem nos anos 1980, com a guerra às drogas, combate ao narcotráfico e às substâncias ilícitas. Entre os anos 1970 e 1990, os Estados Unidos sofreram um duro golpe dos cartéis de cocaína da Colômbia e viu a Flórida arder na chama do consumo exagerado da população de drogas, como a metanfetamina e a cocaína.

Segundo Thiago Rodrigues, o tráfico de drogas da substância maconha, especialmente a cocaína dos anos 70 para 80, transformou um negócio pequeno ilegal em uma grande empresa, muito em virtude da aproximação com a Colômbia, que sintetizava a droga, detinha as cone-

42 Os Estados Unidos são o líder mundial no encarceramento. Existem 2,2 milhões de pessoas nas prisões e cadeias do país - um aumento de 500% nos últimos 40 anos. Mudanças na lei e na política, não mudanças nas taxas de criminalidade, explicam a maior parte desse aumento. Os resultados são a superlotação nas prisões e a carga fiscal sobre os estados, apesar das evidências crescentes de que o encarceramento em larga escala não é um meio eficaz de alcançar a segurança pública (THE SENTENCING PROJECT, 2018, tradução nossa).

xões necessárias para o refino e transporte para os usuários estadunidenses (RODRIGUES, 2002).

A rota da cocaína, utilizada pelos cartéis colombianos, utilizava os mares caribenhos com embarcações sofisticadas e até mesmo submarinos construídos clandestinamente, sem contar os inúmeros aviões de pequeno porte com pilotos que se arriscavam em voos noturnos e com pouco combustível, pois os traficantes remuneravam bem aqueles que trabalhavam para que a droga chegasse até o estado da Flórida e depois fosse distribuída por todo território americano.

Nesse mesmo sentido é a posição do The Sentencing Project:

> A series of law enforcement and sentencing policy changes of the "tough on crime" era resulted in dramatic growth in incarceration. Since the official beginning of the War on Drugs in the 1980s, the number of people incarcerated for drug offenses in the U.S. skyrocketed from 40,900 in 1980 to 452,964 in 2017. Today, there are more people behind bars for a drug offense than the number of people who were in prison or jail for any crime in 1980. The number of people sentenced to prison for property and violent crimes has also increased even during periods when crime rates have declined (THE SENTENCING PROJECT, 2018).[43]

Podemos compreender que a aplicação de uma lei dura para uma política criminal contra as drogas nos Estados Unidos dos anos 70 para 80 foi o fator inicial para o encarceramento em massa, sendo que o número de pessoas presas por drogas é maior do que outros tipos de crimes, fazendo com que a violência nos Estados Unidos seja norteada pelo uso de drogas.

Apesar de estar constatado, através das pesquisas, que o aumento das prisões e a política criminal voltada cada dia mais para o encarceramento

43 Uma série de mudanças na política de aplicação da lei e de condenação da era "dura com o crime" resultou em um aumento dramático no encarceramento. Desde o início oficial da Guerra às Drogas na década de 1980, o número de pessoas encarceradas por delitos de drogas nos EUA disparou de 40.900 em 1980 para 452.964 em 2017. Hoje, há mais pessoas atrás das grades por delitos de drogas do que o número de pessoas que estavam na prisão por qualquer crime em 1980. O número de pessoas condenadas à prisão por crimes violentos e de propriedade também aumentou mesmo durante os períodos em que as taxas de criminalidade diminuíram (THE SENTENCING PROJECT, 2018, tradução nossa).

em massa não alteraram a segurança pública, questiona-se por que ainda ocorre esta situação nos presídios.

Registre-se o posicionamento de Susan Campers:

> Prison overcrowding and the United States lower courts have a somewhat ironic relationship. First, the lower courts sentence numerous offenders to extended sentences based on a variety of factors. Some judges consider aggravating circumstances such as use of a firearm, whether it was a domestic, and the past history of the offender. Although the legislature outlines specific sentencing guidelines, many sentencing decisions allow for a range of judicial discretion. For example, the penalty for aggravated assault first offense can range from fifteen to twenty-one months in prison. It is left to the judge, then, to determine the precise number of years the offender should be sentenced to.
>
> On a smaller scale, and far more pertinent to the discussion of prison overcrowding, are the decisions judges must make regarding lower level street and drug crimes. The penalty for possession of cocaine can legislatively range from zero to six months imprisonment for a first offense. This means that it is up to the discretion of the sentencing judge whether or not to incarcerate. Across the nation we have seen a rise in probation violators due to small drug infractions. Thirty-five percent of our United States prison population is made up of probation violators (Lawrence) (CAMPERS, 2012, p. 11).[44]

44 A superlotação das prisões e os tribunais inferiores dos Estados Unidos têm uma relação um tanto irônica. Em primeiro lugar, os tribunais de primeira instância sentenciam vários infratores a penas estendidas com base em uma variedade de fatores. Alguns juízes consideram circunstâncias agravantes, como o uso de arma de fogo, se era doméstica e o histórico do infrator. Embora a legislatura delineie diretrizes específicas de condenação, muitas decisões de condenação permitem uma variedade de discricionariedade judicial. Por exemplo, a pena para o primeiro delito de agressão agravada pode variar de quinze a vinte e um meses de prisão. Cabe ao juiz, então, determinar o número exato de anos a que o agressor deve ser condenado.
Em uma escala menor, e muito mais pertinente para a discussão da superlotação das prisões, estão as decisões que os juízes devem tomar em relação aos crimes de rua e drogas. A pena por posse de cocaína pode variar legislativamente de zero a seis meses de prisão

O posicionamento da autora é de que a superlotação nos presídios primeiramente ocorre em virtude das decisões da primeira instância, em razão de uma variedade de fatores, em que o juiz sentencia considerando circunstâncias agravantes, como, por exemplo: o histórico do agressor, aplicando-se o Direito Penal do Autor e não o Direito Penal do Fato.

Apesar da legislação especificar com relação aos limites da condenação, algumas decisões têm discricionariedade judicial que permite ao juiz da condenação decidir se deve ou não encarcerar, sendo que no país teve um aumento em razão da infração de drogas.

Já o relatório do *Capitalizing on Mass Incarceration: U.S. Growth in Private Prisons* (Capitalizando em Encarceramento em Massa: Crescimento nas prisões Privadas nos EUA) discorda do posicionamento de Susan Campers, afirmando que a superlotação dos presídios americanos ocorreu em virtude, primeiramente, do capitalismo, que encontrou na privatização das prisões uma forma de lucro, ou seja, quanto mais pessoas estiverem presas maior será o seu lucro. Nesse sentido, não há interesse em mudança da política criminal para a diminuição do encarceramento em massa.

Como se nota:

> *For-profit prison companies exist to make money, and therefore the size and status of the country's criminal justice system is of upmost importance to them. This connection was summed up in Corrections Corporation of America's (now-Core Civic) 2010 Annual Report:*
>
> *In order to overcome these challenges, private prison companies at times have joined with lawmakers, corporations, and interest groups to advocate for privatization through the American Legislative Exchange Council (ALEC). This organization is a nonprofit membership association focused on advancing "the Jeffersonian principles of free markets, limited government, federalism, and individual liberty." This is pursued in part by advocating for large-scale privatization of governmental functions. Core Civic paid between $7,000 and $25,000 per year as an association member before*

para o primeiro delito. Isso significa que fica ao critério do juiz de condenação se deve ou não encarcerar. Em todo o país, vimos um aumento de infratores de liberdade condicional devido a pequenas infrações de drogas. Trinta e cinco por cento da população carcerária dos Estados Unidos é composta de infratores de liberdade condicional (Lawrence) (CAMPERS, 2012, p. 11, tradução nossa).

> *leaving the organization in 2010. The company contributed additional funds to sit on issue task forces and sponsor events hosting legislators (THE SENTENCING PROJECT, 2018, p. 11).*[45]

Em outras palavras, quanto maior o sistema prisional e o número de detentos maior o seu lucro. Dessa forma, utilizam-se do artifício de se juntar a legisladores, empresas e grupos de interesses para defender a privatização.

Segundo Nicole Silva, na verdade não é um sistema jurídico, mas um negócio, pois o único objetivo é a vantagem:

> Nesse sistema, os indivíduos encarcerados são legitimamente tratados como propriedade do governo. Se algum detento se recusar a ser alugado ou cedido como propriedade, sofrerá consequências violadoras de direitos fundamentais à semelhança da antiga escravidão. Enquanto isso, corporações privadas, em convênio com o governo norte-americano, que exploram mão de obra penal para produzir bens e serviços, lucram milhões de dólares por ano. O complexo prisional industrial preocupa-se, assim, em lucrar com os detentos, ainda que rotule esse sistema de "programa de treinamento de empregos". Contudo, aos detentos é ensinado um conjunto de habilidades não como um meio de reforma, mas sim com a finalidade de exploração para obter o maior lucro possível (SILVA, 2018, p. 205).

45 As empresas prisionais com fins lucrativos existem para ganhar dinheiro e, portanto, o tamanho e o status do sistema de justiça criminal do país são de extrema importância para elas. Esta conexão foi resumida no Relatório Anual de 2010 da Corrections Corporation of America (agora Core Civic):
Para superar esses desafios, às vezes as empresas prisionais privadas se juntam a legisladores, empresas e grupos de interesse para defender a privatização por meio do American Legislative Exchange Council (ALEC). Esta organização é uma associação sem fins lucrativos focada em promover "os princípios jeffersonianos de mercado livre, governo limitado, federalismo e liberdade individual". Isso é buscado em parte pela defesa da privatização em grande escala das funções governamentais. O Core Civic pagou entre US $ 7.000 e US $ 25.000 por ano como membro da associação antes de deixar a organização em 2010. A empresa contribuiu com fundos adicionais para participar de forças-tarefa e patrocinar eventos que hospedam legisladores (THE SENTENCING PROJECT, 2018, p. 11, tradução nossa).

O complexo prisional industrial atribui ao programa com os detentos a ideia de "programa de treinamento de empregos", mas, na verdade, é ensinado um conjunto de habilidades não como uma forma de subsistência ao sair da prisão, mas como exploração da mão de obra para obter sempre o maior lucro possível.

Segundo Löic Wacquant, o álibi criminológico para a reestrutura do trabalho policial realizada por William Bratton foi refrear o medo das classes médias e superiores, as quais defendem a perseguição frequente dos pobres nos espaços públicos. De acordo com Wacquant:

> De Nova York, a doutrina da "tolerância zero", instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da "guerra" ao crime e da "reconquista" do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais (WACQUANT, 2004, p. 18).

Ou seja, na visão do autor, para ocorrer a dominação da classe média e superiores, que perseguem os pobres nos espaços públicos, a forma que encontraram foi de tolerância zero.

Desse modo, podemos entender que a tolerância zero aos pobres é uma forma de discriminação e exclusão da sociedade, sendo a prisão um mecanismo de afastamento da sociedade e manutenção dos espaços públicos apenas para a classe média e superiores.

A miséria e pobreza foram criminalizadas nas legislações, criando um "Estado-penitência" para desarmar o "Estado de bem-estar social", ou seja, o Estado garantidor de políticas sociais para a produção de bens e serviços, intensificando o aparelhamento policial e judicial de forma repressiva, consequentemente aumentando o encarceramento, que, de certa forma, é visto como uma punição aos pobres e exclusão dos espaços públicos.

Nessa mesma linha de pensamento, Jock Young afirma que a sociedade passou de inclusiva para excludente. A primeira foi os anos doura-

dos, de pleno emprego, incorporação da classe trabalhadora, ingresso das mulheres e maior participação no mercado de trabalho e uma tentativa de igualdade. Afirma Young: "No tocante à criminalização, a sociedade inclusiva não excluía o 'outro', não o catalogava como um inimigo, mas o enxergava como alguém que devesse ser reabilitado, socializado, *curado até ficar como 'nós'"* (YONG, 2002, p. 21).

Entretanto, com o passar dos anos, o trabalho foi diminuindo, passando para um trabalho terceirizado, a mão de obra passou a não ser valorizada. Os empregos passaram a ser curtos, sem perspectiva. As pessoas que tinham como visão um Estado de bem-estar social passaram a frustrar-se diante da situação social que se encontravam e consequentemente a criminalidade é vislumbrada, pois a fusão de privação relativa decorrente do trabalho e a individualidade dentro da sociedade espelhou transformações no comportamento, controle social, nas taxas de criminalidade.

O medo coletivo do crime alterou o comportamento da sociedade, de modo que aumentou o encarceramento percebido nos dias de hoje.

Em decorrência da superlotação, nos presídios surgem outros problemas, segundo Marquice Robinson, que são os problemas de saúde, acidentes e casos de mutilação nos presídios, inclusive o aumento do número de crimes dentro dos estabelecimentos, ou seja, a superlotação nos presídios aumentou já que o sistema de justiça envia mais pessoas do que a capacidade do estabelecimento (ROBINSON, 2018, p. 16).

É importante ressaltar que, para uma parte da sociedade, é imaginável não ter um lugar para aprisionar pessoas que cometem crimes, ou seja, para uma parte da sociedade a prisão é algo natural. Mas é necessário fazer o questionamento acerca da eficácia do encarceramento.

Como observa Angela Davis:

> Foi fácil produzir um sistema de encarceramento em grande escala com consentimento implícito da população. Porque as pessoas presumiram com tanta rapidez que aprisionar uma proporção cada vez maior da população.
>
> É como se a prisão fosse um fato inevitável da vida, como o nascimento e a morte.
>
> De modo geral, as pessoas tendem a considerá-las como algo natural. É difícil imaginar a vida sem elas (DAVIS, 2018, p. 15).

Como se nota, a prisão está presente na sociedade e ao mesmo tempo distante, já que não se sabe exatamente o que ocorre dentro delas, por receio de entender o que se passa dentro dos muros do cárcere.

Pode-se entender que a prisão é uma caixa de pandora, porque visivelmente é fechada, se constituindo como um verdadeiro universo paralelo, com suas próprias "leis", onde as pessoas desenvolvem comportamentos próprios para aquele local, não permitindo a atuação do Estado de forma a garantir a integridade física dos custodiados, fazendo com que toda a violência que se observa no sistema prisional seja transferida para o mundo fora das grades.

Para Angela Davis:

> O encarceramento, entretanto, acabou por se tornar a pena em si, fazendo surgir uma distinção entre o aprisionamento como punição e a detenção antes do julgamento ou até a aplicação da pena. O processo por meio do qual o encarceramento se tornou a maneira primária de punição imposta pelo Estado estava intimamente relacionado à ascensão do capitalismo e ao surgimento de um novo conjunto de condições ideológicas (DAVIS, 2018, p. 40).

Sendo assim, o encarceramento é a maneira primária de punição do Estado, sendo ligado diretamente ao capitalismo e surgimento de novas formas de obtenção de lucro.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do quanto podemos observar em relação a superlotação carcerária dos Estados Unidos, algumas constatações poderão ser trazidas sendo que uma delas diz respeito à política criminal desenvolvida na maioria dos 50 (cinquenta) Estados, que compõem o sistema confederado daquele país, numa sistemática de endurecimento das leis.

No tocante a política de tolerância zero, sendo que algumas outras questões relacionadas ao aumento do número de imigrantes ilegais, bem como o enfrentamento do Estado com relação a gangues, que dominam bairros e parques das cidades, como também conflitos sociais ligados a questões raciais, transformaram os Estados Unidos em uma sociedade inquieta,

num alto grau de ebulição e não restando aos governantes dar exemplo de austeridade no encarceramento de pessoas que transgridam as leis.

As políticas públicas de encarceramento em massa dos Estados Unidos contam com o apoio da maioria da população, pois a um entendimento coletivo de que os esforços dos órgãos governamentais deverão ser focados para o desenvolvimento da sociedade ao contrário de dar apoio para aqueles que transgridam as leis.

REFERÊNCIAS

CAMPERS, Susan. A Failing Correctional System: State Prison Overcrowding in the United States United States. **Pell Scholars and Senior Theses**, 79, 2012. Disponível em: https://digitalcommons.salve.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1079&context=pell_theses. Acesso em: 27 out. 2020.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas**. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

ROBINSON, Marquice. **A Case Study of Overcrowding in a County Jail inthe Southeast United States**. 2018. Disponível em: https://scholarworks.waldenu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6691&context=dissertations. Acesso em: 30 out. 2020.

RODRIGUES, Thiago. A infindável guerra Americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente. **São Paulo em Perspectiva**, vol.16, nº 2, São Paulo, 2002. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392002000200012. Acesso em: 30 out. 2020.

THE SENTENCING PROJECT. **Capitalizing on Mass Incarceration U.S. Growth in Private Prisons**. 2018. Disponível em: https://www.sentencingproject.org/publications/capitalizing-on-mass-incarceration-u-s-growth-in-private-prisons. Acesso em: 22 out. 2020.

THE SENTENCING PROJECT. **Criminal justice facts**. 2018. Disponível em: https://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts. Acesso em: 22 out. 2020.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. 1999. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/389883839/Wacquant-Loic-Prisoes--da-Miseria-pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

WACQUANT, Löic. **Os condenados da cidade:** estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

YOUNG, Jock. ***A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.*** Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

O DIREITO À REMIÇÃO DE PENA DO ENCARCERADO À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE EM CONTRAPARTIDA COM A OPINIÃO POPULAR

Gerson de Jesus Monteiro Junior[46]

INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre a ressocialização da pessoa encarcerada bem como o acesso deles à cultura e aos estudos, porém, muitos de nós desconhecem as formas que o encarcerado possui para reduzir sua pena, e ao mesmo tempo aproveitar o seu tempo com trabalho, leitura e estudos.

O objetivo deste trabalho é demonstrar as formas de remição de pena para o encarcerado, e como essas formas funcionam na prática e sua realização justifica-se pela necessidade de permitir a análise dos direitos humanos dos encarcerados e garantir o cumprimento da legislação acerca da remição de pena.

Foi feito uma análise da resolução 391, do conselho nacional de justiça, que foi publicado no diário oficial da união no dia 10 de maio de 2021, ainda bem recente, porém, esta resolução veio para substituir a resolução 44/2013 também do CNJ, que já tratava da remição de pena e que apenas sofreu algumas alterações. Também foram analisadas a lei de execuções

46 Policial Militar do estado do Paraná, Especialista em polícia legislativa (FACUL ESTE), Tecnólogo superior em Segurança Privada (Cruzeiro do Sul), Acadêmico de História (UCA).

penais e a súmula 341 do supremo tribunal de justiça, bem como a bibliografia referente ao assunto.

Em paralelo, com a pesquisa bibliográfica, foi disponibilizado um questionário anônimo, através da plataforma *Google Forms*, a fim de angariar opiniões sobre o conhecimento popular da possibilidade de remição de pena, bem como se os participantes concordavam com os termos legais vigentes.

O referido questionário *on-line* teve uma coleta de endereços de e-mails dos entrevistados a fim de garantir que não houvesse respostas repetidas e que cada participante respondesse apenas uma só vez, o formulário foi compartilhado através das redes sociais com o propósito de alcançar várias pessoas de diferentes realidades, profissões e classes sociais.

O questionário foi composto de 05 (cinco) questões de cunho exclusivamente pessoal de cada entrevistado, e teve um total de 174 (cento e setenta e quatro) respostas, onde foi abordado a opinião pessoal sobre as formas de remição de pena, e os dados obtidos enriqueceram a discussão e possibilitaram a estruturação do presente artigo, e viabilizando a realização da análise da legislação em contrapartida à opinião popular.

A pesquisa bibliográfica juntamente com a pesquisa de opinião popular, possibilitou uma discussão entre a defesa dos direitos humanos e fundamentais bem como a forma que a sociedade vislumbra a defesa de tais direitos, em especial das pessoas privadas de liberdade.

O QUE É REMIÇÃO DE PENA?

A remição de pena é a possibilidade do indivíduo preso, em regime fechado ou semiaberto, de diminuir sua pena, em razão de dias trabalhados, horas de estudos, sendo elas presenciais ou EAD, ou até em razão da leitura de obras literárias, para todos os efeitos os dias de remição serão entendidos como dias de pena cumpridos.

> A primeira experiência de criar uma legislação própria para remir parte da pena de prisão por meio da educação em prisões na América Latina ocorreu no ano de 1971, no México. Ela foi inspirada por uma iniciativa espanhola, que permitiu reduzir o tempo de prisão por meio do trabalho de pessoas presas, em 1937. **(TORRES 2017 p.63).**

Conforme a lei de execução penal imputada ao estado, a ressocialização do preso bem como sua inserção em meio a sociedade, e a responsabilidade para com ele inclui a assistência educacional.

> Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.
>
> Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III –jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa**. (BRASIL, 1984).**

Uma forma de promover o interesse de trabalhar, estudar ou ler, ao indivíduo privado de liberdade, foi incorporada à legislação remição de pena, uma forma de recompensar com redução de dias de pena, o encarcerado que se propor voluntariamente a trabalhar, estudar ou ler obras literárias.

> A análise parte ainda da constatação de que a introdução desse dispositivo alterou significativamente a maneira como a população encarcerada é concebida pela lei e pela política pública, que passa a tratá-la, mesmo que de maneira ainda incipiente, como um grupo social também sujeito de direitos. Trata-se aí de uma transformação de grande magnitude, sobretudo se considerarmos que foi alcançada em uma sociedade desigual e com pouca tradição democrática como a brasileira. **(TORRES, 2017 p.28)**

A remição de pena é garantida ao preso de forma independente, ou seja, pode ser concedida ao mesmo preso por todos os critérios, sendo possível que ele participe de forma cumulativa, da remição por trabalho, estudo ou leitura, onde cada forma independe da outra, os dias remidos, conforme o " Art. 128. O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos."(BRASIL, 2011), e deverão ser cumulativos de todas as formas possíveis e somados a fim de reduzir o tempo de condenação a cumprir.

> Art. 7º A participação da pessoa privada de liberdade em atividades de leitura e em práticas sociais educativas não-escolares para fins de remição de pena não afastará as hipóteses de remição pelo traba-

> lho ou educação escolar, sendo possível a cumulação das diferentes modalidades, cabendo ao Juízo competente zelar para que:
>
> I – as pessoas privadas de liberdade possam frequentar as atividades descritas na presente resolução de forma cumulativa ou independente, sendo vedada a vinculação de participação em uma das modalidades de estudo como pré-requisito para a participação em quaisquer das outras atividades; **(BRASIL, 2021)**

A pesquisa de opinião realizada pelo autor questionou acerca do conhecimento sobre a legislação vigente com o objetivo de verificar se os participantes teriam ciência da forma legal de aplicação da remição de pena, onde 57% (cinquenta e sete por cento) dos entrevistados responderam conhecer a possibilidade de remição de pena ao indivíduo preso e 43% (quarenta e três por cento) alegam desconhecer esta prerrogativa.

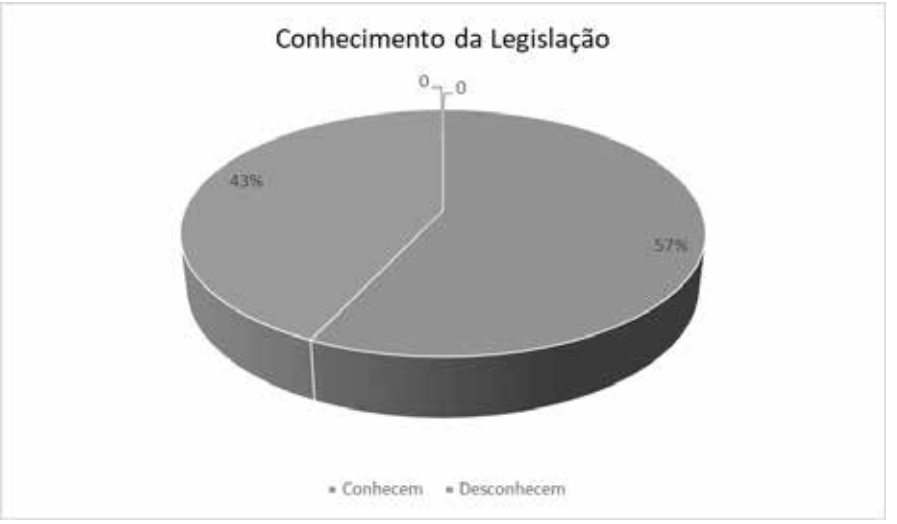


GRÁFICO 01: Elaborado pelo autor.

Em relação ao gráfico 01 (um), podemos perceber que a maioria dos entrevistados, mesmo que respondendo ter conhecimento das formas de remição de pena, na prática é um assunto muito pouco abordado, a forma do preso diminuir sua pena trabalhando, até que soa mais familiar, e é um formato que vem sendo adotado há muito tempo, por outro lado, a remição por horas de estudo, anteriormente.

> Como se observa, a finalidade da Lei é viabilizar a reinserção do interno na comunidade através da maior qualificação sócio intelectual. A remição da pena funciona como incentivo ao preso para que busque seu aprimoramento como forma de facilitar o convívio sócio econômico em liberdade. (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007, p.13**).**

Foi questionado se a remição de pena seja ela por dia de trabalho, horas de estudo ou leitura, se de alguma forma torna a ressocialização do preso mais fácil, onde 54% (cinquenta e quatro por cento) dos entrevistados acreditam que a remição auxilia na ressocialização do preso enquanto 46% (quarenta e seis por cento) acreditam que a remição não traz benefício algum para a recuperação do preso.

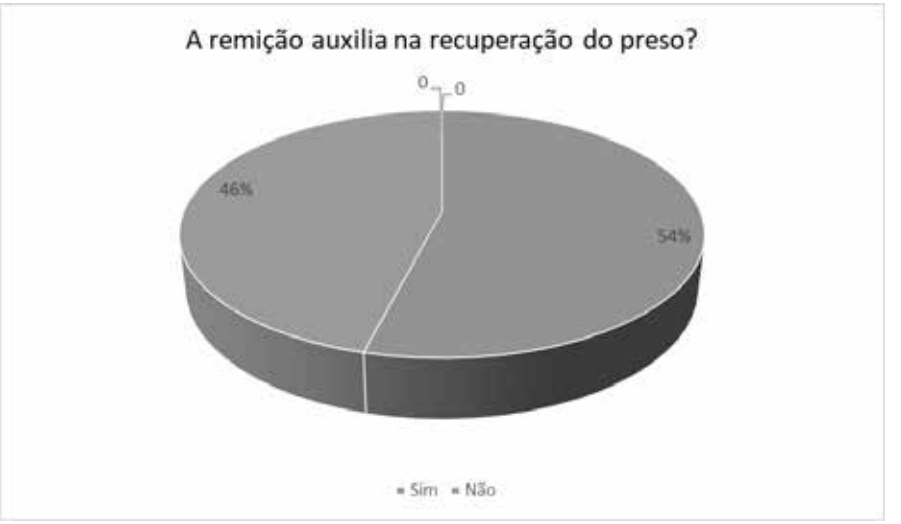


GRÁFICO 02: Elaborado pelo autor.

Em relação ao gráfico 02 (dois), ficou demonstrado que a maioria acredita que a remição de pena independente de qual modalidade ela seja, auxilia na ressocialização do preso, possibilitando um melhor aproveitamento do tempo que o preso dispõe, para realização de atividade produtiva**.**

REMIÇÃO DE PENA POR DIAS TRABALHADOS

Conforme relata a lei Nº 12.433, de 29 de junho de 2011, que definiu algumas alterações da famosa lei de execuções penais, no artigo 126 inciso 2, garante ao preso direito de remir 01 (um) dia de sua pena a cada 3 (três) dias trabalhados, o indivíduo que cumpre pena, em regime de reclusão ou semiaberto. Segundo a lei de execução penal, "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. "(**BRASIL, 2011).**

A súmula 341 do supremo tribunal de justiça de 27 de junho de 2007 garante "a remição pelo trabalho vem sendo concedida a razão de 03 (três) dias de trabalho para cada dia remido de pena, com jornada diária de seis a oito horas. Portanto fica remido 01 (um) dia de pena para cada 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) horas de trabalho" **(SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007, p.09)**

Na pesquisa de opinião popular, disponibilizado pelo autor, foi perguntado se o entrevistado conhece a forma de remição de pena em relação aos dias trabalhados, onde 55% (cinquenta e cinco por cento) dos entrevistados responderam conhecer e 45% (quarenta e cinco por cento) alegam desconhecem a remição por dia de trabalho.

GRÁFICO 03: Elaborado pelo autor.

Embora tenha ficado quase que empatada essa questão, no gráfico 03 (três), a maioria dos entrevistados demonstraram conhecer a possibilidade do preso trabalhar para reduzir sua pena, porém, ao contrário do que se pensa, essa modalidade de remição é voluntária e não obrigatória.

Remição de pena por horas de estudos presencial ou EAD.

Os indivíduos que estão cumprindo pena, seja ela em reclusão ou semiaberto, tem a possibilidade de remir 01 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, esse horário pode ser presencial ou em formato EAD (educação à distância).

> É que, sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe no presente caso, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade. **(SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007 p.10).**

Tal prerrogativa, cumpre o disposto no artigo 5° da resolução 02, de 19 de maio de 2010 do Ministério da Educação, que Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais, que obriga os estados da união promoverem estratégias pedagógicas a fim de estender o ensino presencial e à distância para toda população carcerária.

> Art. 5º Os Estados, o Distrito Federal e a União, levando em consideração as especificidades da educação em espaços de privação de liberdade, deverão incentivar a promoção de novas estratégias pedagógicas, produção de materiais didáticos e a implementação de novas metodologias e tecnologias educacionais, assim como de programas educativos na modalidade Educação a Distância (EAD), a serem empregados no âmbito das escolas do sistema prisional**. (BRASIL, MEC, 2010).**

A pessoa privada de liberdade tem a possibilidade de estudar sozinho, por conta própria mesmo sem estar vinculado a atividades regulares de ensino, neste formato é necessário que ele comprove o aprendizado

através da realização dos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio, como por exemplo prova do ENCCEJA (O Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos) ou ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), e será considerado para fins de remição 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível escolar, sendo 1.600 (mil e seiscentas) horas para os últimos anos do ensino fundamental e para o ensino médio, técnico ou profissional 1.200 (mil e duzentas) horas.

O preso que optar por esta forma de remição precisa seguir algumas normas conforme Conselho Nacional de Justiça "[...] o direito à remição de pena pela participação em atividades de educação escolar considerará o número de horas correspondente à efetiva participação nas atividades educacionais" **(BRASIL 2021).**

O preso que tiver autorização para frequentar curso ou estabelecimento de ensino fora do sistema prisional, deverá comprovar a frequência, ou seja, que esteve presente nas aulas para que seja aceita sua remição.

Referente a pesquisa de opinião que foi disponibilizada pelo autor, foi perguntado se o entrevistado concorda com a possibilidade de remição de pena com o critério em relação às horas de frequência escolar, onde 42% (quarenta e dois por cento) dos entrevistados concordam com a remição de pena devido à horas de frequência escolar, enquanto 58% (cinquenta e oito por cento) discordam dessa possibilidade.

> Esse posicionamento aponta para a compreensão de que a possibilidade da remição de pena pela educação encontra-se imersa num jogo complexo institucionalizado, que envolve a garantia de direitos de pessoas presas e o uso político da educação como mecanismo de regulação e gestão do sistema penitenciário, portanto, há dualidade na função da remição. **(TORRES, 2017 p70).**

Os dois grandes benefícios da remição por frequência escolar dispõe da garantia dos direitos constitucionais dos presos bem como auxilia a gestão do sistema penitenciário.

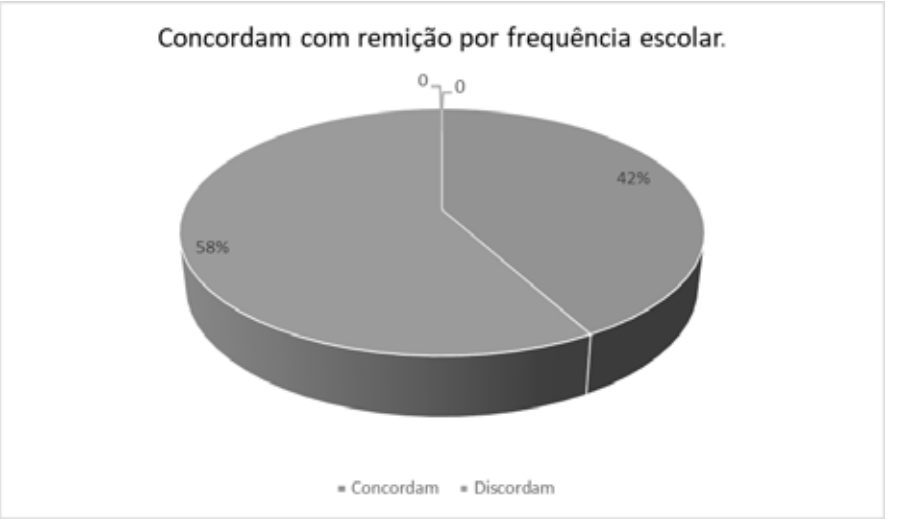


GRÁFICO 04: Elaborado pelo autor.

A análise das respostas sobre a opinião dos entrevistados, no gráfico 04 (quatro) referente a remição de pena em relação às horas de frequência escolar, demonstra que a maioria mesmo que não muito absoluta discorda da remição por esta forma, e assim denotam que a cultura popular sobre a garantia de qualquer direito que a pessoa privada de liberdade tenha, sempre é vista como uma regalia desnecessária, ou é visualizada como forma de impunidade.

REMIÇÃO DE PENA POR LEITURA

A pessoa privada de liberdade tem a possibilidade de remir 04 (quatro) dias de sua pena a cada obra literária lida por ela, as obras devem ser disponibilizadas nas bibliotecas das unidades prisionais, também podem ser oriundas de doações até mesmo das visitas recebidas pela pessoa presa, e será garantida liberdade de escolha da obra bem como livre de censura qualquer que seja ela.

> Art. 5º Terão direito à remição de pena pela leitura as pessoas privadas de liberdade que comprovarem a leitura de qualquer obra literária, independentemente de participação em projetos ou de lista prévia de títulos autorizados, considerando-se que:

> [...]V – para cada obra lida corresponderá a remição de 4 (quatro) dias de pena, limitando-se, no prazo de 12 (doze) meses, a até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas e assegurando-se a possibilidade de remir até 48 (quarenta e oito) dias a cada período de 12 (doze) meses.
>
> IV – para fins de remição de pena pela leitura, a pessoa em privação de liberdade registrará o empréstimo de obra literária do acervo da biblioteca da unidade, momento a partir do qual terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para realizar a leitura, devendo apresentar, em até 10 (dez) dias após esse período, um relatório de leitura a respeito da obra, conforme roteiro a ser fornecido pelo Juízo competente ou Comissão de Validação; **(BRASIL, 2021).**

Os critérios para que a pessoa privada de liberdade obtenha a remição de pena em relação à leitura de obras literárias são bem rigorosos, o leitor deve completar a leitura entre 21 (vinte e um) e 30 (trinta) dias, que são os prazos de empréstimos dos exemplares disponíveis nas bibliotecas das unidades prisionais, e deverão redigir um relatório em forma de resenha de leitura da obra literária, e o trabalho será submetido à comissão de validação no prazo de no máximo 10 (dez) dias após o prazo de empréstimo do livro.

> § 1º O Juízo competente instituirá Comissão de Validação, com atribuição de analisar o relatório de leitura, considerando-se, conforme o grau de letramento, alfabetização e escolarização da pessoa privada de liberdade, a estética textual (legibilidade e organização do relatório), a fidedignidade (autoria) e a clareza do texto (tema e assunto do livro lido), observadas as seguintes características:
>
> I – a Comissão de Validação será composta por membros do Poder Executivo, especialmente aqueles ligados aos órgãos gestores da educação nos Estados e Distrito Federal e responsáveis pelas políticas de educação no sistema prisional da unidade federativa ou União, incluindo docentes e bibliotecários que atuam na unidade, bem como representantes de organizações da sociedade civil, de iniciativas autônomas e de instituições de ensino públicas ou privadas, além de pessoas privadas de liberdade e familiares; **(BRASIL, 2021).**

A comissão de validação avaliará o relatório de leitura redigido pelo leitor privado de liberdade e levará em consideração o nível de letramento do indivíduo, e irá julgar o relatório conforme autoria, organização, legibilidade e clareza do texto, e, após análise, a comissão emitirá um parecer que possibilitará o preso a remir sua pena devido a leitura da obra.

Na pesquisa de opinião realizada pelo autor foi disponibilizado o artigo 5º da resolução 391/21 CNJ, e foi perguntado se o entrevistado concorda com essa modalidade de remição de pena em relação à obras literárias lidas pelo preso, onde 34% (trinta e quatro por cento) dos entrevistados concordam com a remição de pena por leitura sendo que 66% (sessenta e seis por cento) dos entrevistados discordam dessa prerrogativa.

GRÁFICO 05: Elaborado pelo autor.

Mesmo que para fins de remição o preso apenas pode ler uma obra literária por mês, e mesmo que ele possua um prazo relativamente curto, para ler e redigir um relatório de leitura e submeter a uma comissão de validação judicial, e mesmo que ao longo do ano nos 12 (doze) meses ele apenas consiga remir no máximo 48 (quarenta e oito) dias, e em relação a algumas condenações esses dias, sejam considerados insignificantes devido as penas serem às vezes muito longas, ainda assim conforme demonstrado no gráfico 05 (cinco), a maioria dos participantes afirmam discordar da remição de pena por leitura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em análise da legislação em vigor em nosso país, podemos considerar que a pessoa privada de liberdade, bem como os apenados que cumprem suas condenações em regime semiaberto, tem a possibilidade de remir suas penas, em contrapartida de dias trabalhados, horas de frequência escolar, ou por leitura de obras literárias, em cumprimento ao que manda a lei de execuções penais, a resolução 391, de 2021 do conselho nacional de justiça bem como as políticas do ministério da educação.

Os estudos bibliográficos demonstram que toda forma de remição de pena deve seguir critérios rigorosos para que sejam aceitas, e promove de certa forma uma política baseada na meritocracia, onde se recompensa o encarcerado por seu empenho individual e voluntário.

Considerando os dados obtidos na pesquisa de opinião realizada pelo autor foi notório que para a maioria dos entrevistados remição de pena é vista, muitas vezes como regalia desnecessária ao encarcerado ou confundida com impunidade.

A cultura que emana da sociedade atual do nosso país ainda nos tempos atuais, muitas vezes defendem que o sistema penitenciário e carcerário necessita ser cruel e desprovido de direitos aos encarcerados, para que ele seja eficaz, deve ser tomado como um castigo extremamente severo e qualquer forma de garantir e defender os direitos legais do preso, acabe não sendo visto com bons olhos, e o resultado da pesquisa de opinião demonstrou fielmente essa cultura.

Por fim podemos chegar às considerações finais que o presente artigo teve por objetivo, viabilizar o entendimento do formato legal da remição de pena dentro das legislações em vigor e em paralelo analisar a opinião popular sobre a aplicação da execução penal, e pudemos demonstrar que a ressocialização do encarcerado pode ser promovido por políticas educacionais, além de ser o fiel cumprimento dos dispositivos legais e dos direitos fundamentais do preso, a remição de pena tem um nobre papel para a promoção dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

E que a pessoa privada de liberdade tem direito à educação, e o fato de remir sua pena em relação a sua prática educacional ou em relação ao trabalho desenvolvido voluntariamente por ele, nada mais é que uma forma de o incentivar a recuperação social, é grosso modo apenas aplicação dos

direitos fundamentais da pessoa privada de liberdade, e ao mesmo tempo uma forma de diminuir a superlotação do sistema prisional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.433**, de 29 de junho de 2011. Alteração na Lei de Execução Penal. Brasília DF, 11 jun. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 2 jun. 2021.

_____. Ministério da Educação. **Resolução 02, de 19 de maio de 2010**. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. [*S. l.*], 19 maio 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=5142-rceb002-10&Itemid=30192. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução nº Resolução 391, de 10 de maio de 2021**. Estabelece procedimentos e diretrizes a serem observados pelo Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à remição de pena por meio de práticas sociais educativas em unidades de privação de liberdade. Brasília DF, 10 de maio de 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918. Acesso em: 2 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula nº 341**, de 27 de junho de 2007. A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto. **Súmula 341 do STJ**, [*S. l.*], 27 jun. 2007. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf. Acesso em: 7 jun. 2021.

TORRES, Eli Narciso da Silva. **A gênese da remição de pena pelo estudo: o dispositivo jurídico-político e a garantia do direito à educação aos privados de liberdade no Brasil**. 2017. 1 recurso *on-line* (290 p.). Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/330933>. Acesso em: 06 jun. 2021.

A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DA PARTICIPAÇÃO EM SUICÍDIO PELA INTERNET

João Augusto De Nardo[47]

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 2014), em seu artigo 2º, parágrafo único, define que adolescente é a pessoa entre 12 e 18 anos, sendo prevista em lei a excepcionalidade às pessoas de 18 a 21 anos e compreendendo o período descrito como um momento primordial, em que a criança deixa de o ser, para se apropriar de seus aspectos de personalidade e vivências no meio biopsicossocial.

O psquiatra Teng Chen Tung diz que "A juventude tem uma inabilidade natural, é inexperiente e se frustra com frequência", logo são mais impulsivos e consequentemente suscetíveis a influências externas, podendo ser positiva ou negativa.

Com base nos dados da Organização Mundial de Saúde (OMS, 2014), uma pessoa comete suicídio a cada 40 segundos e, de 2002 a 2012, houve um crescimento na taxa de suicídio entre crianças e pré-adolescentes com idade entre dez e 14 anos e 15 e 19 anos de 40% e 33,5%, respectivamente, o presente artigo surge a partir da preocupa-

47 Graduando do sétimo período de direito (Centro Universitário da Grande Dourados), possui grande interesse em pesquisa nas áreas de criminologia, direito penal e psicologia, além do cinema, especialmente o gênero de horror.

ção com os mais jovens que normalmente se adaptam mais facilmente às novas tecnologias, muito pelo motivo de já nascerem inseridos no âmbito cibernético.

1. PREVISÃO LEGAL

Quando se fala em suicídio e uma eventual participação das redes sociais como influência, não há como negar que o enquadramento da Lei nº 13.968, de 2019 se faz mais que necessária visto que a automutilação serve como um prelúdio ou aviso das intenções suicidas, e quem influencia alguém, dando dicas ou dizendo como aquilo é prazeroso, deve ser responsabilizado por seus atos.

As redes sociais e a mídia em geral podem causar uma dependência e manipulação muito forte, podendo influenciar as emoções de quem a consome. Quem tem pensamentos suicidas em uma pequena busca pode descobrir quais métodos são indolores para ela, quem não tem esses pensamentos pode receber gatilhos até se afetar emocionalmente a esse ponto. O crescimento desenfreado de ansiedade e depressão nos adolescentes tem crescido tal qual o uso de redes. E a influência se faz tão real que no ano passado, o Instagram removeu alguns de seus filtros que simulavam cirurgias plásticas. A justificativa era de que foi notada uma interferência negativa da ferramenta na autoestima dos usuários.

No Código Penal Brasileiro, o crime de incentivo ao suicídio está previsto no Art. 122, tendo como agravante a menoridade da vítima.

> Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.968, de 2019)
>
> § 1º Se da automutilação ou da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 129 deste Código: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 2º Se o suicídio se consuma ou se da automutilação resulta morte: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 3º A pena é duplicada: (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

I - se o crime é praticado por motivo egoístico, torpe ou fútil; (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 4º A pena é aumentada até o dobro se a conduta é realizada por meio da rede de computadores, de rede social ou transmitida em tempo real. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 5º Aumenta-se a pena em metade se o agente é líder ou coordenador de grupo ou de rede virtual. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

§ 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.968, de 2019)

2. AUXÍLIO AO SUICÍDIO (CASO YONLU)

A influência das redes sociais no suicídio pode ser claramente vista em casos reais como de Yonlu, nome artístico do músico Vinícius Gageiro Marques, que cometeu suicídio em 2006 tendo sua morte assistida por

colegas *on-line*, no mesmo fórum que compartilhava suas músicas recebido dicas para sua morte.

Foi conhecido como o primeiro caso de suicídio no Brasil envolvendo a presença da internet, onde anônimos de todos os cantos do planeta, o estimularam e assistiram a tragédia anunciada.

O jovem mantinha um blog que servia como uma espécie de diário, em que ele podia desabafar sobre o que lhe afligia além de extravasar seus pensamentos, ele também participava de fóruns de discussão virtuais. Na internet, onde podia compartilhar seu talento musical e fazer amizade, Vinicius também mostrava um lado depressivo, participando de fóruns cujo tema base era o suicídio.

Nele, o adolescente encontrou pessoas dispostas a o incentivar e levar adiante a ideia de suicídio que tinha em mente, recebendo dicas de qual seria a "forma mais eficiente para se matar". O adolescente inventou uma desculpa para que os pais não estivessem em casa, usando a intoxicação por monóxido de carbono como causa da morte, tendo utilizado churrasqueiras no banheiro.

Esse caso em específico serviu de alerta para as autoridades e o mundo judicial, sendo um dos pontos de partida para a criação de leis e normas mais rigorosas para crimes cibernéticos. Os ambientes virtuais possibilitam comunicações anônimas, bem como a maior oportunidade de expor fantasias e temores sem medo de um grande julgamento, visto que o ambiente virtual permite um contato de maneira mui diferente do pessoal.

3. INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO (CASO ROROCHAN)

Rorochan foi uma streamer japonesa de 14 anos, que atendia pelo nome de usuário "Rorochan_1999", e que cometeu suicídio pulando da varanda de seu apartamento no 13º andar em 2013, estimulada pelas pessoas que comentavam em sua última transmissão ao vivo. Rorochan_1999, como o nome sugere, nasceu em 1999. E começou a fazer transmissões ao vivo em 2012 em um serviço popular no Japão chamado FC2, também esteve presente na rede Niconico, serviço japonês de compartilhamento de vídeos, e a maioria de suas primeiras transmissões consistiam em ela cantando, tocando piano e conversando com o público. Com o tempo, ela começou a realizar atos mais perigosos, com o incen-

tivo de seu público *on-line*, como correr pela rua sem se preocupar com o trânsito e ficar na beira do telhado de seu apartamento. Os comentários de estranhos *on-line* em suas transmissões alegavam que ela iria se tornar uma lenda na internet, mas isso significaria sua morte.

Relatos na mídia japonesa informam que a mesma sofria bullying, e a internet seria seu refúgio, além da mesma ter um relacionamento ruim com os pais. Em 24 de novembro de 2013, a transmissão se inicia com Roro segurando a câmera e revelando apenas parcialmente seu rosto. Ela pulou da sacada de seu prédio e estava visivelmente assustada, no entanto atendeu o clamor perturbador e sádico de quem a assistia. Um distinto "Estou com medo" em japonês pode ser ouvido.

O incidente recebeu inicialmente pouca cobertura da mídia ou atenção generalizada, além de uma emissora de notícias local cobrindo a história, bem como alguns artigos nos jornais. Até que em 2019, a banda de rock japonesa Shinsei Kamattechan lançou um videoclipe animado para sua música "Ruru's Suicide Show" como um tributo a Rorochan, e a história ganhou força na internet quando a música se tornou popular. Desde então, vários documentários e vídeos de tributo foram feitos em relação a Rorochan_1999 e sua história.

Sua história desde então ganhou mais notoriedade, e nos mostra como a internet e seu público podem servir com o último empurrão para uma mente fragilizada.

4. REPRESENTAÇÕES NO CINEMA

A influência das redes sociais e seus usuários é tão notável que já foi representado de diversas maneiras na sétima arte. Suicide Club, de 1999 do diretor Sion Sono, antes da popularização das redes sociais já mostrava como os jovens eram facilmente influenciáveis em desafios que colocavam em risco suas próprias vidas. Colocando em um panorama, se assemelha ao caso baleia azul que tomou proporções alarmantes após casos isolados serem noticiados de forma alarmante, deixando o que era ruim ainda pior e ao alcance de mais pessoas, também aos recentes desafios relacionados no aplicativo Tiktok onde ingerir remédios prescritos e forçar desmaios se tornaram comum.

Em 2011 o longa polonês Sala Samobójców (Suicide Room) nos mostra um pouco mais a internet em cena e um jovem vítima de bullying, que sem muitas habilidades sociais, decide adentrar em grupos de pessoas que se identificam com ele, o que se parece reconfortante no início, como conversar com pessoas de gostos parecidos, acaba se tornando um martírio já que todos ali buscam algo em comum, a própria morte e que é comemorada pelos outros. Traçando novamente um panorama, muito se lembra o fórum privado Suicide Apartament, no qual, pessoas auxiliam umas às outras sobre as formas mais eficazes de suicídio, além de incentivar a publicação de seus passos.

O filme além do virtual também mostra a relação entre os pais e colegas do jovem, que devido a tantos problemas decide se refugiar em fóruns.

Uma versão americana em Chatroom (2017) apresenta um jovem de 17 anos que eventualmente abre salas de bate-papo e conhece novos amigos, o que não era para ser nada deprimente ou suicida eventualmente acaba se tornando pois entre tantos desconhecidos no meio havia um jovem que incentivava os outros a tirarem suas próprias vidas.

5. DISCUSSÃO

O adolescente apresenta uma necessidade de desprendimento de seus responsáveis em uma busca de identidade, a partir disso que surgem conflitos e consequentemente um afastamento do seio familiar.

Com o afastamento da família, considerado normal para adolescentes médios, existe a vontade, muitas vezes implícita, de pertencimento a um grupo que siga suas mesmas ideologias e formas de se ver a vida. No entanto, existem aqueles com uma dificuldade inerente a socialização, muito pela falta de tato e experimentação, o que os leva a buscar um ponto de refúgio em outro mundo, o virtual.

E nesse mundo, o mesmo sentimento intrínseco ainda existe, podendo dar voz à condutas abusivas e levando a péssimos exemplos, comportamentos antissociais e comportamento suicida.

De acordo com os pioneiros na pesquisa sobre suicídio, Werlang, Borges e Fensterseifer (2005), todo ato no qual a pessoa atua contra si, sem importar a gravidade, é considerado uma ação suicida, que pode se apresentar em tipos diversos: sendo eles a ideação, a tentativa e a consu-

mação. Pensamentos suicidas podem até ser considerados como parte de um temeroso processo de resolução de conflitos e questionamentos adolescentes.

A ferramenta de busca na internet muitas vezes pode ser cruel para o adolescente que pesquisa sobre o tema na rede mundial de computadores. O que podemos ver em minutos de pesquisa são relatos e troca de informações sobre métodos de suicídio, muitas vezes anônimos, compartilhando de maneira irresponsável experiências que podem afetar outros usuários.

Segundo estudo feito em universidades do Reino Unido (Bristol, Manchester e Oxford), e publicado no *British Medical Journal*, a taxa de pesquisa na internet por informações sobre suicídio mostra que há mais sites que estimulam o ato do que aqueles que tentam mostrar apoio. Apesar do Google e redes sociais com inteligência artificial criarem filtros para evitar uma divulgação exacerbada sobre métodos e planos ainda existem aqueles que conseguem driblar o sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet e suas praticidades causam muitas mudanças em todo o globo acerca da comunicação e diferentes maneiras de se relacionar.

É verificável a enorme influência da internet para os adolescentes e jovens. No mesmo modo que a pesquisa por informações acerca do suicídio, seja sugestões sobre a prática ou então meios de prevenção, nunca esteve tão presente nas buscas no Brasil.

O isolamento social e o pessimismo evidente no adolescente com ideação suicida podem ser confundidos pelos parentes e colegas como uma conduta normal do jovem sedento por sua busca identitária e por sua privacidade. Contudo, se exagerada, a privacidade pode ser tóxica, visto que o mundo *on-line* pode apresentar conteúdos impróprios nem sempre quem está do outro lado da tela é realmente quem diz ser.

O tema suicídio ainda é cercado de tabus e estigmas enraizados na cultura popular. Se torna fundamental que os pais, assim como amigos e colegas, devem se preocupar com o isolamento dos jovens, com o tema sendo pauta para o assunto, a fim de desmitificar o tema.

O fenômeno certamente cria desafios para a saúde global, bem com necessita da aplicação rigorosa das normas do direito para controle social. E, além disso, se faz necessário que diversas áreas empreendam juntas em um trabalho multidisciplinar com um único objetivo; que é o de prestar apoio a esses jovens vulneráveis.

O Brasil aprimorou sua legislação penal recentemente e tem caminhado para que a responsabilização criminal nos casos de participação em suicídio seja julgada de maneira justa, prevalecendo o bem coletivo.

REFERÊNCIAS

ABASSE, M.L.F. et al. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRAMOVAY, M.; ANDRADE, E. R.; ESTEVES, L. C. G**. Juventudes: outros olhares sobre a diversidade**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2007.

ABREU, K. P.; LIMA, M. A. D. S.; K., E.; S., J. F. Comportamento suicida: fatores de risco e intervenções preventivas. **Rev. Eletr. Enf**. v. 12, n. 1, p.195-200, 2010.

ANDRADE, M. J. **Baleia azul – Uma alerta para a saúde mental e não apenas para os jogos**. Rubber chicken. Maio, 2017.

ANGERAMI-CAMON, V. A. (Org.). **O doente, a psicologia e o hospital**. São Paulo, Pioneira, 1992.

_____. **Psicologia da saúde: um novo significado para a prática clínica**. São Paulo, SP: Pioneira, 2002.

AQUINO, T. A. A. **Atitudes e intenções de cometer suicídio: seus correlatos existenciais e normativos**. Tese apresentada ao Programa Integrado de Doutorado em Psicologia Social, UFPB/UFRN, 2009.

ARAÚJO, L. C.; VIEIRA, L. C.; COUTINHO, M. P. L. Ideação suicida na adolescência: um enfoque psicossociológico no contexto do ensino médio. **Psico-USF**, v. 15, n. 1, p.47-57, jan./abr., 2010.

ARRUDA, A. Teoria das representações sociais e teorias de gênero. **Cad. Pesqui**.; n. 117, São Paulo, 2002.

ASSIS, O. Q.; KUMPEL, V. F. **Manual de antropologia jurídica**. Ed. Sairaiva, 2011. Disponível em: <http://www.ceap.br/material/MAT23032012182457.pdf>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

BAHLS, S.C. Suicídio em crianças e adolescentes. In: BAHS, S.C. **A depressão em crianças e adolescentes e o seu tratamento**. São Paulo: Lemos Editorial; 2004.

BAPTISTA, M.N. Suicídio: Aspectos teóricos e pesquisas internacionais. In: M.N. BAPTISTA (Ed.). **Suicídio e depressão – atualizações**. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, p. 3-22, 2004.

BARBOSA, J. S. et al. **Séries e internet**: até que ponto elas interferem na ideação suicida? Actas do 12º Congresso Nacional de Psicologia da Saúde. Lisboa: ISPA – Instituto Universitário, 2018.

BARDIN, L. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1979.

BARKLEY, R. A. **Seu adolescente desafiador**: 10 passos para resolver conflitos e reconstruir seu relacionamento. Porto Alegre: Artmed, 2016. p. 59-61.

BARROS, A.P.R. et al. As representações sociais da depressão em adolescentes no contexto do ensino médio. **Estudos de Psicologia**, v. 23, n.1, p.19-28, 2006.

BASTOS, O. Aspectos médico-sociais da prevenção do suicídio. **Documed**, v. 1, n. 1, p. 11-20, 1991.

BEDINELLI, T.; MARTÍN, M**. Baleia Azul: o misterioso jogo que escancarou o tabu do suicídio juvenil**. Brasil. Maio, 2017.

BELLENZANI, R.; MALFITANO, A P.; VALLI, C. **Da vulnerabilidade social à vulnerabilidade psíquica: uma proposta de cuidado em saúde mental para adolescentes em situação de rua e exploração sexual**. In: Simpósio Internacional do Adolescente, São Paulo, 2005. Disponível em: http://www.proceedin-

gs.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000082005000200010&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 25 maio 2021.

BENETTI, S. P. C. et al. Problemas de saúde mental na adolescência: características familiares, eventos traumáticos e violência. **Psico-USF**, v. 15, n. 3, p.321-332, set./dez. 2010.

BENICASA, M.; REZENDE, M. M. Tristeza e suicídio entre adolescentes: fatores de risco e proteção. São Paulo: **Bol. Psicol.**, v. 55, n. 124, jun. 2006.

BERTOLOTE, J. M. **O suicídio e sua prevenção**. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

BIDDLE, Lucy. Suicide and the Internet. **BMJ Journal**. 2008.

BORGES, V. R.; WERLANG, B. S. G. Estudo de ideação suicida em adolescentes de 15 a 19 anos. **Estudos de Psicologia**, v. 11, n. 3, p. 345-351, 2006.

BOTEGA, N. J. Crise Suicida: Avaliação e manejo. Porto Alegre: Artmed, 2015. p.135-147.

BRAGA, L. L. **Exposição à violência e comportamentos suicidas em adolescentes de diferentes contextos**. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

BRAGA, L. L.; DELL'AGLIO, d. d. Suicídio na adolescência: fatores de risco, depressão e gênero. **Contextos Clínic**, São Leopoldo, v. 6, n. 1, p. 2-14, jun. 2013.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente (1990). **Diário Oficial da União**. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990. Brasília.

BRUM, Eliane. "Há um centro de valorização da morte na internet". Entrevista com o psicanalista Mário Corso. Revista **Época**. Acesso em: 06 jun. 2021.

CARVALHO, V.; SALDANHA, H. Suicídio na adolescência: Uma Visão da Psicanálise. **Psicologado**, maio 2014. disponível em: <https://

psicologado.com/psicopatologia/saude-mental/o-suicidio-na-adolescencia-umavisao-da-psicanalise>. Acesso em: 1 maio 2021.

CASTELLS, M. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. 1ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **O Suicídio e os Desafios para a Psicologia**. Brasília: CFP, 2013.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Lei Federal nº 8069**, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

ESTATUTO DA JUVENTUDE, 2006. **Lei federal n° 12.852,** de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021

GOMES, J. O.; BAPTISTA, M. N.; CARNEIRO, A. M. & CARDOSO, H. F. Suicídio e Internet: Análise de resultados em ferramentas de buscas. **Revista Psicologia e Sociedade**, v. 21, n. 1, p. 63-73, 2014.

HABIGZANG, L. F.; DINIZ, E.; KOLLER, S. H. **Trabalhando com adolescentes**: Teoria e Intervenção psicológica. Porto Alegre: Artmed, 2014.

J.A.; LIMA, O.M.G., COSTA, H.F.; BICALHO, T.M. Morbimortalidade por doenças e agravos não transmissíveis. In: SUPERINTENDÊNCIA DE EPIDEMIOLOGIA. **Análise da situação de saúde Minas Gerais**. Belo Horizonte: Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, 2007.

KUCZYNSKI, E. Suicídio na infância e adolescência. **Psicologia USP**, v. 25, n. 3, p. 246-252, 2014.

MOREIRA, L. C. O.; BASTOS, P. R. H. O. Prevalência e fatores associados à ideação suicida na adolescência: revisão de literatura. **Psicologia Escolar e Educacional**, v. 19, n. 3, p. 445-453, 2015.

ORGANIZAÇÂO MUNDIAL DA SAÚDE. **Suicídio é responsável por uma morte a cada 40 segundos no mundo**. Disponível

em: <https://nacoesunidas.org/oms-suicidio-e-responsavel-por-uma-morte-acada-40-segundos-no-mundo/>. Acesso em: 13 maio 2021.

SILVA, M. R.; FIGUEIREDO, M. L. F.; MENDES, W. C. Revisão Sistemática: um caminho para evidências na produção científica de enfermagem. **Revista Saúde em Foco**, Teresina, v. 1, n. 1, p. 72-81, jan. / jul. 2014. disponível em http://www4.fsanet.com.br/revista/index.php/saudeemfoco/article/view/333. Acesso em: jun. 2021.

SOUSA, M. C.; MOREIRA, M. I. C. Adolescência em Camadas Populares: Particularidade e Singularidade na Trama Escolar. **Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais**, v. 7, n. 1, São João del-Rei, jan-jun. 2012.

VALLE, T. G. R.; KOVÁCS, M. J. Análise do conteúdo de sites que abordam suicídio. **Boletim de Psicologia**, São Paulo, n. 140, 2014.

VERMELHO, S. C. et al. Refletindo sobre as redes sociais digitais. **Educ. Soc.,** Campinas, v. 35, n. 126, p. 179-196, mar. 2021. disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010173302014000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 maio 2021.

VIOLA, d. T. D.; VORCARO, A. M. R. O problema do saber na adolescência e o real da puberdade. **Psicologia USP**, v. 26, n. 1, p. 62-70, 2015.

WAISELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2014: os jovens do Brasil**. Brasília, 2014. disponível em: http://www. mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf Acesso em: 17 abr. 2021.

WENDT, G. W.; LISBOA, C. S. Agressão entre pares no espaço virtual: definições, impactos e desafios do cyberbullying. Psic. Clin., Rio de Janeiro, v. 25, p.73-87, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Participant manual – Preventing Suicide: A Global imperative**. 2014. disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstre

am/10665/131056/1/9789241564779_eng.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021.

ZAPPE, J. G; DELL'AGLIO, D. Variáveis pessoais e contextuais associadas a comportamentos de risco em adolescentes. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 65, n. 1, p. 44-52, 2016.

OS EFEITOS DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA FAMÍLIA DO PRESO: UMA EXECUÇÃO DA PENA EXTRAMUROS

Moabson Alves Braga Santos[48]

INTRODUÇÃO

Os conflitos intersubjetivos não são recentes. Sabe-se que, desde o surgimento dos primeiros agrupamentos humanos, por razões diversas, a violência e a barbárie fizeram parte da sociedade. Um fato que aparenta ser natural, visto que somos diferentes em nossas individualidades e, nessas relações que são estabelecidas entre os indivíduos, os conflitos naturalmente existem. O que muda, ao longo do tempo, são as razões e os motivos que nos levam a delinquir.

Se os primeiros homens se utilizavam da força como único meio disponível para proteger os seus agrupamentos de fatores externos, na atualidade, depois de passarmos de um comunismo primitivo para uma fase de acumulação de bens e serviços, os fatos que nos levam a usar a força são outros, e as relações de poder passam a se estabelecer de maneiras diferentes.

Com o surgimento do Estado Moderno, as sociedades políticas ficam cada vez mais dependentes de um ente maior e mais poderoso, que seja

48 Advogado. Pós-Graduando em Direitos Fundamentais e Justiça pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

capaz de regular os comportamentos humanos e direcioná-los para um fim único, uma finalidade geral, comumente chamada de bem comum.

Entretanto, nesse universo de diversidades e indivíduos com desejos e anseios totalmente descompassados, seria preciso que o Estado dispusesse de algo que o colocasse em condições de conter as animosidades, e esse instrumento à disposição do Estado ainda é o poder, exercido por meio do Direito.

> O poder pode ser definido como a capacidade de fazer com que as pessoas ajam como desejamos, quando tenham agido de outro modo, mas para os resultados do que desejamos. [...] O poder de uma pessoa está na proporção da sua capacidade de fazer com que outros ajam de acordo com os seus desejos, ou de impedi-los de agir de outro modo. Define-se de modo semelhante o poder de um grupo, por referência aos seus desejos coletivos ou dominantes (RUSSELL, 1979, p. 119).

Esse Estado Democrático de Direito, ainda que sedimentado sob uma proposta muito boa de preservar as liberdades e os direitos dos seres humanos, sofre por vezes de um capitalismo desumano, de acumulação de capital e controle dos meios de produção e de circulação de bens e serviços, estabelecendo entre os indivíduos uma relação de desigualdade, na qual uns tem muito, e outros muito pouco. E o que se obteve, em verdade, foi uma igualdade humana meramente formal.

Uma democracia que deveria funcionar não apenas em sentido formal, como sistema de organização política, mas, de maneira substancial em que o Estado, materialmente, garante direitos fundamentais na promoção da dignidade humana, cria espaços e ambientes de conflitos, terreno fértil para a violência.

> O fim do Estado não consiste simplesmente em realizar a democracia. O Estado tem um fim imediato, que é o de manter a ordem sócio-ético-jurídica; e também um fim mediato, que é o de estabelecer, para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana. [...] O Estado não visa a realizar a democracia apenas para ser democrático, assim como o indivíduo não pode pretender a liberdade apenas

> para ser livre. [...] Procuram, o Estado e o homem, atingir os seus fins pelo caminho do ideal democrático. (MALUF, 1995, p. 278).

Portanto, idealizar ou projetar uma sociedade ideal não é o suficiente para conter os conflitos humanos. Os seres humanos são seres políticos, racionais, e que possuem, em sua complexidade, barreiras de caráter subjetivo que, levando em consideração os indivíduos individualmente, não compreendem certas parcelas como aptas a integrar a comunidade, nem aptas para a convivência social.

O crime, nessa sociedade moderna, é um dos comportamentos elegidos pelos mais fortes como inadequado, normalmente atribuído aos mais pobres. E a Pena Privativa de Liberdade, no conjunto das penas, passou a ser considerada a pena ideal, visto que retira o indivíduo criminoso em potencial do convívio em comunidade. Uma solução rápida e indolor de resolução dos conflitos e exclusão de indivíduos.

> No Brasil a pena tende a proteger privilégios das classes dominantes, isto é, proteger os interesses de quem mantém liderança sobre as classes menos favorecidas. O etiquetamento social é dado de forma nítida, o que contribui consideravelmente para que os crimes típicos das classes menos favorecidas sejam punidos exemplarmente [...] enquanto as elites, detentoras de grande poder econômico e político, permanecem na grande maioria das vezes imunes aos ditames do direito penal brasileiro. (PEDRO, 2013, p. 10).

Acontece que a Pena Privativa de Liberdade vai muito além da figura do preso, como equivocadamente se supõe. A sua extensão é muito mais abrangente do que comumente se acredita. Existem indagações que dificilmente são feitas nas academias, onde o estudo da pena e suas implicações estão convenientemente restringidos à pessoa do condenado.

Por meio de revisão bibliográfica, este artigo se propõe a abordar aspectos sobre o estigma, preconceito e os efeitos da prisionização, analisando também alguns efeitos a partir da obra *Os Carcereiros* de Drauzio Varella. Além de proporcionar uma discussão sobre a Pena Privativa de Liberdade e o cárcere, também evidenciamos os seus efeitos na fase de execução da pena.

Se fosse possível criar uma linha do tempo para alcançarmos o objetivo proposto, diríamos que este trabalho vai partir de um estudo sobre as relações humanas, os estigmas e preconceitos que eclodem dessas relações, a pena, sua função de controle nesses indivíduos e a sua extensão, que acaba quase que ironicamente refletindo na própria sociedade, uma espécie de ciclo.

1. VIDAS LEVADAS À EXAUSTÃO

E parece que a palavra "ciclo" se encaixa perfeitamente neste trabalho porque a vida é mesmo um ciclo, uma complexidade. Um conjunto de vidas humanas simples, majoritariamente precárias, medianas e extremamente desiguais. A vida é o lugar das relações, o instrumento das expressões e o ambiente das percepções. São relações humanas pueris, de indivíduos notadamente insensíveis e indiferentes ao sentir do outro, uma vida utilizada como instrumento de exposição e exacerbação de felicidades materiais, de descompensação mental, de desequilíbrios psicológicos, causados por problemas estruturais humanos e sociais.

Nesse universo de convívio, as percepções ocorrem de maneira automatizada, imperceptível e manipulada, os estereótipos nascem quase que instintivamente, mas com consequências estrondosas, de causar arrepios até no mais indiferente às realidades. É um verdadeiro laboratório humano ao ar livre, escandalizado, quase que inominado, uma sociedade de categorias *et*iquetamentos e comparações, que deságuam em homens e mulheres inabilitados para aceitação social plena, indivíduos desqualificados.

Como bem disse Erving Goffman (2008, p. 11), "[...] a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem nelas encontradas".

Aqui, na sociedade de Goffman (2008), você não se perde entre as idas e vindas da cotidianidade, o que seria plausível e razoável. Não, você nasce perdido. Ou você nasce rico, nasce pobre, é negro, é branco, vira bandido, é homossexual, doente mental, é uma etiqueta.

O problema, nesse processo social de categorização humana, é que naturalmente estabelecemos características ou atributos natos de cada

categoria, ou seja, parâmetros nos quais aquelas pessoas que, de algum modo, não correspondam a estes atributos estabelecidos, são colocadas em uma posição de descrédito e inferioridade, sendo estigmatizadas.

Portanto, o estigma pode ser conceituado como o sentimento ou a sensação de repulsa que ocorre quando nos colocamos diante de um indivíduo ou de um agrupamento de indivíduos, e eles, por razões diversas, comportam-se ou se apresentam de maneira diversa do esperado. Existe um descompasso entre o estereótipo que trazemos sobre determinado indivíduo e sua real personalidade. Sendo a repulsa o primeiro sintoma e talvez o mais grave do estigma, ele assume um caráter extremamente depreciativo, que vai desaguar em atitudes preconceituosas e agressivas.

Um processo desigual muito bem evidenciado por Pissaia (2013):

> Os grupos sociais estabelecem-se com base em crenças coletivas, que nem sempre são favoráveis a determinados grupos, especialmente àqueles comumente estigmatizados, como os pobres, os homoafetivos etc. Estas parcelas da sociedade sofrem preconceito e invariavelmente lhes são atribuídas condutas criminosas pelo corpo social, além de serem considerados mais propensos ao crime do que outros segmentos. (PISSAIA, 2013, p. 15)

Por essa razão é que se observa que indivíduos, grupos e comunidades, historicamente desprezadas, na maior parte composta por homens e mulheres negras, pobres e sem escolaridade, são as que mais sofrem em um ambiente hostil, agressivo e desconfiado. E nessa parcela social, não corresponder às expectativas sociais é assinar um atestado de óbito, mas sem estar devidamente morto.

O estigma, de maneira gradual e progressiva, faz do indivíduo um não humano em sua complexidade, o coloca como alvo de discriminações que, inconscientemente, reduzem as suas chances de vida. Seu estigma se torna uma teoria, uma ideologia para explicar as inferioridades, dando conta do perigo que essas pessoas representam, e a partir disso, utilizamos termos específicos para classificá-los, como aleijado, retardado, "viado", bandido, um discurso diário de ódio, que se calcifica com o tempo na mente social.

Pissaia (2013, p. 15) expõe um fato importante "[...] o sujeito, que percebe durante toda a sua vida que lhe são atribuídas más condutas, tem

maior probabilidade de realmente vir a cometê-las, uma vez que já possui a "etiqueta" de criminoso, mesmo sem o ser".

Quais os impactos sociais do estigma e do preconceito? Não tendo o indivíduo uma resposta social agradável, como evidenciado no trecho citado, inicia-se um estado de autoflagelação, que vai desde o isolamento à exteriorização de comportamentos agressivos e hostis, que são considerados pelos "normais" como mera expressão de insatisfação decorrente do seu defeito físico ou moral.

A sociedade, em contrapartida, retira de si a responsabilidade pelos comportamentos dos indivíduos. Mas, qual a relação existente entre o estigma, o cárcere, a pena privativa de liberdade e os familiares do preso? Em qual momento esta relação afeta o comportamento do familiar na sociedade?

2. UMA PENA PRIVATIVA DAS LIBERDADES

Este movimento ou comportamento social dos indivíduos cria um ambiente de tensão, chamado pela doutrina moderna do Direito Penal de sociedade de risco. Termo utilizado para evidenciar a maneira como a sociedade responde ao risco, ou seja, lida com ela. Aqui, o Direito Penal assume papel crucial, como mecanismo eficaz de controle social.

Em verdade, o Direito Criminal como um todo é apenas uma parte, a ponta da discussão. Subsiste ainda toda uma política estatal de redução acentuada do Estado de bem-estar social, engendrado na retirada e/ou diminuição de políticas públicas eficazes de apoio a populações marginalizadas, seguido de um agigantamento de um Estado policial, cujo foco está no controle da população, na vigilância exacerbada e no uso cada vez maior do Direito Penal como instrumento de contenção.

É a pena servindo ao seu papel primordial, sua função primeira, de punir. Rudnicki et al. (2017, p. 611) afirma que "[...] logo o direito penal é utilizado como forma de controle social e, nesse sentido, o estigma, que resulta do aprisionamento, mostra-se a ferramenta mais marcante de exclusão social".

Fazendo uma discussão sobre a história das prisões e das penas, de maneira quase cirúrgica, Foucault (2013, p. 21) afirma "[...] se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, en-

tão, se exerce? A resposta dos teóricos [...] é simples, quase evidente. Dir-se-ia inscrita na própria indagação. Pois não é mais o corpo, é a alma [...]".

O exercício do poder de punir há muito não é mais sobre o corpo dos condenados, nos espetáculos horrendos dos suplícios, mas sobre a alma. A punição deve marcar a mente do criminoso e dos espectadores. E é interessante observar que, nessa mudança, na forma como o Estado vai exercer o seu direito de punir sobre os indivíduos, ele se apropria de ideais que estavam em eclosão no século XIX, no intuito sutil de obter legitimidade.

Temos como exemplo a teoria do contrato social, surgida no século XVIII, que homogeneíza a sociedade e universaliza a arte de castigar, como bem define Foucault (2013):

> Efetivamente a infração lança o indivíduo contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo. Luta desigual: de um só lado todas as forças, todo o poder, todos os direitos. E tem mesmo que ser assim, pois aí está representada a defesa de cada um. Constitui-se assim um formidável direito de punir, pois o infrator se torna o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, é um traidor, pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade. Um "monstro". Sobre ele, como não teria a sociedade um direito absoluto? (FOUCAULT, 2013, p. 86).

Mas qual a razão de ser, de tudo isso? É preciso lembrar que essa mudança na forma de punir e as discussões acerca da pena, enquanto castigo, ocorrem no meio de um processo importante de modificação de um Estado Absolutista para um Estado Liberal.

Os suplícios, nesse momento de derrocada do absolutismo, perdem seu prestígio. Ao mesmo tempo em que o cadafalso representava unicamente um exercício unilateral do poder do monarca, este colocava, por vezes, o criminoso supliciado em posição de herói durante as execuções públicas, uma estranha heroicizarão do indivíduo pelo suplício. E, diante desse risco iminente de revolta do povo que assistia aos suplícios, seria preciso que o futuro Estado Liberal se utilizasse de novas armas ou mecanismos para exercer de maneira plena o seu poder de punir.

É uma proposta política de controle dos corpos, mas sem diretamente afligi-los, controlá-los ou deformá-los. O plano é utilizar a pena não mais

como castigo, mas como retribuição, em instituições controladas, hierarquizadas, que exercem o poder de punir de maneira escondida, não escandalizada. No fim, o indivíduo estará adestrado, submisso, o que Foucault (2013) classifica como corpos dóceis.

E é tomando como exemplo instituições (hospitais, colégios, ambientes militares) existentes, que utilizavam, ainda que de maneira tímida, dessas propostas, que surge a prisão, o cárcere enquanto instituição ideal, como evidencia Foucault (2013):

> A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. (FOUCAULT, 2013, p. 242).

O cárcere, portanto, nesse conjunto de incongruências físicas e morais que estigmatizam o indivíduo, possui papel relevante, enquanto ambiente que qualifica o criminoso como inapto ao convívio social, fazendo com que o indivíduo assuma, perante a sociedade, uma imagem de descrédito. Francesco Carnelutti (2009) é acertadamente preciso, quando afirma que o preso, uma vez classificado judicialmente como tal, perde, quase que instintivamente, sua humanidade.

> A questão é muito mais grave. O preso, ao sair da prisão, crê já não ser um preso; mas nós, não. Para nós ele é sempre um preso, um encarcerado; pelo mais, diz-se *ex-encarcerado*; nesta expressão está a crueldade e está o engano. A crueldade está em pensar que, tal como foi, deve continuar sendo. A sociedade crava em cada um o seu passado. (CARNELUTTI, 2009, p. 113).

3. VIDAS ENTRELAÇADAS: A PRISIONIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

Quem primeiro conceituou e deu origem ao termo prisionização foi o estadunidense Donald Clemmer em sua obra *The Prision Community,* durante o período em que trabalhou no sistema prisional americano.

Clemmer afirma, na tentativa de explicar o que ocorria nas prisões, que a prisionização, de alguma forma, relaciona-se com o conceito sociológico da assimilação, como esclarece Augusto Thompson (2002):

> De qualquer forma, devemos entender por assimilação o processo lento, gradual, mais ou menos inconsciente, pelo qual a pessoa adquire o bastante da cultura de uma unidade social, na qual foi colocado, a ponto de se tornar característico dela. Assim como se usa o termo americanização, para descrever o maior ou menor grau de integração de um imigrante ao esquema de vida na América, o termo prisionização indica a adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos — da cultura geral da penitenciária. Prisionização é semelhante a assimilação, pois. Todo homem que é confinado ao cárcere sujeita-se à prisionização, em alguma extensão. (THOMPSON, 2002, p. 23).

Ele observou que algumas condicionantes eram responsáveis por causar alterações sociológicas, psicológicas e biológicas no indivíduo. Assim, a estrutura própria da prisão, o espaço e o tempo da pena causavam alterações comportamentais nos aprisionados.

É possível compreender e constatar que a prisão é um microambiente social com cultura, leis, comunicação e comportamentos próprios. Uma conjuntura submetida a uma estrutura carcerária baseada na disciplina, observação e desconfiança.

Assim, subsiste uma crença, entre pessoas comuns e leigas em matéria criminal, de que o maior desafio para o preso em cumprimento de pena seja a prisão. O viver sem liberdade, o estar e conviver com pessoas desconhecidas, permanecer em um lugar que não é seu, um espaço desconhecido e permanentemente hostil, (sobre)vivendo sob um clima de tensão e desconfiança, e pior, sem contato com o mundo exterior.

Esses desafios realmente existem, isso é fato. Entretanto, as máculas da prisão são muito mais profundas. O cárcere, seus muros, seu cheiro, seus sons, suas grades, não são um flagelo somente para o corpo, mas para a alma.

Quem já passou pelo sistema prisional, e até mesmo os que nunca cumpriram pena privativa de liberdade, referindo-me a advogados, ser-

vidores penitenciários e familiares dos presos, sabe que o desafio é bem maior, que as marcas deixadas são mais fundas. Com o tempo, fica fácil reconhecer que a restrição da liberdade é talvez o menor dos problemas.

Portanto, antes mesmo de abordar especificamente sobre os efeitos da prisionização, já é possível presumir que a prisão causa efeitos intramuros e extramuros, não somente no preso, mas também naqueles que trabalham nos ambientes prisionais, como se extrai do relato trazido por Drauzio Varella (2012).

> A família e os amigos se queixaram da mudança: pouco visitava a mãe e, assim que a tia-madrinha mencionava o primeiro dos achaques que a afligia, levantava e ia embora. Tornou-se ensimesmado, rígido com o comportamento dos filhos, desinteressado da companhia dos amigos de infância, quase não conversava com os parentes nas festas de família, segurá-lo até a hora do parabéns era um parto. Começou a tomar cachaça ao chegar do trabalho: no início uma para abrir o apetite, depois duas ou três, e talvez tomasse mais não fosse a intervenção firme da esposa, a única pessoa com autoridade para repreendê-lo. (VARELLA, 2012, p. 32).

Fazendo uma leitura sistemática da obra de Drauzio Varella, intitulada Carcereiros, na qual o autor, em razão da sua vivência como médico do cárcere, expõe e deixa nua a realidade carcerária, é possível constatar uma série de efeitos (sociológicos, psicológicos e biológicos) da prisionização.
De efeito sociológico, podemos apontar uma assimilação pelos indivíduos, do comportamento de grupos e comunidades existentes dentro da prisão, como gangues, facções ou coletivos, seguido de uma apropriação da cultura desses grupos. Ou seja, carcereiros, internos, familiares e, por vezes, até mesmo advogados passam a padronizar e compartilhar o mesmo linguajar, o mesmo vocabulário e o mesmo comportamento.
Será possível observar, por exemplo, um reconhecimento ou identificação de um conjunto de palavras e expressões específicas da realidade dos presos, como boi, bonde, correria e ladrão, seguido da sua reprodução extramuros. É a conclusão reforçada por Resende (2013):

> É interessante notar que a assimilação, a aprendizagem desse vocabulário por cada preso, acaba (também) por fazer parte, na exe-

> cução penal, do processo de transformação do indivíduo, uma vez que cada preso que ingressa no sistema penal é obrigado a dominar esse universo vocabular para que possa se comunicar. É como se fosse um idioma estrangeiro, outra língua que deve ser aprendida. Praticamente, isto significa um dos aspectos da recodificação da existência do indivíduo preso. (RESENDE, 2013, p. 367).

Além disso, a sensação permanente de desconfiança, medo e tensão é tão constante no cárcere que passa a ser reproduzido nas relações sociais externas, fazendo com que pessoas desconhecidas sejam consideradas alienígenas. Assim, qualquer indivíduo desconhecido é tido como um risco em potencial.

Em relação aos efeitos psicológicos, essa assimilação cria, ainda, de maneira imperceptível, uma dependência do ambiente carcerário. A partir de um certo momento, surge uma dificuldade em se manter atividades de rotina, ou de convivência familiar, gerando quadros de ansiedade, processos depressivos degenerativos, seguidos da externalização de comportamentos agressivos e violentos. Tudo isso agravado por uma ausência de apoio psicológico e psiquiátrico desses agentes penitenciários e desses familiares visitantes.

Como bem afirma Lobosco Silva (2017),

> O rompimento brusco do contato com a sociedade extramuros, a imposição de uma rotina particular, de novos hábitos alimentares, de convivência forçada com terceiros em um ambiente de opressão e castigo gera um processo progressivo de desconstrução da personalidade do interno, atingindo-o em sua saúde psíquica. (SILVA, 2017, p. 66).

O autor prossegue concluindo que "[...] os quadros de infantilização e regressão manifestam-se através de índices elevados de dependência química; quadros depressivos e outras patologias psíquicas [...]" (SILVA, 2017, p. 66). Quadros que se apresentam também em outros agentes, submetidos ao mesmo ambiente.

E do ponto de vista biológico, a constatação de alterações são mais difíceis porque são percebidas apenas a longo prazo. Quando se diz efeitos biológicos, não se quer evidenciar doenças ou quadros infecciosos dos in-

ternos, mas demonstrar alterações biológicas do corpo, como, por exemplo, rotina de ir ao banheiro, de dormir, de acordar, de se alimentar e tantos outros aspectos.

De acordo com Lobosco Silva (2017, p. 72), "[...] tal disciplina e sujeição espraia-se para o horário de sono, movimentação e alimentação; determinando a posição de dormir, aguardar, comer e os intervalos para se movimentar. Aos poucos, a rotina biológica está moldada à dinâmica do cárcere".

Contudo, uma pergunta precisa ser feita. Somente condenados e agentes penitenciários sofrem os efeitos da prisionização?

> Donald Clemmer traçou as primeiras linhas sobre a prisionização, restringindo sua análise preponderantemente à figura do encarcerado, entretanto, a doutrina posterior identificou que todos os sujeitos de uma determinada estrutura prisional acabam incidindo numa mudança comportamental por assimilar os valores do ambiente carcerário. (SILVA, 2017, p. 82).

É louvável essa constatação feita pelo autor, porém, ela falha ao expandir o âmbito de incidência da prisionização apenas a determinados sujeitos (diretoria, agentes penitenciários e terapeutas).

É preciso lembrar-nos dos desconhecidos, dos anônimos, dos familiares. Digo desconhecidos, pois não se faz questão de saber quem são; digo anônimos, pois nas prisões e na sociedade não se conhece seus nomes, suas identidades. Os familiares são os presos extramuros, pois se comportam, às vezes, como tal. E, para evitar os conflitos semânticos que possam advir desta última afirmação, é preciso demonstrar que os pais, irmãos, filhos e filhas dos condenados também sofrem os efeitos do cárcere e, em alguma medida, os externalizam no ambiente de convívio.

É preciso, por óbvio, diante do que foi apontado até aqui, dizer que cada agente submetido aos efeitos da prisionização sofre e externaliza, de maneiras diferentes, esses efeitos, em menor ou em maior grau. Por exemplo, apenas agentes penitenciários e os encarcerados podem sofrer efeitos biológicos em razão da disciplina e da rotina a que estão submetidos diariamente.

Disciplina essa que não afeta os familiares, visto que as visitas ocorrem semanalmente e, às vezes, quinzenalmente, em tempo relativamente

curto. Questão que Lobosco Silva (2017, p. 84) concorda, quando diz que "[...] o agente penitenciário, em razão da sua proximidade com os detentos, é, na escala dos homens livres, a categoria cujos sintomas da prisionização se manifestam com maior intensidade [...]".

Os efeitos sociológicos e psicológicos, todavia, são facilmente constatados em todos os indivíduos. As revistas pessoais vexatórias, a conferência de materiais e alimentos levados aos presos, a maneira quase sempre grosseira de tratamento, as relações de poder que se estabelecem entre os familiares, os servidores penitenciários e os presos, seguido do clima constante de medo, causam efeitos no comportamento dos indivíduos. Efeitos decorrentes da rotina de visitas nas prisões. Mas então, que doença é essa chamada cárcere? Que terra inabitável!

Alguém precisa ver que as nossas vidas estão entrelaçadas, que essa repulsa social constante, esse ato de renegar os irmãos temporariamente sob a promessa da reabilitação, não os reabilita, os desconstrói. E a construção do seu novo eu é desumano, é dissocial. A coisa prometida é inalcançável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se alcança mesmo, no fim da história, não surpreende, causa espanto e medo. Para os conhecedores da liberdade, usufrutuários desse aspecto tão maravilhoso da vida, viver sem liberdade é viver sem felicidade. É perder as oportunidades de ver e sentir as sensações mais sublimes e os movimentos mais perfeitos da vida. E, sabendo disso, pensar-se preso causa uma sensação quase que imediata de aflição, somos acometidos de um medo e uma perturbação constantes, que nos leva ao desespero.

O cárcere, lá onde está, distante dos corpos, mas ao alcance dos olhos, causa repulsa e medo, nos coage de maneira sutil. Os muros altos, as guaritas, a vigilância, os sons dos pátios e galerias em dias de visita e a movimentação externa constante nos deixam alertas, numa mensagem incessante de medo.

Foucault (2013) relata que existia na sociedade à época, uma grande expectativa sobre o cárcere, como mecanismo ideal de contenção de potenciais delinquentes. O cárcere, através da sua estrutura, deveria ser capaz de coagir e mandar uma mensagem de "não delinquir" sem que fosse necessária uma única palavra.

Se externamente a prisão consegue exercer sua força, majoritariamente entre grupos marginalizados, permeando as suas relações sociais, internamente ela atua com muito mais poder sobre os indivíduos, manipulando os seus corpos e as suas mentes. Um processo ardiloso e lento que, primeiro despe os encarcerados de suas humanidades, desfaz suas histórias, retira seu passado e presente, num controle de tempo, milimetricamente aplicado, para permitir o controle total desses corpos dóceis, como bem define Foucault.

Um processo que Baratta (2002) chama de desculturação do preso.

> A atenção da literatura se volta, particularmente, para o processo de socialização ao qual é submetido o preso. Processo negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da "desculturação", ou seja, a desadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de autorresponsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. (BARATTA, 2002, p. 184).

Terminada essa primeira etapa, inicia-se a segunda, que Baratta (2002) chama de aculturação do preso, tratada neste trabalho como prisionização, que a Antropologia define, de maneira bem breve, como processo de modificação cultural de um indivíduo que se adapta a outra cultura ou dela retira traços significativos, onde ele passa a absorver a cultura da sociedade que está inserido, no nosso caso, o cárcere.

> O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da "aculturação" ou "prisionalização". Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da subcultura carcerária cuja interiorização é inversamente proporcional às chances de reinserção na sociedade livre, têm sido examinados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob o ponto de vista das relações

> entre os detidos e o staff da instituição penal. Sob esta dupla ordem de relações, o efeito negativo da "prisionalização", em face de qualquer tipo de reinserção do condenado, tem sido reconduzido a dois processos característicos: a educação para ser criminoso e a educação para ser bom preso. (BARATTA, 2002, p. 184-185).

Ao final, temos um novo indivíduo, adestrado, submetido ao poder e à cultura da prisão, sob o manto dissimulado da justiça e da ressocialização.

O problema, porém, é que outros indivíduos que também estão inseridos nessa mesma realidade, ainda que de maneira não definitiva, assimilam em maior ou menor grau, a depender da forma como essa pessoa se relaciona com o ambiente, a cultura da prisão, e, portanto, sofre também os efeitos da prisionização.

Aqui, podem ser incluídos não apenas os agentes penitenciários, segunda categoria foco das pesquisas, mas também servidores que atuam no cárcere (médicos, enfermeiros, odontólogos e psicólogos) e principalmente familiares dos internos.

Fato constatado e relatado pelo médico Drauzio Varella (2012), em relato pessoal, na sua obra *Carcereiros*.

> Quando chegamos, o jantar estava para ser servido. Embalados pelo vinho, todos conversavam e riam. Fiquei tão calado que minha mulher perguntou se estava indisposto. Faltou coragem para dizer que me sentia desambientado, sem nenhum interesse no chef idealizador do melhor carpaccio da cidade nem disposição para discutir o campeonato paulista ou falar das pechinchas nas lojas de Nova York. Minha imaginação continuava no mundo do crime, no corpo jogado no banheiro, na fisionomia daqueles infelizes na fila da enfermaria e no nascimento de uma facção criminosa que se impunha pela degola, temas mais do que impróprios para ocasiões festivas. O mau humor no final do atendimento e a pressa para chegar em casa deram lugar a uma sensação de alheamento, no aniversário. No entanto, estava entre pessoas amáveis, que ainda assim demonstravam prazer em desfrutar de minha insuportável companhia. Difícil fugir da culpa pela inadequação: na cadeia, louco para ir embora; na festa, aborrecido e inconformado com a

> superficialidade das relações sociais.
>
> Essa ambiguidade me persegue desde que pus os pés num presídio pela primeira vez. São incontáveis as ocasiões em que as imagens do cárcere invadem o cenário onde me encontro, como se fizessem parte de uma realidade virtual que se intromete em paralelo nos momentos mais insólitos. (VARELLA, 2012, p. 129).

Há quem diga, todavia, que a humanidade caminha para o progresso, apesar dos pesares. Ideia esta da qual comungo e que é partilhada por muitos. Como evidencia Bittar (2008), estamos em um momento de transição, de superação de paradigmas, em que o pragmatismo puro da razão científica está se reconectando ao afeto. É a necessidade cada vez mais urgente de repensar a sociedade, o direito, a política e as ciências sociais pela lente do afeto, com foco no indivíduo em si mesmo, nas humanidades e não apenas na razão.

> A emergência do sentimento, a ampliação do lugar da mulher nas deliberações sociais e políticas, a construção de uma economia do cuidado, a transformação das práticas do direito, a criação de mecanismos alternativos de construção de justiça, a discussão sobre o papel necessário e convergente do diálogo nas práticas sociais, a experiência do fórum social mundial e a construção de uma lógica pluralista e multiculturalista para os povos, a luta pelo cuidado ambiental são demonstrações claras de que reações estão se processando no interior da civilização como importantes conquistas, a revelarem a mudança de paradigma. (BITTAR, 2008, p. 124).

É reconhecer, inevitavelmente, que as nossas vidas, nossas bem-aventuradas vidas, estão entrelaçadas.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. Razão e afeto, justiça e direitos humanos: dois paralelos cruzados para a mudança paradigmática. Reflexões frankfurtianas e a revolução pelo afeto. **Revista Mestrado em Direito**: Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo. v. 8, n. 1, p. 99-128. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. 41. Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Pena**l. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PEDRO, Keila Paraguaia. Justiça Restaurativa: Uma alternativa penal e a possibilidade de sua aplicação no Brasil. **Bonijuris**. Curitiba. V. 25. N. 1. p. 10-15, janeiro, 2013.

PISSAIA. Pollyana Elizabethe. Criminologia crítica e etiquetamento social. **Bonijuris**. Curitiba. V. 25. N.4. p. 15-25, abr. 2013.

RESENDE, Selmo Haroldo de. Narrativas de presos condenados: um vocabulário da prisão. **Revista Eletrônica de Educação**. São Carlos, SP: UFSCar, v. 7, no. 1, p. 361-368, maio 2013.

RUDNICKI, Dani; SCHAFER, Gilberto; SILVA, Joana Coelho da. As máculas da prisão: estigma e discriminação das agentes penitenciárias. **Revista DIREITOGV**. São Paulo, v.13 no. 2, p. 608-627, maio-ago. 2017.

SILVA, Fabio Lobosco. **Sobre um novo conceito de prisionização**: o fenômeno da assimilação prisional de acordo com a realidade pri-

sional brasileira. 2017. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

VARELLA, Drauzio. **Carcereiros.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

APLICAÇÃO E EXECUÇÃO DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO CUMPRIDOR NA VARA DE PENAS ALTERNATIVAS: UMA ANÁLISE QUANTO À SUA EFICÁCIA

Izabel Cristina da Silva[49]

INTRODUÇÃO

O estudo se desenvolve a partir da observação que é perceptível uma falência no sistema carcerário. Por conta disso, vários representantes estatais têm demonstrado preocupações no sentido de reformular os sistemas de penas. O referido sistema está desvirtuado, pois o seu principal objetivo, que é a reeducação, com a finalidade de preparar os presos para o retorno à vida social, não está sendo alcançado.

Objetiva-se demonstrar que a pena imposta pelo Estado traz uma falsa segurança para a sociedade, pois é necessário corrigir primeiramente os problemas sociais, como a qualidade de vida da população e não apenas focar nos crimes cometidos a fim de somente puni-los.

49 Izabel Cristina da Silva, Servidora Pública Prefeitura de Recife, Graduada em Serviço Social /UFPE e Direito/ESTÁCIO, Pós-Graduada em Políticas Públicas e Gestão de Serviço Social/ Direito Civil e Processual Civil/Direito Público/Direito Penal e Processual Penal/Direito Tributário/Auditoria dos Sistemas de Saúde.

A reintegração de presos à sociedade é um tema de bastante importância, sendo estimulado por diversos estudiosos do Direito Penal e doutrinadores que procuram meios de utilizar esse tipo de processo visando reintegrar os infratores, visto haver comprovações de que o encarceramento causa uma maior degeneração ao indivíduo.

As penas alternativas são mecanismos que oferecem aos infratores a possibilidade de obterem uma experiência de socialização positiva, levando-os ao envolvimento social em um processo de recuperação de vida, que abrange os âmbitos sociais, interpessoais e familiares, de maneira que eles voltem à sociedade totalmente regenerados. Funcionam como instrumento necessário para que se consiga reverter o quadro de caos que se encontra o sistema penitenciário, em contribuição à resolução do problema da superlotação dos presídios.

Existe uma controvérsia quanto à possibilidade de socialização e reintegração de um indivíduo à sociedade, visto que, para tal exercício, é necessário haver experiências práticas, não podendo ser limitados à teoria.

Na pena restritiva de direito, em contradição ao seu objetivo de ressocialização, o detento perde a convivência social, se adaptando a novos hábitos e culturas carcerárias, o que ocasionará em sua saída o sentimento de estranheza no meio da multidão. Quanto maior for a pena, mais efeitos negativos o indivíduo terá, sendo difícil a reintegração à sociedade.

Baseando nessas premissas e visualizando a Lei nº 9.714/98, que trouxe uma alteração no artigo 43 do Código Penal Brasileiro, ampliando o rol das penas restritivas de direito, avalia-se: Quais são os benefícios trazidos pela aplicação das penas alternativas para a vida do apenado, a sociedade e o Estado? Esses tipos de pena, por serem medidas mais leves se comparadas às privativas de liberdade, poderá ser motivo de reincidência do apenado à vida criminal?

O estudo desenvolve-se utilizando a metodologia descritiva, através do método dedutivo, fundamentada em doutrinas, artigos publicados na internet, legislações e trabalhos acadêmicos.

Inicialmente, analisa-se a pena, buscando entender se cumpre o papel de prevenir o crime e de reintegrar o indivíduo na sociedade. Posteriormente, avalia-se as consequências do encarceramento indigno, pois o modelo ressocializador visa a reintegração do infrator, ou seja, sua reinserção na sociedade. Marcado por uma visão realista da aplicação da pena, o

sistema estabelece sua discussão no infrator, na sua reeducação durante o cumprimento da pena.

Finalizando, analisa-se a eficácia das penas alternativas. A lei proíbe certos comportamentos que, se desobedecidos, gera a punição, sendo conhecido pelo fato de que, o que não é proibido, é permitido. Entretanto, destaca-se que o Estado está obrigado a respeitar a dignidade da pessoa humana e as conquistas idealizadas através da primeira dimensão dos direitos fundamentais, através da prestação de serviços estatais (essenciais) para solucionar a desigualdade social e aplicar a chamada justiça social material (real). Dessa forma, os direitos fundamentais de segunda dimensão foram salientados que são direitos que impõe uma obrigação positiva (obrigação de fazer) ao Estado em relação à pessoa humana.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DE PENA

O sistema jurídico do Brasil se compõe de preceito e sanção. O primeiro se trata do que o cidadão deve ou não fazer, enquanto o segundo se refere à aplicação de pena atribuída àqueles que violarem a norma existente no ordenamento jurídico, o que vem a assegurar a aplicação das leis, trazendo uma consequente harmonia na convivência em sociedade.

Para Ferreira (2010, p. 213):

> O sistema jurídico brasileiro é composto por duas partes: o preceito e a sanção. A primeira indica o que devemos ou não fazer, enquanto a segunda é a aplicação da pena atribuída a alguém em detrimento de uma violação da norma existente no ordenamento jurídico, assegurando assim, a aplicação das leis e consequentemente a harmonia no convívio em sociedade.

Entende-se por sistema penal aquele que pode ser facilmente observado a partir do momento em que existe a suspeita de um crime até a execução da sanção cabível para este, tendo como pressuposto leis que tipificam as condutas como delitos, a atuação dos profissionais e dos órgãos que define como será exercida essa atuação (ZAFFARONI, 2013).

Tal conceito aponta para o sistema penal, em sentido limitado, envolvendo a polícia, o legislador, os juízes, os promotores, dentre outros. Em sentido amplo, seria a atividade repressora e controladora desse sistema.

Esse sistema penal objetiva criminalizar e punir os autores de delitos para que se reprima os demais, porém, observa-se que, cada vez mais, esse sistema demonstra ser falho e ineficaz perante as condutas criminosas (ROXIN, 2008).

O crime é um fato desaprovado por toda a sociedade, o qual rompe o vínculo comum e fere o mínimo de sentimento moral, contudo, as condutas que infringem as normas sempre existiram, não há uma sociedade sem crimes, assim o Direito entra em cena como um sistema de regras que irá regê-la, visando possibilitar a convivência humana. O Estado, ao tentar promover e proteger a vida coletiva, dita as normas a serem seguidas, com a finalidade de que a ordem seja mantida (FERNANDES; FERNANDES, 2012).

O cometimento de uma infração penal pelo agente delituoso corresponde a uma afronta de grau mais elevado, razão pela qual plenamente justificável a aplicação de uma sanção penal no caso concreto, a qual carrega consigo, em regra, uma característica mais severa, correspondendo à maneira mais drástica de o Estado interceder e reprovar a conduta do indivíduo (PRADO, 2011).

Nas penas privativas de liberdade, a pessoa fica privado de seu direito de ir e vir, é a pena mais pesada e severa das previstas no dispositivo do Código, tendo aplicação concreta ao condenado em uma das seguintes formas: reclusão, detenção, ou prisão simples. Destaca-se que no que tange a reclusão e a detenção, pois ambas têm previsão no art. 33 do Código Penal, enquanto a prisão simples está disciplinada na Lei de Contravenções Penais, o Decreto Lei nº 3.688/41 (MASSON, 2015).

De acordo com Zaffaroni (2013, p. 702): "as penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo".

Depois da vida, a liberdade é o bem jurídico mais importante cultivado pelo ser humano. Ao privar um cidadão da liberdade, extingue-se um direito garantido constitucionalmente a todos os cidadãos brasileiros, e isso, indubitavelmente, irá refletir, de algum modo, em sua autoestima e comportamento. Tais reflexos se apresentam, por vezes, apontados tanto para o lado positivo quanto para o negativo.

Existe uma concordância no mundo da ciência penal justificando a pena por causa da necessidade comum, visto que sem ela não haveria a

possibilidade de uma convivência na sociedade atual. A pena é um recurso utilizado pelo Estado para tornar possível uma convivência entre os homens (BITTENCOURT, 2015).

O principal conceito de pena tem uma finalidade tríplice, onde o preso é mandado para uma penitenciária objetivando a punição, a intimidação e, principalmente, a reformulação ou regeneração. As penas privativas de liberdade são sanções previstas no Código Penal, utilizados para os crimes de detenção ou reclusão, onde o primeiro se reserva para crimes de menor poder ofensivo e o segundo para crimes mais graves (GRECO, 2014).

No regime fechado, o apenado segue para uma penitenciária, onde é sujeitado durante o dia ao trabalho, e, à noite, o isolamento durante o repouso noturno. Tal premissa, na prática, é inexistente, visto que, seguindo os requisitos exigidos para uma cela individual, só fica na intenção legislativa por causa da superlotação em que se apresentam as carceragens, não sendo possível dos reclusos se isolarem durante o repouso noturno (CAPEZ, 2013).

A missão principal do direito penal é proteger subsidiariamente os bens jurídicos e a prestação de serviços, perante uma prevenção geral e especial que salvaguardem a personalidade do que foi assinalado pela medida da culpabilidade.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DO ENCARCERAMENTO INDIGNO

Interpreta-se a criminalidade como sendo fruto das mazelas sociais, visto que o criminoso cumpre sua pena, buscando junto ao sistema penal sua reintegração à sociedade. Na verdade, o que se procura atingir não é uma mudança na personalidade do indivíduo, mas sim um modo competente de aplicar uma pena.

A reintegração social do infrator é uma mísera fantasia que se origina de uma ideologia, pois a pena nada mais é do que um castigo que acaba corrompendo e tachando o infrator. O sistema prisional é precário, não existem condições reais de ressocializar o infrator. A maioria dos presos que passam por esse sistema voltam a delinquir, demonstrando que seu

comportamento é um reflexo do tratamento que recebeu quando recluso (DIEGO, 2009).

O próprio caráter da pena, como castigo, é incoerente com a reintegração social do indivíduo. Convém ainda lembrar que, durante este isolamento, o descontentamento do réu e o desengano junto ao sentimento de inutilidade e insatisfação o fazem perceber que os resultados não conferem com a pena.

O poder de punir sempre foi usado como descriminação contra os seres humanos, pois os mesmos não correspondiam à condição de pessoas, porque os considerava apenas como entes perigosos. Os punidos eram tidos como inimigos da sociedade e, por causa disso, tinham que ser seriamente controlados. Nesse sentido acrescentam Rusche e Kirchheimer (2004, p. 265):

> A introdução de novos métodos ou graus de punição, especialmente nos tempos atuais, tem sido sempre acompanhada do argumento de que crescimento da criminalidade é resultado de uma liberalidade excessiva, e vice-versa, que a taxa de criminalidade pode se inclinar para baixo através da intensificação da punição.

Na medida em que a vigilância pelo Estado aumenta, a criminalidade cresce na mesma proporção, haja vista que se manter alerta contra uma prática criminosa ou punir outro agente que em nada tem a ver com o delito, somente para obter satisfação social e fomentar uma política criminal de detenção e um direito penal de escolha do inimigo etiquetado, apontado pela norma ou pelo Estado como não pertencente ao corpo social, sob influência de cunho econômico e financeiro, ou de origem geográfica, que contrariam as razões expansionistas de um Estado.

A pena passa a ser uma garantia de ordem meramente coletiva, não mais existindo a questão do interesse de punição apenas daquele que sofreu com o ato delituoso, agora se está diante de uma neutralização do poder de reação da vítima, passando a atender o interesse coletivo.

Deste modo, o estado de espírito criado no delinquente, que deveria ser destinado à sua reintegração à sociedade, fica inutilizado quando na maioria das vezes é convertido a uma motivação em um sentido antisso-

cial. O criminoso, muitas vezes, ao em vez de se reeducar, adquire valores criminais inerentes ao convívio carcerário (SCHECAIRA, 2013).

Conforme destacam Hulsmann e Celis (1993, p. 72):

> O sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende um determinado discurso oficial, que fala em 'favorecer a emenda do condenado'. O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a ordem social na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima.

Existe uma clara demonstração de que a política criminal se encontra dando vazão ao alto índice de continuidade da criminalidade, não logicamente à sua efetividade, senão fosse a ordem inversamente proporcional à demonstração dos números de combate ao crime lançados pelo Estado (DALL'AGNO, 2010).

O sistema penal não é simplesmente um acordo externo, mas um tratamento integrado em um complexo processo de deterioração onde a prisão é sua principal parte, legalizada por meio de registros de reincidência, onde se impede ou dificulta qualquer exercício de trabalho honesto por parte dos agentes do sistema.

O crime é produto das falhas da estrutura social. Assim, o que deveria ser transformado não seria o indivíduo, mas sim a sociedade. É necessário admitir que a reintegração social é uma medida proveitosa ao infrator e a toda a sociedade. Mas, caso haja um consenso entre quais os objetivos a serem perseguidos em relação aos infratores, quais meios e técnicas de intervenção serão válidas a cada caso e quais os limites não deverão ser superados independentemente do tipo de superação, o ideal ressocializador deixará de ser um mito (DALL'AGNO, 2010).

A maioria dos presos saem do encarceramento com um sentimento de vingança e ódio por todas as situações humilhantes vividas na prisão, como consequência de uma justiça abstrata que acredita que esta fazendo-o pagar pelo delito cometido (FOUCAULT, 1987).

Em conjunto com o sentimento de vingança e ódio, relacionados ao lado psíquico do apenado, existe uma grande repercussão social quando acontece de um indivíduo que compõe a estrutura familiar encontra-se enclausurado, com restrição à sua liberdade, em um estabelecimento pri-

sional. Não se pode negar que o estigma fica dilatado e vai muito além do preso, chegando a afetar todos aqueles que têm alguma relação com ele. É importante que se perceba que as imagens de um indivíduo encarcerado e de sua família terminam por se fundir, sendo perceptível no imaginário da sociedade como sendo uma só pessoa (SCHILLING; MIYASHIRO, 2008).

Nesse pensamento, Schilling e Miyashiro (2008, p. 248) aduzem que:

> A sociedade os vê de maneira fundida: a mulher de presidiário ou o filho de presidiário. Com base nesses pressupostos, podemos concluir que o olhar estigmatizante que é direcionado à família do presidiário é uma extensão do estigma que o cerca.

Os descendentes diretos daqueles que estão presos costuma viver em uma condição que não se define, atuando no deslocamento do seu estigma. Assim, quem cometeu os crimes sofre por causa do preconceito tanto quando o próprio autor do delito. Por causa da visão da sociedade, os parentes dos presos, em muitos casos, são taxados como pessoas de má índole, colocando em risco a paz de outras famílias estabelecidas ao seu redor. Para Cabral e Medeiros (2015, p. 63):

> Tais atribuições contribuem para a obstrução das relações sociais dessas pessoas, que nada podem fazer para mudar essa realidade. Acontece que a própria sociedade se encarrega de fortalecer as práticas de banimento e ostracismo impostos aos presos e seus familiares, corroborando para a sua segregação. Fica clara, assim, a insuficiência do dispositivo constitucional da personalidade da pena, analisado anteriormente em tópico específico.

A família tem enfrentado outro aspecto no que se refere à dimensão social, especialmente quando o preso se torna reincidente. Surge então um conceito preconceituoso em relação à família, visto que se entende que, além do fracasso e da sua reinserção social, a unidade familiar não conseguiu ser capaz de exercer sua principal função, que é a de acolher e de cuidar para que tal indivíduo pudesse se inserir com eficiência e eficácia na sociedade (BRECKENFELD, 2010).

3. A EFICÁCIA DAS PENAS ALTERNATIVAS

Há pouco anos, o Brasil passou a ter mais atenção quanto punição às pessoas infratoras sem que precise, necessariamente, colocá-las em presídios com superlotação. Ao observar que se usava de maneira excessiva a prisão por causa da falta de alternativas, bem como de fiscalização quanto ao seu cumprimento, criou-se diversas estruturas para acompanhar as sanções não privativas de liberdade.

Assim, as penas alternativas elencadas na Lei nº 9.009/95 podem ser aplicadas diretamente sem ser necessário o infrator ficar preso, são aplicadas a crimes de menor potencial ofensivo e nas contravenções penais, nas quais, a vontade ou não do acusado em aceitá-las é que irá determinar a sua aplicação.

Segundo Lobo (2015, p. 1):

> As penas e medidas alternativas, atualmente conhecidas por 'alternativas penais', foram sendo progressivamente fortalecidas como uma estratégia de superar o simplismo que clama 'prisão para todos os envolvidos' e buscar meios mais inteligentes de resolver os conflitos sociais. Quinze anos depois, no entanto, a população prisional do Brasil mais que dobrou, e espera-se um número ainda maior de pessoas cumprindo alternativas.

Todas as vezes que acontecer uma sentença de condenação a qualquer indivíduo imputável, será aplicada para ele uma pena, podendo ser substituída por outra contida no sistema alternativo.

De acordo com Prado (2011, p. 672):

> A imposição de sanção penal [...] ou de medida de segurança é, sem dúvida, o principal efeito da condenação. Entretanto, o fato de estar o réu compelido à execução da pena aplicada pela sentença condenatória não afasta a existência de efeitos outros, secundários, reflexos ou acessórios, de natureza penal e extrapenal, que em alguns casos necessariamente a acompanham.

Existem casos em que a pena traz em conjunto outros efeitos para o condenado, como a obrigação de se reparar o dano causado pelo crime,

conforme expresso no artigo 91, I, do Código Penal. Assim sendo, uma pena aplicada não poderá ser confundida com os efeitos condenatórios, mesmo ela sendo substituída por outra do sistema alternativo, visto que a mesma tem um caráter autônomo e independente, já a indenização depende da aplicação da pena para que exista.

Existem diversas vantagens em relação à aplicação da pena alternativa, dentre elas, para o Estado, pode ser citada a diminuição quanto ao acúmulo de processos, visto que, por se tratar de uma medida rápida e eficaz, consegue evitar o acúmulo de processos no poder judiciário. Financeiramente também é muito vantajoso, pois não é necessário que haja um grande investimento financeiro para sua aplicação, visto que o condenado está cumprindo a sentença no meio da sociedade e não dentro de um sistema carcerário que requer altos custos do Estado (BARROS, 2015).

Lobo (2015, p. 1) ressalta que:

> A legislação brasileira também foi bastante aperfeiçoada no que diz respeito à incorporação das penas e medidas alternativas. O país passou a contar com quase todas as alternativas sugeridas nos documentos internacionais, como prestação de serviço comunitário e outras restrições de direitos, adotando a "racionalidade" mais comum sobre o tema: prisão para crimes graves, alternativas para crimes pequenos.

O sistema alternativo é composto por diversas espécies de penas, sendo utilizadas conforme a necessidade e o entendimento do juiz executor, das quais podem ser citadas:

- Pena de prestação pecuniária - trata-se do pagamento de um valor determinado pelo Juiz, segundo o art. 45, § 1º do Código Penal, o qual se destina à vítima e seus dependentes ou a alguma entidade pública ou privada, desde que sua destinação seja social. Esse valor não poderá ser menor que um salário-mínimo, nem superior a trezentos salários-mínimos (BITENCOURT, 2006);
- Pena de perda de bens e valores - se refere à destinação de um valor pertencente ao condenado, com base no que for mais vantajoso: o montante do prejuízo causado ou as vantagens obtidas

pelo condenado por causa do crime ocorrido. Ressalta-se que tal valor será em favor ao Fundo Penitenciário Nacional, com ressalva a legislação especial, de acordo com o art. 45 do Código Penal (BRASIL, 1940);

- Pena de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas – onde o condenado será obrigado a realizar trabalhos sem remuneração em entidades voltadas à assistência, em hospitais, escolas e afins, os quais sejam mantidos pelo Estado ou pela comunidade, conforme disposto no art. 46 do Código Penal;
- Pena de limitação de fins de semana - o condenado é obrigado a comparecer a um estabelecimento previamente determinado pelo juiz, aos sábados e domingo, onde o mesmo permanecerá por um período de cinco horas diárias, de acordo com o art. 48 do Código Penal. Nesse período poderão ser ministrados cursos, atividades educativas e palestras, o que coaduna com o caráter ressocializador da pena (BITENCOURT, 2006);
- Pena de interdição temporária de direitos - conforme disposto no art. 47 do Código Penal, o condenado poderá ser proibido de exercer qualquer atividade, função ou cargo público, nem mesmo se eleger para qualquer mandato.

Prado (2011, p. 584), ao referir-se sobre o assunto, discorre que:

> Por cargo público entende-se o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente [...]. Já a atividade pública é toda aquela, remunerada ou não, desenvolvida em benefício do Estado e sujeita a nomeação, escolha ou designação pelo Poder Público [...]. O mandato eletivo, por fim, é aquele exercido pelos membros do Poder Legislativo (senadores, deputados, vereadores) e Executivo (presidente da República, governadores, prefeitos), durante determinado lapso temporal previamente fixado.

Outro direito a ser perdido é a proibição do exercício profissional que dependem de habilitação especial, licença ou autorização do Poder Público, onde o condenado fica impedido de exercer funções como médicos,

advogados, engenheiros dentre outros, os quais precisam ser devidamente registrados, licenciados, bem como fiscalizados e controlados pelo Estado. Para os motoristas, estes ficam impedidos a conduzir qualquer tipo de veículo, tendo sua carteira de habilitação apreendida, conforme expresso no art. 47 do Código Penal.

O juiz é o responsável por fazer valer todas as execuções penais do sistema alternativo, o qual poderá, em qualquer momento da execução da pena, fazer modificações quanto à maneira de serem cumpridas, sejam relativas aos serviços prestados à comunidade ou de delimitação de fins de semana, adequando-as às condições pessoais do condenado ou à estrutura do estabelecimento ou entidade para a qual prestará serviços (ESTEVES, 2008).

A aplicação do sistema de penas alternativas traz reparos totalmente possíveis para o condenado, com contradição com o sistema clássico, onde o isolamento e o estigma por ele sofrido conseguem o marcar e o acompanhar de maneira negativa para o resto da sua vida, impedindo a sua reinserção na sociedade.

Observando os dois sistemas por essa ótica, percebe-se que o alternativo é bem mais eficaz que o clássico no que se refere à redução da criminalidade, e um dos motivos pode ser o fato de que sua aplicação não afasta o condenado de seu ambiente social, profissional e, principalmente familiar, auxiliando assim a sua reintegração.

Ao cumprir uma pena alternativa, o condenado não fica em contato com outros mais perigosos dentro do sistema carcerário, afastando os efeitos maléficos que vem do cumprimento da pena privativa de liberdade. Há, pois, uma grande redução na reincidência dos crimes, visto que a aplicação dessa pena ajuda a ressocializar o condenado no que se refere à aceitação da sociedade, o que traz como consequência a redução da criminalidade (BARROS, 2015).

Vale salientar que o benefício da pena alternativa só é cabível ao condenado não reincidente em crime doloso, por um período de cinco anos, contados a partir do cumprimento da pena até a extinção da punibilidade, do crime anterior ou infração posterior, é o chamado período quinquenal ou depurador de reincidência.

Compete ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e a sociedade fiscalizar a execução das penas alternativas. O julgador tem a incumbência

de averiguar se o condenado é reincidente, os antecedentes, a culpabilidade, a conduta, enfim, requisitos primordiais para estabelecer a pena alternativa em substituição a uma privativa de liberdade.

Segundo Cordeiro (2003, p. 89), ao Ministério Público compete:

> Emitir o parecer na Vara de Execuções das Penas Alternativas para dar início ao cumprimento da pena, e a equipe técnica procede uma entrevista com o condenado de onde sugerirá, de acordo com suas aptidões, e de modo a não prejudicar sua jornada normal de trabalho, a instituição mais adequada para o cumprimento da pena.

A função da equipe técnica na Vara de Execução das Penas Alternativas formada por psicólogos e assistentes sociais é fazer um estudo da ficha do apenado, observando o tipo do crime, a reincidência, o nível de escolaridade, se goza de boa saúde física e mental, se convive com a família para, a partir daí, encaminhar o apenado a uma entidade para prestar serviço. Ou seja, a equipe técnica tem por escopo reeducar e reintegrar o apenado à sociedade, dando-lhe a oportunidade de prover o seu próprio sustento e resgatar a sua cidadania (CORDEIRO, 2003).

A sociedade contribui com o cumprimento das penas alternativas, a partir do momento em que as entidades públicas e não governamentais proporcionam o cumprimento da pena sem discriminar, nem excluir o condenado, monitorando as atividades desenvolvidas.

Compete ao defensor público, na explanação de Cordeiro (2003, p. 91): "possibilitar que o apenado faça suas postulações sem nenhuma demora, tais como, o pedido de parcelamento de multa, de substituição de uma restritiva de direitos por outra, de mudança de cumprimento de pena etc.".

A presença do defensor público nas Varas de Execução das Penas Alternativas, é de suma importância, papel este desempenhado por um advogado competente que deverá ouvir o preso, interceder por ele junto ao juiz com relação a forma e a modalidade da pena.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que é preciso haver uma mudança de comportamento com relação ao sistema carcerário. Essa mudança se faz através da pre-

venção, a partir do momento em que se evita a entrada de pessoas nos estabelecimentos prisionais, sendo este o primeiro e principal passo para essa mudança. Contudo, é necessária também, a criação de oportunidades de uma vida digna através da educação, da capacitação profissional e do emprego, dando a essas pessoas a oportunidade de aperfeiçoar os seus conhecimentos para o trabalho e, assim, ter uma chance real de entrar no mercado de trabalho podendo agora escolher se quer entrar no mundo do crime com o risco de ser encarcerado ou poder não apenas trabalhar como também estudar, crescendo na vida através de esforço próprio e assim conseguir sustentar sua família.

Analisou-se também se esses tipos de pena, por serem medidas mais leves se comparadas às privativas de liberdade, poderá ser motivo de reincidência do apenado à vida criminal.

A proposta de reintegração social nasce dentro do Sistema Penitenciário e tem como principal objetivo a mudança de comportamento do apenado ou ex-apenado, quando este sair do sistema carcerário e obtiver, novamente, sua liberdade, sendo o ato de reintegração o objetivo inicial do cárcere e até da sociedade. Isto porque, a pena deixou de ser uma sanção corporal, como era no passado, sendo substituída pelo cerceamento da liberdade, ou ainda, por uma liberdade vigiada. A retirada da liberdade do apenado é para mostrar que ele sofre uma sanção pelos seus atos errôneos, afastando-a da sociedade e dando-lhe uma oportunidade de refletir sobre os seus erros, a mudar o seu comportamento, não mais agir contra lei.

Nas unidades prisionais percebe-se que não há um verdadeiro projeto que envolve o ato de reintegração social, preparando o preso para inclusão social. Para que ocorra a reeducação, é necessário a humanização da pena, e o uso do trabalho como uma forma disciplinar, fornecendo responsabilidades e esperanças ao detento e ex-detento para obter um resultado desejado.

Analisando a pena, entende-se que o seu papel é prevenir o crime e de reintegrar o indivíduo na sociedade, destaca-se que o Estado deve atuar nas sociedades eminentemente criminógenas não apenas como o potencial agente penalizador, pois deste modo jamais conseguirá a mudança de comportamento social almejada. Contrariamente, deverá planejar com cautela a transformação de uma população, tornando esta consciente de suas imperfeições e compromissada com as melhoras que porventura advirão.

Avaliando as consequências do encarceramento indigno, percebe-se que o modelo ressocializador é melhor e visa a reintegração do infrator, e que pela ausência de infraestrutura promovida pelo Estado, pelo sofrimento e ausência de dignidade do apenado, a passagem pelo sistema penitenciário se torna por vezes um dano irreversível para a vida tanto do apenado quanto para seus familiares e amigos.

A questão da violência traz para a sociedade a necessidade de repensar a inclusão social do apenado e a humanização do sistema penitenciário para promover uma efetiva recuperação dessas pessoas, como meio de garantir a segurança e paz social. Mas é preciso uma adequação do aparelhamento do Estado e a capacitação de seus agentes, bem como projetos que visem unir os órgãos institucionais e a participação efetiva da sociedade.

No tocante a eficácia das penas alternativas, no sistema penal brasileiro fica evidenciado quando se expõe as reais funções exercidas por ele, se contrapondo com as divulgadas pelo discurso oficial. Ressalta-se que dentro desse mesmo sistema que acaba a dignidade humana, também se encontra escola sustentada e fornecida pelo Estado, bem como o trabalho, onde as remissões das penas se tornam um fator de suma importância para que o apenado, além de uma nova concepção de vida, tenha uma nova oportunidade de sair mais rapidamente para o convívio social, são as chamadas remissões penais.

Objetivou-se demonstrar que a pena imposta pelo Estado traz uma falsa segurança para a sociedade, é indiscutível que a pena não cumpre seu papel de prevenir o crime e muito menos de ressocializar o indivíduo e este ao ser encarcerado além da privação de sua liberdade também é privado da maioria dos outros direitos vitais inerentes a pessoa como a dignidade, a integridade, a igualdade entre outros.

REFERÊNCIAS

BARROS, Amanda Cristina Rodrigues de. **Eficácia das penas restritivas de direito e privativa de liberdade**. Jus Navigandi, set. 2015. Disponível em: <https://jus.com. br/artigos/42830/eficacia-das-penas-restritivas-de-direito-e-privativa-de-liberdade>. Acesso em: 3 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da lei nº 9.714/98. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tratado de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRECKENFELD, Maria Araci Martins. **Efeitos intergeracionais da sanção penal na família**. Monografia. Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2010.

CABRAL, Yasmim Tomaz; MEDEIROS, Bruna Ágra de. Família do preso: efeitos da punição sobre unidade familiar. **Revista Transgressoes**. 2015. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj79P77w73TAhVGEJAKHQHsD00QFgglMAA&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ufrn.br%2Ftransgressoes%2Farticle%2Fdownload%2F6652%2F5148&usg=AFQjCNFcR9i-mbYoAHvmKlrrVA-5Ffhg8w&sig2=SdDlbljWqrz5SRkJeq Dj7Q>. Acesso em: 03 maio 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARDOSO, Eliane Gomes de Bastos. A pena privativa de liberdade e as penas alternativas. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&arti go_id=8494>. Acesso em: 15 abr. 2021.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Penas alternativas**: uma abordagem prática. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

DALL'AGNO, Letícia Lopes. **Ressocialização do apenado**: a dificuldade do retorno à sociedade. Publ. 2010. Disponível em: <http://

www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/ 10183/27344/000764598.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 maio 2021.

DIEGO, Fernando *et al*. **Sistema prisional**: as divergências sobre sua verdadeira função. Publ. 2009. Disponível em: <http://www.catolica*on-line*.com.br/revistadacato lica/ artigosv1n2/04-DIREITO-03.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ESTEVES, Maria Fernanda de Lima. **A eficácia das penas alternativas na redução da criminalidade**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Alexandra Gonçalves. A natureza jurídica das penas privativas de liberdade. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 8, n. 8, p. 213-236, jul./dez. 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 11. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 16. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2014.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

LOBO, Anderson. **Alternativas penais**: uma alternativa à prisão ou à liberdade? Forum, Jun., 2015. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/2015/06/22/alter nativas-penais-uma-alternativa-a--prisao-ou-a-liberdade/>. Acesso em: 29 maio 2021.

MARTINS, Fernanda Rocha. **As funções da pena e o sistema penitenciário brasileiro**: em busca de novas alternativas. Dissertação

de Mestrado. São Paulo, Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014. Disponível em: <http://tede.macken zie.br/jspui/bitstream/tede/1106/1/Fernanda%20Rocha%20Martins.pdf>. Acesso em: 16 maio 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 9. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. v. 1.

MEISTER, Mauro Fernando. Olho por olho: a lei de talião no contexto bíblico. **Fides Formata XII**. n. 1, p. 57-71, 2007.

OLIVÉ, Juan Caros Ferre *et al*. **Direito pena brasileiro**: parte geral: princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral arts. 1° ap. 120°. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **Estudos do direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, revista técnica e nota introdutório de Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminólogico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHILLING, Flávia; MIYASHIRO, Sandra Galdino. Como incluir? O debate sobre o preconceito e o estigma na atualidade. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, v. 34, n. 32, maio/ago. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1: parte geral. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A EFETIVIDADE DA REEDUCAÇÃO DO AGRESSOR NO ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Isabelle Moreira Chagas[50]
Alice sobral[51]

INTRODUÇÃO

A violência doméstica e familiar é um problema social grave que, infelizmente, está presente no cotidiano de mulheres em todo o mundo. Essa problemática não é recente, mas outrora era invisível; a situação restringia-se ao ambiente familiar, sem qualquer intervenção estatal. No Brasil, somente na década de 80 do século XX, com a consolidação do movimento feminista principalmente, essa violência começou a ser discutida e a ter maior visibilidade.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é um marco para a proteção de mulheres em casos de violência doméstica no país. Ela foi instituída por influência do caso Maria da Penha, em que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2001 por descumprir dispositivos constantes em tratados internacionais ratificados, especificamente o artigo 7º da Convenção de

50 Bacharelanda do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

51 Advogada. Psicóloga. Pós-graduada em neuropsicopedagogia clínica e institucional. Mestre e Doutora em Direito. Professora da Universidade do Estado do Amazonas.

Belém do Pará, bem como os artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A legislação em questão é reflexo de um longo processo de luta contra a violência doméstica no país. Em 2012, foi considerada pelas Nações Unidas como a terceira melhor no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, ficando atrás apenas do Chile e da Espanha. Sua implementação trouxe diversos avanços por definir a violência contra a mulher como um crime específico, por ter estimulado debates políticos sobre a temática e por trazer mecanismos de caráter repressivo, preventivo e assistencial, os quais estão em destaque as medidas protetivas de urgência, que trazem um aspecto protetivo acentuado à lei de forma urgente e imediata a fim de prevenir ações violentas e garantir a integridade da ofendida.

Nesse contexto, a Lei nº 13.984, publicada em 3 de abril de 2020, alterou o rol do art. 22 da Lei nº 11.340/2006, acrescentando duas novas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor: a) frequência a centro de educação e de reabilitação e; b) acompanhamento psicossocial por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. Tal previsão legal mostra-se de extrema importância, tendo em vista que torna obrigatória a medida desde o início da investigação quando requerida e determinada judicialmente, contribuindo para a inserção de mais participantes, o que pode gerar melhores resultados.

O paradigma de gênero vivido atualmente exige que, para além da responsabilização punitiva do autor de violência doméstica, haja um efetivo trabalho na origem do conflito, de forma a assegurar que a intervenção do Estado alcance efeitos frutíferos e duradouros de prevenção, evitando a reiteração da conduta delituosa que, infelizmente, é muito comum nesses casos.

Frente a isso, a presente pesquisa, na abordagem inicial, objetiva tratar das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, apresentando cada uma delas, bem como as consequências do descumprimento. Posteriormente, pretende-se abordar a novidade legislativa quanto ao comparecimento dos agressores a programas de reeducação e reabilitação, discorrendo sobre as experiências internacionais e nacionais nesse sentido, e salientar a importância da efetiva adoção dessa medida para redução e enfrentamento dos casos de violência.

1. MEDIDAS PROTETIVAS NA LEI Nº 11.340/2006

A Constituição de 1988, em seu art. 226, §8º, estabelece que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações". Nesse mesmo sentido é a redação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e a Convenção de Belém do Pará, ratificadas pelo Brasil, que determinam a adoção de políticas destinadas à prevenção, à punição e à erradicação da violência pelos Estados Partes.

Em cumprimento a esses dispositivos e diante do contexto de lutas contra a violência doméstica e familiar, surgiu a Lei 11.340/2006. Dentre os mecanismos de amparo às mulheres previstos na legislação destacam-se as medidas protetivas de urgência - instrumentos legais que visam garantir direitos fundamentais, interrompendo e tentando prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher de forma célere, buscando garantir a integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial da vítima.

Essas medidas nasceram por influência das *protective orders* existentes na legislação americana para proteção das mulheres, surgidas em 1976 e que até hoje constituem o "principal meio de proteção das vítimas" (PIRES, 2011, p.148). Conforme bem salienta Pires, tais medidas são bastante pretendidas pelas mulheres que buscam a intervenção estatal, devido a agilidade no deferimento e a ausência de capacidade postulatória para seu requerimento.

Para se fazer valer desses instrumentos, dispõe o art. 12 da Lei Maria da Penha que, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, determinados procedimentos, dentre eles remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão.

Conforme salienta Cunha (2020, p.138), o pedido depende da ofendida e assim deve ser, tendo em vista que ela pode não almejar qualquer medida protetiva, surgindo aparente conflito com o art. 19 do mesmo diploma legal, que trata da concessão a requerimento do Ministério Público. Cunha aduz ser mais adequado concluir que, em um primeiro momento, cumpre à ofendida manifestar essa vontade, não impedindo, contudo, que

o *Parquet*, em juízo, possa agir *ex officio*, pleiteando a adoção das medidas cabíveis, distinguindo os momentos de aplicação de cada um deles.

Ainda no que tange às questões procedimentais, a Lei nº 13.827/2019, acrescentando o art. 12-C, permitiu que outros agentes concedam a medida protetiva, de forma subsidiária, em situações bem específicas. Assim, em caso de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da vítima, a lei estabelece que o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida pela autoridade judicial. Caso o local não seja sede de comarca, a medida pode ser concedida pelo delegado de polícia; no entanto, caso o município não seja sede de comarca e não haja delegado disponível, pode ser concedida pelo policial, com ressalvas.

As medidas protetivas de urgência estão previstas no capítulo II da lei, dispostas entre os artigos 18 a 24, e dividem-se entre aquelas que obrigam o agressor e às direcionadas à ofendida. No que diz respeito às voltadas ao agressor, dispõe o art. 22 da Lei Maria da Penha que o magistrado poderá aplicar, de imediato, em conjunto ou separadamente, as medidas previstas nos incisos do artigo, entre outras (BRASIL, 2006). Esse rol, não taxativo, foi elaborado a partir do conhecimento das atitudes comumente empregadas pelo autor da violência.

Inicialmente, o inciso I do art. 22 da Lei 11.340/2006 traz como medida protetiva a suspensão da posse ou restrição do porte de armas. Como afirma Cunha (2020, p.225), essa providência tem como principal justificativa a estatística referente à prática de crimes contra a mulher com uso de arma de fogo. Dados do Atlas da Violência mostram crescimento acentuado na taxa de homicídios de mulheres dentro das residências por arma de fogo; a pesquisa aponta aumento de 29,8% entre os anos de 2007 até 2017. Diante dessa situação, encontra-se o acerto do legislador (IPEA, 2019, p. 41).

Outra medida protetiva prevista no rol do art. 22 é quanto ao afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida e à proibição de determinadas condutas. As alíneas *a*, *b* e *c* do terceiro inciso têm o claro objetivo de preservar a incolumidade da vítima, evitando qualquer aproximação do agressor. Como afirma Cunha (2020, p. 227), é comum que em situações de violência doméstica, o autor atormente não só a ofendida como seus familiares e outras testemunhas. Além disso, a medida de distanciamento deve ir além da residência da vítima, estendendo-se ao

local de trabalho e outros ambientes por ela frequentados. Tal providência tem sido das mais eficazes e, por isso, é a mais solicitada dentre as medidas existentes, conforme dados da pesquisa "o Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres" (CNJ, 2019, p. 53). Nessa mesma linha, é comum que o agressor, além da ofensa física, incomode a mulher por meio de ligações e mensagens. Assim, para evitar tal comportamento, o juiz pode impedir, não só a aproximação física, como também qualquer comunicação do agressor com a vítima.

O inciso IV traz a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores como medida a ser imposta ao agressor. Nessa situação, o legislador recomendou a prévia oitiva de equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar antes da decisão a fim de verificar a situação de risco. Exigência bem acertada, uma vez que essa medida pode implicar em violação ao direito da criança e do adolescente à convivência familiar, por exemplo, caso a violência não tenha sido direcionada ou na presença deles. Em casos excepcionais, no entanto, a medida deve ser concedida antes da oitiva dos profissionais para assegurar a integridade desses menores.

A medida protetiva referente à prestação de alimentos provisionais ou provisórios está prevista no inciso V do art. 22. Trata-se de prestações destinadas a assegurar à pessoa necessitada os meios para se manter na pendência da lide, possuindo caráter cautelar. A medida prevê que o agressor assista a mulher em situação de violência financeiramente, de modo que preste alimentos a fim de complementar a renda doméstica, o que decorre da obrigação de mútua assistência e do poder familiar frente aos filhos.

Os incisos seguintes foram incluídos por meio da Lei 13.984/2020. Em que pese tratar-se de novidade legislativa, a adoção de programas de recuperação e reeducação de autores de violência doméstica já era uma realidade prevista no parágrafo único do art. 152 da Lei de Execução Penal. Nesse sentido, diversas repartições judiciárias no país determinavam o comparecimento obrigatório do agressor a atendimento psicossocial e pedagógico como prática de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, o novo dispositivo apenas concretiza medida já adotada, tendo por objetivo a conscientização, a reflexão e a autorresponsabilização dos agressores, temática essa que será abordada com mais profundidade posteriormente.

Diante de tais determinações judiciais, o descumprimento das medidas, consoante art. 24-A da Lei 11.340/2006 é tipificado como crime. Como explica Alice Bianchini (2018), havia muita divergência entre doutrina e jurisprudência a respeito das consequências para quem as descumprisse. Com a novel disposição acerca do tema, a pena cominada é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Ressalta-se, ainda, que a configuração desse crime não impede a aplicação de outras sanções, conforme determina o parágrafo 3º do dispositivo.

2. SERVIÇOS DE ATENDIMENTO A AUTORES DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

Feitas as considerações sobre as medidas protetivas de urgência destinadas aos agressores, cumpre dedicar este tópico às intervenções com autores de violência doméstica, feitas por meio de programas de recuperação e reeducação, e que sejam as realizadas através de acompanhamento psicossocial, tendo em vista o dispositivo legal que determina o encaminhamento do agressor a esses serviços, e às críticas feitas a essas iniciativas.

Os programas voltados aos autores de violência podem ser observados sob diversas nomenclaturas – "de reabilitação", "educativos", "psicoeducativos", "reflexivos", "terapêuticos" e "de reeducação" – em virtude dos diferentes métodos, perspectivas teórico-epistemológicas e objetivos adotados por tais ações (BEIRAS; NASCIMENTO; INCROCCI, 2019, p. 264).

Verifica-se que a lei não especifica como devem ser esses centros e programas, a estrutura, a forma de organização; tão pouco diferencia ou conceitua as ações propostas, deixando a cargo dos entes federativos a criação e a promoção. Contudo, apesar da falta de unidade da terminologia no país, todos têm como objetivo o enfoque da Lei Maria da Penha e as normas internacionais, com o intuito de evitar a reincidência e contribuir para a modificação dos padrões das relações de poder entre homens e mulheres.

É bem perceptível a pouca visibilidade dada a ações e políticas públicas dirigidas aos agressores, principalmente quando se trata de violência doméstica. O que se percebe, a bem da verdade, é indignação e desejo único de punição severa a essas pessoas. E em que pese a naturalidade

desses sentimentos, difícil é cogitar uma mudança no cenário da violência sem a realização de um trabalho que atinja a todos os envolvidos.

Observa-se que a maior parte das críticas relacionadas a essas intervenções partem de profissionais que trabalham diretamente com mulheres vítimas e de integrantes de movimentos feministas, mas não somente, trata-se, na realidade, de uma visão disseminada amplamente na sociedade. Os questionamentos são principalmente sobre a eficácia desses serviços e em relação ao desvio de atenção e de recursos às mulheres, predominando a perspectiva de que a prisão dos agressores é o dispositivo que pode melhor responder à real segurança das mulheres (LIMA; BUCHELE, 2011, p. 726).

Essas ações sempre tiveram respaldo na própria Lei Maria da Penha para serem concretizadas, antes mesmo de se tornarem expressamente medida protetiva de urgência. Como citado, o parágrafo único do art. 152 da Lei de Execução Penal, alterado pelo art. 45 da Lei 11.340/2006, já estabelecia que o juiz poderia determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Além disso, o art. 35 dispunha que "a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências, centros de educação e de reabilitação para os agressores", garantindo legitimidade política a fim de que esse assunto fosse discutido e ações fossem implementadas.

Historicamente, as primeiras experiências direcionadas a homens autores de violência doméstica tiveram início na década de 1970 nos Estados Unidos, com o objetivo de complementar as iniciativas voltadas às mulheres e responsabilizá-los (LIMA; BUCHELE, 2011, p. 724).

Em 1977, em Boston, um grupo de homens pró-feministas criou o *Counseling & Education to Stop Domestic Violence – EMERGE*. Em 1981, em Duluth, no estado norte-americano de Minnesota, foi desenvolvido o *Domestic Abuse Intervention Project*, "cujo objetivo era melhorar a segurança das vítimas e destacar a responsabilidade dos homens, uma vez que o programa foi desenvolvido conjuntamente com o sistema judicial" (ANTEZANA, 2012, p. 10).

O Brasil, por sua vez, iniciou os programas de intervenção com homens autores de violência doméstica em meados de 1990. Uma ação pioneira foi desenvolvida pelo Instituto de Pesquisas Sistêmicas e Desenvol-

vimento de Redes Sociais – NOOS em 1999, seguido pelo Núcleo de Atenção à Violência – NAV, ambos no Rio de Janeiro, e posteriormente pelo Pró-Mulher, Família e Cidadania, em São Paulo. No início, muitos desses serviços eram destinados às mulheres ou às famílias, mas depois foram adaptados para atender diretamente os homens (GUIMARÃES, 2015, p.107).

Outras ações foram o Núcleo de Atendimento à Família e aos Autores de Violência Doméstica – NAFAVD, criado em 2003, no Distrito Federal; o Programa de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e Intrafamiliar – PPVCDI, da Prefeitura de Blumenau-SC, iniciado em 2004; e o Instituto Albam, ONG de Belo Horizonte, em 2005.

Muitas dessas intervenções surgiram sob o marco legal da Lei 9.099/1995, na qual criou os Juizados Especiais Criminais, e "embora o propósito da lei não fosse tratar especificamente da violência doméstica, estima-se que cerca de 60% dos crimes que chegavam aos JECRIMs eram de lesão corporal leve e ameaça cometidos em relações conjugais" (SOARES; GONÇALVES, 2021, p.78).

Os Juizados Especiais Criminais, estabelecidos pela Lei 9.099/1995,

> [...] permitiram publicizar a violência contra a mulher, uma vez que esta foi a principal demanda ali apresentada, porém a sua incapacidade de resolutividade das violências imprimia um alto número de conciliações realizadas em um contexto de pressão ou coação para com as mulheres, resultando em acordos centrados no pagamento de multas e cestas básicas pelos homens. Se por um lado os Juizados Especiais Criminais eram um espaço de formalização pública do fenômeno da violência contra a mulher, por outro lado, pela forma como "resolvia" os casos ali apresentados, se constituía como instrumento de legitimação e banalização da violência e desqualificação da violência ali apresentada pela mulher, visto que não se considerava a complexidade do fenômeno e não se garantia a segurança às mulheres (BRASIL, 2016, p.14).

Assim, com a Lei 11.340/2006 e em 2012 com julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.424/DF, foi decidido que não se aplicaria à referida lei nenhum dos institutos despenalizadores previstos

na Lei 9.099/95. Além disso, embora já existissem serviços voltados aos autores de violência doméstica, a Lei Maria da Penha conferiu uma legitimidade política nunca existente para a implementação de ações com homens autores de violências.

Nesse contexto e sem pretensão de exaustividade, em todas as regiões brasileiras pode-se observar o funcionamento atual de serviços voltados a autores de violência doméstica, sendo judicial a principal via de acesso.

Na região Sul do país, o Rio Grande do Sul tem, **em diversas comarcas, o Grupo Reflexivo de Gênero, desenvolvido pelo Poder Judiciário desde 2011**(CNJ, 2021). No Paraná, por sua vez, há o Grupo de Orientação e Sensibilização aos Autores de Violência Doméstica Contra Mulheres de Cianorte, projeto do Ministério Público do Paraná em conjunto com o Poder Judiciário (MPPR, 2019).

Na região Sudeste, em Taboão da Serra, no estado de São Paulo, há o projeto Tempo de Despertar. Ele foi idealizado em 2014 pela promotora de justiça Gabriela Manssur e atende homens autores de violência contra a mulher com inquérito policial, medida protetiva ou processo criminal em curso, com exceção para casos de feminicídio ou violência sexual (MPSP, 2018). Na cidade de Santo André - SP, funciona o programa "E agora José? ", uma parceria estabelecida entre a Associação Entre Nós com o Tribunal de Justiça – Comarca de Santo André, a Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania da Secretaria Estadual da Administração Penitenciária e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (URRA, 2019, p.51).

Na região Nordeste, em Campina Grande – PB foi encontrado o projeto "Papo de Homem", desenvolvido pelo Juizado de Violência Doméstica da Comarca (TJPB, 2020). No Rio Grande do Norte, há o "G**rupo Reflexivo de Homens: por uma atitude de paz",** criado pelo Ministério Público do Estado e ministrado pelo Núcleo de Apoio à Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar – NAMVID. Além do MP, a Defensoria Estadual também atua com grupos reflexivos nesse mesmo sentido.

O Mato Grosso do Sul, como exemplo na região Centro-Oeste, tem o projeto "Paralelas", desenvolvido no âmbito do Ministério Público Estadual. A iniciativa foi implantada primeiramente na comarca de Rio Verde de Mato Grosso/MS, em fevereiro 2015, e posteriormente replicada

em outros municípios (AZAMBUJA, 2020, p. 9). Além desse, tem o projeto "Dialogando Igualdades", desenvolvido pela Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Na região Norte, a título de exemplo, há o Programa "Reincidência Zero" do NUGEN – Núcleo de Prevenção e Enfrentamento à Violência de Gênero – da Defensoria Pública do Estado do Pará; o grupo reflexivo "*Homens em Transformação", no Acre, é* desenvolvido pelo Tribunal de Justiça desde fevereiro de 2018, por meio da Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas da Comarca de Rio Branco; em Rondônia, o Projeto Abraço é iniciativa do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Velho; e em Manaus, por meio da Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania – Sejusc, foi instituído em 2012 o Serviço de Responsabilização e Educação do Agressor – SARE.

3. A INFLUÊNCIA DOS SERVIÇOS DE REEDUCAÇÃO DE AGRESSORES NA REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

É inegável que por muito tempo houve um profundo descaso com a violência doméstica, sempre vista como uma situação a ser resolvida em âmbito privado e até legitimada pelo Estado. A própria lei penal trazia em seu corpo atenuantes aos crimes nesse contexto, justificados, na maioria das vezes, como "em defesa da honra" e classificado, inclusive, como delito de "menor potencial ofensivo".

Os tribunais brasileiros absolviam os maridos que estupravam suas esposas sob a justificativa de que agiam no estrito cumprimento de um dever legal; os absolviam de agressões também sob o fundamento de que ao marido ela devia respeito e obediência, sendo o uso da força para fins didático-pedagógicos (VERAS; COSTA; CASTRO, 2017, p.72). Desnaturalizar essa violência, exigir mecanismos de proteção à mulher e buscar respostas adequadas aos sujeitos ativos é fruto de um longo processo de luta por justiça e pelo reconhecimento dos direitos humanos das mulheres.

Além disso, é recente o consenso internacional quanto à importância de envolver o Estado e a sociedade civil na promoção e no desenvolvimento de intervenções que atinjam todos os sujeitos da violência doméstica.

Conforme referenciado por Natividade e Veloso (2013, p. 45), "segundo Tomam e Edleson (1995), essa reflexão foi iniciada com a constatação da permanência dos altos índices de violência contra as mulheres", apesar da vigência de legislações que garantiam tanto a prisão do agressor como a existência de programas direcionados às vítimas. As pesquisas mostravam que a violência contra a mulher aumentava após a denúncia e/ou após a permanência do homem na prisão, pois tais medidas não ocasionavam as mudanças necessárias no modo de refletir a violência e no modo de agir deles.

Como bem citado por Cagol e Frichembruder (2017, p. 59), o relatório da ONU de 2006 aponta que o envolvimento proativo dos homens na prevenção da violência é uma das maneiras mais eficazes para combater a violência e por isso se deve investir em projetos e pesquisas.

Nesse sentido, trabalhar o autor de violência é recurso fundamental no processo de prevenção e enfrentamento, por se tratar, sobretudo, de uma mudança cultural e política com vista à abolição das hierarquias, da discriminação baseadas no gênero e, consequentemente, da violência (NATIVIDADE; VELOSO, 2013, p. 45).

Dentre as principais hipóteses apresentadas por Corsi (2005, p. 138) para explicar a questão da violência dos homens contra as mulheres estão a questão cultural ancorada no patriarcado; a hipótese estrutural, que reside nas desigualdades sociais; e a psicopatológica, incluído nesse caso as disfunções da personalidade, o consumo de álcool e o uso de substâncias ilícitas. Desse modo, às circunstâncias individuais agrega-se o componente estrutural, que faz do ato agressivo reflexo e resultado de um modelo comportamental social vinculado à menor valoração do feminino e de sua submissão ao homem.

Identificar os aspectos desencadeadores desse ciclo e desconstruir os conceitos incorporados são propósitos dos grupos de reeducação de agressores. As reflexões realizadas possuem eficácia significativa a medida em que objetivam aos autores da violência repensar o seu papel na sociedade e, por meio de diálogos e exposições, mensurar a reprovabilidade das suas ações.

Saffioti (2004, p. 68) destaca que:

> As pessoas envolvidas na relação violenta devem ter o desejo de mudar. É por esta razão que não se acredita numa mudança radical

> de uma relação violenta, quando se trabalha exclusivamente com a vítima, sofrendo esta alguma mudança, enquanto a outra parte permanece sempre o que foi. Mantendo o seu hábito, a relação pode inclusive, tornar-se ainda mais violenta. Todos percebem que a vítima precisa de ajuda, mas poucos veem esta necessidade no agressor. As duas partes precisam de auxílio para promover uma verdadeira transformação da relação violenta.

Ademais, acredita-se na possibilidade de reeducação ao verificar o perfil dos agressores, que geralmente não apresentam maus antecedentes. Fernandes (2013, p. 185) reforça que o autor de violência doméstica é diferente de outros agentes, pois "ao contrário do padrão comumente encontrado no quotidiano forense, em regra, o agressor é primário, de bons antecedentes, com emprego e residência fixos, o que facilita a reeducação."

Os grupos de reeducação já são uma realidade e apresentam bons resultados, principalmente no que tange à reincidência, apesar da incipiência e da resistência dos participantes e de muitos profissionais que lidam com isso diariamente.

A exemplo dos programas e projetos citados, dados do Ministério Público do Paraná mostram que a taxa de reincidência registrada no Grupo de Cianorte é de menos de 1%. No Mato Grosso do Sul, no projeto Paralelas, o índice de reincidência é de 2,25% (AZAMBUJA, 2020, p. 10). No Pará, por sua vez, em 10 anos de atuação do programa, 459 homens foram acompanhados nos grupos de reflexão. Desse total, apenas dois foram reincidentes, o que equivale a 0,44% dos assistidos participantes do grupo (DPE/PA, 2021).

A partir de tais apontamentos, constata-se que os números, na maioria dos projetos, são significativos, no que se refere à reincidência dos agressores, ressaltando a importância da reeducação para o efetivo enfrentamento à violência contra a mulher, uma vez que somente o trabalho de amparo e empoderamento da mulher não apresenta, por si só, os resultados necessários.

A alteração do art. 22 da Lei Maria da Penha, incluindo o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual

e/ou em grupo de apoio como medidas protetivas de urgência é de demasiada importância à medida em que se constata a redução nas taxas de reincidência.

A inovação legislativa veio acolher, sob o aspecto do direito positivado, os bons resultados que já eram observados em diferentes ações em andamento em diferentes comarcas do país.

Verificam-se diversos pontos favoráveis à implementação de programas, como salienta Ponce-Antezana (2012, p. 12):

> [...] existem razões importantes para implementar tais programas de intervenção: a) as próprias mulheres que sofreram violência pedem por essas intervenções; b) para responsabilizar àqueles que perpetram violência e erradicá-la; c) mulheres submetidas a violência não se separam de seus cônjuges ou, muitas vezes, voltam a viver com aqueles que as agrediam; d) necessidade de realizar intervenções com homens que, ainda que se separem, repetem seus padrões violentos com novos cônjuges; e) para romper a transmissão intergerações da violência a filhos e filhas expostos a esses modelos relacionais.

A responsabilização dos agressores pelas violências cometidas é um dos eixos metodológicos principais na condução dos grupos e tem como objetivo quebrar discursos naturalizantes e justificadores para os atos de violência; busca, ainda, mostrar a estrutura social de desigualdade, privilégios e dominação, posicionando os sujeitos como atores de suas vidas e responsáveis pela manutenção dessa estrutura hierárquica em seus cotidianos e em suas relações (LATTANZIO; BARBOSA, 2013, p. 95).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.984/2020 positivou a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e o acompanhamento psicossocial do agressor por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio como medida protetiva de urgência na Lei Maria da Penha. Tal acréscimo torna a medida obrigatória quando determinada judicialmente, o que gera um aumento no número de participantes e, como corolário, uma possível redução nos casos de violência doméstica.

Adotar tal determinação como medida protetiva, isto é, visando cessar a violência de modo mais imediato, evidencia o escopo da legislação em não resguardar apenas aos direitos humanos da vítima, mas ressignificar as assujeitações de gênero constantes em demandas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Deve-se, assim, buscar a combinação e o equilíbrio das medidas de prevenção, proteção, assistência e punibilidade, com o intuito de se alcançar uma resposta mais eficaz, tendo em vista que o viés penal não promoverá mudanças culturais se aplicado isoladamente, em detrimento de outras perspectivas igualmente relevantes, uma vez que estudos no mundo inteiro já comprovaram o fracasso da prisão como medida preventiva, educadora e ressocializadora.

Ademais, apesar dos questionamentos a respeito da adoção da reeducação como medida eficaz no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, é notória a redução nos índices de reincidência dos casos levados ao Judiciário após a participação dos agressores em grupos reflexivos, a fim de que tomem consciência da natureza destrutiva de suas condutas e da responsabilização dos seus atos, de modo a promover nesse indivíduo uma mudança cognitiva e comportamental.

É importante reconhecer que as intervenções com autores de violência não é uma ação oposta ou concorrente ao trabalho desenvolvido com as vítimas, mas uma ação complementar, pois um olhar unilateral, voltado apenas ao sujeito passivo, não tem o condão, por si só, de trazer resultados efetivos, sendo necessário superar esses preconceitos, uma vez que tais intervenções possuem o mesmo objetivo, qual seja, prevenir, interromper e reduzir a violência, buscando, igualmente, proteger as mulheres.

REFERÊNCIAS

ANTEZANA, Álvaro Ponce. Intervenção com homens que praticam violência contra seus cônjuges: reformulações teórico-conceituais para uma proposta de intervenção construtivista-narrativista com perspectiva de gênero. **Nova Perspectiva Sistêmica**, v. 21, n. 42, 14 abr. 2012.

AZAMBUJA, Fernanda Proença de. Projeto Paralelas: Traçando Novos Caminhos. **Revista ENAMP**, Ano I. V. 1, 2020.

BEIRAS, Adriano; NASCIMENTO, Marcos; INCROCCI, Caio. Programas de atenção a homens autores de violência contra as mulheres: um panorama das intervenções no Brasil. **Saúde soc.**, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 262-274, mar. 2019.

BIANCHINI, Alice. O novo tipo penal de descumprimento de medida protetiva previsto na Lei 13.641/2018. **Jusbrasil**. Disponível em: https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/569740876/o-novo-tipo-penal-de descumprimento-de-medida-protetiva-previsto-na--lei-13641-2018. Acesso em: 12 maio 2021.

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

BRASIL. **Lei nº 11.340**, 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.984**, 2020.

BRASIL. **Manual de Gestão para alternativas penais: medidas protetivas de urgência e demais serviços de responsabilização para homens autores de violências contra as mulheres**, 2016.

CAGOL *et*hel Cechinato, FRICHEMBRUDER, Simone Chandler. Por onde anda o olhar ao agressor no âmbito da violência doméstica no Brasil? **Diaphora.** v. 17, jan-dez. 2017. p. 52-60.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório o Poder Judiciário no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulheres**, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RS: Coordenadoria lança guia para implementação de grupo reflexivo de gênero. Brasília,** 2021.

CORSI, Jorge. Modelos de intervención con hombres que ejercen violencia en la pareja. **Feminismos,** n. 6, p. 137-146, dez. 2005.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/2006.** Comentada artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ. Programa "Reincidência Zero" da DPE completa 10 anos de atuação e divulga

dados importantes. In: **Anadep**. Disponível em: https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=48314. Acesso em: 13 maio 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Maria da Penha Law: the prosecution in the way of effectiveness**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

GUIMARÃES, Fabrício Lemos. **"Ela não precisava chamar a polícia…": anestesias relacionais e duplo-vínculos na perspectiva de homens autores de violência conjugal.** 2015. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica e Cultura) - Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Atlas da Violência. *In*: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2019.

LIMA, Daniel Costa; BUCHELE, Fátima. Revisão crítica sobre o atendimento a homens autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 721-743, 2011.

LATTANZIO, Felippe Figueiredo; BARBOSA, Rebeca Rohlfs. Grupos de gênero nas intervenções com as violências masculinas: paradoxos da identidade, responsabilização e vias de abertura. In: _____. **Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública**. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Reincidência de violência doméstica cai com reabilitação para agressores, 2019. *In*: **MPPR**. Disponível em: <http://mppr.mp.br/2019/03/21370,10/Reincidencia-de-violencia-domestica-cai-com-reabilitacao-para-agressores.html>. Acesso em: 16 maio 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Grupo Reflexivo de Homens (MPRN) figura como ponto de partida para aprovação de projeto de lei no Senado, 2020. *In*: **AMPERN**. Disponível em: <http://www.ampern.org.br/grupo-reflexivo-de-homens-mprn-figura-como-ponto-de-partida-para-aprovacao-de-projeto-de-lei-no-senado>. Acesso em: 16 maio 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Projeto Tempo de Despertar, de combate à violência contra mulheres, vira lei estadual, 2018. *In*: **MPSP** Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=18256343&id_grupo=118>. Acesso em: 16 maio 2021.

NATIVIDADE, Cláudia; VELOSO, Flávia Gotelip Correa. Metodologias de abordagem dos homens autores de violência contra as mulheres. *In*: _____. **Atendimento a homens autores de violência doméstica: desafios à política pública**. Rio de Janeiro: ISER, 2013.

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela Política Criminal Extrapenal e a Natureza Jurídica das Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha. **Revista Ministério Público Distrito Federal e Território**, Brasília, v.1, n.5, 2011, p. 121-168

SAFFIOTI, H. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SOARES, Cecília Teixeira; GONÇALVES, Hebe Signorini. Grupos Reflexivos para Autores de Violência contra a Mulher.**Direito em Movimento**, [S.l.], v. 18, n. 2, p. 73-107, jan. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ACRE. Grupo Reflexivo Homens em Transformação é tema de estudo, 2020. *In*: **TJAC.** Disponível em: https://www.tjac.jus.br/2020/08/grupo-reflexivo-homens-em-transformacao-e-tema-de estudo/#:~:text=Desenvolvido%20pelo%20Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a,Curso%20(TCC)%20de%20Direito. Acesso em: 16 maio 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL. Relatório de atividades, 2020. *In*: **TJMS**. Disponível em: https://www.tjms.jus.br/storage/cms-arquivos/7a8b1c9a6c549c228b90aff1e3010860.pdf. Acesso em: 16/05/21.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA. Integrantes do Projeto Papo de Homem podem ter suas penas reduzidas com base no Código Penal, 2020. *In*: **TJPB**. Disponível em: https://

www.tjpb.jus.br/noticia/integrantes-do-projeto-papo-de-homem-podem-ter-suas-penas-reduzidas-com-base-no-codigo-penal. Acesso em: 16 maio 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. "Abraço" se consolida como referência em projeto de combate à violência doméstica, 2018. *In*: **TJRO**. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/noticias/item/8931-abraco-se-consolida-como-referencia-em-projeto-de-combate-a-violencia-domestica. Acesso em: 16 maio 2021.

URRA, Flávio. **Programa "E agora José?" Pelo fim da violência contra a mulher**. Livro em homenagem ao Fórum Nacional de Juízas e Juízes Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – X FONAVID. Recife: Esmape, p. 49-59, 2019.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; COSTA, Jackeline; CASTRO, Maria Ildérica. Programa de agressores como parte da resposta coordenada da comunidade – A experiência do grupo reflexivo de homens do Ministério Público do Rio Grande do Norte. **Revista Fides**, v. 5, n. 1, 28 dez. 2017.

CULTURA DE MASSAS, CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA E A ESTIGMATIZAÇÃO DO CRIMINOSO

Priscila Péclat Gonçalves Teixeira[52]

INTRODUÇÃO

A atualidade é marcada pelo surgimento e expansão das grandes cidades, por uma sociedade globalizada e tecnológica, em que a transmissão das informações é feita em menos de segundos. Todavia, esse contexto é vivido por uma sociedade do medo, a qual assiste a violência pela televisão, a lê nos jornais ou em uma mensagem enviada pelo "WhatsApp", por exemplo. É neste cenário de um mundo capitalista, em que se vivencia, também, o surgimento da cultura de massas, em que a violência é instrumento do consumo. Em razão disso, surge o que Eugenio Raúl Zaffanori (2013) chamou de criminologia midiática.

Retrata-se, desta forma, uma significativa parcela da sociedade que busca soluções alternativas àquelas legais, para combater a criminalidade, mitigando as garantias individuais de um Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais, sob o discurso de que o mal deve ser combatido e a violência erradicada, sem, entretanto, se questionarem se as medidas adotadas são de fato eficazes, ou seja, se produzem o resultado alme-

52 Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás, Pós-graduada no curso de Direito Penal e Direito Processual Penal da rede LFG/Anhanguera. Assistente jurídica no TJGO, professora no curso de Direito na Faculdade Metropolitana de Anápolis.

jado, sem a indagação se o encarceramento e a violência policial vão, de fato, ser capazes de diminuir a criminalidade, quando desacompanhadas de outras medidas e políticas públicas.

A hipótese do estudo é que a criminologia midiática tem influência nas políticas de policiamento e encarceramento nacionais, que são utilizadas como meio de combater a criminalidade. Nessa lógica, os estudos da ciência criminal de Zaffaroni servirão de respaldo teórico para a pesquisa. O objetivo não é apresentar soluções para erradicar o crime e sim questionar algumas vias que estão sendo adotadas, em razão da influência da mídia, pautadas na máxima "bandido bom é bandido morto".

Assim, inicialmente, serão analisadas, de forma quantitativa, as condições da criminalidade no Brasil. Posteriormente, será levantada uma análise teórica sobre a cultura de massas e a criminologia midiática, por meio de um diálogo com as teorias do garantismo penal e do direito penal do inimigo, que são conflitantes. Por fim, será estabelecida uma análise de como o criminoso, estereotipado pela criminologia midiática, é enxergado pela sociedade e como o policiamento e o encarceramento são adotados como soluções contra o crime, em contrapartida às finalidades das penas adotadas no Brasil.

1. CRIMINALIDADE DO BRASIL: ANÁLISE QUANTITATIVA

A sociedade do século XXI apresenta novos contornos. Zygmunt Bauman (2009, p. 02) nos ressalta que "a insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos", sendo que "as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização" (2009, p. 11), no qual os governantes enfrentam a árdua missão de encontrar soluções locais, delimitadas em uma pequena porção territorial (cidades) para contradições consideradas globais.

Nesse sentido, o autor fala sobre as guerras urbanas. As cidades estão associadas ao perigo, apesar de terem originado com o fim de dar segurança a todos os seus habitantes, hoje expõe um efeito inverso (2009). Assim, pode-se perceber que o medo é do outro cidadão, do vizinho, do indivíduo que caminha atrás de você na calçada, do motoqueiro que estaciona a moto ao seu lado, quando parado em razão do semáforo. Permite-se ainda dizer que, dentro do conhecimento do que senso comum, é daquele adolescente de baixa renda e de pele com cor escura.

Para Bauman (2009) este medo é o que motiva o surgimento de condomínios fechados, o incremento em sistemas de segurança, como portas blindadas e trancas para automóveis, o aumento do policiamento, dentro outras medidas de proteção.

No Brasil essa questão do medo nas cidades não é muito divergente, observa-se um alto índice de criminalidade nacional, o que faz com que a população busque constantemente por medidas de segurança em relação àquele que é visto como perigoso. Os dados justificam, parcialmente, essas consequências. A expressão "parcialmente" mencionada no presente tem fim proposital, pois existem outros motivos associados a esse temor, por exemplo, o fomento midiático, além de outros que não serão objetos de análise na presente pesquisa.

De acordo com a Organização das Nações Unidas (2017), ao divulgar as estatísticas mundiais de criminalidade, o Brasil é o nono país mais violento do mundo, pois consoante dados de 2015, possui um índice de 30,5 mortes para cada 100 mil habitantes.

Por sua vez o IPEA e o FBSP (2017), esclarecem que os índices de homicídios no Brasil aumentaram, utilizando como referência os anos de 2005 e 2015. Ainda, os Estados que apresentaram crescimento superior a 100% nas taxas de homicídio estão localizados nas regiões Norte e Nordeste. Ademais, os órgãos utilizaram dois critérios para listar os municípios potencialmente mais violentos e menos violentos do Brasil em 2015. Considerou as mortes por agressão e as mortes violentas por causa indeterminada.

Nessa perspectiva é relevante salientar que apesar de ter utilizado como critério o crime de homicídio para apurar os índices de violência, outras práticas delitivas também são relevantes para se detectar a criminalidade no Brasil, como roubos, furtos, receptações, tráfico de drogas, lesões corporais etc.

O IPEA e o FBSP (2017) apuraram, também, que os homens jovens continuam sendo as principais vítimas de homicídios, bem como que a cada 100 pessoas assassinadas no Brasil, 71 são negras. Ainda, sob esse prisma, detecta-se que os negros possuem chances 23,5% maiores de serem assassinados em relação a brasileiros de outras raças[53], sendo

53 O conceito de raça ainda é muito discutido no âmbito da pesquisa, pois faz uso de critérios para classificar as diferentes populações de uma mesma espécie biológica. Porém, no

que nesta estatística já se descontou o efeito da idade, escolaridade, do sexo, estado civil e bairro de residência. É importante ressaltar a atuação policial como uma das causas desses homicídios. Conforme o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017), em razão da intervenção policial, foram registradas em São Paulo 848 mortes, 645 no Rio de Janeiro e 299 na Bahia, em 2015.

Investe-se no policiamento nas ruas, com milicianos armados, dispostos a encarar qualquer perigo para garantir a prisão de um "bandido". Todavia, o Estado deixa de se preocupar com o padrão de vida e saúde dos policiais, que se tornam cada vez mais agressivos e instáveis mentalmente. Estas afirmativas são comprovadas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019), o qual divulgou que a taxa de suicídio entre policiais é de 23,9, enquanto no total da população o número é de 5,8 por 100 mil habitantes, ocasião em que elencou os principais fatores para esse resultado: estresse inerente à função policial; falta de suporte de serviço de saúde mental; depressão; conflitos institucionais; conflitos familiares e problemas financeiros; isolamento social, rigidez e introspecção; subnotificação de tentativas de suicídio; e fácil acesso a arma.

Ademais, antes iniciar discussões teóricas do presente trabalho, é necessário elucidar que de acordo com os Relatórios do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), do Ministério da Justiça, referentes ao período compreendido entre dezembro de 2015 e junho de 2016, a quantidade de cidadãos em cárcere chegou a 726 mil, ocasião em que passou a ser a terceira maior do mundo. Com esses números ela ultrapassou a da Rússia, que é de pouco mais de 607 mil e ficou atrás dos Estados Unidos, que tem mais de 02 milhões de presos, e China, com mais de 01 milhão e 600 mil pessoas encarceradas.

Lógico que é importante analisar que se apontam números absolutos, razão pela qual se deve ponderar a quantidade de habitantes que há nestes países. Uma vez que o Brasil é um dos países mais populosos do mundo, não é viável comparar, de forma simplista, estes números com países que possuem pouca população. Ainda assim, pode-se considerar relevante o dado numérico. Em oposição a isso, conforme os estudos realizados, desde 2014 a quantidade de vagas nos presídios nacionais tem diminuído

presente trabalho, a expressão será utilizada em respeito a fonte que a mencionou.

e, consequentemente, faltam vagas em todos os Estados. Seria necessário duplicar o número de vagas, a fim de garantir a manutenção de todos os presos, uma vez que há 19 pessoas presas para cada 10 vagas. Ou seja, o resultado visível é a superlotação, com a taxa de ocupação em 197% (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

O relatório assinala o déficit na quantidade de agentes de custódia para cada preso. Sendo que a Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), indica que correta proporção é de 01 agente para cada 05 pessoas privadas de suas liberdade, "para a garantia da segurança física e patrimonial nas unidades prisionais, a partir de parâmetro oferecido pela Estatística Penal Anual do Conselho da Europa, data-base 2006". Todavia, a média nacional é de 01 agente para cada 08 presos, sendo que há casos ainda mais alarmantes, em Pernambuco há 35 presos para cada agente (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017).

Ante o exposto, conclui-se que os dados são preocupantes, visto que a máquina estatal não está conseguindo controlar a criminalidade brasileira, a polícia tem atuado de forma repressiva e não preventiva, além de que o sistema prisional é deficitário, geralmente não alcança seus fins, além de oneroso[54], o que gera repulsa social quanto a sua manutenção. Nesse cenário a criminologia midiática ganha espaço de atuação e as pessoas inseridas nas cidades possuem cada vez mais medo do outro, buscando, além dos meios de segurança físicos, políticas de criminalidades sempre mais ostensivas e agressivas, com o objetivo de se sentirem mais protegidas pelo Estado.

2. RELAÇÃO ENTRE CULTURA DE MASSAS E CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA

Os dados sobre a criminalidade no Brasil são expressivos, todavia eles não estão sozinhos quando se fala sobre o medo da população em relação à

54 Carmem Lúcia, enquanto presidente do Supremo Tribunal Federal, no 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), em Goiânia/GO citou que "...um preso no Brasil custa R$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada".

criminalidade. Edgar Morin (2018) nos fala sobre a cultura de massa[55], sob seu viés pautado na busca do homem pela violência, transmitida pela televisão, jornais e internet, por meio das atuais redes sociais. Essa transmissão da cultura de massas pode ser fictícia (por meio dos filmes, dos seriados, das novelas, dos livros etc.) ou real, baseada na "exteriorização multiforme, maciça e permanente da violência", com o enfoque em "bofetadas, golpes, tumultos, batalhas, guerras, explosões, incêndios, erupções, incêndios... como se o excesso de violência consumido pelo espírito compensasse uma insuficiência de violência vivida" (MORIN, 2018, p. 108).

Detecta-se o fim comercial da violência, voltado ao consumo. Acontece que, quando se fala em fatos, para o autor, "os grandes criminosos são, portanto, literalmente, os bodes expiatórios da coletividade" (MORIN, 2018, p. 108). Ou seja, a indústria cultural, aproveita-se da dúplice necessidade do homem, pela violência e pela punição do "bandido", e faz da divulgação de crimes e criminosos, por meio da tragédia e do sensacionalismo, um bom motivo reconhecimento público, ou com outras palavras, um bom motivo para auferir ibope e seguidores[56]. Exemplos de programas televisivos pelas emissoras brasileiras com estas características são o Linha Direta, Cidade Alerta, Programa Cadeia, Brasil Urgente, dentre outros.

Quando tratamos da necessidade da mídia de expor casos reais de violência à população, podemos falar sobre a criminologia midiática apontada pelo jurista Zaffaroni (2013), desta forma é possível detectar que sua teoria está inserida dentro do espectro da cultura de massas, salientada por Morin.

O autor elucida que a sociedade, de uma forma generalizada, visualiza a questão criminal construída pelos meios de comunicação: criminologia midiática. Sendo que esta "sempre existiu e sempre apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista (ZAFFARONI, 2013, p. 140), em que, novamente, determinados grupos sociais são bodes expiatórios. Zaffaroni, no tempo em que escreveu, fez uma crítica à televisão, a qual, dentro do contexto

55 Cultura de massa é o produto da chamada Indústria Cultural. Trata-se de todos os tipos de expressões culturais que são produzidos para atingir a maioria da população, com o objetivo essencialmente comercial, conforme Morin (2018).

56 Expressão utilizada em redes sociais, como "Instagram", para se referir ao índice de popularidade de algum perfil, que pode ser de uma pessoa física ou jurídica.

da atualidade, pode ser estendida às redes sociais veiculadas por meio da internet, em razão das modernidades em progresso. O autor elucida que nos meios de comunicação:

> [...] muito se insinua, dando a impressão estudada de que se deixa ver, o que afaga a inteligência do destinatário, que acredita que deduz o conteúdo implícito (Como sou esperto'), quando, na realidade, é vítima de uma traição comunicacional (ZAFFARONI, 2013, p. 130).

É sob este artifício que criam o estereótipo do criminoso em contrapartida ao cidadão do bem. Sendo assim "é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados" (ZAFFARONI, 2013, p. 131). Sendo que, o teórico ainda esclarece que, para construção do artifício, a mídia só divulga determinados tipos de casos, aqueles mais graves e que geram mais comoção social, geralmente praticados pelos adolescentes marginalizados, evidente estereótipo do criminoso. Assim, Zaffaroni (2013, p. 132) aduz:

> Deve ficar muito claro que a criminologia midiática não se lança contra os assassinos, violadores e psicopatas, pois estes sempre foram e continuarão sendo condenados a penas longas em todo o mundo, mas sim contra um *eles poroso de parecidos,* que abrange todo um grupo social jovem e adolescente e, no caso de Nova York, de negros.

Ainda, discorre que "...estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito *etc*.)" (ZAFFARONI, 1991, p. 130).. Ou seja, desta forma, esclarece como se dá o processo de estigmatização, relacionado à criminologia midiática e a cultura de massas com o enfoque na violência.

Sob outro prisma, o Zaffaroni não exclui por completo programações televisivas que façam pensar, mas assinala que estes meios de comunicação responsáveis, geralmente, possuem menos audiência e uma crescente

redução de espaço por interesses empresariais, quais sejam a necessidade apontada por Morin (2018) em relação à transmissão da violência.

Ante o exposto, pode-se se destacar a comercialização da violência, como meio de aumentar os índices de audiência de determinados programas televisivos e sites. Pode-se perceber que a mídia dissimula essas informações, divulgando apenas aquilo que lhe interessa e lhe é mais lucrativo.

Todavia, essas considerações possuem consequências gravosas, as quais se iniciam pela formação de um senso comum, na qual o criminoso estereotipado deve ser punido a qualquer custo, mesmo que isso infrinja legislações. Ademais, geram questionamentos que as legislações vigentes, detentoras do reconhecimento dos direitos humanos, que foram conquistados ao logo de anos, sejam revistas e brutalizadas, remetendo-nos àquela máxima de que "bandido bom é bandido morto".

É neste momento que se percebe uma tendência ao apoio à teoria criminológica do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, fortemente criticada por Zaffaroni. A teoria de Jakobs consiste na finalidade em detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos. Podendo ser considerados como tais os terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, entre outros. Partindo-se do entendimento de que estes indivíduos são perigosos e vivem em guerra com o Estado, não merecem deste as garantias humanas fundamentais, por não respeitarem os direitos individuais (Jakobs, 2007).

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes (2004), Zaffaroni entende que esse tipo de poder punitivo é decorrente de uma população aterrorizada, na qual o medo se torna fundamental para a sua difusão, pois o Direito Penal estaria presente para aniquilar o inimigo, dentro de um discurso propagado pela mídia. A teoria trata-se de um exemplo de Direito penal de autor, que pune o sujeito pelo que ele 'é', em contrapartida ao Direito penal do fato, que o pune pelo que ele 'fez'. Aponta que o Direito Penal do Inimigo está longe de ser um Direito, o qual não afasta a ideia de que as sanções possam ser desproporcionais, em relação aos danos causados por seus agentes. Ainda, na medida em que não se segue o processo democrático, o qual tem como base o devido processo legal, não é congruente com o Estado de Direito.

Ou seja, Zaffaroni entende que se trata de um Direito Penal Punitivista e muitas vezes puramente simbólico, no sentido de que visa apla-

car a ira da população. Por fim, insta salientar que este Direito penal do inimigo, para o autor, é inconstitucional, considerando que só se podem conceber medidas excepcionais em tempos de Estado de Defesa e de Sítio e que a lógica da guerra conduz aos excessos, coloca em risco o Estado Democrático, afastando-se da racionalidade (GOMES, 2004).

Tal corrente, defendida por Jakobs, colide frontalmente com o Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli (2002), o qual se cuida de um modelo normativo de direito, que obedece a estrita legalidade, pautado nas garantias fundamentais do homem, típico do Estado Democrático de Direito, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à função punitiva do Estado.

Nucci ainda esclarece nos seguintes termos:

> Incentivar o garantismo nada mais representa do que apoiar os princípios constitucionais penais e processuais penais da Constituição Federal do Brasil, continuando a lutar contra a criminalidade sob o foco imprescindível de respeito aos direitos humanos fundamentais. [...] Cremos ser adequado sustentar o garantismo, em consonância com o direito penal mínimo, proporcionando um direito penal limitador do poder punitivo do Estado, mas sem utopias e devaneios de abolição das leis penais, como se a sociedade atual estivesse preparada para isso (p. 227 e 228).

Ou seja, pauta-se na ideia de punição que respeita os parâmetros legais previamente estabelecidos, com o fim de não gerar caos no Estado, por exagero em seus poderes. Entretanto, na prática, é possível detectar que os fatos não condizem com esta teoria e estão mais próximos do Direito Penal do Inimigo, punitivista e em constante guerra com os "bandidos", os "cidadãos do mal", fomentados pela criminologia midiática, dentro do cenário da cultura de massas.

3. O POLICIAMENTO E O ENCARCERAMENTO

Indagações podem ser levantadas quando se trata sobre o policiamento nacional e o demasiado encarceramento, conforme dados apontados no primeiro capítulo deste estudo, como políticas públicas de caráter repressivo.

São estimuladas pela criminologia midiática? Solucionaram/solucionarão os problemas da criminalidade? Reduzem os crimes praticados? Provocam a paz social, reduzindo o medo do cidadão? Atingem as finalidades das penas?

Algumas vias, com o fim de combater os causadores do medo nas cidades, quais sejam, os crimes e os criminosos, estão sendo adotadas, em razão da influência da mídia, pautadas na ideia da exterminação dos "bandidos". Consequentemente, destoam das previsões legais e relativizam a violência, no sentido de quem só pode ser cometida contra o cidadão mau (criminoso) e não contra o cidadão do bem (os espectadores das televisões de Zaffaroni (2013)).

O encarceramento é necessário na medida em que, se o Estado não determina uma resposta imediata para o crime, é prova de que é um Estado inseguro. Essa necessidade de resposta imediata, que é veiculada pela mídia, também é defendida por Zaffaroni (2013), trata-se do dever de punir. O autor salienta que urgência de resposta "proclama uma confiança absoluta na função preventiva dissuasória da pena, mas ao mesmo tempo promove a compra de todos os meios físicos de impedimento e defesa" (ZAFFARONI, 2013, p. 134), neste último sentido, remete-se às guerras urbanas, registradas por Bauman (2009), em relação àqueles que merecem ser afastados por serem os criminosos.

Nessa lógica, Zaffaroni (2013) ainda destaca que a mídia critica veementemente aqueles juízes de direito que soltam o criminoso, ainda que ele estejam agindo em conformidade com o previsto em lei, pois "juízes são o obstáculo para uma luta eficaz contra eles [...]. As garantias penais e processuais são para nós" (ZAFFARONI, 2013, p. 140) . Ou seja, a aplicação da lei, diante do senso comum e do clamor público, por parte dos magistrados, deixou de ser o modo correto de fazer a justiça. E esta passou a ser caracterizada pela violência.

Insta salientar que esse ponto de vista estimula as reformas legais absurdas, que desrespeitam direitos fundamentais conquistados durante séculos. Bem como, estimula políticos a usufruírem desse discurso do medo, para ressaltar que estão preservando a segurança social. Neste sentido Zaffaroni, dispõe que:

> Os políticos atemorizados ou oportunistas, que se somam ou se submetem à criminologia midiática, aprovam essas leis disparatadas

> e afirmam que desse modo *enviam mensagens à sociedade,* confundindo a lei penal com *internet*. É tão óbvio que essas leis não têm nenhuma incidência sobre a frequência criminal na sociedade que não estou nada seguro de que entre aqueles que as promovem exista alguém que acredite seriamente nelas.

A criação do bandido malvado, pela criminologia midiática, estigmatiza uma parcela da sociedade, consequentemente, a luta por resultado imediato garante com que esta parcela lote os presídios. Em consequência, Zaffaroni (2013) salienta o descontentamento social, com o custeio dos inúmeros segregados, uma vez que seus gastos são pagos pelos impostos arrecadados por todos os cidadãos[57]. Assim, a população do bem descontente e medrosa reclama, inclusive, pela morte destes vilões reais, já que desta forma resolve-se o problema dos altos custos com o sistema prisional brasileiro. Nada mais, nada menos que resolver violência com violência, já que se entende que a violência contra o "inimigo" é aceita e justa.

Trata-se, novamente, da oposição entre o garantismo penal e o direito penal do inimigo. Observa-se que este defende a flexibilização de atuação do Estado, o que é questionado pelo garantismo, o qual visa a aplicação, dentre outros, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana (NUCCI, 2017). Em razão disso "a criminologia expressa sua necrofilia em seu vocabulário bélico, instigando a aniquilação do eles, o que em determinadas ocasiões é levado à prática sob a forma de fuzilamentos policiais" (ZAFFARONI, 2013, p. 131). Trata-se da higiene social, em que o autor argumenta:

> A criminologia midiática *naturaliza* essas mortes, pois todos os efeitos letais do sistema penal são para ela um produto *natural* (inevitável) da *violência própria deles,* chegando ao encobrimento máximo nos casos de fuzilamentos disfarçados de mortes em *confrontos,* apresentadas como episódios da *guerra contra* o *crime,* em que se mostra o cadáver do fuzilado como indicador de eficácia preventiva, como o soldado inimigo morto na guerra (p. 132).

57 De acordo com o site Gazeta do Povo (2018), o Ministério da Segurança Pública estima que, no sistema penitenciário federal, cada preso custe cerca de R$ 4,8 mil, enquanto nos presídios estaduais, o custo é de R$ 1,8 mil.

Ou seja, detecta-se que a criminologia midiática não somente estigmatiza parte da sociedade como criminoso, como fortalece a ideia de que a segurança só será alcançada com o policiamento, bem como de que este criminoso deve ficar preso. Todavia, muitos presos custam caro ao cidadão do bem, consequentemente, suas mortes não seriam um problema e sim uma solução, sendo que quando morrem são os "inimigos abatidos" (ZAFFARONI, 2013, p. 140). É a violência velada, para colocar fim naquele tanto de violência que enxergamos nos jornais, trata-se da relativização da violência.

Nessa perspectiva, Dieter (2012, p. 10) expõe que "o campo político-criminal permaneceu em relativamente estável zona cinzenta, refém do senso comum teórico, de máximas próprias do conhecimento vulgar e da exploração rasteira e oportunista da classe política". Entendendo que uma das tendências da *Política Criminal* contemporânea é o chamado gerencialismo. Esclarece que esse fenômeno é um esvaziamento da complexidade das teorias criminológicas na medida em que " ao abrir mão da inglória missão de encontrar as *raízes do crime*, concentra-se exclusivamente na *gestão* de uma realidade que, *normalizada*, não pode ser resolvida, mas apenas controlada" (p. 188), por meio de uma "simplificação dos procedimentos e maximização dos recursos institucionais existentes" (p. 188).

Com uma política pública de policiais nas ruas, garante-se a prisão de mais agentes delinquentes, os quais são colocados nos presídios, onde cumprem penas ou prisão provisória. Todavia, após determinado tempo são soltos e, muitas vezes voltam a cometer delitos[58]. Repete-se o ciclo, inúmeras vezes. É possível indagar, dentro deste contexto de encarceramento e policiamento ostensivo, o alcance das finalidades da pena, aplicadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e previstas no artigo 59, Código Penal.

Alexandre de Moraes (2006) esclarece que a Teoria Mista ou Eclética, ora adotada, pretendeu superar as antinomias entre a teoria absoluta

58 Em 2015, o IPEA divulgou um relatório o qual dispõe que ainda são escassos os dados sobre os números relativos a reincidência criminal, o que colabora para que, na ausência de dados precisos, propaguem a informação imprecisa de que a taxa é de 70%, como afirmado pelo presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso. Todavia, não se pode deixar de ponderar, apesar da formação não ser exata, pode-se concluir que é relevante para se ter uma ideia quanto a reiteração delitiva.

(aquela com caráter exclusivamente retributivo, ou seja, que visa retribuir ao agente delitivo o mal gerado para a sociedade o penalizando) e a teoria relativa (que possui como característica principal a prevenção dos delitos) e combiná-las, para então atingir seus fins. Quais sejam, o de retribuir o mal do crime e o da prevenção de prática de novos crimes, por meio da educação ou reeducação do delinquente. Para alcançar estes fins, foi possível detectar institutos penais como a progressão do regime, o trabalho e o estudo do preso, as substitutivas penas restritivas de direito, bem como a suspensão condicional do processo e da pena, dentre outros.

Ainda, Nucci (2017, p. 718), apresenta seis fundamentos da pena, que se comunicam com suas finalidades, quais sejam:

> a) denúncia: fazendo com que a sociedade desaprove a prática do crime; b) dissuasão: desaconselhando as pessoas de modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva; c) incapacitação: protegendo a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação; d) reabilitação: reeducando o ofensor da lei penal; e) reparação: trazendo alguma recompensa à vítima; f) retribuição: dando ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido.

Observa-se que, as finalidades de prevenção e ressocialização têm sido negligenciadas pelos agentes estatais, que focam energias na finalidade retributiva repressiva. Por meio de um levantamento do **G1 (2019)** dentro do Monitor da Violência, com o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da USP e com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, constatou-se que atualmente menos de um em cada cinco presos (18,9%) está trabalhando, além de que o percentual de presos que estudam é de 12,6%, em razão de falta de estrutura estatal, o que demonstra um problema de ressocialização do preso.

Já é possível observar que a ausência de trabalho ou estudo, ajuda a impedir que este detento se ressocialize, o que também influencia na reiteração de práticas delitivas. Nessa lógica, um novo problema é demonstrado, o da ineficácia na prevenção dos crimes. Conclui-se que, da forma como está, com superlotação dos presídios, falta de estudos, falta de oportunidades de trabalho, dentre outras deficiências, as políticas públicas não serão capazes de inibir a criminalidade. Pois, uma vez solto, o delinquente, poderá reiterar na prática de infrações penais.

Ocorre que as ações policiais e o encarceramento em massa adotados no Brasil, inspirados na ideia do direito penal do inimigo, garantem arbitrariedades ao Estado, como denuncia o garantismo penal, e colidem com as finalidades da pena adotadas pelo nosso Direito positivado. Desta forma, vê-se que o excesso de violência estatal não tem atingido os três fins da pena (retributivo, preventivo, ressocializador). Principalmente, no tocante a ressocialização, em que é possível ponderar que "devemos entender que, mais que um simples problema de Direito Penal, a ressocialização, antes de tudo, é um problema político-social do Estado. Enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel" (GRECO, 2017, p. 624).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou mostrar que a sociedade brasileira vive em constante medo do crime e do criminoso e que este medo é estimulado pelas diversas formas de manifestação da mídia. Por esse ângulo, a criminologia midiática estimula o senso comum social, já que poucos questionam aquilo que é transmitido como certo e verdadeiro.

Assim, em uma visão dicotômica, o "cidadão do bem" passa a entender que a solução para o criminoso estereotipado - geralmente o adolescente, negro e pobre - deve ser imediata, pautada em um forte poder punitivo do Estado, que se manifesta pela atuação ostensiva e ofensiva dos policiais e de uma política de encarceramento rigorosa. Ou seja, que o crime só será combatido se houver a repressão.

Entretanto, é possível detectar que as soluções buscadas, o repressivo policiamento e encarceramento em massa, por meio do gerencialismo, não tem alcançado as finalidades das penas, tampouco sido capazes de reduzir a criminalidade e o medo social.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização**. Junho de 2016. Brasília - DF 2017.

DIETER, Maurício Stegemann**. Política Criminal Atuarial**: A Criminologia do fim da história. – Tese de doutorado, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf.> Acesso em: 12 set. 2020.

GAZETA DO POVO. **Prender mais e manter preso: o custo da proposta de Bolsonaro para a segurança**, 2018. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/prender-mais-e-manter-preso-o-custo-da-proposta-de-bolsonaro-para-a-seguranca-e489eq94tc3iujetcxdd8z937/> Acesso em: 20 set. 2020.

G1. **Monitor da Violência**. Disponível em: < https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml.> Acesso em: 20 set. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. FBSP. **Atlas da Violência**. 2017. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/170609_atlas_da_violencia_2017.pdf.> Acesso em: 12 set. 2020.

___. Reincidência Criminal no Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 12 set. 2020.

JAKOBS, Günther, MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo:** noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MORIN, Edgar. **Revólver**. In: Cultura de Massas no Século XX: O Espírito do Tempo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **World Health Statistics**. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255336/9789241565486-eng.pdf?sequence=> . Acesso em: 20 set. 2020.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

MÃE E CONDENADA: REFLEXÕES SOBRE A GESTAÇÃO E O PUERPÉRIO NO SISTEMA PRISIONAL FEMININO BRASILEIRO

Amanda Moreira Mota da Silva[59]

INTRODUÇÃO

A situação carcerária brasileira é marcada por intensa precariedade e violação sistemática dos Direitos Humanos. A infraestrutura insalubre e a superlotação dos presídios potencializam a ocorrência de violência física, psíquica, moral e sexual, além da proliferação de doenças. Assim, a punição estatal imposta pelo cumprimento de pena torna-se castigo, uma vez que direitos básicos são negligenciados pelo Estado. Em decorrência deste cenário de consecutivas inconstitucionalidades e violações à dignidade da pessoa humana, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347/ DF, acabou por reconhecer o Estado de Coisa Inconstitucional em relação sistema prisional brasileiro.

Especialmente no que toca às mulheres e mães, a realidade se torna ainda mais degradante. Os presídios foram projetados para receber o público masculino, de modo que a arquitetura das penitenciárias femininas não se adequa às peculiaridades das mulheres e a maternidade no cárcere se torna completamente desumana, tanto para a mãe quanto para seu filho ou filha. Nota-se que a desigualdade de gênero se reflete no sistema pri-

59 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

sional de maneira cruel, tratando as mulheres como homens ou ignorando suas necessidades como sujeito de direito.

Nesse sentido, a presente pesquisa expõe, num primeiro momento, o panorama das mulheres encarceradas através da exposição de argumentos e dados coletados pelo Depen. Em seguida, busca-se analisar as condições para a gestação, o parto e o puerpério dentro do presídio e a (im)possibilidade da prisão domiciliar durante o cumprimento de pena, perpassando pela legislação penal pátria e entendimento das cortes superiores. Por último, discorre-se sobre o fim do período de amamentação e a consequente partida dos bebês, muitas vezes sem destino. Quanto à metodologia, informa-se que texto segue com a revisão bibliográfica.

1. MULHERES ENCARCERADAS

O surgimento dos presídios femininos no Brasil não tangenciou a desigualdade de gênero, tampouco se atentou para as diversas formas de violência dirigidas às mulheres. Pelo contrário, o que ocorreu, como explica Angotti (2018), foi o encarceramento feminino em estabelecimentos ocupados majoritariamente por prisioneiros homens, sendo que, frequentemente, não havia a separação de celas em detrimento do sexo. Assim, abusos sexuais, violências físicas, psicológicas e doenças, marcavam o cotidiano das mulheres presas e contribuíam para a precariedade do sistema prisional.

Apenas com o Código Penal de 1940[60] passou-se a prever o cumprimento de pena em estabelecimentos específicos para mulheres ou, quando não fosse possível, que houvesse alas separadas para mulheres dentro dos presídios. No entanto, de uma forma ou de outra, a estrutura e os espaços eram projetados para o encarceramento masculino, de modo que as particularidades femininas não eram minimamente atendidas. O que se nota é que a desigualdade de gênero existente fora das prisões se projetava, também, atrás das grades.

De acordo com dados do Infopen (2017), 74,85% dos estabelecimentos prisionais no Brasil foram construídos para presos do sexo masculino e apenas 6,97% exclusivamente para mulheres. Desse modo, as peculiari-

60 O §2º do artigo 29 do Código Penal previa que as mulheres cumpririam pena em estabelecimento especial e em sua falta, em seção adequada de penitenciária ou prisão comum.

dades naturais do sexo feminino – como a maternidade e a gestação – se transformam em dificuldade quando vivenciadas dentro do cárcere, uma vez que o ambiente não é preparado para receber mulheres e, muito menos, seus filhos ou filhas.

Tal situação passou a ser pauta nacional na medida em que organismos internacionais ligados aos Direitos Humanos se debruçavam sobre questões de gênero e reclamavam por ações eficazes de não discriminação voltadas aos espaços prisionais, de forma a considerar "as necessidades específicas das mulheres, reconhecendo que é necessário um tratamento igual, mas diferenciado" (CERNEKA, 2012, p.18).

O marco normativo internacional sobre a temática se deu em 2010 com a criação, pela Assembleia Geral da ONU, das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, alcunhado de Regras de Bangkok. Tal documento trata de questões problemáticas envolvendo a situação de prisões femininas e dispõe de direitos humanos básicos a serem garantidos a qualquer detenta – como instalações adequadas para receber mães e gestantes e o amparo às necessidades de higiene pessoal (CNJ, 2016).

No entanto, mesmo tendo o Brasil participado ativamente da elaboração das regras de Bangok e assumido o compromisso internacional de cumpri-las, não houve sua incorporação em políticas públicas consistentes até o momento, conforme explica o Ministro Ricardo Lewandowski (CNJ, 2016). Os presídios femininos padecem de superlotação, problemas organizacionais e falta de estrutura para atenderem as mulheres durante o pré-natal, o período pós-parto e a chegada dos recém-nascidos[61], faltando com dignidade tanto para as mães quanto para as crianças.

1.1 DADOS SOBRE O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

Negras, de baixa renda, jovens e, geralmente, suspeitas de cometerem crime relacionados ao tráfico de drogas, o perfil das detentas brasileiras reflete os mecanismos de opressão e contribui para a manutenção da desigualdade social. Segundo dados do Infopen Mulheres (2017), 25,22%

61 Tais dados, ainda que de conhecimento comum, foram retirados a partir da leitura do livro "Presos que menstruam", escrito por Nana de Queiroz.

das presidiárias possuem entre 18 e 24 anos e 22,11% entre 25 e 29 anos, sendo que 63,55% se declaram negras (pretas ou pardas), já quanto à escolaridade, 44,42% das mulheres não terminaram o Ensino Fundamental.

Com relação ao total da população prisional, dados coletados pelo Infopen no período de janeiro a junho de 2020 indicam que trinta e sete mil e seiscentas mulheres estão presas no Brasil. No entanto, a mesma pesquisa revelou que não ultrapassa a quantia de trinta e dois mil o total de vagas existentes para pessoas do sexo feminino, o que demonstra latente superlotação carcerária. Tal problemática tende a piorar, uma vez que o aumento do número de presas foi de aproximadamente 675% nos últimos vinte anos (INFOPEN, 2019).

Nesse cenário, é relevante notar que o crime de tráfico de drogas é responsável por levar 57,76% dessas mulheres ao cárcere. De acordo com Carvalho (2014), o envolvimento feminino com o tráfico é decorrente da influência – forçada ou não – de seus companheiros amorosos que as transformam em "mulas" para fazerem o transporte da droga ao presídio ou por desempenharem funções de menor importância, como empacotar o entorpecente. Outro motivo, segundo Cortina (2015), é o fato de que o tráfico, muitas vezes, se apresenta como a alternativa mais viável para que as mulheres consigam sustentar seus filhos e seu lar.

De acordo com dados, 58,4% das detentas são solteiras (INFOPEN MULHERES, 2017), sendo que 74% das mulheres presas são mães (INFOPEN, 2019). Esses números demonstram que não são raros os casos de monoparentalidade, em que a mãe se torna a única provedora da casa e, ainda, responsável pelos cuidados domésticos e dos filhos. Aliado a isso, a baixa renda e ausência de escolaridade são fatores que levam as mulheres ao envolvimento com tráfico de drogas, uma vez que possibilita ascensão social e a complementação dos ganhos.

Assim, como assinala Nana Queiroz (2015), embora os crimes cometidos por mulheres sejam menos violentos, é mais violenta a realidade que a leva até eles. Nesse sentido, acrescenta Diniz (2015 *apud* Germano, 2018), o presídio se transforma numa máquina de abandono para o qual os sentidos de violências são múltiplos. A opressão é percebida desde a arquitetura das penitenciárias, projetadas para receber homens e, por isso, sem espaço adequado para receber gestantes, lactantes ou berçários para as crianças. O problema se estende na falta de apoio pré-natal e durante o

puerpério, criando um cenário de extrema vulnerabilidade física, psíquica e emocional.

Ainda que dados confirmem que 85,8% das unidades prisionais femininas não possuam ambiente reservado para gestantes ou lactantes e 96,8% não contem com berçário ou centro de referência materno-infantil (INFOPEN, 2019), a maternidade é um fato dentro dos presídios. Estima-se que aproximadamente 1.850 crianças vivam dentro do estabelecimento prisional junto com as mães e que mais de 400 presas sejam gestantes[62]. A falta de recursos e de dignidade vivida pelas mulheres do lado externo são repetidas dentro das prisões e estendidas aos seus filhos – que já nascem condenados.

2. GESTAÇÃO, PARTO E PUERPÉRIO DENTRO DO PRESÍDIO

A análise do aporte legislativo aponta para a articulação de políticas públicas, leis e atos normativos voltados a regulamentar questões específicas quanto à assistência médica e social das mulheres presas. No plano internacional, as Regras de Bangkok garantem às mulheres grávidas ou lactantes a supervisão médica e nutricional por profissional de saúde qualificado, devendo ser fornecida alimentação gratuita e adequada para gestantes, bebês, crianças e lactantes (Regra nº 48), além de assegurar serviços de cuidados com a saúde voltados especificamente para mulheres (Regra nº 10).

Já no âmbito nacional, a Lei de Execução Penal assegura acompanhamento médico à mulher durante o pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (art. 14, §3º, LEP), inclusive sendo garantido o atendimento pré e perinatal à gestante através do Sistema Único de Saúde (art. 8º, ECA). Tais dispositivos, inclusive, tratam de garantias fundamentais constitucionalmente tuteladas, sendo a Constituição Federal expressa quanto aos direitos das presidiárias em permanecer com seus filhos durante o período de amamentação em ambiente adequado (art. 5º, L, CF).

No entanto, o que ocorre na prática destoa imensamente do que se promete a letra da lei. A autora Queiroz (2015), relata:

62 Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros Acesso em: 22 jun. 2021.

> [...] uma das alas maternas exclusivas estava lotada ao ponto de mães e bebês terem que se acomodar no chão. O berçário tinha 110 mulheres num espaço de quarenta e poucas. Tinha mãe que havia acabado de chegar do hospital, assim, pariu hoje de manhã, já recebeu alta no mesmo dia, e estava ali, dormindo no chão. E o bebê no chão junto com ela, claro. (QUEIROZ, 2015, p.42).

Na mesma linha, Natália Corazza Padovanni, em entrevista para a revista "Dar à luz na sombra" (2015), afirma que os estabelecimentos prisionais nunca tiveram um aparato adequado para receber mulheres grávidas ou com bebês e ressalta que não há uma política clara sobre espaços maternos-infantis, de forma que a cada momento as mulheres grávidas são colocadas em um lugar diferente. Na mesma oportunidade, Kerarik Boujikian Felippe (2015) concluem que, dentro dos presídios, o rol de garantias é o rol de violações.

Essa distância entre o *ser* e o *dever ser* do sistema penal é responsável por causar danos permanentes para as mães e seus filhos. A gravidez é um momento de transformações no psiquismo da mulher (SILVA, 2016) e a "prisão é fator emocional de constante estresse na vida de qualquer detenta" (VIAFORE, 2005). Assim, a gestação dentro do cárcere sem uma rede de apoio familiar, social, assistência médica ou, sequer, estrutura adequada, acarreta reflexos negativos tanto na vida da mãe quanto da criança.

A problemática se inicia com a gestação e se estende para toda a vida do recém-nascido. De acordo com o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC, 2016), muitas gestantes permanecem em celas normais até um período avançado da gravidez, em razão da falta de vagas em estabelecimentos apropriados. Ao chegar o momento do parto, muitas mulheres são colocadas para dar à luz algemadas (CERNEKA, 2012), ainda que o artigo 3º do Decreto nº 8.858/2016 vede expressamente a utilização de algemas durante o trabalho de parto, no trajeto para o hospital e após o parto.

Sob o olhar do feto, o vínculo com a mãe é fundamental, pois é na gestação que se inicia o processo da constituição subjetiva através da garantia de uma segurança básica (MARIN, 2014). Noutras palavras, o primeiro ambiente ocupado pelo feto é o útero materno e seu desenvolvimento será consequência do ambiente externo vivenciado pela mãe. A mulher ges-

tante que se encontra privada de liberdade – em ambiente insalubre, sem alimentação adequada, sem acompanhamento médico e impossibilitada de prover um futuro diferente para seu filho – precisa lidar ainda com uma série de conflitos internos que, tantas vezes, se desdobram em depressão, crises de pânico e obesidade (VARELA, 2017).

Além disso, o Departamento Penitenciário Nacional proíbe a realização de partos nas dependências dos presídios e a Lei 11.108/05 garante à mulher presa o direito a acompanhante durante o trabalho de parto. No entanto, ao recorrer à realidade, nota-se que a legislação não é efetiva, já que, como visto alhures, apenas 3,2% das penitenciárias possuem berçário ou centro materno-infantil e menos de 15% das unidades prisionais reservam ambiente adequado para gestante e lactante (INFOPEN, 2019).

Conforme expõe Queiroz (2015):

> A maioria das detentas grávidas já chega grávida na cadeia. Algumas, já no fim da gestação, nunca passaram por um obstetra pois eram pobres e desinformadas demais. [...] Já nasceu muita criança dentro do presídio porque a viatura não chegou a tempo, ou porque a polícia se recusou a levar a gestante ao hospital (QUEIROZ, 2015, p. 43).

A situação narrada acima manifesta quão frágeis são as políticas criminais no Brasil, que se valem de discursos legais, mas sem qualquer conhecimento da realidade empírica. Atrás das grades, os olhos da sociedade se fecham e, ainda pior, os do Estado também. As parcas garantias normativas e constitucionais não conseguem se efetivar sem o comprometimento e integração de uma série de setores dedicados especificamente à situação da mulher presa – especialmente no contexto da maternidade.

Após o nascimento, o retrato do encarceramento das mulheres ganha um outro objeto de cuidado: o recém-nascido. De acordo com a cartilha "Mães em Cárcere", da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2017), para o registro da criança, busca-se encontrar o pai e, não havendo, a mãe poderá registrar a criança sozinha. Além do mais, não deve constar no registro de nascimento caso o parto ocorra dentro do presídio. Na hipótese de a criança recém-nascida permanecer no hospital, deve ser garantida a visita diária da mãe para amamentar o bebê e, havendo necessi-

dade de internação, a Resolução nº04/2009 do CNPCP garante o direito de a criança ser acompanhada pela mãe.

A permanência dos bebês em estabelecimentos prisionais se diverge em dois pontos de vista. Primeiro, com relação ao vínculo estabelecido desde a gestação, o que faz com que a mãe seja o elo entre o mundo externo e o bebê e, consequentemente, a base para futuras relações sociais da criança (WINNICOTT, 2001). No primeiro estágio de vida do filho, a mãe é uma figura significativa capaz de oferecer cuidados satisfatórios e se torna sensível para adaptar-se às necessidades do bebê e protegê-lo (ROCHA, 2006). Assim, através da mãe, o bebê vai adquirindo previsibilidade e, aos poucos, formando sua própria personalidade.

Por outro lado, a dinâmica prisional marcada pela superlotação, estrutura física precária, ausência de suprimentos de higiene, condições de insalubridade e ambientes não adaptados para incentivar os estímulos dos bebês, prejudica profundamente o desenvolvimento da criança, além de interferir na saúde psíquica da mãe – já vulnerável em razão do puerpério. Mesmo que a mãe se dedique exclusivamente ao recém-nascido, o espaço do cárcere inviabiliza seu desenvolvimento de maneira satisfatória e ocasiona prejuízos na formação emocional, educacional e cognitiva da criança (SANTA RITA, 2006).

Como explica Castro e Rocha Júnior (2019), esse paradoxo vivenciado pelas mães, as coloca em um conflito de sentimentos. Se por um lado, ficar com o filho na prisão o expõe a condições deletérias e limitantes ao seu desenvolvimento, por outro, entregar o filho ao cuidado de outra pessoa gera sofrimento e enfraquece a participação da mãe na vida da criança. De uma forma ou de outra, as alternativas são cruéis e acabam por estender a pena das mães aos filhos. O ideal, sob uma perspectiva de direitos humanos mínimos, seria a convivência da mãe com o filho num local apropriado aos cuidados de ambos.

Nesse sentido, Heidi Cerneka é enfática ao ser entrevistada para a revista "Dar à luz na sombra" (2015): "a gente fica nessa coisa hoje em dia de pensar em unidades adequadas. Eu não quero lutar por unidades adequadas, quero lutar para que as mulheres possam ir para casa". Em concordância com a ativista e analisando o real cenário do cárcere brasileiro, a permanência das mães com os filhos e filhas seria menos penoso se

o poder familiar pudesse ser exercido no ambiente doméstico, sem celas e com dignidade.

2.1 A (IM)POSSIBILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA

A substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para gestantes é hipótese prevista no inciso VI, do artigo 318 do CPP. Contudo, tal previsão alcançava apenas mulheres a partir do sétimo mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Com a entrada em vigor da Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), tais requisitos não eram mais necessários, bastando que a detenta fosse gestante, além de ampliar o direito para mulher com filho de até doze anos de idade incompletos.

A jurisprudência, porém, se posicionava no sentido de que fosse comprovada a necessidade para substituição da prisão preventiva, não bastando a condição de gestante. Nesse sentido, muitas decisões negavam a prisão domiciliar sob o argumento de manutenção da ordem pública e somente se ficasse comprovado que o estabelecimento penal não atendia às peculiaridades da custodiada grávida. Assim, a análise da lei era feita com base no caso concreto, de modo que os requisitos legais não eram suficientes para a concessão do direito, ou seja, o princípio da legalidade – tão caro ao Direito Penal – era mitigado com base na condição da gestante e do presídio.

A análise dos casos foi mudando gradativamente na medida em que as decisões proferidas pelos tribunais pátrios superiores determinavam a substituição preventiva para domiciliar em casos específicos, gerando precedentes unânimes. Em 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu *Habeas Corpus* coletivo (HC nº143.641/SP) a mulheres grávidas e mães de crianças com até 12 anos que estivessem em prisão provisória, as quais poderiam ficar em liberdade até o julgamento de seu processo. A substituição alcançava mulheres gestantes, puérperas e genitoras de criança ou deficiente sob sua guarda.

Importante ressaltar que o benefício trazido pelo julgado se refere exclusivamente aos casos de mulheres em prisão preventiva, não se aplicando às presas com sentença condenatória transitada em julgado. Ademais, no voto do Relator outras ressalvas são feitas ao estabelecer que a substituição não deveria incidir em crimes cometidos mediante violência ou grave

ameaça e em crimes praticados contra descendente; além de salientar que o Juízo deveria observar às circunstâncias do caso concreto quando a presa for reincidente.

A decisão esposada pelo STF no citado *Habeas Corpus* foi positivada no mesmo ano por meio da Lei nº 13.769/18, que introduziu os artigos 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal. Tais dispositivos implicam em um poder-dever ao Juiz de substituir a prisão preventiva por domiciliar às gestantes, puérperas e mães com filhos de até doze anos de idade, desde que a presa não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça e que o crime não tenha sido contra seu filho ou dependente. Em verdade, a aplicação do benefício ainda depende de comprovação da sua pertinência ao caso concreto, não podendo generalizar que essas medidas serão concedidas automaticamente.

Com relação às mães condenadas, os requisitos são ainda mais rígidos. O artigo 117 da Lei de Execução Penal dispõe que o recolhimento em residência particular somente será admitido à condenada gestante ou com filho menor ou deficiente se ela estiver cumprindo pena no regime aberto. Apenas em caráter excepcional, a jurisprudência vem admitindo que tal benefício se estenda às mulheres em regime fechado ou semiaberto, sendo fundamental que se demonstre a imprescindibilidade da substituição:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. EXECUÇÃOPENAL. CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INICIAL FECHADO.PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. GRAVE ESTADO DESAÚDE DO APENADO. **NÃO COMPROVAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE.**INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. (STF, HC 112412, Relator(a): Min.MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249DIVULG 10-12-2015 PUBLIC 11-12-2015) [gn]

Nesse ponto, o que se observa é que as hipóteses de concessão da substituição são ainda muito restritas e excluem muitas mães, especialmente as que já foram condenadas. Há ainda o pensamento comum de

que as pessoas presas devem lidar com o sofrimento e, em decorrência disso, dificilmente são vistas como sujeitos de direito. Ocorre que não apenas as mulheres são punidas, mas também as crianças, que são submetidas ao cárcere logo ao nascerem e tem a cadeia como seu primeiro lar.

Embora a lei faça distinção entre as mulheres presas preventivamente e as já condenadas, o benefício da substituição da prisão preventiva pela domiciliar deveria ser estendido a todas as mulheres que têm que encarar a maternidade encarceradas. As prisões não foram projetadas para o sexo feminino, tampouco se trata de ambiente adequado para o desenvolvimento infantil. Pelo contrário, é um espaço violento e precário, destinado a punição e desprovido de qualquer possibilidade do exercício da maternidade. Por isso, a presente pesquisa se posiciona favorável a mudanças legislativas e judiciárias, a fim de incluir mães condenadas nas hipóteses de cumprimento de pena em regime domiciliar.

3. O PÓS-PARTO E A PARTIDA: A SITUAÇÃO DAS MÃES E DAS CRIANÇAS APÓS O PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO

A amamentação é importante não apenas pelo caráter fisiológico, no qual o bebê é saciado por nutrientes fundamentais para a saúde de seu corpo, como também pelo viés psicológico, pois se trata de uma nutrição afetiva capaz de estreitar o vínculo mãe-bebê e contribui para o desenvolvimento saudável da criança (ROCHA, 2006). Seguindo orientações da Organização Mundial de Saúde, o aparato legislativo dispõe que a amamentação das mães encarceradas dure o prazo mínimo de seis meses, sendo tal garantia prevista no art. 5º, L, da Constituição Federal.

Contudo, mesmo assegurando a permanência da criança com a mãe na prisão pelo prazo legal, o que se observa é a carência de políticas criminais voltadas para o ambiente do desenvolvimento infantil. Na prática, Queiroz (2015) relata que inúmeras mulheres convivem com os bebês dentro das celas, uma vez que não há estrutura adequada para a amamentação ou espaço reservado para o recém-nascido. Essa situação é considerada fator de risco, pois expõe a mãe e a criança à vulnerabilidade física, moral e emocional, afetando sobremaneira o vínculo familiar.

Como se observa, a preocupação das políticas públicas é apenas com a questão da sobrevivência física da criança, ou seja, possibilitar que a mãe amamente o filho nos primeiros seis meses de vida. Por essa razão, o desenvolvimento afetivo e emocional individual da criança fica comprometido, já que não basta o contato com a mãe, mas todo o ambiente com o qual está vinculado. Desse modo, inúmeras pesquisas consideram que a reclusão pode influenciar de modo negativo o comportamento parental e a evolução do bebê (LOPES, 2004).

Outro ponto é a abrupta ruptura do contato mãe-bebê após a criança completar seis meses. Não ocorre um planejamento para que a quebra do contato seja feita de forma gradual, ao contrário, a criança é retirada da mãe sem que haja um período de transição ou adaptação. Como explica Gominho (2016), passado o prazo mínimo de convivência, o juiz determinará que a mãe entregue a criança ao guardião, materializado pelo Termo de Entrega e Responsabilidade, momento em que o poder familiar exercido pela mãe fica suspenso até final do cumprimento de pena.

O afastamento forçado gera consequências na mãe e no bebê. De acordo com Winnicott (2001), é comum as crianças demonstrarem ansiedade e pode comprometer a saúde mental e o desenvolvimento da personalidade do infante. Para a mãe, o momento é marcado por receio e angústia já que, além de perder o contato com o filho, muitas vezes não há uma rede de apoio do lado externo, de modo que a mãe fica sem informações de quem será responsável pelos cuidados com a criança. Assim, a culpa, a raiva, o medo e a sensação de abandono são alguns dos sentimentos presentes na densa carga afetiva que separa a mãe do filho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto ao longo da pesquisa, foi possível analisar alguns dos aspectos da maternidade do cárcere. A partir de uma questão de gênero, o que se observa é opressão das mulheres dentro do ambiente prisional, as quais são colocadas em ambientes arquitetados para homens e não têm suas necessidades específicas atendidas. Quanto ao perfil, percebe-se que em grande maioria as detentas são negras, de baixa renda, sem escolaridade e acusadas pelo cometimento de crimes sem violência, como o tráfico

de drogas. Desse modo, a dura realidade que leva as mulheres ao cárcere continua se projetando na violência vivenciada por essas mulheres atrás das grades.

Constatou-se que o cumprimento de pena se transforma em verdadeiro castigo, especialmente quando essas mulheres são gestantes e mães. Dentro do ambiente carcerário, são escassas as condições para o desenvolvimento da criança e quase que inexistente o amparo durante o pré-natal e o período pós-parto. A superlotação e a ausência de estrutura adequada para receber a mulher-mãe e seu filho ou filha viola direitos básicos assegurados pelo aparato legislativo nacional e internacional, demonstrando que o sistema penitenciário vive num Estado de Coisa Inconstitucional.

Com efeito, a violência enfrentada dentro dos presídios cria um ambiente de rasa possibilidade de reinserção social, ocasionando um ciclo fechado no qual a mulher volta ao cometimento de crime e a criança, sem amparo, acaba institucionalizando a cadeia como parte de si. Por esse motivo, defendeu-se que o direito ao cumprimento de pena em prisão domiciliar deveria ser estendido às presas condenadas. A maternidade é um momento de grandes desafios e transformações, devendo ser vivenciado em um espaço apto à criação de vínculos afetivos.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna. **Entre as leis da ciência, do estado e de deus:** o surgimento dos presídios femininos no Brasil. San Miguel de Tucumán: Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018.

BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm > Acesso em: maio 2021.

_____. Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: maio 2021.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Mulheres Presas**: dados gerais. Projeto Mulheres/DEPEN. Brasília: 2017.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. SISDEPEN. 2019.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Resolução nº 04/2009. CNPCP. **Diário Oficial da União**, 16 jul. 2009. Disponível em <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2009/resolucaono04de15dejulhode2009.pdf >. Acesso em: maio 2021.

_____. Ministério da Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Dar à na luz na sombra**: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Pensando o Direito. Brasília: 2015.

CARVALHO, Daniela Tiffany Prado de. **Nas entre-falhas da linha-vida**: experiências de gênero, opressões e liberdade em uma prisão feminina. 2014. Tese de Mestrado –Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/pospsicologia/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=1763. Acesso em: jun. 2021.

CASTRO, Jéssica Caroline Barbosa de; ROCHA JÚNIOR, Armando. **Mães presidiárias**: os impactos do cárcere na constituição do vínculo materno-infantil. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM PRISÃO, Taubaté, 2019.

CERNEKA. H. A. Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer! **Boletim IBCCRIM**, São Paulo; ano 20. n 232, mar., 2012. Disponível em: htt ps://edisciplinas.usp.br/pluginfi le.php/2133478/mod_resource/content/1/Boleti m232_heidi.pdf. Acesso em: jun. 2021.

CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, setembro-dezembro/2015. Disponível em:

https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/41765/30378. Acesso em: jun. 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Mães em cárcere.** 1ª ed. Mar. 2017. Disponível em:<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Maes_em_carcere _v2.pdf> Acesso em: maio 2021.

DINIZ, D. ***Cadeia: relatos sobre mulheres***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

GERMANO, Idilva Maria Pires; MONTEIRO, Rebeca Áurea Ferreira Gomes; LIBERATO, Mariana Tavares Cavalcanti. Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino. ***Psicologia: Ciência e Profissão***, v. 38, p. 27-43, 2018.

GOMINHO, D. L. B. Amamentação no cárcere: vínculos e rupturas. **Revista Pensamento Penal**. [S.I.], nov./ 2016. Disponível em: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44476-amamantamiento-carcel-vinculos-y-rupturas-portugues>. Acesso em: jun. 2021.

ITTC Explica: e se uma mulher for presa grávida? Disponível em:< http://ittc.org.br/ittc-explica-mulher-presa-gravida/> Acesso em: jun. 2021.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história**: o amor materno atrás das grades. 245f. (Tese de Doutorado em Psicologia Social e do Trabalho). São Paulo, Universidade de São Paulo, 2004. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-30012008-141820/pt-br.php>. Acesso em: jun. 2021.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** Editora Record, 2015.

Regras de Bangkok, **Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras**, Conselho Nacional de Justiça 2016. Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbc397c32eecdc40afbb74.pdf > Acesso em: jun. 2021.

ROCHA, Marlene Pereira da. **Elementos da teoria winnicottiana na constituição da maternidade**. 138f. (Dissertação de Mestrado em Psicologia Clínica). São Paulo, Pontífica Universidade Católica de São Paulo, 2006.

SANTA RITA; Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades:** em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. [Dissertação de Mestrado]. Brasília: Universidade de Brasília; 2006.

SILVA, Natache Nathyele Campos. **Maternidade e legislação no sistema penitenciário brasileiro**. 2016. 55 f. TCC (Graduação) -Curso de Psicologia, Escola de Saúde, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/123456789/9574/1/NatacheNathyeleCamposSilvaTCCGraduação2016.pdf>. Acesso em: jun. 2021.

VARELA, Drauzio. **Prisioneiras.** São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIAFORE, Daniele. **A Gravidez no Cárcere Brasileiro: Uma Análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. Publicado na Revista de Direito da PUCRS. Direito & Justiça, ano XXVII, v. 31, n.2, p. 91-108, 2005. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571. Acesso em: jun. 2021.

WINNICOTT, D. W. **Família e o desenvolvimento individual**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DISTOPIA PRISIONAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOBRE A (IN) EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUA RELAÇÃO COM O AUMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO

Warley Freitas de Lima[63]
Nathália Martins Marquini de Almeida[64]

INTRODUÇÃO

Inicia-se este artigo rememorando a célebre frase do ex-ministro britânico Winston Churchill, em 1910: "*A moderação e o estado de espírito do povo quanto ao tratamento dado ao crime e aos criminosos são uma das provas mais irrefutáveis da civilidade de uma nação*" (LEITÃO, 2017, p. 48). Neste contexto, esta pesquisa tem por objetivo geral verificar o tratamento dispensado às presas nos estabelecimentos penais em consonância com as disposições legais e constitucionais acerca do assunto, notadamente a concretização de políticas públicas positivadas no ordenamento jurídico.

63 Doutorando em Direito na ITE-BAURU. Mestre em Direito pela UNISAL-LORENA. Especialista em Direito do Estado pela UGF-RJ. Graduado em ciências jurídicas pela UNITAU. Advogado. Professor na UNIVAP/SP.

64 Graduanda em Direito na Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP). Bacharel em História pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Pós-graduada em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Justifica-se este trabalho pela atualidade e pela relevância do tema, tendo em vista o crescente aumento do encarceramento feminino, considerando que, na seara da dignidade da pessoa humana e das políticas públicas, tal estudo ainda não foi completamente esgotado, o que demonstra uma lacuna no conhecimento, que este estudo pretende contribuir.

Quanto à metodologia utilizada, trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, na qual foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental, bem como análise correlata das mesmas. Dessa forma, expõe-se a problemática em questão: Qual a (in) eficácia da concretização das políticas públicas e sua relação com o aumento do encarceramento feminino?

1. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

1.1. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Com a finalidade de reforçar a importância da DUDH, foi adotada em 25 de junho de 1993 a Declaração de Direitos Humanos de Viena, vindo a consolidar a ideia de universalidade dos direitos humanos.

Implementado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969 (também denominada Pacto de São José da Costa Rica), um tratado internacional de direitos humanos que estabelece direitos e liberdades que devem ser respeitados pelos Estados-parte. Apesar de ter sido adotada em uma Conferência intergovernamental celebrada pela OEA, esta somente entrou em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1978, quando o 11º (décimo primeiro) instrumento de ratificação foi depositado. No plano interno a Convenção entrou em vigor a partir do Decreto presidencial nº 678 de 6 de novembro de 1992.

Insta salientar que o ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas alterações que tiveram como fundamento as normas previstas na Convenção, como por exemplo, a extinção da prisão civil por dívida do depositário infiel e, mais recentemente, a implementação das audiências de custódia em todo o país por determinação do Supremo Tribunal Fe-

deral, ao julgar a ADPF 347 que dizia respeito à crise do sistema penitenciário nacional.

A Convenção Americana de Direitos Humanos possui um aparato de monitoramento e implementação dos direitos humanos nas Américas, integrado pela **Comissão Interamericana de Direitos Humanos** e pela **Corte Interamericana de Direitos Humanos**.

1.2. O "ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL"

A expressão "estado de coisas inconstitucional" surgiu em decisões da Corte Constitucional da Colômbia diante da constatação de violações generalizadas e sistemáticas de direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Tem por finalidade realizar a construção de soluções estruturais voltadas à superação dessas violações em face das omissões do poder público.

A primeira decisão reconhecendo o estado de coisas inconstitucional foi proferida em 1997 *(Sentencia de Unificación - SU 559)*. A demanda foi promovida por um grupo de professores que tiveram seus direitos previdenciários sistematicamente violados por autoridades públicas. A Corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de professores e não somente daqueles que instauraram a demanda. Desta forma, a omissão não poderia ser atribuída a um único órgão, pois era estrutural.

Ao declarar, diante da grave situação, o estado de coisas inconstitucional, a Corte Colombiana determinou às autoridades envolvidas a superação do quadro de inconstitucionalidades em prazo razoável, remetendo cópias da sentença a todos os órgãos públicos responsáveis.

Merece destaque, por apresentar uma relação direta com o tema deste trabalho, mais um caso em que a Corte Colombiana declarou o estado de coisas inconstitucional naquele país, devido ao quadro insustentável de superlotação e de condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. Qualquer semelhança com as penitenciárias brasileiras não é mera coincidência, mas é a pura realidade.

Porém, na *Sentencia de Tutela (T) – 153, de 1998*, a Corte constatou que o quadro de violação de direitos era generalizado e estava presente nas demais penitenciárias do país. Os juízes argumentaram que a superlotação

e a violência constante no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades. Eis que estavam presentes os pressupostos para a declaração do estado de coisas inconstitucional.

Em artigo publicado na Revista Eletrônica Jota, no dia 4 de maio de 2015, Carlos Alexandre de Azevedo Campos descreveu as ações adotadas pela Corte Constitucional da Colômbia no caso da superlotação carcerária naquele país:

A Corte acusou a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de "tragédia diária dos cárceres". Ante a mais absoluta ausência de políticas públicas voltadas, ao menos, a minimizar a situação, declarou o estado de coisas inconstitucional; ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; determinou que o Governo nacional providenciasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos Governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e requereu ao Presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional somente será possível se estiverem presentes, no caso concreto, alguns pressupostos inequívocos capazes de evidenciar violações a direitos fundamentais e, por consequência, à dignidade da pessoa humana.

Segundo a Corte Constitucional Colombiana, caracteriza-se diante da constatação de que: (a) a violação de direitos fundamentais é grave, permanente e generalizada, afetando um número elevado e indeterminado de pessoas; (b) há comprovada omissão reiterada de diversos órgãos estatais no cumprimento de suas obrigações, caracterizando uma falta estrutural das instâncias políticas e administrativas; e (c) a solução ao problema deve ser elaborada pela atuação conjunta e coordenada de todos os órgãos envolvidos e responsáveis. Desta forma, a decisão do Tribunal é dirigida a uma pluralidade de órgãos e autoridades, visando à adoção de mudanças estruturais, como a elaboração de novas políticas públicas, a alocação de recursos, dentre outras ações.

A importância da presença destes pressupostos tem por fundamento evitar que as medidas determinadas pelo Tribunal sejam confundidas com uma atuação ativista, também denominada de Ativismo Judicial Estrutural, na medida em que as decisões judiciais poderão in-

terferir nas funções executivas e legislativas, com repercussões, sobretudo, orçamentárias. De outra banda, a declaração do estado de coisas inconstitucional permite ao Poder Judiciário determinar ao Executivo a implementação de medidas que visem sanar o estado de inconstitucionalidade reinante.

1.3. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 347

O art. 1º, inciso III da Constituição Federal estabelece que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um fundamento axiológico, um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Por sua vez, o art. 5º, inciso XLIX determina que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Não obstante, a situação atual do sistema penitenciário brasileiro é caótica, não cumpre o seu objetivo primordial, qual seja, a ressocialização do condenado e se revela violador da dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição, principalmente devido à superlotação dos presídios, trazendo um clima de insegurança e constantes rebeliões.

O Brasil foi criticado no Relatório Mundial 2016 da organização *Human Rights Watch* justamente em relação ao sistema penitenciário, por meio de um levantamento anual sobre abusos de direitos humanos em 90 países. Segundo a entidade, a superlotação carcerária é um problema grave que o país precisa resolver, a fim de que possa cumprir compromissos firmados em tratados internacionais sobre a matéria.

Durante o ano de 2015 o STF foi instado a se manifestar em diversos processos sobre a situação do sistema penitenciário brasileiro, perdurando tal situação nos anos de 2016 e 2017. Este contexto revela a gravidade do problema e que precisa ser debatido com toda a sociedade, pois, um preso que deixa o sistema sem estar recuperado com certeza voltará a delinquir, e o que é pior, na maioria das vezes torna-se mais violento, ou seja, o cárcere serviu como uma escola do crime.

A ADPF 347 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com pedido de medida cautelar, na qual solicita ao STF que seja reconhecida a figura do "estado de coisas inconstitucional" relativamente

ao sistema penitenciário brasileiro e que a Corte determine a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Ao fundamentar o pedido, o PSOL ressalta que a superlotação carcerária e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, além de causar ofensa a diversos preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a vedação da tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Essas mazelas comprometem a segurança da sociedade, propiciam a reincidência em vez da reabilitação e afasta completamente a possibilidade de ressocialização.

Assevera que a situação retratada decorre de falhas estruturais em políticas públicas, de modo que a solução do problema depende da adoção de providências por parte dos diferentes órgãos legislativos, administrativos e judiciais da União, dos Estados e do Distrito Federal. Conforme esclarece, a técnica da declaração do "estado de coisas inconstitucional" permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação (MEDIDA CAUTELAR NA ADPF 347, 2015, p. 7).

Em 9 de setembro de 2015 o julgamento da ADPF 347 foi retomado, sendo deferida, em parte, a medida cautelar. Dentre as principais providências adotadas destacam-se: (a) determinação para que juízes e tribunais de todo o país passem a realizar "audiências de custódia", num prazo máximo de noventa dias. Com a medida, o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária deve se dar em até 24 horas, contadas do momento da prisão, evitando-se aumentar ainda mais a quantidade de presos provisórios nas penitenciárias do país: (b) determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Sobre este assunto ressalta-se que foi anunciada pelo Presidente da República uma liberação de R$1,2 bilhão de reais do Funpen em dezembro de 2016, com a finalidade de melhorar o sistema prisional.

2. O ENCARCERAMENTO DA MULHER NO BRASIL

2.1 UM PERFIL CRIMINALIZADO

O encarceramento feminino surgiu em meados do século XIX, nas chamadas "casas de depósito", e possuíam uma vertente religiosa que visava a "domesticação" de mulheres, não somente as que cometiam algum delito, mas também as que eram enviadas por pais, maridos ou senhores como uma forma de punição. Nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de dezembro de 2019, comprovou-se um aumento de 564% na população carcerária feminina desde o ano 2000 - ao passo que, no mesmo período, o encarceramento masculino registrou um crescimento de 224% (INFOPEN/2019).

Analisando as mulheres privadas de liberdade no país, é possível inferir um perfil base: vêm de famílias de baixa renda, onde sofreram abusos e violências; faziam uso de drogas; tornaram-se mães precocemente; chefes de família sustentavam os filhos com atividades informais e mal remuneradas. A entrada no crime se deu, na maioria das vezes, por necessidade; algumas, por influência do parceiro ou para se posicionarem socialmente - afinal, o movimento de entrada expressiva das mulheres no mercado não se deu apenas no mundo legal.

O aumento consistente da presença feminina no sistema carcerário brasileiro retoma a questão, levantada por Diane Pearce (1978, p. 28), da "feminização da pobreza". O termo foi cunhado ao se observar um processo de empobrecimento que famílias cujas mulheres que perderam, separaram ou nunca tiveram o apoio de um cônjuge, sofriam. A autora elenca três principais motivos para tal fenômeno: primeiramente, a entrada prematura no mercado de trabalho as posiciona em funções de baixa remuneração, e a possibilidade de evoluírem na carreira é gravemente prejudicada pelas funções para com o lar e os filhos, que lhes são de inteira responsabilidade. Infelizmente, a maioria dos empregadores ainda possui uma míope visão de isto diminui a produtividade e comprometimento da colaboradora.

Outra razão do alargamento da pobreza entre as mulheres reside no fato de que muitas são ainda dependentes de pensões alimentícias. Estas não são pagas por motivos financeiros próprios do pai, ou mesmo da

ausência deste, e, quando são, mal cobrem os gastos dos filhos. Por fim, Pearce aponta ainda a baixa adesão feminina ao programa de seguridade social. Devido à grande maioria subsistir através de trabalhos informais que não assinam carteira de trabalho e ao valor recebido ao final do mês não permitir que contribuam de forma particular, as mulheres não recebem auxílio quando precisam se afastar das funções ou são demitidas sem justa causa.

Alguns dados levantados por Carmem Barroso, no *I Encontro da Associação Brasileira de Estudos Populacionais*, demonstram como os pontos ressaltados por Pearce se aplicam à sociedade brasileira: quase metade das mulheres em estado de pobreza tem acima de 50 anos - resultado da ausência de assistência de programas de seguridade social, e um nível de instrução bem mais baixo que os homens - diretamente relacionados com a maternidade precoce e a necessidade de entrada imediata no mercado de trabalho. Ainda, seus rendimentos eram inferiores aos dos homens e apenas 20% recebiam algum tipo de pensão ou aposentadoria.

Dessarte, quando analisamos a pobreza sistêmica e a violência familiar à que estão submetidas, juntamente com uma maternidade precoce e solo, é possível começar a compreender como o perfil da mulher torna-se criminalizado e, logo, encarcerado.

2.2 UMA ANÁLISE DO ENCARCERAMENTO

O sistema carcerário brasileiro esteve sempre em déficit de vagas mediante a quantidade de encarcerados. A questão da superpopulação de prisões permeia não só o ambiente feminino, mas é nele que os direitos fundamentais são majoritariamente - e anticonstitucionalmente - descumprido. Em 2019, as penitenciárias contavam com 170% de ocupação (INFOPEN).

Quanto à disponibilidade das vagas, neste mesmo ano apenas 7,46% foram em presídios femininos, enquanto 16% se concentraram em regimes mistos. (INFOPEN/2019) Porém, mulheres privadas de liberdade consistem em um grupo vulnerável, com necessidades e exigências específicas, as quais os presídios que recebem encarcerados de ambos os sexos não oferecem. Conforme as Regras que Bangkok, que serão tratadas com maior detalhamento à frente, as reclusas têm direito a celas adaptadas para

gestantes, locais para amamentação, berçários e creches para as mães sem rede de apoio externa, bem como acesso à saúde especializada e diversas outras demandas divergentes do público masculino.

No que tange aos crimes cometidos, 50,4% das infratoras violaram a Lei nº 11.343/2006, a famigerada Lei das Drogas. Destas, 68% atuaram como adjuvantes na ação, sendo imputadas pelo transporte de pequenas quantidades de entorpecentes. (INFOPEN/2019). Violações contra o patrimônio (26,5%) e contra a pessoa (13,4%) completam a relação, podendo-se inferir que 76,9% das penalidades são de baixa periculosidade e, conforme o tratado firmado com as Nações Unidas deveriam ser evitadas as penas cautelares em detrimento de programas de prestação de serviço à comunidade ou internação em albergues institucionais.

Por fim, as sentenciadas cumprem pena média de 9 anos e 9 meses, mas a grande maioria das sanções estão na casa entre quatro e oito anos de reclusão. Urge salientar, porém, que, em 2019, 57% das mulheres encarceradas ainda aguardavam sentença judicial. Considerando a análise feita anteriormente que 77% dos casos são não violentos, isso corresponderia a, por volta de, pouco mais de 16 mil privadas de sua liberdade antes do trânsito em julgado, requisito posto e concordado pelo Brasil nas Regras de Bangkok de ser o fim último para a prisão de crimes não violentos.

Através da simples análise dos dados acima expostos, depreende-se que a população carcerária feminina que aguarda julgamento por crimes não violentos em centros de reclusão correspondem a, aproximadamente, 43,7% do total das infratoras. Em um sistema que está em constante superávit de residentes, um percentual parrudo como esse deve ser considerado, quando que se tratando não de grandes mudanças legislativas, mas apenas do cumprimento de contratos já anteriormente firmados em âmbito supranacional.

Cabe ressaltar ainda que o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) sofreu uma alteração em sua disponibilização pública a partir de 2017. Até junho deste ano, um relatório era confeccionado com os dados relevantes e uma breve análise dos mesmos; a partir de dezembro de 2017, porém, o Departamento Penitenciário Nacional passou a oferecer as informações através de gráficos interativos no próprio portal do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Porém, a mudança

dificultou estudos mais profundos acerca do cárcere feminino devido à ausência de filtros correspondentes.

2.3 A TRANSCENDÊNCIA PENAL

O cárcere feminino gera consequências profundas para as famílias, de forma distinta do que se vê nos homens privados de liberdade. Estigmatizadas e relegadas, recebem menos apoio social, visitas e auxílio. Conforme bem posto por Queiroz, na obra Presos que Menstruam (2015, p. 44)

> quando um homem é preso, comumente sua família continua em casa, aguardando seu regresso. Quando uma mulher é presa, a história corriqueira é: ela perde o marido e a casa, os filhos são distribuídos entre familiares e abrigos. Enquanto o homem volta para um mundo que já o espera, ela sai e tem que reconstruir seu mundo.

As informações coletadas apontam que 74% das reclusas possuem filhos ou dependentes diretos, de quem são as responsáveis e cuidadoras majoritárias; quando são apartadas, as crianças ficam à deriva, sendo redirecionadas para outros membros da família, muitas vezes separados dos irmãos nesse processo, ou casas de acolhimento estatais (INFOPEN/2019).

Ao longo do período de reclusão, têm pouco contato com as mães, por motivos diversos: a logística de se dirigirem até o presídio, a morosidade do processo de visitação, o ambiente negativo e os regulamentos rígidos.

Majoritariamente afetados, os efeitos do cárcere nos descendentes são variados: muitos apresentam depressão, quadros de rebeldia, obesidade e isolamento (DORNELLAS, 2019) Além disso, estão mais vulneráveis à pobreza e a abusos sexuais, bem como ao envolvimento com drogas e consequente entrada no sistema criminal. (BRAMAN, 2002).

O estigma estendido (GOFFMAN, 1981) percorre ainda todos os âmbitos da vida familiar das infratoras, sendo potencializado pela convivência social - diferentemente das penalizadas, que mantêm relações entre si, com menor influência do estigma - havendo relatos de necessidade de mudança de bairros, troca de crianças de escolas, perda de emprego e se-

gregação até dentro da própria família. Por tais razões, muitos optam por esconder o parentesco com alguém privado de liberdade, vivendo uma rotina de medo e pressão constantes.

A extensão da pena, portanto, gera um processo de *prisionização secundária* (DORNELLAS, 2019), onde os familiares da reclusa são tratados pelo Estado e pela comunidade com suspeição, e se encontram numa posição onde não são nem totalmente livres, nem presos.

Faz-se mister apontar ainda as mazelas as quais são submetidos quando da visitação, onde as autoridades prisionais fabricam regras novas e degradantes constantemente e sem avisos prévios, transformando cada encontro em uma incógnita para os familiares e desestimulando sua presença. São colocados em uma posição de fazer *"malabarismos com automodificação e autopreservação para penetrar na fronteira carcerária"* (DORNELLAS, 2019, p. 8), a que passivamente se submetem por temor de represálias à reclusa, já vulnerável, e adaptam toda sua realidade ao cotidiano da unidade prisional, no esforço de suportá-las pelo período de encarceramento.

Fomenta-se, então, um ciclo de negligência e carência que perpassa gerações, resultante da transcendência da pena inicial - conflitando diretamente com o exposto no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, que dispõe que *"nenhuma pena passará da pessoa do condenado"*.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DESTINADAS AO SISTEMA CARCERÁRIO

3.1 A ENTRADA FACILITADA

O campo de estudo das políticas públicas do Estado brasileiro, quando falamos de prevenção à entrada feminina no mundo do crime, necessita de contextualização e amplitude. É fundamental, antes de tudo, discernir entre políticas públicas e programas governamentais. A primeira consiste em um curso de ação estatal, onde um objetivo é perseguido de forma orientada e refletindo um interesse macro; o segundo corresponde a uma ação de menor abrangência, que atua pontualmente em função da finalidade traçada pela política pública anteriormente (FARAH, 2004).

Isto posto, buscar-se-á demonstrar a negligência estatal perante o cárcere feminino em três etapas: antes, durante e depois do aprisionamen-

to. Conforme disposto anteriormente neste estudo, o entendimento do fenômeno da feminização da pobreza se faz basilar para compreender a iniciação de mulheres no sistema criminal e, consequentemente, de que forma o Estado pode interferir energicamente, e não recorrendo a falaciosos discursos meritocráticos, para quebrar esse ciclo.

Em 2018, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou que 45% dos lares do país são sustentados por mulheres, ao passo que, em 2021, mais de 11 milhões eram mães solo/chefes de família. Neste sentido, pode-se refletir sobre o impacto da ausência de políticas públicas não só na parcela que virá a ser encarcerada, mas em quase metade das famílias brasileiras. Para fins organizacionais, vamos dividi-las em três planos: saúde e qualidade de vida, capacitação e renda e acesso à justiça.

No sentido da saúde e da qualidade de vida, e pensando no perfil da mulher infratora, as questões relativas às jovens são de vital importância, pois configuram o início das problemáticas femininas, seja quanto a drogas ou maternidade precoce. Assim, a Conferência Mundial sobre a Mulher, de 1995 em Beijing, já dispôs sobre reconhecer seus direitos

> por meio de programação de atenção integral, com ênfase em meninas e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em situação de rua e vítimas de exploração sexual, vivem na prostituição e expostas a drogas (FARAH, 2004, p. 11)

A situação fica ainda mais flagrante quando se analisam os dados de saúde carcerária de dezembro de 2019 (INFOPEN), onde a doença mais presente nas reclusas é o HIV, responsável por 40,45% das patologias femininas - enquanto nas prisões masculinas é a tuberculose. Neste ínterim, a ampliação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), especialmente para regiões carentes, e capacitação de seus profissionais para lidar com questões de saúde sexual e reprodutiva, exames preventivos e planejamento familiar são de interesse primordial para que se ampare a mulher desde púbere até a senilidade.

Ademais, pensando na qualidade de vida da comunidade em geral, torna-se improrrogável a implementação de creches e escolas públicas, de qualidade, nas regiões periféricas, onde grande parte das mães solo em situação de vulnerabilidade reside e nem sempre contam com uma rede

de apoio, o que impõe ainda mais obstáculos a sua entrada no mercado de trabalho.

Entrando, então, na seara de capacitação e renda, faz-se necessário destacar que não há políticas voltadas especificamente para o público feminino, apesar de este ser o mais favorecido em um panorama geral, quando se fala de apoio às micro e pequenos negócios - afinal, mais de 9 milhões de mulheres estão à frente de negócios, e o número vem subindo anualmente (IBGE).

Conforme disposto previamente, a informalidade laboral feminina deriva de uma entrada precoce e não completamente estabelecida no mercado de trabalho, resultando em uma maioria exercendo funções de baixa escolaridade, com salários inferiores e dificuldade de progredir profissionalmente. Atuando de forma mais incisiva na educação técnica de jovens e na capacitação profissional de mulheres, o Estado desenvolveria uma camada expressiva da população, provendo ensino prático que qualificaria a população feminina vulnerável, gerando emprego e renda que movimentariam a economia local e evitando que caiam na ilegalidade e consequente cárcere.

Por fim, o acesso à justiça. Quando buscamos características em comum às mulheres encarceradas, encontramos uma pluralidade de casos com histórico de violências familiares e abusos reincidentes. A ausência de delegacias especializadas (DEAM) em mais de 90% dos municípios brasileiros (IBGE/2019). Na obra "Por uma revolução democrática da justiça", de Boaventura de Sousa Santos, o autor trata da problemática onde, ao mesmo tempo em que a justiça é um direito fundamental, na prática existem diversos obstáculos que a impede de ser alcançada de forma igualitária.

Foi levantado ainda um debate acerca de como solucionar tais problemas, propondo que não devemos nos prender apenas ao tradicional judiciário, mas sim propor uma reforma que permita o acesso à justiça de forma mais simples e prática. Buscando que, desta forma, a morosidade do processo, a burocracia exacerbada e a sobrecarga no Ministério Público não afetem a acessibilidade das vítimas a perseguir seus direitos como cidadãs.

3.2 EXCEÇÕES DE BANGKOK

Os crescentes números do encarceramento feminino chamam a atenção não só no Brasil, assim, em 2010, a Organização das Nações Unidas

(ONU) se reuniu na capital tailandesa e promulgou um documento que busca a manutenção das condições do cárcere feminino a nível global. Apesar de ter participado da Assembleia Geral e auxiliado na confecção das Regras de Bangkok, somente em 2016 o Brasil publicou oficialmente o documento traduzido no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A divulgação do tratado, porém, não se refletiu em sua aplicação. Diversos dados apontam as violações sistemáticas que ainda perduram no sistema carcerário feminino, como a superlotação de celas (não exclusivo da ala feminina), a falta de estrutura para gestantes e mães em fase de aleitamento, ausência de creches e berçários adequados para os filhos que precisam residir nos presídios.

Neste sentido, cabe destacar que 43% das infratoras possuem filhos com mais de três anos de idade, ou seja, em idade escolar. As que não possuem rede de apoio exterior ao cárcere, vivem com as crianças nele. Conforme estabelecido pela Regra 49, tais infantes jamais deverão ser tratados como prisioneiros, mas sem o devido currículo escolar, não é possível tratá-los como livres.

No que tange a violência obstetrícia, em inconformidade com a Lei 13.434/2017 e com a Regra 24, "*instrumentos de contenção jamais deverão ser utilizados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto nem no período imediatamente posterior*" os dados ainda apontam que as reclusas dão à luz algemadas e sem direito a acompanhantes, sendo computado como uma infração média no regulamento prisional. Ainda, 30% destas afirmam ter sofrido algum tipo de violência no período maternal (LEAL, 2016).

Sem sair do âmbito do acesso à saúde, já se analisou anteriormente o reduzido número de visitas recebidas pelas mulheres em face do cárcere masculino. Porém, o impacto do isolamento mostra-se muito mais profundo para estas, com a ausência de políticas de amparo psicológico dentro da reclusão. O resultado pode ser visto quando se observa que a segunda *causa mortis* mais comum nos presídios femininos é o suicídio, responsável por 23% dos óbitos. Para fazer um paralelo, o mesmo não atinge 7% dos homens (INFOPEN/2019).

Um momento de suma importância e disruptivo no processo penal foi o Habeas Corpus coletivo nº 143.641, concedido pelo Ministro da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, em 2018. Sob a admissão de inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro e

reconhecimento de uma cultura de encarceramento que precisa ser superada, e a incapacidade estatal de garantir os direitos fundamentais às encarceradas, o Ministro concedeu liberdade provisória a todas as mulheres grávidas, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos submetidas à prisão cautelar.

A conduta se mostra em conformidade com a Regra nº 58 do tratado de Bangkok, onde dispõe que o Estado deve buscar promover penas não privativas de liberdade sempre que possível às mulheres infratoras, considerando seus laços familiares e seu papel na comunidade.

3.3 A FALÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO

O desafio final, que completa o ciclo da passagem pelo sistema criminal, deveria ser a ressocialização, de forma a se evitar a reincidência. Infelizmente, apesar desta ser mais latente no encarceramento masculino, também não atinge níveis ideais com as mulheres.

Apesar de 83% das reclusas realizarem trabalhos internos nas prisões, apenas 17% atuam com uma real tentativa de inclusão no mercado, exercendo funções externas. Destas, 43% recebem entre ¾ e um salário-mínimo (INFOPEN/2019). Torna-se então uma falácia propagar um projeto de ressocialização que majoritariamente não ultrapassa a fronteira carcerária.

Já se provou que o público feminino privado de liberdade tem altas taxas de engajamento com projetos de reinserção social, como o projeto do governo do Paraná em que detentas fizeram um desfile de alta costura após receberem um curso de voluntários locais, utilizando tecidos apreendidos pela Receita Federal.

Ademais, as reclusas que participam de projetos de capacitação e formação demonstram uma reconstrução de autoestima ao serem reconhecidas pelo trabalho que exercem no mundo externo, mostrando grande valia para mitigar os estigmas sociais impostos e incentivar o desejo por uma vida fora do crime. Porém, tais iniciativas se mostram ainda escassas e projetadas em um plano micro - não há um esforço do governo federal em implementá-las de forma sistemática pelas casas de detenção em nível nacional.

Cabe ao Ministério Público, em concordância com o artigo 45 das Regras de Bangkok, proporcionar de forma abrangente a reintegração das

presas com a sociedade e seus familiares através de albergues provisórios, saídas temporárias e prestação de serviços comunitários externos. Vale ainda discutir um auxílio financeiro estatal às recém libertas, para que passem pela transição com dignidade, e firmar parcerias com setores privados para que se reintegrem com segurança ao mercado de trabalho.

4. CONCLUSÃO

Este artigo visou à apresentação de algumas considerações sobre as políticas públicas e o encarceramento feminino, ressaltando uma perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Destarte, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas ensejar o debate acerca desse tema que, indubitavelmente, será apreciado em demandas futuras que envolvam a distopia prisional. Espera-se, finalmente, que a concretização das políticas públicas – positivadas no ordenamento jurídico - seja capaz de sopesar as ameaças constantes e desafiadoras das violações aos direitos humanos, notadamente das mulheres encarceradas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marina; PHELIPE, André. Quase metade dos lares brasileiros são sustentados por mulheres. **Estado de Minas,** 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/02/16/internas_economia,1122167/quase-metade-dos-lares-brasileiros-sao-sustentados-por-mulheres.shtml Acesso em: 22 jun 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/.../Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRAMAN, Donald. Families and incarceration. In: MAUER, Marc; CHESNEYLIND, Meda. **Invisible punishment: the collateral consequences of mass imprisonment.** New York: The New Press, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 143641** - Relator Min. Ricardo Lewandowski. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN** - Dezembro de 20149 Brasília, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9 Acesso em: 21 jun 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43 aa2cb3e0f53c44.pdf. Acesso em: 21 jun 2021.

BRASIL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em: 23 jun. 2021.

CALDAS, Ana Carolina. Desemprego, medo e sobrecarga: a realidade de mães solo na pandemia. **Brasil de Fato**, 2021. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/05/01/desemprego-medo-e-sobrecarga-a-realidade-de-maes-solo-na-pandemia Acesso em: 22 jun 2021.

COSTA, Larissa Alves; BARQUEIRO, Fernanda Ravazzano Lopes. **Encarceramento feminino e ressocialização: uma análise da penitenciária feminina de Salvador.**

DORNELLAS, Mariana Paganote. Os efeitos do encarceramento feminino para a família da mulher presa: aspectos da transcendência da pena. **Revista Antropológica**, n. 46. Niterói, 1 sem. 2019.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gênero e políticas públicas. **Estudos feministas**, Florianópolis, janeiro-abril/2004

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Tradução: Mathias Lambert. 4.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

JARDIM, Gabriela Gadeia Brito. Sistema prisional feminino e políticas públicas: um debate oportuno. **Revista Caderno Virtual**, Brasília, v. 1, n. 46, jan-abr. 2020.

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**. 2016, v. 21, n. 7, pp. 2061-2070. Disponível em: https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.02592016. Acesso em: 21 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Com trabalho mais consistente, unidades femininas conseguem baixar o índice de reincidência. **Jusbrasil**, 2009. Disponível em: https://mp-pr.jusbrasil.com.br/noticias/975246/prisoes-indice-de-reincidencia-de-mulheres-e--bem-menor-que-o-de-homens-so-191-penitenciarias-estao-no--cadastro-da-saude-reincidencia-masculina-e-maior-o-curso-nos--da-esperanca Acesso em: 22 jun 2021.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres.** Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, out. 2004.

PEARCE, Diane. The feminization of poverty: women, work, and welfare. **Urban and Social Change Review**, 1978, p.28-36

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** Rio de Janeiro: Record, 2015.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; OLIVEIRA, Liziane Paixão. Políticas públicas para mulheres encarceradas no Brasil: um instrumento garantidor da dignidade. **Revista Jurídica**, v. 3, n. 56, p. 248-269. Curitiba, 2019.

A LEGÍTIMA DEFESA POLICIAL E OS DIREITOS HUMANOS

Breno da Costa Esteves[65]

INTRODUÇÃO

A legítima defesa prevista no artigo 25, do Código Penal (CP) de 1940, é a excludente de ilicitude de grande importância para efetivação do direito à segurança pública, tendo em vista a proteção que é dada aos policiais quando agem na preservação de direito próprio ou de terceiros (vida, integridade física, dignidade sexual, patrimônio, dentre outros).

A possibilidade de atuação policial em legítima defesa, autorizada por lei, quando há uma ameaça a sua vida ou a de terceiros por exemplo, acaba por resultar em uma problemática que o presente trabalho busca responder com a seguinte pergunta: Qual o limite da legítima defesa policial para que não sejam violados os direitos humanos?

Com o objetivo de fazer essa análise, torna-se imprescindível, em um primeiro momento, destrinchar o conceito de legítima defesa policial, fazendo um relato sobre a positivação do instituto da legítima defesa no ordenamento jurídico brasileiro, analisando o posicionamento doutrinário sobre os seus requisitos e os altos índices da letalidade policial no país.

---

65 Mestrando em Direito Público na Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Especialista em Segurança Pública pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

Posteriormente é analisada os diplomas internacionais sobre a atuação policial em que o Brasil é signatário, passando por uma análise ainda sobre lei, portaria e protocolos internalizados no país.

Na última parte discute-se os limites da legítima defesa policial, contextualizando com a possível violação dos direitos humanos. Para realização da pesquisa foram analisadas legislações nacionais e internacionais, bem como doutrina, através de livros e artigos científicos.

1. LEGÍTIMA DEFESA POLICIAL

Inicialmente antes de dissertarmos sobre a legítima defesa policial em sentido estrito, se torna necessário conceituar e destrinchar a aplicação da legítima defesa no ordenamento jurídico brasileiro. A legítima defesa se encontra positivada no artigo 23, II, do Código Penal (CP), como uma das excludentes gerais de ilicitude: "Exclusão de ilicitude - Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II - em legítima defesa;" (BRASIL, 1940).

A norma permissiva prevista no artigo 25, do mesmo Código, estabelece quais os requisitos objetivos necessários para que uma pessoa esteja sobre a excludente de ilicitude em comento: "Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem." (BRASIL, 1940).

Para Rogério Sanches Cunha (2018, p.303-308) esses requisitos objetivos previstos na lei, são divididos em agressão injusta, definida como uma agressão humana contrária ao direito a bem jurídico de alguém; atual ou iminente, que ocorre no momento ou está prestes a ocorrer; o uso moderado dos meios necessários, os meios de defesa com relação a agressão injusta devem ser proporcionais ao ataque com o objetivo de cessar esse; e a proteção do direito próprio ou de outrem. Ainda para que seja configurada a descriminante, é necessário que reste configurado também o elemento subjetivo, ou seja, o agente tem que ter consciência que está atuando em legítima defesa, pois caso não tenha esse requisito, não será permitido a aplicação da justificante.

Ao explicitar sobre a finalidade da legítima defesa, Rogério Greco faz as seguintes considerações:

> Como é de conhecimento de todos, o Estado, por meio de seus representantes, não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão pela qual permite aos cidadãos a possibilidade de, em determinadas situações, agir em sua própria defesa.
>
> Contudo, tal permissão não é ilimitada, pois encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros. (GRECO, 2017, p. 445).

A lei anticrime (Lei 13.964/2019) incluiu no artigo 25 do CP, o parágrafo único, com a seguinte redação:

> Art. 25. [...] Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, 1940).

A introdução do parágrafo nos parece de pouco relevância, pois automaticamente o agente de segurança pública na situação mencionada já estaria abarcado no caput do artigo, parece mais uma tentativa do legislador de minimizar doutrinas (SANTOS, 2011, p. 87) que consideravam a situação em tela poderia se enquadrar também em estrito cumprimento do dever legal e não legítima defesa de terceiros. Rogério Sanches ao comentar a novidade legislativa faz a seguinte afirmação:

> A alteração não parece trazer reflexos práticos, servindo, quando muito, como instrumento para melhor compreensão do instituto da legítima defesa no dia a dia dos agentes policiais e de segurança pública.
>
> Com efeito, se a justificante só tem cabimento quando observados os requisitos do caput do art.25, estamos, ao fim e ao cabo, diante

> de um simples exemplo. Em outras palavras, mesmo antes da alteração legal, justificaria a sua conduta pela legítima defesa o agente policial ou de segurança pública que, na situação descrita, usando moderadamente dos meios necessários, prevenisse injusta agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (SANCHES, 2020, p. 18)

Após o supracitado, podemos conceituar a legítima defesa polícia, como a ação ou omissão do policial, consciente e moderada, com o objetivo de repelir injusta agressão atual ou permanente, contra direito próprio ou alheio. Portanto, quando o policial atua usando os meios necessários para evitar que um patrimônio de uma vítima seja subtraído por alguém, ou quando o policial atira em uma pessoa para salvar alguém ou a si mesmo, estamos diante da legítima defesa policial.

O CP, ao descrever as excludentes de ilicitude no artigo 23, mencionado anteriormente, traz o parágrafo único com a seguinte descrição: "Art. 23. [...] Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo." (BRASIL, 1940). Sendo assim, toda vez que o policial em legítima defesa não respeitar os meios moderados para repelir a injusta agressão e agir com excesso na descriminante, responderá por esses. Como se pode constatar, não há uma cláusula geral de limitação, sendo apenas analisada o emprego moderado dos meios necessários (TAVARES, 2018, p. 338).

Os meios moderados é o principal requisito da legítima defesa policial, sendo de máxima importância para análise sobre a utilização da descriminante de maneira correta. Zaffaroni e Pierangeli fazem a seguinte afirmação sobre o requisito referido:

> A defesa a direito seu ou de outrem, abarca a possibilidade de defender legitimamente qualquer bem jurídico. O requisito da moderação da defesa não exclui a possibilidade de defesa de qualquer bem jurídico, apenas exigindo uma certa proporcionalidade entre a ação defensiva e a agressiva, quando tal seja possível, isto é, que o defensor deve utilizar o meio menos lesivo que tiver ao seu alcance. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 582)

O requisito mencionado ganha relevância na hora da avaliação do crescimento ano após ano da letalidade policial no País, e seus altos índices, devido a desproporcionalidade durante a atuação na justificante. Luís Felipe Zilli traz a seguinte constatação utilizando dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2017:

> Segundo dados do 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2017), apenas durante o ano de 2016, 4.222 pessoas foram mortas no país, em decorrência de intervenções policiais. Durante esse mesmo ano, o número de policiais assassinados (tanto em serviço quanto de folga) chegou a 453, o que configura uma proporção de pouco mais de nove pessoas mortas para cada policial assassinado, em ocorrências geralmente classificadas pelas próprias corporações como "confrontos" entre policiais e suspeitos, ou mesmo "execuções" de agentes policiais. Tais números colocam as polícias brasileiras entre as forças de segurança mais letais do mundo, com uma média de aproximadamente onze mortes cometidas por dia, mas também entre aquelas com maiores indicadores de mortalidade de seus agentes por violência, com uma média de pouco mais de um policial assassinado diariamente. (ZILLI, 2018, p. 71-72).

Os levantamentos feitos pelo jornal eletrônico G1 (2020), em 25 Estados e mais o Distrito Federal, só não sendo levado em conta os dados do Estado de Goiás, que se recusou a disponibilizar, demonstram que 3.148 pessoas foram mortas por policiais no primeiro semestre de 2020. É importante constatar que a pesquisa foi feita com base em dados oficiais, sendo assim, não levando em consideração qualquer ato extraoficial que possa ter acontecido no período.

Como a maioria das mortes ocasionadas pelos policiais são em decorrência da legitima defesa própria ou de terceiros, a discussão sobre essa alta taxa, nos leva as seguintes perguntas: Qual seria o limite dessas intervenções policiais, da legítima defesa policial? Quais diplomas ajudam a demarcar esse limite? Nos próximos tópicos serão problematizados esse limite.

2. ATUAÇÃO POLICIAL SEGUNDO OS PROTOCOLOS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

No Brasil não há uma lei específica sobre os protocolos da atuação policial em legítima defesa, somente trazendo punições pelos excessos praticados, conforme o previsto no parágrafo único do artigo 23 do CP, o que acaba por dificultar a avaliação da legítima defesa policial, recaindo assim, sobre o princípio da proporcionalidade a verificação dos possíveis excessos que podem ser praticados durante o momento em que o policial esteja atuando amparado pela descriminante.

Como o Brasil é signatário das Nações Unidas, passou a adotar como protocolos exemplificativos de atuação policial: o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979; os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999; os Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989; e na Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto n.º 40, de 15 de fevereiro de 1991.

A portaria interministerial 4.226, de 31 de dezembro de 2010, estabeleceu as diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública, confirmando os diplomas internacionais supracitados como protocolos a serem seguidos durante a atuação policial e buscou disciplinar principalmente o uso de armas de fogo pelos agentes de segurança pública.

A referida portaria apresenta como princípios a serem observados durante a atuação policial a legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência, especificando ainda seus conceitos:

> 2. O uso da força por agentes de segurança pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência.
>
> Princípio da Conveniência: A força não poderá ser empregada quando, em função do contexto, possa ocasionar danos de maior relevância do que os objetivos legais pretendidos.
>
> Princípio da Legalidade: Os agentes de segurança pública só poderão utilizar a força para a consecução de um objetivo legal e nos estritos limites da lei.
>
> Princípio da Moderação: O emprego da força pelos agentes de segurança pública deve sempre que possível, além de proporcional, ser moderado, visando sempre reduzir o emprego da força.
>
> Princípio da Necessidade: Determinado nível de força só pode ser empregado quando níveis de menor intensidade não forem suficientes para atingir os objetivos legais pretendidos.
>
> Princípio da Proporcionalidade: O nível da força utilizado deve sempre ser compatível com a gravidade da ameaça representada pela ação do opositor e com os objetivos pretendidos pelo agente de segurança pública. (BRASIL, 2010).

Já o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei traz a justificativa para que esses possam empregar a força em seu artigo 3º, somente quando for extremamente necessária:

> ARTIGO 3.º
>
> Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever.
>
> Comentário
>
> a) Esta disposição salienta que o emprego da força por parte dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei deve ser excepcional. Embora admita que estes funcionários possam estar autorizados a utilizar a força na medida em que tal seja razoavelmente considerado como necessário, tendo em conta as circunstâncias,

para a prevenção de um crime ou para deter ou ajudar à detenção legal de delinquentes ou de suspeitos, qualquer uso da força fora deste contexto não é permitido.

b) A lei nacional restringe normalmente o emprego da força pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Deve-se entender que tais princípios nacionais de proporcionalidade devem ser respeitados na interpretação desta disposição. A presente disposição não deve ser, em nenhum caso, interpretada no sentido da autorização do emprego da força em desproporção com o legítimo objetivo a atingir.

c) O emprego de armas de fogo é considerado uma medida extrema. Devem fazer-se todos os esforços no sentido de excluir a utilização de armas de fogo, especialmente contra as crianças. Em geral, não deverão utilizar-se armas de fogo, exceto quando um suspeito ofereça resistência armada, ou quando, de qualquer forma coloque em perigo vidas alheias e não haja suficientes medidas menos extremas para o dominar ou deter. Cada vez que uma arma de fogo for disparada, deverá informar-se prontamente as autoridades competentes. (ONU, 1979).

Os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelas Nações Unidas, dispõe que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei somente podem fazer o uso de arma de fogo nas seguintes situações:

Disposições especiais

9. Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave, para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas, para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade, ou impedir a sua fuga, e somente quando medidas menos extremas se mostrem insuficientes para alcançarem aqueles objetivos. Em qualquer caso, só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger vidas humanas.

> 10. Nas circunstâncias referidas no princípio 9, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem identificar-se como tal e fazer uma advertência clara da sua intenção de utilizarem armas de fogo, deixando um prazo suficiente para que o aviso possa ser respeitado, exceto se esse modo de proceder colocar indevidamente em risco a segurança daqueles responsáveis, implicar um perigo de morte ou lesão grave para outras pessoas ou se mostrar manifestamente inadequado ou inútil, tendo em conta as circunstâncias do caso. (ONU, 1999).

O diploma internacional contempla a possibilidade do uso da arma de fogo em caso da legítima defesa policial. Ainda no mesmo diploma internacional, afirma que funcionários responsáveis pela aplicação da lei só deve recorrer a meios violentos em último caso, sendo somente permitido o uso da força, principalmente das armas de fogo quando os outros meios se mostrarem ineficazes, devendo adotar as seguintes cautelas em caso de necessidade no uso da arma de fogo:

> 5. Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem:
>
> a) Utilizá-las com moderação e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar;
>
> b) Esforçar-se por reduzirem ao mínimo os danos e lesões e respeitarem e preservarem a vida humana;
>
> c) Assegurar a prestação de assistência e socorros médicos às pessoas feridas ou afetadas, tão rapidamente quanto possível;
>
> d) Assegurar a comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas da pessoa ferida ou afetada, tão rapidamente quanto possível. (ONU, 1999).

É importante que devido as divisões entre órgãos policiais existentes no Brasil, sejam referentes às polícias judiciária e administrativa, sejam referentes às divisões entre entes federativos, podem ser adotados protocolos diferenciados, como mais especificidade com relação a atuação local da

Instituição, portanto, alguns Estados como São Paulo, criaram protocolos de abordagem entre policiais por exemplo. Essa possibilidade de limitações mais restritas está prevista nos comentários do artigo 8º, "a" do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei:

> Este Código será observado sempre que tenha sido incorporado na legislação ou na prática nacionais. Se a legislação ou a prática contiverem disposições mais limitativas do que as do atual Código, devem observar-se essas disposições mais limitativas. (ONU, 1979).

Em 2014, foi publicado a lei 13.060, com o objetivo de disciplinar o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional, disciplinado de forma legal que a utilização de arma de fogo deve ser utilizada somente se não for possível ser resolvido por outro meio menos grave.

> Art. 2º Os órgãos de segurança pública deverão priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios:
>
> I - legalidade;
>
> II - necessidade;
>
> III - razoabilidade e proporcionalidade.
>
> Parágrafo único. Não é legítimo o uso de arma de fogo:
>
> I - contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e
>
> II - contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.

Como se pode perceber, apesar de não haver uma lei específica regulando a atuação dos policiais em legítima defesa, há protocolos previstos em diplomas internacionais em que o Brasil é signatário, que devem ser observados pelos policiais durante atuação na descriminante em análise no

presente artigo e devem ser observados ainda, a lei 13.060/2014, a portaria interministerial 4.226/2010 e os protocolos específicos de cada Instituição, bem como o princípio da proporcionalidade na atuação do policial amparado pela justificante.

3. OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE PARA ATUAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA POLICIAL

Apesar dos diplomas internacionais delimitando a atuação dos policiais, os protocolos, portaria interministerial específicos e a lei 13.060/2014 previstos no Brasil, ainda sim, é difícil definir quais os limites da legítima defesa policial, devido a diversidade de situações que ocorrem nos casos concretos do dia a dia policial. Juarez Tavares dissertando sobre a legítima defesa policial faz as seguintes considerações:

> Quando o agente público, no exercício da função, sofre uma agressão por parte de um particular, diversamente do que se regula com relação a outros sujeitos, deve atuar com maior moderação do que faria na condição pessoal. Como diz ROXIN, "um policial no exercício da legítima defesa deve proceder de modo mais cuidadoso do que um particular". Essa diversidade de tratamento entre o agente público e o particular não viola o princípio da igualdade, justamente porque o agente público, de modo diverso do particular, está sujeito ao dever legal de proteção a qualquer outra pessoa, inclusive, quanto a bens jurídicos do agressor. Se o policial atua em legítima defesa e com isso deixa o agressor prostrado ao solo e ferido, incumbe-lhe, ademais, uma vez livre de nova agressão, chamar a ambulância para conduzi-lo ao hospital, porque tem o dever de proteger a pessoa; dever esse que não se estende ao particular que estivesse nessa mesma condição de defesa. Essa não é uma limitação ética ao exercício da legítima defesa, mas o resultado da interpretação conforme à Constituição, portanto, uma limitação puramente normativa de seu conteúdo. O mesmo vale quando a atuação do agente se destine diretamente a defender terceiro agredido. O princípio que deve vigorar é o de que se o Estado mantém um serviço de segurança, não pode desvirtuá-lo a ponto de violar

> sua própria finalidade, que é a proteção dos cidadãos. (TAVARES, 2018, p. 345).

A legítima defesa policial não será de forma igual a legítima defesa particular, pois o policial tem com uma de suas funções a defesa da sociedade, a defesa de segurança pública, sendo assim quando atua sobre o amparo da descriminante, deve atuar sempre com cautela, tomando as medidas necessárias para proteção das pessoas envolvidas na sua conduta, em caso de lesão corporal pela atuação na justificante, deverá prontamente, após afastar a agressão injusta, prestar socorra a vítima lesionada, seja a pessoa que sofreu a agressão injusta seja a pessoa que estava praticando a agressão injusta e foi neutralizada pelo policial acobertado pela legítima defesa policial.

Carlos Roberto Bacila chama a atenção para a necessidade da atuação policial com respeito aos Direitos Humanos:

> Há um premissa de necessidade de respeito aos direitos humanos, por parte do Estado ou da polícia que decorre da própria proteção (ou autoproteção) contra a antropofagia e autodestruição. Explica-se: a polícia pertence à sociedade (bem como os policiais); a polícia não respeita os direitos fundamentais; donde, a polícia e o policial não respeitam os seus próprios direitos. Quem garante que o policial não será o próximo a ser ultrajado? (BACILA, 2004, p. 64).

Se torna necessário uma breve explanação sobre os direitos humanos, que segundo Bernardo Gonçalves (2018, p. 323), os direitos fundamentais e os direitos humanos se separam apenas no plano de positivação, enquanto os direitos fundamentais estão previstos no plano interno dos Estados (Constituições), os direitos humanos estão previstos no plano do direito internacional (Tratados e Convenções). Marcelo Galuppo afirma que: "direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos como elementos de discursos morais justificados ao longo da história". (2003, p. 233). Carlos Bacila (2004, p. 69-70) afirma que a Constituição Federal Brasileira de 1988 absorveu a totalidade de direitos humanos previstos nos diplomas internacionais.

Entende-se que os direitos humanos estão positivados no nosso ordenamento jurídico, sendo assim, o resguardo dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 significa a proteção dos direitos humanos, desse modo, quando o agente policial atuar em legítima defesa conforme os direitos previstos na Carta Magna, estará agindo sem violar os direitos humanos.

Aprofundando sobre o tema em estudo no artigo, o Carlos Bacila traz a seguinte reflexão:

> Logo o cumprimento do paradigma da legalidade atenderá outrossim os ditames dos direitos fundamentais. Portanto, se durante a realização da diligência, o policial atuar consoante a legalidade, não ofenderá direitos humanos, mesmo que efetue ações típicas (desde que não sejam antijurídicas...). Por conseguinte, está evidenciada a compatibilidade lógica do binômio "diligências policiais de urgência/ direitos humanos". "Cumprir a lei". Parece um apelo da mesmice. Mas quando se descobre que a convicção do cumprimento da lei e o seu efetivo exercício é o caminho mais fácil e melhor para todos, em especial no que se refere ao respeito aos direitos humanos, daí esta visão formal está amplamente justificada e amparada pela razão. (BACILA, 2004, p. 70)

Portanto, conforme o posicionamento expressado pelo autor, a legítima defesa policial somente não violará direitos humanos se for praticada nos estritos limites da lei, sendo essa o grande limite da descriminante em estudo. Ainda que o policial atue praticando um crime, mas amparado pela legítima defesa não violará direitos humanos, desde que sua atuação seja balizada pelo princípio da proporcionalidade para que não ocorram excessos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos aspectos analisados, após as discussões apresentadas sobre a legítima defesa policial, podemos concluir que a descriminante não violará os direitos humanos se for balizada pelo princípio da legalidade, tendo em vista que o Brasil positivou em seu ordenamento a totalidade de direitos humanos prevista nos diplomas internacionais, portanto, esses

direitos, positivados no ordenamento nacional (direitos fundamentais), servirão de norte para o policial quando na atuação da legítima defesa, para não cometerem excessos, sendo o princípio da proporcionalidade o delineador nessa avaliação.

Portanto, podemos responder nossa pergunta de pesquisa, que o limite da defesa policial é a lei, pois o policial que agir na descriminante dentro dos limites estabelecidos por essa, não praticará ato ilícito, sendo assim não violará os direitos humanos, podendo ainda, utilizar os diplomas internacionais e os protocolos nacionais como forma de balizar as suas condutas evitando-se assim que se cometam excessos na atuação em legítima defesa policial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

_____. **Lei nº 13.060, de 22 de dezembro de 2014**. Disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, em todo o território nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13060.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

_____. **Portaria Interministerial nº 4.226, de 31 de dezembro de 2010**. Estabelece Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública. Página 27 da Seção 1 do **Diário Oficial da União**, 3 jan. 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan; Ambos, Kai; COLOMER, Juan- Luis Gómez; VOGLER, Richard; MALARINO, Ezeguiel; BACILA, Carlos Roberto. **Polícia e Estado de Direito na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019**: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais?** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial.** Aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais. 8ª edição. Niterói: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Volume I. 19 edição. Niterói: Impetus, 2017.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev18.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei**. Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev20.htm >. Acesso em: 23 jun. 2021.

SANTOS, Gilmar Luciano. **Sniper Policial**: Quem autoriza o disparo letal? Uma análise jurídica. Belo Horizonte, abr. 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

VELASCO, Clara; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. Nº de pessoas mortas pela polícia cresce no Brasil no 1º semestre em plena pandemia; assassinatos de policiais também sobem. **G1**, 3 de setembro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/03/no-de-pessoas-mortas-pela-policia-cresce-no-brasil-no-1o-semestre-em-plena-pandemia-assassinatos-de-policiais-tambem-sobem.ghtml >. Acesso em: 25 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte geral. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZILLI, Luís Felipe. Letalidade e Vitimização Policial: características gerais do fenômeno em três estados brasileiros. **Repositório do Conhecimento do IPEA**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

O CRIME DE PERSEGUIÇÃO (STALKING) E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: REFLEXÕES À LUZ DA PREVENÇÃO DE CONFLITOS E DIREITOS HUMANOS

Augusto Martinez Perez Filho[66]
Camilla Gomes de Oliveira Tavares Martins[67]
Gabriel de Faria Cussolim[68]

INTRODUÇÃO

O combate à violência contra a mulher representa um dos maiores desafios para os gestores públicos. Trata-se de problema social recorrente e, lamentavelmente, existente no cotidiano de diversas mulheres brasileiras. A pandemia da Covid-19 e o isolamento social decorrente fez

66 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP; Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP; Master of Laws – LLM pela Brigham Young University (EUA). Professor Universitário da Universidade de Araraquara – UNIARA e da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Advogado.

67 Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Mobilidade Internacional junto à Universidade de Coimbra – PT.

68 Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Mobilidade Internacional junto à Universidade do Porto – PT.

com que houvesse um recrudescimento nos números de casos envolvendo violência doméstica contra as mulheres, fruto de uma convivência maior entre agressor e vítima.

O enfrentamento a tal desafio inclui abordagem holística, de modo a superar desigualdades sociais históricas e promover medidas efetivas de combate. Neste sentido, o legislador pátrio, há algum tempo, tem se movimentado no sentido de reforçar o ordenamento pátrio com novos tipos penais e qualificadoras, sempre no intuito de se combater esta mácula que permeia os mais diferentes matizes do substrato social brasileiro.

Dessa forma. a Lei n. 14.132/2021, representa mais um esforço nesta direção. Este dispositivo legal, buscou acrescentar ao Código Penal o crime de perseguição (stalking), de modo a incluir o art. 147-A ao Código Penal.

O presente artigo buscou refletir acerca da violência contra a mulher e como a novidade legislativa, parte integrante de um esforço do Poder Legislativo de prevenção de conflitos e fortalecimento dos direitos humanos, pretende auxiliar para o arrefecimento do número de vítimas. Para tanto, o método dedutivo foi adotado, a partir de uma reflexão maior acerca da violência contra a mulher até o estudo específico do art. 147-A do Código Penal. Também se realizou pesquisa qualitativa e exploratória bibliográfica, além do estudo da legislação vigente.

1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O DESRESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

A cultura patriarcal que envolve a sociedade desde a sua criação é a grande responsável pelo enraizamento do comportamento de violência contra a mulher, ao passo que traz uma posição de privilégio aos homens, que são munidos de poder na estrutura social, de modo a deixar as mulheres sempre em uma condição de desigualdade, carente de direitos humanos básicos.

Apesar da luta árdua das mulheres durante as últimas décadas e dos evidentes esforços para acabar com essa conduta violenta, a mesma se apresenta de diversas formas, consideradas até mais comedidas por estarem desvinculadas às agressões físicas, mas que são tão perigosas quanto e acabam por se tornarem rotineiras, como a perseguição.

De acordo com pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), uma a cada quatro mulheres foi vítima de violência no país, em meio à pandemia do Covid-19. A média de mulheres agredidas fisicamente, durante o mesmo período, foi de uma mulher a cada oito minutos.

Trata-se, evidentemente, de dado alarmante e inaceitável diante da ordem jurídica democrática estabelecida pela Constituição Federal de 1988, bem como instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. As mulheres vítimas de violência têm sua dignidade diretamente atingida, produzindo traumas que as acompanharão durante toda sua vida.

Não raras vezes, as mulheres são vítimas de uma "segunda violência" perpetrada pelo aparato estatal. É a denominada "vitimização secundária", decorrente de tratamento inadequado, pelos órgãos de segurança pública e demais instâncias oficiais de combate à criminalidade. Lecionam Paulo e Roque (2019):

> Parte-se da premissa de que a vitimização secundária nada mais é do que a nova ofensa sofrida pela vítima de crime, porém, neste novo instante de vitimização, o ofensor passa a ser o Estado, por meio de seu aparato técnico-jurídico. A persecução penal e todo seu procedimento muitas vezes acabam gerando incômodos à vítima.
>
> Aquela que já sofreu uma agressão procura amparo junto ao Estado e é destratada, mal atendida e até, algumas vezes, humilhada. Quando se trata de violência doméstica contra a mulher, mais grave ainda se torna a vitimização secundária. Uma mulher que já sofreu um dos piores tipos de agressão, que é aquela praticada pela pessoa por quem se nutre sentimentos, está ainda mais fragilizada e precisa de toda a atenção e amparo dos órgãos responsáveis pela apuração e condenação do agressor.

Conforme já mencionado, este tipo de situação avilta o disposto no art. 1º, III da Constituição Federal, que estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira. O Estado brasileiro também é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida por "Convenção de Belém do Pará", na qual se afirma que: Toda mulher

tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no privado. (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE MULHERES, 1994)

Mais que isto, o referido diploma legal também determina que está compreendido no conceito de uma vida livre de qualquer tipo de violência, esforços estatais no sentido de uma redefinição sociocultural:

> Artigo 6º: O direito de toda mulher a uma vida livre de violência incluir, entre outros:
>
> 1. o direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação, e
>
> 2. o direito da mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade de subordinação. (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE MULHERES, 1994)

Verifica-se na realidade brasileira um "ciclo de violência". Neste sentido, aduzem Campos e Magnotti (2016):

> O comportamento da vítima é explicado pelo chamado "ciclo da violência", que, guardadas as particularidades de cada caso, tende a repetir-se como um padrão observado nas relações de violência doméstica contra a mulher ao longo do tempo. Dessa forma, o relacionamento varia de uma fase de tensão na qual ocorrem incidentes de menor gravidade, como ameaças, injúrias e a destruição de objetos, a fase da explosão da violência, marcada por agressões aguda e de alta intensidade, seguida pela fase da lua-de-mel, caracterizada pelo arrependimento do agressor, demonstrações de amor por parte dele e pela reconciliação, com a crença da mulher na mudança do homem.
>
> Na fase da tensão, a mulher normalmente tenta acalmar o agressor, mostrando-se compreensiva e atendendo aos seus desejos. Por acreditar que pode impedir a manifestação da raiva dele e sentir-se responsável pelos seus atos, ela assume a culpa pelos episódios de violência e deixa de procurar ajuda. Nessa fase, a mulher tenta se convencer de que o homem tem motivos para agir desse modo,

> seja em razão de desemprego, de cansaço ou do abuso de bebida alcoólica. [...]
>
> É na fase da explosão que comumente a violência chega ao conhecimento do Poder Público, seja por intermédio de vizinhos e familiares, seja porque a vítima necessitou de ajuda médica ou ela própria dirigiu-se à delegacia de polícia.
>
> Todavia, a tentativa de rompimento por parte da mulher é enfrentada pelo agressor com ameaças e uma crescente agressividade, que, em geral, coloca a mulher em maior risco. Desse modo, para que haja a superação da situação de violência, as medidas de proteção oferecidas pela Lei 11.340/06 devem ser acompanhadas de uma rede de apoio e proteção que garanta apoio psicológico, familiar e sócio econômico à vítima.

Em outras palavras, as autoras ensinam que não basta a atuação do Poder Judiciário – muito embora, de suma importância - para a superação do desafio de combate à violência contra a mulher, há de se incluir outras instâncias de apoio à vítima, como proteção social e assistência psicológica.

Dito isto, não será possível superar os desafios relacionados à violência contra a mulher por meio da atuação solitária do Poder Legislativo. A modificação no campo do "dever ser", perpetrada mediante alterações legislativas, não será suficiente para romper com o paradigma de violência sistêmica contra a mulher. Todavia, não se olvida a devida importância que o legislador pátrio tem conferido ao tema, de modo a aperfeiçoar o arcabouço jurídico, almejando melhores respostas para dramas de tamanha relevância.

A Lei n. 11.340/2006 – "Lei Maria da Penha"- representou a mais importante inovação em termos de combate à violência contra a mulher, ao estabelecer um amplo conceito definidor de violência, de modo a incluir "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", independentemente da orientação de gênero (BRASIL, 2006), bem como rol de medidas protetivas e medidas integradas de prevenção, entre elas, o atendimento policial especializado para mulheres, especialmente em delegacias de atendimento à mulher.

Desde então, outras leis foram editadas no sentido de corroborar com esse enfrentamento. A Lei n. 13.104/2015 inseriu a qualificadora do "feminicídio" ao tipo penal de homicídio (art. 121, § 2º, VI do Código Penal). O § 2-A do mesmo diploma esclarece que se considera razões de condição do sexo feminino quando o crime envolver: violência doméstica ou familiar, ou ainda, restar configurado menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A Lei n. 13.827/2019 incluiu o art. 12-C na Lei Maria da Penha, o qual autoriza, em caso de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher, que o agressor seja imediatamente afastado do local de convivência com a ofendida. Em Municípios que não forem sede de Comarca ou não tiverem disponível delegado de polícia, o próprio policial poderá realizar tal diligência.[69]

Mais recentemente, o legislador pátrio se preocupou em coibir outras formas de violência contra mulher, mormente as realizadas por meios eletrônicos, tais como aquelas praticadas por meio de mídias sociais e serviços de mensagem. Trata-se de elevar o nível de proteção das mulheres contra tipos de violência que não atingem diretamente o físico da mulher, mas a sua moral, sua estabilidade psicológica, sua reputação e liberdade de escolha.

2. "NOVAS" FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O CRIME DE PERSEGUIÇÃO (STALKING)

Não é de hoje que a mulher sofre violência psíquica ou emocional. Trata-se de violência exteriormente mais sutil, mas que aflige há gerações a autoestima e a liberdade de autodeterminação feminina. Os meios utilizados pelos agressores são cada vez mais tecnológicos, no entanto, a tática de intimidação mediante ameaças ou a exposição pública de informações relacionadas à vida privada ainda é muito frequente.

O "*stalking*" é a forma de perseguir pessoas, seja aparecendo em lugares que elas costumam frequentar ou se inserindo em situações que en-

69 Esta novidade legislativa teve sua constitucionalidade questionada no bojo da ADI n. 6138, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros sob o argumento de que ofenderia o princípio da reserva de jurisdição. Pendente julgamento de mérito. http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5696989 (Acesso em 14.06.2021).

volvam a mesma, desrespeitando a sua vontade, podendo também ocorrer por meio da presença *on-line*, o chamado "*cyberstalking*", que se refere à perseguição na internet, através das redes sociais, e-mails, sites etc.

No ano de 1933, a Dinamarca se tornou o primeiro país do mundo a tipificar a conduta do "stalking", que foi considerado crime pela legislação dinamarquesa, enquanto em 1990, os Estados Unidos passaram a notar a prática da perseguição como perigosa, quando a atriz Rebeca Schaeffer faleceu devido ao comportamento de um fã que a perseguia (GOMES, 2016, p. 14).

Vinte e cinco anos depois foi à vez de Portugal tipificar a conduta, quando incluiu a perseguição no seu Código Penal por meio do artigo 154-A do mesmo diploma legal (PORTUGAL, 1982), que, inclusive, denominou o "stalking" como lesar a liberdade de determinação da pessoa perseguida, assim como a legislação italiana compreendeu que seria a alteração dos hábitos de vida da vítima (ITÁLIA, 1930), e agora, o Brasil tomou a mesma decisão de tornar crime o comportamento persecutório, conforme será tratado no presente trabalho.

A Lei n. 14.155/2021, alterou o artigo 154-A do Código Penal, inicialmente acrescentado pela Lei n. 12.737/2012, conhecida como "Lei Carolina Dieckmann", editada justamente por conta de uma vítima mulher, que teve arquivos contendo informações relacionadas à sua vida privada, divulgadas ilegalmente. Pela nova redação, a pena base foi ampliada de um a quatro anos de reclusão, além da inclusão de causas de aumento e qualificadoras.

No mesmo ano, editou-se a Lei n. 14.132/2021, que estabeleceu a pena de reclusão de seis meses a dois anos, além de multa, ao agente que: "Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade." (art. 147-A, caput do Código Penal). (BRASIL, 2021)

O intuito do legislador foi punir a conduta de perseguição reiterada da vítima, independentemente do meio utilizado, seja por serviços de mensagem instantânea, o SMS, ou aplicativos mais modernos, como o WhatsApp e o Telegram. O e-mail também pode ser utilizado pelo criminoso para a prática do fato típico, além das redes sociais, cujo fenômeno levou à edição de um novo termo: o cyberstalking.

O crime do "*stalking*", portanto, abrange diversas condutas, considerando o leque de opções que a perseguição física e *on-line* apresentam, sendo possível a realização de várias atitudes de perseguição, geralmente, relacionadas ao gênero, já que grande parte ocorre contra mulheres, sendo a maioria dos chamados "*stalkers*" homens e, muitas vezes, ex-parceiros, conforme as estatísticas apresentadas pelo governo de Portugal em 2014, através de estudo realizado pela Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, que concluiu que a perseguição tende a ser praticada por esses sujeitos em, aproximadamente, 32% das vezes, não tendo o Brasil, entretanto, quaisquer estatísticas disponíveis até o momento para serem utilizadas no presente estudo.

Costa, Hoffman e Fontes (2021) anotam que:

> O fenômeno da perseguição incessante, estudado pela Criminologia há algum tempo, agora merece uma figura típica específica. A palavra em inglês é utilizada na prática de caça, deriva do verbo stalk, que corresponde a perseguir incessantemente. No contexto de caça, inclusive, ocorre quando o predador persegue a presa de forma contínua. Consiste em forma de violência na qual o sujeito invade repetidamente a esfera da vida privada da vítima, por meio da reiteração de atos de modo a restringir a sua liberdade ou atacar a sua privacidade ou reputação. O resultado é um dano temporário ou permanente à integridade psicológica e emocional.

Os mesmos autores anotam que o crime é habitual, não podendo ser praticado mediante uma única conduta, que poderia – neste caso – configurar agressão, e formal – isto é, consumando-se com a conduta praticada pelo agente, independentemente da produção do resultado. Todavia, exige-se, que a perseguição ameaçadora se de uma intensidade capaz de causar medo, superando mera inquietação. Neste sentido:

> Uma primeira interpretação, literal, permite concluir que a ameaça à integridade física ou psicológica seria apenas uma das formas de perseguição, juntamente com a restrição da capacidade de locomoção ou a invasão ou perturbação da liberdade ou privacidade. Todavia, essa leitura, além de desconsiderar a própria conceituação doutrinária de stalking (que pressupõe medo, não bastando sim-

> ples inquietação por limitação de locomoção ou da liberdade ou privacidade), atacaria princípios basilares do Direito Penal, notadamente da lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade, ampliando demasiadamente o espectro da norma, alcançando indevidamente a figura do detetive profissional, oficial de justiça, operador de telemarketing, paparazzi ou até mesmo o galanteador em insistência amorosa.
>
> A exegese que parece mais adequada é sistemática e teleológica. Haverá o crime apenas diante da perseguição reiterada que ameace a integridade física ou psicológica da vítima, quando (a) restrinja sua capacidade de locomoção ou (b) por qualquer outra forma, invada ou perturbe sua liberdade ou privacidade (cláusula de interpretação analógica).
>
> O verbo principal é perseguir, no sentido de atormentar, importunar, ir atrás de maneira insistente. (COSTA & HOFFMAN & FONTES, 2021)

A positivação da conduta no Código Penal brasileiro atende ao clamor de entidades de defesa dos direitos da mulher, dos direitos humanos e movimentos feministas. Pretende-se, assim, modernizar o arcabouço jurídico pátrio, de modo a alinhá-lo a padrões internacionais de defesa e proteção das mulheres. Todavia, ressalta-se a possibilidade da vítima ser homem.

Por ser um crime punido com reclusão, é possível a adoção da interceptação telefônica como meio de obtenção de provas, haja vista não incidir a proibição do inciso III, do art. 2º da Lei n. 9.296/1996: Art. 2° "Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: [...] III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção." (BRASIL, 1996)

De outro lado, a punição com reclusão deve ser aplicada aos regimes fechado e semiaberto, resguardada a crimes de maior potencial ofensivo. Neste sentido, verifica-se o art. 33 do Código Penal: "Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado." (BRASIL, 1940)

Em uma primeira leitura, parece que o legislador não adotou a melhor técnica, pois indicou como preceito secundário da norma penal incriminadora, "reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa", apontando claramente para uma infração de menor potencial ofensivo, eis que apenado com pena máxima igual a dois anos, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95: "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa." (BRASIL, 1995)

Como infração de menor potencial ofensivo, e de ação pública condicionada (art. 147-A, § 3º do Código Penal), haverá a incidência dos institutos despenalizadores, dentre eles a transação penal e, por conta da pena mínima inferior a um ano, da suspensão condicional do processo.

Assim sendo, talvez a vítima que venha a representar perante o Delegado de Polícia, requerendo investigação do caso ou mesmo perante o Ministério Público, no afã de ver o agente punido, poderá ter a sensação de impunidade, pois em regra, o agressor terá que pagar multa ou serviços à comunidade. Apenas em casos excepcionais ou em situações envolvendo violência doméstica contra a mulher, devidamente fundamentados, o Ministério Público poderá recusar-se a oferecer tais benesses. Como regra, caso a vítima venha a aceitar a composição civil dos danos, isto importará em renúncia ao direito de representação criminal contra o autor, nos termos do art. 75, parágrafo único da Lei n. 9.099/95.

Logo, a nova lei é, por muitos, considerada mais um mecanismo de proteção à mulher contra a violência de gênero, já que também se tornou causa de aumento de pena, entretanto, como demonstrado, a má-técnica do legislador parece ter produzido uma situação de proteção apenas formal às mulheres, pois diante de atos de tamanha gravidade, não se poderia considerar ato infracional de menor potencial ofensivo.

3. REFLEXÕES SOBRE A PREVENÇÃO DE CONFLITOS E A PROTEÇÃO DA MULHER

A Lei nº 14.132 de 2021 não foi o primeiro mecanismo utilizado como forma de proteção à mulher, até porque existem outras previsões legais específicas contra a violência de gênero, como o caso do enquadra-

mento do "feminicídio", que está passando por processo de análise pelo Senado Federal, inclusive, acerca do aumento de sua pena mínima, já tendo sido aprovado pela Câmara Federal.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como a "Convenção de Belém do Pará", realizada em 9 de junho de 1994, também levou em consideração a preponderância da ocorrência do crime de "stalking" contra as mulheres, quando definiu o seguinte em seu artigo 7º (BRASIL, 1996):

> Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convém em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:
>
> [...]
>
> d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade.

Entretanto, apesar das diversas modificações legislativas ocorridas até o presente momento, a mulher continua sendo alvo de violência diariamente, ocorrendo um aumento cada vez maior deste tipo de situação, o que faz com que seja questionada a eficiência de uma legislação protetora, tendo em vista que, atualmente, a mesma apresenta-se como insuficiente para proporcionar a segurança da população feminina.

É necessário realizar uma reestruturação da sociedade como um todo e de sua atual cultura violenta, que se propaga ao passar das gerações e tem como consequência a extensão de condutas machistas e violentas, que inibem a mulher de se sentir segura nas ruas, em casa ou em qualquer lugar, como o próprio crime de "stalking" demonstra, já que se tornou comum o comportamento de perseguição com qualquer pessoa, principalmente, mulheres, ainda mais com o crescimento da atividade *on-line*, o que facilita esse tipo de conduta.

Torna-se fundamental, portanto, a instituição de políticas públicas estruturais que sejam mais eficazes do que a mera edição de leis, já que é o papel do Estado encarregar-se da prevenção de conflitos, o que seria mais

eficiente com a implementação de novas e diferentes medidas, que visem o enfrentamento da violência contra a mulher.

Engel (2020), considera que "as políticas tendem a focar quase que exclusivamente as consequências de uma relação de violência já estabelecida e não o desmantelamento das relações hierárquicas e violentas de gênero", de forma que o foco da criação de medidas contra a violência não estaria visando o verdadeiro problema enraizado nas relações de poder que envolvem a questão do gênero.

A autora ainda relata a insuficiência das medidas legislativas no processo de enfrentamento da violência contra a mulher, observando, entretanto, que há a necessidade de ocorrer uma ampliação da legislação quanto ao assunto (ENGEL, 2020).

Apesar da maior percepção do problema da violência, esta não parece ter diminuído com a mera edição de leis com menção ao tema, o que faz questionar se não poderiam ser tomadas outras providências que ajudem a minimizar os casos e a problemática em si, em que poderiam ser criados centros de ajuda e proteção à vítima que sejam mais acolhedores e incentivem a denúncia dos crimes, oferecendo amparo durante todo o processo que a mulher passa, com a participação de psicólogos, assistentes sociais e advogados, além de uma assistência financeira e estrutural para auxiliar a mulher a sair do ambiente ou situação violento.

Essas medidas são necessárias para que a mulher tenha condições e meios que a apoiem ao enfrentar a situação, e para "deslocar simbolicamente a responsabilidade pelo enfrentamento da violência contra mulheres, aproximando-a mais do Estado e dos agressores, no lugar de deixá-las a cargo das vítimas" (ENGEL, 2020).

Por fim, a prevenção de conflitos é responsabilidade do Estado e o mesmo deveria tomar atitudes para realizá-la de forma efetiva, com a implementação de estratégias que promovam um ambiente mais seguro, menos violento e alcançável para todas as mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo dizer que quando se trata de concretização e efetivação de direitos, em especial para as mulheres, é inegável ser necessário a ação

conjunta de políticas públicas efetivas e esforços dos poderes do Estado, para que surta o devido efeito a proteção e garantia almejada.

Assim, não basta somente à instituição de leis mais severas, é vital que Poder Público, em todas as esferas, promova políticas de intervenção para desconstruir conceitos intrínsecos que há muito assola a sociedade brasileira.

Há de ressaltar que o dever constitucional do Estado brasileiro em construir uma sociedade livre, justa e igualitária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de maneira que o Estado não pode se eximir deste dever.

Dessa forma, conforme percorrido ao longo do presente trabalho, a criminalização da perseguição se mostra necessária, pois se trata de violência sutil, silenciosa, que muitas vezes penetra na vida íntima da vítima com o único intuito de causar danos, tal como violência psicológica, incômodo social, perda de oportunidades, violências físicas e perturbação.

A criminalização da perseguição não é recente no contexto global. Entretanto, o que difere a realidade brasileira destes países estrangeiros é o aparato envolto na criminalização destas condutas, uma vez que o Brasil ainda é carente de medidas preventivas, educadoras e acolhedoras para mulheres vítimas deste crime. Infelizmente, a escolha do legislador em considerar o crime de perseguição de menor potencial ofensivo corrobora com esta ideia. A indicação de crime de reclusão em um crime passível, desde que desvencilhado da violência doméstica contra a mulher poderia até mesmo – em tese – possibilitar a incidência de instrumentos despenalizadores.

A despeito disso, a Lei º 14.132 representa avanço, de um ponto de vista normativo, para a concretização e efetivação dos direitos mais comezinhos às mulheres e, principalmente, para preservar a sua integridade.

Todavia, não basta somente a rigidez da legislação, é vital que haja a instituição de políticas públicas eficaz, capaz de desconstruir todo um conceito de uma sociedade fundado no patriarcado através de medidas intervencionistas na criação e desenvolvimento da sociedade, como por exemplo, campanhas em escolas, produção de conteúdo digital sobre esta temática nos portais oficiais, dentre outras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. [*S. l.*], 1 ago. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [*S. l.*], 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

_____. **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). [*S. l.*], 31 mar. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. [*S. l.*], 26 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

_____. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. [*S. l.*], 24 jul. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva; FONTAINHA, Gabriela Araujo. **O novo crime de Perseguição - Stalking**, 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/343381/o-novo-crime-de-perseguicao--stalking. Acesso em: 18 jun. 2021.

CAMPOS, Daniele Volpato Sordi de Carvalho e MAGNOTTI, Luciane Antunes. O enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher. In: SANTOS, Celeste L. e t al. (Coords.). **As especialistas**. São Paulo: APMP, 2016, p. 195.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES – CIM. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

COSTA, Adriano Sousa; FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. **Stalking: o crime de perseguição ameaçadora,** 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/academia-policia-stalking-crime-perseguicao-ameacadora. Acesso em: 15 jun. 2021.

ENGEL, Cíntia Liara. **A violência contra a mulher**, 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190215_tema_d_a_violenca_contra_mulher.pdf. Acesso em: 19 jun. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). **Estatísticas**. São Paulo, 2021. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/estatisticas/. Acesso em: 22 jun. 2021.

GOMES, Filipa Isabel Gromicho. **O novo crime de perseguição: considerações sobre a necessidade de intervenção penal no âmbito do stalking.** Dissertação de Mestrado (Especialização em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito da Universidade de

Coimbra. Coimbra, fls. 116, 2016. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41675/1/TESE%20FILIPA%20ISABEL%20GOMES%20FDUC.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

ITÁLIA. **Decreto nº 1398, de 19 de outubro de 1930**. Codice Penale. [*S. l.*], 19 out. 1930. Disponível em: http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/cp.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

PAULO, Bruno Giovannini de; ROQUE, Ana Cristina Lemos. A Vitimização Secundária das Mulheres em Delegacias de Polícia: localizando possíveis causas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 5, n. 1, p. 361-400, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0361_0400.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021

PORTUGAL. **Decreto nº 48/95, de 15 de março de 1982**. Código Penal. [*S. l.*], 15 mar. 1982. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 22 jun. 2021.

SIMÕES, Kristiam Gomes. **O novo crime de Stalking e algumas de suas implicações**, 2021. Disponível em: https://www.mpms.mp.br/noticias/2021/04/o-novo-crime-de-stalking-e-algumas-de-suas-implicacoes. Acesso em: 19 jun. 2021.

ANÁLISE COMPARATIVA DAS TEORIAS DO GARANTISMO PENAL, DO DIREITO PENAL DO INIMIGO E DO MOVIMENTO CRIMINAL DA LEI E ORDEM

Renata da Silva Carvalho[70]
Francisco Torres de Morais Filho[71]

INTRODUÇÃO

No processo penal, o exercício do poder punitivo estatal está condicionado à observância de regras procedimentais que visam resguardar os direitos fundamentais das partes colocando-as em posição de igualdade (SILVA *et al.*, 2005).

Logo, à medida que ao Estado cabe o poder de punir como forma de reprimenda as violações legais, cabe também o dever de respeitar e assegurar os direitos e garantias fundamentais que foram positivados, após árduas lutas para serem reconhecidos, sendo fundamentado na teoria dos

70 Discente do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal no Centro Universitário de Patos (UNIFIP).

71 Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Pós-graduado em Ciências Criminais pelo Centro Universitário de Patos (UNIFIP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Joinville.

contratualistas como Rousseau, Beccaria, Tomas Hobbes, Locke e Kant (BARROS, 2020).

Ocorre que, com o rompimento do sistema processual inquisitivo que surgiu com o Direito Canônico no séc. XIII, cujo ponto central era a concentração de todas as funções necessárias à justiça investigar, acusar, defender e julgar nas mãos do juiz, negando ao acusado todo e qualquer direito, se estabeleceu o sistema processual acusatório, que teve sua origem na Grécia e em Roma antiga (LOPES JÚNIOR, 2020).

O sistema acusatório descentralizou as funções antes concentradas na figura do juiz, retirando-lhe inclusive o poder de produzir provas durante o processo e atribuindo-lhe apenas a função de julgar (PRADO, 2006).

Para tanto, Prado (2006) sustenta que, em razão do princípio acusatório, não se deve, em regra, conceder ao juiz poderes de produção de prova judicial:

> Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar, de maneira supletiva, provas da inocência (PRADO, 1999, p.129-130).

Desta forma, após o ordenamento jurídico brasileiro adotar o sistema processual acusatório na fase de processo penal e inquisitivo na fase do inquérito penal, o Estado ficou em um limbo entre resguardar os direitos e garantias fundamentais e combater eficaz e efetivamente a criminalidade.

Ocorre que o Direito Penal tem como um dos seus princípios o da intervenção mínima, logo, é utilizado como última razão, sendo necessária efetiva e clara violação ao bem jurídico tutelado para que ele intervenha na vida privada e aplique a norma secundária, qual seja, a sanção penal, limitando ao encarceramento a crimes considerados desprezíveis e graves à sociedade.

Como consequência de amplas transformações que têm ocorrido na humanidade a partir do século XIX, o mundo tem buscado alternativas

para enfrentar o aumento da violência e da criminalidade nos grandes centros urbanos (ARAGÃO, 20210).

A partir do século XX, tendo relação entre a preservação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e o combate mais eficiente dos fenômenos da violência e criminalidade, surgem as teorias que são objetos de estudo desse trabalho: o Garantismo Penal, o Direito Penal do Inimigo e do Movimento Criminal da lei e ordem que em suas máximas significam, respectivamente: a clara proteção dos direitos e interesses do réu (investigado, acusado); a aplicação objetiva da pena com a flexibilização dos direitos e garantias do acusado; e o recrudescimento do sistema penal de modo que um inocente possa ser condenado para garantir que nenhum culpado fique impune.

A presente pesquisa utilizou o método dedutivo e uma abordagem qualificativa para análise valorativa com objetivo descritivo e exploratório que, por conseguinte, estará apto para construir hipóteses a partir da análise de documentos. Com isso foi necessário um procedimento bibliográfico com base em artigos científicos, livros, sites e revistas.

1. GARANTISMO PENAL

O movimento garantista se originou na Europa como uma corrente crítica da criminologia, vindo a ganhar força na Itália nos anos de 1970, onde conforme realça Cerqueira Neto (2019) surgiu "[...] como resposta à emergência da legislação italiana antiterrorista, em que o governo travava intenso combate com grupos políticos [...] que se valiam de práticas terroristas para emplacar suas ideias."

Logo, o garantismo penal, idealizado por Luigi Ferrajoli (2014) em sua obra "Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal" reconhece o Direito Penal como imprescindível para punir as práticas criminosas mais graves, ao tempo em que condiciona sua utilização aos casos em que se verifique a impossibilidade de alternativa razoável, evidenciando o seu status de última ratio. Menciona Magalhães (2010, p.188) que o garantismo erguido por Ferrajoli tinha como objetivo "deslegitimar o exercício absoluto do poder punitivo estatal [...] sendo, simultaneamente, um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.".

Ou seja, essa teoria surgiu como forma de conter os abusos penais praticados pelo Estado, passando a sustentar que o Estado deve exercer seu poder punitivo sem que sacrifique direitos fundamentais assegurados ao acusado. Para isso, deve observar os princípios da necessidade, da igualdade, da proporcionalidade, para impedir que os atos do poder público alcancem os extremos do garantismo e do exercício do poder punitivo.

Diante disso, surgem dessa teoria a garantia de imparcialidade do julgador, através da separação formal entre juiz e acusador, a prerrogativa de que o acusado seja considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória conforme se estabelece no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 e a regalia do acusado apenas contrapor as alegações da acusação, sem que seja necessário provar sua inocência, atribuindo-se o ônus da prova a quem notifica o fato criminoso.

Percebe-se, que na sua conjectura, a referida teoria foi idealizada sem radicalismos, cuja aplicação na seara jurídica se dá em forma de garantismo penal integral, que protege os bens jurídicos ao tempo em que protege os interesses e direitos do acusado. Para melhor esclarecer, Fischer (2010, p.48) explica que "[...] do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados.".

1.1 GARANTISMO PENAL HIPERBÓLICO MONOCULAR

Acontece que na atualidade ocorre um verdadeiro desvirtuamento do emprego da doutrina garantista idealizada por Luigi Ferrajoli em diversas aplicações nos Direitos Penal e Processual Penal brasileiro (MARQUES, 2018).

Abordando o tema, Marques (2018) faz a seguinte afirmação:

> O chamado garantismo hiperbólico monocular, expressão dada por Douglas Fischer, significa proteção exagerada e desproporcional ao réu na relação penal processual e está interligado à sensação de impunidade, que supervaloriza os direitos individuais e, ao mesmo tempo, reprime a proteção dos interesses coletivos e sociais, abalando a justiça e deixando a segurança jurídica à margem de dúvidas e instabilidade.

Visando beneficiar os seus clientes, muito advogados defendem "[...] que as regras processuais devem servir para favorecê-los, e nunca para prejudicá-los." (Ana Paula *et al.,* 2020, p.155). Com base nisso, esses juristas têm defendido em suas teses um garantismo penal extremo e distorcido do garantismo penal originário, de modo que se empenha em proteger demasiadamente o acusado, conferindo-lhe direitos e garantias em excesso, esquecendo que, consoante Ana Paula e *et al.* (2020, p.157) "[...] a exemplo do réu, também a vítima é titular de direitos.".

Desta feita, ergue-se o que hoje se conhece por Garantismo Penal Hiperbólico Monocular, expressão adotada por Fischer (2010) que explica essa teoria como qualquer pretensão que se tenha apenas aos direitos individuais. Em suas palavras esclarece que este garantismo "[...] evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos".

Ora, o que se verifica é que o Garantismo Hiperbólico consiste em indevida aplicação das regras processuais, onde, o julgador, pelo simples interesse de beneficiar o réu, acolhe teses extremistas sustentadas em um garantismo penal distorcido, conforme se pode verificar através do teor da seguinte ementa de acórdão confirmatório mencionado na obra "Garantismo Penal Aplicado" de Carvalho (2003, p. 75):

> Roubo. Concurso. Corrupção de menores. Coculpabilidade.
>
> Se a grave ameaça emerge unicamente em razão de superioridade numérica dos agentes, não se sustenta a majorante do concurso, sob pena de "bis in idem".
>
> Inepta é a inicial do delito de corrupção de menores (Lei 2252/54) que não descreve o antecedente (menores não corrompidos) e o consequente (efetiva corrupção pela prática do delito), amparado em dados seguros coletados na fase inquisitorial.
>
> O princípio da coculpabilidade faz também a sociedade responder pelas possibilidades sonegadas ao cidadão – réu.
>
> Recurso improvido, com louvor à juíza sentenciante.

Assim, vê-se que a teoria garantista tem sido utilizada frequentemente na jurisdição brasileira de forma deturpada dando ensejo a um "garan-

tismo à brasileira", "que nada mais é senão um discurso legitimador da impunidade por meio da desmedida exaltação da liberdade individual e do abuso do direito de defesa" (MAGALHÃES, 2010, p.188-189), empenhado em afastar, no todo, o poder punitivo, bem como os direitos e garantias inerentes às vítimas.

Para Marques (2018), esse garantismo distorcido, observado em diversas decisões judiciais no Brasil, tem como consequência a impunidade e o desequilíbrio das garantias fundamentais às partes no processo penal pátrio, em flagrante favorecimento do réu, em detrimento das vítimas e provocando insegurança para a sociedade.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Influenciado pelos fundamentos do funcionalismo sistêmico e inspirado filosoficamente nas obras contratualistas de Rousseau, Hobbes, Fitche e Kant, Gunther Jakobs desenvolve na Alemanha a teoria do Direito Penal do Inimigo que de maneira pragmática consiste em tolher os direitos fundamentais do acusado, considerando-o como objeto e não como pessoa (BARROS, 2020).

Essa teoria ganhou forma em meados dos anos 80 com o clima da Guerra Fria que era sentida em todo o mundo. A teoria nasceu com contornos extremamente punitivista visando separar as pessoas em categorias de cidadãos que podem em algum momento se desviar do caminho e praticar uma infração penal e de inimigos que são vistos como um "perigo latente" pois se afastam continuamente do Direito (BARROS, 2020).

Aos cidadãos infratores, seria dado proteção aos seus direitos e um julgamento dentro da legalidade, já aos inimigos, coação de modo a neutralizar suas atitudes e potencial ofensivo (MATOS, 2009).

Isso se dá porque devido o "inimigo" ser considerado como uma pessoa que não se submete as regras e não se adapta ao convívio social, voltando, pois ao seu estado de natureza deve se submeter a regras mais severas e penas antecipadas a fim de evitar que ele incorra na prática de infração penal (GRECO, 2021).

No entanto, a teoria idealizada por Jakobs caiu no esquecimento, retornando com maior força após diversos ataques terroristas, a exemplo do 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. Em decorrência dos aten-

tados foi assinada a lei USA Patriot Act, lei antiterrorista respaldada no medo da população e inspirada no Direito Penal do Inimigo que acabou por viabilizar que o governo violasse as liberdades de todos, fundamentando-se em qualquer ilação mínima que chegasse ao seu conhecimento (BARROS, 2020).

Assentada sobre os pilares de antecipação e desproporcionalidade da pena, supressão de garantias processuais e recrudescimento das leis, ao esbarrar no ordenamento jurídico brasileiro, essa teoria se mostra totalmente incompatível, pois viola o Estado Democrático de Direito e se contrapõe ao que preconiza a Constituição Federal/88 quando assegura os direitos e garantias fundamentais como cláusulas pétreas.

No entanto, há casos que chegam ao STF objetivando a aplicação dessa teoria, tendo, todavia, o Supremo se posicionado no sentindo de impossibilidade da aplicação da mesma por ferir os princípios consagrados pelo Estado Democrático como se pode ver no teor do seguinte julgado:

> Estipulação do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado — Fundamentação baseada apenas nos aspectos inerentes ao tipo penal, no reconhecimento da gravidade objetiva do delito e na formulação de juízo negativo em torno da reprovabilidade da conduta delituosa — Constrangimento ilegal caracterizado — Pedido deferido. O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime — e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciais meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do 'direito penal simbólico' ou, até mesmo, do 'direito penal do inimigo' —, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País. Precedentes". HC 85.531, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-05, DJ de 14-11-07

Não obstante, na prática, vê-se que muitos direitos são mitigados e que o Direito Penal incide de formas diferentes em razão do delito praticado, tendo como exemplo o Regime Disciplinar Diferenciado que acaba por definir como inimigos os presos submetidos a ele e a Lei de Crimes Hediondos que embora não sejam influenciadas diretamente por essa teoria, possuem semelhanças com ela. Com isso, percebe-se que há resquícios da teoria de Jakobs no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não tenha sido acatada sua aplicação.

3 MOVIMENTO CRIMINAL DA LEI E ORDEM

Difundida pelo Alemão Ralf Dahrendorf, o Movimento Criminal da Lei e Ordem surgiu na década de 70, nos Estados Unidos com o objetivo de combater a crescente criminalidade adotando a pena, sobretudo, em seu caráter retributivo. Assim, esta teoria passou a defender a integral aplicação das penas mais severas e recrudescimento das mais transigentes.

Ocorre que, devido à forte influência que a mídia exerce nas pessoas, ao disseminar matérias relacionadas aos crimes, o faz, muitas vezes, de maneira alarmante e sensacionalista conforme dispões Pfeiffer (2005, p.280):

> *A mídia notícia com muito maior intensidade e carga emocional a respeito de assassinatos espetaculares e de perseguições policiais a ladrões de banco ou a quadrilhas de invasores de domicílios do que a respeito da criminalidade cotidiana ou de acontecimentos sociais normais.*

Em razão disso, a sociedade, influenciada e apavorada pelas informações divulgadas, clama ao Estado um maior rigor no combate ao crime. Com base nisso, a Law and Order surge evidenciando que a solução para o combate da criminalidade seria o Direito Penal com a máxima: "direitos humanos para humanos direitos" o que, por sua vez, corrobora com a política de Tolerância Zero, evidenciando as pessoas honestas como únicas detentoras dos Direitos Humanos. (MACHADO, 2006)

Desta forma, assim como no Direito Penal do Inimigo, o Movimento Criminal da Lei e Ordem categorizou as pessoas em dois grupos: um composto por pessoas de bem, logo, merecedoras de proteção legal e o

outro de homens maus a quem deve ser endereçada a severidade da lei penal (ARAGÃO, 2020).

A Tolerância Zero surgiu em Nova York, no governo do prefeito Rudolph Giuliani, em meados de 1991 como um desdobramento do Movimento Criminal da Lei e Ordem, defendendo que qualquer conduta ilícita devia ser punida, independentemente de sua gravidade. Corrobora com isso, Coutinho (2003, p. 26) quando diz que a Tolerância Zero:

> é marcada pelo excesso do soberano e desumanidade das penas; um funcionalismo bipolar, um tudo ou nada, culpado ou inocente; um sistema binário, muito a gosto de uma pós-modernidade reducionista e maniqueísta.

No Brasil, é possível identificar que houve reflexos e influência ideológica dessa teoria no artigo art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 que em sua redação inicial não permitia a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos, tendo a pena ter que ser "cumprida integralmente em regime fechado" (BRASIL, 1990).

O Movimento Criminal da Lei e Ordem possui vários adeptos e defensores no Brasil, influenciados por uma mídia sensacionalista, e é apresentada como uma solução simplista, rápida e eficiente para enfrentar a escalada da criminalidade e ao sentimento de impunidade vivido em nosso país (VALLE; MISAKA; FREITAS, 2018).

Contudo, não se educa uma sociedade e encontra solução para todos os seus males, simplesmente, através da intervenção do Direito Penal. A implantação do Direito Penal Máximo nos leva à sua falta de credibilidade, pois quanto mais infrações penais, menores são as possibilidades de sua efetiva punição, proporcionando um sistema repressivo cada vez mais seletivo (GRECO, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, ao passo em que o Garantismo Penal busca evidenciar a intervenção mínima do Direito Penal em seu status de ultima ratio, além de assegurar em sua plenitude os direitos e garantias dos acusados, as teorias do Direito Penal do Inimigo e a do Movimento Criminal da Lei e Ordem,

por outro lado, visa uma maior atuação estatal no combate à criminalidade, suprimindo em sua maioria ou totalidade os direitos dos acusados, que com base nessas teorias não são sujeitos de direitos por não se adaptarem ao convívio social.

A Law and Order sugere a intervenção máxima do Direito Penal como prima ratio, utilizando-se de penas mais graves para punir todo e qualquer ato criminoso, seja ele grave ou não, posto que essa seria a solução para o combate à criminalidade.

Já a teoria do Direito Penal do Inimigo, propõe um duplo sistema criminal cujo maior rigor deve ser endereçado aqueles que são considerados inimigos da sociedade. Para aqueles que são considerados cidadãos, ao praticarem algum delito ao longo da vida, deve incidir uma punição dentro da estrita legalidade.

Com isso, percebe-se que não é razoável atribuir demasiadamente direitos aos acusados e suprimir as garantias inerentes as vítimas dos delitos. Assim como não é possível categorizar as pessoas em grupos cuja incidência penal se dê fundamentada no autor do crime e não no delito em si, pois, além de ser desproporcional e incoerente, viola expressamente o princípio da igualdade.

Ademais, não é plausível o recrudescimento da execução penal e agravamento das penas de modos que todos os infratores – seja um terrorista ou um "ladrão de galinhas" – respondam de maneira igual por delitos totalmente diferentes e tenham menos possibilidades de serem reinseridos na sociedade.

Também não é correto distorcer a Teoria do Garantismo Penal, criada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, a fim de aplicar teses defensivas que prejudicam a persecução criminal e podem até levar a impunidade indevida. Tal postura, como visto, conhecida como Teoria do Garantismo Hiperbólico Monocular ou de "garantismo à brasileira", é caracterizada pela inversão de valores presentes nas relações jurídicas do nosso ordenamento pátrio, afrontando em demasia os fundamentos do Estado Democrático de Direito

Desta forma, vê-se a manifesta impossibilidade da integral aplicação das teorias do Garantismo Penal Hiperbólico, do Direito Penal do Inimigo e do Movimento Criminal da Lei e Ordem no nosso ordenamento jurídico sem transgredir flagrantemente os princípios defendidos pelo Es-

tado Democrático de Direito, posto que um de seus sustentáculos consiste na dignidade da pessoa humana que seria evidentemente violada se alguma dessas teorias viesse a prosperar.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ivo Rezende. **Movimento da Lei e Ordem: sua relação com a lei dos crimes hediondos**. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimento-da-lei-e-ordem-sua-relacao-com-a-lei-dos-crimes-hediondos. Acesso em: 10 dez. 2020.

BARROS, Rafael. **Entenda a teoria do direito penal do inimigo no Brasil.** Disponível em https://www.aurum.com.br/blog/direito-penal-do-inimigo/ Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL**. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 85.531/SP- São Paulo. Relator Ministro Celso de Mello. **Informativo STF.** Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo488.htm. Acesso em: 8 dez. 2020

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo penal aplicado**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CERQUEIRA NETO, Ivan Montenegro. **O garantismo penal hiperbólico monocular e a possível vitimização quaternária**. Faculdade Atame, Brasilia, 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; Carvalho, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. ***Revista de Estudos Criminais,*** Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica. Alexis Couto de Brito (Colab.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, Douglas. **O que é garantismo penal (integral)?** In: CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo; FISCHER, Douglas (Coords.). **Garantismo penal integral***:* questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito penal do inimigo**. Disponível em https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal--doinimigo. Acessado em: 10 maio 2021.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano, citando Gevan Almeida em: Machado, Nara Borgo Cypriano. Violência urbana: uma reflexão sob a ótica do direito penal. ***Revista da Faculdade de Direito de Campos***, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 7, n. 8, p. 448, jan.-jun. 2006.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O Garantismo Penal Integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, v.1, pp. 185-199, dez. 2010. Disponível em https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf. Acesso: 10 nov. 2020.

MARQUES, Nany Papaspyrou. **Do Garantismo Integral ao Garantismo à Brasileira: Ensaios sobre o modo Garantista Hiperbólico Monocular e Seus Reflexos no Estado Democrátivo de Direito**. 2018. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/278959/do-garantismo-integral-ao-garantismo-a-brasileira--ensaios-sobre-o-modo-garantista-hiperbolico-monocular-e-seus-reflexos-no-estado-democratico-de-direito Acesso em: 26 jun. 2021.

MATOS, Bruno Florentino. **Direito Penal do Inimigo**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5138/Direito-Penal-do-inimigo . Acessado em: 10 dez. 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

PFEIFFER, Christian. A demonização do mal. ***Revista Brasileira de Ciências Criminais***, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 277-285, jan.-fev. 2005.

SILVA, Margarida Bittencourt da; SANTOS, Nivaldo dos; GOMES NETO, Helenisa Maria. **Estado democrático de direito e legitimidade do direito punitivo**, 2005. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Margarida%20Silva_Nivaldo%20d os%20Santo%20e%20Helenisa%20Neto.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

VALLE, Nathália; MISAKA, Marcelo Yukio e FREITAS, Renato Alexandre da Silva. Uma Reflexão Crítica aos Movimentos de Lei e Ordem – Teoria das Janelas Quebradas. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.146-162, out./dez. 2018. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juris-UNITOLEDO_v.3_n.4.09.pdf. Acesso em: 14 abr. 2021.

TAXA DE ENCARCERAMENTO, DIREITO COMPARADO E PRINCÍPIOS – BRASIL, MÉXICO E ESTADOS UNIDOS NA CIDH. UMA ANÁLISE DO SISTEMA CARCERÁRIO E VIOLAÇÕES HUMANITÁRIAS

Mariana da Rocha dos Santos[72]
Thiago Frederico Martins de Oliveira[73]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo inicial analisar a taxa de encarceramento por 100 mil habitantes no Brasil, México e Estados Unidos da América, em seguida passa-se a observar os direitos humanos e princípios que podem ser afetados conforme ocorre um aumento da população car-

72 Mestrando em Direito pela UNESA; Especialista em Direito Civil e Processo Civil, UNESA; Graduada pela FND; Advogada consultiva e contencioso cível; Ativista de movimentos raciais e desigualdades; membro do grupo de pesquisa em assuntos processuais da UFF sob coordenação do Prof. Marcelo Pereira de Almeida.

73 Doutorando UNESA; Mestre UCP; Especialista em Direito Penal e Processo Penal UNESA; Especialista Direito Civil e Processo Civil UNESA; Professor do Curso de Pós-Graduação (Especialização) em Direito Penal e Processo Penal UNESA; Professor do Curso de Pós-Graduação (Especialização) em Ciências Criminais UNISUAM; Autor de Artigos; Autor de Livro; Palestrante e Policial Penal do Estado do Rio de Janeiro.

cerária ou até mesmo já tenham se dado configurando esta afirmação em hipótese a ser confirmada ou não.

Insta esclarecer a justificativa do estudo ora detalhado pois o Brasil ocupa a terceira posição no ranking mundial de maiores populações carcerárias, ficando atrás apenas de EUA e China, ocupantes da primeira e segunda posição respectivamente.

Há ainda a necessidade de se analisar a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois no que tange o sistema carcerário, que é o cerne do estudo em tela, tanto a Comissão quanto a Corte já proferiram decisões que abarcam o sistema penitenciário nacional e alguns desses casos serão apresentados neste trabalho. Em menor grau de detalhamento também será apresentada a perspectiva da CIDH sobre o México e suas prisões. Na mesma toada, no que se colocam os EUA essencial destacar a ausência de denúncias formais a Comissão e a Corte em face do Estado americano, posto que aquele Estado não ratificou a convenção.

A pesquisa dar-se-á através de análise de dados coletados no InfoPen, bem como no Atlas da violência e demais artigos e livros que tratem do tema, tais como, a nível internacional, o próprio sítio da CIDH, World Population Review e World Prison Brief. Destarte o estudo realiza uma apuração dos dados e fatos por eles retratados no sistema carcerário e jurídico do Brasil e demais países sob análise.

A metodologia desta pesquisa dar-se-á através de estudos e análises bibliográficas, bem como estudo de dados numéricos, tornando desta forma uma pesquisa também de cunho quantitativo e de caráter exploratório.

A hipótese de se imaginar comunga com as diretrizes da justificativa de que altas taxas de encarceramento funcionam em detrimento de direitos humanos e princípios do direito. Logo a hipótese a se confirmar é a de que em países com maiores taxas de encarceramento ocorrem maiores desrespeitos aos direitos humanos e princípios concernentes a estes.

A metodologia desta pesquisa dar-se-á através de estudos e análises bibliográficas, bem como estudo de dados numéricos, tornando desta forma uma pesquisa também de cunho quantitativo e de caráter exploratório.

RANKING MUNDIAL DE POPULAÇÃO CARCERÁRIA E O BRASIL

Como dito na introdução desta pesquisa o Brasil ocupa atualmente a terceira posição no ranking de países com maiores populações carcerárias, estando atrás de EUA, ocupante da primeira posição e China, ocupante da segunda posição. A Índia que passou a ocupa a quarta posição, superando a Rússia, estando logo atrás do Brasil.

Com dados de 2021, o Brasil tem em sua população carcerária o numeral de aproximadamente 682 mil pessoas em regime fechado ou semiaberto.[74] Número que já foi maior e pela primeira vez em série histórica apresenta redução. É possível que a pandemia do novo corona vírus enfrentada há mais de ano pelo Brasil tenha contribuído para a queda. Entretanto, esta questão não é elemento central do estudo, até mesmo por seu caráter eventual.

Agora há de se pensar por taxa de encarceramento que é a proporção por 100 mil habitantes, pois é uma das formas de se pesquisar e que pode retratar uma perspectiva diferente, já que o viés da busca se torna mais uniforme, tendo em vista que alguns dos países pesquisados detém uma população bem maior que outros. Assim, o Brasil teria a taxa de 320 presos/100.000 habitantes[75]. Os dados de outros países que também serão visitados serão apresentados mais a diante e estão disponíveis abaixo.

DIREITOS HUMANOS

É notório que os direitos humanos estão contidos em diversos tratados, como Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Universal dos Direitos do Homem, Regras de Mandela (ONU), que são exemplos destes. Diversos países são signatários de tais tratados, logo deve-se ter em mente que tais regras são previstas nestes países, e deveriam ser seguidas.

74 Redução da população carcerária reforça importância de políticas judiciárias. ONU:escritóriode ligação e parceria no Brasil. 2021. Disponíveçl em:www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/05/redução-da-populacao-carceraria-reforcaimprtancia-de-politicas-judiciarias.html. Acesso em: 25 jun. 2021.

75 Conforme dados levantados em 27 de junho de 2021, em consulta ao site do IBGE, o Brasil contava com 213.263.606 habitantes.

Há de se respeitar os direitos humanos como sendo direitos naturais do homem, pois sob esta perspectiva pode-se alcançar melhor aplicabilidade deles. A Comissão interamericana de direitos humanos e a Corte interamericana já atuaram em questões penitenciárias concernentes ao Brasil, em alguns casos, como por exemplo, Urso Branco e Curado. Há ainda questões mais recentes em que há a participação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, para adequação do Presídio Evaristo de Moraes e Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Esse último foi alvo de discussão recente, no recurso ao habeas corpus RHC 136.961, do STJ.

PRINCÍPIOS

Ao estudar e analisar o tema dentro do sistema penitenciário, é de fato necessário efetuar uma análise dos princípios que resguardam o direito. Vital o destaque de alguns princípios que formam o alicerce do Direito voltado ao Sistema Penal de forma ampla, logo discorre-se abaixo.

Princípio da Legalidade que se faz presente em todos os ramos do direito não poderia ser diferente dentro de um Sistema Carcerário, logo a legalidade deve ser respeitada com a máxima dedicação, para que os dispositivos da sentença sejam alcançados e não sejam desrespeitados nem extrapolados.

Cita-se aqui o princípio para que os axiomas da Legalidade, e seus desdobramentos, do Jurista Italiano Luigi Ferrajoli[76] que os cita em sua obra, possam ser usufruídos como parâmetro para compreensão geral do que se pode entender como legalidade para se impor um processo e pena, bem como no decorrer do cumprimento desta pena privativa de liberdade.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tende a ser respeitado quando cessa um crescimento na população carcerária, pois os recursos tornam-se mais práticos de serem aplicados. Princípio este que consiste no respeito a todas as necessidades explícitas na Constituição Federal e mais, que vai além os princípios básicos de sobrevivência do ser humano enquanto pessoa e do que se entende pelo mínimo necessário como os direitos sociais.

76 Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão. Ed RT. 2002.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é pilar principal somado ao Princípio da Legalidade ao falar-se em Sistema Carcerário, pois obviamente seria desproporcional deixar tais princípios a margem de uma análise e aplicação real dentro do referido Sistema.

Princípios da Humanização da Pena e Princípio da Intranscendência somam-se aos acimas citados tendo em vista comporem também o aparato dos princípios relativos ao cumprimento de pena, ou para os que de forma ainda provisória se encontram com sua liberdade privada por questões criminais.

Logo a pena deve ter um caráter mais humano, deixando de ser cruel, afinal apenas se priva da liberdade e de não transcender para que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado, logo que a seus familiares não sejam alcançados pelo sofrimento, mesmo que por questões óbvias uma pessoa que esteja privada da sua liberdade, seus familiares sofreram com esta separação, mas não restando além disso, é o que se pretende pelo princípio ora citado.

A importância dos princípios acima citados dar-se-á pelo fato de que os princípios que se preocupam e balizam o cumprimento de pena podem e devem ser analisados em conformidade com as políticas públicas, protocolos de segurança e principalmente a criminologia.

Para que se possa inteirar o leitor por completo deve-se explicar que a Criminologia é ciência empírica que compõe a engrenagem das Ciências Criminais. Ciência esta, a Criminologia, que estuda o crime de forma ampla, não tendo sua preocupação de forma oclusa com a norma, e sim com o delinquente, a vítima, a sociedade e até mesmo as questões sociais e geográficas que incidem sobre o crime.

VIOLAÇÕES AO DIREITOS HUMANOS E ATUAÇÃO DA COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANA

A Comissão e a Corte interamericana de direitos humanos atua em casos emblemáticos no Brasil que reportam encarceramento acima da capacidade, bem como de forma a tentar efetivar a aplicabilidade dos direitos humanos e princípios referentes ao cárcere.

As atuações da Comissão e Corte encontram legitimidade jurídica e objetiva a partir do direito internacional e resultam da opção de cada Es-

tado em aderir determinado tratado, convenção ou integrar organização transnacional.

> Por certo, cada nação possui interesses distintos, no entanto, em abstrato existe uma razão comum que pode-se dizer que a conflitividade social é indissociável de questões relacionadas aos direitos humanos, os quais, por sua própria natureza de diversidade, definitivamente não podem ser tutelados apenas pela esfera jurídico penal, havendo cada vez mais balizamentos influenciados por normas de abrangência internacional, dentre elas, tratados, convenções, pactos, protocolos e cartas.
>
> Como problemas tratados dentro das iniciativas de cooperação internacional muitas vezes referem-se a matéria também reguladas pelos ordenamentos internos dos Estados, pode-se afirmar que o Direito Internacional inclui como objeto conferir tutela adicional a questões cuja importância transcende as fronteiras estatais, como os direitos humanos [...]. (PORTELA, 2014, p. 45).

CASOS DE DENUNCIAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO A CIDH

Inaugural para discussão é o caso de Urso Branco, há quase 20 anos, em Rondônia. Chama atenção a violência: 37 apenados foram assassinados por outros presos. Em 2002 comissão da Corte Interamericana determinou que o Estado Brasileiro tomasse medidas para proteção da vida e integridade.

Um dos casos levados a CIDH foi o da Penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão. Em 2013, após rebeliões e motins, ceifaram 79 vidas, entre aprisionados e funcionários. Uma das questões apontadas eram a superlotação, mais de 10 vezes o estipulado. Constatada pela secretaria do CIDH outros problemas com alimentação, água e saúde, a corte requereu do Estado a garantia da integridade de funcionários, internos e visitantes. O processo ainda está em andamento.

O caso complexo prisional de Curado, situado no Recife, também chama atenção. A rebelião detinha reivindicações incomuns como acesso à Justiça, celeridade processual, além da praxe, atendimento humanizado

aos visitantes e melhores condições no cárcere. Outro ponto a ser destacado é que o primeiro refém da rebelião era uma mulher transexual que cumpria pena no estabelecimento. Em seguida a violência foi dirigida a detento que era pessoa com deficiência, morto e esquartejado. Até mesmo moradores próximos já foram feridos a tiro oriundos do complexo

Essencial no contexto atual apresentar o caso do instituto Plácido de Sá Carvalho, em Brangu, Rio de Janeiro. A razão da intervenção da corte foram as quase 70 mortes atribuídas a ausência de saúde adequada e eventos concernentes a superlotação. A Defensoria Pública do Estado acompanhou o quadro e comemorou a decisão da CIDH que, dentre outras medidas, proibiu que novos aprisionados fossem levados aos instituto e o mais importante deles, a contagem em dobro dos que ali cumprissem pena, apenas não contemplando presos por crimes contra a vida, integridade física e crimes sexuais. Em histórica decisão o STJ (RHC 136.961) reformou a decisão do colegiado estadual (TJRJ) para valer a decisão interamericana e ir além, conferiu a contagem em dobro a requerente durante todo o tempo de sua estadia, não se limitando ao tempo posterior a notificação da CIDH a autoridade brasileira.

PERSPECTIVA POR AMOSTRAGEM DAS CONDIÇÕES DE CÁRCERE NA AMÉRICA DO SUL E AMÉRICA DO NORTE

O continente americano é vasto e é habitualmente subdivido em América do Norte, América Central e América do Sul. A pluralidade não está apenas no território e questões geográficas, existem diversas questões sociais, políticas econômicas que distinguem e, por vezes, aproximam esses territórios, povos e realidades. Por amostragem, foram selecionados para subsidiar esse estudo o Brasil, país que vivemos; Estados Unidos por ser o Estado com maior população carcerária, bem como pela sua hegemonia econômica e, por fim; o México como representante de país em desenvolvimento, com fortes questões sociais, políticas e econômicas a serem solucionas de modo a aproximar-se da realidade brasileira, enquanto, fisicamente, vizinho do espaço estadunidense.

Em atenção as diretrizes científicas que este trabalho segue, incialmente coloca-se que não pretende analisar as vivências estrangeiras com o

olhar interno. Cada povo é fruto de sua cultura e história de modo que a simplificação exacerbada colocaria em risco a confiabilidade dos resultados. Sobre o assunto, verificar os apontamentos realizados no tópico "Fatores de encarceramento".

Mantendo o enfoque nas atuações da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso recuperar que os Estados Unidos não são signatários da convenção. Embora tenha assinado, jamais internalizaram as normas de direitos humanos em comento. Razão pela qual não se encontra qualquer denúncia formal a CIDH. Distintamente, Brasil e México assinaram e ratificaram a atuação da CIDH. Merecendo destaque a ressalva feita pelo Estado brasileiro ao não permitir a livre visitação e inspeção dos órgãos da CIDH.

Ao que se refere as condições de encarceramento propriamente ditas, o Brasil possui críticas e denúncias nacionais e internacionais referentes as condições de encarceramento. As principais queixas relatam superlotação, infraestrutura precária que perpassam a ausência de saneamento básico, água insalubre, poucas vagas nas instituições de ensino prisionais, má qualidade da alimentação, carência de assistência médica, abuso de autoridade por agentes prisionais, efetivo insuficiente de guardas como fator de insegurança e facilitador de rebeliões, assassinatos e lesões corporais de desafetos entre detentos, realização de atividades privativas de agente do Estado sendo realizado pelos sujeitos privados de liberdade entre outras reclamações, já pontuadas ao longo dos relatos feitos junta a CIDH. O Brasil até 2019 permaneceu em crescente encarceramento, embora abaixo das projeções realizadas há anos e com futuro ainda mais inserto após a pandemia.

Guardando grandes semelhanças com as críticas feitas a situação do encarceramento brasileiro, a situação mexicana não se difere dos protestos pátrios, mais se estende e coloca a problemática da corrupção como evento comum inerente ao próprio sistema, ao que a própria Comissão reconhece e relata em seu relatório a questão. O poder dos estabelecimentos prisionais parece, na prática, pertencer ao poder paralelo que duela entre si e aumenta o risco de morte e a integridade dos presos que se sentem pressionados a aderir a algumas das facções. Diante de graves problemas internos, discurso político de ampliação na punibilidade (destaque para mudanças legislativas que têm dilatado as penas) e a forte pressão econô-

mica, o Estado Mexicano tem sido pressionado a aderir o sistema de parceria público-privada em seu modelo prisional, tendo recebido fomento de bancos internacionais para este fim.

Distanciando-se da perspectiva dos países anteriores, os estabelecimentos prisionais americanos enfrentam críticas distintas, sendo recorrentes as queixas relacionadas a longos períodos em celas solitárias e os danos físicos e mentais que suportam os detentos. Um indicador que atrai atenção de estudiosos para a questão mostra as altas taxas de suicídio entre os prisioneiros solitários. Outra questão a ser pontuada coloca em xeque a 13° emenda à constituição americana que permite trabalhos não voluntários. Prisioneiros realizam trabalhos forçados no que tem sido chamado por críticos de "escravidão moderna". Há ainda prisões estadunidenses que se assemelham em condições aos cárceres com infraestrutura precária e escassez, sendo casos pontuais. Pois, como sabido a legislação penal americana não é centralizado, de modo que condições variantes são previsíveis e de difícil compilação, sendo neste trabalho oferecido uma visão geral.

POPULAÇÃO CARCERÁRIA MUNDIAL

Como dito anteriormente, os Estados Unidos da América ocupam o primeiro lugar em população carcerária, seguidos de China e Brasil. Pode-se observar um crescimento nos países que ocupam os três primeiros lugares, porém, a Rússia que figurava em terceiro, foi ultrapassado pelo Brasil e Índia. Apesar do último levantamento sobre aprisionamento brasileiro mostrar queda, ainda é cedo para analisar, pois fatores alheios as políticas públicas de segurança e encarceramento atuaram. Questiona-se se a população carcerária na Rússia estagnou, reduziu ou se a proporção de crescimento no Brasil teria sido suficiente para ultrapassar. Ainda que haja lacunas, há um movimento aprisionador que se segue em países de história, cultura e geograficamente muito diferente do Brasil.

Através de números pode-se observar a população carcerária de dezembro de 2017 de 704.576 presos, de dezembro de 2018 de 725.332 presos e de dezembro de 2019 de 748.009 presos, conforme anexo I. Destarte é inegável o crescimento da população carcerária em caráter nacional, o que de fato condiz discurso popular com a pesquisa, através de análise de dados.

TAXA DE ENCARCERAMENTO MUNDIAL

A taxa de encarceramento mundial deve ser analisada sob o prisma numérico, sobre a quantidade de pessoas encarceradas por cem mil habitantes no país que se estuda. As taxas como parâmetro medidas por 100 mil habitantes, no ano de 2015, conforme levantamento feito por dados do Infopen, mostram a seguinte realidade: EUA com 666 pessoas encarceradas por 100 mil habitantes, China com a taxa de 118, Brasil com 342 e Rússia com 448. Nesta ordem que se apresenta é atualmente o ranking de população carcerária mundial.

Há ainda na quinta colocação a Índia com 33 pessoas a cada 100 mil habitantes, porém de difícil compreensão e apuração técnica, pois o país não apresenta confiabilidade aos dados apresentados. Conforme monitor da violência no corrente ano de 2020 o Brasil apresenta um número próximo do ano de 2015, figurando com a taxa de 338 pessoas encarceradas a cada 100 mil habitantes. Já o ranking pela taxa de encarceramento a cada 100 mil habitantes apresenta ampla modificação, com exceção aos EUA que permanecem na primeira colocação. Apresentando-se da seguinte forma: EUA 665 pessoas encarceradas a cada 100 mil habitantes, em segundo lugar El Salvador com 590 pessoas encarceradas e em terceiro lugar o Turcomenistão com 552 pessoas. Nesta forma de análise de dados o Brasil ocupa a 26ª posição. Dados estes com referência ao primeiro trimestre de 2020. Desta forma pode-se perceber que o Brasil mantém uma taxa de encarceramento no mesmo nível de 5 anos atrás, o que ocorre é que a população do país aumenta.

FATORES PARA ENCARCERAMENTO

Os trilhos da compreensão do fenômeno do encarceramento requerem, ainda que breve, observação dos fatores que culminaram na realidade apontada. A ciência contemporânea cada vez mais interdisciplinar agasalha a temática. A contextualização sob a perspectiva generalista de aspectos econômicos e sociais são bem representadas nas obras de Foucault. A análise da influência neoliberal sob encarceramento em massa é realizada por Wacquant. Não muito distante Rusche e Kirchheimer estabelecem paralelos entre crime, meio social e métodos punitivos que aportam a tese

pela qual cada sistema punitivo seria elaborado com o propósito de atender as necessidades de cada sistema de produção, de modo a assegurar uma correspondência.

Aprofundando-se na região da América Latina Del Olmo recupera o histórico da sociologia e da criminologia. [...] Concatenando o exposto, a assertividade da conclusão à qual chegou FREIRE:

> [...] analisando-se as pesquisas de Rosa del Olmo, confirma-se que a questão carcerária está muito relacionada com a seara internacional, uma vez que o processo de transnacionalização do controle social coordenado pelos países hegemônicos, pugnou pela universalização na prevenção do delito e no tratamento do delinquente, reverberando até os dias atuais, nas práticas governamentais das nações consideradas subdesenvolvidas.

CONCLUSÃO

Deve-se concluir através da pesquisa, primeiramente, que embora o Brasil ocupe a terceira posição no ranking de maiores populações carcerárias do mundo, apresentando um crescimento deste número, no que se refere a taxa de encarceramento por 100 mil habitantes outra referência importante para se averiguar tal instituto o Brasil ocupe a 26ª posição. Logo desta perspectiva não é um vulto maior como o primeiro ranking apresenta.

Porém, não se deve ater apenas a um dos dois tipos de medições ou até mesmo em uma delas isoladamente, pois o sistema carcerário não é feito apenas de números de pessoas encarceradas ou da taxa de encarceramento por 100 mil habitantes. Deve-se ainda levar em consideração a quantidade de unidades prisionais, que não era um dos objetivos da pesquisa, bem como analisar ainda a aplicabilidade dos direitos humanos e dos princípios gerais do direito referente ao sistema penitenciário.

Há de se concluir que no caso do Brasil a superpopulação carcerária sofre em sua ampla maioria com ausência de respeito aos direitos humanos e princípios gerais sobre o tema. Quando se diz ampla maioria deve-se ter em mente que não deve ser generalizado sob pena de transformar um trabalho técnico em um ensaio ou trabalho sem caráter de pesquisa,

e consolida esta afirmativa o fato de por exemplo no Estado do Rio de Janeiro existe a Penitenciária Laércio da Costa Pelegrino, Bangu I, onde funcionam celas individuais, onde a unidade prisional comporta até 48 presos e pela sua disposição é respeitado a referida capacidade. Apesar de longe de uma realidade nacional, comprova o fato de não ser correto a generalização.

Exposto anteriormente, Caso de Urso Branco, Complexo de Curado, Presídio Evaristo de Moraes, são casos em que há uma atuação da Comissão ou da Corte Interamericana incidindo em prejuízos ocasionados pelas unidades prisionais referidas no Brasil, e que ocorre uma discordância da realidade com as diretrizes jurídicas implementadas enquanto Estado Democrático de Direito.

Deve-se ressaltar que atuação da Comissão não é peculiaridade da República do Brasil, por exemplo, há atuação sobre a prisão Norte-americana de Guantánamo, que é localizada em Cuba. Logo em situações diferentes ocorrem prejuízos a garantias e direitos fundamentais, percebe-se que pelo Estado Brasileiro, geralmente, a infringência de tais direitos dar-se-á através de superlotação carcerária, já pelo Estado Norte-americano por políticas públicas de enfrentamento. Fato é que tanto a Comissão, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos mantêm-se atenta para atuar, caso haja necessidade, e por vezes tal incidência não é somente necessária, mas vital.

REFERÊNCIAS

ABUSE OF THE HUMAN RIGHTS OF PRISONERS IN THE UNITED STATES: SOLITARY CONFINEMENT. Disponível em https://www.aclu.org/other/abuse-human-rights-prisoners-united-states-solitary-confinement. Acesso em: 17 nov. 2020.

AMARAL, Cláudio do Prado. A **História da Pena de Prisão**. Ed Paco Editorial.

BARROUIN, Nina. DORNELLES, João Ricardo Wanderley. Direitos humanos, tortura e sistema carcerário: uma análise do caso do Rio de Janeiro à luz dos parâmetros estabelecidos pelo sistema interamericano de direitos humanos. **PUC-Rio**. Rio de Janeiro, 2017.

Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2017/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Nina%20Barrouin.pdf. Acesso em: 02 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**. Ed. Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALVEIRO, Pilar. El tratamiento penitenciario de los cuerpos. México. **Cuadernos de Antropología Social**, n. 32, p. 57–74, 2010. Disponível em http://revistascientificas.filo.uba.ar/index.php/CAS/article/download/1428/1369. Acesso em: 12 nov. 2020.

CARDOSO, Jade Antunes. SILVEI, Daniel Barile da. Intervenções do sistema interamericano de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro. **Revista Juris Pesquisa**, Araçatuba, SP, v.01, n. 1, p. 91-103, 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

DEL OLMO, Rosa. **América Latina y su criminología**. Disponível em https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=0fFz0FZQXE8C&oi=fnd&pg=PA223&dq=Rosa+Del+Olmo+criminologia+na+am%C3%A9rica+latina&ots=yqADjGBptm&sig=LkMICQMDWDELJZlun8-nsjalRKo&redir_esc=y#v=onepage&q=Rosa%20Del%20Olmo%20criminologia%20na%20am%C3%A9rica%20latina&f=false. Acesso em: 22 nov. 2020.

DUEK MARQUES, Oswaldo H. **Fundamentos da Pena**.

ESPINOZA, Alberto Espejel. SANDOVAL, Mariela Díaz. De violencia y privatizaciones en México: el caso de las Asociaciones Público--Privadas en el sector penitenciario. Disponível em http://repositorio.ugto.mx/handle/20.500.12059/1194. Acesso em: 17 nov. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Editora RT.

FREIRE, Ana Cristina Nascimento. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Complexo Prisional do Curado: análise do inquérito civil da divisão de tutela coletiva do Ministério Público Federal; Dissertação. Recife, 2017. Disponível em: < https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/31833/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Ana%20Cristina%20Nascimento%20Freire.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

INCARCERATION RATES BY COUNTRY 2020. Disponível em https://worldpopulationreview.com/country-rankings/incarceration-rates-by-country. Acesso em: 12 nov. 2020.

JAPIASSU, Carlos E. A. FERREIRA, Ana L. T. Superpopulação Carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2020.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiN2FmYWMyODItNDg1MS00N2M5LWE3NDktZDI4ZTRkNTI1YzE3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 02 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Ed Forense.

PFAFF, John. **Locked In: The True Causes of Mass Incarceration-and How to Achieve Real Reform**. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=en&lr=&id=BirXCwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT7&dq=mass+incarceration+us&ots=fUKr2qPeIW&sig=Gge8isrHyk4KVSFdZ0rkH0DKOwA&redir_esc=y#v=onepage&q=mass%20incarceration%20us&f=false. Acesso em: 17 nov. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed Max Limonad.

PRESOS DOS EUA COMEÇAM GREVE CONTRA "ESCRAVIDÃO MODERNA". Disponível em https://www.brasildefato.

com.br/2018/08/21/presos-dos-eua-comecam-greve-contra-escravidao-moderna/. Acesso em: 11 nov. 2020.

RAPPORTEURSHIP ON THE RIGHTS OF PERSONS DEPRIVED OF LIBERTY. Disponível em https://oas.org/en/iachr/pdl/reports/annual.asp. Acesso em: 11 nov. 2020.

SOARES, Taiguara Líbano e Souza. A Era do Grande Encarceramento - Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro. Ed Revan.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOCA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Ed Campus Jurídico.

VIOLENCIA, INSEGURIDAD Y DESAPARICIONES EM MÉXICO. Situación de Derechos Humanos em México. Disponível em https://worldpopulationreview.com/country-rankings/incarceration-rates-by-country. Acesso em: 11 nov. 2020.

WAMSLEY, Dillon. Neoliberalism, mass incarceration, and the US debt–criminal justice complex. Disponível em https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57061785/CSP_Article.pdf?1532437599=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DNeoliberalism_Mass_Incarceration_and_the.pdf&Expires=1606417948&Signature=XjAS2FLbbLXyQ9FM51x-95dpEi8NQM8c1lGfG6FJj~0TCqJ5REUfZxlW07cYoU9OID5RiTGCsZA5thYXso4jphGe~Bd0lHHwMu6lU-aRlfksfni3Y9MuGdD36aj~FtDeHai7G6j2HyZhQmHERM9XXR2HQE83vrpzDAlcmnW2NdP43IKg8dvJzZZ4SJxLiPdZzSb75GYtOMPAVUXYgAM-naWPMtDXsz8FzqXhnHf3UdBDvHdQdp92Y78uYqt5r5xFM1OrjP4xiHk~jXkNm-RCHRx~5tf7ZAT9o67LtFx1aZ3NHUy2oxW7zTTi07MBhXtAhvmF~sHV2-6YJPd4Fd7H-Kw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 17 nov. 2020.

A TEORIA DO ETIQUETAMENTO À LUZ DA ANÁLISE DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS CONFORME A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Natasha Victoria Chaves Marques
Felipe Silva Mesquita
Tiago Furtado de Abreu

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a debater acerca do abrandamento da pena ou a anulação desta em detrimento do pagamento do tributo nos crimes contra a ordem tributária, através da análise do princípio da isonomia e a doutrina garantista. A crítica analisa a exorbitante opressão do direito penal nos crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça, em detrimento de um Direito Penal ameno nos casos de crimes cometidos contra a ordem tributária, acarretando uma falha que vai de encontro com o princípio da proporcionalidade.

Então fica o questionamento: existe a quebra do princípio da isonomia encontrado na Constituição Federal no Art. 5° e na doutrina garantista, a partir do momento que o Direito Penal apresenta um caráter seletivo que direciona a atuação de forma rígida do Direito Penal para determinados

grupos sociais, fazendo com que sejam objetos do controle social por parte do Estado?

Além disso, há o desenvolvimento dessa crítica através da teoria do etiquetamento, com argumentos utilizados a partir da análise da obra "As Prisões da Miséria", de Loïc Wacquant (1999) e da teoria do Direito Penal do Inimigo de Zaffaroni. O trabalho denotado possui relevância social uma vez que aponta uma mazela dos princípios e fundamentos inalienáveis do direito penal.

1. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE SOB A ÓTICA OS CRIMES TRIBUTÁRIOS E PATRIMONIAIS

Na sua origem, o direito penal configura-se como a intervenção do Estado sobre determinadas condutas, e sobre a pretensão de garantir aos indivíduos direitos e liberdades individuais, exigindo cumprimento de deveres e punindo condutas contrárias ao ordenamento jurídico. O direito penal se apresenta como garantia de que a intervenção do Estado sobre a sociedade terá limites, entretanto, ao se analisar fatos em que essa intervenção ocorre, verifica-se a existência de um caráter seletivo direcionado à atuação mais rígida do direito penal em determinados grupos sociais, fazendo com que estes sejam objeto de controle social por parte do Estado.

As disparidades sociais marcadas pela acentuada pobreza, contribuem para o crescimento da violência criminal, transformada as grandes cidades no lugar em que se torna perceptível está realidade. O caráter seletivo do direito penal se coaduna ao interesse de controle social exercitado por parte do Estado, porém, dentro do contexto da seletividade, se faz necessário a construção de um "perfil" considerando a raça, situação socioeconômica e até religiosa de quem o Estado elegerá para punir.

Acerca disso, Labelling Approach, na década de 60, nos Estados Unidos, criou a Teoria do Etiquetamento que surge como um novo paradigma criminológico, resultado de mudanças sociocriminais que sofreu o direito penal, que analisava o criminoso segundo suas características individuais e a partir do novo paradigma o objeto de análise passa a observar o indivíduo como um membro de uma sociedade, de grupos, não somente o seu

lado particular. Com isso, observa-se que a Teoria do *Labelling Approach* traz importantes modificações na análise do comportamento desviante mudando o enfoque do pensamento criminológico, que, anteriormente, buscava uma resposta sobre a criminalidade nas características intrínsecas de cada indivíduo, e não no contexto social em que ele estava inserido.

No livro "*As Prisões da Miséria*", de Loïc Wacquant (1999), a construção de um Estado penal obedeceu ao consequente desmonte das políticas sociais do Estado-providência. Essa política age diretamente sobre a miséria colocando-a como uma das causas do problema. Para o autor a prisão passa pouco a pouco a fazer o papel do gueto concentrando enormes populações que antes se concentravam fundamentalmente em bairros pobres marginalizados. A criminalização da miséria, "é complemento indispensável da imposição do trabalho assalariado precário e sub-remunerado"

Neste diapasão a doutrina da "tolerância zero", propagandeada pelos Estados Unidos, se tornou instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda e assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros. Aos poucos foi sendo construído a noção de "inimigo" e associando-o ao do "criminoso" que estampará as páginas policiais dos jornais e será exibido de forma sensacionalista nos telejornais e revistas sem nas mídias para que a sociedade saiba quem são e deles querem a qualquer custo se distanciar.

Ao contrário do que o Estado propõe como ressocialização, as prisões se tornaram depósitos de indivíduos sem oportunidades, pessoas excluídas do sistema de educação, do mundo do trabalho, da moradia digna. Muitos dos ditos criminosos foram condenados por envolvimento com drogas, furto, roubo ou simples atentados à ordem pública, que em geral pertencem a classe trabalhadora. Autores da criminologia brasileira indicam a seletividade do sistema penal como um traço característico da violência e da criminalização que são operadas contra cidadãos das classes menos abastadas, notadamente os jovens negros. Nesse sentido, leciona Carvalho:

> A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência

> de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos grandes centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos "autos de resistência" e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de meta regra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo. (2014, p.649)

Essa seletividade acentuada de criminalização atinge principalmente os negros e pobres e causa efeitos prejudiciais aos selecionados, mesmo que indiretamente, como dificultar a observância dos princípios da presunção de inocência e da ampla defesa, por exemplo. Cumpre lembrar, porque oportuno, que, para a realização do Direito Penal, é necessário que o Estado, observe rigorosamente os direitos e garantias constitucionais. Nas palavras de Bitencourt:

A seletividade do sistema penal, que é mais acentuada no trabalho das agências de criminalização secundária, e atinge, na maioria das vezes, os negros e pobres, é uma das tantas violações de direitos operadas frequentemente pelo sistema. São necessários, portanto, o aperfeiçoamento do trabalho dos agentes do sistema penal, bem como a observância irrestrita dos direitos dos suspeitos, presos, acusados ou réus, independente de antecedentes, condição social, cor da pele etc., a fim da correta realização do Direito Penal. (2015, p.42)

O fato é de que os crimes cometidos pelas camadas mais pobres da sociedade são, em geral, de mais fácil detecção por esse e outros motivos, a sociedade tem a errônea sensação de que estes são crimes mais gravosos e que devem ser punidos com mais severidade -roubo, furto, tráfico. Para Ferrajoli (*2014, p.997-998*) o modelo de Direito Penal do Inimigo e a penalização das condutas caracterizam o que ele denomina Direito Penal Autoritário que vai além do desrespeito às garantias penais que compõem o sistema garantista. A expressão garantismo no Brasil é associada diretamente a Luigi Ferrajoli, o qual cita que garantismo é uma nova uma palavra nova vocabulário jurídico. Ou seja, falar de garantismo é falar de Estado Constitucional de Direito as raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli se consolidou pelo fato de ser consequência de diversas

atividades de pesquisas científicas feita pelo mesmo, o principal elemento do garantismo é a discussão da liberdade, ou seja, tudo aquilo que determinou a construção do Estado de Direito.

No Brasil, o garantismo foi importado durante um período de redemocratização, marcado pela promulgação de novas constituições e pela obrigação de garantir todos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos ainda com intuito de garantir que o estado não detenha total controle na tomada de decisões contra a sociedade ou seja o garantismo surge com intuito de selar as garantias individuais para que não haja abusos excessivo por parte do Estado , como o que acontecera anos atrás no período ditatorial na qual não existia legitimidade dos direitos.

A disparidade de penas no Brasil se dá em virtude da seletividade do direito penal, a partir do momento em que se escolhe a conduta a ser criminalizada conforme o local em que cada indivíduo à praticou, como por exemplo, na lei de drogas, dependendo do local em que o indivíduo for pego, a pena pode variar, dessa forma, se for considerado um local marginalizado, o indivíduo é automaticamente taxado como traficante, criminalizando-o, no entanto, se for um local considerado "nobre", o indivíduo recebe tratamento diferente, uma vez que a sociedade não considera as classes sociais altas como ameaça à paz social.

E todo este fato ocorre porque conta da estrutura do direito penal, o direito penal é o último estágio de crueldade em que o estado pode tomar providências e com esse seu caráter seletivo tem o poder de escolher aprisionar a parte da sociedade em que não geram tributos a sociedade ou seja é mais lucrativo para o estado prender um indivíduo que depende dele, como por exemplo sistema de saúde, educação, projeto sociais entre outros

Ferrajoli entende que o direito penal e a pena são formas de minimizar a violência sofrida por pessoas que tem uma conduta que a sociedade não tolera, a fim de evitar os excessos de erro em face de quem está sendo acusado. É importante salientar que o principal problema na teoria de Ferrajoli é a fundamentação da pena é que não visa a realidade social, por exemplo o modelo, não previnem e nem reeducam ou possuem uma função criminógena, para confrontar aos fins que indicam como justificação. Em resumo, a doutrina garantista está inclinada para a minimização das penas privativas de liberdade (FERRAJOLI, 2014, p. 38)

Ferrajoli estrutura sua teoria de justificação da pena com o objetivo de evitar possíveis arbitrariedades do estado e o cometimento de crimes, a fim de garantir a harmonia social da maioria. Ademais, devido a seletividade, há uma disparidade de penas, uma vez que a conduta praticada está vinculada às condições sociais do acusado e não a gravidade da conduta em si. Portanto, segundo Cezar Roberto Bitencourt, a instituição carcerária tem sido instrumento de reprodução das desigualdades sociais, não alcançando a ressocialização do indivíduo, descumprindo a verdadeira função e natureza da prisão (BITTENCOURT, 2015).

2. UMA ANÁLISE A CERCA DOS CRIMES DE ORDEM PATRIMONIAL E TRIBUTÁRIA

Os princípios constitucionais garantem ao cidadão a segurança jurídica de se contrapor ao Estado caso as normas sejam descumpridas, evitando que o Estado se torne arbitrário. O princípio da isonomia é norma basilar do ordenamento jurídico brasileiro, tem previsão no art. 5°, inciso I, da Constituição Federal:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Assim, este princípio remete ao tratamento igualitário que deve ser aplicado em proporção às desigualdades presentes na sociedade, logo, pode-se dizer que o princípio da isonomia é um dos mais importantes para a manutenção do estado democrático de direito, uma vez que este assegura a aplicação isonômica da lei perante todos que a ela se submetem.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro permite que seja extinta a punibilidade dos crimes contra a ordem tributária desde que haja o pagamento do tributo antes do trânsito em julgado da condenação, sendo este um crime que atinge um dano social muito maior que os crimes de natureza patrimonial, uma vez que atinge a coletividade como um todo, porém, recebem exame mais brando, evidenciando um tratamento privilegiado aos crimes de ordem tributária, logo, suprimindo a aplicação do

princípio da isonomia, devido a crimes de menor gravidade não possuírem acesso à esse mesmo benefício

As disposições acerca do abrandamento da pena no ordenamento jurídico brasileiro estão voltadas ao momento em que o dano foi reparado. Para os crimes que foram cometidos sem violência ou grave ameaça haverá diminuição de pena conforme o disposto no art. 16 do Código Penal, desde que o dano tenha sido reparado antes do recebimento da denúncia – caso de arrependimento posterior-. No entanto, nos casos de cometimento de crime tributário, a reparação do dano antes do trânsito em julgado tem por consequência a extinção da punibilidade.

Dentre os principais motivos para a falta de isonomia entre os crimes patrimoniais e os crimes tributários está a questão da conveniência para o Estado, posto que, demarca como criminoso conspícuo o sujeito menos vantajoso economicamente. O Direito Penal do Inimigo surge em um contexto de descontentamento social causado pela insegurança, momento em que se observa o exercício dos pilares dessa teoria, dos quais, pode-se destacar a desproporcionalidade entre as penas destinadas aos inimigos e aos não inimigos, uma vez que o tratamento ao grupo que comete crimes tributários é seletivo, enquanto quem comete crimes patrimoniais recebe punição mais severa. Dessa forma, pode-se afirmar que os crimes destinados aos inimigos, mesmo que não sejam de fato tão danosos à sociedade - como os crimes patrimoniais sem a utilização de violência ou grave ameaça-, implicam em penas mais elevadas. Acerca disso, Zaffaroni argumenta:

> Os inimigos não se circunscreviam aos criminosos graves, mas também incluíam os indesejáveis (pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores etc.), caracterizados desde muito antes como classes perigosas e depois batizados como má vida e tratadas na literatura com pretensões de trabalhos de campo. Para eles se destinavam penas sem delitos – medidas detentivas policiais ilimitadas. (2008, p.94)

Doravante, a demarcação desse inimigo, a população se une para combatê-lo, e constroem a falsa percepção de que para haver o acesso à segurança, esse criminoso deve ser extinto. No entanto, isso gera apenas o aumento do número de pessoas no cárcere e, no caso do Brasil, em especí-

fico, gera superlotação do sistema carcerário, além de não combater o índice de criminalidade, tampouco resolver os problemas do cenário social.

Em concomitância com o Direito Penal do Inimigo, outra teoria importante e complementar para o entendimento da demarcação como inimigo, e que por sua vez também ajuda a superar tal impasse é a Teoria do Etiquetamento, ou *Labelling Approach*. Essa teoria, em consonância com o pensamento de Raíssa Zago Leite da Silva (2015) surge num contexto em que há uma quebra de paradigma, deixando de analisar quem é o infrator para estudar e se preocupar em como as relações sociais em que esse indivíduo estava inserido o tornou infrator. Isto é, essa teoria percebe que para que alguém seja percebido como criminoso, é preciso que ele previamente seja rotulado como tal.

Segundo tal teoria, o criminoso não é considerado criminoso pelo que ele fez, mas sim por quem ele é, pelo meio que está inserido e pelo local em que ele reside, em resumo, pela etiqueta que lhe é dada – e de acordo com isso, essa pessoa é excluída da sociedade, e assim, corrobora no fato de que ao não conseguir se encaixar na sociedade, ao ser discriminado, não conseguir alcançar um padrão de vida com honra e dignidade, o sujeito pode vir entrar no mundo do crime. Com a ocorrência desse fato, o resultado pretendido pelo Direito Penal do Inimigo aplicado pelo Estado ocasiona um resultado diferente do esperado, pois, não só não reduzirá a quantidade de delitos – pois mesmo quando o condenado cumpre a sua pena, a cadeia jamais sairá dele, ele sempre será visto por essa conjuntura – como também aumentará o quantitativo de pessoas excluídas aderindo ao crime.

Ainda no que diz respeito ao *Labelling Approach*, essa definição pode ser feita pela própria sociedade – controle informal – como também pelos instrumentos do Estado (controle formal). No que concerne a esse controle formal, de acordo com Priscila Santos Rosa (2009), ele se dá, porquanto o Direito Penal seleciona quais crimes ele pretende jurisdicionar e quais não, de modo a resultar na seletividade, pois determinados crimes são mais comuns em determinadas esferas sociais do que outras, por exemplo, o furto tem maior probabilidade de ser cometido por um sujeito de classe baixa, cujo salário não é suficiente nem para suas despesas básicas do que por um indivíduo classe alta.

Tal argumento é comprovado com a análise de dados sobre o cárcere no Brasil, apresentado pelo Ministério da Justiça no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, os quais, em 2017, mostraram que a maior taxa de presos no Brasil é composta por jovens de até 29 anos, pardos e negros, além de o grau de escolaridade predominante ser ensino fundamental incompleto – correspondendo a pouco mais da metade as pessoas dentro dessas características.

3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE AS DUAS ORDENS DE CRIMES

A República Brasileira herdou do processo de colonização grande parte da estrutura tributária que, até os dias atuais, geram reflexos no sistema tributário brasileiro. Segundo Maria Helena Zockun, no texto *Equidade na Tributação,* para que haja um sistema nacional tributário justo, é necessário que haja dois elementos fundamentais. Sendo o primeiro deles o princípio da equidade que estabelece que os cidadãos paguem os impostos segundo sua renda e sua riqueza, independentemente se sua renda vem dos rendimentos do trabalho ou do capital. O segundo é o princípio da eficácia, que estabelece que o Estado deve arrecadar recursos para financiar programas e serviços que a sociedade julga que o governo deve lhe oferecer.

No entanto, na prática, nenhum desses princípios funciona efetivamente, uma vez os impostos cobrados em relação a renda familiar, apresenta um valor desproporcional, o que contribui para uma grande desigualdade social. Além disso, as altas taxas lucrativas beneficiam muito mais os ricos do que os pobres. Segundo os dados da Oxfam (2017), a população 10% mais rica gasta cerca de 21% de sua renda em impostos, enquanto a população mais pobre gasta 32%, sendo que a maior parte é destinada a impostos e serviços consumidos. Essa desigualdade vai contra o princípio da isonomia tributária previsto no art. 150, II da CF, que diz que todos temos o dever jurídico de tratarmos todos de forma igualitária.

O outro argumento faz menção a superioridade do consumo sobre a renda como base da incidência de impostos. A adoção de impostos indiretos, incidem sobre os preços dos bens e dos serviços e teria como objetivo, incentivar a poupança. No entanto, este pensamento é válido para países

onde a renda é bastante homogênea, o que permite ao consumidor manter uma taxa de poupança sem afetar sua sobrevivência. Nos países onde há uma grande desigualdade quanto a tributação, o consumo leva os pobres a destinarem parte de sua renda para o financiamento do Estado, fazendo com que afete diretamente sua qualidade de vida e a sua sobrevivência.

Esse argumento vai contra a constituição brasileira que em seu artigo 5, inciso II, estabelece que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. Também contraria o princípio da legalidade que apresenta uma garantia para que não haja uma cobrança de tributo indevida. No entanto, o estado recebe esse poder de tributar para fazer valer o dever constitucional de colaboração dos cidadãos na contribuição dos gastos públicos. Mas, ao mesmo tempo em que a constituição institui esse poder ao estado, ela estabelece limites resguardando nossas garantias para que não haja abusos do estado.

Os dados da Oxfam (2017) reforçam a ideia de que a arrecadação tributária está diretamente ligada ao aumento da desigualdade causado pelo Estado: 53% da receita tributária brasileira é formado por impostos indiretos, ou seja, é aplicada aos bens e serviços uma taxa maior, o que faz com que os mais pobres gastem maior parte da sua renda com esses itens.

Diante disso, é possível perceber a enorme desigualdade por conta desse sistema que por não ser equitativo, faz com que os cidadãos não tenham uma proporcionalidade entre sua renda e os tributos. Já que, os cidadãos que menos recebem, são os que mais pagam, uma vez que o meio adotado para a adoção de impostos se dá a através da tributação indireta que aplica aos bens e serviços uma taxa bem maior do que o normal. Em relação ao argumento da superioridade do consumo como base da incidência de impostos. Tal, não foi capaz de aumentar a poupança e o investimento por conta que as pessoas que financiam o estado dependem da sua renda para garantir sua sobrevivência, portanto, não permitindo ao cidadão um gasto excessivo.

Segundo Thomas Piketty, ocorre uma grande desigualdade em relação ao potencial de rendimento dos indivíduos através do seu trabalho, assim como ocorre uma desigualdade em relação a riqueza gerada. Piketty em *O capital no século XXI,* propõe uma regra de bolso para que haja um equilíbrio entre a riqueza e a propriedade, de modo que haja uma igualdade entre ricos e pobres. Pois dados trazidos pela Oxfam, mostram

que o quadro de tributação de renda é assustador. Já que a população recebe cerca de 320 salários-mínimos, paga uma alíquota quatro vezes menor do que os que declaram receber 15 a 40 salários-mínimos. Mas, mesmo assim acabam pagando mais que os ricos. Com isso percebe-se que o sistema tributário não leva a diminuição das desigualdades, mas, sim ao aumento delas.

Atualmente, a essência patrimonialista do Direito penal, advém da mesma composição de todo o direito brasileiro e ainda, as instituições jurídicas e do Estado que, também, tem em sua base, os costumes patrimonialistas. Perspectiva, tem enfoque em apenas uma das espécies da classe que abarca todos os setores sociais, jurídicos da sociedade e policiais. O termo "patrimonialista" - Um conceito essencial na sociologia de Max Weber - é usado para se referir a formas de dominação, que atinge esfera econômica e sociopolítica, o termo é usado como uma concepção de poder existentes entre as divisões nítidas na esfera pública e privada. O carácter patrimonialista pode ser indagado na divisão de dois momentos complementares, um referente a herança histórico-jurídica de formação, e a outra seria analisado a influência do capitalismo (pós-moderno) na manutenção de suas bases históricas.

O patrimonialismo é vigorosamente tido nos Estados com o objetivo de as sociedades frágeis ao autoritarismo das oligarquias. Cenário este que pendura ao longo dos cinco séculos da história brasileira. Como consequência dessa forma de administração em que há colonização exploradora, direitos que desprezavam os anseios da população. Em decorrência disso, nasce na área sócio econômica, o mercantilismo com o poder de grupos empresariais, para desfrutar de ganho fácil, legalizados de forma ilegal e dentre outros aspectos negativos.

O fenômeno do patrimonialismo sedimentou-se e fez tradição nos vários períodos da vivencia do povo, organizado em sociedade subserviente ao aparelho estatal como coisa pública, não estava em função ao bem-estar dos cidadãos. A tentativa constante foi sempre privatizar em benefício dos segmentos sociais cooptados pelos governantes. No Brasil, a participação das classes sociais estamentais efetivamente trabalhavam pelos interesses particulares nós órgãos de representação do Estado e não tinham uma finalidade que visava ao bem comum. (PANONT, Desine. 2012).

E complementa; "Tal estado de coisas fez surgir um aparato de leis jurídicas que fundamentalmente deixam bem à vontade os que governam, intensificando a burocracia, a conquista de poderes quase que ilimitados, podendo-se governar por decretos, por inúmeras medidas provisórias, sem opção de o cidadão manifestar seu consenso ou não". (PANONT, Desine. 2012). Ademais, o Estado deixou de cumprir seu papel, de ser um bem para todos, passando a se tornar um bem de uma minoria. José Wanderley Kozima fala a respeito do tema, e diz que:

> [...] como resultado de nossa estruturação sob a influência do patrimonialismo português, falta-nos, ainda hoje, um estado racional e despersonalizado, decorrendo daí, de um lado, a distinção precária entre o público e o privado, com a apropriação dos cargos e funções públicas (tomados como coisa particular) pelos seus respectivos detentores, e, de outro, a precariedade da segurança do indivíduo perante as possibilidades da atuação estatal [...] (2002, p. 354).

O cenário novamente se repete, quando o legislador penal nada mais faz, do que atender aos anseios das classes privilegiadas do setor social. Como pode ser visto, a época das ordenações Filipinas (1603), onde as penas eram consideradas bastante severas e variadas formas de punição eram aplicadas. Porém, como estavam sob domínio de uma época na qual, tais penas infames seriam atribuídas a classes desprovidas financeiramente e mais frágil se torna algo natural e sem poder reivindicar por direitos, tais indivíduos sofrem com essa desigualdade. Atualmente, por vezes cenas parecidas, com a mudança apenas de época, voltam a vigorar, como em casos que por ferir o patrimônio da elite, e os indivíduos mais vulneráveis, recebem a rigidez da lei. Ao longo da história brasileira e de seus inúmeros códigos, é evidente que houve mudanças, no entanto o carácter patrimonial permanece enraizado. Dessa forma, nota-se que o patrimonialismo está em toda parte, seja na elaboração das leis pelo legislador, seja na aplicação e interpretação das normas pelos juízes. E fazendo menção ao princípio da isonomia de Luigi Ferrajoli, em que o conceito basilar de sua teoria está centrado nas garantias dos direitos fundamentais de cada cidadão, frente aos poderes do Estado.

Rogério Greco dirá que:

> os crimes patrimoniais [...] originam-se, basicamente, da ausência do Estado Social, que cria, dada a sua má administração, um abismo entre as classes sociais, gerando, consequentemente, um clima de tensão, altamente propício ao desenvolvimento de uma mentalidade voltada à prática dessas infrações.

Partindo desse cenário, Ferrajoli busca determinar conceitos de proporcionalidade e isonomia, ele estrutura sua obra listada em dez axiomas - ou princípios axiológicos fundamentais - que definem quando equilibrados, o modelo garantista de direito penal ou de responsabilidade penal. Os axiomas são representados pelas máximas em latim:

> a) Nulla poena sine crimine, princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; b) Nullum crimen sine lege, princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; c) Nulla lex (poenalis) sine necessitate, princípio da necessidade ou da economia do direito penal; d) Nulla necessitas sine injuria, princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; e) Nulla injuria sine actione, princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; f) Nulla actio sine culpa, princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; g) Nulla culpa sine judicio, princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; h) Nullum judicium sine acusatione, princípio acusatório ou da separação entre o juiz e acusação; i) Nulla accusatio sine probatione, princípio do ônus da prova ou da verificação; e j) Nulla probatio sine defensione, princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, Luigi .2014)

Observados os postulados, pode-se verificar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 é garantista e assegura seus pilares nos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. O garantismo Penal de Ferrajoli, sugere uma harmonia, entre a atividade do Estado no exercício de seus direitos de punir e não deixa de lado os direitos do incriminado na persecução penal, procurando a forma mais justa para cada caso.

Uma forma de tentar equilibrar os crimes comuns com os crimes tributários, seria dar aos sonegadores o mesmo tratamento para aqueles que cometeram crimes contra o patrimônio de particulares, seguindo a constitucionalidade do princípio da isonomia. Beneficiando-os apenas com a diminuição da pena. Uma alternativa legislativa, no entanto, - questionável - se comparada à solução anterior, essa alternativa seria para acolher o princípio da isonomia, estaria relacionado a expandir aos crimes patrimoniais, as mesmas regalias atribuídas aos sonegados na questão tributária - que trataria da anulação da punibilidade, em virtude da correção do dano, porque, como visto, não se tem fundamentos para que se aplique o acordo mais promissor para com os crimes tributários.

Nesse caso, a relação entre aqueles que cometem crimes contra a ordem tributária traz ao agente a extinção da punibilidade, o que acaba gerando a violação ao princípio da isonomia. Pois, a redução de pena aos criminosos comuns é mais desfavorável, do que com aqueles que cometem crimes mais graves.

Dessa forma, como foi analisado, existe uma distinção do tratamento conferido aos crimes tributários em paralelo aos crimes patrimoniais. Fica explícito, que o legislador faz atingir acerca dos crimes comuns - se referem aos interesses particulares - a ação de redução de pena, que consta no art.16 do CP (Arrependimento posterior) ou a atenuante genérica do art.65, II, b, do código Penal.

CONCLUSÃO

Este trabalho possibilitou um melhor entendimento acerca do abismo existente entre o direito penal, em sua teoria, e a aplicação prática do mesmo no contexto contemporâneo brasileiro. A pesquisa foi pautada na Teoria do Etiquetamento à luz da análise dos crimes tributários e patrimoniais conforme a previsão constitucional do princípio da isonomia, tendo como base também o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli.

Ao longo do desenvolvimento, após cada exposto, fica evidente a diferença entre os objetivos declarados (proibição geral e proibição especial), e o real (controle social) do direito penal. Esse caráter seletivo identificado, como vimos, está presente, principalmente, na visão que a sociedade tem do criminoso; na falta de introspecção simpatizante como forma de aproximação da realidade criminal para compreendê-la a partir da realidade

do criminoso, e captar o verdadeiro sentido que ele atribui a sua ação; na natureza definitorial do delito, onde se avalia a situação do ocorrido, e o poder monetário da pessoa, para o enquadramento em um tipo penal; na discriminatoriedade e seletividade no controle social, presentes na criação das leis e no momento de sua aplicação, punindo o indivíduo pelo que ele é; no efeito criminógeno da pena e o parâmetro do controle, onde a maioria dos encarcerados são negros e pobres que, ao sair do cárcere, terão dificuldade para adentrar o mercado de trabalho por conta de seu fichamento.

A disparidade, no que tange às penas, entre os crimes tributários e os patrimoniais (sem uso da força), se mostra presente no contexto onde estão os contribuintes que defendem seus direitos contra cobranças ilegais, mas também onde estão os indivíduos que se aproveitam deste espaço, de má fé, para não efetuar o pagamento dos tributos devidos, como se verifica no ato "devedor contumaz", ou mesmo nas situações onde tem-se a pretensão de ocultar-se, em meio a um processo litigioso, para não valer suas obrigações tributárias, as quais podem ser até mesmo fruto de outras ilicitudes cometidas. É visto então que no modelo atual do subsistema de repressão do Direito Penal Tributário brasileiro destaca-se que o pagamento de tributos, desde que totais, afasta a aplicação das penalidades dos crimes tributários, por dar fim a punibilidade. Enquanto nos crimes contra o patrimônio as penas podem passar dos 8 anos de reclusão.

Desmascarando-se as falsas noções, Luigi Ferrajoli (n 5, p. 853-854) centra sua abordagem com o intento de argumentar que o garantismo surge a partir da desconformidade que existe entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar respaldadas nelas. Nos elementos de natureza penal, o autor destaca que as atuações administrativas e policiais andam em desproporção com as convenções definidas nas normas estatais. Então, a ideia do garantismo é, geralmente, a procura de uma melhor concordância com os acontecimentos do mundo prático as instruções normativas oficiais. Contudo, sua ideia é complexa, como observamos.

Sendo assim, o princípio da isonomia, o qual encontra-se previsto na Constituição como um dos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, alcançado por grande esforço daqueles que, por muitos anos lutaram pela igualdade e aplicação da verdadeira democracia que prega o Estado Democrático de Direito, mostra-se cada vez mais ausentes nas decisões jurídicas atuais. Para tal, é vital amparar-se em um controle não autoritário, que as-

sume uma postura aberta de espaço à diversidade, e à retratação fiel a individualidade do cidadão, e isso só será possível conquistando-se um tratamento para todos os indivíduos, com base naquilo que eles possuem de igual a todos os outros humanos, não em uma visão hierárquica de poder.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

BATISTA, Vera. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 – 652, jul./dez. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal** (n. 5), p. 853-854.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**.4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro**. Princípio da insignificância no direito penal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2000.

OLIVEIRA, Jacqueline Orofino da Silva de. A banalização do direito penal nos crimes tributários. **Revista Jurídica Tributária**, ano 3, n. 10, jul./set. 2010. p.49.

QUEIROZ, Paulo de Souza. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set. 1999.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NAS PRISÕES BRASILEIRAS: SOB UM OLHAR DA IMPORTÂNCIA DA ABRANGÊNCIA DE PENAS ALTERNATIVAS

Maria Tharcilla Vitória dos Santos Figueiredo[77]
Ádila Marcele de Lima Silva[78]

INTRODUÇÃO

A questão do sistema penitenciário brasileiro perpassa, desde assuntos relacionados à observância de direitos humanos do cidadão preso, até mesmo às indagações pertinentes à eficácia da pena privativa de liberdade diante da realidade carcerária inóspita que, definitivamente, tem se mostrado uma verdadeira escola do crime, na qual contribuí para a reiteração criminosa.

Certamente, a priorização do encarceramento e de penas mais rígidas corrobora não somente com a transgressão de direitos naturais dos apenados, mas também com um Direito Penal que, na prática, não consegue cumprir o seu dever de punir e de reabilitar, tampouco obedecer aos Tratados Inter-

77 Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – UEPB – Guarabira (PB), Brasil.

78 Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – UEPB – Guarabira (PB), Brasil.

nacionais que versam sobre Direitos Humanos dos prisioneiros. Por isso, a realidade de sistemática e generalizada violação de direitos dos apenados, além do favorecimento de uma política de enclausuramento massiva, desembocou em um Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões brasileiras.

Assim, a indagação norteadora desse trabalho é a seguinte: de que forma o papel realmente ativo do Poder Judiciário pode ajudar a cessar esse Estado de Coisas Inconstitucional e a política da prisão em massa? Diante dessa circunstância desastrosa do sistema penitenciário brasileiro, busca-se afrontar essa realidade com alguns dos direitos e dos objetivos existentes nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e nos direitos fundamentais. Além disso, pretende averiguar a referida política como meio propulsor desse estado calamitoso nos cárceres e propor uma medida contrária, com o uso mais abrangente de penas restritivas de direito, como uma possível solução a ser adotada contra o Estado de Coisas Inconstitucional no encarceramento brasileiro.

1. DIREITOS HUMANOS DOS APENADOS

Após a criação da Declaração Universal de Direitos Humanos, determinados assuntos receberam destaque quanto à complexidade e à necessidade de alterações, formulando-se padrões e normas referentes às problemáticas e possibilitando caminhos em que os Estados pudessem adaptar à realidade nacional. Portanto, os Direitos Humanos dos apenados obteve, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, um viés que prioriza o tratamento humanitário, com o intuito de maximizar o preceito da dignidade da pessoa humana, tendo em vista o estabelecimento das Regras Mínimas padrão para o tratamento dos prisioneiros, Regras Mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, questões em relação à tortura, às outras formas de punição, aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, além da pena de morte (BRASIL, 2009, p. 3-13).

1.1. MODELOS DE PUNIÇÃO ANTERIORES E POSTERIORES À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Para que se avalie as alterações teóricas que a Declaração Universal de Direitos Humanos proporcionou para o modelo de punição, é importante

rememorar como se estabelecia a punição há alguns séculos. No século XVII, a sanção não era baseada na natureza da ação praticada, mas tomava como classificação quem cometeu o delito ou a quem sofreu determinada ação. Os crimes eram vistos, por influência da religião e da moral, como pecado ou falta de moral, e o castigo agia como uma forma de expiação dos pecados, sendo, muitas vezes, desproporcional ao delito cometido. Nesse raciocínio, diz-se que:

> As penas eram variadas e desumanas, caracterizando verdadeiros suplícios. A morte era cominada a um grande número de crimes, não constituindo um tipo genérico de sanção penal, compreendendo muitos modos de ser infligida como o esquartejamento, a decapitação e outros, podendo ou não ser precedida de outras formas de tortura (BICUDO, 2010, p. 31-32).

No século XVIII, ao contrário do século XVII, as penalidades já apresentavam uma orientação de humanização e da desvinculação de preceitos morais e religiosos, visto que as leis deveriam ser proporcionais ao delito cometido, buscando evitar a reincidência do crime. Em relação à repreensão, não mais deveria ser realizada numa noção de vingança, mas promover um estado de paz e ordem social (BICUDO, 2010, p. 35). São as bases que perduram até o contexto atual.

No panorama hodierno, a Declaração Universal de Direitos Humanos não desenvolve um padrão estrito de medidas a serem seguidas, de modo que o modelo de punição pode ser interpretado alicerçado em Declarações, Regras, Tratados ou Convenções. Quando se trata do molde de punir, observa-se a primazia pela dignidade da pessoa humana, independentemente de quais sejam os crimes cometidos, sucedendo que haja o dever de o apenado ser tratado de forma digna, em aprisionamentos que cumpram seus papéis de ressocialização.

1.2. APENADOS E O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

É no pós-guerra, mediante a necessidade da reconstrução dos Direitos Humanos, que inicia o processo de internacionalização destes, valori-

zando a dignidade humana e a convicção de que a proteção de tais direitos não deve ser limitada ao domínio do Estado.

Dessa maneira, os direitos naturais atuam mediante instrumentos internacionais, baseados nos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos. Esse processo de internacionalização do direito foi motor para a criação do sistema Internacional de proteção. São quatros dimensões que esse sistema envolve, sendo a adoção de parâmetros mínimos de proteção de Direitos Humanos, a imposição de deveres jurídicos aos Estados, a criação de órgãos de proteção e a criação de mecanismos de monitoramento. Já os sistemas regionais visam internacionalizar esses direitos no plano regional, na Europa, América e África (PIOVESAN, 2001, p. 1-3). Nesse sentido, de acordo com Flávia Cristina Piovesan:

> [...] os instrumentos internacionais de direitos humanos invocam a redefinição da cidadania, a partir da incorporação, ampliação e fortalecimento de direitos e garantias voltadas à proteção dos direitos humanos, a serem tutelados perante as instâncias nacionais e internacionais. É fundamental a interação entre o catálogo de direitos nacionalmente previstos e o catálogo de direitos internacionais, com vistas a assegurar a mais efetiva proteção aos direitos humanos (PIOVESAN, 2001, p.4).

1.2.1 SISTEMA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE SOBRE AS REGRAS DE TÓQUIO, REGRAS DE MANDELA E REGRAS DE BANGKOK

Tendo em vista todo esse aparato para a certificação da proteção dos Direitos Humanos, algumas regras foram estabelecidas para um efetivo tratamento em relação aos apenados, respeitando as suas condições e garantindo os seus direitos, instituindo princípios e diretrizes. Com efeito, cabe aos Estados-membros o dever de respeitar as normas, contudo o seu descumprimento não acarreta sanção. Logo, num panorama geral, temos três regras fundamentais referentes à asseguração de direitos aos reclusos, são elas: as Regras de Tóquio, as Regras Nelson Mandela e as Regras de Bangkok. É imprescindível a análise delas para compreender o padrão de tratamento dos apenados no plano internacional.

Primeiramente, as Regras de Tóquio buscam aplicar medidas não privativas de liberdade, visando, de forma detalhada, elencar as noções mais importantes para a sua efetivação com modelos mais humanizados, na contramão da visão do punitivismo, contrariando a visão de que a penas de privação de liberdade é o único meio efetivo de disciplinar e ressocializar. De acordo com esse instrumento, os Estados-membros devem aplicar as alternativas penais à detenção com o intuito de facilitar a reintegração do infrator na sociedade. A sentença de prisão é relocada para último caso.

Ainda mais, devem "assegurar o equilíbrio adequado entre os direitos dos infratores, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e a prevenção do crime" (CNJ, 2016, p. 15). Para aplicar e definir tais medidas, além de serem previstas em lei, necessita analisar a natureza e a gravidade da infração, sempre protegendo a dignidade do infrator. As autoridades podem aplicar sanções econômicas e pecuniárias, imposição de prestação de serviço à comunidade, prisão domiciliar ou uma combinação destas medidas. Há, portanto, uma variedade de penas, cabendo a autoridade competente deliberar (CNJ, 2016, p. 18).

Em segunda instância, as Regras de Nelson Mandela apresentam um caráter do *soft law*, ou seja, são um conjunto de normas não vinculantes de Direito Internacional, podendo, posteriormente, ser transformadas em normas vinculantes, a depender da aprovação dos Estados. O objetivo é "estabelecer princípios e regras básicos para a organização penitenciária e o tratamento de reclusos" (RAMOS, 2020, p. 226-227). Para isso, deve-se respeitar as questões sociais, legais, econômicas e geográficas dos Estados, compreendendo que a sua aplicação não pode ser generalizada, haja vista as diversas realidades (RAMOS, 2020, p. 226).

Outrossim, tais regras também firmam como devem ser a administração prisional; a atuação das autoridades; o respeito quanto às particularidades dos presos, incluindo selecionar os reclusos em zonas distintas, com base no sexo, idade e antecedentes; regras em relação aos locais que esses reclusos se situam; vestuário; alimentação; serviço de saúde; proibição de punições cruéis, desumanas ou degradantes; elaboração do procedimento quanto aos visitantes e advogados e o estabelecimento de regras concernente a reinserção do apenado na sociedade. Enfim, é todo um aparato de normas, procedimentos e meios, visando promover o tratamento digno,

além de tornar a prisão uma medida apta para ressocialização do recluso (RAMOS, 2020, p. 227-233).

Por fim, temos a Regra de Bangkok, servindo de complemento para as Regras de Tóquio, mas, agora, reconhecendo as especificidades da comunidade apenada feminina, com diretrizes não pautadas na regra anterior. Consoante Heide Ann Cerneka, as Regras de Bangkok:

> [...] comtemplam a realidade da mulher mãe em situação de prisão; o fato de que atualmente a grande maioria de mulheres é presa pelo envolvimento com drogas; a realidade das estrangeiras, a questão da saúde em geral e a saúde mental, e o direito de contato com sua família (CERNEKA, 2018, p. 18).

Ademais, outra questão relevante quanto a esse documento é a vedação de instrumentos de contenção em mulheres durante o parto ou no período posterior e o incentivo para que as apenadas lactantes possam amamentar no período estabelecido de seis meses, como previsto na lei (RAMOS, 2020, p. 236). Destarte, assim como as outras regras, necessitam de uma aplicação efetiva nas penitenciárias femininas, além de que também priorizam alternativas penais ao cárcere.

Todavia, mesmo o Brasil sendo um dos países que ratifica documentos internacionais de direitos, é sabido da necessidade de restauração do sistema prisional, levando em consideração que são inúmeras as mazelas que as detenções enfrentam, como a superlotação, as péssimas condições estruturais e os maus-tratos aos presos. As penas parecem não ser somente a privação da liberdade, mas a situação da prisão em si.

2. INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS, CRISE NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O desrespeito aos Direitos Humanos internalizados pela Constituição Cidadã e pelas legislações penais, as quais dissertam sobre a disciplina e a reabilitação do aprisionado dentro da legalidade, é o principal motor do problema nas detenções brasileiras. Desse modo, o reconhecimento da

sistemática e generalizada transgressão de direitos fundamentais de cidadãos presos, em virtude da ação e omissão do Poder Público sobre o tema, foi postulada, mediante a internalização do modo de decisão de origem da Corte Constitucional Colombiana (CCC), pelo prelúdio do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS APENADOS

Um dos assuntos mais impopulares de serem tratados na nação é o tema dos direitos fundamentais dos apenados, pois confunde-se a defesa de criminosos com a asseguração de direitos e garantias fundamentais que são inerentes a toda e qualquer pessoa. Destituir tais seres humanos do valor da vida digna que lhe é imanente significa o mesmo que descaracterizá-los e demonizá-los, contrariando, consequentemente, o princípio fundante da República Federativa do Brasil.

Em primeira análise, importa trazer à baila a norma basilar do Estado Democrático de Direito – o princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal cláusula, nas palavras do Ministro e Professor Luís Roberto Barroso (2005, p. 26-27), "impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas, expressando-se em diferentes dimensões".

Dessa forma, o princípio da dignidade humana, além de ser o preceito que limita a ação estatal arbitrária, mostra ser o núcleo axiológico da Constituição democrática, o qual alude sobre todas as matérias do ordenamento jurídico e, portanto, possui alcance para todos os indivíduos, sem exceção. Não diferentemente, a íntegra do número de cidadãos presos também está imersa nessa valoração constitucional, de tal forma que, muito embora o Estado obtenha o monopólio do *jus puniendi*, ele deve agir conforme o escopo precípuo do Direito Penal e a observância dos direitos fundamentais de presidiários.

Considerando o imprescindível respeito à dignidade da humana e a irradiação desse cerne em todo o ordenamento, pode-se mencionar outros direitos expostos em legislações pátrias e que abarcam a população carcerária. Sendo assim, tem-se a Lei de Execução Penal (Lei federal nº 7.210/84) cujo objetivo centra-se na reinserção social do condenado, res-

peitando-se diversos outros princípios do direito penal. Nessa ótica, constata-se que a LEP:

> Objetiva afastar o arbítrio, a tortura e a punição ilegal, em consonância com os princípios da legalidade, da igualdade, da individualização, da proporcionalidade e da humanização das penas. Tais direitos apenas representam parte dos fundamentos constitucionais, não se afastando quaisquer outras garantias inerentes à condição humana (OCASSO; YOSHIURA, 2013, p. 340).

Destarte, além dos princípios ditos anteriormente, a LEP ainda tratou do possível impasse entre o monopólio estatal do *jus puniendi* e objetivo penal de reintegração social, asseverando, no art. 40 da Lei federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que é imposto às autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (BRASIL, 1984). Na mesma linha de pensamento protetivo a esses cidadãos, a referida legislação, mediante o previsto no art. 41 da Lei federal nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984, determina a constituição dos direitos dos presos (BRASIL, 1984) à luz dos fundamentos acima referidos e da Lei Maior.

Em suma, os direitos e garantias que foram aqui apresentados, além de outros consagrados constitucionalmente e em legislação especial, perpassam a proteção do cidadão preso e da dignidade da pessoa humana que lhe é indissolúvel. Certamente, a ampla lesão desses direitos fundamentais afeta, por conseguinte, no propósito da pena, que é a disciplina e a reeducação dos prisioneiros, ocasionando a reiteração do crime quando estes se tornam egressos do sistema penitenciário. Verifica-se, por isto, a presente realidade carcerária brasileira, descrita como caótica e vilipendiosa de direitos dos aprisionados.

2.2. REALIDADE BRASILEIRA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS DETIDAS

Conforme mencionado, a Declaração Universal de Direitos Humanos conferiu aos detentos um tratamento humanizado, que objetiva, sobretudo, a execução dos requisitos mínimos para uma boa condição

prisional para que, quando egressos, os castigados sejam reinseridos na sociedade. Não díspar, o Brasil, como signatário da referida Carta, ratificou o referido documento de direitos, introduzindo o mesmo viés em sua Lei Maior e em outras normas do ordenamento jurídico.

No entanto, é possível notar, no país, um abismo entre a teoria, ou seja, o disposto em normas, e a realidade. Malgrado a posição de parte da população de menosprezo à precariedade prisional, não deveria o Estado ser agente propagador desse desprezo, haja vista a existência da cláusula do art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, a qual assegura aos presos à integridade física e moral (BRASIL, 1988), sendo papel estatal garantir o cumprimento da pena privativa de liberdade nos parâmetros da humanização.

Contudo, ainda que seja o Estado responsável pela execução das leis e do intento da aplicação da pena, muitas vezes, os agentes que compõem o aparelho estatal gozam do uso de discursos e de atitudes com base no populismo penal, proveniente da negação societária quanto à prática de crimes, para justificar suas ações arbitrárias contra prisioneiros. Como consequência, a verdade carcerária brasileira mostra-se diversa do obrigatório cumprimento das leis penais por parte da administração pública.

Ademais, todo o contempto do corpo social e, principalmente, do corpo estatal, legitimam a violência, a superpopulação e a falta de políticas públicas, sendo omissões e comissões que se apresentam como verdadeiros retrocessos ao fundamento da disciplina e da ressocialização dos apenados, bem como de asseguração das garantias e direitos fundamentais desses indivíduos, gerando cadeias lotadas e falhas. Assim, cabe analisar a política de enclausuramento em massa implantada no Brasil como forma mais perversa de ampla violação de Direitos Humanos dos castigados.

2.2.1 POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA IMPLANTADA NO BRASIL

Certamente, o aumento da criminalidade tem desencadeado, na sociedade, o desejo majoritário de punição em relação aos infratores. Porém, conforme pode-se averiguar, no Brasil, o superencarceramento nos presídios e a situação precária das penitenciárias são os maiores pontos que reforçam a crise carcerária. Logo, constata-se que encarcerar massivamen-

te os delinquentes não se mostra ser a proposta mais viável para o combate à criminalidade.

Isso se dá, pois, a despeito das condições desastrosas do cárcere brasileiro e da superpopulação presa, o Direito Penal passa a não conseguir cumprir com os seus objetivos precípuos. Além do mais, egressos resultantes de um sistema carcerário falho acabam por reincidirem na criminalidade, substancialmente pela escassez de políticas destinadas à reeducação desses indivíduos. Toda essa realidade aponta para a sobrevivência de um sistema de prisão em massa, na qual resgata modelos de punição retrógrados, em que não se perfaz o escopo disciplinador e reintegrador do castigo.

Segundo dados divulgados pelo jornal O Globo, em setembro de 2020, baseados no levantamento da população carcerária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil, na pandemia da Covid-19, teve um aumento no número de reclusos, chegando a 880 mil pessoas sob custódia em relação a julho de 2019, que havia 812 mil detentos. Desse número, tem-se quase metade de indivíduos encarcerados sem sequer haver sido julgados, sendo, exatamente, 45% deles (AMADO, 2020).

Dessa maneira, apreende-se que o sistema penitenciário, atualmente, sofre com a grave mácula da crise carcerária decorrente da política de encarceramento em massa instaurada ao longo dos anos. Ressalta-se, dessarte, que, nestas circunstâncias de superpovoamento prisional, de violência nas detenções, além das condições calamitosas e desumanadas para a execução da pena, infringe-se, consoante afirma Pessoa e Feitosa (2019, p. 3) "diversos tratados de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, e a própria Constituição Federal são violados, podendo o Estado brasileiro responder perante os órgãos de monitoramento dos direitos humanos".

A exemplo de casos em que o Estado brasileiro respondeu diante de órgãos de monitoramento, tem-se as resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e Curado, as quais anunciaram o encarceramento em massa e as devastadoras transgressões dos direitos e garantias fundamentais dos presos. Logo, à vista não somente dessas situações, mas de uma conjuntura de crise penitenciária em larga escala, faz-se imprescindível discorrer sobre a decisão história da instauração do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil.

2.3. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A CRISE CARCERÁRIA BRASILEIRA

Na tentativa não somente de responder à circunstância infame em que se encontra os presídios brasileiros, como também à inércia das Casas Legislativas, além de realizar cobranças, direcionadas ao Poder Executivo, de investimentos em recursos, a judicialização da problemática de enclausuramentos desumanizados objetiva agir diante de um contexto em que há o direito positivado, no entanto, este está sendo amplamente descumprido pelo Estado, como é o caso da conjunção das prisões do país (SLONIAK, 2015, p. 15).

Compreende-se, portanto, que o problema do sistema carcerário se tornou um certame no qual perpassa uma mácula macroestrutural e, portanto, exige-se uma atuação macroestrutural em contrapartida. Em vista disso, no cenário de necessária participação ativa não só do Poder Judiciário, como também do Poder Legislativo e do Poder Executivo, reconhece, a Corte Suprema do Brasil, a conjunção de sistemática violação de direitos fundamentais dos detentos e a indispensabilidade de alçar soluções para combater esse estado alarmante.

2.3.1 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL ANTE A GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Em razão das condições desumanas e degradantes presentes no sistema carcerário brasileiro, ajuizou o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade) uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que representou um marco na judicialização penitenciária do Brasil e no ativismo judicial, introduzindo um papel ativo do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos estatais perante o desrespeito aos direitos fundamentais de cidadãos presos.

Dessarte, a ADPF 347 instaurou o Estado de Coisas Inconstitucional nas cadeias brasileiras, já que reconheceu a situação sub-humana em que se encontram os indivíduos sob custódia no sistema prisional do país, tendo seu corolário em uma política do encarceramento em massa, con-

siderando, principalmente, a subsistência de uma vasta e massiva desobediência aos direitos fundamentais dos encarcerados resultante de falhas estruturais e da inexistência de políticas públicas.

Importa mencionar que, a princípio, nesse trabalho, foi abordada a internacionalização do Brasil na ratificação de Direitos Humanos e garantias mínimas para encarcerados previstas nas Cartas do ONU, tais como Regras de Mandela, as Regras de Bangkok e Regras de Tóquio, as quais tornam obrigatório o estrito cumprimento por parte dos Estados-membros signatários. No entanto, os direitos previstos nas regras se confrontam com a realidade prisional brasileira, a qual denuncia um vasto dano ao princípio da dignidade da pessoa humana de pessoas custodiadas.

Desta feita, examinando o não cumprimento dos direitos naturais dispostos pela Declaração Universal de Direitos Humanos e de outros Tratados Internacionais, além do incumprimento das garantias e direitos fundamentais presentes na Constituição Cidadã e nas demais legislações penais, julga procedente, o STF, a presença de um Estado de Coisas Inconstitucional nas prisões brasileiras e a necessidade de resgate dos direitos inerentes ao cidadão preso.

Consoante a isso, a Corte brasileira identifica a importância de tomar medidas de natureza administrativa, normativa e orçamentária por parte de todos os setores do Poder Público (SUPREMO, 2015), tendo como escopo a mitigação desse Estado de Coisas Inconstitucional. Nesse quadro, pela exigência de intervenção de todos os poderes que compõem a máquina estatal, além da análise da finalidade de reabilitação da sanção e o estímulo evidente, nas Regras de Tratados Internacionais, à promoção de alternativas penais à privativa da liberdade, urge o imperioso debate no que se refere a como o país, ao favorecer a política do encarceramento em massa e enfraquecer a aplicação de penas restritivas de direito, viabiliza o caos carcerário e a não readaptação social do aprisionado.

3. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO BRASIL

A problemática da inobservância da máxima da dignidade da pessoa humana e dos direitos básicos de detentos são resultados da ausência de medidas de desencarceramento em massa e de uma baixa aplicabilidade de alternativas penais ao aprisionamento. Nesse raciocínio, examina-se que

a nação valoriza demasiadamente o uso do aprisionamento e de castigos mais severos como forma de tentar interromper a criminalidade e, em contrapartida, desvaloriza, amiudamente, pela ideia imprecisa de que a razão da punição se perde ao se aplicar alternativas penais à prisão, o cerne reintegrador da penalidade promovido pelas penas restritivas de direito. Sobre da questão mensurada antecedentemente, afirma-se:

> É notório que os países que enxergam a prisão como o único meio de lidar com a criminalidade enfrentam sérios problemas com superlotação de presídios e altas taxas de reincidência. Tal realidade não contribui para que o apenado, ao sair da cadeia, considere-se reinserido na sociedade. A título de exemplo, se um indivíduo com sérias dificuldades no seu sustento comete um roubo em função disso, custodiá-lo por alguns anos não vai mudar a sua situação realidade social, tampouco a prisão será capaz de ensiná-lo os valores do trabalho e do bom convívio social. Tendo isso em vista, muitas nações estão inserindo em seus ordenamentos medidas alternativas de punição que visam substituir as prisões por atividades com viés mais educativo (LUZ; AFFONSO; ZAGANELLI, 2020, p. 3).

Conforme pode-se constatar, essa convicção errônea de que o uso de penas mais rígidas ajuda a combater a delinquência e, caso não sejam aplicadas, não haveria punição ao criminoso, somente corrobora com a tese da falsa ideia de impunidade, visto que se acredita na prisão como única forma de correção pelo crime cometido. Ademais, há um completo fracasso na ressocialização de presidiários e do estrito cumprimento da legalidade por causa da superlotação, fazendo com que ocorra uma alta reincidência criminal dos egressos da custódia.

Sob essa ótica, é indubitável traçar um comparativo entre a aderência e eficácia da aplicação das penas alternativas no Brasil e em outros países do mundo, explicando a ineficiência e a não atuação dos poderes componentes do Poder Público, dando ênfase ao papel do Poder Judiciário na redução do Estado de Coisas Inconstitucional prisional. Em seguida, explanar a necessidade de abrangência das penas restritivas de direito, de forma a mostrar os fundamentos e as possibilidades de aplicação de alternativas penais, à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A BAIXA APLICAÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS NO BRASIL

Sabe-se que, no Brasil, a população presa tem crescido exorbitantemente ao longo dos anos, contribuindo para o superpovoamento carcerário e indicando a manutenção de uma política de prisão massiva, a qual afeta, maioritariamente, determinados grupos socialmente vulneráveis, como negros e pobres. O assunto tornou-se tão grave e urgente que, em uma audiência pública inédita com o propósito de discorrer sobre a superpopulação do sistema prisional e a violação generalizada e sistemática de direitos naturais de detentos, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que "a política de encarceramento em massa adotada no brasil não tem auxiliado a segurança pública e que acabam por fortalecer facções do crime organizado que atuam dentro de presídios" (CNJ, 2021).

Vislumbra-se, desta feita, que o país vivencia um constante aumento do número de pessoas no cárcere no decorrer dos anos, contribuindo com as cadeias abarrotadas e com a ineficácia da integração do egresso na sociedade, pois não há estrutura, tampouco políticas públicas destinadas para tentarem reduzir a conjunção infamante a qual se encontra as cadeias. Isso se dá, evidentemente, devido a preconização das penas privativas de liberdade em detrimento da eficiência da pena restritiva de direito quando puder ser aplicada, haja vista que dados afirmam a probabilidade de um em cada quatro presos poder cumprir pena alternativa (BARBOSA, 2015). Acerca da problemática, o debate da sobreposição das penas de prisão encontra respaldo na resistência de aplicabilidade por parte de juízes em relação às penalidades do Direito Penal Mínimo, a dizer:

> O uso no Brasil de penas alternativas à prisão, como prestação de serviços comunitários e pagamento de multas, é limitado na comparação com países desenvolvidos e esbarra na resistência de juízes à sua aplicação, indicam estudos e especialistas (BARBOSA, 2015).

Através da consideração de que o país vive a realidade de descompostura em face do Estado de Coisas Inconstitucional cuja responsabilidade de superação requer atuação conjunta entre todos os poderes e órgãos que

compõem o Estado-nação, a aplicabilidade de penas restritivas de direito como forma de afastamento do superpovoamento nas cadeias, da política prisional em massa e do estrito cumprimento das normas de Direitos Humanos relativas ao reforço de alternativas ao cárcere, aparentemente, não se faz vigente no imaginário quem representa o Poder Judiciário, inexistindo desempenho do referido órgão na cessação do caos penitenciário.

3.2 PREVISÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As penas restritivas de direito existem, no ordenamento jurídico pátrio, a fim de que haja a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade de pouca durabilidade. Foram introduzidas através de reforma penal, pela Lei nº 7.206/84, e estão atualizadas por meio das alterações advindas com a Lei nº 9.714/98 cuja redação passou a vigorar mudanças nos dispositivos dos arts. 43 a 47, 55 e 77, incluindo modificações nas leis das penas alternativas. Assim, podem ser convertidas pelas seguintes categorias existentes nos incisos do art. 43, que são a prestação pecuniária, a perda de bens e valores, a limitação de fim de semana, a prestação de serviços à comunidade ou às entidades públicas e a interdição temporária de direitos. Estão previstos os requisitos de acordo com o art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (BRASIL, 1940).

Elucida-se, posto isso, que os requisitos para a conversão de uma pena privativa de liberdade em uma pena restritiva de direito são objetivos e subjetivos. Diz-se ter pressupostos subjetivos por causa do inciso III do art. 44, o qual abre margem para um critério discricionário do juiz, dando

importância à observação das exigências mencionadas no referido inciso, indicando que a substituição considera aspectos particulares do transgressor, além de que, da conversão, exige-se suficiência, isto é, a aplicação da pena alternativa precisa ser suficiente para o cumprimento de seus desígnios formais como sanção, que são a prevenção, tanto do apenado, como da sociedade, a retribuição e a ressocialização, amparados nos fundamentos do Direito Penal Mínimo.

CONCLUSÕES

Em virtude da política de encarceramento massiva, o superpovoamento carcerário tornou-se um espectro para o cumprimento e o propósito do castigo. A lotação nas detenções demonstra o descumprimento não somente dos documentos internacionais ratificados pelo Brasil, como também dos Direitos Humanos internalizados na Constituição Federal e em legislações específicas. Posto isso, adotando o juízo de generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais de reclusos, o Supremo Tribunal Federal fez a judicialização da discussão penitenciária.

Por esse motivo, a pergunta norte desse trabalho buscou compreender de que maneira se pode frustrar os motivos que embasam a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional nos cárceres por meio de uma participação ativa do Poder Judiciário. É inteligível que o Brasil favorece a utilização de penas privativas de liberdade como meio de disciplinar o enclausurado e subjuga o instrumento de reabilitação consagrado pelas penas restritivas de direito. Desta maneira, analogamente à problemática, aplica-se as medidas alternativas de modo limitado, posto que a baixa aplicabilidade encontra respaldo na resistência de juízes em substituir a punição da prisão pelas correções do Direito Penal Mínimo.

Inquestionavelmente, a política que prende massivamente persiste no país, mesmo com o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, tal como o incentivo e a exigência da atuação dos outros poderes do aparato estatal. No entanto, foca-se na atuação do Poder Judiciário na superação dessa mazela estrutural. Haja vista a existência de um instrumento presente no ordenamento pátrio, que cumpre suas funções de correção, de retribuição e de reintegração social, a abrangência da aplicação de penas

alternativas pelos juízes de direito, em situações cabíveis da substituição da prisão, faz-se necessário.

É seguindo o trajeto de desconstrução da política de enclausuramento em massa e do estímulo à hipótese controversa, ou seja, da política do desencarceramento em massa, que se poderá debater novos rumos na carceragem brasileira. Itinerários esses fomentados pelo estrito respeito à dignidade humana, aos Direitos Humanos e aos direitos fundamentais de pessoas sob custódia, pelo cumprimento das normas ratificadas nos Tratados Internacionais, além da eficácia corretiva e readaptadora do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

AMADO, Guilherme. População Carcerária Cresce na Pandemia e Chega a 888 Mil. **O Globo.** Disponível em: https://oglobo.globo.com/epoca/guilherme-amado/populacao-carceraria-cresce-na-pandemia-chega-888-mil-24646397. Acesso em: 22 jun. 2021.

BARBOSA, Bernardo. No Brasil, 20% recebem pena alternativa; na Europa, proporção é inversa. *In*: **Notícias Uol**. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/12/02/cerca-de-20-sao-condenados-a-penas-alternativas-diz-pesquisa-do-ipea.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618. Acesso em: 07 jun. 2021.

BICUDO, Tatiane Viggiani. **Por Que Punir? – Teoria Geral da Pena.** São Paulo: Saraiva, 2015.

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

_____. **Decreto-Lei n° 2.848**, 1940**.**

_____. **Lei n° 7.2010**, 1984.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal**, 2009.

CERNEKA, Heid Ann. Regras de Bangkok – Esta Hora de Fazê-las Valer! *In*: **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2133478/mod_resource/content/1/Boletim232_heidi.pdf. Acesso em: 14 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Gilmar Mendes abre audiência pública sobre sistema prisional brasileiro. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/gilmar-mendes--abre-audiencia-publica-sobre-sistema-prisional-brasileiro/. Acesso em: 19 jun. 2021.

_____. **Regras de Tóquio**, 2016.

LUZ, Fábio Henrique Cordeiro; AFFONSO, Lucas Brandão; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Penas alternativas: um estudo comparado entre Brasil e Alemanha. *In*: **Derecho y Cambio Social.** Disponível em**:** https://www.derechoycambiosocial.com/revista061/Penas_alternativas.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

OCCASO, Leandro. YOSHIURA, Renata. Os Direitos Fundamentais do Cidadão Preso. **themaetscientia**, 2013. Disponível em: http://www.themaetscientia.fag.edu.br/index.php/ASSCCS/article/view/416. Acesso em: 07 jun. 2021.

PESSOA, Manuela Fleck de Paula; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Corte Interamericana De Direitos Humanos E O Encarceramento Em Massa: Uma Análise Dos Casos Do Complexo Penitenciário De Pedrinhas e Curado. **Prim Facie**. Disponível em: https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/48769. Acesso em: 07 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. **dhnt.** Disponível: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_sip.pdf. Acesso em: 14 jun 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SLONIAK, Marcos Aurélio. A judicialização penitenciária como possibilidade de humanização da pena – breves considerações sobre o julgamento do RE 580.252. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1634274/mod_resource/content/0/A%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20penitenci%C3%A1ria%20como%20possibilidade%20de%20humaniza%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena%20%E2%80%93%20breves%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20o%20julgamento%20do%20RE%20580.252%20-%20MARCOS%20SLONIAK.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na aguição de descumprimento de preceito fundamental 347**. Distrito Federal, 2015.

O CONCEITO DE SOLIDARIEDADE DE DURKHEIM E O PROCESSO EVOLUTIVO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha[79]
Inácio Ferreira Façanha Neto[80]

INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de pesquisa bibliográfica acerca da evolução do Direito Penal brasileiro a partir do conceito de solidariedade formulado por Emile Durkheim. Sob a ótica da sociologia, busca-se compreender as mudanças advindas no Direito Criminal ao longo dos

79 Doutora e Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Advogada militante (OAB/MA nº. 7924) nas áreas de Violência de Gênero, Doméstica e Familiar, Direito de Família e Sucessões e membro da Comissão da Mulher e da Advogada (OAB/MA). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora da Faculdade Pitágoras de São Luís/MA. Professora do Centro Universitário Dom Bosco (UNDB) e da Universidade Estadual do Maranhão. Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Uniceuma). Especialista em Direito Público (Universidade Gama Filho - UGF). Especialista em Linguística Aplicada e Ensino de Línguas (Faculdade COC). Licenciada em Letras Português (FAMA). Bacharel em Direito (Uniceuma). Coordenadora do Grupo de Pesquisa sobre Violência de Gênero e Violência contra a Mulher da UNDB. Pesquisadora de gênero. Integrante dos grupos de pesquisa GERAMUS da Universidade Federal do Maranhão e do GPAES, da Universidade Estadual do Maranhão. Revisora e avaliadora de diversas revistas e periódicos.

80 Mestre em Administração e Controladoria pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Possui graduação em Administração pela Faculdade Estácio de São Luis (2010) e graduação

anos, a evolução da chamada solidariedade mecânica existente no direito repressivo, e a construção do conceito de solidariedade social ou orgânica.

Dessa forma, verifica-se relação direta entre as novas tendências do Direito Penal e a Sociologia do Direito, que se pretende demonstrar a partir do conceito de solidariedade apresentado por Durkheim, cuja concepção influenciou diretamente para a modernização do Direito brasileiro.

Ao focalizar o Direito dentre os objetos de estudo da Sociologia, Durkheim deteve-se ao campo da repressão, refletindo particularmente a respeito do crime, como fato social que perpassa toda a história. O crime, a seu turno, em que pese sua generalidade e universalidade, sempre provocou no passado e presente a repulsa da sociedade, a ponto de exigir a aplicação de uma sanção, denominada pena, pelas instituições repressoras.

Apesar da aversão universal ao crime e às suas variantes, Durkheim concluiu que o crime se encontra dentro da normalidade estática, apresentada pelos demais fatos sociais, ou seja, o crime é um fato social normal. Com esta tese, Durkheim comprovou que o crime não é uma doença social em si mesmo, embora o comportamento criminoso, representado pelas taxas de criminalidade, possa indicar uma patologia pessoal ou coletiva.

A partir desta teoria, Durkheim debate e polemiza com criminologistas de sua época, destacando os adeptos da Escola Penal Positiva, liderada pelo médico Cesare Lombroso, defensor da criminalidade e do crime como fatos patológicos, passíveis de tratamento médico.

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O homem, considerado centro do universo jurídico e, portanto, o objeto mais importante da tutela penal do Estado, é a razão do surgimento do Direito e das demais legislações que o seguiram. Constitui-se, ainda, no principal motivo que levou o legislador pátrio a iniciar a parte especial do Código Penal com o capítulo referente aos crimes contra a vida.

---

em Gestão de Segurança Empresarial e Patrimonial pela Universidade Estadual do Maranhão (2010). Especialista em Gestão Estratégica de Pessoas (Uniceuma), Gestão Empresarial (Unice), Segurança Pública, Defesa Civil e Cidadania (Uema) e Gestão Universitária (UEMA). Professor Assistente do curso de Administração da Universidade Estadual do Maranhão CESCD - CODÓ e do curso de Administração Pública da UEMANET. Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Gestão Organizacional.

Apesar do Direito Penal ter surgido com o próprio homem, não se pode falar em um sistema orgânico de princípios penais nos tempos primitivos. Para os grupos sociais desse período, em razão de preceitos religiosos e místicos, todos os fenômenos naturais maléficos eram considerados como resultado de forças divinas que exigiam reparação.

Na tentativa de dirimir a ação dos "deuses", foram criadas diversas proibições religiosas, sociais e políticas, popularmente conhecidas como "tabus", que, em caso de desobediência, acarretavam castigos. A desobediência tabu levou à coletividade à punição do infrator para atender aos reclames da "divindade", gerando assim a visão primária acerca de crime e pena.

O castigo aplicado era o sacrifício da própria vida do transgressor ou a "oferenda" por este de objetos valiosos, tais como animais, peles e frutas, à divindade, no altar montado em sua honra. A pena, em sua origem remota, significava apenas vingança, revide à agressão sofrida, quase sempre desproporcional a ofensa e aplicada sem preocupação com critérios de justiça (GARCEZ, 1972, p. 66).

Diversas foram as fases da vingança penal *et*apas que não se sucederam de modo sistemático, compreendendo períodos de transição e adoção de princípios diversos, permeados por sentimento religioso.

Na primeira fase, conhecida como vingança privada, quando um crime era cometido, de imediato ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social, que agiam de forma desproporcional à ofensa, atingindo não apenas o ofensor, como também todo seu grupo. Se o transgressor fosse do próprio grupo, podia ser-lhe aplicada a pena de banimento ("expulsão da paz"), que o deixava à disposição de outros grupos, que o espancavam até a morte. Caso o "crime" fosse praticado por pessoa alheia ao grupo, a reação era a "vingança de sangue", considerada como obrigação religiosa e sagrada "verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos" (GARCEZ, 1972, p. 67).

Com a evolução social, no intuito de impedir a dizimação das tribos, surge o talião, que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado. Adotado no Código de Hamurabi, no Êxodo e na Lei das XII Tábuas, foi ele um grande avanço na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.

Anos mais tarde, surge a composição, sistema pelo qual o ofensor se livrara do castigo com a compra de sua liberdade. Adotada pelo Código de Hamurabi, pelo Pentateuco e pelo Código de Manu a composição foi aceita pelo Direito Germânico, sendo a origem remota das formas modernas de indenização do Direito Civil e da multa do Direito Penal.

A fase da vingança divina deve-se à influência decisiva da religião na vida dos povos antigos. O Direito Penal impregnou-se de sentido místico desde seus primórdios, já que devia reprimir o crime como satisfação aos deuses pela ofensa praticada no grupo social. O castigo, ou oferenda, por delegação divina era aplicado pelos sacerdotes que aplicavam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação.

Com a maior organização social, atingiu-se a fase da vingança pública. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se a segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que, na Grécia governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas. Na fase posterior, porém libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo individual, em positiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais (GARCEZ, 1972, p. 67).

Após a etapa da Legislação Mosaica, evoluiu o Direito Penal do povo hebreu com o Talmud. Substituiu-se a pena do talião pela multa, prisão e imposição de gravames físicos, sendo praticamente extinta a pena de morte, aplicando-se em seu lugar a prisão perpétua sem trabalhos forçados. O Direito Penal germânico primitivo não era composto por leis escritas, sendo constituído apenas pelo costume. Marcado por características da vingança privada estava ele sujeito à reação indiscriminada e à composição. Tempos depois, foi aplicado o talião por influência do Direito Romano e do cristianismo.

Entre os períodos dos direitos romano e germânico e a do direito moderno, estendeu-se o Direito Canônico ou Direito Penal da Igreja, com a influência do cristianismo na legislação penal. Utilizando conceitos do Direito Romano e fazendo algumas adaptações às novas condições sociais, a Igreja contribuiu para a humanização do direito, embora politicamente sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder

temporal para proteger os interesses religiosos de dominação (MIRABETE, 2005, p. 37).

Nos séculos XVI e XVII, durante o período Iluminista, o Direito Penal assumiu um caráter mais humanitário, por meio de um movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII.

Em 1764, o Marquês de Beccaria escreveu sua obra mais famosa "Dos delitos e das penas", enfocando o Direito Penal sob outro viés, ou seja, no período iluminista temos um Direito Penal liberal, laico, secularizado e não mais preso à religião. A pena passa a ter um caráter utilitarista, isto é, prevenir que o agente volte a cometer novos delitos. Trata-se de uma pena voltada para o futuro. Todavia, esta teoria foi rechaçada por Kant e Hegel, pois segundo eles o homem não pode ser utilizado como meio, já que é um fim em si mesmo.

As principais ideias do Iluminismo expostas por Beccaria estão nas obras de diversos autores da primeira metade do século XIX, que foram reunidos sob a denominação de Escola Clássica, nome criado pelos positivados com sentido pejorativo, mas que atualmente designa os doutrinadores daquele período.

O principal escritor dessa fase do Direito Penal foi Francesco Carrara, autor do *Programa del corso di diritto criminale* (1859), segundo o qual o delito é um "ente jurídico" impelido por duas forças: a física, que consiste no movimento corpóreo e o dano do crime, e a moral, constituída da vontade livre e consciente do criminoso. O livre arbítrio como pressuposto da afirmação da responsabilidade e da aplicação da pena é o centro do pensamento de Carrara (MIRABETE, 2005, p. 39).

Para a Escola Clássica, o Direito Penal deve utilizar o método e dedutivo ou lógico-abstrato, e não experimental, característico das ciências naturais. A pena é considerada tutela jurídica, isto é, como proteção aos bens jurídicos tutelados penalmente. A punição não poderá ser arbitrária, regulando-se pelo dano sofrido e que, embora tenha caráter retributivo, tem a finalidade de defesa social.

O movimento naturalista do século XVIII, defensor árduo da supremacia da investigação experimental contrariamente à indagação racional, influenciou o Direito Penal, sendo que a partir das teorias acerca da evolução humana de Darwin e Lamark, bem como das ideias de John Stuart Mill e Spencer, originou-se a chamada Escola Positiva.

Esse novo movimento do Direito Penal iniciou-se em 1876, com a publicação da obra do médico e professor César Lombroso, segundo o qual o crime seria manifestação da personalidade humana e produto de várias causas, devendo o criminoso ser estudado do ponto de vista biológico.

Em suma, para a Escola Positiva o crime é um fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores. A responsabilidade penal é também responsabilidade social, pois o criminoso vive em sociedade e tem por base a sua periculosidade. A pena, por sua vez, é medida de defesa social, que tem por finalidade a recuperação do criminoso ou à sua neutralização.

No Brasil, o Direito Penal foi trazido pelos portugueses, inicialmente com as Ordenações Afonsinas, em 1446, seguidas das Ordenações Filipinas, no período de 1603 a 1830. No ano de 1830, foi editado o Código Criminal do Império, que consistia em uma legislação penal mais humanizada e sistematizada.

Em 1890, aprovou-se o Código Penal da Era Republicana, que fora muito criticado, por não ter mantido o nível de organização do código anterior. Em 1940, época do governo de Getúlio Vargas, foi editado nosso atual Código Penal, oriundo de projeto formulado por Alcântara Machado, inspirado nos ensinamentos das Escolas Clássica e Positiva.

Todavia, o Direito Penal brasileiro não tem permanecido com seu aspecto unicamente repressivo, adotando, a partir da Lei 9.099/1990, também conhecida como Lei dos Juizados Especiais, uma postura restitutiva, vez que a pena, nesses casos, é relegada a segundo plano, importando a conciliação entre as partes.

2. METODOLOGIA

Técnicas metodológicas podem ser utilizadas para analisar a pesquisa como um procedimento formal: Determinar o pensamento reflexivo ao buscar um tratamento científico, constitui A Norte compreende a realidade em estudo e visa dar respostas às questões colocadas nesta pesquisa para desenvolver métodos específicos (LAKATOS e MARCONI, 1987).

Na construção deste estudo, foi traçado um caminho metodológico, onde a pesquisa se caracterizou como pesquisa teórica, com análise docu-

mental e pesquisa bibliográfica em livros da área, artigos científicos e afins, referentes à temática exposta. Quanto ao método de abordagem, este estudo classifica-se como qualitativo e com abordagem descritiva.

É um estudo cujo objetivo é descritivo e bibliográfico. Barros e Lehfeld (2000) afirmam que neste tipo de pesquisa não há interferência do pesquisador, ou seja, descreve o objeto de investigação, buscando descobrir a frequência com que um objeto ocorre, sua natureza, características, causas, relações. e conexões com outros fenômenos.

Portanto, esse tipo de investigação preocupa-se em observar os fatos, registrá-los, analisá-los, classificá-los e interpretá-los, sem que o investigador interfira neles. Sua natureza é bibliográfica, utilizando pesquisas anteriores, documentos impressos e artigos já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente registrados, com análise documental. Zanella (2010) enfatiza que a fonte direta de dados na pesquisa qualitativa é o ambiente natural, e o pesquisador é a principal ferramenta nesse processo.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Durkheim desenvolveu os conceitos de solidariedade orgânica e mecânica a partir do estudo acerca da divisão do trabalho social, para tanto dividiu seu trabalho em três partes, determinando, primeiramente, a função da divisão do trabalho, ou seja, a que necessidade social corresponde, identificando as causas e as condições de que depende, e classificando as formas anormais que a divisão apresenta, uma vez que é a partir da patologia que se vai compreender o fisiológico.

Para Durkheim, as sociedades primitivas foram marcadas por uma divisão social do trabalho fundamentada na solidariedade mecânica, ou seja, aquela na qual a similitude entre os indivíduos do corpo social é a marca principal. Nessas sociedades, o Direito Penal ou repressivo predomina no ordenamento jurídico (2008, p. 39):

> O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Chamamos por esse nome todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor essa reação característica a que chamamos pena. Procurar qual é esse vínculo é, portanto, perguntar-se qual a causa da pena, ou, mais claramente, em que consiste essencialmente o crime.

Na busca da essência do crime, Durkheim (2008, p. 43) entende como sendo relacionado às paixões da própria consciência social, já definida anteriormente pelo autor:

> De fato, a única característica comum a todos os crimes é que eles consistem – salvo algumas exceções aparentes, que serão examinadas mais abaixo – em atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade. Muitos se perguntam hoje se essa reprovação é racional e se não seria mais sensato considerar o crime apenas uma doença ou um erro. Não temos, porém, de entrar nessas discussões; procuramos determinar o que é ou foi, não o que deve ser. Ora, a realidade do fato que acabamos de estabelecer não é contestável; isso significa que o crime melindra sentimentos que se encontram em todas as consciências sadias de um mesmo tipo social.

Dessa forma, é essa oposição que faz o crime, estando distante de derivar dele. Em outras palavras, não se deve dizer que um ato ofenda a consciência comum por ser criminoso, mas que é criminoso porque ofende a consciência comum. Logo, não há juízo de reprovação por ser um crime, mas é um crime porque há um juízo de reprovação.

Para Durkheim, há dois tipos de solidariedade social, que possuem um tipo de sanção correspondente, por meio da qual se classificam as normas jurídicas. A relação estabelecida entre solidariedade e sanção é indispensável à compreensão da teoria durkheiminiana, uma vez que se é o Direito o reprodutor da solidariedade social, todas as suas regras deveriam expressar as diferentes modalidades de solidariedade. O mesmo ocorre com as normas jurídicas classificadas conforme as diferentes sanções, sendo que a cada sanção corresponderá um tipo de solidariedade, razão pela qual é necessária a compreensão do conceito de cada uma das espécies de sanção existentes.

No Direito Penal, objeto de estudo da presente pesquisa, seriam aplicadas as chamadas sanções repressivas, que consistem principalmente em dor ou ao menos em uma perda, em uma diminuição impetrada ao agente responsável pela prática delituosa. Essas sanções têm por objetivo afetar o autor do crime em sua honra, fortuna, liberdade, vida, de modo a sub-

trair-lhe algo relevante. Esse tipo de sanção corresponde à solidariedade mecânica.

Assim, tem-se Durkheim (2008, p. 39):

> O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Chamamos por esse nome todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor essa reação característica a que chamamos pena. Procurar qual é esse vínculo é, portanto, perguntar-se qual a causa da pena, ou, mais claramente, em que consiste essencialmente o crime.

A outra modalidade de sanção é a restitutiva, que consiste apenas na reparação dos danos causados pela ação do autor do fato, ou seja, no restabelecimento da situação ao seu estado anterior, seja pela recondução forçada ao tipo de que desviou, ou por sua anulação. Corresponde ao direito restitutivo, que abrange o Direito Civil, o Empresarial, o Processual, o Administrativo e o Constitucional, desconsiderando os efeitos de ordem penal deles decorrentes. Essas sanções correspondem à solidariedade orgânica.

Durkheim (2008) defende que, em uma sociedade regida pela solidariedade mecânica, as ações humanas são influenciadas pelas paixões privadas, que seriam decorrentes das paixões do organismo social, por meio da consciência comum. As respostas ao crime seriam determinadas pelas paixões, sendo assim desproporcionais à amplitude do crime consumado.

Durkheim acredita que a consciência coletiva das sociedades primitivas foi grandemente influenciada por antecedentes históricos e pela religiosidade. Até mesmo o juiz sentenciaria influenciado por suas paixões, que, por sua vez, seriam resultado das paixões públicas.

Durkheim (2008) pensa que a pena satisfaria as paixões privadas porque antes disso, ela satisfaz as paixões públicas, ou seja, aquelas da coletividade.

Contrariamente à solidariedade mecânica, a sociedade moderna, a partir da Europa industrializada do século XIX, é caracterizada pela solidariedade orgânica. Trata-se de uma sociedade complexa com fundamento na divisão do trabalho conforme o princípio da especialização, cujos laços resultam da diferenciação ou se exprimem por seu intermédio. A

solidariedade é criada através das redes de relacionamento entre indivíduos e grupos, onde cada um deve respeitar as obrigações assumidas por contrato. Os próprios indivíduos se policiam, haja vista saberem que se não atuarem de forma determinada, não irão sobreviver nesta sociedade baseada na propriedade privada, na concorrência e no intercâmbio de bens de valores equivalentes.

Com fundamento nos conceitos formulados por Durkheim (2008, p. 40), infere-se da teoria por ele desenvolvida:

> [...] sabemos sob que formas exteriores são simbolizadas esses dois tipos de solidariedade, isto é, qual é o corpo de regras jurídicas que corresponde a cada uma delas. Por conseguinte, para conhecer sua importância respectiva num tipo social dado, basta comparar a extensão respectiva dos dois tipos de direito que exprimem, pois, o direito sempre varia de acordo com as relações sociais que rege.

Dessa forma, a solidariedade mecânica seria representada pelo direito repressivo, enquanto a orgânica pelo direito restitutivo, cada um com seu grupo de normas jurídicas correspondentes. Entretanto, apesar da variação do Direito conforme as relações sociais que regulamenta, essas se modificam com o passar do tempo, provando mudanças tanto na consciência individual de cada componente da sociedade, de modo a interferir na solidariedade orgânica expressada por essa sociedade, em especial na consciência coletiva existente, alterando alguns elementos presentes na solidariedade mecânica.

Erhlich (1986, p. 373) asseverou que as prescrições jurídicas não comportam em si mesmas todo o direito, vez que este, em razão das mudanças ocorridas na sociedade, também muda, não se limitando aos códigos e às legislações escritas, mas se apresentando também sob uma nova forma de acordo com os ditames e as necessidades da sociedade. Nesse sentido, sendo o direito um modo de expressão da solidariedade social, que, por sua vez, também se modifica, não teria a necessária e destacada por Durkheim.

Erhlich (1986, p. 374) chama esse direito de "direito vivo", cuja tarefa de reconhecimento irá corresponder "na compilação do material a partir das leis e na determinação de seu conteúdo através da interpretação pró-

pria e na aplicação da interpretação na bibliografia e na administração da justiça". O "direito vivo" é aquele que expressa a realidade fática e deve ser observado e apreendido pelos aplicadores da lei, uma vez que o que está prescrito nos códigos guarda pouca ou nenhuma relação com o que efetivamente ocorre no cotidiano. Por essa razão, portanto, a ciência jurídica deve atentar a esse fato, para assumir considerável valor.

Diante dessas situações, o Direito Penal, apesar das tipificações nele constantes e as penas cominadas aos crimes, tem adotado nova posturas, baseadas em princípios e legislações específicas, de modo a se adequar à nova realidade social. Dentre as novas posturas, podemos citar as penas alternativas, a instituição dos Juizados Especiais, a instalação de varas criminais especializadas (mulher, criança e adolescente, idoso), entre outras.

Isso se deve ao fato de a dogmática penal, no decorrer do tempo, estar se desgastando, em virtude da polêmica travada entre os causalistas e os finalistas, sendo sustentado por muitos doutrinadores a insuficiência e a desconexão com a realidade da sociedade. A dogmática penal passou a se dedicar apenas as elaborações abstratas, deixando de examinar as particularidades do caso concreto e de ponderar qualquer aspecto quanto à realidade social, o que despertou reação de alguns penalistas.

Para Silva (2001, p. 45), a questão hoje "pode ser assim resumida: boa parte dos postulados, alguns princípios e a maioria dos paradigmas utilizados em direito penal não servem para espelhar a reprovabilidade social das condutas incriminadas e a sanção respectiva está em completo desacordo com o pós-modernismo".

Atualmente, tem-se o Direito Penal totalmente positivado e distinto dos campos da moral, da religião e das normas de caráter tradicional, coexistindo com demais ramos do direito. O direito repressivo continua, com nova roupagem, refletida no Direito Penal, na condição de um dos mais expressivos ramos jurídicos, inclusive nas sociedades contemporâneas, onde a divisão do trabalho social manifesta-se sob formas cada vez mais complexas.

Ressalta-se que Durkheim foi buscar no Direito e não na moral ou na religião, a fonte para a obra "A Divisão do Trabalho Social", tendo encontrado os elementos de recomposição da solidariedade rompida. Ele próprio justifica sua imersão no mundo do Direito (2008, p. 34/35):

> O estudo da solidariedade pertence, pois, ao domínio da sociologia. É um fato social que só pode ser bem conhecido por intermédio dos seus efeitos sociais [...] uma vez que o Direito reproduz as formas principais de solidariedade social, só nos resta classificar as diferentes espécies de direito para descobrirmos, em seguida, que correspondem a elas.

Enquanto na obra "A Divisão do Trabalho Social" a preocupação era a abordagem dos fatos sociais conforme o método das ciências positivas, no livro "As regras do método sociológico", Durkheim constrói e demonstra a metodologia das ciências sociais, em especial, da Sociologia. Nesse sentido, o pensador foi explícito: "(A ciência do homem) [...] não conhece senão fatos que têm todos o mesmo valor e o mesmo interesse; observa-se, explica-os, mas não os julga. Para ela, não os há que sejam censuráveis" (DURKHEIM, 2002, p. 68).

Nessa obra, Durkheim, ao observar e explicar o fato social denominado crime, não leva em consideração suas manifestações singulares, mas, principalmente, suas características universais, que ele classificou como uma das maneiras de pensar, agir e sentir, dotadas de exterioridade, coerção e generalidade, além de fazer parte da natureza saída de toda e qualquer sociedade, optando, por classificá-lo como normal (2002, p. 82/83):

> Em primeiro lugar, o crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível [...]. O crime não se observa só na maior parte das sociedades desta ou daquela espécie, mas em todas as sociedades de todos os tipos. Não há nenhuma em que não haja criminalidade.

Portanto, o direito repressivo atendendo às modificações da sociedade, deixou de ser uma expressão somente da solidariedade mecânica, apresentando sob determinados aspectos e em determinadas circunstâncias, sinais de evolução e adequação que expressam uma solidariedade orgânica, atentando à autonomia e à individualidade de cada membro da sociedade.

A efetivação da aplicação das normas penais concentra duas ideias fundamentais: não se pode punir um comportamento que a sociedade não considera digno de ser punido criminalmente; e o Direito Penal não se

ocupar de questões pouco relevantes. Dessa forma, a moderna dogmática penalista passa a oferecer técnica, cujo uso não se distancia dos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade.

Pode-se afirmar que essa mudança de solidariedade mecânica para orgânica no Direito Penal não ocorreu em sua totalidade, apenas sendo perceptível em algumas situações, como no caso dos crimes de menor potencial ofensivo, que são julgados perante os Juizados Especiais Criminais.

Os juizados acima referidos propõem ao suposto autor do crime a chamada transação penal, isto é, o cumprimento de determinadas condições em troca de ter o agente que responder uma ação penal, podendo ao final ser condenado ou não.

Destarte, como concebido na legislação brasileira, por se tratar de uma situação em que, apesar do cometimento de um crime, a pena não é aplicada, podemos afirmar que estamos diante de um direito não repressivo. Daí o entendimento que o direito expressado pelos Juizados Especiais Criminais consiste na expressão da solidariedade orgânica. Entretanto, a negação da existência de um direito repressivo implica a negação do próprio Direito Criminal, o que tornaria inviável a concepção de determinados institutos como os Juizados Especiais, dentro do âmbito penal.

Contudo, a questão é transformada se mudamos o enfoque do Direito Penal para a pena, pois ele jamais irá abandonar seu caráter repressivo, continuando a ser a forma de expressão da solidariedade mecânica. No entanto, nada impede que sua sanção, ou seja, a pena, assume a função de expressar a solidariedade orgânica, abandonando seu objetivo meramente repressivo para adquirir um caráter restitutivo.

4. CONCLUSÕES

O estudo da Sociologia é indispensável à compreensão do Direito, mantendo com ele relação direta ou indireta, com a criação de seus institutos. Os conceitos formulados pela Sociologia podem e devem ser aplicados ao Direito, com o escopo de proporcionar sua adequação à realidade social.

Dessa forma, a presente pesquisa teve por objetivo indicar os conceitos da Sociologia relativos à solidariedade social, propostos por Émile Durkheim (2008), de modo a relacioná-los com a evolução do Direito Penal.

Durkheim, a partir do estudo acerca da divisão do trabalho social e entendendo ser a solidariedade social inerente à sociedade, desenvolveu os conceitos de solidariedade mecânica e orgânica, relevando que ambas possuem a finalidade de garantir a coesão social, representando a primeira um menor grau de desenvolvimento, na medida em que decorre da existência de uma consciência coletiva, ligada por um vínculo cuja ruptura consiste na prática de crime e que merece da sociedade uma sanção repressiva. A solidariedade orgânica, por sua vez, reconhece a autonomia e individualidade de cada ser, expressando um direito meramente restitutivo, cuja sanção tem por objetivo o restabelecimento de situações a seu estado anterior.

O Direito Penal, originalmente repressivo, é a forma de expressão da solidariedade mecânica. No entanto, tendo em vista a necessidade de modernização do Direito Penal, este passou também a expressar em determinadas circunstâncias específicas, a solidariedade orgânica.

Embora a questão assuma outros parâmetros sob a ótica jurídico-criminal, sociologicamente é perfeitamente possível, como se expôs no decorrer desta pesquisa, permitindo ao operador do Direito a compreensão de determinados fenômenos ocorridos e a possibilidade de desenvolver novos conceitos, aptos a aproximar cada vez mais o Direito Penal e o ordenamento jurídico em sua totalidade, da sociedade e da realidade em que está inserida.

A expressão de uma solidariedade orgânica por meio do Direito repressivo contribui não apenas para sua evolução, como também permite que este cumpra de forma mais eficaz e absoluta os princípios que o norteiam, como por exemplo o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e o princípio da proporcionalidade, além dos direitos e garantias fundamentais elencados a nível constitucional em nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ERHLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: Unb, 1986. Cap. XXI.

GARCEZ, Walter de Abreu. **Curso básico de direito penal**: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. V. I. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Marcos Josegrei da. **Juizados Especiais federais**: primeiras impressões. Curitiba: Gênesis, 2001.

_____. **Por um novo direito penal**. Disponível em www.e-juridico.com.br. Acesso em: 10 jan. 2021.

O FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE DOS CASOS MARIA DA PENHA VS BRASIL E GONZALÉZ VS MÉXICO

Bruna Karoline de Jesus Santos[81]
Ian Felipe Santos Santana[82]

INTRODUÇÃO

No ano de 2018, cerca de 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, sendo assim, estima-se que a cada 6 horas e 23 minutos uma mulher é morta dentro de casa (IPEA, 2020). O cenário atual não é apenas uma realidade brasileira, e sim, um fenômeno social global, ocasionado pela construção social em razão da função do homem no âmbito doméstico familiar, justificando os dados no qual o homem é vítima na esfera pública, e a mulher dentro da sua própria casa. (JESUS, 2015).

O feminicídio ou femicídio são as terminologias usadas para referir-se à morte de mulheres ocasionada por razões de gêneros e a origem desses termos ocorreu em 1976, por Dianna Russel, no simpósio "Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres", que fora discutido posteriormente em 1992, na obra Femicide: The Politics of Woman Killing, de autoria também de Jill Radford. (RADFORD; RUSSEL, 1992)

81 Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes –PPGD/SE. Advogada OAB/SE.

82 Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogado OAB/SE.

Apesar de possuírem uma legislação específica para combater a temática, o Brasil e outros países da América Latina não conseguem reduzir os números de casos, tornando assim, cada vez mais, a violência contra mulher, um problema de saúde pública e de violação dos direitos humanos das mulheres. Dessa forma, trazendo o questionamento, se apenas a presença de legislação que pune severamente é por si só capaz de cercear essa problemática, levantando-se assim, a hipótese de que a violência contra mulher na atualidade, não é combatida apenas com legislação especifica, e sim com a criação e aplicação de medidas públicas e de educação da população.

Para tal, a metodologia utilizada foi a qualitativa, com abordagem dedutiva, consistindo na realização de pesquisas bibliográficas, análise dos relatórios da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Maria da Penha vs Brasil e Gonzalez vs México, da Lei Maria da Penha e do Atlas e mapas da violência. Na primeira seção será tratado sobre igualdade material e os grupos vulneráveis. Em seguida será tratado o feminicídio no Brasil, para tanto será analisado previamente a história da Lei Maria da Penha, a inclusão da qualificadora do feminicídio ao crime de homicídio qualificado, com uma leve exposição dos dados brasileiros referente à prática desse crime. Sequencialmente, será exposto o feminicídio nos países da América Latina que apresentam números de casos elevados. Em seguida, o artigo analisará o caso Gonzalézvs México.

1. O INSTITUTO DA IGUALDADE MATERIAL FRENTE AOS GRUPOS VULNERÁVEIS

Segundo Robério Nunes dos Anjos Filho, existe o gênero grupos vulneráveis *lato sensu*, ao qual pertence "conforme o contexto do Estado, pessoas portadoras de necessidades especiais físicas ou mentais, idosos, mulheres, favelados, crianças, minorias étnicas, religiosas e linguísticas, índios, descendentes de quilombos, ribeirinhos, trabalhadores sem-terra, dentre outros" (ANJOS FILHO, 2008, p. 355). Eles dividir-se-iam dentro destes grupos vulneráveis em duas espécies – as minorias e os grupos vulneráveis em sentido estrito.

Nesse sentido, mesmo sendo uma espécie de grupo vulnerável, as minorias precisam ter base étnica, religiosa e linguística para se consti-

tuir. Além disso, os grupos vulneráveis em sentido estrito podem estar em quantidade muito maior e ainda assim terem uma proteção mais carente do Estado (BASTELLI, 2014, p. 27). As mulheres estão claramente inseridas no grupo de vulneráveis em sentido estrito e elas são o ponto de partida deste estudo.

Para assegurar a este grupo uma proteção aos seus direitos mais direcionada, necessária é a efetivação da igualdade material. Ela apresenta duas dimensões. A primeira se relacionada à pretensão de igualar pessoas faticamente e concretamente, no que tange, principalmente, a direitos, oportunidades e aos aspectos socioeconômicos. A segunda se localiza na busca em especificar o sujeito de direito. Nesse sentido, a igualdade deveria sair do abstrato e ser inserida no contexto concreto, prescindindo a legislação (BASTELLI, 2014, p.36).

Essa concretude resta evidente em passagem da Flávia Piovesan:

> Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nessa ótica determinados sujeitos de direito ou determinadas violações de direitos exigem uma resposta específica e diferenciada. Vale dizer, na esfera internacional, se uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença, percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas, ao revés, para sua promoção (PIOVESAN, 2005, p. 46).

Nesse sentido, também pontua:

> Nesse cenário, por exemplo a população afrodescendente, as mulheres, as crianças e demais grupos devem ser vistos nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial (PIOVESAN, 2005, p. 46).

Para assegurar esta igualdade material institucional com relação às mulheres, os Casos da Maria da Penha e o Caso González foram extremamente relevantes, mas um longo caminho para assegurá-la é visto pela frente, principalmente no que tange a instituição de políticas públicas.

2. FEMINICÍDIO NO BRASIL E O CASO MARIA DA PENHA VS BRASIL

A Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 2006, foi o primeiro instituto jurídico brasileiro que visou coibir a violência doméstica e familiar contra mulher (BRASIL, 2015), sendo reconhecida pela ONU como umas das mais avançadas legislações do mundo no tocante ao enfretamento da violência doméstica (REINA et al, 2018). Contudo, antes disso, o Brasil já era signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW).

O caso Maria da Penha *versus* Brasil, é um dos casos mais emblemáticos envolvendo violência doméstica. Em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada por Maria da Penha, que alegava a tolerância do Brasil diante da violência cometida por Marco Antônio, seu esposo na época, culminada em uma tentativa de homicídio e diversas agressões em 1983, resultou em uma paraplegia irreversível. A denúncia referente a tolerância do Estado deu-se 15 anos após a prática delitiva, sendo que o acusado ainda não tinha sofrido nenhum processo e punição (CIDH, 2001).

Por fim, foi reconhecida a responsabilidade do Estado Brasileiro das violações nos termos da denúncia. E recomendado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

> 1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia. [...]
>
> 3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que

> o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.
>
> 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.[...]

Assim, este tornou-se o primeiro caso por violência doméstica a ser aceito pela Comissão Interamericana, sendo responsável por diversos debates e discussões sobre o tema no mundo todo. Somente no ano de 2015, a Lei 13.104/2015 trouxe a previsão legal para o código penal, na qual prevê a circunstância qualificadora do feminicídio para o crime de homicídio, além de incluir tal modalidade no rol dos crimes hediondos, na lei nº 8.072/90 (BRASIL, 2015) O artigo 121, §2º- A do código penal, considera razões do sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2015). Tendo como pena de reclusão de doze anos a trinta anos, diferentemente, do homicídio simples, na qual a pena varia de seis a doze anos (BRASIL, 1940).

A doutrina e a jurisprudência moderna admite que as vítimas do feminicídio sejam mulheres transexuais. Inclusive, tramita no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 191/2017, proposto pelo ex-senador Jorge Viana (PT/AC), que visa alterar a Lei Maria da Penha, com o intuito de assegurar os direitos à mulher, independentemente de identidade de gênero, sendo assim, a lei estendida a mulheres trans (BRASIL, 2017).

Conforme dados do Mapa da Violência de 2015, o Brasil, ocupava a 5ª posição num grupo de 83 países com dados fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, apresentando uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres. Tais números são exacerbadamente superiores aos de vários países como: 16 vezes mais feminicídios que Japão e Escócia, 24 vezes mais feminicídios que Irlanda ou Dinamarca, e 46 vezes mais feminicídios que o Reino Unido (WAISELFISZ, 2015). Em 2018, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, apresentando ainda uma taxa alta de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino, contudo, menor do

que dados anteriores, visto que, entre os anos de 2017 e 2018 o país obteve uma queda de 9,3% em seus casos (IPEA, 2020).

No ano de 2019, o Brasil obteve o número de 1941 feminicídios, possuindo uma taxa de 1.8 por cada 100 mil mulheres, uma evolução comparada aos dados dos anos anteriores (CEPAL, 2021) Diante da pandemia causada pelo Covid-19, ocasionando a quarentena e o isolamento, o aumento nos números de casos relacionados a violência doméstica, inclusive, o feminicídio, foi exorbitante. No Acre, por exemplo, houve um aumento de 33,3% no primeiro trimestre de 2020, comparado com o do ano de 2019 (FBSP, 2020).

Assim, o governo federal com o intuito de tentar conter o aumento nos casos da violência doméstica no período da pandemia, lançou um aplicativo que possibilita que as vítimas denunciem de forma *on-line* qualquer tipo de violência doméstica sofrida. (VIESSERI, 2020).

3. FEMINICÍDIO NA AMÉRICA LATINA

A América Latina é considerada a região mais letal para mulheres. Ainda que os dados sejam exorbitantes, considera-se que muitos feminicídios, e outros casos de violência contra a mulher, não são denunciados. Conforme relatório da ONG Mulheres, a América Latina é o local mais perigoso fora de uma zona de guerra para uma mulher (REINA et al, 2018). Ocorre que, em termo de legislações que reconhecem o feminicídio, a América Latina foi pioneira, em comparação com a Europa, gerando, assim, um questionamento de até onde a legislação coíbe a ocorrência desses crimes.

De acordo com dados, estima-se que no ano de 2018, em 15 países da América Latina e do Caribe, foram mortas pelo menos 3.287 mulheres vítimas do feminicídio. Na maior parte dos países latino-americanos, excepcionalmente, os países do Norte da América Central, 2 a cada 3 feminicídios são provocados por companheiros ou ex-companheiros (CEPAL, 2021).

Diante o exposto, conclui-se que os altos números de violência contra mulher é um problema de diversos países. A Argentina, mesmo possuindo legislação especifica desde 2002, precisou investir em campanhas governamentais para que as mulheres identifiquem a agressão, como também,

na abertura de delegacias especializadas, mesmo assim, possui uma média de 1 femicídio a cada 31 horas. No México, a impunidade é altíssima, consequentemente, apenas 10% dos casos são denunciados, de acordo com Instituto Nacional de Estatística (REINA et al, 2018), contudo, foi o país pioneiro quando o assunto é legislação no combate à violência doméstica contra mulher, adotando em 2007.

Durante o período de 2015 a 2018, houve um aumento de 37% de casos, não apenas de feminicídios, mas também de violência sexual no México. Diante disso, entre 2015-2019, o governo federal declarou Alerta de Violência de Gênero contra mulheres em 18 dos 32 estados mexicanos. Um dos estados, que além de possuir um dos maiores índices de homicídios dolosos, possui um dos maiores índices de feminicídio, sendo o estado de Chihuahua (WELLE, 2019), que ficou conhecido após o caso do campo algodoeiro, conhecido também por caso Gonzaléz vs México.

4. CASO GONZALÉZ VS MÉXICO

4.1 O CRIME

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou uma demanda contra os Estados Unidos Mexicanos, no dia 04 de novembro de 2007, diante dos artigos 51 e 61 da Convenção. A demanda deu-se referente a suposta responsabilidade dos Estados Unidos Mexicanos pelo desaparecimento e morte de três jovens em 2001. Após apresentar diversas recomendações, que não foram adotadas pelo México, a Comissão apresentou o caso perante a jurisdição da Corte (CIDH, 2009, p.2).

O crime aconteceu mais precisamente em Ciudad Juárez, localizada no norte do Estado de Chihuahua, que de acordo com relatórios internacionais, desde o ano de 1993, sofria com o aumento de casos de desaparecimentos e homicídios de mulheres (CIDH, 2009, p.29). A primeira vítima foi Laura Berenice Ramos Monárrez, que tinha 17 anos de idade, a segunda vítima foi Claudia Ivette González, com 20 anos de idade, e a terceira vítima foi Esmeralda Herrera Monreal, com 15 anos de idade. Sendo que a primeira desapareceu em setembro e as duas últimas em outubro de 2001 (CIDH, 2009, p. 44-46).

Os seus corpos foram encontrados em uma plantação de algodão, no dia 6 de novembro de 2001, apresentando sinais de extrema brutalidade e crueldade, além de características de estupro e abuso. No dia seguinte, foram encontrados mais cinco corpos no mesmo campo algodoeiro, contudo, conforme Resolução do Tribunal, não foram considerados como supostas vítimas do processo.(CIDH, 2009, p. 54).

A investigação dos crimes foi extremante criticada, inicialmente as famílias das três jovens relataram que as autoridades afirmaram que só poderiam realizar a denúncia e iniciar as investigações 72 horas após o desaparecimento (CIDH, 2009, p. 45). Apesar da negativa do Estado sobre as acusações, diversas declarações confirmaram a versão relatada pelas famílias das vítimas, comprovado, assim, a negligência do Estado ao perder as primeiras horas cruciais pós desaparecimento (CIDH, 2009, p. 47-48).

Alegaram também que houve irregularidades na realização das autopsias, algumas provas permaneceram mais de seis anos sem serem analisadas. Além de alguns exames nunca terem sido conhecidos seus resultados (CIDH, 2009, p. 73-75). Na entrega dos corpos às famílias, apenas foi utilizado os requisitos da emissão de dados físicos gerais e o reconhecimento da vestimenta, não sendo realizados diversos laudos periciais que fora ordenado, fundamentais para a identificação (CIDH, 2009, p. 77).

A Comissão requereu à Corte que declarasse o Estado:

> Responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 **(Direito à Vida)**, 5 **(Direito à Integridade Pessoal)**, 8 **(Garantias Judiciais)**, 19 **(Direitos da Criança)** e 25 **(Proteção Judicial)** da Convenção, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 **(Obrigação de Respeitar os Direitos)** e 2 **(Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)** da mesma, e o descumprimento das obrigações que derivam do **artigo 7 da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (doravante denominada "Convenção de Belém do Pará")**(CIDH, 2009, p. 2) (grifo nosso)

As organizações Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C., Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana e Cen-

tro para o Desenvolvimento Integral da Mulher A.C. solicitaram à Corte, de maneira adicional à Comissão, a responsabilidade do Estado diante das violações:

> Dos direitos consagrados nos artigos 7 **(Direito à Liberdade Pessoal**) e 11 **(Direito à Dignidade e à Honra)** da Convenção, todos eles em relação às obrigações gerais que se derivam dos artigos 1.1 e 2 da mesma, bem como **o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em relação aos artigos 8 e 9 do mesmo instrumento.** Além disso, solicitaram **a violação do direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana**, em detrimento das três supostas vítimas identificadas pela Comissão.(CIDH, 2009, p. 2) (grifo nosso)

4.2 A CONDENAÇÃO

A Corte baseou-se no artigo 63.1 da Convenção Americana, na qual dispõe que toda violação de uma obrigação internacional que haja dano, deve ser reparada (CIDH, 2009, p. 104).Assim, declarou que o Estado violou os direitos humanos das vítimas: Laura Berenice Ramos Monárrez, Claudia Ivette González e Esmeralda Herrera Monreal, como também de seus familiares, que foram os benificiários das reparações (CIDH, 2009, p. 105).

Foi reconhecida a responsabilidade do Estado nas irregularidades das investigações, e que a ausência de uma investigação completa, causa para as vítimas um sofrimento adicional, e ainda, consequentemente, gerando a impunidade (CIDH, 2009, p. 106). A Corte condenou ao Estado a criação de um monumento em homenagem às vítimas como reconhecimento publicamente da sua responsabilidade internacional (CIDH, 2009, p. 109). Em relação a indenização, o Estado alegou ter concedido diversos auxílios aos familiares das vítimas, inclusive relativo ao lucro cessante, alguns não foram comprovados, contudo, a Corte fixou alguns valores, inclusive, referente ao dano moral (CIDH, 2009, p. 134), sendo também condenado ao pagamento das custas e gastos originários do processo tanto no âmbito interno como no Sistema Internacional (CIDH, 2009, p. 137).

Finalmente, dentro das diversas sanções, a Corte ordenou a criação de um site que contenha todas as informações pessoais sobre todas as mulheres desaparecidas desde 1993 em Chihuahua. Sendo possível no site, a comunicação, inclusive de maneira anônima, de qualquer informação sobre o paradeiro das jovens e mulheres desaparecidas, devendo este ser atualizado regularmente. Além da criação e implementação de cursos e programas que versem sobre direitos humanos, violência e homicídios de mulheres por razão de gênero. (CIDH, 2009, p. 143)

Diante do presente caso, foi elaborado a primeira lei de combate à violência contra a mulher pela Comissão de Equidade e Gênero, pela Comissão Especial sobre Feminicídios e pela Comissão Especial da Infância, Adolescência e Famílias, em 2007 (DE PAULA, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, percebe-se que o aumento de casos envolvendo violência doméstica e, mais especificamente, os crimes de homicídios dolosos qualificado pelo feminicídio são uma realidade do Brasil e da América Latina. Apesar de serem precursores na criação de legislações que versem a respeito dessa temática, e mais especificamente, do Brasil possuir a Lei Maria da Penha, que é considerada uma das melhores, de acordo com a ONU, a realidade ainda é precária.

A realidade atual demonstra que a presença de legislação não é suficiente para que os agressores sejam inibidos de cometer os delitos, e consequentemente, nem para a diminuição dos casos que envolvam violência contra mulher. A violência contra mulher é fruto da sociedade marcada pela cultura machista. A análise do caso Golzavez vs México comprova que os crimes acontecem, reiteradamente, devido a condição em que a mulher é colocada na sociedade, possuindo um papel inferior ao do homem, sendo colocada como culpada em casos de violência sexual.

Diante disso, em pleno século XXI, o sistema social do patriarcado é extremamente presente no Brasil, para tal, basta analisar os dados dos últimos anos referentes aos crimes relacionados a violência doméstica, principalmente, no ano de 2020, no cenário pandêmico. Assim, a violência contra mulher é um problema de saúde pública, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS) é uma epidemia global, que atin-

ge mulheres do mundo todo e de diversas classes sociais, sendo imperioso destacar que a violência contra mulher não é apenas física, coexistindo a psicológica, sexual, moral e entre outras.

Por fim, é necessário que haja a criação de medidas públicas, pelo governo, como forma de garantir a concretização da igualdade material e com o intuito de erradicar a violência contra mulher. Sendo elas de caráter educativo aos homens, não apenas de forma preventiva, mas também repressiva, na ampliação da criação dos grupos reflexivos para homens que são autores de crimes de violência contra a mulher e na educação das crianças, jovens e mulheres, para serem capazes de identificar as agressões.

Acima de tudo, lutar contra a cultura da impunidade, sendo assim, necessário que haja fiscalização e controle do cumprimento das medidas protetivas, assim, as vítimas se sentirão seguras e protegidas pelo Estado para denunciar sem medo.

REFERÊNCIAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos**. Minorias e grupos vulneráveis:** uma proposta de distinção. In Direitos Humanos - Desafios Humanitários Contemporâneos - 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997). Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6083. Acesso em: 16 jan. 2021

BASTELLI, Ricardo Bastelli. **Tutela Penal e Proteção das Minorias**: Fundamento e Análise Criminológicas. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2014. Disponível em: http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1122#preview-link0. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**.Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990,

para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. (Lei Maria da Penha). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 1 jan. 2021.

_____. Senado Federal**. Projeto de Lei nº 5.568, de 13 de junho de 2017.**Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598. Acesso em: 24 jan. 2021.

CEPAL. Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe. **Feminicídio ou femicídio**. Gráfico. Disponível em: https://oig.cepal.org/pt/indicadores/feminicidio-ou-femicidio. Acesso em: 05 jan. 2021.

_____. Observatório de Igualdade de Gênero da América Latina e do Caribe. **Morte de mulheres provocada por seu companheiro ou ex-companheiro**. Disponível em: https://oig.cepal.org/pt/indicadores/morte-mulheres-provocada-seu-companheiro-ou-ex-companheiro. Acesso em: 05 jan. 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil.** 2001. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso González E Outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México.** 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

DE PAULA, Adriana das Graças. Brasil, México e Peru: o combate à violência contra a mulher por meio da legislação. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: http://observatorioedhemfoc.hospedagemdesites.ws/observatorio/wp-content/uploads/2017/09/Anexo194_CombateaViolenciaContraaMulher.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Nota Técnica – Violência Doméstica: durante a pandemia de covid-19.** São Paulo.2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid--19-v3.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (org). **Atlas da violência 2020. Principais resultados**. Brasília: IPEA. 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/5929-atlasviolencia2020relatoriofinalcorrigido.pdf Acesso em: 15 jan 2021.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n.11.340/2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015 Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616028/cfi/4!/4/4@0.00:0.00 . Acesso em: 15 jan 2021.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa**, v. 35, nº 124, jan/abr. 2005. Disponivel em: https://doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004. Acesso em: 17 jan. 2021.

RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E.H., **Femicide: the politcs of woman killing.** New York. Twayne Publishers. 1992. Disponível em: http://www.dianarussell.com/f/femicde%28small%29.pdf Acesso em: 16 jan. 2021.

REINA, Elena. CENTENERA, Mar. TORRADO, Santiago. JUCÁ, Beatriz. **América Latina é a região mais letal para as mulheres.** El País. São Paulo, 27 de nov. de 2018. Disponível em: https://brasil.

elpais.com/brasil/2018/11/24/actualidad/1543075049_751281.html Acesso em: 18 jan. 2021.

VIESSERI, Bruna. **Governo Federal lança aplicativo para que vítimas denunciem violência contra a mulher de forma *on-line*.** Gaúcha ZH, 04 de Abril de 2020. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/coronavirus-servico/noticia/2020/04/governo-federal-lanca-aplicativo-para-que-vitimas-denunciem-violencia-contra-a-mulher-de-forma-*on-line*-ck8jbantv011y01o59dw931j0.html. Acesso em: 12 jan. 2021.

WAISELFISZ, J. J. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil** – 1 ed. Brasília. Flacso Brasil. 2015. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 18 jan. 2021.

WELLE, Deutsche. **A guerra contra as mulheres no México**. G1. 25 ago. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/08/20/a-guerra-contra-as-mulheres-no-mexico.ghtml. Acesso em: 20 jan. 2021.

O ABORTAMENTO LEGAL NA AMÉRICA LATINA E A DIFICULDADE DE ACESSO E EFETIVAÇÃO

Débora Nicodemo[83]

1. INTRODUÇÃO

O tema aborto ainda gera grandes debates na sociedade atual, algumas pessoas são completamente contrárias, ao passo que outras acreditam que seja um direito da mulher o poder de decidir sobre o seu corpo.

Embora o aborto esteja presente desde a antiguidade na sociedade, cada país lida com o tema de uma determinada forma. Em uma análise sucinta, percebe-se que países mais ricos e evoluídos cientificamente aceitam o aborto sem restrições, como um direito da mulher, ao passo que países mais pobres proíbem o aborto, havendo pequenas exceções às regras, como casos de risco de vida para as gestantes ou em casos de gravidez oriunda de estupro.

Ao analisar a América-Latina em específico, resta analisar que na maioria dos países o aborto é proibido, mas contendo exceções. E mesmo que existam algumas possibilidades de realizar o procedimento abortivo, as mulheres passam por muitas dificuldades para terem acesso à prática.

83 Graduada em processos gerenciais e direito pela Unicesumar, graduanda em história pela Faculdade Ibra, pós-graduada em docência no ensino superior, em direito da moda e em direito empresarial, e aluna do mestrado em Relações Internacionais pela UNILA.

Neste viés, a presente pesquisa tem por problema a seguinte pergunta: Existem dificuldade de acesso ao abortamento na América-Latina?

Com relação ao objetivo geral, deve-se analisar o abortamento legal na América-Latina e as suas dificuldades e como objetivos específicos destacam-se: Tratar sobre a conceituação e historicidade do aborto na sociedade; abordar sobre o aborto na América-Latina, apresentando as suas possibilidades e discutir sobre as dificuldades de acesso ao abortamento, ainda que seja legal.

A temática se justifica porque é um direito das mulheres que se encontra muitas vezes previsto na própria legislação do país, mas que, ainda assim, é em diversas vezes negada para as mesmas, pela dificuldade de acesso e pela própria negativa dos profissionais da saúde.

A abordagem metodológica empregada nesta pesquisa foi qualitativa, tendo como método a análise bibliográfica realizada por meio da leitura de doutrinas, jurisprudências, legislações e artigos científicos.

2. ABORTO: PRIMEIROS CONCEITOS E HISTÓRICO

O aborto pode ser definido como "interrupção voluntária ou provocada de uma gravidez; o próprio feto expelido ou retirado antes do tempo normal" (DICIONÁRIO *ON-LINE*, 2020), ou ainda no seu contexto jurídico "Feticídio; interrupção intencional da gravidez da qual resulta a morte do feto, sendo no Brasil considerada uma infração da lei" (DICIONÁRIO *ON-LINE*, 2020).

A prática abortiva encontra-se muito presente na história da sociedade, mesmo que perpasse por questões éticas, legais, religiosas e morais que se encontram arraigadas até hoje. Durante muito tempo foi visto como um método contraceptivo e pertencente ao direito privado.

Na antiguidade, por exemplo, havia a prática da eugenia, pautada na eliminação dos indivíduos vulneráveis e enfermos, como um remoto exemplo têm-se os espartanos que deixavam os bebês disformes ou débeis morrer ou eram lançados no desfiladeiro do Tiageto, no entanto, de acordo com diversos historiadores, a lei de Esparta proibia a prática do aborto (TEODORO, 2005).

O Código de Hamurabi (2285-2242 a.C), criado pelo rei da Babilônia, tratava do crime de aborto praticado por terceiro, sendo aplicada

uma pena pecuniária no caso de resultado de morte da gestante que, em decorrência do ato, era aplicada a pena capital, mas não ao agressor e sim ao seu filho:

> 209º - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.
>
> 210º - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.
>
> 211º - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.
>
> 212º - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.
>
> 213º - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.
>
> 214º - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina (CÓDIGO HAMURABI, 2000).

Assim, de acordo com o Código de Hamurabi o aborto cometido por terceiro apenas deveria ser punido, da mesma forma que o Código Hiltita punia apenas o terceiro que deu causa ao aborto.

Quanto a existência de documentação escrita sobre o aborto e a anticoncepção, existem papiros egípcios datados de 1.850 a.c. Os mesmos traziam uma receita de mel e carbonato de sódio, ou seiva de árvores e fezes de crocodilo. Outro documento encontrado, datado de 1550 a.c., traz uma substância à base de mel e broto de acácia. Em posteriores pesquisas descobriu-se que tais misturas possuíam substâncias anticoncepcionais que são até hoje utilizadas em cremes vaginais (TEODORO, 2005).

Sobre a proibição do aborto, o documento mais antigo encontrado é o livro sagrado da religião persa, que possui fundamento do zoroastrismo e do madeísmo (LOMBROSO, 2001).

Analisando o povo Hebreu, foi na Lei Mosaica que se considerou ilícita a interrupção da gravidez, que até o momento somente era motivo de pena se causada por terceiro, mesmo que involuntariamente. No contexto do povo grego, o aborto se encontrava também inserido, principalmente, entre as prostitutas. Platão defendia o aborto de todas as mulheres maiores de quarenta anos (TEODORO, 2005).

Ao passo que para Aristóteles a defesa do aborto era vista como um método controlador de natalidade, bem como o filósofo ensinava que a alma apenas era implantada no feto feminino após oitenta dias e no feto masculino após quarenta dias (VERARDO, 1993).

Em Roma o aborto não era visto como um crime, sendo prática comum, mas sujeita ao julgo do *pater-família*, ou seja, cabia ao homem decidir sobre os filhos, os escravos e a vida de sua mulher. Aos poucos passou a surgir determinadas discussões sobre o tema de forma mais incisiva, sendo condenado o ato de abortar por Cícero (TEODORO, 2005).

De forma indireta, o aborto foi sendo castigado e já no século II d.c. essa sociedade passou a trazer normas punitivas sobre o abortamento. A pena era de trabalho forçado, ao passo que, para os aristocratas, era imposto o exílio. Insta salientar que o aborto somente era ilegal se não houvesse o consentimento do marido (TEODORO, 2005).

No Japão e na China o aborto também era praticado, como exemplo, tem-se a cidade de Formosa, onde as mulheres apenas podiam ser mães após os trinta e seis anos, assim, o aborto passava a ser praticado com o objetivo de utilidade e moral pública (LOMBROSO, 2001).

Foi com a chegada do Cristianismo que houve um maior enfoque à natureza do feto, e passou-se a equiparar o crime de aborto ao de homicídio, impondo-se severas penas. O aborto e a contracepção passa assim, a partir de 450 d.C., a ser considerado um pecado de lascívia e contra a união matrimonial, sendo que esta noção sobre o abortamento se encontra presente até hoje na igreja católica.

No ano de 1532 surge a lei mais severa contra a prática do aborto, visto que imputava a pena de morte a todas as modalidades do crime, incluindo neste caso o autoaborto (DUTRA e REBOLÇAS, 2011). Ao longo de todo este período, houve forte influência da igreja católica, pautando-se no tradicionalismo e no patriarcado, as relações sociais eram moldadas segundo o discurso da igreja e das concepções de pecado, sendo o aborto visto como uma grave violação contra a igreja e Deus.

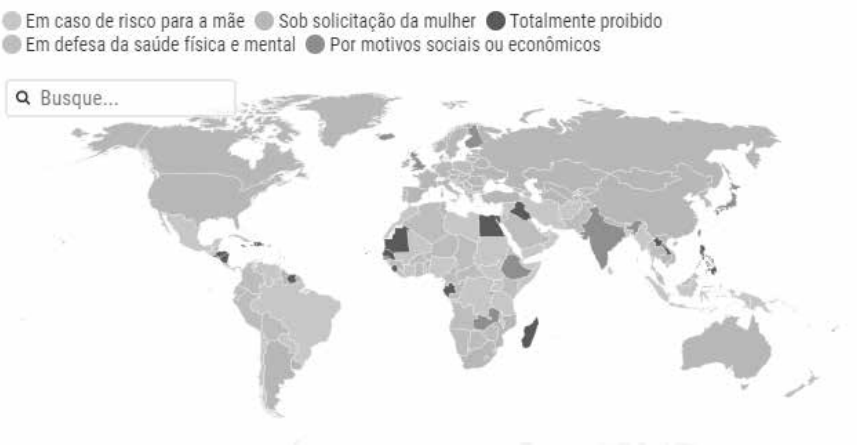
A partir do século XIX, o aborto se desvincula do crime de homicídio, se tornando um delito autônomo, possuindo penas próprias, por meio do pensamento liberal burguês. O Código Italiano de 1889 reprimiu o aborto como uma forma de proteger a *spes hominis*, sendo enquadrado como um crime contra a pessoa (TEODORO, 2005).

A sanção na época era de reclusão de quatro a dez anos, sendo aumentado em um sexto se o autor do fato exercesse algum tipo de profissão sanitária. Vários países passaram a adotar uma tipificação criminal específica para o caso como a Argentina, México, Alemanha etc. (TEODORO, 2005). Na Primeira Guerra Mundial houve um aumento de casos de aborto, principalmente porque muitas mulheres ao longo da guerra foram brutalmente estupradas pelos soldados das tropas invasoras.

Ao contrário de outros países, Uruguai, Rússia e Suécia trouxeram a despenalização do abortamento. Alguns países também posteriormente passaram a adotar a possibilidade do aborto, conhecido como aborto eugênico, em casos de a criança apresentar deficiências físicas, mentais ou epilepsia (TEODORO, 2005).

Posteriormente, cada país passou a adotar uma normativa penal sobre o aborto, sendo possível em alguns lugares e proibido em outros.

Imagem 01 – Mapa do aborto no mundo atualmente



Fonte: (MAC, PEREIRA e RICCI, 2020).

O mapa apresentado traz um delineamento de quais países permitem o aborto, bem como trazendo se ele é irrestrito ou restrito a algum fator, seja social, econômico ou clinico. Nota-se que, muitos países, principalmente do hemisfério norte, que são também os países mais ricos, possuem o direito de aborto de forma irrestrita, ou seja, basta que a mulher solicite o processo de abortamento.

Ao passo que, a América Latina e a África, que são continentes mais pobres e vulneráveis socialmente e economicamente, possuam o direito ao aborto restrito, em determinados fatos, como risco de vida da mulher, e outros se houver violência sexual e resultar em gravidez. Em alguns outros casos particulares, como no Brasil, nos casos de bebês anencefálicos.

Passa-se a discutir posteriormente em seção própria sobre o procedimento de aborto na América Latina sua possibilidade e viabilidade.

3. O ABORTO NA AMÉRICA LATINA

O mapa a seguir apresenta a situação do aborto na América-Latina em específico:

Imagem 02 – Mapa do aborto na América-Latina

Fonte: (PAIXÃO, 2020).

O mapa apresenta que na maioria dos países da América-Latina o aborto é permitido tão somente em determinadas ocasiões, apenas Uruguai, Guiana, Guiana Francesa, Cuba, Puerto Rico, e no fim do ano de 2020 a Argentina trouxe o direito ao aborto sem restrições, garantindo as mulheres o direito ao aborto seguro se optarem pelo mesmo, independentemente da situação.

El Salvador, Guatemala, Suriname, Nicarágua e República Dominicana possuem proibição total do aborto em seus países, até mesmo em caso de perigo de vida da mulher e nos casos da gestação ser fruto de estupro.

Sobre a situação de El Salvador: "O Código Penal de El Salvador estabelece pena de dois a oito anos de prisão por aborto, mas promotores e juízes costumam classificar os casos de perda do bebê como "homicídio agravado", crime punível com penas de 30 a 50 anos na prisão" (AFP, 2021).

El Salvador é um dos países mais restritivos sobre o assunto aborto, e conforme apresentado há um costume de classificar a prática de abortamento como "homicídio agravado", sendo um crime com uma pena que pode chegar até a 50 anos, salientando que independem as condições que levaram a mulher a realização do procedimento de aborto, tratando-se de uma completa violação do próprio direito da mulher ao seu corpo:

> Uma vítima da restrição extrema é a jovem Glenda Xiomara Cruz, de 19 anos. Em outubro de 2012, ela foi levada a um hospital com forte dor abdominal e sangramento. Após ser atendida, ela recebeu dos médicos a informação de que estava grávida — em maio, um exame de gravidez deu resultado negativo — e que tinha perdido o bebê, com tempo de gestação entre 38 e 42 semanas. O hospital a denunciou à polícia por aborto e, quatro dias após perder o filho, ela foi indiciada por homicídio doloso (CONSULTOR JURIDICO, 2013).

O caso em tela demonstra o rigor de El Salvador sobre o aborto, que busca punir até mesmo mulheres que sofreram o aborto espontâneo. Glenda foi condenada, pois o juiz em sua sentença trouxe que a mesma poderia ter evitado o ocorrido e salvado o feto. Se trata de uma violação clara contra as mulheres no país.

Os restantes dos países latino-americanos se encontram divididos entre a preservação da vida da mulher e de sua saúde física e mental, neste último contexto se enquadram a gestação em caso de estupro.

Ao se realizar uma comparação com os outros países e continentes resta muito claro que a América-Latina se encontra muito atrasada nas questões relativas ao aborto, o direito da mulher de decidir sobre o seu corpo ainda é muito restrito na maioria dos países latinos.

No Brasil, há a seguinte legislação sobre o assunto:

> Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
>
> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> Aborto provocado por terceiro
>
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
>
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
>
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL, 1940).

Assim, de acordo com o Código Penal brasileiro, haverá punição nos casos de aborto provocado por terceiro ou pela própria gestante. No entanto, o artigo 128 traz duas exceções à regra da proibição do aborto no Brasil, os casos de aborto necessário e o aborto em caso de gravidez resultante de estupro:

> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico
>
> Aborto necessário
>
> I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

> II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 1940).

Estas duas exceções às regras buscam assegurar dignidade a mulher, pois ser forçada a ter um filho proveniente de um estupro mexeria de forma considerável com a saúde física e mental da mulher, bem como submeter à mesma a uma gravidez de alto risco para a sua vida viola o próprio direito fundamental à vida.

Por meio da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 54 o STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu que o aborto anencefálico não é crime:

> A partir do voto do Min. Marco Aurélio e dos que o acompanharam podemos extrair o seguinte: tornou sem sentido qualquer pedido de aborto anencefálico perante os juízes. Não há que se falar em autorização judicial. Aborto anencefálico não é crime, de acordo com a decisão do STF. Ninguém pode ser processado por isso. Fato formalmente atípico (GOMES, 2012).

Extrai-se assim que o direito ao aborto do Brasil se dará em três casos: a) Caso de risco de vida da mulher; b) Em gravidez decorrente de estupro e c) Quando o bebê for anencefálico.

4. A REALIDADE DO ABORTO LEGALIZADO E A SUA PRECARIZAÇÃO

Seja por questões religiosas, politicas, morais e éticas, mesmo que esteja previsto em lei o abortamento ainda é muito difícil de ser realizado, no caso de aborto decorrente de estupro Débora Diniz e Alberto Pereira Madeiro trazem a seguinte situação:

> Apesar do avanço obtido com a instalação dos serviços em todas as regiões do país, as mulheres vivenciam muitas dificuldades para o acesso ao serviço de aborto. Uma pesquisa realizada em 2003, por meio de questionários enviados pelo correio a ginecologistas e obstetras, observou que cerca de 2/3 dos médicos acreditavam ser

> necessária a autorização judicial para realização do aborto previsto em lei . Outro levantamento entre ginecologistas e obstetras de todo o país, em 2012, evidenciou que 81,6% deles solicitavam BO ou outro tipo do documento (como laudo do IML, autorização do comitê de ética hospitalar ou alvará judicial). Além disso, a veracidade do relato de estupro feito pela mulher é frequentemente contestada, e sua palavra não é suficiente para garantir a interrupção da gravidez (DINIZ e MADEIROS, 2016, p. 564).

Além da dificuldade nos casos decorrentes de estupro de se ter efetivado o direito ao aborto da vítima, em todos os casos de aborto legal as mulheres deparam-se com profissionais de saúde com certo medo e receio de realizar o procedimento, por terem medo de serem estigmatizados como "aborteiros" pela sociedade. Neste caminho têm-se também a influência religiosa e moral destes profissionais que pesa na realização do aborto, sendo que os mesmos têm o direito individual de recusar-se à realização do procedimento (DINIZ e MADEIROS, 2016).

Os mesmos autores complementam ainda que faltam profissionais específicos para a realização do aborto, fazendo com que o processo seja mais demorado, ou ainda impossibilitado, assim a mulher acaba se deparando com profissionais sem preparo técnico e ainda que desconhecem a legislação (DINIZ e MADEIROS, 2016).

A maioria das pesquisas fazem enfoque ao direito ao aborto nos casos de violência sexual, tendo em vista que a mesma para os profissionais de saúde é mais difícil de ser comprovada. A vítima tem a sua fala por vezes tidas como falsas, pois conforme já dito anteriormente não é necessário a realização do B.O para que seja feito o procedimento, cabendo aos agentes de saúde verificar e julgar se aquela mulher de fato está dizendo a verdade. Frisa-se que na pesquisa elaborada por Diniz e Madeiro o estupro foi a principal causa dos abortamentos (DINIZ e MADEIROS, 2016).

A questão do estupro encontra ainda na atualidade um enfoque patriarcal e machista, a vítima se depara com perguntas como o que vestia e como se portou durante a violência sexual. De vítima ela passa a ser o agente causador do crime, sociedade, religiosidades, e o próprio sistema judiciário frisam este comportamento (ANDRADE, 2018). Nesta pers-

pectiva é notável que o acesso ao aborto para estas mulheres é difícil, penoso e doloroso.

Destarte, ao realizar análises e dados trazidos pelos pesquisadores que tratam sobre o aborto legal é perceptível que a legislação em muitos casos não é aplicada, seja por falta de estrutura, de técnicos especializados na área, bem como por convicções morais e religiosas, freando assim um direito inerente a estas mulheres, principalmente nos casos em que foram vítimas de violência sexual, fazendo com que as mesmas se tornem novamente vítimas, mas agora da estrutura do abortamento legal.

Um caso de grande repercussão nacional e que demonstrou a fragilidade do direito ao acesso do aborto foi no Brasil, com a menina de dez anos da cidade de São Mateus, uma vítima de estupro pelo tio durante quatro anos que derivou em uma gravidez. Mesmo que nestes casos não seja necessário autorização judicial para este fim, no caso em específico houve a necessidade de que o caso passasse pelo crivo de um juiz, tendo em vista a repercussão gerada por jogos políticos, onde os dados da criança foram divulgados (ato que viola diretamente o estatuto da criança e do adolescente). A coerção para que a criança continuasse com a gestação veio de grupos políticos e religiosos que foram para frente da casa da vítima, tentando por meios forçados que à avó (responsável pela mesma) não deixasse que fosse realizado o procedimento de aborto legal. Em muitas reportagens é possível verificar que a vítima não queria a gestação e que ao tocar no assunto começava a gritar e chorar (G1, 2020).

Além de toda está situação, houve a negativa do hospital que atendeu a criança, assim, a mesma precisou ir para o Recife, com objetivo de conseguir interromper a gravidez e ao chegar ao local foi ovacionada pela população que desferiam palavras ofensivas como “assassina. Embora todo este processo tenha sido conturbado, a mesma conseguiu realizar o procedimento de aborto (G1, 2020).

Estes acontecimentos, de negativa de aborto pelos hospitais, ainda que seja um direito da gestante, tem sido fato recorrente na América-Latina como um todo. Os médicos e os profissionais da saúde em geral possuem na maioria dos países o direito de não realizar o procedimento seja por ética, cultura, religião ou viés ideológico, o que complica a vida de muitas mulheres que buscam o procedimento.

Há algumas exceções sobre as dificuldades de acesso ao aborto, como no Uruguai, a descriminalização do aborto ocorreu no ano de 2012 e nestes primeiros anos, houve um grande impasse com o sistema de saúde que não queriam realizar o procedimento. Posteriormente, políticas públicas foram sendo incrementadas, fazendo com a lei na atualidade funcione muito bem (ROLDÁN, 2020) e seja um exemplo a ser seguido pelos outros países da América-Latina, que precisam de forma urgente, modificar o entendimento sobre o assunto a fim de garantir o direito ao corpo das mulheres e o seu poder de decidir.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou debater sobre o aborto na América-Latina. Em um primeiro momento houve discussões sobre a contextualização histórica do aborto e a sua com conceituação, restou claro que o aborto existe na sociedade desde a antiguidade, sendo em algumas sociedades prática comum e em outros tempos prática punida.

Na atualidade, cada país trata do aborto de uma forma diferenciada, mas na América-Latina há uma certa equidade no tratamento, embora existam locais onde há o aborto legal de forma irrestrita e em outros de forma totalmente restritiva, de forma geral o aborto pode ser realizado em casos de risco de vida da mulher ou em casos de estupro.

No entanto, embora existam pelas legislações momentos em que a mulher pode vir a abortar, este direito ainda encontra muitas dificuldades de acesso, desde profissionais de saúde que não querem realizar o procedimento, até a falta de políticas públicas.

Ao fim, foi possível concluir que é importante repensar a forma de acesso ao abortamento nos casos legais, pois, na atualidade da América-Latina, este acesso é precário e difícil para as mulheres, violando as suas garantias de direito e a própria dignidade.

REFERÊNCIAS

AFP. Milhares de salvadorenhas reivindicam descriminalização do aborto. **Estado de Minas**. 2021. Disponível em < https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/03/07/interna_interna-

cional,1244197/milhares-de-salvadorenhas-reivindicam-descriminalizacao-do-aborto.shtml>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ANDRADE, E. dos S. **A culpa do estupro é da mulher? Uma análise do processo de legitimação do estupro**. 2018. Dissertação (mestrado em psicologia) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza. Disponível em < https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=7397163>. Acesso em: 06 set. 2020.

BOUZON, E. (Ed.). **O Código de Hammurabi**. Introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CONSULTOS JURÍDICO. **Justiça de El Salvador trata aborto espontâneo como homicídio**. 2013. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2013-out-21/aborto-espontaneo-mulheres-sao-condenadas-homicidio-el-salvador>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Dicionário *On-line*. **Significado de Aborto**. 2020. Disponível em <https://www.dicio.com.br/aborto/>. Acesso em: 01 set. 2020.

DINIZ, D. MADEIROS, M. Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. **Ciência & Saúde Coletiva**, 21(2) 563-572, 2016. Disponível em < https://www.scielo.br/pdf/csc/v21n2/1413-8123-csc-21-02-0563.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

DUTRA, E. M. S. REBOUÇAS, M. S. S. Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. **Psicologia em estudo**. Maringá, v. 16, n. 3, p. 419-428, jul./set. 2011. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/pe/v16n3/v16n3a09.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: não é crime (decide o STF). **JusBrasil**. 2012. Disponível em < https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928488/aborto-anencefalico-nao-e-crime-decide-o-stf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Maristela Begli Tomasini e Oscar A. C. Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MAC, Aissa; PEREIRA, Maria Irenilda; RICCI, Larissa. Conheça as leis sobre o aborto no mundo. Em 67 países, decisão é da mulher. **Estado de Minas**. 2020. Disponível em < https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/08/23/interna_gerais,1177752/conheca-as-leis-sobre-o-aborto-no-mundo-em-67-paises-decisao-e-da-mulher.shtml>. Acesso em: 20 de jun. de 2021.

PAIXÃO, Fernanda. Aborto legal, direito negado: um mapa da América Latina. **Brasil de fato**. 2020. Disponível em < https://www.brasildefato.com.br/2020/08/28/aborto-legal-direito-negado-um-mapa-da-america-latina>. Acesso em: 01 de jul. de 2021.

ROLDÁN, Florencia. O aborto no Uruguai, uma experiência em primeira pessoa. **Folha de Pernambuco**. 2020. Disponível em < https://www.folhape.com.br/colunistas/mulheres-em-movimento/o-aborto-no-uruguai-uma-experiencia-em-primeira-pessoa/20613/>. Acesso em: 20 de jun. de 2021.

TEODORO, F. J. **Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação.** 2005. Dissertação (Mestrado em direito penal) – Pontifícia universidade católica de São Paulo, São Paulo. <Disponível em https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7907/1/Dissertacao%20Frediano%20Teodoro.pdf>. Acesso em: 25 de Ago. de 2020.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: Um direito ou um crime**? 9.ª ed. São Paulo: Moderna, 1993.

O PAPEL DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Maria Neurilane Viana Nogueira[84]
Adalberto Benevides Magalhães Neto[85]
Samyra Rufino da Silva Lima[86]
Jéssica Viana Nogueira Ivo[87]

INTRODUÇÃO

O combate ao crime organizado é essencial diante do atual cenário brasileiro, onde é notório o crescimento do número de homicídios, roubos, extorsões, entre outros crimes praticados por agentes criminosos que dividem tarefas a fim de praticarem atos ilícitos. Esse tipo de crime está atrelado ao poder, dinheiro e violência, em que crianças, jovens e adultos idolatram o chefe da Organização Criminosa, ao passo que começam a praticar as ordens emanadas pelo alto escalão do crime com o sonho de ter o mesmo caminho demonstrado pelos mandantes da facção, praticando atividades ilegais, com códigos secretos, músicas próprias do crime, bem

84 Doutora em Educação (UFC-CE), Mestre em Educação (UFC-CE), Especialista em Direito Público (Faculdade Cândido Mendes-RJ), graduada em Direito (UNIFOR), Avaliadora do INEP, Docente do Curso de Direito da UNIFAMETRO.

85 Mestre em Administração (UECE), MBA em Gestão Empresarial (Fundação Dom Cabral), Professor da UNIFAMETRO (Graduação e Pós- Graduação), Coordenador acadêmico do curso de Administração.

86 Graduada em Direito, Escrivã da Polícia Civil do Estado do Ceará.

87 Graduanda em Direito.

como estilo de cortes de cabelos e sobrancelhas, gerando admiração entre os integrantes e aumentando, dessa forma, o número de integrantes da organização criminosa.

Portanto, todas as informações sobre a materialidade dos delitos e os indícios de autoria são buscadas pela Polícia judiciária, formada por Inspetores, Escrivães e Delegados, que inicia uma linha de investigação, de modo a buscar provas para subsidiar a investigação dos crimes.

Organização criminosa é a associação de agentes com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturadas em organismo preestabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser distribuída entre os seus integrantes. (NUCCI, 2015).

A expressão polícia judiciária é usada, também, como sinônimo de polícia civil. A Constituição Federal estabelece que as polícias civis dos estados e do Distrito Federal competem às funções de polícia judiciária e, por exclusão, a apuração das demais infrações penais, exceto as militares.

A Polícia Judiciária, que é vinculada ao Poder Executivo, age com autonomia, escolhendo quais as formas e linhas de investigação usarão com a função de auxiliar o Judiciário e o Ministério Público, cumprindo as requisições que lhes são encaminhadas, geralmente iniciando a investigação através de Inquérito Policial. (FILHO, 2003).

O Inquérito Policial tem natureza inquisitiva, não existindo em tese o contraditório e a ampla defesa, visto que visa apurar provas. Além disso, o IP é extrajudicial, sigiloso e tem como autoridade policial máxima o chefe da Polícia Judiciária (delegado de polícia), responsável pelos autos do IP e por interrogar as testemunhas. (FILHO, 2003).

Diante desse contexto do aumento do crime organizado, o grande questionamento é: Quais as consequências da atuação do crime organizado? Quais as características das Organizações Criminosas? De que modo a Polícia Judiciária atua no combate ao Crime Organizado?

Ao observar o número de homicídios que ocorrem bem como o modus operandi, ou seja, de que forma eles são praticados, com pauladas, mutilações, esquartejamentos entre outros, observando à proporção que o crime organizado cresceu como um todo se notou a viabilidade de elaborar um projeto de pesquisa com ênfase na atuação da Polícia Judiciária no combate ao crime organizado. Além disso, existe a motivação pessoal

da autora, escrivã de Polícia Civil que deseja o reconhecimento da importância do trabalho da Polícia Judiciária para combater o crime organizado.

Esse trabalho tem por foco, portanto, apresentar o conceito de organização criminosa, expondo o modo como os criminosos se organizam e atuam para a prática de crimes, bem como explanar a atuação de cada integrante da Polícia Judiciária para combater o crime organizado. Nesse contexto, a relevância do presente objeto de pesquisa encontra-se em demonstrar a necessidade de valorizar o trabalho da Polícia Judiciária, pois apenas com muita investigação o crime é combatido.

Dessa forma, temos como objetivo geral investigar a atuação de Delegados, Escrivães e Inspetores e o papel que cada um desempenha na investigação do crime Organizado. Como objetivo específico, descrever os fatores que maximizam a atuação do crime organizado, citando características que singularizam as Organizações Criminosas, bem como explanar modelos de atuação da Polícia Judiciária.

No que tange à metodologia, utilizou-se a abordagem qualitativa de um estudo do tipo exploratório que usa como método de pesquisa, o dedutivo. Quanto à finalidade, o presente artigo irá utilizar a forma básica pura de pesquisa, uma vez que pretende discernir sobre o objeto de estudo, extraindo dele um conteúdo didático e preciso quanto ao tema e sua problemática.

2. ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

A Polícia Judiciária é composta por três cargos, dentre eles: Escrivães, Inspetores e os delegados que possuem a seguinte atribuição: Instaurar e presidir procedimentos policiais de investigação, orientando e comandando procedimentos de investigação relacionados com a prevenção e repressão de ilícitos penais, executando missões de caráter sigiloso, coordenando operações policiais, inquirindo testemunhas e interrogando os indiciados, representando por prisões preventivas, cautelares e interceptações telefônicas, solicitando quebra de sigilo necessário à instrução da investigação. Por sua vez, os Escrivães exercem atribuições relativas ao cumprimento das formalidades legais de polícia judiciária, necessárias aos inquéritos, processos administrativos e demais serviços cartorários de apoio à autoridade policial. (JÚNIOR, 2008 *apud* JOHANN).

Os Inspetores possuem a função de executar os serviços de polícia judiciária e investigativa, sob a direção da autoridade policial, apresentando à autoridade policial competente, quem quer que seja encontrado em flagrante delito; emitir relatórios do curso das investigações, realizando tarefas correlatas de apoio policial e administrativo. (Júnior, 2008, p. 220) também entende que:

> É o modelo adotado pelo Direito brasileiro, que atribui à polícia a tarefa de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime. Essa atribuição é normativa e a autoridade policial atua como verdadeiro titular da investigação preliminar. No modelo agora analisado, a polícia não é mero auxiliar, senão o titular, com autonomia para decidir sobre as formas e os meios empregados na investigação e, inclusive, não se pode afirmar que exista uma subordinação e relação aos juízes e promotores.

Em relação aos métodos utilizados pela Polícia Judiciária para combater o crime organizado, são utilizados vários, entre eles: investigação maciça com escuta telefônica, campanas, aplicativos para rastrear veículos e aplicativos para reconhecimento facial, entre outros. (JUNIOR 2008 *apud* JOHANN)

No entanto, a Organização Criminosa é muito dinâmica, ou seja, muda rapidamente seus integrantes e a todo tempo a Polícia Civil precisa está investigando a nova organização criminosa a fim de desarticulá-la, motivo pelo qual é necessário o investimento incessante na Polícia Judiciária. Nesse sentido, Messa e Carneiro (2011, p. 1 e 2), lembram que:

> No plano do criminoso ou da criminalidade, no passado, o Direito Penal focalizava o criminoso individual, a criminalidade em concurso e, no máximo, a quadrilha ou bando. Na atualidade a preocupação mundial é com a organização criminosa, com a criminalidade organizada.

Silva (2005) defende que a Polícia Judiciária deve atuar com mais cautela quando existir agentes infiltrados, uma vez que existem diversas decisões nos Tribunais que anulam processos de condenações que tiveram

vícios na fase de Inquérito Policial, a exemplo do crime provocado, um traficante de drogas descoberto por um agente infiltrado como viciado.

3. CRIME ORGANIZADO: DEFINIÇÃO E FORMAS DE ATUAÇÃO

Atualmente, há a lei de combate à Organização Criminosa, Lei 12.850/2013 que define Organização Criminosa. Em relação ao crime organizado, este não possui uma definição legal, sendo caracterizado pela ação do crime organizado, motivo pelo qual é muitas vezes confundido com Organização Criminosa. Segundo Monteiro (2008, p. 230):

> O temido crime organizado muitas vezes surge de forma nada organizada, mas como o Estado mostra-se incapaz de cumprir o seu papel de reprimir este tipo de criminalidade, ele floresce e encontra campo fértil para seu desenvolvimento e aprimoramento. A ausência do Estado nas áreas básicas da necessidade humana, como por exemplo, educação, saúde, lazer e moradia, favorece a atividade criminosa que consegue angariar cada vez mais adeptos que percebem a impunidade dos criminosos.

É um grande desafio explanar uma data específica de quando iniciou o crime organizado no Brasil. Ocorre que sempre existiu corrupção no país, apenas esse fato não era demonstrado para não gerar enfraquecimento no governo. Sabe-se que o crime organizado está associado à corrupção. Assim, há sempre pessoas tentando corromper outras com o intuito de obter vantagem financeira ou mesmo status social. Observando a história do Brasil, verifica-se que desde a chegada dos portugueses no Brasil há corrupção. Segundo Neto (2006), o Crime Organizado no Brasil começou a aparecer na transição entre período colonial e o Império; vindo a agravar-se quando da instalação da República.

Segundo Habib (1994), a corrupção no Brasil vem de longas datas, ocorrendo em todas as três fases, a saber: colonial, imperial e republicana. Assim, durante a época do Brasil colonial a corrupção acontecia com desvios na remessa de mercadorias, bem como dos impostos e dos tributos.

Durante a fase do Império, o crime acontecia até mesmo na Igreja que enviava ouro para a Europa sem pagar os tributos à Coroa Portuguesa, inserindo ouro em imagens religiosas, gerando a expressão popular "santo do pau oco". A fase Republicana é marcada por fraude eleitoral, desvios de rendas e "apadrinhamento".

Facchioli e Aquotti (2016) afirmam que "em meados de 1993 foi a época em que ocorreu o auge do tráfico de drogas, as organizações lucravam trilhões de reais anualmente." Todo esse poder começou a comprar apoio político e proteção jurídica, fazendo com que o crime de tráfico, apesar de ser considerado crime hediondo no Brasil, seja o meio de vida mais rentável. Diante disso, sabe-se que a maior ameaça que este transgressor pode ter é com as facções rivais e não com o Estado.

De acordo com Lima (2016), a manifestação mais remota do crime organizado tradicionalmente apontada pela doutrina, diz respeito à atuação do cangaço, bando então liderado por Virgulino Ferreira da Silva ("Lampião"), e, posteriormente, as associações criminosas voltadas à exploração dos jogos de azar, do tráfico de drogas, de armas e de animais silvestres. Mais recentemente, a criminalidade organizada estruturou-se nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo, com a formação do Comando Vermelho (CV) e do Primeiro Comando da Capital (PCC).

Portanto, o surgimento da Organização Criminosa tem relação com a globalização e o capitalismo. Dessa maneira, a ideia de organização está ligada a divisão de tarefas e hierarquia, sendo essa base criada a partir de lucros de empresas capitalistas sob o lema "organizar para lucrar". Nesse sentido, Gomes (1997, p.73-74) elenca alguma de suas características:

> [...] caracteriza-se por uma organização bastante rígida, uma certa continuidade "dinástica", pelo afã respeitabilidade de seus dirigentes, severa disciplina interna, lutas intensas pelo poder, métodos poucos piedosos de castigo, extensa utilização da corrupção política e policial, ocupação tanto em atividade ilícita como lícita, simpatia de alguns setores eleitorais, distribuição geográfica por zonas, enormes lucros etc.

Atualmente, o crime organizado, no Brasil, está aumentando, estruturando-se em várias cidades do país, atuando das mais diversas formas,

tais como explorando o tráfico de drogas ilícitas, praticando roubos, contrabandeando armas, entre outras atividades ilícitas. Assim, as pessoas envolvidas com o crime cooperam entre si para o alcance do objetivo pretendido, tais como alavancar dinheiro para ajudar no crescimento do crime organizado. Tudo isso é facilitado porque existem os chamados "crimes do colarinho branco", que são praticados por indivíduos que possuem contato com pessoas de influência na política, conseguindo manipular as regras em benefícios próprios. (SILVA, 2005).

Outra forma de atuação do crime organizado é a criação de estabelecimentos comerciais como forma de "lavar dinheiro". Dessa forma, o dinheiro obtido de forma ilegal, como por exemplo, na venda de drogas ilícitas, é usado em investimentos legais, de maneira que o grupo criminoso continua obtendo rendimentos com o dinheiro "sujo". O intuito da lavagem de dinheiro é ocultar a origem ilícita. Assim, a lavagem de dinheiro é uma forma de financiar o crime organizado (SILVA, 2005).

No Brasil, há inúmeros presídios, sendo local ideal para planejar e executar ações ilegais sem a intervenção da Polícia. Os presos repassam todos os planos elaborados para os integrantes das comunidades que executam conforme o ordenado. Dessa forma, o crime atinge diversas localidades, principalmente as periferias das cidades, local de abandono pelo Estado (SILVA, 2005).

Ademais, líder de uma organização criminosa cria laços de afetividade com a comunidade, muitas vezes doando cestas básicas, promovendo alguma melhoria para a comunidade como troca de ter um esconderijo dentro das favelas. Esse tipo de conduta ganha a simpatia dos moradores que são desamparados pelo Estado e observam nessas organizações um cuidado e amparo que é pouco notável nos governantes que segundo a população só aparecem em período eleitoral. (SILVA, 2005).

3.1 LEI DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO: DIFERENÇA ENTRE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

O Crime Organizado está presente nos vários setores da sociedade, inclusive com a participação de autoridades corrompidas em diversos poderes do Estado. Diante desse cenário, no dia 02 de agosto de 2013, a

Presidenta da República Dilma Rousseff sancionou a Lei de Organizações Criminosas, Lei 12.850, que revogou a Lei nº 9.034/95. Além disso, é importante ressaltar que o Código Penal, especificamente no Art. 288, discorre a respeito de Associação Criminosa, termo que difere de Organização Criminosa. A primeira diferença ocorre quanto ao número de integrantes, visto que na Associação criminosa exige três ou mais integrantes, ao passo que, na Organização Criminosa é a partir de quatro pessoas (SILVA, 2005).

Além disso, a pena na Associação Criminosa trata-se de reclusão de 1 a 3 anos, já na Organização Criminosa a pena é bem mais elevada, sendo de 3 a 8 anos. Outra importante característica na Associação Criminosa é que dispensa uma estrutura ordenada e organizada na divisão de tarefas, já na Organização Criminosas são características essenciais. (SILVA, 2005).

Em relação a vantagens auferidas, no crime de Associação Criminosa não é necessário à busca de vantagem para o grupo. No entanto, na Organização o objetivo é obter vantagem de qualquer natureza. Por fim, a Associação tem o objetivo específico de cometer crimes, enquanto na Organização Criminosa, a prática de crimes tem que possuir penas máximas, maiores que quatro anos ou possuir caráter transnacional (SILVA, 2005).

Para Cernicchiaro (2007), uma organização criminosa difere de uma associação porque nesta existe o conceito de máfia que tem intertextualidade com os crimes "colarinho branco", geralmente envolvem políticos, jornalistas e juristas com cargos de alto poder no "*establishment*", equipara-se a um câncer e corrói todos os meios do sistema de combater o próprio sistema, obtendo o modo direto ou indireto de gestão, trocando em miúdos, a organização pode se tornar uma associação se não for combatida de imediato e este enfrentamento fica cada vez mais difícil com a presença de milícias e máfias que manipulam e convergem de modo a preservar estes tipos de crime. Conforme Viana (2017, p. 20 - 21):

> A Lei 12.850/13 se propõe a sanar deficiências que por muito tempo perduraram na legislação pátria a respeito do tema, notadamente quanto à revogada Lei 9.034/95. Desde o referido diploma normativo já se previa a possibilidade de utilização de meios operacionais e 12 Reportamos ao quarto capítulo do presente trabalho. 21 de obtenção de provas especialmente voltados à criminalidade

> dita organizada, sem, contudo, qualquer definição clara e taxativa de organização criminosa no texto legal.

Diante disso, Viana (2017) atribui os crimes mais comuns praticados por estas organizações criminosas, dentre eles estão: lavagem de dinheiro, tráfico de influência, roubo, homicídio, receptação, tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, combinados com características de máfia, milícia, terrorismo e genocídio. Nesse cerne, reforça-se a justificativa do presente artigo quanto à relevância de um estudo aprofundado sobre o assunto visando ampliar as políticas para o enfrentamento desta problemática. Paralelo a isso, Viana (2017), também mostra que a referida Lei tem sua eficácia comprovada na própria atividade da Polícia Judiciária e na optimização clara e eficiente que fez com que muitos chefes de organizações como estas caíssem.

3.1.2 ANÁLISE DA LEI 12.850/13

Analisando especificamente a Lei de Organizações Criminosas, é importante ressaltar que para caracterizar Organização Criminosa deve ser observado o número de pessoas, a obtenção de vantagem de qualquer natureza, a existência de divisão de tarefas entre os membros do grupo, bem como a estrutura organizacional. Além disso, as características de estabilidade e de permanência entre os membros do grupo são essenciais.

O artigo 2º da referida lei trata de penalizar as pessoas que promovem, constituem, financiam ou integram a Organização Criminosa, sendo utilizada a expressão "pessoalmente ou por interposta pessoa" sendo comum, que os líderes das Organizações Criminosas utilizarem destes para o crime, termo vulgarmente conhecidos como as pessoas que são "laranjas".

Ainda no artigo 2º, §3º, deixa claro causa de agravar a pena para quem exerce o comando da Organização Criminosa. No § 4º são citadas cinco causas de aumento de pena, de um sexto a dois terços, tais como: participação de criança e adolescente, concurso de funcionário público, destinação do produto ao exterior, conexões com outras Organizações Criminosas independentes e evidências da transnacio-

nalidade da Organização. O artigo 3º trata dos meios de obtenção de provas, tais como:

> [...] Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
>
> I - colaboração Premiada
>
> II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos ópticos ou acústicos
>
> III - Ação Controlada
>
> IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
>
> V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
>
> VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
>
> VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
>
> VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

É importante ressaltar que os incisos elencados acima necessitam de autorização judicial para serem utilizados, com exceção do acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais, visto que o Delegado de Polícia tem pleno acesso.

3.1.3 DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Conhecida na mídia como delação premiada (técnica jornalística, assim como foro privilegiado que na verdade é o foro por prerrogativa de função), sabe-se que a colaboração é um mecanismo impor-

tantíssimo, sem ele, a Operação Lava-Jato não teria nenhum sucesso, uma vez que as delações de figurões como: Alberto Youssef, Paulo Roberto Costa (Ex-Presidente da Petrobras), Delcídio do Amaral (Ex-Senador) e outros como o Palocci (Ex-Ministro do Ex-Presidente Lula).

A colaboração premiada é um acordo feito entre o investigado com o Estado, em que o investigado fornece informações valiosas em troca de um benefício. Ressalta-se que a colaboração deverá ser voluntária. O benefício ao investigado dependerá da relevância da informação, podendo ser concedido, pelo juiz, o perdão judicial, a redução da pena em até dois terços ou a substituição da pena por restritiva de direito.

Durante a colaboração premiada, ressalta-se o importante papel do Delegado de Polícia nesta fase, visto que poderá requerer ao juiz o perdão judicial do colaborador, onde as partes deverão assinar o Termo de Confidencialidade. Ressalta-se que o acordo deverá ser feito na presença de um advogado ou defensor público. Importante mencionar que o juiz não participará da negociação para homologação do acordo, pois será feito entre o delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com manifestação do ministério público. Assim, após o acordo homologado, o investigado poderá ser ouvido pelo delegado de polícia responsável pela investigação do caso. (ANTONIOLLI, 2017)

3.1.4 DA AÇÃO CONTROLADA

A ação controlada está prevista no art. 2º, inciso II da Lei 12.850/13. Este dispositivo mostra que o delegado de Polícia poderá deixar de prender o agente criminoso que esteja em flagrante delito para agir em outro momento. Dessa forma, será uma forma de postergar o flagrante para outro momento com objetivo de obter melhores informações. É importante mencionar que a equipe policial deverá manter a vigilância do agente criminoso. (ZANELLA, 2020).

O retardamento do flagrante deverá ser previamente comunicado ao juiz, devendo essa comunicação ser sigilosa para não frustrar a operação policial. Além disso, ao término da operação, deverá ser elaborado um auto circunstanciado narrando à ação policial, que será enviado ao juiz competente. É importante mencionar que se a operação policial sair do

país, a autoridade do local deverá ser comunicada. (ZANELLA, 2020). Segundo Viana (2017, p. 22):

> A definição oferece os parâmetros mínimos para que se possa admitir, por exemplo, a quebra de sigilo fiscal e bancário, a infiltração de agentes policiais nas atividades ilícitas praticadas pela organização criminosa, a autorização para o flagrante prorrogado (ação controlada) ou para a celebração de acordos de colaboração premiada com pessoas envolvidas na organização, visando ao desmantelamento da estrutura criminosa, em que pese à questionável compatibilidade do uso indiscriminado de tais medidas com a própria legalidade constitucional, por acarretarem sérias restrições a direito e garantias individuais, em um cenário de propagada emergência da famigerada luta contra a criminalidade organizada.

Diante disso, Viana (2017) mostra que a ação controlada é o mecanismo mais eficiente e seguro no combate as organizações criminosas, porque, tendo em vista o grande poder sistemático e influência dos envolvidos, retardar a operação policial e a investigação, a fim de conseguir mais meios e provas para uma sustentação maior na hora da denúncia e da condenação, deixando mais difícil o abuso de direito, Habeas Corpus, dentre outros mecanismos que podem prejudicar a justiça e facilitar a liberdade destes criminosos.

3.1.5 DA INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A infiltração de agentes está prevista no art. 2º, inciso V da Lei 12.850/13 que também pode ser chamado de espionagem na investigação que é um dos serviços da Polícia Judiciária, funciona como o mecanismo mais ostensivo dela. Contudo, sabe-se que tal ostensividade é uma característica oriunda da Polícia Militar. Apesar disso, a Polícia Civil procura manter agentes infiltrados e isso é um perigo, uma vez que não se pode ser preso por um crime induzido por um agente dotado de Poder de Polícia, ou seja, a espionagem deve ser feita em sigilo e não pode haver interação entre o agente infiltrado e o criminoso, sendo às vezes mais adequado agir mediante ação controlada (ZANELLA, 2020).

O delegado de polícia poderá representar ao juiz competente pela infiltração de agentes em ação de investigação. Ressalta-se que será admitida a infiltração se a prova não puder ser produzida de outra forma. É importante mencionar que a infiltração de agentes terá prazo de 6 meses, podendo ser renovada outras vezes, conforme seja necessário. (ZANELLA, 2020).

O agente infiltrado terá seus direitos, tais como: recusar ou cessar a atuação da infiltração, ter a identidade alterada, usufruir das medidas de proteção a testemunhas, ter seu nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação, além disso, não ter sua identidade revelada. Esse agente deverá respeitar o princípio da proporcionalidade, atuando de acordo com a investigação, respondendo criminalmente pelo excesso cometido. (ZANELLA, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do tema foi realizada pela percepção do autor acerca da relevância de se discutir este assunto em 2021, uma vez que o IPEA registrou em 2017, mais de 65 mil homicídios e 70,1 % destes crimes foi motivado por facções criminosas e ainda sim, o restante deste percentual são de "latrocínios" e "acerto de contas", cujo executor é "batizado" em alguma organização criminosa.

E diante de tal problemática, justifica-se que a polícia judiciária, sobretudo a Polícia Civil, tem um papel de grande importância no proceder das operações que combatem o crime organizado. O presente artigo articulou diversos casos e fez diversas analogias para que o leitor entenda como funcionam as organizações criminosas no Brasil, assim como, seus métodos e estratégias para contenção com as autoridades policiais.

Diante disso, o presente artigo, estabeleceu o objetivo geral de investigar a atuação de Delegados, Escrivães e Inspetores e o papel que cada um desempenha na investigação do crime Organizado. Como objetivo específico, descrever os fatores que maximizam a atuação do crime organizado, citando características que singularizam as Organizações Criminosas, bem como explanar modelos de atuação da Polícia Judiciária.

Quanto à metodologia aplicada, utilizou-se como método de pesquisa o dedutivo, através de leituras, fichamentos e pesquisas bibliográficas de abordagem qualitativa por um estudo exploratório.

Quanto à finalidade, o presente artigo utilizou a forma básica pura de pesquisa, uma vez que, buscou discernir sobre o objeto de estudo, extraindo dele um conteúdo didático quanto ao tema e sua problemática.

Desse modo, conclui-se que é imprescindível o papel da polícia judiciária no combate e enfrentamento as organizações criminosas, mostrando a eficácia dessas operações, assim como as falhas.

Conclui-se que, a polícia judiciária e a eficácia da Lei e seus mecanismos eficientes são cruciais e importantes para o enfrentamento ao crime organizado. O trabalho da polícia e a aplicação da Lei 12.850/13, são fundamentais para a justiça social e o combate ao tráfico de drogas e suas associações criminosas.

REFERÊNCIAS

ALONÇO, Ramon; VIEIRA, William de Almeida. **A Atribuição do Delegado de Polícia para a Propositura e Formalização de Acordo de Colaboração Premiada na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei Nº 12.850/2013)**. Universitas. Ano 12. Nº 23. Julho/Dezembro, TCC do Curso de Direito da Faculdade Santa Lúcia. Mogi Mirim-SP, 2018.

ANTONIOLLI, Bárbara Virgínia. **A Eficácia da Colaboração Premiada como Meio de Obtenção de Prova no Combate ao Crime Organizado**. TCC do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2017.

ARAÚJO, Juliane Barbosa. **A Colaboração Premiada como Mecanismo Eficaz no Combate às Organizações Criminosas**. Monografia/TCC do Curso de Direito da Universidade Federal de Tocantins. Palmas-TO. 2018.

BORBA, Pedro; CEPIK, Marco. **Crime Organizado, Estado e Segurança Internacional**. Contexto Internacional. Vol. 33, Nº 2, julho/dezembro. UFRGS. Porto Alegre-RS, 2011.

BRASIL. **Lei Nº 12.850 de 2 de agosto de 2013**. *On-line*, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm > Acesso em: 26 maio 2021.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Organização Criminosa**. Artigo de Ministro aposentado do STJ desde 1999. Dr. pela Universidade "La Sapienza" (Roma) e pela Universidade de Brasília, Editora BD-Jur, Acarajú-SE. 2007.

FACCHOLI, Bruna Beatriz; AQUOTTI, Marcus Vinicius Feltrim. **Crime Organizado: Aspectos Relacionados à Sua Criação e Estrutura**. EITC, Presidente Prudente-SP, 2016.

FONTENELLE, André. **Metodologia Científica do Seu TCC – Em 5 Passos Simples**. Canal André Fontenelle no site: youtube.com; Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=fVmmPZsm-tbE. 2019.

GOMES, L.F. **Crime Organizado**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HABIB, Sergio, Brasil: **Quinhentos anos de corrupção**. Enfoque sociojurídico penal: Porto Alegre: Safe, 1994.

IPEA. **Atlas da Violência**: Brasil registra mais de 65 mil homicídios em 2017. Disponível em < https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option%3Dcom_content%26view%3Darticle%26id%3D34786 > Acesso em: 26 maio 2021.

JOHANN, Marcos Roberto. **O Valor Probatório do Inquérito Policial**. Monografia do final do Curso de Direito da UNIJUÍ – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais (DCJS). Ijuí-RS, 2011.

JUNIOR, Celso L. Lopes. **A Crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. RDP Nº 4 - DOUTRINA, Rio Grande--RS, 2000.LAUTERT, Carla Fabiane. **A Contribuição da Lei 12.850/2013 no Combate à Corrupção**. TCC do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 4ª edição. Salvador. Ed. Juspodivm, 2016.

MENDONÇA, Péricles. **Lei n. 12.850/2013 – Organizações Criminosas.** 1ª Ed. Livro Eletrônico da GRAN Sistema de Ensino / GRAN Cursos, 2020.

MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime Organizado**. 2ª Ed. Almeida. São Paulo-SP, 2020.

MICHELI, Joana Pereira Nunes. **A Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13): Breve Análise Sobre Sua Aplicabilidade à Luz da Constituição Brasileira**. TCC do Curso de Direito da UNIRIO. Rio de Janeiro-RJ, 2014.

MONTEIRO, I. M. **Organizações Criminosas**. 1ª Ed. Intertemas. São Paulo-SP, 2015. V. 7, n. 1, Goiânia-GO, 2020.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000.

NORDESTE, Diário. **Prisão de Nº 1 de facção criminosa de Caucaia ocorreu por reconhecimento facial.** Disponível em: < https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/seguranca/prisao-de-n-1-de-faccao-criminosa-de-caucaia-ocorreu-por-reconhecimento-facial-1.2964220 > Escrito por Redação, 10h30min. / 09 de Julho de 2020.

NUCCI. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos EMERJ** – Vol. 11. Nº 2. Elaborado no 2º Semestre/2019 – Tormo. Rio de Janeiro-RJ. 2019, p. 12.

OLIVEIRA, M. V. A. O **Pacote Anticrime no Tocante às Facções Criminosas**, à Luz da Teoria do Direito Penal do Inimigo, Ponderada com o Garantismo Penal.

QUEZADO, Paulo; SANTIAGO, Alex. **Comentários à Lei 12.850/2013, A Nova Lei de Combate ao Crime Organizado no Brasil**. 1ª Ed. Paulo Quezado Advocacia. Fortaleza-CE, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva,2003.

VIANA, Lurizam Costa. **A Organização Criminosa na Lei 12.850/13**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte-MG, 2017.

ZANELLA, Everton Luiz. **Infiltração de Agentes e o Combate ao Crime Organizado - Análise do Mecanismo Probatório Sob o Enfoque da Eficiência e do Garantismo - em Conformidade com a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**, 2ª Ed. Revista Ampliada e Atualizada. Editora Jaruá. Curitiba-SC, 2020.

TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO E A DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Jair Antônio Silva de Lima[88]

INTRODUÇÃO

A expansão do direito penal com o incremento de novas figuras típicas ou aumento de reprimenda é um fato verificado nas democracias contemporâneas. Apesar de existirem muitas vozes fazendo coro em busca do reconhecimento da falência do sistema penal, o que se nota é que a cada dia recorre-se mais ao instrumento que deveria ser de *ultima ratio,* em busca de um controle social minimamente efetivo.

No contexto da sociedade de risco, em um mundo regido pela batuta da globalização econômica, as relações jurídicas tornam-se cada vez mais complexas, de modo que o indivíduo e a coletividade são alvos de riscos e ameaças antes não verificadas. Nesta sociedade pós-industrial, a resposta do Estado para os conflitos e perigos ainda desconhecidos é insatisfatória e deixa a todos dominados pelo medo e insegurança.

88 Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (UFBA), Bacharel em Direito (UFBA), Professor de Direito Penal, Promotor de Justiça, membro do Grupo de Pesquisa em Segurança Pública e Criminalidade do MPBA.

É nesse ambiente que a atuação de organizações criadas com a finalidade de delinquir se torna ainda mais temerária, exigindo-se resposta estatal adequada, com o instrumento que lhe é mais caro, o direito penal. O direito penal clássico tinha como foco o indivíduo e seus direitos fundamentais. Por esta razão que se afirma que a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos.

No atual cenário, objetivando tutelar a paz pública, criam-se figuras típicas, a exemplo do crime disposto no §1º do art. 1º, da Lei 12.850/13 (organização criminosa). Nessa modalidade de crime, diante da estrutura hierarquizada e divisão de tarefas dos grupos criminosos, torna-se tarefa difícil a definição da autoria e identificação do liame subjetivo entre os agentes que integram essa associação. Essa dificuldade acentua-se quando as organizações criminosas visam à prática de crimes contra a administração pública, pois, geralmente, seus membros infiltram-se no Estado, passando, inclusive a ocupar postos de destaque, o que facilita a prática delituosa e dificulta a prova do conluio.

Nesse sentido, o estabelecimento de critérios claros para definição de autoria e participação em crimes associativos, notadamente no delito de organização criminosa, é tema sobre o qual reside grande dissenso na doutrina. Isso porque, esta espécie de crime caracteriza-se pelo concurso necessário de pessoas, ou seja, para que se verifique o tipo penal, é imprescindível a presença de pluralidade de agentes na prática delituosa, gerando grande debate no meio jurídico em face da acentuada dificuldade de definir e delimitar cada conduta apta a ensejar a realização do tipo penal.

Com base nessas premissas, depara-se o operador do direito com as seguintes indagações: como se demonstra no processo penal a autoria e a participação em organização criminosa? Como se identificar a hierarquização e divisão de tarefas? Como distinguir a autoria da participação nesses grupos de delinquentes? O líder da organização seria um mero partícipe ou por ter o poder de comando da ação também seria autor da infração penal, ainda que não execute o verbo nuclear do delito?

Assim, como bem pontuado por Kai Ambos (2011, p. 18), a definição da autoria e a escolha de uma teoria que explique adequadamente a distinção entre aqueles que contribuem de algum modo para o injusto penal requer que se defina, antecipadamente, o que vem a ser uma organização criminosa.

Com efeito, este artigo tem por objetivo apresentar o conceito de organização criminosa, bem como a discussão doutrinária a respeito da autoria e participação neste delito, destacando a teoria do domínio do fato e sua adequação para a distinção dos papéis dos agentes na realização do tipo penal. Para tanto, realizamos uma breve revisão da literatura.

1 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A definição de organização criminosa é tema controvertido e complexo. Em diversas obras, sociólogos, cientistas políticos, juristas e estudiosos da violência em geral apresentaram definições distintas, apontando elementos que entendem serem características básicas desse tipo de grupo criminoso. O que observamos em breve revisão da literatura é que a produção acadêmica aborda o fenômeno da criminalidade organizada no Brasil desde a década de 90 do século passado, mas notadamente como tema secundário ao estudo da violência, em especial à dinâmica do tráfico de drogas. São poucas as obras que encontramos nesse período que tem como objeto principal de estudo as chamadas organizações criminosas.

O dissenso que orbita este tema influenciou a postura negacionista do Estado, cujo discurso encontrava guarida em obras das ciências sociais e criminais, em especial naquelas produzidas por advogados criminalistas. Nessa linha de ideia, Hireche (2005, p. 57), seguindo o posicionamento de Zaffaroni (1996), defende que "as dificuldades conceituais representam e retratam, em verdade, a impossibilidade de conceituar o inexistente". Nesta obra, com edição de 2005, ainda encontramos a negação do fenômeno, mesmo após a megarrebelião promovida pelo Primeiro Comando da Capital (PCC), simultaneamente, em 29 unidades prisionais em 2001.

Não apenas a academia deixou de reconhecer a existência das orcrim's. Camila Dias (2011, p. 130-133), ao narrar a formação do PCC no interior dos presídios paulistas, enumera diversos motins ocorridos entre os anos de 1994 e 2001, destacando que, mesmo com todas as evidências apontando para o fato de que presos estariam comandando as rebeliões, as autoridades negavam essa possiblidade.

Adotamos neste artigo a definição de organização criminosa apresentada Guaracy Mingardi (1998), na obra "O Estado e o Crime Organizado":

> Crime Organizado Tradicional: grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. São atividades que se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. (MINGARDI, 1998, p. 82-83).

Mas é importante ressaltar que, apesar da realidade fática demonstrar o quanto as organizações criminosas aterrorizam o Brasil há muitos anos, e de academia passar aos poucos a se dedicar ao estudo do tema, a primeira definição dessa associação na legislação brasileira ocorreu apenas em 2012, com a edição da Lei 12.694/12. Antes da edição desta Lei, já havia em nossa legislação a expressão organização criminosa, sem, contudo, defini-la ou tipificar a conduta de integrar esta espécie de grupo criminoso. Trata-se da Lei 9.034/95, que foi editada com o objetivo de dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O artigo 1º deste diploma referia-se apenas a ações praticadas por "quadrilha ou bando", omitindo-se em relação ao que seria organização criminosa. Com efeito, em abril de 2001, a Lei 10.271 alterou a redação do artigo em comento, passando a definir e regular os meios de prova, bem como os procedimentos investigatórios de delitos praticados por quadrilha ou bando, ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Apesar da alteração promovida, não foi resolvido o problema da conceituação de crime organizado. Ao contrário, surgiram outras discussões em torno de eventual equiparação de orcrim com o tipo penal de bando ou quadrilha do artigo 288 do Código Penal.

Visando ao preenchimento desta lacuna legislativa, parte da doutrina jurídica passou a utilizar a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, para conceituar organização criminosa:

> Artigo 2, "a") "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações

> graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Esse discurso encontrou eco no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que editou a Recomendação nº 3, de 30 de maio 2006, na qual aquele órgão expressamente sugere-se a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção de Palermo (Recomendação 03/2006, 2, "a"). Esse entendimento ganhou força e foi adotado pela 5ª Turma do STJ no julgamento do HC 77.771/SP.

No entanto, vale ressaltar que esta tese não prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, que, no HC 96.007/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, fixou o entendimento de que não poderia o referido conceito ser extraído da Convenção de Palermo, sob pena de violar o princípio da estrita legalidade, prescrito no art. 5º, XXXIX, da CF/88.

No julgamento, prevaleceu o voto do relator, fixando que apenas Lei, em sentido formal e material, pode criar crime e cominar penas, não sendo possível a tipificação de condutas por meio de Convenção, introduzida no ordenamento por ato normativo de menor hierarquia e formalidade distinta, o Decreto. Assim, pontua o ilustre Ministro da Corte Constitucional que "a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa".

Após a decisão do STF e a limitação do alcance dos institutos da Lei 9034/95, foi editada a Lei 12.694/2012, com o objetivo de dispor sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

Com a entrada em vigor da Lei 12.694/12, em 23 de outubro de 2012, surgiu nova controvérsia a respeito do tema, acentuada pelo uso da expressão "para efeitos desta Lei". Parte da doutrina buscava a compreensão de que o conceito de organização criminosa apresentado seria de aplicação restrita à mencionada Lei, enquanto outra parcela entendia que o disposto no art. 2º da Lei em apreço "fortalece e consolida a estrutura da organização criminosa apontada no art. 1º da Lei nº 9.034/95" (OLIVEIRA, 2013, p. 835).

Esta discussão foi efêmera, pois no ano seguinte foi editada a Lei 12.850/13, que trouxe novo conceito para o fenômeno.

> Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.
>
> § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013a, [s. p].

Além de trazer novo conceito, esta Lei tipificou a conduta de promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa, cominando pena de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Contudo, é importante consignar que a Lei de 2013, em que pese tenha apresentado novo conceito de organização criminosa, não revogou expressamente o conceito inserido no ordenamento jurídico no ano anterior. Desse modo, aportou na doutrina nova discussão a respeito da eventual vigência ou revogação tácita e parcial da Lei 12.694/12. Analisando os dois diplomas legais, é possível identificar pelo menos três diferenças nos conceitos positivados. Em 2012 o legislador fixou que a organização criminosa deveria ter pelo menos três integrantes, ao passo que a Lei 12.850/13 exige a associação de quatro indivíduos como estrutura mínima.

Para a Lei 12.694/12, a finalidade da organização deve ser a prática de crimes (não incluindo contravenções penais) com penas máximas iguais ou superiores a quatro anos. A definição trazida em 2013 substitui o termo crimes por infrações penais, cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos. Por fim, a Lei 12850/13 inova e tipifica a conduta de organização criminosa.

Nesse compasso, Andreucci (2017, p. 145) afirma que haveria dois conceitos coexistentes de organização criminosa; um para os fins da for-

mação do juízo colegiado (Lei 12.694/12), enquanto o outro seria utilizado para fins de aplicação das técnicas especiais de investigação (Lei 12.850/13).

Noutro sentido, leciona Oliveira (2013, p. 08) que as normas jurídicas são incompatíveis e, diante da impossibilidade de convivência dos dois dispositivos, faz-se necessária a unificação do conceito, devendo prevalecer a definição constante do art. 1º, da Lei 12.850/13. Lima (2014, p. 477) segue o mesmo entendimento, afirmando que apenas o artigo 2º da Lei 12.694/12 foi revogado tacitamente, permanecendo vigentes os demais dispositivos que não se encontram em oposição ao disposto na Lei de organização criminosa editada em 2013. Assentadas essas premissas, adere-se, aqui, a corrente que entende que o conceito atual de crime organizado no Brasil é único e está disposto na Lei mais recente.

O artigo 2º da Lei supramencionada dispõe que é crime: "promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa". Trata-se de tipo misto alternativo, uma vez que apresenta quatro condutas incriminadoras, de modo que o agente responderá por crime único, ainda que pratique mais de uma delas. Tampouco haverá concurso de crimes para o agente que, por exemplo, promove, constitui e, ao mesmo tempo, financia a organização.

Existe uma distinção entre crime organizado por natureza, figura típica prevista no art. 2º, *caput,* da Lei 12.850/13, e crime organizado por extensão. Este último trata-se, na verdade, de delitos perpetrados pelas organizações criminosas, mas não se adequam às elementares do tipo penal do art. 2º da Lei de organização criminosa. Vale dizer, os integrantes do PCC, por exemplo, ainda que se abstenham de praticar os crimes de tráfico, roubo e extorsão, estão incursos no tipo penal do art. 2º, *caput*, da Lei de regência. Por outro lado, ao praticarem estas condutas criminosas que constituem a real finalidade da associação, estariam também incursos no crime organizado por extensão.

2 AUTORIA E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Observa-se, como destacamos, que o delito de organização criminosa é classificado como de concurso necessário, exigindo-se que pelo menos

quatro pessoas integrem o grupo para que se enquadre no conceito legal. Além disso, exige-se que a associação seja hierarquizada e com divisão de tarefas/trabalho entre seus membros. Essa hierarquização torna "fluida" a ação entre os integrantes, de modo que, muitas vezes, torna-se complexa a prova de prática de qualquer ato criminoso pelos líderes do grupo, que às vezes sequer praticam qualquer ato ilícito, apenas ordenando (mandantes) que outras pessoas (executores) pratiquem a conduta criminosa. O Código Penal, ao tratar da autoria/participação, estabelece, em seu artigo 29, que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade".

A delimitação do conceito de autoria e participação como categorias jurídico-penais sempre mereceu especial atenção, sobretudo em se tratando de crimes de concurso necessário de agentes, como no caso de delitos envolvendo as organizações criminosas.

É necessário definir adequadamente estes institutos jurídicos para a devida apuração da responsabilidade penal daqueles a que se imputa esta infração penal. Como vimos, o legislador brasileiro editou a Lei 12.850/13 criando tipos penais e regulamentando meios de produção de provas específicos (técnicas especiais de investigação), fortalecendo o que entendemos ser o microssistema de enfrentamento do crime organizado.

Ocorre que, mesmo com a utilização dessas técnicas especiais de investigação que conduzem à maior probabilidade probatória do ilícito associativo sob estudo, aspectos específicos da autoria – e até de eventual participação – nessa espécie delituosa precisam ser tratados com cautela. Isso porque, não se mostra como algo elementar a análise e definição de cada conduta praticada no âmbito da estrutura hierarquizada, na qual as tarefas são distribuídas entre seus integrantes, "pulverizando" ações que poderíamos apontar como a realização do núcleo do tipo penal.

Evidentemente, é preciso olhar para as organizações criminosas com ferramentas jurídicas capazes não só de explicar o seu funcionamento, mas igualmente aptas a possibilitar a aplicação da lei penal aos seus integrantes, tudo conforme o devido processo legal, respeitando-se as garantias constitucionais.

A partir dessa constatação, florescem grandes discussões entre os estudiosos do direito penal sobre questões referentes à autoria deste delito, assim como a identificação da função de cada indivíduo na empreitada do crime.

A função e a importância do integrante para grupo criminoso têm relevância não apenas para mera definição teórica, mas também pelas implicações legais dela decorrentes. Isso porque a Lei 12.850/13 pune de forma distinta aquele que lidera a organização criminosa, agravando-se a pena (de 1/3 a 2/3) para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

A importância da definição de autoria não é debate recente. Welzel, citado por Nilo Batista (2005, p. 29), destacava que "a teoria do autor se dirige ao exame do centro pessoal da ação do injusto". Alflen (2014, p. 56-58) destaca que há dois sistemas para identificação da autoria do delito, quais sejam: unitário e diferenciador. Pode-se afirmar que, em verdade, trata-se de dois grupos nos quais são divididas as diversas teorias explicativas da autoria – unitário (que não diferencia autor de partícipe) e diferenciador (que faz distinção entre estas figuras). O sistema unitário foi criado com base nas premissas causalistas surgidas no século XIX, orientadas pela equivalência de condições ou na diferenciação entre causa e condição. Nesse sistema, autor é quem realiza o tipo penal, independe do grau de sua contribuição.

Pablo Alflen (2014, p. 56-61) aponta que o sistema unitário se divide em unitário formal, unitário funcional e unitário reduzido. O sistema unitário formal é considerado vertente radical, pois parte de conceito indiferenciado de autor, não distinguindo conceitual e nem valorativamente a contribuição para realização do injusto penal. Na vertente funcional, há o reconhecimento meramente conceitual de diferentes formas de autoria, fato que não teria relevância na aplicação da pena. Por fim, no sistema unitário reduzido todos os que contribuem para a prática do crime concorrem à mesma pena, levando-se em consideração na aplicação da sanção as circunstâncias concretas do fato praticado.

O modelo diferenciador, por outro lado, parte da distinção entre autor e partícipe. Nesse sistema, "as diferentes contribuições fáticas são concebidas de acordo com seu peso material, sendo que o injusto típico se orienta pelo respectivo autor descrito nos crimes em espécie, distinguindo já todos os participantes no próprio tipo" (ALFLEN, 2014, p. 61).

Em outra classificação, as teorias são divididas em objetivas e subjetivas, além de restritivas e extensivas do conceito de autor.

Seguindo a mesma base da teoria unitária/monista e situada na teoria da equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non,* a teoria extensiva não distingue autor de partícipe. Inova em relação às teorias anteriores porque admite diversos graus de autoria e as consequentes causas de diminuição de pena, surgindo a figura do cúmplice, que seria o autor cujos atos são de menor relevância para a ocorrência do resultado.

No conceito restritivo, autor é quem realiza por si mesmo a ação típica, de modo que a simples contribuição causal não pode constituir autoria. Isso porque, leciona Alflen (2014, p. 66) "os tipos penais são concebidos de forma a apontar somente o autor, não abarcando a atividade do instigador e do auxiliador". Nessa concepção, a autoria é delimitada de forma restrita, observando o alcance do tipo penal.

Esse conceito restritivo serviu de base para que se desenvolvessem as teorias objetivas, que se dividem em teoria objetivo-formal e a teoria objetivo-material. Para a teoria objetivo-formal autor é quem realiza pessoalmente a ação típica, praticando o verbo nuclear do tipo penal.

Conforme Nilo Batista (2005, p. 60), autor é quem pratica a ação executiva, do delito, realizando, com a própria conduta, o tipo penal. De modo oposto, partícipe seria quem não executa o núcleo do tipo, cuja conduta constitui-se ação preparatória.

Essa teoria prevalece no Brasil e, até pouco tempo era majoritária na Alemanha. No Brasil, para se alcançar o partícipe por ter prestado auxílio, participação ou instigação, é necessário lançar mão de uma norma penal denominada norma de extensão pessoal ou integrativa (art. 29 do CP). Este dispositivo legal é chamado de norma de extensão, pois amplia o alcance do tipo penal, complementando a tipicidade no quanto à participação delitiva.

Apesar de a teoria objetivo-formal ser majoritariamente adotada, não escapa das críticas. Se, por um lado, tem com mérito diferenciar com precisão o autor do partícipe, apresenta como calcanhar de Aquiles o fato de atribuir a condição de partícipe ao mandante, ao autor intelectual, uma vez que não executa a ação nuclear típica. Outra falha dessa teoria, segundo Masson (2013, p. 522), seria o fato de não tratar da autoria mediata, uma vez que não explica como se distingue a autoria da participação nas

hipóteses em que o agente se utiliza de pessoa inimputável para execução do crime. Nas palavras de Nilo Batista (2005, p. 64), "o critério formal-objetivo fracassa quando confrontado com a autoria mediata, na qual o autor não realiza nenhum ato de execução".

A teoria objetivo-material, segundo Nilo Batista (2005, p. 64), utiliza como critério de distinção entre aqueles que contribuem para o fato criminoso, o prisma da diferença ou a relevância causal das condutas. Desse modo, autor não é quem pratica o verbo do núcleo do tipo, mas sim aquele que presta a contribuição que, sob análise objetiva, seja mais importante para a produção do resultado. Por exclusão, partícipe é quem contribui de modo menos relevante para o resultado, mesmo que execute a ação nuclear.

Dentre os problemas das teorias objetivas acima mencionadas, destacamos o fato de não apresentarem solução para casos de coautoria, além dos já referidos acima: não execução direta do núcleo do tipo e autoria mediata. Nas hipóteses de coautoria, como as teorias objetivas explicariam mais de um agente executando o núcleo do tipo?

2.2 TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Ainda sob as bases fincadas pelas teorias objetivas, foi desenvolvida a teoria do domínio do fato. Para tratar dessa teoria, utilizaremos quatro obras como norteadoras do estudo – Roxin (2000), Batista (2005), Leite et al (2014) e Alflen, (2014) – sem, contudo, deixar de acrescentar contribuições de relevantes pesquisas realizadas a partir do emprego dessa teoria.

Criada em 1939 por Hans Welzel, esta teoria tinha como finalidade eliminar algumas falhas das teorias anteriores, residindo entre os contornos das teorias objetivas e subjetiva. Na concepção desenhada por Welzel, é autor do delito aquele que possui o domínio final do fato, pois tem este sujeito a possibilidade de interromper ou fazer continuar a conduta ilícita. Welzel é também conhecido como pai do finalismo penal e, desse modo, sua teoria da autoria está assentada na "ideia de que o resultado pertence à pessoa como sua obra, por regular e conduzir o acontecimento causal conforme a sua vontade" (ALFLEN, 2014, p. 87). Alflen (2014, p. 89), citando Welzel, afirma ainda que, "possui domínio do fato quem 'é o senhor sobre sua decisão e execução e com isso senhor sobre o seu ato,

o qual ele realiza de forma conscientemente final em sua essência e existência". Com efeito, a autoria para Welzel possui pressupostos pessoais (objetivos e subjetivos) e pressupostos causais.

Claus Roxin também esclarece o pensamento de Welzel sobre a distinção entre autoria e participação, dispondo que está situada no atuar final, no mundo social.

> La posición metodológica básica de WELZEL se revela claramente cuando prosigue: «La diferencia estructural entre autoría y participación no reside en preceptos de Derecho positivo, sino en estas manifestaciones esenciales del actuar final dentro del mundo social»; más aún: «Ni siquiera la ley positiva puede eliminar estas diferencias básicas, porque no son productos de un legislador, sino manifestaciones reales del ser comunitario ya dado» (ROXIN, 2000, p. 35).

Na sua linha de pensamento, a coautoria é a própria autoria, mas, nessa hipótese, o domínio final do fato encontra-se distribuído entre dois ou vários autores conjuntamente. Para tanto, Welzel defende que a conduta final é constituída de uma multiplicidade de atos isolados, que formam um todo unitário. Assim, esclarece o jurista alemão que a coautoria seria a "realização dividida entre muitas pessoas dos atos parciais de uma decisão de ação levada a cabo por todas elas conjuntamente, e, portanto, o domínio do fato está com todos conjuntamente", ou seja, uma "variedade de autores individuais" (ALFLEN, 2014, p. 91). Nesse sentido, só pode ser coautor aquele que detém, em conjunto com outrem, a capacidade de decidir sobre a realização do fato. Para tanto, haveria dois pressupostos para coautoria: decisão comum e execução comum dos fatos.

Nas exatas palavras do penalista alemão:

> La característica general de autor: el dominio final sobre el hecho. Señor del hecho es aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma al autor em señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho (WELZEL, 1976, p. 148).

Nesse sentido, Hans Welzel (1976, p. 149) conclui que o domínio final do fato é a característica geral da autoria. A autoria mediata é também explicada, segundo a teoria do domínio final do fato, por aceitar como possível a execução por terceiros, desde que o autor tenha o domínio pleno do fato. Por esse entendimento, pode o autor valer-se de instrumentos e mecanismos para executar parte do plano delituoso, não se exigindo que execute com suas próprias mãos cada etapa do *iter criminis* e cada ato executório para que seja considerado o autor.

Após fazer críticas ao modelo teórico de Welzel, Roxin (2000) afasta-se das ideias do finalismo e apresenta uma teoria do domínio do fato apoiada no funcionalismo penal teleológico. De acordo com Greco e Leite (2014, p. 22), essa teoria busca, assim como as teorias acima e como qualquer teoria jurídica, direta ou indiretamente, apresentar uma resposta a um problema concreto, isto é, distinguir autor de partícipe.

Roxin (2000), em sua obra publicada originalmente em 1963, diz que a teoria do domínio final do fato apresenta-se vaga, intangível e com grande subjetividade. Apresenta, então, três passos para que se delimite a ideia de domínio do fato: 1) domínio do fato como conceito indeterminado; 2) como conceito fixo; 3) como conceito aberto. Após sustentar a inadequação das duas primeiras perspectivas, afirma que o conceito aberto é o mais apropriado, pois seria o ponto de equilíbrio entre os extremos das versões anteriores (ROXIN, 2000, p. 145-146).

Claus Roxin passa, então, a trabalhar com um modelo tripartido de domínio do fato: domínio da ação; domínio da vontade; domínio funcional. O domínio do fato pelo domínio da ação é verificado quando o indivíduo pratica diretamente o fato criminoso, não se valendo de terceiros. Por outro lado, há a forma de domínio funcional do fato. Nesta perspectiva, explica-se a coautoria, uma vez que esta (a coautoria) seria uma forma independente de autoria. Como afirma Roxin (2000, p. 309), a ideia de coautoria é que seja concebida como domínio do fato conjunto, de modo que "cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros". Por fim, ao se valer de outras pessoas como instrumento, opera-se o domínio da vontade (autoria mediata), que se verifica pela coação, pelo erro, ou pela utilização de aparatos organizados de poder.

Nessa última hipótese é que se afirma existir o "homem de trás" (autor mediato ou autor de escritório), assim denominado "(a) por dominar aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e (b) possuir poder de mando, (c) pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis" (LEITE, 2014, p. 139). Por possuir o comando da estrutura da organização que funciona de forma mecânica, como engrenagens que se ajustam a cumprir seu desiderato, este indivíduo é considerado autor mediato dos delitos praticados por outras pessoas (autores imediatos) que lhe serviram como meros instrumentos – substituíveis e fungíveis.

Essa teoria é objeto de controvérsia, mas, independentemente das críticas que sofreu, verifica-se sua utilização em larga escala, de modo especial em decisões sobre atuação de organizações criminosas, máfias e até a atuação de agentes de estados totalitários (ROXIN, 2000, p. 656). Nesse aspecto, Leite (2014, p. 140) destaca a adequada utilização da teoria do domínio da organização no julgamento de Alberto Fujimori (ex-presidente do Peru).

O julgamento de Alberto Fujimori foi também alvo de estudo realizado por Kai Ambos (2011) quando analisou este e outros casos envolvendo a aplicação da teoria do domínio da organização. Segundo Ambos (2011, p. 03-04), esta teoria tem conquistado reconhecimento universal que é constatado pela sua utilização em decisões judiciais de significativa importância no cenário mundial. O jurista considera as críticas feitas à teoria de Roxin, como o fato de sustentar um conceito de organização ligada ao Estado burocrático, que não alcançaria novos tipos de organizações criminosas. Além disso, destaca a exigência de executor fungível, pontuando que é possível, no caso concreto, a designação de um especialista para tarefa criminosa, o que não afastaria o conceito de organização adotado por Roxin. Sobre o que chama de domínio parcial, Kai Ambos (2011, p. 18) conclui que os intervenientes que, com domínio parcial na macrocriminalidade, recebem e, ao mesmo tempo, dão ordem, são coautores. Defende ainda que o conceito de organização (para aplicação da teoria em análise) deve ser ampliado para que possa abarcar grupos paramilitares não-estatais em conflitos armados.

Observa-se que a definição de autor e a distinção entre autor e partícipe no âmbito das organizações criminosas continua gerando debates tanto no cenário nacional quanto em sede do direito comparado e direito internacional.

Ao analisar a jurisprudência brasileira, Alflen (2014, p. 170 – 184) demonstra a utilização da teoria do domínio do fato em suas três vertentes: domínio final do fato, domínio do fato funcionalista-normativista e domínio do fato no plano empresarial. Em seu estudo, observa que foi utilizada a teoria em crimes de diversas naturezas, como roubo, homicídio, latrocínio,sonegação de impostos e no caso "mensalão". No entanto este penalista rechaça a teoria de Roxin, especialmente por entender que não foi adequadamente definido o que vem a ser domínio do fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema sobre autoria no direito penal sempre sediou grandes debates em razão de sua relevância. A partir do desenvolvimento da teoria do domínio do fato, as discussões se ampliaram, ganhando ainda maior dimensão em face do atual modelo de globalização econômica, que se tornou ambiente fértil para o crescimento das organizações criminosas.

Em que pese existirem duras críticas à teoria do domínio do fato, é a partir da estrutura teórica apresentada por Claus Roxin que podemos atribuir a autoria ao "homem de trás" (autor mediato ou autor de escritório), uma vez que este agente, por dominar um aparato organizado de poder desvinculado da ordem jurídica e possuir poder de mando, pode emitir ordens que serão cumpridas por executores fungíveis, a exemplo dos líderes do PCC que ordenaram ataques e rebeliões.

Portanto, sem olvidar da necessidade de contínua adequação do direito penal às complexas relações sociais da sociedade pós-industrial, compreendemos que a teoria do domínio do fato é essencial instrumento para a adequada distinção entre as funções dos agentes que integram uma organização criminosa.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato.** São Paulo: Saraiva, 2014.

AMBOS, Kai. Sobre la "organización" en el dominio de la organización. **InDret – Revista para el análisis del Derecho**. Barcelona, jul. 2011, n. 3. 25p.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BATISTA, Nilo. ***Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 22 abr. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em: 15 de dez. de 2018.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

HIRECHE, Gamil Foppel EI. **Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da inexistência a impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

LEITE, Alaor; et al. **Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito brasileiro.** São Paulo: Marcial Pons, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada.** 2ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime organizado**. 4 ed. São Paulo: Método, 2018.

MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. *Estudos Avançados*, *21*(61), p. 51-69. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10266. Acesso em: 17 abr. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais.** 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA. Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

ROXIN, Claus. **Autoría y dominio del hecho em derecho penal**. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman.** Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime organizado: uma categorização frustrada.** In: BATISTA, Nilo (org.). Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, ano 1, v. 1, 1996.

A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO NO BRASIL

Julia Pelagaggi Malvão[89]

INTRODUÇÃO

Enquanto movimento social, pode-se de dizer que o Movimento Feminista é um dos mais expressivos dos últimos séculos, pela batalha das mulheres de ter seus direitos e deveres adquiridos, cabendo ressaltar a Lei Maria da Penha como uma das principais conquistas para seu processo histórico.

Além de todas as lutas por seus direitos civis, as mulheres sempre buscaram uma maior proteção, junto à Justiça, por temerem pela própria vida, diante das diversas formas de agressões que sofriam: física, psicológica, moral, patrimonial ou sexual. As de maior incidência aconteciam no ambiente doméstico, desse modo, com a crescente conquista de políticas públicas, o movimento feminista ficou cada vez mais forte e as mulheres, unidas por uma mesma causa, lutaram e lutam ,até hoje, para combater uma sociedade patriarcal e agressivamente controladora.

Sobre os diversos crimes que as mulheres são vítimas, a manifestação de violência mais extrema é o assassinato. Sancionada em 2015, a Lei 13.104, que prevê o feminicídio, pode ser definida como uma qualificadora do crime de homicídio motivado pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher

89 Bacharela em Direito pela Universidade Cândido Mendes – UCAM Centro.
Pós-Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes.

ao sexo feminino é central, na prática do delito. Entre essas circunstâncias, estão incluídos os assassinatos em contexto de violência doméstica, familiar e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher, e a consequência desses crimes reportam, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher.

Antes da lei, o crime era diluído entre todos os homicídios de mulheres, e não só os decorrentes da desigualdade de gênero. Com a alteração no Código Penal, o surgimento de casos de assassinatos de mulheres tem sido tratado de forma minuciosa, para apurar todas as razões que ali possam existir.

Dados e informações evidenciam a necessidade da elaboração de estratégias mais efetivas de prevenção, proteção e redução da violência contra a mulher, tendo como objetivo mostrar que a tipificação da lei do feminicídio e sua aplicação caracterizaram-se pela alarmante necessidade de ampliar políticas sociais para melhorar a condição de vida das mulheres.

A qualificadora representa mais do que uma punição aos assassinos de mulheres, reflete uma luta pela transformação da sociedade e pela superação de valores machistas, sexistas, patriarcais e de desigualdade de gênero que ainda sustentam muitas relações sociais. A gravidade da violência cotidiana é muito maior do que está sendo representada por números.

1. A TIPIFICAÇÃO DO FEMINICÍDIO

Desde a implantação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), tornou-se cada vez visível para o Poder Público e para a sociedade o aumento das várias formas de violência que a mulher sofria. Os altos índices de homicídios praticados contra a mulher, evidencia a ausência de políticas públicas eficientes para que as vítimas não venham a óbito por falta de assistência devida.

Segundo Mello (2018, p. 130-131), a ausência de dados estatísticos que mensurasse de forma consistente mulheres que sofrem violência ou são assassinadas em virtude disto, dificultava o debate entre os poderes públicos. Com isso, o Senado Federal criou a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher (CPMIVCM) por meio do Requerimento n.º 4, de 2011-CN, com o objetivo de investigar, no prazo de 180 dias, a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar as

denúncias que o poder público estaria sendo omisso para aplicar as leis pertinentes que protegem as mulheres em situação de violência.

1.1. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O resultado do trabalho realizado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) mostrou o quanto era necessário debater sobre as várias formas de violência contra a mulher e criminalizar o femicídio/feminicídio, quando ultrapassa da violência para uma forma brutal, como o assassinato. Ademais, concluiu que esses assassinatos são, sobretudo, praticados por parceiros íntimos das vítimas.

Para solucionar o que mostravam as pesquisas, a CPMI realizou várias audiências públicas em todo o Brasil com a intenção de tipificar o feminicídio. Encaminhou o Projeto Lei nº 292/2013 que altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, justificando essa inclusão pelo reconhecimento da ONU Mulheres que este tipo de crime estaria aumentando mundialmente. Este crime caracteriza-se na forma mais brutal de violência de gênero diante de três contextos que possibilitam o entendimento da prática pela razão do gênero feminino, quando há relação íntima de afeto ou parentesco entre a vítima e o agressor, quando há prática de qualquer violência sexual contra a vítima, e em casos de mutilação ou desfiguração de mulheres.

Dentre as várias propostas feitas pela CPMI, ela destaca a importância social desta lei em busca de mudanças quanto à desigualdade de gênero e o combate extensivo da impunidade, não deixando que o meio jurídico aponte a violência contra a mulher como um caso qualquer de homicídio.

1.1.1. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 121 DO DECRETO Nº 2848/40

Com a aprovação do Projeto Lei n.º 292/2013, proposto pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher (CPMIVCM), a Lei n.º 13.104 sancionada no dia 9 de março de 2015, altera o art. 121 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 no Código Penal. Prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de

homicídio e, altera o artigo 1.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Dessa forma, dispõe nos incisos do §2º e §2º — A do artigo 121, do Código Penal:

> Art. 121. [...]
>
> § 2.º Se o homicídio é cometido:[...]
>
> VI — contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...]
>
> § 2.º — A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I — violência doméstica e familiar;
>
> II — menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (2015,p. 1)

A pena prevista para o homicídio qualificado é de 12 a 30 anos de reclusão. Com o feminicídio, incluíram mais um parágrafo para o aumento da pena em alguns casos, conforme está previsto no §7º do artigo 121, do Código Penal:

> § 7.º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
>
> I — durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;
>
> II — contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;
>
> III — na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (2015, p. 1-2)

Contudo, para que o aumento da pena seja aplicado ao agente, é preciso que o mesmo tenha conhecimento destas circunstâncias quando cometido o crime. Sendo assim, antes do crime se o agente já compreender as condições que a mulher se encontra conforme o § 7.º, poderá aumentar a pena que varia de 1/3 até a metade, diferente do homicídio qualificado que aumenta até 1/3.

1.1.2. ALTERAÇÃO DO INCISO XLII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Recentemente, no dia 6 de novembro de 2019, o Senado aprovou por unanimidade, a proposta de emenda à Constituição (PEC) 75/2019 feita pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, que torna o crime de feminicídio imprescritível e inafiançável, alterando o inciso XLII do art. 5.º da CF. Conforme está previsto nos artigos 1.º e 2.º da PEC, em que, também prevê, em destaque, o artigo 5.º alterado:

> Art. 1.º O inciso XLII do art. 5° da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 5° [...]
>
> XLII — a prática do racismo e a do feminicídio constituem crimes inafiançáveis e imprescritíveis, sujeitos à pena de reclusão, nos termos da lei;
>
> Art. 2° Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (2019, p. 2)

Com a justificativa de que um estudo recente da Organização Mundial de Saúde situou o Brasil, entre 84 nações pesquisadas, no desonroso quinto lugar quanto às taxas de feminicídios. O Mapa da Violência de 2015 apontou também que, entre 1980 e 2013, 106.093 pessoas morreram apenas por sua condição de ser mulher**.**

1.2. CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA

Entende-se como a prática do feminicídio, que o crime tenha sido cometido por razões da condição de sexo feminino e que o sujeito passivo seja uma mulher. Com isso, muito se questiona sobre quem será considerada mulher diante do reconhecimento do crime.

Há três critérios doutrinários para identificar a mulher com o intuito de aplicar a qualificadora do feminicídio. O primeiro refere-se sobre o psicológico, desconsiderando o critério biológico porque essa corrente identifica a mulher cujo aspecto psíquico e comportamental são femininos. O segundo se relaciona com o critério jurídico cível, em que consiste

no registro do seu documento de identidade, mas, caso haja alguma mudança de sexo, por decisão judicial no registro civil, resulta em um novo conceito de mulher, o de natureza jurídica. Já o terceiro, diz respeito ao critério biológico, que se identifica a mulher em sua concepção genética ou cromossômica, mas no caso de uma cirurgia de redesignação de gênero que altera a estética, este não poderá ser aplicado, pois, não altera a concepção genética.

Para Barros (2015), o critério psicológico é difícil de ser aplicado, pois, o conceito de mulher é formado pela convicção íntima da pessoa que entende pertencer ao sexo feminino e diante do caso concreto subjetivo, pode não ser compatível com o direito penal moderno. Também afirma que o critério jurídico cível não pode ser aplicado, pois, as instâncias cível e penal são independentes, sendo assim, a modificação jurídica no cível representaria algo que seria usado em prejuízo do réu, confrontando com o princípio da proibição da analogia *in malam partem*, o corolário da legalidade, que proíbe a adequação típica "por semelhança" entre fatos.

Ademais, Barros (2015), ainda em sua defesa, afirma que quanto ao critério biológico o legislador mesmo sabendo que existem outros gêneros sexuais, não incluiu os transexuais, homossexuais e travestis, peremptório ao afirmar que: "considera-se que a há razões de gênero quando o crime envolve: menosprezo ou discriminação à condição de mulher". Mas o que estava previsto no projeto de lei como termo inicial foi alterado por "menosprezo ou discriminação à condição de gênero".

Para uma tipicidade estrita, o ordenamento jurídico poderia não conferir o entendimento dos critérios psicológico ou biológico para definir quem pode ser sujeito passivo desta qualificadora, sendo estes critérios insuficientes para identificá-las como femininas ou masculinas. Pois, a própria lei diz em mulher, não podendo configurar a vítima do feminicídio um homem, ainda que a orientação sexual seja distinta de sua qualidade masculina. Porém, conforme afirma Mello (2018, p. 144), a Lei Maria da Penha já foi aplicada à mulher transexual por decisão da 1ª Vara Criminal da Comarca de Anápolis em Goiás, da lavra da Juíza Ana Claudia Veloso Magalhães (Processo n. 201103873908, TJ-GO).

A mulher transexual nasceu com anatomia masculina, mas se identifica com o sexo e gênero femininos, com isso, ela solicita seu reconhecimento social e legal. "Tal qual as mulheres genéticas, as mulheres transe-

xuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos em razão de sua necessidade de querer e necessitar ser tratadas como quaisquer outras mulheres."(MELLO, 2018, p. 144).

Conforme está entendido no artigo 5º da Lei Maria da Penha, pode-se confirmar que não basta que o sujeito passivo seja uma mulher, mas é necessário verificar se a agressão foi baseada no gênero e se o crime ocorreu em unidade doméstica, familiar ou qualquer relação íntima de afeto. A relação de menosprezo e discriminação quanto à mulher ocorre quando é configurado desdém, desprezo e desvalorização da vítima pelo agente do crime que pratica o ato sem nenhuma estima ou apreço por ela.

Após a inserção do feminicídio, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal logo decidiu pela natureza objetiva da qualificadora, para que assim tenha o afastamento de outras circunstâncias que qualificam o homicídio pelo motivo torpe ou fútil, e desvalorize o esforço legislativo para tornar mais grave a pena do homicídio praticado contra a mulher em razão de sua condição. Conforme acórdão da 1ª Turma Criminal:

> PENAL. RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2. Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que

> lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido.(2015,p. 105).

Diante disso, o entendimento pelos tribunais reconhecendo o caráter objetivo da qualificadora permanece na atualidade. Conforme acórdão da 5ª Turma do STJ:

> RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. MOTIVO TORPE. FEMINICÍDIO. PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZAS DISTINTAS DAS ADJETIVADORAS. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. FEMINICÍDIO. NATUREZA OBJETIVA. AFASTAMENTO MEDIANTE ANÁLISE SUBJETIVA DA MOTIVAÇÃO DOS CRIMES. INVIABILIDADE. 1. Hipótese em que a instância de origem decidiu pela inviabilidade da manutenção das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, sob pena de afronta ao princípio do non bis in idem quanto a um dos fatos, e, relativamente a outros dois fatos, afastou a adjetivadora do feminicídio, analisando aspectos subjetivos da motivação do crime. 2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea. 3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino. 4. A exclusão das qualificadoras na fase de pronúncia somente é possível quando manifestamente improcedentes, pois a

> decisão acerca de sua caracterização deve ficar a cargo do Conselho de Sentença. 5. Recurso provido. (2018).

No Brasil, importantes convenções internacionais de proteção aos Direitos Humanos das mulheres foram aprovadas. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher foi uma delas, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Esta constitui uma contribuição positiva para proteger os direitos da mulher e eliminar as situações de violência que possam afetá-las.

Como também foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral em 18 de dezembro de 1979, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. Ela é constituída por um preâmbulo e 30 artigos, sendo que 16 deles contemplam direitos substantivos que devem ser protegidos, garantidos e promovidos pelo Estado.

Diante disto, muitos dos artigos pertinentes nas Convenções expressam o direito que reservam às mulheres pela garantia de sua a integridade física, psicológica e social, conforme o artigo 6º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher:

> Art. 6º O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:
>
> a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e
>
> b) o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação. (1996, p. 3).

Além disso, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher diz respeito, em seu artigo 1º, o que seria a discriminação contra a mulher:

> Art. 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou

> restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.(2002, p. 2).

Com isso, pode-se concluir que se configura como homicídio relacionado ao menosprezo, por exemplo, matar uma mulher motivado pelo descontentamento por ela exercer um determinado cargo no trabalho ou por realizar certa função, sendo mulher, o agente do crime deseja colocá-la em condição de inferioridade, ultrapassando a violência para o homicídio.

CONCLUSÕES

Diante da pesquisa apresentada torna-se evidente o quanto a tipificação do feminicídio foi importante para dar visibilidade do problema de violência contra mulher, principalmente àquela que resulta no homicídio.

Em virtude da inclusão de uma resolução na Constituição que reconhecia a violência doméstica no âmbito das relações de família, foi possível a discussão, o reconhecimento e a criação da Lei Maria da Penha, como uma forma legal de coibir a violência contra a mulher.

Com essa lei, um novo sistema democrático no Brasil estava se formando. O acesso da mulher à justiça e a visibilidade da violência doméstica tornam-se então, recentes conquistas. Devido à grande desigualdade entre homens e mulheres e da forçada autoridade masculina, uma relação violenta começa e se mantém pelo fato desta violência ser, primeiramente e de forma cruel, contra a honra, contra a liberdade, contra a integridade física e emocional.

Nestas deliberadas formas de violência, a mulher sente medo, insegurança e por esta razão se enfraquecem e muitas não denunciam, e enfrentam caladas o sofrimento e a dor da violência por muito tempo. O extremo desta violência é o homicídio, contudo, antes do extremo ocorrer na relação, a vítima já sofreu diversos tipos de violência. Por esta razão e por historicamente o número de mulheres assassinadas ter aumentado consi-

deravelmente, entende-se que o sistema não estaria sendo tão eficiente na proteção à mulher que sofre tais violências.

O principal objetivo dos movimentos de defesa da mulher era dar visibilidade ao problema da violência contra mulher, em especial as vítimas de violência fatal. O debate perante a sociedade, faz com que os atores do sistema de segurança pública e do sistema de justiça compreendam, que se torna necessário investigar crimes de violência fatal contra as mulheres sob a perspectiva de gênero.

A Lei n.º 13.104, de 9 de março de 2015, criada para tipificar a qualificadora de homicídio contra a mulher, existe para visibilizar o crescente número de assassinatos de mulheres na razão de sua própria condição. Sobre as razões da condição do sexo feminino, a própria lei n.º 13.104/2015 faz uma interpretação autêntica, e coloca essas razões, na forma do artigo 121 do Código Penal nos incisos do § 2-A, quando o crime envolve violência doméstica contra a mulher, ou seja, todos os casos de Lei Maria da Penha, e o menosprezo ou discriminação na condição de mulher.

Esta lei também existe para que a defesa do agressor não se baseie no argumento que o sujeito agiu por amor ou em momento de loucura, porque essa justificativa não é aceitável. Desta forma a lei pretende que não seja criado um modelo de masculinidade comum em uma sociedade ancorada pelo machismo, que torna o homem dono de si, dono da mulher e passível de qualquer atitude em nome deste "amor, loucura e posse", exemplificando, existem casos que o agressor mata a vítima e se mata depois.

Mesmo que o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre a morte da mulher por questão de gênero fosse por motivo torpe ou fútil e, assim, entrasse como homicídio qualificado penalizando da mesma forma, esta nova qualificadora deve ser entendida como uma importante figura no meio jurídico para tornar visível a luta das mulheres contra a cultura machista que torna a mulher inferior ao homem. A técnica legislativa utilizada para a tipificação do feminicídio no Brasil foi na forma de qualificadora que é uma circunstância em princípios mais gravosos, fazendo com que a pena de homicídio seja maior.

Quanto aos serviços que oferecem proteção a mulher vítima de violência, precisam ser melhorados para que conte com uma eficiência na prevenção dos homicídios de mulheres. Dentre as melhorias, é necessário

especializar os profissionais das instituições que recebem essas vítimas, capacitando mais agentes do sexo feminino para trabalharem dentro destas instituições, não deixando aquelas que sofrem da violência, intimidadas com presenças masculinas. Faz-se necessário também ampliar as políticas públicas e aprimorar as já existentes.

Quanto as políticas públicas existentes, o Estado precisa ampliar os investimentos, priorizando a especialização da equipe para que os casos de violência e até mesmo os de homicídio de mulheres sejam tratados e encaminhados adequadamente, ocasionando em mais casos solucionados. A falta de recursos humanos e materiais que os serviços especializados enfrentam, pode ser o motivo pelo qual há um baixo índice de solução dos casos, gerando uma falha em todo o sistema, visto que a base que recebe a vítima, faz uma investigação e prepara a denúncia para levar ao judiciário não conseguiu atuar de forma integral.

Em muitos casos não houve atendimento especializado, o agente que não é devidamente treinado, não consegue sanar as dúvidas da vítima ou da família da vítima, e sem informação e o devido amparo deixam de fazer justiça à quem cometeu o crime. Por esta razão torna-se urgente investir nas instituições voltadas para a assistência a mulher vítima de violência, para que os policiais e agentes, devidamente capacitados e em número suficiente, tenham bom êxito no trabalho inicial que é de orientação e investigação.

Ademais, o Estado deve buscar melhorias contínuas no acesso à justiça e um processo mais eficiente em todas as unidades de amparo à mulher vítima de violência, como as delegacias da mulher. Contudo, somente com o apoio das políticas públicas que prestam assistência às mulheres no início da violência, embora de muita relevância, não são o bastante, o judiciário precisa aplicar de forma correta e célere as medidas cautelares dispostas na lei.

É necessário ainda que novos serviços sejam disponibilizados às mulheres que sofrem da violência doméstica e familiar, e buscam várias formas de apoio para não se sentirem desamparadas. Seja no setor da saúde, onde podem cuidar-se fisicamente e emocionalmente, como também um local para abrigo, quando estiverem sob ameaça ou necessitarem sair da casa do agressor. Políticas de apoio a recolocação no mercado de trabalho, seja com incentivo fiscais para empresas cadastradas dispostas a oferecer

oportunidades a estas mulheres, sejam possibilidade de custeio de cursos visando uma formação profissional.

Ainda que existam instituições que prestam este tipo de apoio, precisam de recursos para melhor receber as mulheres que sofrem da violência, sejam elas de qualquer classe social, sem distinção e respeitando a condição específica que cada uma traz, fazendo o encaminhamento adequado para cada caso.

Investir e intensificar projetos que levem informações para as mulheres a respeito das instituições que elas tem o direito a recorrer quando sofrerem qualquer tipo de violência, não só a física, mas as demais citadas na Lei Maria da Penha. Vale lembrar que a violência emocional também é entendida como uma forma de violência conforme inciso II da Lei n.º 11.340/2006, muitas mulheres sofrem este tipo de violência antes da violência física, muito comum a violência psicológica, de forma pontual ou dentro de um relacionamento abusivo.

Por isso, é tão importante disponibilizar informações para que todas as mulheres não sofram caladas e denunciem seu agressor, de modo que elas se livrem de uma situação de violência doméstica priorizando a sua dignidade enquanto mulher e denunciando a agressão, se possível, nas Delegacias de Mulheres. Não distante disto, existem muitas mulheres que sofrem discriminações diariamente, seja no seu trabalho, na faculdade ou até na roda de amigos, sendo assim, o debate sobre a aprovação da tipificação do feminicídio se torna cada dia mais importante para a conscientização e sensibilização dos operadores do direito, que representam um sistema formado por uma sociedade ainda patriarcal.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Feminicídio e neocolpovulvoplastia:** as implicações legais do conceito de mulher para os fins penais. Disponível em: https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/173139537/feminicidio-e-neocolpovulvoplastia-as-implicacoes-legais-do-conceito-de-mulher-para-os-fins-penais. Acesso em: 21 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Decreto nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 05 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa do REsp 1739704 RS 2018/0108236-8.** Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631769433/recurso-especial-resp-1739704-rs-2018-0108236-8?ref=serp. Acesso em: 28 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Aline. **Feminicídio:** entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. Disponível em: https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015. Acesso em: 21 jan. 2019.

GRECO, Rogerio. **Feminicídio:** comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Disponível em: https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015. Acesso em: 02 fev. 2019.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio:** uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ EDITORA, 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto Lei nº 292/2013.** Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4153090&ts=1567534344158&disposition=inline. Acesso em: 14 nov. 2019.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n° 75, de 2019**. Altera o inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, para tornar imprescritível o crime de feminicídio. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7952642&ts=1574430486896&disposition=inline. Acesso em: 25 nov. 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. Criminais. Feminicídio: primeiras observações. **Boletim Jurídico do IBCCRIM nº 269,** abr. 2015.

ARTIGOS - DIREITO PROCESSUAL

O PAPEL DO MAGISTRADO NA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO EXTRAJUDICIAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Joelson Vitor Ramos dos Santos[90]

INTRODUÇÃO

A Lei n° 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, inseriu no ordenamento laboral uma série de modificações, tanto do ponto de vista do direito material, quanto do processual. Tais normas, como bem preceitua Sérgio Rocha Pombo (2020), foram introduzidas de uma forma "apressada", sem um debate prévio com os atores sociais e destinatários do novo dispositivo legal. Diante disso, parte da comunidade acadêmica critica o diploma reformista, visto o eventual retrocesso, em razão da precarização das relações laborais trazido pelos dispositivos.

Entretanto, houve a introdução de algumas normativas de cunho processual, que podem ser úteis e eficientes para a modernização da Justiça do Trabalho; uma novidade já observada em outros ramos do direito é o procedimento de homologação de acordo extrajudicial, previsto no regime celetista no Capítulo III-A, titulado do "Processo de Jurisdição Voluntária para Homologação de Acordo Extrajudicial". Ocorre que, o

90 Bacharelando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP – Término da graduação prevista: 2022. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq (2020/2021).

legislador reformista não foi técnico o suficiente ao redigir tal capítulo, como será asseverado em momento oportuno.

Em uma breve contextualização, embora a Justiça do Trabalho seja a mais célere na solução de conflitos, conforme informativo do CNJ (2020), ainda assim, no cenário jurídico brasileiro, é de notório conhecimento a morosidade na resolução das lides frente ao excesso de formalismo e tecnicismo na prestação jurisdicional, engendrando a ausência de efetividade, desaguando no descrédito da população frente ao Poder Judiciário, fazendo-se questionar, inclusive, o ideal de justiça, pois como assevera Rui Barbosa (1999, p. 39) "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta". Dessa forma, passou-se a adotar mecanismos especiais visando uma maior celeridade na prestação jurisdicional, em especial, a autocomposição de litígios, como a negociação, mediação e conciliação.

Não só isso, mas também, eventual "vitória" no reconhecimento do direito na via litigiosa, não garantia de fato o seu efetivo recebimento, como bem declara Amanda Barbosa (2020, p. 84):

> não bastasse, lamentavelmente, sequer há garantia de efetivo recebimento ao final, pois uma parte considerável das execuções forçadas são finalizadas sem êxito na justiça brasileira, seja por insolvência do devedor seja por blindagem patrimonial cuja desconstrução não se alcança. lado outro, as obrigações fruto de negociação são predominantemente cumpridas e incide indenização compensatória em caso negativo (art. 846, §2º, CLT).

Em outras palavras, a tendência na hodiernidade é o impulso à solução negociada para a resolução de eventuais controvérsias. Isto é, a "submissão do conflito à jurisdição tradicional é apenas um dos caminhos disponíveis, e no qual são valorizadas, igualmente, as opções pautadas no consensualismo e autodeterminação dos interessados" (BARBOSA, 2020, p. 74). Ou seja, no caso concreto, a legislação possibilita que as partes visualizem mais de uma forma para a eventual solução do impasse, pois se entende que usar apenas a via judicial não tende a ser a frutífera, nem "apazigua" a lide, uma vez que a depender das características do conflito, da matéria e sujeitos envolvidos, a Jurisdição pode não ser a melhor forma de solução.

No Brasil, o movimento da autocomposição dos litígios, tanto na esfera pública, quanto privada, adentra aos poucos no ordenamento. A título de exemplificação, tem-se: Lei 9.099/95; Lei nº 9.301/97 (Lei da arbitragem); Lei nº 13.140/15 (lei de mediação); o próprio Código de Processo Civil; Lei 13.964/19 (Lei Anticrime); entre outras normativas.

Como bem assevera Bezerra Leite (2021), até 2017, no processo do trabalho, só existia jurisdição contenciosa, não havendo formalmente, isto é, sem previsão normativa, da jurisdição voluntária, tal como prevista no código civilista. Assim, com a Reforma Trabalhista, houve a previsão expressa da homologação de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza ou valor, um claro exercício da jurisdição voluntária.

Diante disso, surge uma série de incógnitas que não foram resolvidas pelo legislador reformista. Em decorrência disso, há alguns problemas passiveis de discussão e que foram objeto de estudo da presente obra. Entre eles, tem-se: (i) a jurisdição voluntária no direito do trabalho; (ii) papel do magistrado no procedimento de homologação do acordo, isto é, os limites objetivos e subjetivos da atuação do mesmo; (iii) diante da homologação, a formação da coisa julgada e a possibilidade de interposição recursal.

Logo, a este artigo objetivará discutir os pormenores, em especial, da atuação do magistrado nesse procedimento de jurisdição voluntária. Afinal, como bem categorizado na disposição do CNJ (2020), a Justiça do Trabalho é a que mais soluciona litígios por meio de acordo entre as partes. Nesse cenário, é imprescindível a discussão do tema, afinal, há a necessidade de garantir a segurança jurídica e a proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação, uma vez que, sem uma devida da regulação e reflexão de tal instituto, pode abrir margem para fraudes, nos dizeres de Pombo (2020), as "lides sumuladas".

Assim sendo, visando analisar a posição do magistrado no procedimento de homologação, a este artigo adotou o método hermenêutico clássico sistemático-dedutiva, nas palavras de Magalhães Filho (2009, p. 42): "a interpretação sistemática procura compatibilizar as partes entre si e as partes com o todo, é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo". Ou seja, como a norma que disciplina a homologação do acordo extrajudicial é escassa, gerando uma série de dúvidas, deve-se buscar o sentido e aplicação de tal norma permissiva através de uma análise sistêmica. Não só isso, mas também a interpretação teleológica-dedutiva,

observando o fim, mais especificamente, a vantagem social a qual o acordo se destina. No tocante ao material, acolheu-se, predominantemente, a revisão bibliográfica e legislativa do tema.

1. DA JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Antes de adentrar na homologação do acordo em si, cabe explanar sobre a jurisdição voluntária, uma matéria de calorosa discussão.

A doutrina majoritária entende que a Jurisdição possa ser dividida em contenciosa e voluntária. A primeira é a aquela que vem à mente ao falar de jurisdição, isto é, na presença e existência de uma lide, o Estado, por meio do Magistrado, atua de forma imperativa, dirimindo o conflito e impondo coercitivamente o cumprimento da decisão. Por outro lado, a jurisdição voluntária, conforme preceitua Manoel Antonio Teixeira Filho (2009), é uma "suposta jurisdição", afinal nada mais é do que a administração pública, por meio do Poder Judiciário, atuando diante de interesses privados, com o fulcro de gerar segurança jurídica ao que foi acordado em âmbito privado.

Diante dessa contatação, pode-se inferir a falta de técnica do legislador ao redigir o Capítulo III-A da CLT. Na letra da lei, foi usado o termo "processo de jurisdição voluntária", todavia, como vem assevera por Teixeira Filho (2009), o ideal é usar o termo "procedimento" ao invés de "processo", uma vez que, aqui, não há uma lide propriamente dita, havendo apenas uma atividade de administração pública no âmbito privado. Não só isso, no âmbito da jurisdição voluntária, há "interessados" e não partes, ante a ausência de litígio e a convergência de interesses entre o trabalhador e o empregador.

Nesse cenário é que reside a principal crítica ao tema. Para a Desembargadora Ana Paula Branco (2018), a jurisdição contenciosa seria a "jurisdição constitucionalmente necessária", já que, pela estrutura do Poder Judiciário, assegura a materialização da garantia constitucional da tutela efetiva de direitos sociais do trabalho. Por outro lado, a jurisdição voluntária seria uma "jurisdição constitucionalmente não necessária", uma vez que o Poder Judiciário estaria cumprindo apenas uma atividade meramente administrativa que poderia ser atribuída a outros órgãos do Estado ou ao sindicato.

Essa mesma posição adota Humberto Theodoro Júnior (1998), para o doutrinador a função do magistrado na jurisdição voluntária equivale aos atos de um tabelião, isto é, uma posição meramente formal, responsável pela intervenção pública capaz de dar validade ao negócio jurídico.

Diante disso, para tais doutrinadores, não há jurisdição voluntária, afinal ela "nada mais é que uma função de órgãos e agentes do Judiciário, tendo escopo de função tipicamente administrativa" (BRANCO, 2018, p. 25). Logo, o legislador se equivocou ao utilizar o termo "processo". Para Rangel Dinamarco (2005), tais preferências de nomenclatura advém do "pan-processualismo", isto é, como se todas as atividades exercidas pelo Judiciário tivessem que ter força e caráter de função jurisdicional e tudo fosse processo.

Assim, em tese, frente a essa atividade meramente administrativa, haveria o desrespeito a tutela dos direitos do trabalho.

Entretanto, como a realidade é muito mais complexa do que o legislado, mesmo antes da integração do Capítulo III-A na CLT, como bem afirma Rocha Santos e Barbosa Sousa (2020, p. 240), "a ausência de previsão legal quanto ao instituto em análise levava a um cenário de insegurança e pouca utilidade para os interessados, diante da possibilidade de o Judiciário Trabalhista não conhecer da avença ou se recusar a homologar a transação".

Ou seja, havia a vontade de firmar acordos extrajudicialmente entre o empregador e empregado, dentre outras razões, por ser a opção mais econômica, todavia, como não existia uma prévia legislação, as tratativas eram feitas de "forma clandestina", podendo violar direitos laborais básico, além de não ter força probatória.

A ação para a homologação de eventual acordo extrajudicial, então, era extinta sem julgamento de mérito. Conforme relembra Amanda Barbosa (2020), as partes ao pleitearem uma homologação de acordo, tinham como resposta a extinção a ação sem apreciação do mérito, sob o fundamento de ausência de interesse de agir, já que não tinha uma lide. Um outro argumento perpetrado pelos magistrados para extinguir a ação era o da incompetência da Justiça do Trabalho, uma vez que até meados de 2017, não havia uma clara disposição na CLT permitindo a jurisdição voluntária. Corroborando com tal pensamento, tem-se:

> A resistência à utilidade da jurisdição voluntária na seara laboral concorria também para a proliferação de condutas processualmente aéticas, ainda que, inicialmente, não fosse a intenção dos interessados. Quanto mais se fecha a porta da frente, mais a dos fundos é buscada, bastando lembrar as tão indesejadas lides simuladas. Não é porque não reconhecidas pelo Judiciário trabalhista que as negociações diretas deixavam de existir (BARBOSA, 2020, p. 82)

Claramente, com a devida vênia, tais posicionamentos dos magistrados violavam princípios básicos, como o princípio da primazia do mérito e o da consensualidade, aliás, a consensualidade, em âmbito judicial, sempre fez parte, ou melhor era devidamente estimulado na Justiça do Trabalho, ainda quando era ignorada em outros ramos do direito. Marinoni (2013, p. 153), ao refletir sobre a jurisdição voluntária preceitua:

> Em alguns casos a jurisdição não atua para resolver um conflito de interesses, mas somente para zelar por algumas situações de direito material que, diante da sua relevância social e ao ver do legislador, não podem ficar entregues apenas aos particulares envolvidos, ou ainda ser apenas recepcionados por uma autoridade administrativa ou por um sujeito privado.

Mesmo assim, eventual consensualidade extrajudicial era veementemente rechaçado pelos magistrados laborais, em respeito à literalidade do artigo 643 da CLT e do artigo 114, inciso IX, da CRFB/88. Uma verdadeira contradição.

Diante de tudo do que foi alegado, o fato é, o legislador pecou em chamar o procedimento de homologação de acordo extrajudicial em "processo de homologação", afinal, como bem asseverado são terminologias diferentes. Por outro lado, houve sim a necessidade da legalização de tal instituto, não para substituir a atuação jurisdicional do magistrado da Justiça do Trabalho, nem para ferir a tutela do direito do trabalho, mas sim para disponibilizar um outro mecanismo de solução de controvérsia às partes, um instrumento devidamente seguro e delimitado, com o fim de proteger o trabalhador de eventual abuso por parte do empregador, além de dar ao empregador segurança jurídica em relação ao pacto firmado extrajudicialmente.

Nesse sentido, tem-se o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial n. 1.184.151/MS (BRASIL, 2011):

> É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente. Deve-se valorizar a eficácia dos documentos produzidos pelas partes, fortalecendo-se a negociação, sem que seja necessário, sempre e para tudo, uma chancela judicial. Ao homologar acordos extrajudiciais, o Poder Judiciário promove meramente um juízo de delibação sobre a causa. Equiparar tal juízo, do ponto de vista substancial, a uma sentença judicial seria algo utópico e pouco conveniente. Atribuir eficácia de coisa julgada a tal atividade implicaria conferir um definitivo e real a um juízo meramente sumário, quando não, muitas vezes, ficto. Admitir que o judiciário seja utilizado para esse fim é diminuir-lhe a importância, é equipará-lo a um mero cartório, função para a qual ele não foi concebido. Recurso especial não provido

Diante disso, percebe-se que, em âmbito do trabalho, o problema não é o acordo extrajudicial em si, mas sim a eventual deturpação que o mesmo pode ter. Por isso, é fundamental a participação do magistrado na homologação do acordo, isto é, o Judiciário não pode ser, como bem dispôs a Ministra Relatora, um mero cartório, sob risco de violar direitos e garantias constitucionais, prejudicando o trabalhador.

Em outras palavras, como bem destaca Amanda Barbosa (2020), o Judiciário deve ser útil ao cidadão, o protegendo de eventuais ilegalidades, mesmo que essa proteção venha a ser *a posteriori*, que é o que deve acontecer na homologação de acordos extrajudiciais, devido a atualização prevista na Reforma Trabalhista de 2017.

2. DO ACORDO EXTRAJUDICIAL

A construção de subtópicos foi a estratégia optada nesse tópico, com o fim de favorecer a melhor explicitação dos resultados alcançados na pesquisa nessa temática tão ampla. Em virtude do limite de espaço para a apresentação do artigo, os subtópicos que seguem buscam, de maneira

sintética, apresentar partes da pesquisa realizada, todavia, sem exaurir a discussão sobre o tema.

2.1. OS LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO MAGISTRADO NA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO EXTRAJUDICIAL

No âmbito jus laboral, alguns princípios sempre fizeram parte do estudo do operador do direito, influenciando tanto a sua formação, quanto a aplicação das normativas trabalhistas. Tais princípios são: o da proteção e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

Nesse cenário, em um primeiro momento, qualquer transação/acordo desenvolvido extrajudicialmente, isto é, que não foi estimulado ou acompanhado diretamente pelo magistrado do trabalho, causa uma repulsa, pois "paira uma 'quase' presunção de consentimento viciado do trabalhador nas negociações fora do âmbito judicial, independentemente das características dos pactuantes, como nível de escolaridade, remuneração praticada, porte do contratante e valores envolvidos" (BARBOSA, 2020, p. 82).

Sabendo disso, com o fim de evitar fraudes, como as "casadinhas", que são reclamações trabalhistas "forjadas", isto é, simuladas, propostas com o fim de homologar acordos veementemente prejudiciais ao trabalhador, o magistrado deve estar atento, "máxima cautela para 'decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial' (CLT, art. 652, alínea l), sob pena de se tornar o principal protagonista do desmonte do sistema de proteção jurídica dos direitos humanos dos trabalhadores brasileiro" (LEITE, 2021, p. 189).

Rememora-se que a decisão que homologa o acordo é um ato jurisdicional, logo é fundado no livre convencimento do magistrado, não sendo, portanto, um ato automático. Como bem argumenta Petrônio Calmon (2015), não cabe ao magistrado questionar a discricionariedade das partes envolvidas no acordo, pois elas decidiram conforme o juízo de conveniência e oportunidade das mesmas. Todavia, isso não quer dizer que o magistrado será completamente omisso, agindo "como mero cartorário, que apõe um carimbo afirmando apenas que o fato existiu" (CALMON, 2015, p. 71).

À vista disso*, a priori*, cabe destacar que, o acordo extrajudicial trabalhista é um negócio jurídico firmada entre o trabalhador e o empregador com o fulcro em extinguir, modificar ou adquirir um ou mais direitos. Por ser um negócio jurídico, antes de adentrar na CLT, cabe salientar que, para a confecção do acordo, há a necessidade de respeitar o art. 104 do Código Civil, aplicado subsidiariamente na Justiça do Trabalho, que determina os parâmetros de validade do negócio jurídico, a saber: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Superado esse primeiro momento, o legislador reformista introduziu o artigo 855-B da CLT e seus parágrafos, que fixaram alguns requisitos objetivos que também devem ser observados pelo magistrado para iniciar a análise sobre uma possível realização de acordo extrajudicial. Tais requisitos são: petição conjunta e representação das partes por advogados distintos.

A postulação da petição conjunta entre o empregador e empregado visa demonstrar a existência de anuência mútua dos interessados. Nada mais justo, afinal, na jurisdição voluntária, não há um litígio, por consequência não há partes, mas sim interessados.

Por outro lado, a capacidade postulatória do trabalhador, característica marcante do Direito do Trabalho, resta prejudicada neste procedimento, pois, nos termos da lei, será obrigatória a presença do advogado. Tal posicionamento é defendido por Carlos Henrique Bezerra Leite (2021), afinal, em relação ao trabalhador, que por ser hipossuficiente, caso não esteja representado por advogado próprio, poderá ter os seus direitos básicos jurados de morte, ficando sob os interesses exclusivos do empregador, que obviamente, tentará se sobressair.

Diante disto, a imposição da assistência recíproca por advogado, técnico conhecedor do direito e dos trâmites processuais, o legislador reformista visou ter, ainda em fase extrajudicial, a primeira medida pró-equalização da negociação.

> Parece-nos razoável a vedação da representação das partes (empregado e empregador) por advogado comum, pois o empregado é a parte vulnerável na desigual relação de direito material de trabalho, e o acordo entabulado, na verdade, pode caracterizar autêntica re-

> núncia de direitos, mormente em situações de desemprego estrutural como a que vivemos atualmente (LEITE, 2021, p. 189).

Após a distribuição da petição, os autos (o acordo) irá ao juízo de primeiro grau – inclusive, caso na começar haja CEJUSC, há um entendimento, que o acordo posse ser remetido para tais Centros Judiciários, vide a especialização de tais órgãos na negociação -, que verificará os requisitos elencados. Não só eles, mas também se o caso prescinde de vícios de consentimento, além de averiguar "se as parcelas objeto do acordo estão devidamente especificadas com a indicação de sua natureza, as datas e prazos para pagamento, caso haja parcelamento na transação, o alcance da quitação a ser outorgada" (POMBO, 2020. p. 67).

Em consonância ao disposto, a Dra. Ana Cláudia Torres Vianna (2018, p. 330) elenca alguns requisitos que devem constar na petição inicial e que o magistrado deverá observância. Nas palavras da autora:

> [...] deve conter os dados mínimos do contrato, admissão, dispensa, salário e jornada, assim como descrever os pontos do conflito e o que motivou a negociação, além da obrigatória especificação das parcelas e valores. O relato detalhado do conflito e das concessões mútuas são essenciais para o magistrado avaliar e se convencer que o acordo é aceitável e não possui vícios, assim como o alcance e extensão da decisão.

No tocante a verificação da ausência de vícios de consentimento, é essencial que o magistrado faça a oitiva das partes em audiência, conforme possibilita o artigo 855-D da CLT, para que as partes confirmem perante o Juiz os termos do acordo extrajudicial, resguardando-se, assim, de eventuais fraudes e simulações.

Aliás, caso o magistrado não faça a oitiva, o papel do poder judiciário se irá se equipar a de um cartório, conforme indicou com repulsa a Ministra Nancy Andrighi. no Recurso Especial n. 1.184.151. Tal entendimento consubstancia com Carlos Henrique Bezerra Leite (2021, p. 190):

> Do contrário, a Justiça do Trabalho se transformará em mero órgão cartorário homologador de rescisões de contratos de trabalho, em substituição aos sindicatos e aos órgãos do Ministério do Traba-

lho, Ministério Público, Defensoria Pública ou Juiz de Paz, como previam o §§ 1-e 3-do art. 477 da CLT, revogados expressamente pelo art. 5-, I, j, da Lei n. 13.467/2017.

2.2. A CLÁUSULA DE QUITAÇÃO GERAL E A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO

O problema principal reside na inserção ou não da cláusula de quitação geral e irrestrita do contrato de trabalho.

Para a desembargadora Ana Paula Branco (2018), na homologação do acordo extrajudicial, o magistrado não deve validar o acordo que tiver a cláusula de quitação geral e irrestrita pelo objeto do pedido e extinto contrato de emprego. Tal entendimento provém da redação do artigo 855-E da CLT, In verbis: "A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados".

Ou seja, para parte da doutrina, o artigo supracitado não previu a possibilidade de quitações genéricas das obrigações trabalhistas, pela via do acordo extrajudicial, já que prevê que "a petição de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados" (BRASIL, 1943). Em outras palavras, a própria normativa parte do pressuposto que existem direitos outros que não estão especificados na petição de homologação de acordo extrajudicial, devendo, portanto, a quitação restringir-se absolutamente ao que está disposto em tal negócio jurídico.

Entretanto, contrariando os argumentos supramencionados, a 4° Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em meados de 2019, por meio de um Recurso de Revista (TST-RR-1000016-93.2018.5.02.0431), o Tribunal entendeu pela possibilidade de inserção da cláusula de quitação geral do contrato de trabalho.

O Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho, ao argumentar, afirmou que o legislador reformista visou a modernização do direito do trabalho como um todo, isto é, na hodiernidade, haveria a necessidade de flexibilizar a rescisão dos contratos de trabalho, sendo possível a homologação de acordos extrajudiciais, sem a necessidade de uma ação litigiosa prévia,

com quitação geral do contrato de trabalho. Tudo isso com o fulcro na simplicidade, celeridade e redução de litigiosidade.

Assim sendo, para a 4° Turma, que votou em unanimidade, o magistrado, diante de um pedido de homologação de acordo extrajudicial, deve exercer uma tarefa binária, ou seja, tem a faculdade de homologar ou não o acordo extrajudicial, mas não poderá substituir a vontade das partes e alterar os termos da avença ou homologar o ato parcialmente. Todavia, o Ministro Relator faz uma ressalva:

> Note-se que o raciocínio aqui expendido não conduz à conclusão de que o magistrado, no procedimento especial instaurado pela Lei nº 13.467/2017, tenha que ser mero chancelador de requerimentos a ele apresentados. Cabe ao magistrado, por óbvio, a análise de todos os requisitos de validade extrínseca do ato, o que inclui o sopesamento da ocorrência de coações e fraudes, que, obviamente, não podem ser agasalhados pelo Judiciário (BRASIL, 2019-B).

Em suma, para a 4° Turma do TST, existe sim a possibilidade de implementar a cláusula de quitação geral no acordo extrajudicial, podendo o magistrado homologar, ou não, o acordo, mas não pode inferir no mesmo, isto é, homologar parcialmente a avença. Tal posicionamento se repetiu em 2020, no TRT da 12ª Região, especificamente, nos autos do Recurso Ordinário de n. 0000759- 03.2019.5.12.0013.

Nesse cenário, com o fim de proteger os direitos e garantias laborais, é imprescindível que o magistrado do trabalho tenha sensibilidade, parcimônia e ter uma análise bem criteriosa em relação ao alcance e extensão da quitação a ser outorgada. Assim, caso necessite, não deve homologar a avença que definhe os direitos do trabalhador, aquela que os prejudique substancialmente ou mesmo que esteja nítido o objetivo de fraudar e simular.

Outrossim, cabe esclarecer alguns pontos relacionados a formação de coisa julgada e a possibilidade ou não de interposição de recurso.

Durante muito tempo, boa parte da doutrina, em especial Nery Junior (2001) e Cintra, Grinover e Dinamarco (1993), que só há a possibilidade de formação de coisa julgada, se houver uma decisão judicial que resolver o mérito somado com trânsito em julgado. Diante disso, não

haveria coisa julgada em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno seria típico das sentenças jurisdicionais.

Com a *data máxima vênia* aos ilustres processualistas, tal entendimento não pode vigorar na atual dinâmica e ideia de justiça. Tanto Amanda Barbosa (2020), quanto Bezerra Leite (2021) afirmam que a decisão do magistrado que homologar ou não o avença, possuirá natureza de sentença, por conseguinte, terá os efeitos da coisa julgada por equiparação, uma vez que, incidirá naqueles limites fornecidos na petição/acordo.

Ter uma interpretação diferente disso é jurar de morte o fim social que o legislador destinou ao instituto ora em estudo, pois não garantiria a segurança jurídica, desestimulando a utilização do acordo extrajudicial, abrindo espaços para fraudes e simulações, prejudicando, nessa toada, os interessados. Assim, os operadores do direito, ao analisar o presente instituto, deverá visar a eficácia de tal norma, respeitando a sua teleologia.

Por fim, do ato jurídico que homologa ou recusa o acordo, surge a dúvida se há a possibilidade de eventual recurso ou não. Parte dessa discussão decorre justamente da falta de tecnicidade do legislador reformista, uma vez que, ao dispor sobre o ato de homologação, o artigo 855-D fala em "sentença", e o parágrafo único do art. 855-E utiliza o termo "decisão". Para Bezerra Leite (2021, p. 190):

> o ato que homologa ou rejeita a homologação de acordo extrajudicial tem natureza jurídica de decisão judicial irrecorrível em procedimento de jurisdição voluntária, sendo, portanto, irrecorrível (salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas) e não impugnável por mandado de segurança.

Nessa visão, como não haverá a possibilidade de nenhum recurso de nenhuma espécie, aos interessados, devido a eventual insatisfação, poderá propor uma nova petição contendo seus interesses devidamente ajustado à fundamentação que o magistrado forneceu no ato da não homologação. Ou, pode o trabalhador, ajuizar uma ação trabalhista visando discutir os seus direitos e pretensões.

Ocorre que, como explorado no decorrer da presente obra, os Tribunais Superiores estão admitindo a interposição de recurso ordinário contra a "sentença" que rejeita a homologação do acordo extra-

judicial ou o homologa parcialmente, como pode ser observado no RO 0021934-22.2017.5.04.0021 do TRT da 4ª Região e no RO 0000759-03.2019.5.12.0013 da 12ª Região.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista, como bem destacado no decorrer do presente artigo, estabeleceu algumas modernizações na Justiça do Trabalho, em especial, a implementação da Jurisdição Voluntária, pela possibilidade de homologar extrajudicialmente avenças realizadas pelos interessados.

Ocorre que, como foi uma Reforma apressada, não houve o apego à precisão técnica, trazendo conceitos dúbios, quiçá contraditórios, como bem asseverado na presente discussão. Não só isso, mas também a normativa deixou de solucionar alguns pontos, como a questão da cláusula de quitação geral e da possibilidade recursal, um dos pontos tratados na presente obra.

Diante de tais incógnitas, resta aos pensadores e operadores do direito buscarem respostas, uma vez que, tal instituto está sendo utilizado na prática e se realizado de forma adequada, tende a gerar pontos positivos, já que eventuais reclamações levaria o empregado a esperar meses ou anos por uma decisão judicial, correndo o risco de concluir que o reclamante não tem direito algum, acarretando o pagamento das custas.

Assim sendo, conforme o entendimento atual do TST, o papel do magistrado é binário, tendo a faculdade de homologar ou não o acordo extrajudicial. Ocorre que, para isso, o mesmo deve observar os quesitos objetivos e formais, previstos no artigo 104 do Código Civil e 855-B da Consolidação das Leis do Trabalho, que são premissas imprescindíveis para se obter a homologação do acordo extrajudicial trabalhista.

Todavia, a tarefa do magistrado não se exaure apenas na análise de tais normativas. Para o TST, o Juiz tão somente deve procurar analisar se há, no acordo, condutas inadmissíveis no ordenamento jurídico brasileiro, tais como coação ou fraude, e até mesmo simulações. Isso decorre do entendimento atual do Ministro Ives Gandra Martins Filho.

O ilustre jurista aponta que a função da Justiça do Trabalho na homologação de acordo extrajudicial, não é com o fim de solucionar o impasse entre a eventual pretensão do requerente (trabalhador) e a resistência do

requerido (empregador), necessitando de um terceiro neutro intermediador para dizer de quem é o direito. Muito pelo contrário, no procedimento de jurisdição voluntária, as partes espontaneamente entram em consenso, requerendo apenas a homologação do Judiciário com a finalidade de tornar o que restou conciliado indiscutivelmente válido e legal, garantindo segurança jurídica, além da formação de um título executivo extrajudicial.

Assim, diante do posicionamento atual, não caberia ao Judiciário opinar sobre os termos do que restou acordado, posto que não foi estimulado por meio de uma reclamação trabalhista a deliberar sobre isso, cabendo à Justiça Trabalhista apenas homologar ou não o que foi requerido.

Com a devida vênia, diante de tal posicionamento dos Tribunais, o magistrado *a quo* deve elevar o grau de parcimônia e de zelo no momento de tomar a sua decisão, utilizando de todos os meios possíveis para averiguar o caso, como uma rígida análise documental e estímulo de audiências, pois, do contrário, irá contribuir com o desmantelo de direitos trabalhistas historicamente conquistados.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Amanda. Acordo extrajudicial trabalhista: ação para homologação e o princípio da primazia do mérito integrativo. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR**, v. 9, n. 85, p. 74-93, fev. 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. Os acordos extrajudiciais na Justiça do trabalho e a Lei 13.467/2017: jurisdição voluntária? Validade formal ou material? Competência? **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região**, Recife, PE, n. 44, p. 18-48, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-

-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 06 maio 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. : Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 06 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.184.151**. Rel. Ministro Massami Uyeda. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. 2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1083622&num_registro=201000390286&data=20120209&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 06 maio 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Recurso Ordinário 0000759-03.2019.5.12.0013**, Quarta Câmara, Rel. Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira. Diário de Justiça Eletrônico. 2020. Disponível em: https://pje.trt12.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000759-03.2019.5.12.0013/2. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário 0021934-22.2017.5.04.0021**, Quarta Câmara, Rel. Des. João Paulo Lucena. Diário de Justiça Eletrônico. 2019 - A. Disponível em: https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021934-22.2017.5.04.0021/2. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista 1000016-93.2018.5.02.0431**. Quarta Turma. Rel. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília. 2019 - B. Disponível em:<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1000016&digitoTst=93&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0431&submit=Consultar> . Acesso em: 13 maio 2021.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY Junior, Nelson; NERY Rosa Maria Andrade. **Código de Processo civil comentado**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POMBO, Sérgio Luiz da Rocha. A homologação do acordo extrajudicial e suas repercussões no processo do trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR**, v. 9, n. 85, p. 64-73, fev. 2020.

SANTOS, Michel Carlos Rocha; SOUSA, Vanessa Barbosa. O procedimento de homologação de acordo extrajudicial na esfera trabalhista: ensaio sobre sua aplicação, regras e divergências jurisprudenciais = The extrajudicial agreement approval procedure in the labor sphere: testing its application, rules and jurisprudential divergences. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP**, v. 86, n. 4, p. 237-254, out./dez. 2020.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** v. I. São Paulo: LTr, 2009.

VIANNA, Ana Cláudia Torres. Jurisdição Voluntária na Justiça do Trabalho: homologação de acordos extrajudiciais, inquietações e provocações. In BARBOSA, Amanda; BUGALHO, Andreia Chiquini; SANTOS, Luiza de Oliveira Garcia Miessa. (Org). **Atualidades e Tendências do Direito e Processo do Trabalho**. Editora JusPodivm, 2018.

A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

João Paulo Terra Silva[91]
Letícia Rodrigues Clemente[92]

INTRODUÇÃO

A audiência de instrução e julgamento, disposta no Código de Processo Civil nos artigos 358 a 368, organizados dentro do Capítulo XI, diz respeito a uma série de atos processuais realizados em dia e horário determinados pelo magistrado para, principalmente, produzir possíveis provas orais necessárias para o deslinde da causa.

Como possui caráter público, endossado inclusive pelo próprio CPC, no artigo 368, deve ocorrer de portas abertas, salvo nas exceções previstas em lei. A audiência também goza de duas outras características importantes, ela é una e contínua. Na prática, isso significa que, caso os atos precisem ser excepcionalmente suspensos, recomeçam no exato momento no qual foram deixados. Além disso, no processo só há a ocorrência de uma audiência, de forma que, caso seja cindida e remarcada, é entendida como continuação da anterior, e não nova audiência.

---

91 Graduando em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e em graduação-sanduíche em Direito e Criminologia na Universidade do Porto.

92 Graduanda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e em graduação-sanduíche em Direito e Criminologia na Universidade do Porto.

A audiência de instrução e julgamento é presidida pelo juiz, que possui como um de seus deveres a direção formal dos processos e, dessa forma, deve zelar pelo pleno funcionamento das sessões. Sendo assim, o Código de Processo Civil consagrou em seu art. 360 o chamado poder de polícia, dando ao magistrado artifícios para a condução dos trabalhos.

A determinação da data a ser realizada a audiência se dá por meio da decisão de organização e saneamento do processo, que entre outras disposições, também fixa os pontos controvertidos da lide e esclarece os tipos de prova a serem realizadas. Dessa forma, caso haja prova oral a ser elaborada, no dia e horário determinados, se dá o início da audiência, com a declaração de abertura proferida pelo magistrado e pelo pregão realizado pelo auxiliar.

Uma das inovações trazidas pelo projeto aprovada de 2015 em comparação com o texto antigo, de 1973, entre tantas outras, foi uma maior valorização de formas alternativas de resolução de conflitos, como a autocomposição. Diante disso, o primeiro ato a ser realizado pelo magistrado é a tentativa de conciliação das partes, independente da realização de outros atos nesse sentido no bojo do processo.

Assim, recorrendo ao método dedutivo, com apoio em documentos, pesquisa bibliográfica e análise de legislação, o presente trabalho pretende fazer um estudo sobre os pontos importantes que cercam a audiência de instrução e julgamento, suas fases, prerrogativas do juiz e outros.

1. A AUDIÊNCIA

Passada a fase postulatória, na qual há a apresentação do autor de sua pretensão ao juízo, por meio da petição inicial, e a defesa do réu, com a interposição de contestação, o juiz analisará o caso e tomará as providências preliminares. Após essa etapa, segundo o Código de Processo Civil, poderá extinguir o processo sem resolução de mérito, julgar antecipadamente o mérito ou parte dele.

Caso não entenda possível decidir a causa no estado em que se encontra, o magistrado deverá, conforme o artigo 357, do CPC, proferir a decisão de saneamento e organização do processo, sozinho ou, caso entenda necessário, em audiência com a participação das partes, conforme o §5º do mesmo preceito, e deverá conter, entre outras:

> "Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e organização do processo:[...]
>
> II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de provas admitidos; [...]
>
> V – designar, **se necessário**, audiência de instrução e julgamento.". (grifo nosso)

Sendo assim, na fase de saneamento do processo, o magistrado deverá analisar as peças produzidas pelas partes e decidir sobre quais questões deverá proceder à confecção de provas e quais os meios de produção. Há vários tipos de provas especificadas no Código de Processo Civil, podendo ser simplificadamente divididas entre provas escritas e orais.

O inciso V do art. 357, CPC, impõe ao juiz a designação de audiência de instrução e julgamento, se necessário. Essa necessidade se dá caso haja especificação expressa de produção de prova oral, conforme o art. 361: "As provas orais serão produzidas em audiência [...].".

1.1. CONCEITO

A audiência de instrução e julgamento conceitua-se como um conjunto de atos complexos realizados em data e hora definida, presidida pelo juiz e com a finalidade de produzir as provas orais. Nas palavras de Fredie Didier Jr. (2016, p.29):

> "A audiência de instrução e julgamento é a sessão pública, que transcorre de portas abertas, presidida por órgão jurisdicional, com a presença e participação de inúmeros outros sujeitos - partes, advogados, testemunhas e auxiliares da justiça -, e que tem por escopos tentar conciliar as partes, produzir prova oral, debater e decidir a causa.".

Daniel Amorim Assunção Neves (2017, p.712), complementa:

> "Audiência de instrução e julgamento é ato processual complexo, no qual variadas atividades são praticadas pelo juiz, serventuários

> da justiça, partes, advogados, terceiros e membros do Ministério Público. São realizadas atividades preparatórias (tais como a intimação de testemunhas e perito), conciliatórias, saneadores (fixação dos pontos controvertidos), instrutórias (prova oral e esclarecimentos do perito), de discussão da causa (debates orais) e decisórias (sentenças).".

Em que pese o ilustre doutrinador definir como atividade realizada na audiência a fixação dos pontos controvertidos, tal tese não prospera quando analisamos o Código de Processo Civil e a doutrina majoritária. Como já exposto, tal atividade se dá na decisão de organização e saneamento proferida pelo juiz anteriormente a realização da audiência.

1.2. CARACTERÍSTICAS DA AUDIÊNCIA: PUBLICIDADE, UNIDADE E CONTINUIDADE

O Código de Processo Civil, em seu artigo 368, preceitua: "A audiência será pública, ressalvadas as exceções legais.".

Trata-se de mera reiteração praticada pelo legislador, visto que no artigo 189 já se há a previsão de que os atos realizados são públicos e, por outro lado, já traz as exceções em seus incisos, quais sejam

> "Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
>
> I – em que o exija o interesse público ou social;
>
> II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescente;
>
> III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
>
> IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.".

Sendo assim, caso o processo verse sobre qualquer das hipóteses acima aventadas, a audiência se dará em completo sigilo, sendo garantida a entrada somente para as partes e seus procuradores, além dos peritos e testemunhas. Caso contrário, se dará de portas abertas para que qualquer do povo possa acompanhar os trabalhos.

Outro ponto importante que é positivado pelo ordenamento processual civil brasileiro trata a respeito da unidade e continuidade. O artigo 365 dispõe que "**a audiência é uma e contínua**, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes.". (grifo nosso)

A unidade e continuidade da audiência dizem respeito ao fato de que só existe uma audiência prevista para a realização dos atos que a constituem, além de que se exige que esses sejam realizados de forma contínua. Cássio Scarpinella Bueno (2018, p.558), disserta sobre o assunto:

> "A unidade e a continuidade da audiência devem ser entendidas no sentido de que por mais adiamentos ou prorrogações que a audiência possa receber, uma vez iniciada, ela não recomeça, pelo que atos processuais que, antes de seu início, poderiam ter sido praticados pelas partes já não poderão mais sê-lo porque foram atingidos pela preclusão.".

Didier Jr. (2016, p.39) complementa:

> "Sua unidade reside no fato de as atividades de conciliação, instrução, debate e julgamento estarem reunidas em uma só audiência-não existem outras audiências previstas em lei para a sua realização.
>
> Sua continuidade revela-se na exigência de que toda a atividade acima descrita se concentre em uma só sessão; que a audiência inicie e termine em uma única assentada, sem interrupções. Privilegia-se o princípio da concentração dos atos processuais, corolário do princípio da oralidade".

Entretanto, caso haja a necessidade, poderá a audiência ser suspensa, conforme a parte final do artigo 365 ou adiada, nos termos do artigo 363. Na primeira hipótese, a audiência será retomada de onde parou.

1.2.1. HIPÓTESES DE SUSPENSÃO

A audiência poderá ser suspensa quando, após for iniciada, não puder ser concluída no mesmo dia, em razão da complexidade dos objetos discutidos ou pelo adiantado da hora, por exemplo. Também poderá ser cindida quando estiverem ausentes peritos ou testemunhas necessárias aos atos realizados, desde que haja concordância das partes, nos termos do artigo 365, CPC, supra.

Nesse caso, o magistrado deverá marcar o prosseguimento da audiência na data mais próxima possível, em pauta preferencial, conforme o parágrafo único do artigo 365. Ressalta-se que a audiência, em nova data, não reiniciará, mas sim continuará de onde foi cindida.

Sobre a intimação das partes da nova data, Didier Jr. (2016, p.39):

> "Os sujeitos presentes na audiência suspensa, nesta mesma oportunidade, devem ser cientificados da data designada para seu prosseguimento. Dispensa-se, assim, a trabalhosa e custosa diligência de intimação. Já os ausentes, por motivo justo, devem ser regularmente intimados. "

1.2.2. HIPÓTESES DE ADIAMENTO

O artigo 362 do Código de Processo Civil dispõe sobre as hipóteses de adiamento da seguinte forma:

> Art. 362. A audiência poderá ser adiada:
>
> I – por convenção das partes;
>
> II – se não puder comparecer, por motivo justificado, qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar;
>
> III – por atraso injustificado de seu início em tempo superior a 30 (trinta) minutos do horário marcado.

O primeiro inciso trata do adiamento da audiência por convenção das partes. Fazendo um paralelo com o Código de Processo Civil revogado, que expressamente limitava a admissão a apenas uma vez, Olavo de Oliveira Neto (2016, p. 198) acertadamente dispõe que não é razoável a

dilação *ad eternum*, de forma que um possível segundo pedido deve acompanhar uma justificativa plausível.

O inciso segundo traz a possibilidade do adiamento em razão do não comparecimento, de forma justificada, de qualquer pessoa que dela deva necessariamente participar. Por essas pessoas entende-se o magistrado, as partes e seus representantes, peritos, testemunhas (desde que tenham sido previamente intimadas) e representantes do Ministério Público, sejam como parte ou como custos legis. Ressalta-se que a justificativa deve ser comunicada até a abertura da audiência, sob pena de iniciar normalmente.

Caso a parte não compareça na audiência, sem justificativa, duas são as consequências: 1) Frustração da conciliação, exceto se o advogado possui poderes para tal; 2) Em caso de pedido de depoimento pessoal, a ausência acarreta para a parte a confissão tácita das alegações da parte contrária.

Na hipótese de que o advogado da parte, ou o membro do Ministério Público, injustificadamente se ausentar, a audiência poderá ocorrer normalmente, sendo que as provas requeridas pela parte poderão ser dispensadas, sempre de acordo com as necessidades do caso concreto. Doutrinando sobre o tema, Daniel Amorim Assunção Neves (2017, p.723):

> Correta a doutrina ao afirmar que, tratando a demanda de direito indisponível, o juiz será obrigado a produzir a prova; tratando de direito disponível, caberá ao juiz analisar no caso concreto a conveniência de produzir a prova para a formação de seu convencimento, não estando obrigado a dispensar sua produção.

Caso o perito se ausente, com ou sem justificativa, a audiência será adiada. Isso se dá em razão da necessidade da, em caso da não apresentação de motivo, decretação da condução coercitiva do perito. Há divergência doutrinária em relação a ausência do membro do Ministério Público na audiência na condição de fiscal da lei, aparentemente a mais acertada sendo a decisão de adiamento em razão do interesse social da lide.

No tocante as testemunhas, necessário fazer uma ponderação sobre o tratamento que o Código de Processo Civil dá à prova testemunhal. O artigo 455 dispõe da seguinte forma:

> Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.
>
> § 1º A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos 3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.
>
> § 2º A parte pode comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da intimação de que trata o § 1º, presumindo-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição. [...]
>
> § 5º A testemunha que, intimada na forma do § 1º ou do § 4º, deixar de comparecer sem motivo justificado será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento.

Conforme disposto, a testemunha, normalmente, deverá ser notificada de duas formas: No caso do parágrafo primeiro, a parte fica responsável pela intimação por meio de carta com aviso de recebimento e, no caso do parágrafo segundo, a parte somente se compromete a levar a testemunha, sem qualquer garantia de comparecimento. A forma de notificação da testemunha gerará reflexos caso venha a se ausentar.

No primeiro caso, como a testemunha foi devidamente intimada, caso não compareça, por qualquer motivo, nos termos do parágrafo quinto supra, a testemunha será conduzida coercitivamente, o que pode acarretar adiamento. Já na segunda situação, no qual a parte se comprometeu a levar, caso a testemunha falte justificadamente, a audiência será adiada. Do contrário, entende-se que a parte que a arrolou desistiu de sua inquirição.

Finalmente, o terceiro inciso dispõe que a audiência será adiada caso se transcorra trinta minutos do horário de início marcado, de forma injustificada. Obviamente, esse atraso é em relação ao magistrado, visto que somente ele pode decretar a abertura da audiência.

Destaca-se ainda, o necessário parágrafo terceiro do artigo 362, CPC, que prevê que as despesas acrescidas pelo adiamento serão arcadas por quem deu causa a situação.

1.3. DOCUMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA

A audiência deverá ser devidamente documentada em termo próprio, conhecido comumente como ata ou termo de assentada. Esse documento deverá conter, de forma reduzida todos os ocorridos na audiência e deverá ser rubricado pelo juiz e subscrito por ele e por todos os presentes, conforme o artigo 367:

> Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.
>
> § 1º Quando o termo não for registrado em meio eletrônico, o juiz rubricar-lhe-á as folhas, que serão encadernadas em volume próprio.
>
> § 2º Subscreverão o termo o juiz, os advogados, o membro do Ministério Público e o escrivão ou chefe de secretaria, dispensadas as partes, exceto quando houver ato de disposição para cuja prática os advogados não tenham poderes.
>
> § 3º O escrivão ou chefe de secretaria trasladará para os autos cópia autêntica do termo de audiência. [...].

O artigo também trata da possibilidade dos autos eletrônicos, deixando a cargo da legislação específica e das normas internas dos tribunais, além do CPC, disporem sobre a regulamentação dos mesmos.

1.3.1 GRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA

Estabelece os §§ 4º e 5º do artigo *supra,* sobre a possibilidade de gravação da audiência, inovação legislativa quando comparado com o texto revogado de 1973:

> § 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

> § 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Trata-se de grande avanço para a prática jurídica brasileira e, nas palavras de Olavo de Oliveira Neto (2016, p. 197), deverá ser implementada em todo país, visando contribuir para o aprimoramento da atividade jurídica e dirimindo possíveis polêmicas.

Ressalta-se também a possibilidade da própria parte realizar a gravação da audiência, independentemente de autorização do magistrado. Sobre essa prática, Fredie Didier Jr. dispõe (2016, p. 36):

> [...] ainda que não haja necessidade de autorização judicial, a parte deve informar a todos os participantes da audiência que procederá à gravação: essa é uma exigência ética que decorre do princípio da boa-fé e do princípio da cooperação (arts. 5° e 6° do CPC).

2. O JUIZ

O juiz possui papel fundamental na condução dos trabalhos na audiência. Como já foi dito, o início do ato somente se dá com o com a declaração de abertura do magistrado, conforme o artigo 358 do CPC.

Conforme o doutrinador Fredie Didier Jr. (2016, p. 30), o juiz possui três papeis fundamentais em uma audiência: conciliador, investigador e diretor. O "juiz-conciliador" entra em cena no primeiro ato com as partes, no qual tenta fazer com que cheguem a um consenso sobre a lide sem que haja uma decisão judicial.

O "juiz –investigador" é o responsável pela colheita de provas, tomando o depoimento de partes, testemunhas e peritos, além de formular perguntas a fim de ter todo o material possível para o seu convencimento. Ressalta-se a inovação trazida pelo novo CPC ao permitir que as perguntas dos advogados das partes fossem dirigidas diretamente às testemunhas, ao contrário do *códex* revogado que dispunha a necessidade do juiz repassar as perguntas, uma prática que ficou conhecida como "telefone sem-fio".

O "juiz-diretor" possui o importante papel de presidir e conduzir a audiência, utilizando-se do que a legislação chamou de poder de polícia, positivado no artigo 360 do Código de Processo Civil da seguinte forma:

> Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe:
>
> I - manter a ordem e o decoro na audiência;
>
> II - ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente;
>
> III - requisitar, quando necessário, força policial;
>
> IV - tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo;
>
> V - registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

Dessa forma, cabe ao magistrado zelar pelo bom andamento dos atos, tratando com respeito os presentes e afastando do local de audiências aquelas que, porventura, atentaram contra os trabalhos, inclusive requisitando força policial, se necessário.

3. FASES DA AUDIÊNCIA

A audiência é considerada ato complexo, visto que sua realização comporta diversas atividades executadas pelo juiz, partes, advogados, entre outros. Como o próprio nome diz, a audiência de instrução e julgamento possui a finalidade de instruir, ou seja, de produzir provas para que o magistrado produza seu convencimento a fim de proferir sentença sobre a lide.

Como já foi abordado, a audiência de instrução e julgamento não possui caráter obrigatório, sendo sua realização necessária somente quando o juiz, na decisão de organização e saneamento do processo, requerer a produção de prova oral.

Sendo assim, também na fase de saneamento, o magistrado deverá designar dia e horário para a realização da audiência, além de fixar prazo comum de até 15 dias para a apresentação de rol de testemunhas, conforme preleciona o artigo 357 do Código de Processo Civil:

> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]

> V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. [...]
>
> § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas. [...].

A doutrina, ao analisar o Capítulo XI do Código de Processo Civil, convencionou em dividir os atos da seguinte forma:

3.1 ABERTURA E PREGÃO DAS PARTES

A audiência tem início quando o juiz a declara aberta e pede ao serventuário que proceda ao pregão das partes, que nada mais é do que chamar, em voz alta e de forma clara para que todos ouçam, que é chegada a hora de adentrar a sala de audiências para que se dê início aos trabalhos. O artigo 358 do Código de Processo Civil dispõe:

> Art. 358. No dia e na hora designados, o juiz declarará aberta a audiência de instrução e julgamento e mandará apregoar as partes e os respectivos advogados, bem como outras pessoas que dela devam participar.

Em razão do exposto, a realização do pregão é de extrema importância, visto que é o ato de comunicação às partes do início da audiência. Diante disso, a ausência da realização gera evidente nulidade processual, caso gere prejuízos à parte, de acordo com o princípio da instrumentalidade das formas.

3.1.1 TENTATIVA DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Importante inovação trazida pelo Código Processual Civil de 2015 em comparação com o texto revogado de 1973 foi o estímulo às formas consensuais de resolução de conflitos. Acertou o legislador nesse sentido, visto a crescente judicialização das demandas e o abarrotamento de serviço em tribunais em todo o Brasil. Dispõe o artigo 359 do CPC que, ao ser "instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independente-

mente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.".

Ressalta-se que nem todos os direitos comportam a conciliação, por serem indisponíveis e, em nestes casos não há a possibilidade de realização dessa fase. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 888):

> Por participar da natureza da transação e assim envolver potencialmente renúncia de direitos eventuais, só se admite a conciliação nas causas que versem sobre direitos patrimoniais de caráter privado, e em algumas causas relativas à família, em que a lei permite às partes transigir (art. 334, § 4º, II). É pressuposto da autocomposição, pois, a disponibilidade do direito em disputa.

Aceita a composição, o magistrado documentará o acordo e o homologará em sentença definitiva, ou seja, decide o mérito da causa e extingui o processo. Por produzir coisa julgada material, o Poder Judiciário está vinculado a decisão.

3.1.2 PRODUÇÃO DAS PROVAS ORAIS

Não sendo aceita a proposta de autocomposição, ou não sendo possível sua formulação, dá-se início a fase de instrução propriamente dita, que inclusive dá nome à audiência. Consta do Código de Processo Civil, em seu artigo 361 o seguinte:

> Art. 361. As provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, **preferencialmente**:
>
> I - o perito e os assistentes técnicos, que responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do art. 477, caso não respondidos anteriormente por escrito;
>
> II - o autor e, em seguida, o réu, que prestarão depoimentos pessoais;
>
> III - as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, que serão inquiridas. (grifo nosso).

Como destacado, não necessariamente o juiz deve seguir a ordem positivada pelo legislador, podendo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, alterá-la. Esse entendimento é baseado, inclusive, em outras disposições do próprio código, como o inciso V do art. 139 e no parágrafo único do art. 456.

Feita a explicação, para efeitos meramente didáticos, o estudo de cada inciso se dará seguindo a ordem exposta na codificação.

3.1.3 ESCLARECIMENTOS DO PERITO OU ASSISTENTE TÉCNICO

Caso o fato que esteja sendo discutido necessite de prova técnica, o juiz deverá nomear perito especializado e fixará prazo para a entrega do laudo, seguindo todas as orientações da Seção X, que trata sobre a prova pericial. Após esse prazo, o técnico deverá protocolar o laudo em juízo, antes da realização da audiência. Sobre isso, o artigo 477 do Código de Processo Civil dispõe:

> Art. 477. O perito protocolará o laudo em juízo, no prazo fixado pelo juiz, pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento. [...]
>
> § 3º **Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento**, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos. (grifo nosso).

Dessa forma, entende-se que primeiro se dá o saneamento das questões controvertidas por escrito com as partes se manifestando sobre o laudo produzido e só então, com a continuidade das dúvidas é que se intima o perito para comparecer na audiência, formulando de antemão as perguntas a serem realizadas.

Sobre a participação do perito, Daniel Amorim Assunção Neves assevera (2017, p. 716):

> Levando as respostas escritas e sendo necessários esclarecimentos adicionais ou prestando os esclarecimentos oralmente, o juiz será

> o primeiro a inquirir o perito, seguido do advogado que pediu os esclarecimentos e, por fim, do advogado do adversário. [...]

3.2 DEPOIMENTO PESSOAL

O depoimento pessoal nada mais é do que o testemunho das partes em juízo, requerido pela parte contrária ou determinado de ofício pelo juiz. Estabelece o artigo 385 do Código de Processo Civil que "cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício".

A doutrina entende que esse meio de prova possui dupla função: estimular a confissão e esclarecer pontos controvertidos ao juiz. Esse entendimento é reforçado pelo §1º do artigo *supra*, que aplica a pena de confesso à parte devidamente intimada, não comparece a audiência ou se recusa a depor.

Interessante ponto é trazido por Olavo de Oliveira Neto (2016, p. 313), sobre a legalidade desse tipo de meio de prova, seja pela sua possível inconstitucionalidade, visto que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, estabelece que a prova no processo não poderá ser obtida por meios ilícitos, o que inclui a coação de qualquer ordem, seja pelo prisma do princípio da boa-fé objetiva.

3.3 OITIVA DAS TESTEMUNHAS

Como já visto acima, na decisão de saneamento e organização do processo, o juiz marcará data e horário para a realização da audiência, além de especificar os meios de provas admitidos. Caso o magistrado opte pela prova testemunhal, as partes deverão entregar seu rol de testemunhas em prazo não superior a 15 dias.

Assim, no dia da audiência, as testemunhas regularmente intimadas se apresentarão ao Juízo para sua inquirição, que observará todo o rito previsto na codificação processual civil, mais precisamente na Subseção II da Seção IX, que trata sobre a produção da prova testemunhal.

Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 1010), sobre o rito necessário para a elaboração da prova testemunhal:

> Só é prova testemunhal a colhida com as garantias que cercam o depoimento oral, que obrigatoriamente se faz em audiência, em presença do juiz e das partes, sob compromisso legal previamente assumido pelo depoente e sujeição à contradita e reperguntas daquele contra quem o meio de convencimento foi produzido. [...].

3.4 ALEGAÇÕES FINAIS

Após a fase de produção de provas, abre-se a etapa de debates na audiência, no qual o juiz dará a palavra aos representantes das partes e ao membro do Ministério Público, para que apresentem suas alegações finais ao juiz, que nada mais são do que um apanhado de todos os acontecimentos do processo, especialmente a instrução, com o fim de formar o convencimento do magistrado. Estabelece o Código de Processo Civil:

> Art. 364. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez) minutos, a critério do juiz.
>
> § 1º Havendo litisconsorte ou terceiro interveniente, o prazo, que formará com o da prorrogação um só todo, dividir-se-á entre os do mesmo grupo, se não convencionarem de modo diverso.
>
> § 2º Quando a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas, que serão apresentadas pelo autor e pelo réu, bem como pelo Ministério Público, se for o caso de sua intervenção, em prazos sucessivos de 15 (quinze) dias, assegurada vista dos autos.

Como visto, todos terão o prazo comum de vinte minutos para a apresentação das alegações, podendo ser prorrogada por mais 10 minutos caso necessário. Interessante notar que, no caso de litisconsórcio, o prazo será dividido entre todos os advogados presentes, exceto se houverem convencionado que somente um terá a palavra para falar pelo grupo.

3.5 MEMORIAIS

O §2º do artigo 364 do Código de Processo Civil, colacionado *supra*, permite que os debates orais sejam substituídos por alegações finais escritas, os chamados memoriais, caso o processo contenha questões complexas, podendo ser apresentadas no prazo de 15 dias sucessivos. Ressalta-se que em nada difere o conteúdo das alegações escritas das orais, mudando somente o modo de apresentação.

Em que pese o dispositivo legal cite expressamente que a conversão só é cabível quando a "causa apresentar questões complexas de fato ou de direito", é comum na praxe forense, devido a diversos fatores como o abarrotamento do Poder Judiciário, que a maioria das alegações apresentadas sejam na forma escrita.

3.6 SENTENÇA

Apresentadas as alegações finais orais ou memoriais, o juiz finalmente proferirá sentença e decidirá a causa. Pontifica o Código de Processo Civil, em seu artigo 366, que o magistrado proferirá sentença logo após os debates ou em até trinta dias, caso o pleito seja de difícil decisão.

Por óbvio, caso os debates orais sejam convertidos em alegações finais escritas, será declarada encerrada a audiência e a prolação da sentença ficará sujeita a apresentação dos respectivos memoriais. Não há necessidade de nova audiência somente para dar publicidade aos termos da decisão final proferida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se afirmar que a audiência de instrução e julgamento consiste na realização de diversos atos com vistas a elucidação das questões controvertidas por meio da produção das provas orais, além dos últimos debates sobre a causa e, por fim, dar subsídios ao magistrado para que forme seu convencimento e profira sentença.

Evidencia-se que o Código de Processo de Civil de 2015 trouxe grandes inovações em relação ao texto revogado de 1973. Um deles é a grande valorização das formas consensuais de conflito, que se estende a uma das

fases da audiência, na qual o juiz pode se utilizar de todos os métodos a fim de estimular o desfecho consensual da causa.

Outra atualização importante é a possibilidade da gravação do ato, seja pelo próprio Juízo, seja pelos representantes das partes. Esse ponto trará, com toda certeza, uma evolução importante no sentido da modernização dos ritos processuais, que ainda sofrem com a presença de diversos vícios analógicos.

Conforme o *codex* processual civil, a audiência é ato uno e contínuo, de forma que, somente nos casos positivados é que poderão ocorrer a suspensão e adiamento. E, mesmo que possam vir a ocorrer essas interrupções, não ocorrerá outra audiência, mas sim a continuação dos atos ocorridos, que continuará de onde foi cindida. Ressalta-se também a publicidade inerente aos atos processuais e que também aqui está presente, excetuando as exceções previstas.

O magistrado possui relevante papel na condução dos trabalhos na audiência, exercendo o papel de conciliador, na fase de autocomposição, investigador, na fase probatória, e diretor, durante toda a audiência em razão do chamado poder de polícia, que inclusive permite ao juiz retirar da sessão aquele que se comportar de forma inadequada.

Faz-se necessário, ainda, tecer comentários finais sobre a produção da prova testemunhal, além do depoimento pessoal das partes, que busca a confissão, assim como os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos, caso haja. A audiência de instrução e julgamento é o momento pertinente para a produção das provas orais, que abarcam todas as citadas, de forma que somente se o juiz requerer essa forma probatória na decisão de saneamento e organização do processo é que será realizada.

Destarte, embora vários doutrinadores brasileiros definam a audiência de instrução e julgamento como o palco da oralidade, de forma que há a produção probatória, os debates orais e a sentença proferida pelo juiz em voz alta, o que se vê é, infelizmente, o contrário.

O abarrotamento do Poder Judiciário diante da crescente judicialização das demandas faz com que advogados e juízes optem pela saída dos memoriais, que nada mais são do que as alegações finais escritas, e pela sentença proferida em gabinete. Ressalta-se que não há qualquer vício nesse sentido, até porque o próprio Código de Processo Civil permite

essa prática, entretanto somente para casos que possuem complexidade de fato ou de direito.

Por fim, depreende-se que a audiência de instrução e julgamento é importante ato processual em que contribuem partes, procuradores e magistrado, de forma conjunta, no qual recai a produção de provas previamente pontuadas pelo juiz, para a resolução do litígio.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. º 13.105,** 2015.

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

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: JusPodivm, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **Curso de direito processual civil.** V. 2: tutela de conhecimento (lei n. º 13.105/15 Novo CPC). São Paulo: Verbatim, 2016.

O USO E A INTERPRETAÇÃO DA LINGUAGEM NÃO VERBAL NA ELABORAÇÃO DE PROVAS ORAIS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: SUAS TÉCNICAS, EFETIVIDADE E LIMITES ÉTICOS

Leticia Rodrigues Clemente[93]
João Paulo Terra Silva[94]

INTRODUÇÃO

No Processo Civil brasileiro, mesmo sendo alta a frequência das provas orais obtidas por depoimentos das partes e das testemunhas no processo, essa sempre foi vista com grande desconfiança, levando em consideração os diversos fatores que influenciam o depoente quando é ouvido em juízo. Em paralelo histórico, na legislação romana, tem-se que o depoimento único ou isolado não tinha o menor valor, dependendo de mais pessoas que concordassem com os fatos declarados e dessem base ao disposto.

Por outro lado, é sabido na Psicologia que a linguagem corporal é uma das principais formas de intercomunicação, já que, de acordo com

93 Graduanda em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, em graduação sanduíche em Direito e Criminologia na Universidade do Porto.

94 Graduando em Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, em graduação sanduíche em Direito e Criminologia na Universidade do Porto.

Birdwhistell (1985), 65% da comunicação humana se dá através de gestos e comportamentos, sendo assim, é necessário estudá-la no que tange à colheita de provas orais pelo magistrado, já que estas influenciam o curso do processo e, até mesmo, a própria sentença.

Assim, este trabalho relacionará a veracidade da prova oral com o comportamento do depoente quando é ouvido pelo magistrado, seja em um depoimento pessoal ou a fim de obter a prova testemunhal. Para isso, utilizará do método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas em doutrinas, leis nacionais, artigos e livros, tanto da área do Direito quanto da Psicologia.

O estudo tem sua importância no que toca as novas correntes da jurisprudência brasileira e na discussão doutrinária a este respeito, debatendo sobre seus pontos positivos ou negativos, além da reflexão sobre os limites éticos da interpretação da linguagem não-verbal na elaboração de provas no Processo Civil, ao refletir sobre técnicas utilizadas e sua suposta efetividade tanto no Brasil quanto no estrangeiro.

1. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A ELABORAÇÃO DE PROVAS ORAIS NO PROCESSO CIVIL

No atual Código de Processo Civil, admite-se diversas formas de prova oral, como a confissão, o depoimento pessoal e a prova testemunhal, sendo regidas pelos artigos 385 ao 395 e pelos artigos 442 ao 463. Assim, segundo os mesmos, é realizada a colheita do depoimento pessoal do autor, intimado para tal situação. Após, haverá a oitiva, se houver, de outro litisconsorte, seguido pelo réu.

Em sequência, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor, na ordem que este definir, e, em seguida, as arroladas pelo réu. As testemunhas devem ser ouvidas separadamente, com precaução para que uma não assista nem ouça o depoimento da outra. Um ponto importante sobre este momento processual é que, durante todos os depoimentos, os advogados e o representante do Ministério Público não poderão intervir sem a permissão do juiz, medida com finalidade de evitar tumultos que atrasariam o andamento da audiência.

Com isso, deve o advogado, quando reputar pertinente, pedir a autorização do juiz de forma calma e em tom de voz serene para que, com a concordância do magistrado, possa esclarecer equívoco ou dúvida em

relação aos fatos do depoimento, além de replicar acusações ou censura que lhe forem feitas, prerrogativas estas previstas no artigo 7, inciso X, do Estatuto da Advocacia.

Assim ocorre a produção de provas orais, em regra. Todavia, a linguagem não-verbal e sua interpretação não foram legisladas no novo Código, porém, pode-se notar pela jurisprudência que, muitas vezes, aquela foi levada em consideração na decisão do juiz em conceber o depoimento como válido ou não.

1.1. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A UTILIZAÇÃO DA LINGUAGEM NÃO-VERBAL NA COLHEITA DE DEPOIMENTOS

Com isso, pode-se refletir sobre o uso de técnicas de compreensão da linguagem corporal por juízes e até que ponto as mesmas seriam válidas, ou até mesmo seguras. Por essa ideia, surgiram discussões doutrinárias sobre essas técnicas, a partir de um julgado da 6ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, em que o juiz Max Brueckner descartou o depoimento de uma das testemunhas em uma ação, devido a análise da linguagem corporal da mesma.

Para ele, a mesma teria feito gestos incompatíveis com o que dizia e alterou o depoimento após questionamentos do advogado. Segundo o juiz, a impressão do magistrado quanto ao comportamento das testemunhas e sua análise dizem respeito ao valor dado a prova oral. Além disso, destacou que muitas vezes o que é dito pela testemunha é negado por sua linguagem corporal, sendo esta análise não apenas um "palpite", mas o resultado de técnicas contemporâneas de coleta de provas processuais.

De acordo com Brueckner, nada impede que o juiz note aspectos relevantes durante a tomada de depoimentos, ligados a linguagem não verbal da testemunha. Entretanto, o mesmo ressalta que, apesar da apreciação da prova ser livre, o magistrado deve fundamentar seu convencimento segundo as regras processuais contidas no Código de Processo Civil.

2. A LINGUAGEM NÃO-VERBAL, SEGUNDO A PSICOLOGIA

A comunicação corporal tem sido objeto de fascínio da humanidade desde os tempos mais remotos, envolvendo todas as manifestações com-

portamentais não expressas por palavras, como por exemplo expressões faciais, gestos, orientação e posicionamento do corpo, distância dentre indivíduos, posturas, a organização de objetos no espaço e afins. Essa comunicação se faz presente em cada minuto da vida cotidiana, mesmo inconscientemente (DA SILVA, 2000).

A linguagem não-verbal, também conhecida por linguagem corporal, é estudada pela área da Psicologia chamada de Quinésica ou Cinésica. Com isso, destaca-se que a comunicação não verbal:

> Tem por função expressar sentimentos, emoções e transmitir mensagens, cujos significados são influenciados pelo contexto. [...] A comunicação verbal exterioriza o ser social e a não-verbal o ser psicológico. (DA SILVA, 2000, p. 1).

Assim, é de larga aceitação a tese de que na intercomunicação, as palavras em si são algo de menor relevo, devendo ser levadas em conta, além dessas, as expressões corporais, o que é dito pelo corpo de quem fala.

Todavia, é importante destacar que não apenas o movimento do corpo é suficiente para traduzir o significado de uma mensagem, mas deve-se levar em consideração também o contexto em que este está inserido. Somado a isso, segundo Gaiarsa (1995), o observador atento é capaz de notar quase tudo o que o outro esconde, conscientemente ou não. Tudo aquilo que for expresso pela própria palavra pode ser percebido pela expressão do rosto, na forma e duração do gesto ou na própria atitude do indivíduo em determinado momento.

A Psicologia demonstra o quão contraditório se torna o corpo e a fala quando o falante está mentindo, todavia, estudos como os de Ekman (1973) são capazes de revelar que é possível fingir expressões alegres, tristes ou zangadas, sendo que a dificuldade está em reproduzir o falso sentimento abruptamente, ou mantê-lo por um longo período, além da dificuldade em escondê-lo.

Assim, no Processo Civil, deve-se levar em consideração que o advogado poderia "treinar", educar a parte a demonstrar determinada expressão quando questionada de certo fato, tornando o processo uma peça teatral, de acordo com os doutrinadores que discordam da possibilidade do uso

e da interpretação da linguagem corporal na elaboração de provas orais, pelo juiz.

Por outro lado, estes mesmos estudos de Ekman mostram que, da mesma forma, a habilidade de realizar uma leitura consciente dos diferentes gestos, pode ser obtida com treinamento e tende a facilitar o reconhecimento de sentimentos ou emoções, ainda que sutilmente expressos. Ora, é notável que o juiz enfrente diversas situações muito similares durante seu trabalho, realizando com grande frequência depoimentos e testemunhos. Assim, quando o magistrado sabe o que deve procurar, quais os sinais e seus significados, há grande campo disponível para a prática de seus conhecimentos.

Em conclusão, para compreender o processo da comunicação não verbal, é necessário ir além da linguagem corporal em si. O conjunto deve ser formado por, além do contexto, notas e tons da voz, espaço utilizado pelo falante, toque e, até mesmo, fatores ambientes. A interpretação destes sinais só poderá ser realizada se houver a análise de todos estes elementos inter-relacionados.

Não são poucas as vezes em que a comunicação não verbal modifica o significado das palavras, em situações de contradições. Autores como Silva (1987), consideram o rosto como o melhor "mentiroso" corporal, sendo a parte do corpo que mais tentam controlar, sendo possível através do treino, fato que, mais uma vez, deve ser levado em consideração ao refletir sobre essa prática dentro do processo.

Essa "fabricação" de emoções se dá pelas configurações faciais e arranjos de sinais na testa, boca e olhos. Sendo o rosto a parte mais exposta do corpo, é o lugar onde as emoções são demonstradas em sua plenitude e, claro, pode sugerir indícios de emoções não expressas por palavras.

3. TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO UTILIZADAS

Segundo especialistas, diversos sinais podem alertar quanto às mentiras na fala. É necessário ter atenção na correspondência – ou não – entre a linguagem corporal e a verbal, o que se aprende através da atenção e prática. Entretanto, esse descompasso entre linguagens apenas é capaz de indicar que *algo* está errado, e não *o que* exatamente está errado, além do fato de que prestar testemunhos e depoimentos em juízo é uma situa-

ção amedrontadora para o homem comum, podendo refletir em grande nervosismo, o que deve ser sempre levado em conta nessas interpretações (TUCCI, 2017).

Especialistas também notam a dificuldade dos mentirosos em manterem contato visual com seus interlocutores em conversas, quanto mais em interrogatórios. Sendo assim, é sinal de alerta o fato de que a testemunha olhar para os lados, para baixo, para cima, a fim de evitar contato visual a todo custo (MELO; MARTINES, 2016). O desvio do olhar também pode ser acompanhado de movimentos das mãos, como coçar a cabeça ou cobrir a boca. Por outro lado, a questão de não manter o contato visual pode se dar apenas por nervosismo, além de fatores culturais e de formação pessoal do depoente ou da testemunha (TUCCI, 2017).

Tendo como foco a observação da movimentação das mãos, quando dizem a verdade, as pessoas costumam fazer gestos com as mãos, cabeça, dedos etc. Principalmente as mãos, são capazes de dar ênfase ao que falam, destacando pontos considerados mais importantes. Todavia, são movimentos naturais, que seguem o ritmo da fala (MELO; MARTINES, 2016). Por outro lado, mentirosos costumam ter movimentos descompassados ou até mesmo nenhum movimento quando estão nervosos (MELO; MARTINES, 2016).

Somado a isso, é perceptível também a alteração no tom de voz quando se está mentindo ou nervoso, pois há, no seu inconsciente, a ideia de que a alteração no tom de voz fará com que pareçam mais convincentes (MELO; MARTINES, 2016). Porém, é necessário lembrar de que pode haver outros motivos para que isso aconteça. Outro ponto relacionado ao modo de fala é falar em excesso, mais do que o necessário ao seu depoimento ou testemunho, porque também desse modo pensa que será mais convincente. Além disso, também é sinal de alerta o discurso que pareça a leitura de um texto preparado com antecedência, em que se repete a mesma frase ensaiada várias vezes, tentando usá-la como uma "frase de efeito", ou em respostas indiretas ou não pontuais, na tentativa de "não dizer nem que 'sim', nem que 'não'" (TUCCI, 2017). Respostas evasivas como estas são mais usadas por pessoas sofisticadas, já que tem como vantagem a possibilidade de corrigir suas declarações posteriormente, sem que admitam a ocorrência da contradição em seu testemunho ou depoimento (MELO; MARTINES, 2016).

Outro ponto importante no modo de se expressar é o uso da voz passiva, já que o uso da voz ativa admite a realização certa ação, enquanto a passiva transfere a culpa para um ator anônimo do ato (MELO; MARTINES, 2016). Além disso, há o conhecido "truque" de responder uma pergunta com outra pergunta, com a finalidade de evitar dar uma resposta consistente, sem precisar necessariamente contar uma mentira.

Um fator notado que se refere ao temperamento da testemunha ou do depoente que diz a verdade é a falta de tensão. Quando sorri, por exemplo, torna seu depoimento agradável de acompanhar e exibe confiança, sendo que a testemunha mentirosa não arrisca nada disso (MELO; MARTINES, 2016).

A tentativa de usar palavras do vocabulário jurídico também podem ser um sinal de alerta, já que podem indicar que foram preparadas pelo advogado a dizer o que lhe foi pedido, principalmente se demonstra que utiliza essas palavras sem saber o seu real significado, posicionando-as erroneamente nas frases. Esta situação é conhecida como "resposta por encomenda" (MELO; MARTINES, 2016).

Além disso, o tempo verbal utilizado também é uma das chaves que podem formar a concepção do juiz sobre a prova oral produzida. Isso porque, como extensivamente estudado na Psicologia, as pessoas que dizem a verdade em regra descrevem os fatos no tempo passado, ou pretérito perfeito. Isso ocorre pelo simples fato de estarem narrando algo de que se lembram (MELO & MARTINES, 2016). Por outro lado, quando estão mentindo, tendem a descrever os fatos no presente, já que estão elaborando a história em suas mentes, em tempo real.

Para concluir, é importante destacar que mentirosos relutam em admitir quaisquer erros na sua narração, já que temem ser pegos em suas falsas histórias. Ao contrário, testemunhas honestas admitem imprecisões na memória e se prontificam em corrigi-las, até mesmo inconscientemente (MELO; MARTINES, 2016).

4. PONTOS POSITIVOS DA INTERPRETAÇÃO DA LINGUAGEM NÃO-VERBAL PELO MAGISTRADO

A corrente de doutrinadores que defendem a tese de que a linguagem não verbal poderia sim ser utilizada em ponderações sobre a prova oral ci-

tam que o juiz não deve se ater as palavras simplesmente, pelo fato de que, na intercomunicação, a fala é algo de menor importância se comparada com as demais expressões do corpo humano, como citado anteriormente. Além disso, defendem que, se for necessário para que se alcance uma decisão justa, poderá ser utilizado, em união com as outras fontes do Direito, já que o objetivo seria alcançar a verdade na sentença processual. Com isso, se o método for visto como um caminho para a verdade, ele deverá ser utilizado nessa situação.

Somado a isso, asseguram que o magistrado não ficaria refém do falso testemunho (que é crime previso pelo Código Penal em seu art. 342), muitas vezes percebido facilmente em depoimentos e testemunhos no processo, já que Justiça não é um teatro, em que os melhores atores são remunerados com grandes caches - pelo contrário, devem ser punidos. Para essa parcela da doutrina, se o juiz notar subjetivamente a ocorrência de falso testemunho, deveria encaminhar o caso para a autoridade competente e desconsiderar essa prova oral que foi elaborada de má-fé.

Assim, os doutrinadores defendem que, se até mesmo desconhecedor das práticas da Psicologia, o homem médio consegue reconhecer sinais de nervosismo e mentiras advindos de amigos e familiares, quanto mais o juiz, acostumado a essas situações e que deverá dar uma sentença, com a possibilidade de condenar um inocente. Essa prática não deveria apenas ser legal, mas obrigatória, já que livraria o magistrado das amarras do crime de falso testemunho. Portanto, pode-se destacar que, mesmo em conversas cotidianas, deve-se levar em consideração o contexto apresentado durante o discurso, e não apenas as palavras e assim também deverá o magistrado valorar positiva ou negativamente o contexto em que o discurso está inserido, observando detalhes de fala, gestos e emoções do depoente ou da testemunha.

Além disso, autores destacam que o Direito não é apenas a valorização da verdade formal, com a aceitação total das palavras no papel, mas é dialética, inteligência, raciocínio, argumentação e observação e, assim, Direito se modifica com a sociedade, com seus costumes e tradições.

Acima de tudo, já que o destinatário da prova é o juiz, ele poderia afastá-la justificadamente, quando achar necessário. O mesmo não é obrigado a aceitar o depoimento em sua literalidade, desconsiderando o mesmo, ou a prova oral que foi produzida por falso testemunho, remetendo os

autos para que a autoridade competente averigue a ocorrência ou não do crime, como citado anteriormente. Com isso, o uiz não precisa ser um psicólogo para decidir e apontar suas decisões. Seu argumento é a decisão do Estado.

Em suma, o testemunho, consoante técnicas atuais, não se reduz a mera declaração através de palavras, mas, de acordo com estudos de Psicologia, o comportamento não exteriorizado por meio oral também se faz necessário para atingir a verdade, como é citado pelos defensores dessa nova prática, que já se mostrou presente em jurisprudências recentes.

5. PONTOS NEGATIVOS DA INTERPRETAÇÃO DA LINGUAGEM NÃO-VERBAL PELO MAGISTRADO

Por outro lado, há doutrinadores que discordam do uso e da interpretação da linguagem corporal durante a elaboração da prova oral. Estes acreditam que os juízes teriam poderes excessivos no processo e, assim, julgariam como "deuses", pelos gestos, e não pelos depoimentos em si, sendo a observação pessoal e subjetiva demais, com a possibilidade de abuso de poder por parte do magistrado. O juiz agiria como "super herói dos quadrinhos", com poderes de "leitura da mente" para os doutrinadores mais radicais, contrários a essa nova prática.

Estes também preveem o surgimento da necessidade de gravar em vídeo as audiências, para evidenciar a incoerência entre o que foi dito e o que foi deduzido da postura corporal, a fim de justificar as sentenças, além da necessidade da criação de um órgão observador das decisões do juiz, para que a decisão de um caso não dependa do bom ou mau humor do magistrado no dia, ou que este esteja atento a certos detalhes.

Além disso, como já destacado, nem sempre uma testemunha consegue se expressar corretamente perante um juiz, pelo medo enraizado socialmente, visto que o juiz é considerado por todos uma pessoa de autoridade. Outro ponto debatido seria que a linguagem corporal não pode ser observada e avaliada por quem não tem conhecimento específico e, como não há ninguém que analise a avaliação feita pelo juiz, essa avaliação da prova oral obtida seria nula, já que não se teria controle sob a atividade do magistrado na ponderação sobre os testemunhos e depoimentos prestados.

Assim, o juiz não teria treinamento suficiente para ser capaz de chegar a uma conclusão definitiva, haja vista que, até mesmo a Psicologia erra frequentemente no tocante a essas avaliações, por não serem um método completamente fiável, dependendo de diversas variáveis e que só se mostraria completamente confiável em situações em que não houvesse influências externas sobre a pessoa, sendo que até mesmo máquinas, como o polígrafo, não têm plena eficácia. Com isso, uma pessoa nervosa pode parecer mentirosa, enquanto um mentiroso patológico escaparia incólume a qualquer verificação, assim, a questão não seria de falso testemunho, mas somente do não convencimento do magistrado com o relato prestado.

Com isso, a testemunha responderia pelo depoimento que prestou em juízo, considerando o conjunto. É natural que o cidadão médio, não habituado a lide forense, se contradiga ou apresente alguns gestos "estranhos", considerando o nervosismo da situação, por ter que lidar com agentes públicos de certa forma temidos pela sociedade, por seu poder.

A somar o fato de que muitos juízes desenvolvem técnicas específicas que refletem em testemunhas ainda mais receosas e nervosas, com ou sem a finalidade de prejudicar a colheita da prova. Para que a testemunha seja bem ouvida é necessário grande paciência por parte do magistrado, e que este estabeleça uma forma de comunicação capaz de deixar o depoente em relativa segurança. Se houver contradições entre informações, incumbe ao juiz esclarece-las e, em casos de gestos ou "trejeitos" que consideram incomuns, deverá o magistrado alertar a testemunha e pedir esclarecimentos dos mesmos.

Outro ponto negativo nessa que seria considerada uma nova "fonte" do Direito é que, na realidade processual, pela tamanha carga e quantidade de processos, poucos são os juízes com tamanha capacidade, conhecimento, imparcialidade e até mesmo interesse e disposição para ler a testemunha e prestar extensiva atenção em seus atos e trejeitos.

Em suma, para essa parcela da doutrina seria inaceitável o uso e a interpretação da linguagem corporal pelo juiz, por se tratar de uma motivação extremamente subjetiva, de impossível confirmação. Seria dizer exatamente aquilo que a prova oral não diz, podendo ser mais prejudicial que benéfica. Além disso, teorias de leitura corporal, quando testadas, não demonstram um número razoável de confiabilidade e, portanto, não haveria "especialistas" de suficiente compreensão sobre o assunto, já que

até mesmo máquinas e psicólogos cometem erros quanto a esse tipo de raciocínio.

6. OS LIMITES ÉTICOS DESSA NOVA FERRAMENTA DE ELUCIDAÇÃO

Ao ponderar os prós e os contras do uso e da interpretação da linguagem corporal na elaboração de provas orais, durante o Processo Civil, também se percebe que, além de limites legais, a discussão encontra problemas éticos do uso ilimitado desse poder por parte do magistrado.

Com isso, o comportamento revelaria pontos importantes da prova oral, sendo que, segundo a Psicologia, grande parte de nossas ações não passa pelo sistema reflexivo, sendo estas automáticas e intuitivas, ou seja, são demonstradas mesmo que a testemunha ou o depoente não queiram. A questão começa a ser debatida na medida em que seria ou não um juiz capaz de perceber a diferença entre um sorriso forçado e um verdadeiro, por exemplo, já que essa pequena decisão terá consequências maiores com o desenrolar do processo.

Disso, os doutrinadores a favor dessa prática asseguram que os juízes deveriam passar por uma capacitação em mecanismos de leitura corporal, para que não despreze esses pequenos detalhes, enquanto os juristas pertencentes à corrente doutrinária contrária asseguram que essa capacitação seria impossível, tendo em vista a própria ineficácia de tais métodos.

Através de discussões, pode-se notar que ambas as correntes desejam, sim, garantir que o resultado da sentença seja justo e verdadeiro. Entretanto, para isso, a prova oral resultante de falso-testemunho deveria ser desconsiderada e encaminhada a autoridade competente, mas a sentença não poderia ser dada pelo juiz *apenas* por causa de um uso indevido de um gesto por parte da testemunha ou depoente.

Assim, o limite ético traça a linha entre a possibilidade de abuso de poder por parte do magistrado e a simples desconsideração de qualquer prova do tipo. A linguagem corporal pode indicar, como dito anteriormente, que algo pode estar errado e que certa situação deverá ser estudada com mais profundidade no processo, mas o método por si só não é suficientemente capaz de condenar ou absolver alguém.

Além disso, a doutrina contrária a esta prática lembra também de que a legislação brasileira não prevê um órgão para vigiar as sentenças e suas motivações. Ora, se cabe ao juiz valorar a prova, é certo que, mesmo sem indicação legal, é capaz de notar gestos ou formas de discursos estranhos. A capacitação dos magistrados a fazê-lo serviria apenas como uma formalização do que já fazem, as vezes até inconscientemente.

Todavia, essa preparação deve levar em conta que apenas a linguagem corporal percebida e interpretada pela subjetividade do juiz não poderá ser a única justificativa para determinada sentença. Já que, se o mesmo acontecer, os personagens processuais ficarão dependentes de escolhas, de humores, da atenção e do raciocínio do magistrado, tornando o resultado do processo extremamente incerto.

7. PARALELO A PAÍSES ESTRANGEIROS E SUAS LEGISLAÇÕES

O debate jurídico sobre a legalidade, eficácia e ética sobre o uso e a interpretação da linguagem não verbal no processo não se limita apenas ao âmbito brasileiro, sendo verificado em praticamente todos os países.

O maior exemplo do mesmo se refere aos Estados Unidos. Nesse sentido, a discussão envolve o uso do polígrafo, muito conhecido como "detector de mentiras", sendo usado em diversas séries e filmes. Sobre isso, Frank Horvarth (cit. in DE MELO & MARTINES, 2016), antigo presidente da Associação Americana de Poligrafia, admitiu em entrevistas que o instrumento não é plenamente preciso. A margem de acerto, segundo Horvarth, é de 90%, de acordo com os defensores do polígrafo, e de 70%, de acordo com seus críticos, ou seja, não há concordância nem mesmo sobre a medida em que essa ferramenta seria eficaz.

O ex-presidente também declara que não existem testes confiáveis para detectar mentiras. O polígrafo, com sua errônea nomenclatura de "detector de mentiras", percebe apenas reações fisiológicas durante o interrogatório, como a frequência respiratória, a atividade das glândulas sudoríparas e a cardiovascular. Com isso, o poligrafo é apenas capaz de fazer indicações de que uma mentira pode estar acontecendo, ou de que o interrogado não está resistindo aos questionamentos.

Portanto, o teste utilizando o polígrafo em ambiente jurídico é vastamente debatido nos Estados Unidos. Segundo a citada Associação, os exames feitos com o uso dessa ferramenta são aceitos nos tribunais de 26 estados e em alguns federais. No restante, foram banidos, com o agravamento de que o simples fato de se mencionar o teste do polígrafo em um tribunal do júri pode acarretar a anulação de todo o julgamento.

Por outro lado, a doutrina americana debate sobre técnicas que poderiam ajudar a, pelo menos, "farejar" mentiras na elaboração de depoimentos e testemunhos. Seria de grande serventia ter o "poder sobrenatural" de detectar mentiras segundo a linguagem corporal, mas é possível aprender técnicas que ajudariam o magistrado a perceber sinais de alerta para uma mentira. No entanto, assim como o polígrafo não ostenta plena eficácia, essas técnicas não poderiam justificar plenamente uma sentença, já que são bastante dependentes da visão e interpretação pessoal do magistrado, mesmo que utilize certo método.

Com isso, essa percepção poderia estabelecer sinais de alerta para o juiz, revelando pontos duvidosos na elaboração da prova oral, indicando apenas em que pontos o magistrado deveria trabalhar mais zelosamente. Entretanto, não são, definitivamente, comprovações de mentiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os fatores expostos e debatidos anteriormente, faz-se necessário notar a importância que o uso e a interpretação da linguagem corporal já tiveram em julgados brasileiros e, por isso, devem ser levadas em consideração pelo legislador, para que defina os limites dessa nova prática, visto por alguns como nova fonte do Direito.

Sobretudo, não se pode negar a relevância da Psicologia Cognitiva e seus estudos, ignorando o falar do corpo. O único questionamento que deve ser feito é sobre a sua transposição para o Direito, cuja pretensão é regular condutas, impondo regras, mantendo a liberdade e, quando necessário, aplicar sanções, de forma mais equânime possível.

Enquanto uma corrente defende que, mesmo que estes comportamentos pudessem ser válidos para efeito da decisão, os mesmos não estão à disposição do juiz, já que, se são irracionais, expressam uma vivência ou experiência pessoal do depoente, sem as quais seriam completamente

destituídos de sentido. Assim, o juiz jamais teria acesso a "verdade corporal", ou seja, não seria capaz de dar a correta interpretação dos gestos e expressões.

Por outro lado, a doutrina favorável a essa interpretação defende que a postura do agente durante a elaboração da prova oral, sendo esta positiva (sorridente, com peito aberto, cabeça para cima) ou negativa (abatido, triste, ombros e canto da boca caídos) é capaz de alterar a percepção dos acontecimentos e sua disposição sobre os fatos. Assim, há necessidade de balancear os dois pontos de vista, resultando na harmonia de ambos os pensamentos.

REFERÊNCIAS

BIRDWHISTELL, R. L. **Kinesics and context**: essays on body motion communication. Philadelphia: UPP (University of Pensylvania Press), 1985.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848**, de 07 de dezembro de 1940.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015.

_____. **Lei n. 8.906**, de 04 de julho de 1994.

EKMAN, P. **Darwin and facial expression**: a century of research in review. New York: Academic Press, 1973.

GAIARSA, J. A. **A estátua e a bailarina**. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

MELO, João Ozorio; MARTINES, Fernando. Detecção de mentiras em depoimentos gera debate e polêmica nos EUA e no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-24/deteccao-mentiras-depoimentos-gera-debate-eua-brasil. Acesso em: 19/05/2021.

NETO, Olavo de Oliveira; NETO, Elias Marques de Medeiros; DE OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **Curso de direito processual civil**: tutela de conhecimento. São Paulo: Verbatim, 2016.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Juiz anula depoimento depois de analisar linguagem corporal de testemunha. **Revista Con-**

sultor Jurídico. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-09/juiz-analisa-linguagem-corporal-testemunha-anula-depoimento. Acesso em: 19 maio 2021.

ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual? *In:* DA **Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual. Acesso em: 19/05/2021.

SILVA, Ailton Amélio da; ENGELMANN, Arno. **Julgamento de expressões faciais de emoções: fidedignidade, erros mais frequentes e treinamento**. 1987.Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987.

SILVA, Lúcia Marta Giunta et al. Comunicação não-verbal: reflexões acerca da linguagem corporal. *In:* **Revista Latino-Americana de Enfermagem**. Ribeirão Preto, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692000000400008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19/05/2021.

STRECK, L. L. Existe montinho artilheiro epistêmico na teoria da decisão jurídica? *In:* **Revista Consultor Jurídico.** 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-18/senso-incomum-existe-montinho-artilheiro-epistemico-teoria-decisao-juridica. Acesso em: 19 maio 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. 465092 SP 2018/0211359-4**. Habeas Corpus. Relator: Ministro FELIX FISCHER. Brasília, 23 ago. 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO**. 01016867020165010018 RJ**. RECURSO ORDINÁRIO. Relator: ENOQUE RIBEIRO DOS SANTOS. Julgamento em 19 maio 2018**.**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. 8ª Turma**. 00201304320185040131**. Recurso Ordinário. Julgamento em 03 jun. 2019**.**

TUCCI, José Rogério Cruz. Produção da prova oral no novo Código de Processo Civil. *In:* **Revista Consultor Jurídico** 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-08/paradoxo-corte-producao-prova-oral-nonovo-codigo-processo-civil. Acesso em: 19/05/2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Ana Flávia Pedroso Silva[95]

INTRODUÇÃO

Em um contexto no qual as últimas tecnologias são inseridas em nosso meio a cada segundo, fica difícil não reparar nos avanços que o homem tem feito a cada segundo para modificar e/ou melhor o modo como vemos cada coisa.

O *e-commerce*, leia-se as plataformas de compra e vendas *on-line*, tem ganhado cada vez mais espaço no nosso dia a dia, uma vez que com a correria da rotina de cada um, recorrer aos sites para realizar compras e recebê-las na porta de casa, tornou-se a melhor solução para aqueles que não podem desprender de horas do seu dia em *shoppings*.

Os influenciadores digitais têm feito essa ponte entre a empresa interessada em vender um produto e/ou serviço e o consumidor por meio das divulgações que eles fazem em suas mídias sociais. Com tamanho impacto convincente, os *influencers* são capazes de te fazer comprar um produto ainda que você não precise dele, pelo simples fato de sua retórica ser boa o suficiente para tanto.

Ao partilharem seu dia a dia, bem como compartilharem diversas publicidades oferecidas por inúmeras empresas, os influenciadores digitais acabam de certa forma "contaminando" seus seguidores com várias propagandas. No intuito de gerarem lucro para a empresa contratante, eles postam em suas re-

95 Graduanda em Direito da PUC/GO.

des sociais determinado produto, que muitas vezes eles não sabem nem de sua procedência, buscando angariar vendas e crescer o próprio nome.

Um mundo de *likes*, visualizações, compartilhamentos, inscrições, patrocínios, enfim um mundo de números, cada seguidor a mais e cada engajamento é um provável benefício que virá por parte das empresas que veem esses números como uma oportunidade para angariar clientes para seus produtos.

Um estilo de vida totalmente distante, pelo menos para a maior parte de seus seguidores, é dividido como se normal fosse. Uma vida de luxo, de constantes viagens, de enorme poder aquisitivo é mostrada como natural para vários seguidores ao longo do país.

Pessoas que passam muitas horas de seus dias e da semana trabalhando para ganhar o mínimo começam a se questionar se aquilo realmente vale a pena. Num mundo onde existem pessoas que com um *publipost*, chamadas assim as propagadas pagas em redes sociais, já tem tudo na mão, dinheiro fácil e uma vida pomposa, há aqueles que tentam se inspirar para que a própria vida talvez possa tomar tamanha proporção.

E é sob a égide do Código de Defesa do Consumidor que este artigo vem tratar sobre a responsabilidade civil do influenciador digital. Ao propagar um produto com fins monetários, acaba, entretanto, afetando a saúde mental e física de seus seguidores.

Outrossim, será explorado outros meios, tais quais as regras do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), o Código Civil Brasileiro e o próprio Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de melhor esclarecer a responsabilização pelo alastramento de produtos indevidos ou sem conhecer sua proveniência.

1. OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E O SÉCULO XXI

Hoje em dia são denominados influenciadores digitais todos aqueles que através das suas mídias digitais fazem determinadas propagandas para empresas no intuito de impulsionar suas vendas.

Com enorme credibilidade, os influenciadores acabam angariando muitas vendas para diversos tipos de lojas existentes, e esse tipo de publicidade é hoje o principal meio das empresas propagarem seus produtos para todo um público.

No momento atual qualquer um pode ser um influenciador digital, basta que tenha certo número de seguidores nas redes sociais, que tenha uma oratória convincente e que, por fim, receba produtos e/ou um valor pecuniário da empresa interessada pode se tornar um influenciador.

Ao compartilharem o dia a dia, seu estilo de vida, o que vestem, o que comem, o que usam e muito mais, os *"influencers"* acabam ganhando a confiança do seguidor, a partir desse momento a pessoa que o acompanha se sente perto de sua rotina diária. Logo, quando este faz algum marketing para determinada empresa, os seguidores realmente acreditam que aquele é um bom produto por estar sendo divulgado por pessoa de tamanha relevância no mundo digital.

Com o passar dos tempos o tipo de propaganda que existia a 5 ou 10 anos atrás, ou até menos passou a ser totalmente obsoleta. Situações que a pouco tempo atrás tinham muita disputa, como por exemplo divulgações por meio de outdoors, rádio ou televisão, hoje não passam de meios ultrapassados.

E é ai onde entram os influenciadores digitais, pessoas que inicialmente não tinham isso como profissão mas tinham credibilidade pelo carinho que transmitiam aos seus seguidores. Entretanto, não precisou de muito tempo para que as divulgações nas mídias sociais propagadas por eles passassem a serem reconhecidas como uma profissão.

Provavelmente a palavra "engajamento" foi a palavra mais pesquisada, dita e ouvida também nos últimos anos. Com a simples definição que significa angariar, ela fora e é muito utilizada no meio digital para que os empresários que desejam contratar algum influenciador, veja quais são seus números, a quantidade de pessoas que ele pode atingir através de uma divulgação.

Hoje há influenciadores das mais diversas formas, aqueles que divulgam produtos, serviços, coisas relacionadas a moda e beleza, de nutrição, de exercícios físicos, conteúdo de humor, de estudos etc. As marcas interessadas em divulgar seus produtos procuram àquele *influencer* que mais se encaixa em seu perfil de produtos e estes celebram acordo de propagandas.

2. DA RELAÇÃO CONSUMERISTA

A atividade realizada pelos influenciadores digitais é assim denominada de *publipost*, o que seria caracterizada como anúncio publici-

tário. E no que tange os anúncios publicitários, estes são bem caracterizados e reconhecidos pelo Código de Defesa do Consumidor em seus artigos 30 a 35. É mostrado que tudo aquilo que se faz propaganda deve ser cumprido, a partir do momento que um anunciante divulga determinado produto prometendo algum tipo de benefício, este deve ser cumprido.

A obrigação de cumprir para com aquilo que foi propagado para o consumidor é protegida pelo CDC (código de defesa do consumidor), entretanto discute-se também a responsabilidade do influenciador que postou determinado produto em suas redes sociais, porém o produto não entregou o resultado pretendido.

O consumidor neste momento é a figura que deve ser protegida frente a inúmeras propagandas, boas ou não, que podem o influenciar a consumir um produto, mesmo aquele não necessitando deste. E é no artigo 4º do CDC, inciso I que se reconhece essa vulnerabilidade do consumidor:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

E é diante desta constatação da fragilidade do consumidor que deve haver intervenção com força de lei que o preserve frente a estes problemas.

Acontece que, por mais que venham a existir milhares de influenciadores pelo Brasil a fora, o mundo dos *"influencers"* é tão grande e vasto que ficaria difícil fiscalizar e responsabilizar os mesmo por qualquer dano ocorrido a algum seguidor.

Ocorre que existe um vergonhoso ganho por traz daquele seguidor que se encontra em situação de vulnerabilidade, ele se torna indefeso a partir do momento que é influenciado a adquirir produto pelo simples fato de comprar, quando na verdade este consumidor está apenas alavancando a conta bancária de determinado famoso que divulgou aquele pro-

duto e/ou serviço. Esta publicidade repulsiva vira no final das contas um grande montante na conta daquele a divulgou.

Mesmo diante das dificuldades expostas de fiscalização e da falta de leis que tratem especificamente do tema, essas questões devem ser tratadas com seriedade e com atenção, afinal, há sempre alguém que está tirando benefício, seja ele pecuniário ou não, de um consumidor frágil.

E é diante de tanta repercussão acerca desse tema, que o fato tem chamado a atenção do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária). O CONAR é uma organização, sua função é impossibilitar a propaganda enganosa e/ou abusiva, e que tal situação não ponha o consumidor em situação vexatória.

Hoje em dia, qualquer cidadão pode fazer uma denúncia ao CONAR, basta apenas que esta seja identificada. As denúncias anônimas não são consideradas para fins de análise e julgamento.

A partir do momento que o CONAR recebe uma denúncia de propaganda que por algum motivo esteja fora dos padrões, este pede a alteração da mesma. Porém há também o direito por parte das empresas de se retratarem diante de uma denúncia, afinal esta pode também ser fundada em inverdades.

Graças ao CONAR e a atitude de muitas pessoas que não compactuam com alguma propaganda feita, as denúncias têm surtido efeito. E cada vez mais ações como essas podem fazer com que o publicitário vá se adequando e respeitando o espaço e o direito do outro.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A polêmica vem da situação onde um produto e/ou serviço é divulgado pelo influenciador digital, porém, não atende as expectativas desejadas, seja em questão da expectação, da peculiaridade do produto, da qualidade, da utilidade, da vida útil dele, entre diversos outros problemas.

E vem-se o questionamento se há responsabilidade jurídica do influenciador, visto que este fez a propagação de produto que não era bem aquilo que se mostrava ser. Há julgado de 2020 na qual o Estado do Rio de Janeiro, no processo de número 0019543-02.2019.8.19.0007, condenou uma influenciadora digital a indenizar uma seguidora que adquiriu um celular que a *influencer* divulgou, porém nunca recebeu o pedido.

O caso em tela se tratava de golpe sendo aplicado em todo Brasil, a Autora do processo recorreu à justiça pleiteando seus direitos pois tinha caído num golpe por culpa exclusiva da Ré que divulgou uma loja, e que esta usou de sua influência no mundo digital para atingir seus seguidores.

Acontece que casos como estes tratado podem ser muito comum no meio digital, visto que inúmeras propagandas estão sendo feitas por partes desse grupo de pessoas e nem sempre aquilo que eles divulgam tem uma procedência boa, nem sempre a empresa que pede a propaganda está agindo de boa-fé.

O juiz Rafael da Silveira Thomaz ainda opinou no caso 0019543-02.2019.8.19.0007, afirmando que embora este não concordasse que há relação de consumo da influenciadora para com sua seguidora, aquela deveria responder objetivamente pelo dano causado na tentativa de compra do produto que fora mal-sucedida. Com base no artigo 927 do código civil que assim versa:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Logo, embora ele entenda pela não relação de consumo, a influenciadora teria que indenizar pelo simples fato de ter persuadido uma seguidora a comprar objeto que a levou a golpe. Acredita-se que se ela não tivesse feito a propaganda, afinal a Autora soube da promoção através de anúncio da Ré, aquela não teria sido levada a cair em golpe. E como o ato se refere a atividade frequente e que gera proveitos pecuniários à influenciadora, deve ela responder pelos danos causados.

Apesar desse tipo de propaganda ser baseada em confiança, na credibilidade que determinada pessoa tem em divulgar algum produto, é ai onde deve existir responsabilização jurídica. Negócios baseados em confiança devem ter uma atenção ainda maior, visto que pode haver alguém que uma hora queira fazer algum tipo de mal para os consumidores, deixando-os em situação de vulnerabilidade frente a propaganda enganosa.

Em suma, ao comporem o ramo de trabalho que tange ao consumo, que toca os consumidores, o trabalho dos influenciadores deve sim ser regulamentado e ditado pelo Código de Defesa do Consumidor. Estes devem também observar os princípios fundamentais que norteiam o direito do consumidor, afinal de contas, qualquer problema jurídico que estes venham a ter por alguma propaganda de cunho duvidoso, estas serão analisadas e julgadas diante do CDC.

4. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, buscou-se apresentar a questão, no entanto, sem findar o tema, uma vez que a ideia aqui debatida é nova e ainda carece de leis e normas que tratem expressamente do tema. Há ainda inúmeras garantias e direitos fundamentais a serem acrescidos para que haja definitivamente uma responsabilização civil para aqueles que de certa forma atingem e influenciam seus seguidores de modo a prejudicá-los material ou mentalmente.

O principal aspecto aqui analisado fora a responsabilidade civil do influenciador digital. A partir do momento em que ele, conhecendo ou não da procedência do produto ou serviço que está divulgando, expõe algum tipo de golpe ou propaganda enganosa, deve o *influencer* responder pelos danos causados a algum seguidor que possa ter vindo a cair em infortúnio em decorrência de ter seguido "conselhos" apresentados nas rede social daquele.

A responsabilização civil dos influenciadores digitais é ainda matéria para muitas discussões futuras. É um tópico de grande relevância atualmente, porém justamente por ser um tema relativamente novo ainda há muito a ser aperfeiçoado.

É pertinente evidenciar que neste artigo não se buscou dizer que os influenciadores devem ser reprimidos de alguma forma, muito pelo contrário, o trabalho realizado por eles é de grande valia e funcionam como ótimas dicas para milhares de pessoas. Acontece que, diante de tantas pessoas mal-intencionadas, é necessário que haja um controle por parte das autoridades competentes para que tamanha divulgação de produtos e/ou serviços não venham causar graves danos àqueles que os acompanham.

Não só as autoridades competentes devem observar tais ilícitos, mas também os próprios consumidores podem ajudar nessa problemática que os atinge. A partir do instante que se observa propaganda de cunho duvidoso ou que venha a tentar ludibriar alguém para incidir em erro, ao consumidor é permitido buscar o judiciário e fazer a devida denúncia.

É considerável pontuar que o consumidor é a parte mais vulnerável numa relação de consumo, e este está à mercê de toda e qualquer divulgação que venha a aparecer diante de seus olhos nas telas de aparelho celular, televisão, dentre outros. Portanto, resta claro que o Código de Defesa do Consumidor, o CONAR, e os próprios consumidores devem ficar sempre atentos a qualquer tipo de ação que os possa influenciar e ludibriar para incidir em erro. E que estes, por fim, não hesitem em realizar as devidas denúncias quando assim for necessário.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daiana Mourão de. A responsabilidade civil objetiva dos influenciadores digitais. **Conjur**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-20/daiana-andrade-responsabilidade-influenciadores-digitais. Acesso em: 10 mar. 2021.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico.** 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil II.** 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

AZEVEDO, Marina Barbosa; MAGALHÃES, Vanessa de Pádua Rios. A Responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços divulgados nas redes sociais. **Âmbito jurídico.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-consumidor/a-responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais-pelos-produtos-e-servicos-divulgados-nas-redes-sociais/. Acesso em: 04 mar. 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor: parte material, parte administrativa – coleção esquematizada.** 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. **Código Civil Brasileiro, Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002,** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Código de Defesa do Consumidor (1990).** Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 11 mar. 2021.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro, Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015,** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988,** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

COELHO, Beatriz. Metodologia científica: aprenda como delimitar na sua pesquisa. *In:* Mettzer. Disponível em: https://blog.mettzer.com/metodologia-cientifica/. Acesso em: 17 mar. 2021.

CONAR, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 15 de fevereiro de 2021.

DIAS, Lucia Ancona de Magalhães. **Publicidade e direito.** 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito.** 7. Ed. São Paulo: RT, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 26. Ed. São Paulo: saraiva, 2017

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** V. 7. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.** 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FONSECA, Letícia. Entenda o que é o CONAR, como ele realmente atua e a sua importância na publicidade nacional. **Rockcontent**. Disponível em: https://rockcontent.com/br/blog/conar/. Acesso em: 21 de março de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 4º Volume. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOUVEIA, Marco. Influenciadores digitais: a nova profissão do século XXI. **Influenza**. Disponível em: https://www.influenza.pt/influenciadores-digitais/. Acesso em: 12 mar. 2021.

GRUNER, Anna Carolina. Influenciadores digitais e a responsabilidade jurídica por suas mensagens publicitárias. **JusBrasil**. Disponível em: https://annagruner.jusbrasil.com.br/artigos/877801384/influenciadores-digitais-e-a-responsabilidade-juridica-por-suas-mensagens--publicitarias. Acesso em: 05 mar. 2021.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR, Celso Ferrarezi. **Guia do trabalho científico: do projeto à redação final.** São Paulo: Contexto, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do consumidor.** 10. Ed. Forense. 2020

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica.**7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, Francisco Tarciso. **Metodologia científica, métodos e técnicas de pesquisa (monografias, dissertações, teses e livros).** 4. Ed. Ideias & letras, 2014.

LVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, João Paulo Haddad precisamos falar dos digital influencers. **meio&mensagem**. Disponível em: https://www.meioemensagem.com.br/home/opiniao/2017/10/26/precisamos-falar-dos-digital-influencers.html. Acesso em: 09 mar. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. A responsabilidade civil do influenciador digital pela sua comunidade. *In:* Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-out-20/martins-responsabilidade-civil-influenciador-digital. Acesso em: 07 mar. 2021

MATTAR, João. **Metodologia científica na Era digital.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDEIROS, João Bosco; Tomasi, Carolina. **Redação de artigos científicos.** São Paulo: Atlas, 2016.

MELO, Marco Aurélio Bezzera de. **Direito civil, responsabilidade civil.** 3. Ed. Forense, 2018.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

NEIVA, Pedro. A responsabilidade civil do influencer digital e a vulnerabilidade do consumidor. *In:* Migalhas. Disponível em: https://www.

migalhas.com.br/depeso/324535/a-responsabilidade-civil-do-influencer-digital-e-a-vulnerabilidade-do-consumidor. Acesso em: 27 fev. 2021.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer pesquisa qualitativa.** 7. Ed. Petrópolis: Vozes, 2018.

PEZZOTTI, Renato. Como funciona o conar? Para que serve? Como denunciar uma publicidade? **Uol**. Disponível em: https://economia.uol.com.br/faq/como-funciona-o-conar-para-que-ele-serve-como-fazer-uma-denuncia.htm#:~:text=O%20Conar%20%C3%A9%20a%20sigla,em%20S%C3%A3o%20Paulo%2C%20em%201980.&text=Sua%20principal%20miss%C3%A3o%20%C3%A9%20impedir,a%20liberdade%20de%20express%C3%A3o%20comercial. Acesso em: 15 mar. 2021.

RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responder por golpe dado por loja que indicou. *In:* Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/influenciadora-digital-responde-golpe-loja-indicou. Acesso em: 20 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHNEIDER, Ari. **Conar 25 anos, ética na prática.** Ed. 1. 2005.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 24. ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SILVA, Daniel Teixeira da. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. *In:* Conteúdo jurídico. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55665/responsabilidade-civil-dos-influenciadores-digitais. Acesso em: 07 mar. 2021.

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes da Silva. Influência da publicidade na relação de consumo. *In:* Jus. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/4982/influencia-da-publicidade-na-relacao-de-consumo. Acesso em: 15 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 9. ed. São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor.** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil.** V. 4, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

AS INOVAÇÕES DO PACOTE ANTICRIME: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSÍVEL RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL

Flavio Carvalho dos Santos[96]
Necéssio Adriano Santos[97]

INTRODUÇÃO

Este artigo tem o objetivo de discutir a alteração na ação penal do crime de estelionato trazido pelo pacote anticrime, especificamente no tocante a possibilidade da retroatividade da lei para beneficiar o agente. Partindo desse contexto, surgiu a seguinte problemática: é possível que a lei penal retroaja, em se tratando de ações penais em curso, visto que a norma que trata da ação penal possui um caráter aparentemente híbrido?

A hipótese é que por estarmos diante de uma norma híbrida existe a possibilidade de retroagir para beneficiar o réu. A metodologia aplicada foi a hipotética dedutiva, através da consulta em livros especializados, artigos científicos e posicionamento dos tribunais superiores. Buscou-se autores renomados, além de obras clássicas e revistas indexadas em portais confiáveis.

96 Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE).

97 Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professor Universitário do Curso de Direito da FANESE.

O texto está dividido em dividido em três partes. A primeira discorre sobre o estelionato enquanto tipo penal, trazendo suas características e elementos necessários. A segunda parte discorre sobre a ação penal, enfatizando a mudança trazida pelo pacote anticrime, caracterizando a norma penal híbrida e sua aplicabilidade, além da posição da doutrina e dos tribunais superiores. Por fim, buscou-se analisar a insegurança jurídica e o paralelo com os direitos humanos.

1. DO ESTELIONATO

A trapaça não é algo novo na humanidade, tendo vários registros históricos. Nas relações sociais, podemos encontrar pessoas que usam a fraude por diversos motivos, como: para encobrir seus verdadeiros sentimentos; com a intenção de ocultar ou falsificar a verdade de alguma forma; para obter a vantagem; dar a impressão ser o que não são; passar a falsa impressão de felicidade, sucesso social e econômico (GRECO, 2019).

O estelionato é um crime que tem como característica o emprego de fraude, sendo que o agente, através de alguma artimanha, engana a vítima e a convence a entregar-lhe um certo bem, empregando algum artifício, ardil ou qualquer outra fraude (GONÇALVES, 2021).

Segundo Cunha (2021), o estelionato possui como objetividade jurídica a proteção do patrimônio da pessoa enganada. Por ser um crime comum, possui como sujeito ativo qualquer pessoa que cometa o ilícito. E como sujeito passivo qualquer pessoa que sofra a lesão patrimonial ou que tenha sido enganada pela ação fraudulenta empreendida pelo agente, sendo necessário que a vítima tenha capacidade para ser enganada, pois, do contrário, poderíamos estar diante de outro crime, como o abuso de incapazes.

Existem elementos essenciais para a característica do estelionato, como: (1) a fraude, utilizada pelo agente para induzir, criando uma falsa percepção da realidade ou manter a vítima em um erro, aproveitando-se do engano espontâneo; (2) vantagem ilícita, entendida como ilícita, qualquer utilidade ou proveito de ordem patrimonial, que o agente venha a ter sobre a vítima; e (3) prejuízo alheio, que corresponde à vantagem indevida obtida pelo agente. Então, de acordo com o tipo penal do estelionato, para a consumação do delito é preciso o uso da fraude, seguido da obten-

ção de vantagem indevida que cause uma lesão patrimonial de outrem. Sendo que a ausência de qualquer desses elementos configura tentativa (CUNHA, 2021).

Para Gonçalves (2021), é indispensável que o agente empregue o artifício, ardil ou outra fraude com a finalidade de induzir ou manter a vítima em erro. Ressalte-se ainda que para que ocorra o estelionato se pressupõe um duplo resultado: o prejuízo da vítima e a vantagem do agente, que ocorrem concomitantemente. Entretanto, quando apenas a vítima sofre o prejuízo e o agente não consegue a vantagem pretendida, estamos diante de um crime tentado.

2. AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTELIONATO E AS MUDANÇAS COM O PACOTE ANTICRIME

O projeto de Lei n. 882/2019, encaminhado ao Congresso Nacional, pelo então ministro da justiça Sergio Moro, propôs uma série de mudanças substanciais no direito penal brasileiro. Entre elas podemos enfatizar a inclusão do parágrafo 5°, no Artigo 171 do Código Penal, alterando a ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para um crime de ação penal pública condicionada a representação. No entanto, as exceções foram fixadas nas hipóteses assim referidas na lei, quais sejam: contra a Administração Pública direta ou indiretamente, contra crianças e adolescentes, pessoas com deficiências mentais, pessoa com mais de 70 anos ou incapazes, permanecendo a ação criminal da iniciativa pública incondicional (SOARES, 2019). Nesse sentido, dispõe Gonçalves (2021):

> A Lei n. 13.964/2019 introduziu o § 5º no art. 171 do Código Penal, passando a prever que, no crime de estelionato, a ação penal é pública condicionada à representação, exceto se a vítima for a Administração Direta ou Indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos ou incapaz. Nessas últimas hipóteses, a ação é incondicionada (GONÇALVES, 2021, p. 972).

A nova disciplina da ação penal no crime de estelionato (art. 171, § 5º, do CP), introduzida pela Lei n. 13.964/2019, passou a ser, geralmente, um crime de ação penal pública condicionada a representação. Por ser

uma nova lei mais benigna para o réu deve retroagir. Sendo necessário que os juízes e tribunais suspendam o feito e intimem a vítima para que se manifeste, pois a ela se aplica em grau recursal. Apesar da nova lei não prever o prazo para a manifestação da vítima, pensamos ser plenamente aplicável o prazo de 30 dias previsto no artigo 89 da Lei n. 9.099, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Daí podemos ter dois efeitos práticos: (1) se a vítima representar no prazo, a ação prossegue; e (2) se não representar dentro do prazo ou se manifestar expressamente no sentido de renunciar ao direito de representar, a ação será extinta (LOPES JUNIOR, 2020). Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia [...] Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 (STJ — HC 583.837/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 4-8-2020, DJe 12-8-2020).

Em sentido contrário, Gonçalves (2021) discorre que essa modalidade de ação penal (pública condicionada à representação) vale para o estelionato comum previsto no art. 171, caput, do CP, e para as demais modalidades do § 2º. Entretanto, ressalte-se que pelo fato de as normas de caráter processual penal terem aplicação imediata, não é necessária a representação em relação às ações penais que já estejam em curso. Ou seja, que já a denúncia já tenha sido recebida quando a nova lei entrou em vigor. Entretanto, a representação será imperiosa quando se tratar de estelionatos que ainda estejam em fase de inquérito policial.

Segundo Streck (2018), apesar de existirem grandes doutrinadores, o que seria da humanidade sem a divergência? A divergência é mais que

saudável, sendo uma das bases de construção da hermenêutica jurídica, moldando, através de pensamentos oposto a linha de entendimento para uma conclusão.

2.1 RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA, E A NATUREZA HIBRIDA DO PARÁGRAFO 5ª DO ART. 171 CP

Sabe-se que as normas materiais devem seguir a regra de impostas no artigo 5º, XL da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que traz o princípio da irretroatividade como base, proporcionando uma exceção à retroatividade, quando o padrão de lei é benéfico. As normas materiais destinam-se a assegurar direitos ou garantias (CARNELUTTI, 1995).

O entendimento majoritário da lei processual, em sua grande parte dos casos, é que em regra, conforme o artigo 2º do CPP, as modificações são aplicadas de forma imediatamente, no mesmo momento da publicação da nova norma, aplicando-se o princípio do tempus *regit actum* (DE BRITO, 2014).

As normas processuais regulam os procedimentos ou a forma dos atos processuais e suas atuações. Como exemplo, cita-se a forma de arquivar as investigações ainda nascendo nas delegacias policiais, na forma de inquérito policial, conforme previsto no artigo 28 do CPP, após alteração do pacote anticrime. Já as normas híbridas ou mistas são aquelas que trazem conteúdo processual e material. Podemos tomar como exemplo o artigo 366 do CPP, que trata tanto da parte processual (suspensão do processo), como da parte material (suspensão da prescrição). Como não há como fazer a divisão e/ou separação das normas, aplica-se a regra do artigo 5º, XL da CF/1988, retroagindo em caso de ser mais benéfica (BASTOS, 2012).

Observando o crime de estelionato, antes da publicação da lei 13.964/19, o tipo penal tinha como condição, para prosseguimento da ação, a incondicional vontade do ofendido ou vítima. O simples conhecimento do fato pelas autoridades competentes já era suficiente para início dos procedimentos (CUNHA, 2020).

Em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

> A Lei 13.964/2019 inseriu no art. 171 do Código Penal o § 5º, determinando que o delito de estelionato 'somente se procede me-

> diante representação', elencadas hipóteses de exceção. Da leitura do dispositivo, verifica-se que se trata de norma de conteúdo processual, razão pela qual não será possível retroagir no presente caso [...]. Portanto, se ao tempo do fato não era exigida a representação da vítima o processo seguiu o figurino legal à época, atendendo-se à determinação do art. 2º, do Código de Processo Penal (STF — ARE 1.230.095 AgR, Rel. Gilmar Mendes, 2ª Turma, julgado em 24-8-2020, DJe-218 divulg. 31-8-2020, public. 1º-9- 2020);

Nestor Távora (2018), reconhecendo a importância do presente tema, defende a aplicação de uma solução para o perfeito ajuste e aplicação da norma mista ou híbrida, observando os preceitos constitucionais.

2.2 MODO DE APLICAÇÃO DA NORMA PENAL HÍBRIDA

A doutrina majoritária traz um tratamento diferente para as normas processuais e matérias, sendo que de fato as normas processuais têm a sua aplicação de forma imediata, já o direito material não alcança a coisa julgada, sendo que, em casos específicos, seria possível tal fato (RODRIGUES, 2006). Entretanto é preciso destacar a aplicabilidade da norma híbrida.

De modo que a norma penal híbrida tem suas características mistas, transitando tanta pela esfera processual como na esfera material, percebe-se o direito como uno e indivisível. Sendo a norma híbrida um reflexo dessa união, sem limites de pensamentos, orientado pela jurisprudência e seus operadores, dando a hermenêutica jurídica um dos pilares mais importante do seu direcionamento (DE BEM, 2013).

É imperioso deixar claro que o direito, em sua formação, possui a junção de três pilares fundamentais, quais sejam: fato, valor e norma. A sociedade tem os seus valores que serão a medida daquilo que é certo ou errado socialmente. Caso aconteça algum fato que seja contrário aos valores da sociedade, poderá gerar um sentimento de repressão e descontentamento. Sendo em sua última instância a positivação de uma lei que regule e direcione os agentes ao caminho aceito socialmente, ou ao caminho do valor comum social (REALE, 2003).

Ao tratar sobre a aplicação da lei penal híbrida, se faz importante mencionar que segundo o artigo 3º do CPP, fica claro que a lei processual penal se aplica de forma imediata, sendo que não pode haver prejuízo de validade dos atos praticados, sob nenhuma forma, ao tempo dos realizados sob o domínio da lei anterior. Seria esse então o chamado do princípio do *tempus regit actum*, ou princípio da aplicação imediata. Sendo os pilares sociais os formadores da nova lei, nesse sentido, como é lei e consequência de fato novo e valorado pela sociedade de forma diferente da anterior, sendo nova, se tem a ideia que e mais efetiva (MIRABETE, 1997).

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem--se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade (STJ — HC 573.093/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 9-6-2020, DJe 18-6-2020).

Diante das normas mistas, em que se observa características de normas diferentes (processual e material) e seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entende-se que a norma mista deverá retroagir se for mais benéfica ao agente, gerando, assim, consequências aos fatos e aplicações em ambas às esferas em que esse direito se ramifica (MARINHO, 1965).

Nesses casos, pode-se ainda alicerçar o entendimento em texto constitucional de que a lei que acabou de nascer deve retroagir, sendo benéfica

ao acusado, deixando de ser aplicada, quando esta se confrontar com coisa julgada e ato jurídico perfeito (REIS & GONÇALVES, 2015).

2.3 DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Tudo na vida tem seu prazo e sofre ação do tempo. E assim também acontece com as normas e seus efeitos. A partir daí, surge a preocupação do homem a respeito do tempo, visando a segurança jurídica. Desta forma, é salutar a abordagem e justificação da aplicação e contagem dos prazos decadencial e prescricional, traçando os seus aspectos gerais, focando em suas características mais marcantes, pelas quais se diferenciam um do outro (MARTINS, 1976).

Segundo Martins (1976), prescrição é quando se perde a vontade de exigir ou pedir de alguém um determinado comportamento; é a perda do direito à vontade em razão do passar do tempo. Já a decadência é a perda de um direito que não foi exercido pelo seu titular no prazo previsto em lei; é a perda do direito em si, em razão do passar do tempo (MARTINS, 1976).

As diferenças de efeitos produzidos pela prescrição e pela decadência na doutrina são os seguintes: a) A prescrição extingue somente o direito de ação, a decadência extingue o próprio direito; b) O curso da prescrição pode ser suspenso, o da decadência não; é fatal; c) O curso da prescrição pode ser interrompido, o da decadência não; d) A prescrição atinge direitos patrimoniais e alienáveis, a decadência não; e) A prescrição ocorre contra pessoas certas e determinadas, a decadência corre contra todos; f) A prescrição não pode ser renunciada senão depois de consumada, o prazo de decadência pode ser diminuído ou não antes de seu término, conforme o caso, não podendo ser renunciada após o seu término; g) A prescrição não opera ipso jure, o juiz não pode de oficio conhecer, o contrário acontece com a decadência; h) A prescrição advém da lei, a decadência pode advir também de determinação do juiz ou de ato jurídico (unilateral ou bilateral, gratuito ou oneroso); i) A prescrição só é alegada em exceção, isto é, como matéria de defesa, a decadência pode dar lugar à ação; j) Na prescrição há um único sujeito de direito, na decadência há dois: um titular de direito permanente, outro de um direito efêmero, a curto prazo.

Diferenciados os termos, fica mais fácil o entendimento de que quando a própria lei exige a representação da vítima, se torna difícil a *persecutio criminis*, desde o princípio, pois fica o estado policial impedido de realizar qualquer tipo de investigação criminal. Assim, se uma norma posterior passa a exigir que a instauração da ação penal dependa do oferecimento da representação da suposta vítima, trata de forma mais que óbvia de um dispositivo mais benéfico para o suposto autor do delito, sendo assim mais que necessária sua aplicação de forma imediata (ZAFFARONI, 2003).

Logo, em relação às atuais ações criminais cujas acusações são estruturadas na lei anterior, temos que reconhecer de imediato as modificações trazidas na nova lei fornecendo, assim, embasamento para que os inquéritos policiais e os procedimentos judiciais, em qualquer instância, devem, de pronto, ser suspensos os procedimentos e determinar que a vítima (ou seus sucessores legais) caso seja informado, tem o interesse em oferecer uma representação. É uma regra de matéria criminal, sendo assim mais vantajoso, que requer sua aplicação para processos excepcionais, tendo assim que se tenha especial atenção à coisa julgada, pois se já houve o trânsito em julgado não se pode cogitar de retroatividade, porque não se pode desfazer a coisa julgada a não ser com as devidas condições legais, só podendo ser aplicada a processo não encerrado (DINAMARCO, 2001).

2.4 EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO, DA LEGITIMIDADE E POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Não se pode falar em dar início a uma ação penal sem ter ao menos as condições necessárias para dar a partida. É preciso trilhar caminhos previamente ajustados através do código processual penal, sempre à luz do texto constitucional (GOMES,1999).

> Segundo o pensamento majoritário, as condições da ação não integram o mérito da causa, mas são condições para que exista uma manifestação sobre ele. Assim, questões como ilegitimidade de parte ativa ou passiva (negativa de autoria), não ser o fato criminoso ou estar ele prescrito circunscrevem-se às situações previstas no art. 395, II, do CPP, impedindo a manifestação sobre o caso

> penal (mérito) em julgamento. Também encontramos a ausência de condições da ação nas causas de absolvição sumária, no art. 397, demonstrando o quão próximo estão do mérito, ou seja, do caso penal (elemento objetivo da pretensão acusatória). Quanto às condições da ação, a doutrina costuma dividi-las em: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido (LOPES JUNIOR, 2021, p. 334).

De acordo com art. 267, artigo VI, do código do processo civil brasileiro, se as condições da ação não estiverem presentes, este deve ser extinto de mérito, sendo que tal artigo traz importante fundamento para a ação processual (SILVA, 2013).

3. INSEGURANÇA JURÍCA X DIREITOS HUMANOS

As relações sociais em tempos de globalização se caracterizam pela instrumentalização do homem pelo homem, o que é incompatível com o reconhecimento do outro como um igual. Assim, a globalização conduz ao processo de fragmentação social, esvaziando o indivíduo como unidade moralmente relevante de ação (SCHAEFER, 2009).

A cidadania e as identidades individuais, nacionais e cívicas são paulatinamente substituídas por uma identidade organizacional acima de qualquer sentimento nacionalista. Nesse contexto, os espaços públicos passam a ser influenciados outros fatores e não mais pela política estatal, gerando uma tensão entre Estado e o povo, que podemos chamar de insegurança jurídica (SCHAEFER, 2009).

Como o Direito é o principal instrumento de regulação estatal, acaba sofrendo uma forte influência das transformações sociais. A globalização fomenta a redução do debate político e aumenta as formas de exclusão social, afastando cada vez mais o cidadão do centro decisório (SCHAEFER, 2009).

Nos ensinamentos de Flavia Piovesan (2019), na globalização, domina um cenário no qual possui um sistema em que muitos daqueles que são afetados pelas decisões são deixados praticamente sem voz. Assim, é imperioso transformar algumas das regras que governam a ordem internacional, com um novo multilateralismo por meio de reformas que prio-

rizem os direitos humanos, fortalecendo a democracia, a transparência e a *accountability* das instituições públicas, de maneira que seja ampliada a participação da sociedade civil.

O desenvolvimento da globalização exige uma nova ordem jurídica que inclua os direitos humanos e uma nova ordem jurídica constitucional com relação aos direitos fundamentais. Os direitos humanos e os direitos fundamentais indispensáveis à formação e manutenção de um Estado Democrático de Direito e qualquer violação a esses pressupostos deve ser caracterizada como uma afronta à ordem democrática (SCHAEFER, 2009).

Em decorrência da indivisibilidade dos Direitos Humanos, a violação aos direitos instituídos em um estado democrático de direito fomenta a violação de todo o ordenamento jurídico. A efetiva proteção dos Direitos Humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas e casuísticas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão. A implementação dos Direitos Humanos requer a universalidade e a indivisibilidade desses direitos, reconhecendo os preceitos instituídos pela Carta Maior (PIOVESAN, 2019).

Não se deve buscar a punição a qualquer custo. É preciso priorizar a educação e ressocialização do agente. Nem sempre temos que atuar com a cultura do crime e castigo. O estelionato, por exemplo, tem baixo potencial lesivo, em sua maioria, e nada mais comum seria aproveitar a situação da falta de representação em muitos casos, para devolver o direito ao convívio social de muitos apenados, que em alguns casos estão em prisões cautelares, estão em prisões ou nos depósitos humanos estatais da escoria social (BITENCOURT, 2021).

Não se pode deixar os agentes no limbo da insegurança jurídica, porque é uma afronta aos direitos humanos e a todo ordenamento jurídico. Já que os direitos humanos são um conjunto de normas e procedimentos que permitem que uma pessoa tenha direitos considerados inelegíveis, como o direito à justiça, liberdade e igualdade, para que se possa viver e existir. Desta forma, eles servem para proteger a condição humana de cada indivíduo (COMPARATO, 1998).

No pensamento de Streck (2018), nada melhor que a dúvida. Ainda mais quando reflete o estigma humano de pensar e criar. A dúvida e a fonte geradora das perguntas que nos ajuda a encontrar a solução. Assim

sendo, quando há dúvida em relação a qual caminho a seguir, diante de uma nova norma implementada, cabe aos operadores do direito criar as soluções hermenêuticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova norma trazida no crime de estelionato tem características de norma híbrida ou mistas, transitando tanta pela esfera processual como material. Sendo o direito algo indivisível e que deve seguir a dinâmica social, a nova norma deve respeitar o texto constitucional e retroagir para beneficiar o agente.

Esses pilares dão a sustentação necessária para fazer o direito se modificar com as mudanças dos valores morais da sociedade. Entretanto, cabe aos operadores do direito modular e ajustar as leis emanadas do povo.

Conforme foi exposto, podemos observar que a alteração da ação pública incondicionada para pública condicionada, ainda está sendo absorvido pela doutrina e jurisprudência, possuindo tanto divergências entre doutrinadores, quando entre os tribunais superiores.

É preciso ver o direito com um olhar da justiça restaurativa. E desmistificar que a punição é a resposta para todos os problemas sociais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Devido processo legal nas demandas repetitivas. 2012.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 5**. Saraiva Educação SA, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr.2021.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr.2021.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo Henrique. **Código de processo penal comentado**. Saraiva Educação SA, 2017.

CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. **As misérias do processo penal**. Editora Pillares, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**. Cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTR, p. 52-74, 1998.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal.** Para concursos. Salvador: Jus Podivm, 2021.

_____. **Pacote Anticrime**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior. A modalidade de ação penal no crime de estelionato e suas implicações após o advento da lei 13.964/2019.

DE BEM, Leonardo Schmitt. A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS APARENTES ENTRE NORMAS PENAIS. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 1, p. 187-197, 2013.

DE BRITO, Alexis Augusto Couto; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. Editora Atlas SA, 2014.

FOUCAULT, Michel. Uma entrevista com Michel Foucault. verve. **Revista semestral autogestionária do Nu-Sol**., n. 5, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal**: parte especial. Coord. Pedro Lenza. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 10. Ed. – Niterói-RJ: Impetus, 2016.

_____. **Resumos Gráficos de Direito Penal**, Parte Especial, v. III. 7ª. Ed. Niterói, RJ : Impetus, 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LOPES JR, Aury. **Direito Processo Penal-17ª Edição 2020**. Saraiva Educação SA, 2020.

MARINHO, Josaphat. **Irretroatividade e retroatividade da lei na Constituição de 1946**. 1965.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Decadência e prescrição. **Caderno de Pesquisas Tributárias**, n. 1, 1976.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. v. 1. **São Paulo: Atlas**, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**; prefácio de Celso Lafer. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**; Teoria da justiça; Fontes e modelos do direito. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2003.

REIS FILHO, Daniel Aarão. **Ditadura militar, esquerdas e sociedade**. Zahar, 2000.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Reflexos do direito material do ambiente sobre o instituto da coisa julgada: in utilibus, limitação territorial, eficácia preclusiva da coisa julgada e coisa julgada rebus sic stantibus. De jure: **revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, 2006.

SCHAEFER, Fernanda. Direitos humanos e globalização econômica: compatibilidade de princípios? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 1, n. 1, p. 76-96, 2009.

SILVA, Filipe Gomes da et al. **O processo sumário e a reforma do Código do Processo Penal de 2013**. 2015. Tese de Doutorado.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. Código de Processo Penal. **Doutrina, jurisprudência e questões de concursos**, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro. **Rio de janeiro: Revan**, v. 1, p. 131, 2003.

A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – REFLEXOS DO PACOTE ANTICRIME

Gislene de Laparte Neves[98]

INTRODUÇÃO

Promulgada em 24 de dezembro de 2019 com período de *vacacio legis* de 30 (trinta) dias, a Lei 13.964/2019 trouxe uma ementa ambiciosa: aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

A referida alterou substancialmente a disciplina do flagrante e da prisão preventiva: pela primeira vez a legislação instituiu a necessidade de realização da audiência de custódia (art. 310 CPP), fixando regras para sua realização. Também se estabeleceu a impossibilidade da decretação da prisão preventiva de ofício pelo juízo, devendo haver requisição da autoridade policial ou do Ministério Público (art. 311 CPP).

Foi criado novo requisito para prisão preventiva: a "prova do perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado" (art. 312 CPP) e estabelecido um prazo para revisão da prisão preventiva sob pena de ilegalidade da prisão (art. 316, § único do CPP).

As novas mudanças foram imediatamente alvo de análise jurisprudencial por parte dos Tribunais Superiores. Neste sentido, o presente artigo

98 Assessora da Defensoria Pública do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela faculdade Unyleya. Especialista em Prática Penal Avançada pelo IBEMEC/Damásio. Pós-Graduanda em Perícia Criminal e Ciências Forenses pela Estácio/Unijipa. Autora do livro: Jurisdição Constitucional e Direito à Saúde.

procura demonstrar como as alterações foram recepcionadas pela comunidade jurídica e qual foi o real alcance que alterações provocaram na práxis jurídica.

No Brasil, como lembram Lopes Jr; Pinho e Moraes (2020, p. 07): "Achamos normal que uma lei 'pegue' ou 'não pegue', isto é, que uma lei aprovada pelo congresso nacional, sancionada pelo presidente e em pleno vigor, ainda depende do humor dos tribunais".

Logo, uma análise de como decidem os Tribunais é fundamental para se fazer um balanço de como a prisão preventiva ficou sedimentada no novo pacote anticrime.

Para fins dessa abordagem se privilegiará o estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal posto que, nos termos dos artigos 102 e 105 da CRFB/1988, cabe ao primeiro a última palavra sobre matéria infraconstitucional e o último a própria guarda da constituição.

O presente trabalho foi estruturado tendo como base o método dialético e a fenomenologia hermenêutica alicerçada em Heidegger e Gadamer. Partiu-se de uma análise fenomênica do processo penal em *terrae brasilis* para, por fim, mediante abordagem dialética, debater qual o produto de um ano de decisões judiciais sobre a prisão preventiva e seus possíveis fundamentados. A metodologia, por sua vez, tem natureza de pesquisa básica, sendo de objetivo exploratório e tendo - quanto aos procedimentos – caráter de pesquisa bibliográfica.

1. O PROBLEMA DO PRAZO NONAGESIMAL.

No que tange às alterações relativas ao pacote anticrime, duas discussões foram centrais nos Tribunais Superiores: 1) o prazo nonagesimal para revisão da decisão que fixa a prisão preventiva, 2) A possibilidade de conversão da prisão preventiva de ofício.

O prazo nonagesimal é estabelecido pelo artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal e informa taxativamente que os fundamentos da prisão preventiva devem ser renovados em 90 dias sob pena da prisão ser considerada ilegal.

Tamanha a literalidade do instituto que a maioria dos doutrinadores, tais como Guilherme Madeira Dezem, Aury Lopes Júnior e Renato

Brasileiro, em suas obras doutrinárias, se limitaram a analisar a questão do ponto de vista intertemporal, é dizer, se limitaram a discutir onde iniciaria a contagem do prazo de 90 dias, se quando do início da vigência ou da última decisão exarada no processo. A questão, contudo, tomou contornos maiores e chegou ao Supremo Tribunal Federal.

O pano de fundo foi o Habeas Corpus n 191.836/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio. No polo ativo um traficante apontado como um dos chefes do crime organizado do Estado de São Paulo. O acusado teve a prisão decretada em 2014, mas apenas teve o mandado de prisão cumprido em 2019. Nos autos, o paciente já acumulava 06 meses sem decisão revisando a necessidade da prisão.

Em seu voto liminar em 07 de outubro de 2020, O Min. Marco Aurélio concedeu a ordem argumentando em síntese que a Lei 13.964/2019 instituiu o prazo nonagesimal e pontuou que se trata de hipótese de ilegalidade da prisão.

Insatisfeito, o Ministério Público apresentou pedido de Suspensão da Liminar – SL1395 e o caso atingiu repercussão nacional na imprensa.

Em 10 de outubro de 2021 foi dada ordem liminar para suspensão da decisão proferida no HC 191.836/SP. Já em 15 de outubro de 2020, a matéria foi levada a discussão do colegiado e mantida a suspensão da medida liminar.

Do julgado foi firmada nova tese pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: "A inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) não implica automática revogação da prisão preventiva".

Entendeu a corte, por nove votos contra um, que o Supremo Tribunal Federal afasta o critério temporal como único definidor de constrangimento ilegal. Com esse entendimento, fixaram que, vencido o prazo nonagesimal de que trata a legislação, a parte deve instar o juízo a reavaliar a necessidade da prisão.

Aduzem que o prazo afixado pela lei não é de duração da prisão, mas de necessidade de sua reavaliação, o que conduz a um prazo de para decisão judicial. Desta forma concluem que a lei cria um prazo para que fundamente periodicamente a prisão.

Foram invocados elementos como a gravidade em abstrato do crime – que trataria de tráfico transnacional de mais de 4 toneladas de entorpe-

centes – e o fato de que o acusado já teria sido condenado, embora ainda sem culpa formada, a 25 (vinte e cinco) anos de prisão.

Cumpre frisar que o Superior Tribunal de Justiça tem decisões no mesmo sentido tanto na quinta quanto na sexta turmas, tais como o HC 589.544/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, sexta turma, julgado em 08/09/2020 e AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, quinta turma, julgado em 09/06/2020.

Neste sentido, uníssono o posicionamento dos tribunais superiores de que o prazo nonagesimal de que trata o parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica em hipótese de ilegalidade da prisão, mas em necessidade de nova fundamentação quanto a necessidade da prisão.

2. DA POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRISÃO EX OFFICIO.

O segundo ponto de discussão pelos Tribunais Superiores foi a possibilidade de decreto da prisão preventiva de ofício pelo juiz.

Nos termos expostos alhures, por força da nova redação do artigo 311 da Lei Processual Penal, caberá prisão preventiva nas hipóteses em que houver requerimento do Ministério Público, do querelante, do assistente ou da autoridade policial.

A eleição de um grupo de legitimados para requerer a prisão preventiva significa, em termos gerais, o afastamento da decisão de ofício exercida pelo juiz. Antes do *Pacote*, recebido o flagrante, era possível ao magistrado a sua conversão em preventiva, desde que presentes os pressupostos para a prisão, não sendo necessária qualquer manifestação do órgão acusador.

Como pontua Metzker (2020), trata-se de medida para resguardar a imparcialidade do juiz e consonância com o sistema acusatório que lei buscou estabelecer.

No mesmo sentido Dezem e Souza (2020, p. 134) para quem: "Houve aprofundamento da ideia de afastamento do juiz da prática de atos de ofício".

Em 15 de setembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 583995/MG, cujo relator era o Min. Rogerio Schietti Cruz, que manteve prisão decretada de ofício pelo juízo de piso alegando excepcionalidade da norma ao caso dos autos.

Na hipótese, o conduzido foi trazido à presença do magistrado por ocasião do flagrante, havendo a necessidade da análise nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal. O magistrado de piso entendeu pela prisão preventiva, o que foi contestado pela Defesa.

Ao analisar a hipótese *sub judice*, o Min. Rogério Schietti lembrou que as audiências de custódia estavam suspensas e que num modelo ideal o acusado seria submetido a audiência com a presença do Ministério Público e de seu defensor. Afirmou que não era plausível que o juízo enviasse os autos em cargas para manifestação ministerial antes de homologar o flagrante.

Explicou que se tratava de exigência legal e não de uma postura oficiosa por parte do juízo. Neste sentido, a ausência das audiências de custódia e a necessidade de adoção das providências do artigo 310 da Lei Processual Penal justificariam a conduta do magistrado, afastando a tese de constrangimento ilegal sustentada pela Defesa.

O ministro alertou, ainda, que se tratava de crime grave, doloso, contra a vida, realizado com premeditação e na companhia de outras pessoas o que auxiliaria na conclusão da necessidade de conversão da prisão em preventiva.

Citou que muito embora o Pacote Anticrime vise estabelecer uma maior profundidade ao sistema acusatório, diversos comandos que dão poderes ao magistrado continuam vigentes, como o art. 156, I e o art. 574, segunda parte, ambas do Código de Processo Penal, que atentam para a possibilidade de produção de provas de ofício e a remessa necessária, nos casos em que a lei determina que mesmo sem recurso das partes o juízo submeta sua decisão para revisão.

Insta destacar que o posicionamento do ministro não foi isolado. A quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, através do HC 611.940/SC, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, em decisão do dia 22 de setembro de 2020, teve igual conclusão sobre a matéria, referendando o voto no julgado exarado anteriormente pela Quinta Turma.

Contudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tornou a mudar no julgamento do HC 590.039/GO, de lavra da Quinta Turma e relatoria do Min. Ribeiro Dantas.

No voto, o ministro adverte que o entendimento anteriormente afirmado pela Corte vai em sentido oposto daquele pretendido pela legislação

que busca fortalecer e ampliar o sistema acusatório no processo penal brasileiro. Entendeu, assim, que para uma leitura adequada do dispositivo é necessário atentar para sua literalidade, que veda a conversão da prisão *ex officio*, ainda que em caso de homologação da prisão em flagrante.

A fim de pacificar a questão, foi objeto de análise o Recurso em Habeas Corpus nº 131263/GO, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Sebastião Reis Júnior e foi julgado no dia 24 de fevereiro de 2021. No mérito a Terceira Sessão alinhou seu entendimento, por maioria, para entender que diante do pacote anticrime não é mais possível a conversão da prisão *ex officio*.

A questão também foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do *habeas corpus* nº 186.421/SC, datado de 20 de outubro de 2020, com relatoria do Min. Celso de Mello.

Na espécie, o decano afirmou que a lei 13.964/2019, ao suprir a expressão "de ofício" e determinar a necessidade de representação para prisão por meio de legitimados específicos, buscou claramente afastar a atuação judicial sem provocação, incutindo a mentalidade acusatória pretendida pelo Pacote Anticrime.

O ministro ainda afirmou que o poder geral de cautela do magistrado não pode se sobressair ao direito à liberdade do cidadão-acusado. Asseverou que o processo penal, para atingir a esfera da liberdade, deve necessariamente cumprir a forma, bem como resguardar garantias e direitos fundamentais.

Assim, apesar das inúmeras mudanças nos posicionamentos, o que se observa é que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal até o presente momento se alinham pela impossibilidade da conversão da prisão *ex officio* pelo magistrado.

3. A PRISÃO PREVENTIVA UM ANO DEPOIS DO PACOTE ANTICRIME: ATIVISMO JUDICIAL, MOVIMENTO DE SABOTAGEM INQUISITÓRIA E APEGO AO SISTEMA INQUISITIVO

O que se percebe das análises empreendidas pelos tribunais superiores é um afastamento da aplicação de normas garantistas através de uma justificativa social de combate à criminalidade.

No processo penal essa questão é ainda mais ampla: todas as melhorias trazidas pela lei 13.964/2019 foram suspensas pelas ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305 ou mitigadas pelas decisões do STJ e do STF.

É o caso do juiz das garantias e a salvaguarda da formalização de um sistema acusatório trazida pelo artigo 3º-A. Depois de um ano de vigência do Pacote Anticrime, continua suspensa a norma que deveria trazer maior separação entre a necessidade de acusar e julgar. Não há, acresça-se, sequer previsão de pauta para julgamento das referidas ações de inconstitucionalidade.

No caso da necessidade de cumprimento do prazo nonagesimal para revisão da prisão preventiva (art. 316, parágrafo único, CPP), mais uma vez há clara dissociação da expressão literal do texto de lei a fim de se resguarde a sociedade da "gravidade do delito em apuração" e da "periculosidade do agente", argumentos que se repetem nas decisões que estabeleciam, *ab initio*, a possibilidade de conversão em flagrante em prisão preventiva *ex officio*.

A postura da "guerra à criminalidade" e da suposta gravidade dos delitos, como aponta Lopes Jr; Pinho e Moraes (2020) é recorrente como fundamento para o afastamento das garantias fundamentais dos acusados ou para violação das regras do jogo processual.

As decisões analisadas são críticas se verificada a importância da forma para os atos processuais penais. Isso porque ao se afirmar que deixar de cumprir o prazo nonagesimal para revisão dos fundamentos da prisão não torna por si só a prisão ilegal, por exemplo, o que o Superior Tribunal de Justiça faz é esvaziar o comando disposto no artigo 316, parágrafo único do Código de Processo Penal, tornando-o de desnecessária aplicação.

Como nos recordam Lopes Jr; Pinho e Moraes (2020, p. 68): "[...] os exemplos de esvaziamento normativo são inúmeros, especialmente quando se trata de ampliar a esfera da proteção e garantia dos acusados, ou seja, de democratizar o processo penal".

Assim, pelo menos no que tange ao processo penal, as interpretações enunciadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça parecem convergir numa dicotomia expectativa *versus* realidade, onde a primeira apresenta propostas de profunda alteração e melhoria do sistema acusatório e a segunda apresenta a práxis de uma aplicação que realiza uma série de esvaziamentos normativos. Ou como costumeira-

mente se afirma, a Lei 13.964/2019 "não pegou", pelo menos não no que diz respeito as formas e procedimentos que tentou desenvolver.

Um dos possíveis motivos para esse desprezo pela forma em supervalorização pelos valores da política criminal tem assento numa equivocada importação de categorias do processo civil para o processo penal (LOPES JR, 2020). Isso porque, no âmbito penal, a pena, o processo penal e o direito penal apenas existem de forma simbiótica.

No direito civil, onde o direito material pode até existir e se realizar sem qualquer atividade processual que o instrumentalize é forte a corrida pela minimização da forma e do rigor dos atos processuais porque, num primeiro momento, se preocupa que eles atinjam sua finalidade de auxiliar o direito material e tem o escopo de realizar aquele direito. Até porque, o que se discute são interesses particulares e o mais importante é assegurar que as partes tenham a mesma oportunidade de dialogar no processo.

Ao contrário desse sistema, o direito penal tem um único objetivo: a pena. E a pena, por sua vez, só pode ser conseguida por um único caminho: o processo. Os atores não estão em condição de igualdade: é o estado que realiza a persecução penal contra o cidadão. Nesta dinâmica, o processo não pode ser visto como mero instrumento para efetivar a vontade do Estado. Não é disso que se trata. O processo é a única salvaguarda de que os direitos da parte menor no conflito estão sendo observados.

No processo penal também não subsiste a ideia de cargas probatórias das partes. É do órgão acusador a obrigação de provar os fatos alegados. Não há lide, apenas se movimenta o processo em razão do princípio da necessidade, conforme explicado no primeiro capítulo dessa exposição. Aqui reside o ensinamento de Lopes Jr. (2020, p. 57): "O conceito de lide deve ser afastado do processo penal, pois o dever de apenar somente se realiza no processo penal, por exigência do princípio da necessidade"

Neste contexto, ao trazer para o direito penal categorias amplamente utilizadas em relações civis, o Estado deixa de observar que a forma é a garantia e por esse motivo, culmina por negligenciá-la em certas situações. Assim, enquanto ao juiz é dado o poder de decidir, ao Ministério Público cabe somente o direito de acusar, direito esse que não se confunde com a atuação do credor cível quando propõe sua ação.

O que se verifica é que a própria ideia de processo que permeia o imaginário brasileiro já liga estreitamente a mentalidade inquisitiva, posto que confunde os papéis de acusar e julgar.

Ao tratar de como a cultura inquisitiva é comum no Brasil, Lopes Jr. e Rosa (2020) desenvolvem a tese de que existe um Movimento de Sabotagem Inquisitória (MSI). O MSI, conforme definição de Lopes Jr (2020) é um resultado de uma mentalidade judicial inquisitiva, ancorada em uma tradição de ativismo judicial onde os juízes decidem conforme suas próprias razões e não de acordo com as leis e com a Constituição, valendo-se para tanto de uma importação equivocada das categorias do processo civil no processo penal.

Nesta linha, haveria por parte dos Tribunais um esvaziamento intencional das categorias que se ligam ao modelo de sistema acusatório porque essas terminam por diminuir os poderes instrutórios que esses juízes e desembargadores possuem, diminuindo seu protagonismo no processo.

Ademais, como lembra Dezem (2020, p. 106) "Não raro o magistrado acaba sentindo-se parte do sistema de segurança pública e acaba por achar que sua função é combater a criminalidade ou buscar reconstruir os fatos como efetivamente se deram em uma caça em busca da verdade".

Exemplo do que aqui é exposto pode ser observado nas decisões que buscaram manter a atuação judicial nos casos de conversão da prisão preventiva. É dizer, ao afirmar os riscos da ausência de atuação do Ministério Público, o juízo que apenas deveria julgar o processo, sente-se parte do sistema de justiça, crendo que é seu dever resguardar a sociedade com a decisão, ainda que *ex officio*.

Vale destacar que o fato de a política criminal, juntamente com o processo e o direito penal significarem um todo que se expressa de forma conjunta, não permitem que o magistrado afaste as regras criminais para aplicar medidas de políticas criminal que sejam alheias a finalidade dessas normativas. Afinal, embora a política estatal influencie o direito no ato de produção da lei, a aplicação da norma exige conteúdo jurídico.

Streck (2014) traça seis hipóteses em que o juiz pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei sem culminar numa postura ativista: i) quando a lei ou regra foi manifestamente inconstitucional, ii) quando se estiver diante de um aparente conflito de normas para solução de uma antinomia, iii) quando objetivar aplicar a regra em consonância com a Constituição, iv)

quando demonstrar uma nulidade parcial sem redução do texto, v) quando ocorrer declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e vi) quando for o caso de deixar de aplicar a regra em face de um princípio.

Veja-se a situação da aplicação do prazo nonagesimal para revogação da prisão preventiva: não se antevê manifesta ilegalidade, o que já exclui a primeira possibilidade de evitar sua aplicação. Também não há antinomia, isto é, não existe outra regra que trata sobre o prazo e a necessidade de revisão das prisões preventivas, o que retira a possibilidade da segunda hipótese.

Há ofensa a Constituição que exija nulidade parcial, declaração de inconstitucionalidade ou desejo de aplicação da norma conforme a Constituição? Inicialmente não. O comando normativo parece alinhado com o princípio da presunção da inocência, bem como com a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e da excepcionalidade da prisão preventiva.

Logo, em breve análise, observa-se que o cotejo de questões como a gravidade do delito e a periculosidade do agente acenam para argumentos de política criminal, e por tanto, alheios a constitucionalidade e legalidade da norma. Neste sentido, a interpretação esboçada pelo Supremo Tribunal Federal não deixa de ser ativista, posto que fundamentada, essencialmente argumentos fora da teoria do direito.

Os mesmos argumentos aqui esboçados valem para a impossibilidade de conversão da prisão *ex officio* pelo juízo: veja-se que o comando culmina mais uma vez por assegurar o sistema acusatório, a presunção da inocência e o devido processo legal, sendo o mandamento plenamente constitucional. Todavia, como verificado, houve séria divergência jurídica até que se assentasse a tese por essa impossibilidade de conversão da prisão preventiva de ofício pelo juiz. Nada obstante, a divergência fundou-se em argumento também de política criminal: a necessidade de manter a prisão pela gravidade do delito e a periculosidade do agente.

Seja pela suspensão do juiz das garantias nas ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305, seja pelas decisões construídas que se referem a ilegalidade da prisão quando desrespeitado o prazo nonagesimal para reavaliação da prisão preventiva, o certo é que as principais mudanças "não pegaram", é dizer, acabaram sendo esvaziadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Há que se destacar, contudo, que o respeito à necessidade de pedido do interessado para prisão preventiva, vedando a atuação de ofício pelo juiz, corresponde a uma das poucas mudanças que vem sendo realmente implementadas, apesar de decisões em sentido contrário no início da vigência da norma.

Possíveis fatores que corroboram para esse estado de coisas, neste sentido podem ser elencados como importação indevida de categorias do processo civil para o processo penal, a existência de um Movimento de Sabotagem Inquisitorial (MSI) e uma atuação ativista dos tribunais superiores, negando vigência a diversos institutos através de argumentos estranhos ao direito.

CONCLUSÕES

A prisão preventiva sofreu alterações com a Lei 13.964/2019, o chamado "Pacote Anticrime". Para os fins desta discussão, observou-se que o sistema passou a determinar a necessidade de prazo nonagesimal para revisar a necessidade da prisão processual, bem como passou a vedar a conversão da prisão em flagrante em preventiva *ex officio* pelo juízo.

Das análises empregadas, observou-se que foi sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal a necessidade de representação para prisão preventiva. Contudo, apesar da disposição legal expressa nesse sentido, houve resistência por parte dos juízes, com votos favoráveis pela conversão *ex officio* em diversos julgados do STJ.

No que tange à revisão do prazo nonagesimal para revisão da prisão, as decisões pacificadas pelos Tribunais Superiores esvaziaram o comando normativo do artigo 316, parágrafo único do Código de Processo Penal.

Como fundamentos a esse esvaziamento, erigiu-se a tese de uma inadequada importação de categorias do processo civil para o processo penal, bem como da existência de um Movimento de Sabotagem Inquisitória (MSI) e o ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/

ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a Legislação Penal e Processual Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 26 jun. de 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

LOPES JR, A.; ROSA, A. M. da. A "estrutura acusatória" atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória (CPP, art. 3º-A, lei 13.964) e a resistência acusatória. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, [S. l.], n. 26, p. 163–178, 2020. Disponível em: https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/30. Acesso em: 21 jun. 2021.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. PINHO, Ana Cláudia Bastos de. LOPES JR., Aury. **Um ano de pacote anticrime: reflexões e desdobramentos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lênio. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, Casa do Direito, 2017.

A INCONGRUENTE EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Francisco Alves da Cunha Horta Filho[99]

INTRODUÇÃO

Dentre as alterações promovidas no Código de Processo Penal Brasileiro pela Lei nº 13.964/2019, o "Pacote Anticrime", destaca-se a criação de um novo espaço consensual na justiça criminal: o acordo de não persecução penal, tendo sido inserido na lei adjetiva o artigo 28-A, composto por diversos parágrafos.

Não tardou para que a comunidade jurídica voltasse o seu olhar, em tom crítico, para a exigência veiculada no *caput* do novo dispositivo de que a pessoa interessada no acordo apresentasse, ao membro do Ministério Público, uma confissão formal e circunstanciada quanto ao fato imputado.

O que se enfrentará nas próximas linhas é a adequação desta imposição ordem jurídica, notadamente, as disposições constitucionais que instituem um sólido aparato de proteção aos acusados de um relevante penal.

O ponto de partida do artigo é uma exposição da experiência brasileira no consenso penal, pela abordagem dos institutos que se ajustam a este movimento.

99 Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (2006).

Após, enfrentará a formatação que a Lei nº 13.964/2019 deu ao instituto, principalmente, os seus requisitos, dentre os quais a confissão.

Para ilustrar como a confissão é tratada pelo direito comparado o artigo apresentará a experiência estadunidense, a partir dos precedentes extraídos da Suprema Corte Americana.

Por fim, o artigo apresentará os principais argumentos pelos quais entende que é inadequada, sob o ponto de vista constitucional, a exigência de uma confissão formal e circunstanciada para a celebração do acordo de não persecução penal.

1. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO CONSENSO PENAL

Não é recente a preocupação quanto à sobrecarga dos órgãos jurisdicionais com competência criminal. Além de uma crise de legitimidade, causada pela demora na conclusão dos processos, o soterramento processual dos juízes criminais acarreta outra questão gravíssima: o encarceramento cautelar em massa por um considerável lapso de tempo.

Segundo o último relatório "Justiça em Números" (BRASIL, 2020), do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foram iniciados 368.430 processos criminais. A Corte Fluminense, segundo o mesmo relatório, conta com o trabalho de 889 magistrados. Apenas para compreender a dimensão do problema, se todos os juízes do estado tivessem competência em matéria criminal, apenas no último ano, cada magistrado estaria obrigado a sentenciar cerca de 2 feitos a cada dia útil para não aumentar o déficit processual.

Com o advento do microssistema dos Juizados Especiais surgiram na ordem normativa brasileira os primeiros institutos pautados pelo consenso na justiça penal: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Vale destacar que os institutos negociais da Lei nº 9.099/1995 estão pautados pelo consenso, contudo, isso não significa uma guinada na visão de incompatibilidade da autonomia da vontade no processo penal. É indisfarçável que os instrumento se direcionaram a evitar o colapso do sistema de justiça e efetivar a política de desencarceramento em voga naquela época. A afirmação do consenso era apenas um método para se atingir o resultado pretendido.

A segunda onda do consenso penal surge após 18 anos, como uma das respostas ao movimento de manifestações que se iniciou em junho de 2013 – as "Jornadas de Junho" –, que, dentre outras pautas, reclamava providências concretas a serem adotadas pelos Poderes da República para enfrentar a corrupção. Neste cenário foram editadas as Leis nº 12.846/2013 e 12.850/2013, respectivamente, a lei anticorrupção das pessoas jurídicas e a lei de colaboração premiada.

Com conteúdo diverso do movimento anterior, a confissão do colaborador torna-se elemento essencial para algum beneplácito. E mais: essa confissão deverá ser detalhada e lastreada em provas que possam viabilizar a confirmação de suas palavras, notadamente no que toca às acusações desferidas contra terceiros.

É interessante perceber a diferença teleológica entre as "ondas" da justiça penal consensual: os novos métodos não estão voltados para a redução da persistente sobrecarga de trabalho do sistema de justiça criminal, mas, para o enfrentamento da corrupção no poder público. Nesse sentido é a opinião de Carvalhosa (2015, 29) "Constitui a presente Lei um importante marco no combate à corrupção no Brasil que, até então, dispunha de normas esparsas no tocante a pessoas jurídicas autoras de atos de corrupção relacionadas ao Poder Público".

O movimento assume, assim, um contorno punitivista como acentua Santos (2017, 31). Aliás, este viés punitivo, típico do discurso "da lei e da ordem" que se contrapõe – e sobrepõe – aos ideais de uma legislação garantista e pautada em direitos fundamentais, pôde ser comprovado pelo emprego dos instrumentos previstos na Lei nº 12.850/2013 pela "Operação Lava-Jato". Tomando por empréstimo a capacidade de destruição de reputações que a imprensa possui em qualquer sociedade, especialmente em tempos de hiperconectividade, a colaboração premiada constitui-se como o principal – senão único, diga-se – elemento de convicção para a prolação de uma sentença condenatória.

Em 2019, surge a terceira onda consensual, no acordo de não persecução penal, fruto da Lei nº 13.964/2019. O artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro estabelece ser possível o oferecimento de acordo pelo Ministério Público àquele que seria denunciado por conta de uma infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, caso entenda ser "necessário e suficiente para a reprovação e pre-

venção do crime", desde que: (i) repare o dano ou restitua a coisa à vítima, salvo se for impossível fazê-lo; (ii) renuncie, voluntariamente, a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumento, produto ou proveito do crime; (iii) preste serviços gratuitos à comunidade por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de 1/6 a 2/3; (iv) pague prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social cuja função é proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, a ser indicada pelo juízo da execução; e, (v) cumpra outra condição eventualmente indicada pelo Ministério Público.

Há forte influência dos valores liberais no instituto, quando se vislumbra que o acordo pretende promover, de plano, a reparação do lesado e a expropriação de bens apontados pelo Ministério Público como ligados a prática criminosa imputada.

Assim, as ondas consensuais da justiça penal brasileira podem ser assim consolidadas: a primeira, que surge com a Lei nº 9.099/19995, tem como principal intento impedir o colapso do sistema de justiça criminal pela "eliminação sumária" dos processos que envolvam infrações consideradas menos graves; a segunda, representada pela Lei nº 12.846/2013 e pela Lei nº 12.850/2013, tem como foco central viabilizar a facilitação de condenações com o auxílio de colaboradores; e, a terceira, traduzida pela Lei nº 13.964/2019, ao mesmo tempo em que persiste na busca por condenações sem atribuir ao acusador o ônus de provar, tem como traço marcante a valorização da questão patrimonial pelo ressarcimento da vítima e, sobretudo, pela expropriação de tantos bens quanto o Ministério Público acredite que estejam relacionados a prática delituosa.

2. A CONFORMAÇÃO LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Após essa ligeira abordagem da experiência histórica dos métodos consensuais aplicados à justiça penal em nosso ordenamento jurídico, convém passar à análise da conformação que o legislador conferiu, na Lei nº 13.964/2019, ao instituto do acordo de não persecução penal, notadamente, seus objetivos e requisitos.

Neste ponto, desde já, vale ressaltar que não é o escopo do presente artigo apresentar cada um dos requisitos objetivos e subjetivos que foram

estabelecidos em lei para que se possa celebrar um acordo de não persecução penal, o que demandaria muito mais espaço, razão pela qual, a eles se fará menção apenas para registro.

2.1 O OBJETIVO DA CRIAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Quando o foco é estabelecer o objetivo da instituição do acordo de não persecução penal como um modelo inovador de justiça consensual no Brasil percebe-se que os estudos até aqui produzidos não estabelecem de forma uníssona aquele que teria mobilizado os esforços do legislador.

Neste tocante, torna-se valiosa a pesquisa dos dados históricos da tramitação do projeto de lei que culminou na Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019), notadamente, a justificativa para a sua criação. O PL nº 10.372/2018 foi fruto de uma comissão de notáveis, presidida pelo Ministro Alexandre de Moraes, então recém-empossado no Supremo Tribunal Federal, que, ao apresentar a justificativa para a criação do acordo de não persecução penal o fez dizendo que "objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal".

Extrai-se que a comissão buscava, ao trazer o acordo de não persecução penal para a nossa realidade, punir de forma célere, reduzir o encarceramento em casos de menor gravidade, e, por fim, reduzir a quantidade de demandas na justiça criminal.

Alguns autores que já se debruçaram sobre o tema, como mencionado, divergem quanto aos objetivos da lei. Cabral (2020, 14) diz que o instituto tem como foco "deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal". Já Cunha (2020, 128) ressalta que "o consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva". Por fim, Santos (2020, 150), reconhecendo a similitude do acordo de não persecução penal com a transação penal e com a suspensão condicional do processo, enfoca seu olhar no "viés despenalizador, pautado no consenso".

É inegável que a utilização do acordo de não persecução penal, tal qual se deu com a transação penal e com a suspensão condicional do processo, acaba por reduzir o número exorbitante de processos-crime em curso no sistema judiciário brasileiro, isso porque, nos casos em que o consenso se manifestar não haverá denúncia, produção de provas, sentença ou recurso: tudo se resolve ali, materialmente, em uma mesa composta pelo Ministério Público, pelo acusado e pelo seu defensor técnico.

Ocorre que, com a forma dada pela Lei nº 13.964/2019, e, ainda mais, quando se considera o já mencionado momento vivenciado pelo Brasil desde 2013, o que se tem é que o acordo de não persecução penal busca, sobretudo, promover uma punição abreviadíssima daquele que se presume seja o responsável pela conduta criminosa. Isso se extrai, principalmente, da exigência de confissão para usufruir o benefício.

2.2 OS REQUISITOS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO DO BENEFICIADO

O artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro estabelece requisitos objetivos e subjetivos para a celebração do acordo de não persecução penal no caso concreto. Tem-se como objetivos aqueles que estão ligados ao fato imputado ao agente, enquanto os subjetivos são aqueles que se referem a pessoa acusada.

São os requisitos objetivos: a) a pena mínima deverá ser inferior a 4 anos; b) o crime não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa; c) revelar-se o acordo como necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção do fato delituoso; d) não seja admitida a transação penal no caso concreto; e) não se tratar de imputação de fato que se caracterize como violência doméstica, familiar ou contra a mulher; f) não se tratar de hipótese de arquivamento da investigação preliminar. Já os requisitos subjetivos são: a) não se tratar de réu reincidente; b) inexistir habitualidade, reiteração ou profissionalismo na prática da conduta penalmente relevante; c) inexistir um acordo de não persecução penal celebrado nos 5 anos anteriores.

Por fim, e, se tratando o cerne do presente artigo, a lei exige que a pessoa que pretende beneficiar-se do acordo de não persecução penal

realize, ao representante do Ministério Público, uma confissão formal e circunstanciada do fato que o Estado abrirá mão de prosseguir com a persecução em juízo.

Para que a pessoa interessada possa "beneficiar-se" com a celebração de um acordo de não persecução penal é exigido pelo artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro que exista uma confissão formal e circunstanciada do fato imputado em seu desfavor. A formalidade decorre da necessidade de que a confissão se dê na presença do membro do Ministério Público com atribuição para atuar no feito de acordo com as regras administrativas internas de repartição de funções. Circunstanciada é aquela confissão em que a pessoa narra, de forma detalhada, passo a passo da sua ação relevante para o Direito Penal e não uma mera confirmação quanto aos termos da acusação. No que toca à necessidade de que a confissão seja circunstanciada fala Cabral (2020, 112) que:

> A confissão, ademais, não pode ser uma confissão magra, simplesmente confirmando o objeto da investigação. Deve ser algo detalhado, estando acompanhada de narrativa suficientemente coerente e convincente sobre a prática criminosa, a ponto de transmitir consistência e veracidade. Deverá, portanto, falar livremente, com suas próprias palavras, sem conclusões e sem o auxílio de terceiros, a respeito dos fatos apurados na investigação.

Assim, na atual configuração do acordo de não persecução penal, e, inexistindo até o momento qualquer sinalização quanto a alteração neste sentido, para que a pessoa interessada possa celebrá-lo com o Ministério Público é indispensável que faça uma confissão detalhada do fato que, futuramente, seria objeto de denúncia.

2.3 AFINAL, QUAL A RAZÃO PARA SE EXIGIR A CONFISSÃO FORMAL E CIRCUNSTANCIADA?

Essa indagação assume relevo destacado quando levamos em conta que, uma vez celebrado o acordo de não persecução penal não haverá oferecimento de denúncia, nenhum registro formal haverá nos antecedentes criminais da pessoa que adere aos termos propostos pelo Ministério Públi-

co e, uma vez descumprida a avença, a consequência será o oferecimento de denúncia, jamais a imposição de uma pena.

Em momento próximo, de forma cuidadosa, serão apresentados os argumentos que conduzem a conclusão de que a exigência de confissão, muito mais do que esdrúxula, despicienda, é medida que não se ajusta a atual ordem jurídica e aos princípios que nela estão insculpidos. Aqui, o que se discute é a finalidade de tal exigência.

Em um primeiro momento, quando se considera o movimento em que se deu a implementação dos esquemas consensuais da colaboração premiada e do acordo de leniência, bem como, do acordo de não persecução penal, a exigência de confissão se justifica por um viés autoritário que vislumbra na assunção ampla e irrestrita de culpa um elemento de prova irretorquível. É o que destaca Vasconcellos (2021, 172):

> Regressa-se, portanto, a um modelo autoritário de tarifamento de provas com a consagração da confissão como "rainha das provas", uma "*probatio probatíssima*", característico do sistema processual da Inquisição, o qual autoriza, inclusive, comparações entre a barganha contemporânea e as torturas medievais, dentro das devidas proporções acerca da intensidade da coerção. [...] A estética da confissão consolidada por meio da economia psíquica, que permeia os mecanismos premiais, acarreta a sedimentação do reconhecimento da culpabilidade como prova irrefutável para a condenação, o que remete a um discurso processual em que o contraditório e a defesa são totalmente inviabilizados pelo poder alucinatório da evidência (a confissão inquestionável).

Há quem diga, como é o caso de Cabral (2020, 113), que a exigência de uma confissão se dá para que o Ministério Público tenha a possibilidade de formar convicção de que o acordo não estabelece restrição à liberdade de uma pessoa inocente, e, ao mesmo tempo, garantir uma estratégica vantagem em um eventual descumprimento dos termos do acordo pela pessoa que a ele aderiu, facilitando o deslinde da *persecutio criminis in juditio* na ação penal a ser proposta.

Assim, observa-se no estado da arte que a exigência da confissão encontra justificativa na necessidade do membro do Ministério Público

convencer-se de que aquela pessoa que com ele celebra do acordo não o faz para encobrir a culpa de um terceiro às custas da própria liberdade, formando um elemento de convicção acerca da eventual acusação, e, ao mesmo tempo, conferir uma posição de significativa vantagem naquelas hipóteses em que a avença fosse extinta de forma anômala pelo seu descumprimento.

3. A PREOCUPAÇÃO COM AS CONFISSÕES PREMIADAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

De plano, cabe esclarecer a opção pelo estudo do direito norte-americano por se tratar daquele em que a solução consensual penal se manifesta formalizada há mais tempo, e, além disso, desde a sua reconhecida influência sobre a cultura jurídica ocidental. Como destaca Camargo (2020, 49; 56):

> É interessante saber que, historicamente, muito embora os acordos tenham sempre existido, as tratativas eram negadas perante o juízo, verdadeiramente repudiadas. [...] Na linha de pensamento de *Bram*, não havia previsão de etapa de negociação entre acusação e defesa, e a regra visava só a etapa de apresentação do acusado em juízo. [...] Foi apenas em 1975 (com redação da Suprema Corte e emendas pontuais do Congresso Nacional), no *aftermath* de *Boykin* (supracitado) e de *Santobello* (que veremos com detalhes mais adiante) que a *Rule 11* foi completamente alterada, passando a adotar texto extenso similar ao atual (a tabela incluída nesta obra compreende a versão mais recente, com a reestilização de 2002 e a última alteração havida em 2013).

Nos Estados Unidos, a legitimação de uma confissão no contexto de uma solução consensual penal é enfrentada sob dois olhares: a voluntariedade e a base fática.

No que tange à voluntariedade ela é tratada em diversas arenas. Muito se questiona acerca da voluntariedade, inclusive, como um dos argumentos que serviriam para colocar em xeque a legitimidade do sistema de *plea bargain*, na medida em que, por implicar a renúncia a alguns dos direitos constitucionais mais caros – direito à não autoincriminação, direito ao

julgamento pelo júri e direito de confrontar a prova produzida – demanda uma manifestação livre por parte de quem se "beneficiará" com o acordo ao aceitar a pena oferecida.

Alschuler (1979, 12) relata que a preocupação com a voluntariedade de assunção da culpa é tema controvertido desde tempos imemoriais:

> *Nevertherless, the formal requirement that a guilty plea be voluntary is at least as old as the first English treatise devoted exclusively to criminal law, Staundfore's Pleas os the Crown. This work, published in 1560, declared that a guilty plea arising from "fear, menace, ou duress" should not be recorded. A half century later, Ferdinando Pulton wrote that the plea must "proceed freely, and of [the defendant's] own good will.*

A leitura da *Federal Rules of Criminal Procedure* deixa muito clara a preocupação em se assegurar que qualquer solução consensual – *guilty plea* ou *nolo contendere* – se legitima pela expressão de uma vontade livre por parte do acusado em reconhecer a própria culpa, mesmo que interessado em receber alguma benesse dada pela lei – *statutory discount* – ou por prévia tratativa com a promotoria pública – *plea bargain*.

A *Rule 11, (2)* da *Federal Rules of Criminal Procedure* é explícita ao estabelecer que o juiz deve assegurar-se, na medida do possível, quanto à voluntariedade da declaração de culpa que é feita pela pessoa acusada, como se vê:

> (2) *Ensuring That a Plea Is Voluntary: Before accepting a plea of guilty or nolo contendere, the court must adress the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and did not result from force, threats, or promises (other than promises in a plea agreement*.

É durante o *plea colloquy* que esta seção da *Rule 11* será cumprida. O colóquio é um ato processual formal no qual o juiz, esclarece os termos da imputação e as consequências que a declaração prestada terá na futura decisão, e obtém, diretamente do acusado, a alegação de inocência, culpa ou *nolo contendere*.

É importante destacar alguns fatores: 1) O colóquio é um ato formal, tendo em vista o seu escopo de averiguar a voluntariedade da declaração da pessoa acusada, razão pela qual, a sua realização não é discricionária do

juiz; 2) O juiz e as partes deverão atentar-se para que o ritual seja respeitado no colóquio, de modo que, a sua não observância poderá culminar com a decretação de nulidade do ato, como se decidiu em *United States vs. Olano*; e, 3) O juiz deve dirigir-se ao acusado para esclarecê-lo quanto aos seus direitos, principalmente daqueles que ele abre mão, e, certificar-se de que efetivamente compreendeu as implicações da declaração prestada.

A Suprema Corte enfrentou a questão da voluntariedade em dois casos, a saber: *United States vs. Jackson*, de 1968, e *Brady vs. United States*, de 1970.

Ambos possuem como ponto comum o *Federal Kidnapping Act* e o *statutory discount* conferido aos que admitem a culpa pela prática criminosa: a lei estabelece que apenas por recomendação expressa em um *jury trial* será possível a imposição da pena de morte, por isso, se o caso não for levado ao júri ter-se-á a certeza do afastamento da pena capital.

Em *Jackson,* a Suprema Corte Americana decidiu que a lei seria inconstitucional ao estabelecer o "desconto legal", uma vez que, depositava no acusado enorme peso na tomada de decisão quanto à assunção de culpa, afinal, submetido ao *jury trial* teria o risco de aplicação da pena de morte, o que não é de difícil assimilação a quem quer que seja.

Já em *Brady*, após ter se declarado não-culpado, o acusado acabou por reconhecer a própria culpa, tendo em vista a informação da confissão de um corréu. Condenado, recorreu alegando a nulidade da sentença, com a justificativa de que a confissão fora baseada no temor da pena capital. No caso, não foi reconhecido vício na voluntariedade, pois durante o processo, por mais de uma vez e na presença do seu advogado, admitiu a culpa.

A preocupação com a voluntariedade levou a reforma da *Federal Rules of Criminal Procedure* que passou a prever um momento processual em que o juiz aufere a liberdade na manifestação do acusado, certificando-se, a partir de sua experiência, se há compreensão da acusação, dos direitos que a Constituição Americana e as demais normas asseguram e, por fim, as consequências que a sua posição acarretará ao julgamento final.

Como se vê, mesmo em um sistema de justiça penal fundado no uso indiscriminado da barganha entre a acusação e o acusado há uma latente preocupação com a voluntariedade dos atos de reconhecimento de culpa.

4. É POSSÍVEL EXIGIR UMA CONFISSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO?

Até aqui abordou-se a evolução do consenso penal no Brasil, os requisitos do acordo de não persecução penal, especialmente, a confissão formal e circunstanciada, e, apresentou-se controvérsia norte-americana acerca da liberdade da admissão de culpa pela pessoa que faz a barganha, razão pela qual, está suficientemente madura a discussão objeto do artigo.

Diversos argumentos permitem concluir pela inadequação da exigência de confissão com a ordem jurídica brasileira vigente.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa como um dos fundamentos da República inaugurada com o seu advento. Pela sua relevância, Sarmento (2002, 59) pontua que este princípio "representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico", razão pela qual, qualquer ato normativo está vinculado diretamente ao seu respeito, sob pena de vício de inconstitucionalidade material.

Decerto que o conteúdo do princípio é tema dos mais debatidos, tendo em vista a sua fluidez, contudo, há hipóteses em que é induvidosa a violação ao seu sentido. Barroso chama de "conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana" (2013, 72):

> Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais dos outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. [...] O valor intrínseco também leva a outro direito fundamental, o direito à integridade física e psíquica. O direito à integridade física abrange a proibição da tortura, do trabalho escravo e das penas cruéis ou degradantes.

Não demanda grande esforço argumentativo dizer que a dignidade da pessoa impede que o indivíduo receba, especialmente do Estado, um tratamento que leve a degradação, ainda mais quando isso se "justificar"

para a legitimação quanto a tomada de decisão de um ato do poder público, como é o caso, por exemplo, do oferecimento do acordo de não persecução penal.

O acordo condicionado a confissão submete a pessoa a constrangimento desmotivado, afinal, uma vez cumpridas as condições da avença não haverá qualquer repercussão útil para a sua narrativa. Santos (2020, 190) é enfático ao dizer que "é claríssimo o excesso dessa exigência, submetendo o imputado a um constrangimento gratuito".

Há também uma violação à dignidade em sua faceta da autonomia, haja vista que, tal qual se dá com o *statutory discount* abordado por ocasião do direito comparado, a pessoa acaba compelida a confessar para que não se veja lançada como ré em ação penal e assuma o risco de uma condenação futura.

A obrigatoriedade de confissão também viola a presunção de inocência. Consagrada como autêntica garantia com sede no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, tem seu conteúdo multifacetado que engloba: entrega do encargo probatório a quem acusa, exigência de standard probatório suficiente para a condenação e, o que afeta diretamente ao presente artigo, a regra de tratamento.

Como regra de tratamento, o estado de inocência impede que a pessoa a quem se imputa um fato em investigação preliminar ou submetido a condição de réu no processo-crime seja tratada, por quem quer que seja, como se condenado estivesse, antes de uma sentença condenatória irrecorrível. A pessoa deve ser tratada por todos como inocente. É o que Giacomolli (2016, p. 125) fala: "Veda formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado. [...] A presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito".

A exigência de confissão para o acordo e a sua valoração como uma verdade irrefutável revela um tratamento oposto ao que determina a Constituição Federal da República, afinal, por se considerar que a pessoa é culpada é que se obriga a confissão. Por se considerar o imputado como "culpado" é que ele deverá confessar, afinal, como se poderia exigir isso se inocente fosse?

A exigência de confissão também perde sustentação quando se considera o devido processo penal em uma eventual ação penal decorrente do

descumprimento das condições, quando se exige a paridade de armas e a possibilidade do exercício de uma defesa estratégica.

Como dito, caso o acordo não seja cumprido caberá ao Ministério Público informar esta situação ao juízo que homologou a avença e oferecer a respectiva denúncia dando deslinde a ação penal. Tendo a pessoa, ao aderir ao acordo, confessado de maneira formal e circunstanciada indaga-se: haveria paridade de forças no processo entre defesa e acusação?

No processo-crime, como se sabe, o interrogatório é ato de defesa realizado quando todos os elementos de prova requeridos pelas partes já foram produzidos ao juiz da causa, de maneira que, o acusado somente se manifesta após tomar conhecimento do acervo probatório produzido, favorável ou não a ele. Por conta disso, uma atuação estratégica no processo penal, pelo menos sob a ótica defensiva, recomenda que o acusado não confesse naqueles casos em que as provas não forem robustas o suficiente.

Essa inversão, que leva ao processo uma confissão antes da abertura da instrução processual em contraditório, acaba por aprofundar a disparidade de armas entre acusação e defesa, ao impedir que o processo penal seja tratado de forma estratégica com vistas a viabilizar o advento de uma decisão favorável à manutenção da liberdade.

Por fim, quando se exige uma confissão para a realização de um acordo que antecede à ação penal se despreza a lógica do instituto, isso porque, como dito, o eventual descumprimento dará ensejo a propositura de uma ação penal e não a imposição de uma pena sumária. Não se discute – ao menos não deveria ser discutida – a responsabilidade penal do indivíduo no momento do oferecimento do acordo, uma vez que do acordo não haverá qualquer repercussão penal, senão o oferecimento de uma denúncia.

Essa última questão fica ainda mais gritante quando, como bem acentua Santos (2020, 190), é feito um cotejo com o instituto da suspensão condicional do processo

> Se a suspensão condicional do processo, que pressupõe denúncia formalizada e recebida, não requer a confissão do réu para ser implementada, porque o ANPP, que se desenvolve ainda em uma etapa investigatória, preliminar ao processo, exigirá?

Como do acordo não resulta pena não há razão para se discutir culpa, muito menos obrigar confissão.

5. CONCLUSÕES

Após essa exposição é possível afirmar que a exigência do artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro, ao condicionar o acordo de não persecução penal à prévia confissão, formal e circunstanciada, daquela pessoa a quem o Estado imputa a prática de uma conduta relevante sob a ótica penal, não se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, por conspirar contra a dignidade da pessoa humana, o estado de inocência e ao devido processo penal, além de ignorar, por completo, a própria estrutura do instituto e as consequências do eventual inadimplemento dos seus termos.

Por esta razão, ao violar, com especial intensidade, o artigo 1º, III e o artigo 5º, incisos LIV e LVII, da Constituição Federal, a exigência de confissão formal e circunstanciada deve ser considerada como inconstitucional materialmente, suprimindo-se tal requisito do texto do artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Plea Bargaining and Its History. In: **Columbia Law Review**, n. 1, v. 79, 1979.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 10.372/2018**, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Justiça em Números**, 2020.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020

_____. **Colaboração (Delação) Premiada.** 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

A INCONGRUÊNCIA DO RECRUDESCIMENTO PENAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Gisella Maria Quaresma Leitão[100]

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A implementação dos métodos consensuais à justiça penal brasileira, conforme entendimento uníssono da doutrina, com o advento da Lei nº 9.099/1995. Nesse sentido, é a lição trazidas por Vasconcellos (2021, p. 99): "Inegavelmente, o marco principal da justiça consensual no campo jurídico-penal brasileiro se deu com a Lei 9.099/1995, que regulou os Juizados Especiais Criminais."

Sobre esta guinada na compreensão da justiça criminal se pronunciam Grinover et al. (2005, p. 56): "O legislador soube romper os esquemas clássicos do direito criminal e do processo penal, adotando corajosamente soluções profundamente inovadoras".

Com o escopo de romper com uma política criminal pautada pelo super-encarceramento, esse microssistema legal trouxe em seu bojo três institutos, a saber: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. No que tange aos dois últimos instrumentos, eles possuem características comuns e marcantes, como por

100 Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Especialista em Licitações e Contratos Administrativos pela AVM/Educacional (2018). Advogada.

exemplo, somente serem utilizados naqueles casos em que a conduta imputada ao agente se ajustar ao conceito de infração de menor potencial ofensivo, e, ainda, exigirem o consentimento com todas as obrigações que sejam oferecidas pelo Ministério Público.

Passados quase 20 anos do início do movimento do consenso na justiça criminal surge, com objetivo completamente distinto, a Lei nº 12.846/2013 e a Lei nº 12.850/2013, como resultado das manifestações iniciadas naquele ano – as "jornadas de junho". Estas leis trouxeram para o nosso ordenamento, respectivamente, o acordo de leniência das pessoas jurídicas e o acordo de colaboração premiada, tendo ambos os institutos o seguinte ponto de contato: exige-se que a pessoa interessada na sua celebração apresenta um conjunto de provas capaz de ratificar o reconhecimento de participação em um fato penalmente relevante, sem perder de vista a necessidade de que sejam indicadas outras pessoas envolvidas na empreitada delitiva.

Percebe-se que, uma diferença marcante entre os dois movimentos consensuais na justiça brasileira: se na transação penal e na suspensão condicional do processo não se discute, de qualquer forma, uma possível confissão da pessoa que adere às suas confissões, no caso das colaborações premiadas há uma exigência explícita de que o colaborador forneça uma confissão circunstanciada com provas que lhe deem respaldo, sob pena de, assim não ocorrendo, negar-se a homologação judicial.

Recentemente, aprofundando o acolhimento do consensualismo no Direito Penal Brasileiro, foi sancionada a Lei nº 13.964/2019, o chamado "Pacote Anticrime". Destaca-se nas suas previsões normativas o surgimento de mais um instrumento consensual: o Acordo de Não Persecução Penal, que acabou inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro.

Saliente-se que apesar de inserir um novo instrumento de acordo em nosso ordenamento a lei não chegou aonde pretendia, na medida em que a tentativa de implementação do *plea bargaining* acabou não sendo acolhida, diga-se, felizmente.

2. OS REQUISITOS LEGAIS PARA A UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

É importante, abordar, mesmo de uma maneira superficial em razão do escopo do artigo, a configuração que a lei conferiu ao acordo de não

persecução penal a partir dos requisitos que devem estar presentes para que o Ministério Público possa oferecer o benefício ao imputado.

A lei estabelece requisitos objetivos, assim considerados aqueles que estão ligados a conduta criminosa, e, ainda, requisitos subjetivos que ficam ligados mais diretamente a pessoa do imputado.

Para que seja possível ao imputado ter acesso ao acordo de não persecução penal é necessário que estejam presentes, de forma cumulativa, os seguintes requisitos, tratados aqui em breves linhas:

a) A pena mínima estabelecida de forma abstrata em lei para a conduta imputada deverá ser inferior a 4 anos;

b) O crime que se imputa a pessoa não pode ser daqueles cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

c) Não deve ser cabível a transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95), o que demonstra que o legislador considera o acordo de não persecução penal como algo mais gravoso ao direito de liberdade;

d) O dano causado deve ser igual ou inferior a 60 salários-mínimos ou, em caso de valor superior, quando for assegurada integral reparação do dano;

e) O investigado não pode incorrer em nenhuma das hipóteses do art. 76, § 2º, da Lei no 9.099/95;

f) A inexistência de risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em razão da espera do cumprimento integral do acordo;

g) A conduta imputada ao agente não pode ser considerada como um crime hediondo ou a ele equiparado;

h) Não se tratar de caso de violência doméstica, familiar ou contra a mulher;

i) O imputado deve confessar ao membro do Ministério Público responsável, de maneira formal e circunstanciada, o fato que a ele é imputado.

3. A OBJETIVIDADE JURÍDICA DOS CRIMES LICITATÓRIOS

Neste tópico, o artigo pretende definir o objeto jurídico que é protegido pelo Direito Penal quando criminaliza uma série de condutas que podem ser praticadas pelos agentes envolvidos em um processo de licita-

ção pública. Trata-se de um passo essencial para compreender se os métodos consensuais, especialmente o acordo de não persecução penal, devem ser aplicados aos crimes licitatórios.

3.1 OS CRIMES LICITATÓRIOS: A LEI Nº 8.666/1993 E O SEU CARÁTER SIMBÓLICO

Inicialmente, é interessante observar que, em que pese o Código Penal Brasileiro tenha em sua Parte Especial uma série de condutas tipificadas que tem relação com o exercício da atividade da Administração Pública, quando o tema é licitações públicas, de forma pitoresca, os delitos encontram previsão no bojo da Lei nº 8.666/1993. Ao menos, até o advento da Lei nº 14.133/2021 era assim.

Não se pode perder de vista que a lei é um produto humano, e, por tal razão, acaba fortemente influenciada com a experiência social.

É inegável que a Lei nº 8.666/1993 veio a lume em um momento muito sensível da história recente do País: em dezembro de 1992, o Presidente da República Fernando Collor de Mello, após um desgastante e até então inédito processo de *impeachment*, renunciou ao cargo para evitar a perda dos direitos políticos. Dia após dia, desde 27 de maio de 1992, quando o irmão do então Presidente concedeu uma entrevista à revista "Veja" na qual lançava sérias denúncias de corrupção no governo federal, surgiam novos escândalos, em geral, versando sobre compras públicas.

Um fator que igualmente não pode ser considerado é que a "legislação simbólica" é uma realidade no Brasil, aliás, de longa data, e, com especial intensidade na seara criminal. A esse respeito vale citar MASSON (2020, p. 9):

> Manifesta-se, comumente, no direito penal do terror, que se verifica com a inflação legislativa (Direito Penal de emergência), criando-se exageradamente figuras penais desnecessárias, ou então com o aumento desproporcional e injustificado das penas para os casos pontuais (hipertrofia do Direito Penal). A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta

> na perda de credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais.

Infelizmente, o Direito Penal acaba vulgarizado em sua utilização, como um simples instrumento de discurso para representar a tomada de posição dos governantes para o enfrentamento de uma situação que causa clamor social. É o que se pode dizer, uma solução rasa para um problema profundo.

Certo é que no caso dos crimes licitatórios, por conta dos escândalos de corrupção e aproveitando o ensejo do surgimento de uma nova legislação, mesmo em se tratando de uma nítida norma de Direito Administrativo, compreendeu-se adequado fixar, em seu corpo, as figuras típicas incriminadoras das condutas que podem ocorrer em uma licitação. Assim, a Lei nº 8.666/93, trouxe à baila, em seus artigos 89 a 98, os crimes licitatórios.

Vale dizer que a Lei nº 14.133/2021, recém aprovada, andou muito bem ao inovar a sistemática penal dos crimes licitatórios para incluí-los no Código Penal Brasileiro, o que, além de facilitar a sistematização do ramo mais nobre da ciência jurídica, ainda serve para manter íntegro o caráter administrativo do novo marco legal das compras públicas.

3.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELOS CRIMES DE LICITAÇÃO

Feitas estas considerações acerca da sede material dos crimes licitatórios, convém desaguar no debate acerca da objetividade jurídica das condutas que, atualmente, encontram-se incriminadas pelos Artigos 337-E e seguintes do Código Penal Brasileiro, inseridos pelo Artigo 178 da Lei nº 14.133/2021.

Decerto que não é o objetivo do presente artigo ingressar na profunda discussão acerca do conceito de bem jurídico penal, o que demandaria um espectro de debate muito largo, mas, para os fins a que se estudo se propõe, utilizar-se-á o que é apresentado por JAKOBS (MENDES, BOTTINI, PACCELI, 2011, p. 16):

> Um bem é um fato positivamente valorado. O termo fato entende-se, aqui, em sentido amplo, de modo que o conceito não en-

> globa somente objetos (físicos ou outros), mas também situações e processos. Um bem converte-se em bem jurídico ao gozar de proteção jurídica.

Quando se fala em bem jurídico penal o que se busca estabelecer é aquele valor que é reputado como de proteção essencial para a estabilidade das relações sociais, sendo certo que, pelo seu grau de relevância desafia a garantia mais destacada do ordenamento jurídico, qual seja, a do subsidiário e fragmentário Direito Penal.

No caso dos crimes licitatórios, qual é o bem jurídico tutelado? Partindo da topografia das condutas no Código Penal Brasileiro pode-se dizer que os crimes licitatórios têm como escopo resguardar a Administração Pública, isso porque, estão inseridos no Título XI da Parte Especial do *Codex* como "Dos Crimes Contra a Administração Pública".

Ocorre que a atividade da Administração Pública, como se sabe, é multifacetada e os diversos tipos penais estabelecidos visam proteger situações jurídicas distintas que envolvem o poder público. Quando o Artigo 317 do Código Penal Brasileiro tipifica a conduta de "corrupção passiva", o seu intuito não é outro senão assegurar que o funcionário público não se aproprie da máquina administrativa com vistas a enriquecer de forma ilegal. Já o Artigo 318 do Código Penal Brasileiro, ao incriminar a conduta de "facilitação de contrabando ou descaminho", além de evitar esta patrimonialização busca resguardar a captação de receitas públicas a partir dos ingressos tributários.

Os crimes licitatórios, em uma primeira mirada, buscam assegurar a lisura do procedimento de contratação pública, contudo, é nítido que o seu verdadeiro escopo é proteger o erário, assim compreendido como o conjunto de recursos titularizados pela Administração Pública para a provisão dos serviços necessários ao atendimento do interesse público primário.

Quando se fala em crimes de licitação o bem jurídico tutelado são os recursos públicos que, a partir da adequada realização do procedimento concursal de contratação, acabam economizados, o que, naturalmente, viabiliza a prestação dos serviços públicos.

A tutela do indivíduo pela norma penal é fracionada na proteção ao patrimônio, à vida, à incolumidade física e à honra. *Mutatis Mutandis*, se a

Administração Pública fosse tratada da mesma forma que o indivíduo para fins de tutela penal, os crimes da lei de licitações estariam inseridos no capítulo referente aos delitos patrimoniais. Não haveria ofensa à honra ou à incolumidade físicas, mas, apenas, a parcela patrimonial do seu conjunto de bens jurídicos.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que, com os tipos incriminadores previstos no estatuto licitatório, o legislador pretendeu salvaguardar o regular e correto funcionamento da Administração Pública pela preservação da moralidade administrativa, a idoneidade e a lisura das licitações e contratações públicas, tudo com vistas a economia de recursos.

4. O ENDURECIMENTO DA PARTE PENAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Uma vez estabelecido o bem jurídico que é tutelado pelos crimes de licitações é importante, para que se possa atingir o objetivo do presente ensaio e compreender que o novo marco legal é incoerente, se compreendido no sistema jurídico como uma unidade, destacar uma característica da Lei nº 14.133/2021.

Quando se faz um cotejo entre os crimes que estavam previstos na Lei nº 8.666/1993 e aqueles que foram inseridos no Código Penal Brasileiro por obra da Lei nº 14.133/2021, o que se vê é que o legislador entendeu por bem estabelecer penas mais ríspidas para as condutas dirigidas contra a lisura do procedimento licitatório. As penas mínimas foram, em sua unanimidade, alteradas a maior.

Mais uma vez: não se pode perder de vista que a lei de licitações surge quando o movimento "da lei e da ordem" acaba ganhando força e diversas iniciativas legais tendentes a punição criminal surgem na alvorada. Como o cenário de escândalos na Administração Pública permanece, e, com os reclamos da sociedade por um combate mais efetivo a qualquer espécie de corrupção, surge uma lei que pretende tratar de forma mais rigorosa aqueles que são acusados da prática de tais crimes.

O Direito Penal, no sistema jurídico de um Estado, é considerado como o meio mais grave de interferência na liberdade individual, e, por este motivo, deverá ser utilizado apenas quando for absolutamente indispensável. A respeito do caráter subsidiário do Direito Penal fala GOMES

(2006, 101): "O Direito penal, de outro lado, é subsidiário, isto é, só tem lugar quando outros ramos do Direito não solucionam satisfatoriamente o conflito. O Direito penal, em suma, é Direito de *ultima ratio*.".

A Lei nº 8.666/93 dispensava tratamento aos aspectos penais dos procedimentos licitatórios no Capítulo IV, Seção 3, desde o Artigo 89 até o Artigo 99, delimitando um total de dez figuras típicas diversas. Como já delineado há alguns parágrafos, as previsões típicas têm como intuito, de maneira indisfarçável, tutelar os recursos públicos, isso porque, apenas um dos preceitos primários, aquele do Artigo 95, prevê a prática de violência ou grave ameaça à pessoa.

As respectivas penas, todas de detenção, variavam, em seu patamar mínimo, de 6 meses a 3 anos, enquanto a quantidade máxima não ultrapassava o *quantum* de 2 a 5 anos.

Com o surgimento dos mecanismos consensuais da Lei dos Juizados Especiais Criminais já mencionados neste artigo, as condutas incriminadas pelos Artigos 91, 93, 97 e 98 da Lei nº 8.666/1993 passaram a admitir a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo. Restava, apenas, 6 condutas humanas que permaneciam alheias às providências consensuais penais.

Disso decorre que a solução pactuada era "residual" para os delitos ligados às licitações públicas, enfatizando a sentença penal como o método referencial para o enfrentamento das situações penais relevantes.

Este cenário é profundamente alterado com o advento da Lei nº 13.964/2019 que implementou o já destacado Acordo de Não Persecução Penal. Santos (2020, p. 150), em seu "Comentários ao Pacote Anticrime", leciona que "Longe de ser um divisor de águas no processo penal brasileiro, o ANPP junta-se à transação penal e à suspensão condicional do processo como vertentes da Justiça Penal Consensual ou Negocial", todavia, é inegável que o novo instituto acaba por ampliar o espectro de atuação da vontade no processo-crime.

O Acordo de Não Persecução Penal é um pacto entre o Ministério Público, o indiciado e seu defensor, na hipótese em que não seja caso de arquivamento apuratório, e quando a infração penal não envolver violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos. Importante destacar ainda que deverá ser celebrado mediante a confissão formal e circunstanciada da prática delitiva, em que é possível se impor condições

que podem ir desde a exigência de reparação do dano, renúncia de bens e/ou direitos, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, até outras condições especialmente pactuadas para o caso.

Compulsando aos requisitos instituídos pelo Artigo 28-A do Código de Processo Penal percebe-se que a solução pactuada deixa de ser a exceção para vigorar nos crimes licitatórios como a regra. À exceção da conduta de "afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo", por conta da violência ou grave ameaça que seria empregada pelo agente, todos os demais tipos passaram a admitir o emprego do Acordo de Não Persecução Penal.

Vale dizer: trata-se de uma realidade ajustada à lógica do sistema penal, isso porque, a maior parte dos crimes contra a Administração Pública admite a utilização do acordo de não persecução penal.

Com o surgimento da nova Lei de Licitações e o recrudescimento das condutas incriminadas evidencia-se um sentido de contramão em relação a tudo o que vem se apresentando no ordenamento jurídico. A nova lei impede que se utilize o acordo de não persecução penal nos crimes licitatórios, na medida em que o requisito referente ao patamar mínimo de pena passa a não mais estar atendido.

A nova lei não traz nenhuma alteração sensível nas condutas que são incriminadas, mas, tão-somente, promove um endurecimento na resposta penal que afasta o emprego do novo método consensual criado em nosso ordenamento jurídico e que, diga-se, pode ser utilizado em diversos crimes praticados contra a Administração Pública.

Essa sensação de rispidez no tratamento dos crimes licitatórios como fruto de uma legislação simbólica destinada a atender aos anseios punitivistas da sociedade acaba refletida, de forma muito autêntica, na obra de Justen Filho (2021, p. 1723):

> Deve considerar-se que as condutas reprimidas apresentam uma danosidade e um grau de reprovabilidade valorados como de extrema gravidade. A opção legislativa de penalização severa retratou uma vocação da sociedade. Afinal, em épocas como a presente, seria o supremo escárnio que o criminoso pudesse livrar-se da cadeia através do pagamento de importâncias em dinheiro.

Ora, a incongruência decorre da seguinte constatação: se os crimes licitatórios buscam proteger os recursos públicos, que seriam melhor versados sempre que as regras concursais fossem observadas de forma escorreita, e, prevendo o acordo de não persecução penal um método célere de recompor o patrimônio como uma das condições a serem impostas ao seu beneficiário não se constata qual a finalidade do seu afastamento no caso concreto.

Em última análise, o acordo de não persecução penal aplicado aos crimes licitatórios materializa a ideia de "ganha-ganha", na medida de em que o imputado evita o trâmite de uma ação penal em seu desfavor, com todos os seus consectários, e, a Administração Pública consegue, como uma das condições impostas, reparar o seu patrimônio de forma extremamente célere.

Evidencia-se, dessa maneira, que as disposições penais na Lei nº 14.133/2019 revelam-se incongruentes com o sistema jurídico vigente e com as providências mais inovadoras que tem sido implementadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tudo o que foi aqui exposto pode-se chegar às seguintes conclusões:

1. O ordenamento jurídico brasileiro tem incorporado, gradativamente, a ideia de solução penal consensual, o que se iniciou com a Lei nº 9.099/1005 e que tem no acordo de não persecução penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019, o seu mais recente instrumento.

2. A lei estabelece requisitos de diversas ordens para que o interessado possa beneficiar-se do acordo de não persecução penal destacando-se, no corpo do Artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, o limite de pena mínima inferior a 4 anos.

3. A regulamentação penal dos crimes licitatórios, tal qual representado pela Lei nº 8.666/1993, autorizava que a quase unanimidade de suas condutas fossem objeto de acordo de não persecução penal, a exceção daquela que tinha a violência contra a pessoa ínsita a sua previsão.

4. A Lei nº 14.133/2021 inovou na ordem jurídica ao estabelecer um novo marco legal fundamental para os processos de contratações públicas, sendo certo que, dentre as suas profundas alterações, fez inserir no Código

Penal Brasileiro as previsões penais que antes estavam em uma norma de cunho administrativo, e, ao mesmo tempo, ao que parece para atender aos anseios punitivistas da sociedade, recrudesceu as penas estabelecidas, notadamente, elevando o patamar mínimo legal.

5. Com os novos patamares mínimos de pena dos crimes licitatórios o legislador acabou por afastar a utilização dos métodos consensuais penais.

6. Os crimes licitatórios buscam, em última análise, preservar a incolumidade dos recursos públicos, sendo certo que, a sua imediata recomposição é interessante para viabilizar a prestação de serviços à sociedade.

7. O acordo de não persecução penal prevê, como uma das condições a serem estabelecidas ao interessado, que o prejuízo econômico seja recomposto, o que se dá de forma muito mais breve do que em uma eventual ação penal, e, neste sentido, a utilização do instituto inovador caminharia no sentido de realizar o verdadeiro intuito da lei.

8. Dessa forma, quando a Lei nº 14.133/2021 estabelece uma pena mínima mais rígida para as condutas por ela incriminadas e inseridas no Código Penal Brasileiro, de forma a impedir a utilização, no caso concreto, do acordo de não persecução penal, criado pela Lei nº 13.964/2019, acaba por gerar uma dupla incoerência no sistema jurídico brasileiro, na medida em que, além de impedir a adoção de providências que reduzam a aplicação de penas restritivas de liberdade e assoberbar o Poder Judiciário com mais uma demanda criminal, ainda acaba por inviabilizar a reparação célere do erário.

REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Parte Geral.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et* al. **Juizados Especiais Criminais.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MASSON, Cléber. **Direito Penal**. V. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal Contemporâneo. Questões Controvertidas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** 2.ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021

A PROBLEMÁTICA DA CONSERVAÇÃO DE VESTÍGIOS QUÍMICOS E BIOLÓGICOS POR TEMPO INDETERMINADO E O RESPEITO À CADEIA DE CUSTÓDIA

Thauany Cardozo Faria[101]

INTRODUÇÃO

A utilização das ciências para fins jurídicos, as chamadas ciências forenses, tem sido um instrumento fundamental ao processo penal no que tange ao estudo do local de crime e dos vestígios materiais e imateriais (como os de natureza digital) nele dispostos.

Apesar de não haver, hoje, no Brasil, uma hierarquia entre as provas no sistema processual penal, haja vista a rejeição ao sistema tarifado de provas, as provas materiais mostram-se de extrema relevância na elucidação de delitos, dada a confiabilidade associada à aplicação do método científico pelos profissionais peritos oficiais.

Não obstante, a atribuição às provas materiais de que por meio delas seria possível acessar a "verdade real", o que realmente teria acontecido na circunstância do eventual delito, a ocorrência de erros na abordagem e no acondicionamento de vestígios pode causar efeito contrário ao pretendido – por exemplo pela presença de vestígios ilusórios, não relacionados ao

101 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

delito em questão, ou até mesmo de vestígios forjados, alocados no local do crime com a intenção de perturbar os trabalhos periciais.

Com a promulgação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, chamada popularmente de "Pacote anticrime", ocorreu a alteração e a inclusão de diversos dispositivos na legislação penal e processual penal, que impactaram a forma com que se realiza a perícia criminal no país.

Com essa nova lei, foi introduzida no Código de Processo Penal brasileiro (CPP) (BRASIL, 1941) a cadeia de custódia, do artigo 158-A ao 158-F, com o objetivo de disciplinar a forma com que as autoridades policiais lidam com os vestígios para haver seu melhor aproveitamento como uma potencial prova pericial a ser utilizada na elucidação do ocorrido. Antes, segundo Aline Thaís Bruni (2020, p. 126), a maior parte da matéria relacionada ao gerenciamento do local de crime e do tratamento dos vestígios era feita por construção da jurisprudência e da doutrina.

O novo art.158-A do CPP (BRASIL, 1941) conceitua cadeia de custódia como o "conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte". Essa expressão se relaciona com um dos princípios primordiais à Criminalística, denominado princípio da documentação, segundo o qual "toda prova deve ser documentada, desde seu nascimento no local de crime até sua análise e descrição final, de forma a se estabelecer um histórico completo e fiel de sua origem" (CUNHA, 2020, p. 79).

Portanto, por meio da inserção desse conjunto de procedimentos na legislação processual penal, pretende-se tutelar o vestígio e todo seu potencial conteúdo útil à Justiça.

No presente artigo, será abordada, principalmente, a fase da cadeia de custódia referente ao armazenamento de vestígios químicos e biológicos. Para tanto, será feita uma breve análise sobre a cadeia de custódia, conceitos básicos referentes ao tema e o seu tratamento na legislação brasileira. Posteriormente, será feito um aprofundamento acerca do armazenamento de tais vestígios e quais problemas podem surgir em longo prazo. Por fim, será demonstrado um breve relatório sobre uma pesquisa do tratamento dado pela jurisprudência ao tema.

1. A PERÍCIA CRIMINAL E A CADEIA DE CUSTÓDIA

A perícia criminal, realizada exclusivamente por perito oficial, ocorrerá quando praticado fato típico do qual resultam vestígios materiais.

O art. 158 do CPP (BRASIL, 1941) dispõe, ainda, que "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado". Nesse sentido, é obrigatória a realização da perícia quando da prática desses delitos, não podendo esta ser substituída pela confissão, com o fim de evitar conflitos como a confissão inverídica ou a coação para que outro o faça em favor do autor da infração. A ausência da realização da perícia criminal nesses casos poderá ensejar a nulidade absoluta do processo e a absolvição do acusado, tendo em vista a ausência de prova da materialidade do delito - art. 386, II, e art. 564, III, b do CPP (BRASIL, 1941).

Tal dispositivo tem importância ímpar na dissociação do processo penal atual daquele promovido pelo sistema inquisitório, quando a confissão era considerada a "rainha das provas" e objetivo fim da investigação criminal, que se ausentava de método científico e, inclusive, admitia e incentivava a tortura. Ainda sobre o processo investigativo, vale mencionar o art. 5º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que garante que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, bem como o art. 3º-A do CPP (BRASIL, 1941), que dispõe que o processo penal terá estrutura acusatória, sendo vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Importante ressaltar que o art. 167 do CPP (BRASIL, 1941) dispõe que, "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Nessa situação, será realizado o exame de corpo de delito indireto, "por meio de testemunhas, laudos médicos ou outros documentos" (CUNHA, 2020, p. 62) por impossibilidade de realização da perícia diretamente no corpo de delito - conjunto dos vestígios materiais (pessoa, objetos, animais) obtidos do local de crime (CUNHA, 2020, P. 62).

1.1. A IMPORTÂNCIA DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

A perícia criminal geralmente é associada à eficiência com que se pode alcançar a justiça, enquanto direito da vítima do delito, da família ou mesmo da sociedade de se obter uma resposta quanto à autoria do crime, às circunstâncias em que fora realizado, para que se possa haver uma real retribuição pelo exercício do poder punitivo do Estado.

Por outro lado, hoje, é possível reconhecer que a perícia criminal não se contrapõe ao sistema de direitos e garantias fundamentais do indiciado, do investigado, do acusado ou do apenado. Ao contrário, as ciências forenses são mecanismos que possibilitam o exercício dessas garantias pela apresentação de provas que contradizem as imputações direcionadas ao dito "criminoso".

Nesse sentido, seja para um objetivo ou para outro, é possível chegar à conclusão de que os efeitos da prova pericial no processo penal são imensuráveis e que é necessário que seja obedecida a cadeia de custódia tanto para que seja possível a busca pela ideia de justiça e para que seja evitada a injustiça pela incriminação de pessoa dissociada da prática delituosa.

1.2. AS ETAPAS DA CADEIA DE CUSTÓDIA

O início da cadeia de custódia está estabelecido pelo próprio art. 158-A do CPP (BRASIL, 1941), em seu parágrafo primeiro, e "dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio". Nesse sentido, o mesmo código dispõe:

> Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
>
> I - dirigir-se ao local, providenciando para que **não se alterem o estado e conservação das coisas**, até a chegada dos peritos criminais; (grifo nosso)

Assim, a cadeia de custódia será iniciada com a providência policial de isolamento do local em que, supostamente[102], teria sido praticado crime

102 Importante ressaltar que a certeza quanto à prática de crime não é dada quando é

do qual resultam vestígios. Portanto, a preservação inicial do local, muitas vezes, não será de responsabilidade do perito criminal, mas das primeiras autoridades policiais que chegaram ao local para atender a ocorrência, por exemplo, policiais militares.

Já o §2º do art. 158-A do CPP (BRASIL, 1941) trata do reconhecimento de elementos com potencial para a realização de prova pericial e estabelece que o agente que fizer o reconhecimento ficará responsável pela sua preservação.

No §3º do mesmo dispositivo, o legislador traz a conceituação de o que seria vestígio: "todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal". Essa definição, no entanto, difere daquela construída pela doutrina e se assemelha à significação dada pelas ciências forenses de "evidência".

Vestígio, segundo a literatura da perícia forense, é todo "objeto ou material bruto constatado e/ou recolhido em um local de crime para análise posterior" (CUNHA, 2020, P. 63). Ou ainda, "toda alteração material no ambiente ou na pessoa, que tenha ou possa ter relação com o fato delituoso ou seu autor, que sirva à elucidação ou determinação de sua autoria" (COSTA FILHO apud VARGAS; KRIEGER, 2014, p. 395).

Por outro lado, evidência seria "o vestígio que, após as devidas análises, tem constatada, técnica e cientificamente, a sua relação com o crime" (CUNHA, 2020, P. 63).

Assim, percebe-se a diferença na aplicação dos conceitos utilizados pelas ciências forenses e pelo legislador ao redigir a Lei nº 13.964/2019. Vestígio, segundo a legislação, corresponde à definição forense atribuída às evidências, uma vez estabelecida a relação com o fato delituoso. Por fim, os indícios são aqueles elementos, periciais ou não, que estejam relacionados com o crime (CUNHA, 2020, P. 63). Essa terminologia tem caráter meramente jurídico.

Após essa fase inicial da preservação do local de crime e feitas as colocações iniciais acerca dos termos principais a fim de possibilitar um me-

atendida a infração. Portanto, é a partir dos relatos de vítimas, testemunhas e pelo estado do local que se presume a prática de crime. Pode ser que se trate de local de morte natural, por exemplo, quando não é necessária a atuação da perícia criminal, e nesse caso nem houve prática de crime, mas pela aparência deixada no local, infere-se errônea e justificadamente que houve a prática de um delito.

lhor estudo no presente artigo, cabe agora introduzir as etapas da cadeia de custódia.

O art. 158-B do CPP (BRASIL, 1941), elenca as dez etapas da cadeia de custódia, I - reconhecimento do elemento como de interesse para a prova criminal; II - isolamento dos vestígios e do local de crime; III - fixação, descrição detalhada do vestígio como se encontra no local; IV - coleta do vestígio; V - acondicionamento para posterior análise; VI - transporte; VII - recebimento do vestígio; VIII - processamento do vestígio, que constitui o exame pericial; IX - armazenamento; e X - descarte, mediante autorização judicial.

Aqui, faz-se oportuna uma análise mais aprofundada da fase do armazenamento dos vestígios, já que é parte fundamental da problemática aqui abordada.

O CPP (BRASIL, 1941), em seu art. 158-B, IX, define armazenamento como o "procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente". Esse procedimento, portanto, ocorre após a análise pericial e tem como objetivo a conservação do vestígio na central de custódia para a ocasião de eventual contraperícia. Dessa forma, é necessário que o vestígio seja mantido nas suas condições físicas, químicas e biológicas originais, para que seja possibilitada a realização de futuro novo exame pericial.

Sobre essa etapa da cadeia de custódia, dispõe ainda o CPP: "Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, **devendo nela permanecer**". (grifo nosso)

O questionamento que surge a partir desses dispositivos é: por quanto tempo devem esses vestígios permanecer armazenados na central de custódia? Mais especificamente, é possível o armazenamento de vestígios químicos e biológicos, com vistas a possibilitar um exame pericial idôneo, que resultará em uma análise daqueles vestígios como se realizada quando de sua coleta no local de crime?

O legislador foi omisso quanto à fixação de um período de armazenamento dos vestígios, provavelmente, com o objetivo de possibilitar o exercício da ampla defesa e a realização de contraperícia sem que essa fosse limitada ao tempo. No entanto, os vestígios químicos e biológicos, devido

às suas peculiaridades estruturais, merecem atenção especial no que tange à sua conservação.

1.2.1 AS PECULIARIDADES NA CONSERVAÇÃO DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS E QUÍMICOS

Como já mencionado, a cadeia de custódia constitui procedimento fundamental para a realização de um exame pericial fiável e que traduza, por meio da análise dos vestígios, informações presentes no local de crime.

Eventuais equívocos no isolamento do local ou na conservação dos vestígios podem ocasionar a contaminação das amostras, a perda da qualidade do vestígio para fins da realização da perícia, por exemplo, a impossibilidade de extração de uma cadeia de DNA com todos os elementos necessários para se alcançar uma resposta científica (como a possibilidade de confronto de material genético para identificação de uma vítima ou suspeito), dentre outras problemáticas.

Muitas vezes, até a demora para o deslocamento do perito criminal até o local de crime - por diversos fatores como a falta de profissionais para realizar diversas perícias, ou a distância entre um local de crime e outro - pode gerar prejuízos no posterior exame pericial. Um estudo mencionado por Fabiula Evangelista (SILVEIRA, apud EVANGELISTA, 2018, p. 7) demonstra como pode ser grave a degradação do material biológico em um curto espaço de tempo: "se a amostra for coletada nas primeiras 24 horas o teste de positivação tem a eficácia em 60% dos casos, quando esse tempo aumenta, entre 24 e 48 horas a positivação cai para 11%, entre 48 a 72 horas diminui para 4%, e com mais de 72 horas sua positivação é de 1%".

No caso acima, tratava-se de um estudo acerca da coleta de vestígio (sêmen) em local de crime sexual, portanto, é possível observar que mesmo se a coleta for feita no período de 24 horas, haverá a perda de eficácia em 40% nos resultados do teste para identificação do acusado.

A autora expõe, ainda, quais seriam os cuidados necessários à conservação de materiais biológicos no geral, além da devida identificação do policial responsável pela coleta e demais dados exigidos pela cadeia de custódia. Evangelista registra:

> [Os vestígios] Devem ser armazenadas em tubos fechados a 4 ºC, para curto prazo de armazenamento, e de **– 20 ºC a – 80 ºC em longos prazos** (em torno de 7 dias). Há exceção de amostras que não precisam ser armazenadas em geladeiras como, por exemplo, os fios de cabelo e unhas que podem ser armazenados em temperatura ambiente, porém com os mesmos critérios rígidos estabelecidos para as demais amostras. Durante a conservação é preciso que seja eliminado qualquer meio de contaminação, tomando-se cuidado com a exposição à **luz, umidade e calor, que podem causar oxidação ou hidrólise das amostras e acelerar o seu processo de decomposição.** (LISBOA apud EVANGELISTA, 2018, p. 11) (grifo nosso)

O mesmo ocorre quando se trata da conservação de substâncias químicas. Em entrevista, o farmacêutico Ernani Pinto (apud VIANA, 2013), professor de Toxicologia na Universidade de São Paulo (USP) afirma que é difícil afirmar a validade de drogas ilícitas, já que não há estudos como da indústria farmacêutica sobre a estabilidade e validade dessas substâncias. O pesquisador afirma ainda que, como ocorre com os medicamentos, o prazo de validade pode ser ainda menor em países tropicais, quando comparado a países de clima temperado, em razão do calor.

Maria Fernanda Muzetti Ribeiro (2015, p. 23) explica alguns detalhes de como pode ocorrer a degradação, especificamente, do LSD:

> Apesar de ser possível uma síntese sem interferentes, é preciso um cuidado extra no seu armazenamento. **Fotossensível e termossensível, deve ser armazenado em frascos escuros e mantido na geladeira**.[14,16,17] [...]
>
> O ataque por moléculas de água e álcool também pode ocorrer na dupla ligação adjacente ao C-8. **Na presença de luz solar e em meios ácidos há a formação do chamado lumi-LSD, que não possui propriedades psicoativas**, Figura 3. Por isso, o armazenamento de padrões de LSD deve ser feito em acetonitrila e não em água ou metanol.[14,17,18]
>
> Os cuidados devem se estender, também, para as amostras biológicas, principalmente pela baixa concentração em que a droga é encontrada nessas condições.[19] (grifo nosso)

Nesse trecho, denota-se como é relevante o armazenamento correto de vestígios, sob pena de ser armazenada uma substância que irá se alterar sob condições inadequadas específicas e ter alterada sua natureza, inclusive, perdendo a característica psicoativa.

Observa-se que o cuidado despendido para o armazenamento de vestígios biológicos e químicos de forma a conservar suas características morfológicas é grande, além de ser necessária uma estrutura física e tecnológica capaz de acondicionar tais amostras da forma ideal.

1.3 PROBLEMÁTICAS NO ARMAZENAMENTO DE VESTÍGIOS BIOLÓGICOS E QUÍMICOS POR TEMPO INDETERMINADO

Como já mencionado, a perícia criminal é extremamente relevante para o curso do processo penal, portanto, os cuidados direcionados ao manuseio e à rastreabilidade dos vestígios devem receber atenção especial, para que seja evitada a utilização de provas inidôneas no processo penal.

No entanto, diante da realidade em confronto à legislação introduzida pelo "pacote anticrime", surgem principalmente dois problemas, um relativo ao espaço e outro relativo à utilidade dos vestígios biológicos e químicos após longo decurso temporal. Esses conflitos serão mais bem estudados a seguir.

Quanto ao tempo de armazenamento dos vestígios, o CPP (BRASIL, 1941) não estabelece um limite, apenas dispõe de forma genérica, em seu art. 158-F, que os vestígios devem permanecer na central de custódia após a realização da perícia.

Sobre esse aspecto, o Escritório das Nações Unidas sobre drogas e crime (UNODC), no documento "Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não-forense", expõe o seguinte:

> **As evidências forenses poderão ser mantidas sob custódia por muitos anos, por exemplo, até que o caso seja julgado e todos os recursos processuais esgotados**. Nestas situações, uma política de armazenamento de longo prazo para as evidências materiais é importante e deve ser elaborada e publicada, caso não exista. (UNODC, 2010, p. 15).

Nesse sentido, é possível inferir que o legislador, ao não determinar um termo final ao qual estaria limitada a custódia dos vestígios, estaria pretendendo promover o armazenamento destes até que não seja mais necessário seu uso, ou seja, quando do trânsito em julgado do processo judicial criminal.

1.3.1 ESPAÇO

O problema mais evidente que surge da necessidade de guarda desses vestígios é aquele relacionado à estrutura física das centrais de custódia. O legislador já previa o surgimento dessa adversidade quando da elaboração da Lei nº 13.964/2019, tanto que ao art. 158 do CPP (BRASIL, 1941) adicionou o seguinte parágrafo único:

Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. **Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material**, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de **depósito do referido material em local diverso**, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal.

Por mais que no supracitado dispositivo o legislador tenha se referido a um vestígio em específico, é notório que eventualmente será necessário aos órgãos oficiais de perícia criminal que requisitem depósito suplementar.

No art. 170 do CPP (BRASIL, 1941) o legislador dispõe sobre a necessidade de armazenamento de vestígios com material suficiente para a para a eventualidade de nova perícia. Ainda que fossem ser armazenados apenas vestígios de análise laboratorial, o espaço suficiente para os armazenar seria insuficiente diante da crescente demanda diária e a imprevisão de quando poderia ser realizado o descarte de tais substâncias.

1.3.2 UTILIDADE DO VESTÍGIO PARA REALIZAÇÃO DA CONTRAPERÍCIA

Outro problema que pode surgir do armazenamento de vestígios químicos e biológicos por espaço longo de tempo é a possibilidade de

degradação do material e a perda das qualidades originais das substâncias, tornando-se verdadeiramente inutilizáveis à realização do exame pericial.

Sobre o tema, escrevem DORTA *et al.* (2018, p. 47):

> É recomendável a guarda de material para a contraperícia de exames toxicológicos realizados em **materiais biológicos**, pois, apesar de **os agentes tóxicos eventualmente presentes nesses materiais, na maioria das vezes, se degradarem facilmente ou serem passíveis de alterações, o que inviabiliza a repetição dos resultados após determinado período de tempo**, é importante sua guarda. O ideal é que se armazene parte do material biológico a título de posterior identificação do indivíduo gerador daquele material por análises genéticas, caso haja questionamentos sobre a identidade do doador da amostra biológica analisada. (grifo nosso)

Sobre a possível posterior utilização do material armazenado, o CPP, em seus artigos 180 e 181, prevê a possibilidade de realização de nova perícia, nos seguintes termos:

> Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, **a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos**. (grifo nosso)
>
> Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)
>
> Parágrafo único. **A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame**, por outros peritos, se julgar conveniente. (grifo nosso)

No entanto, como já demonstrado anteriormente, a degradação de materiais biológicos, ao menos, ocorre muito rapidamente, podendo, por

exemplo, o exame em material de sêmen perder a eficácia em 99% apenas no prazo de 72 horas, em caso de ausência ou inobservância dos cuidados para a preservação do material em sua totalidade (SILVEIRA, apud EVANGELISTA, 2018, p. 7).

Carmen Figueroa Navarro (apud SOUZA, 2017) destaca como essa degradação pode ocorrer, especificamente, em relação às amostras para coleta de DNA:

> Durante os processos de recolhimento, guarda e envio de amostras biológicas, muitos problemas podem acontecer e comprometer a análise pericial da prova de DNA. Cita-se, portanto, o mais comum: a contaminação cruzada e a degradação do DNA, que **apesar de haver a possibilidade da degradação decorrer de características das próprias amostras**, na maioria das vezes acontece por conta de **defeitos no armazenamento e na conservação do perfil genético coletado**. (grifo nosso)

Como afirma Navarro (apud SOUZA, 2017), a degradação desses vestígios ocorre de forma natural, portanto, mesmo que haja o armazenamento correto e obedecida a cadeia de custódia em sua integralidade, haverá a degradação das amostras. Importante destacar a informação que a autora apresenta de que apesar de ocorrer esse fenômeno natural, na maioria das vezes, a degradação ocorre por falhas humanas e/ou tecnológicas.

2. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Como afirma Vinícius Assumpção (2020, p. 83), antes mesmo da promulgação da Lei nº 13.964/2019, a jurisprudência já se manifestava sobre a existência e a importância da preservação da cadeia de custódia.

Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do HC 462.087, anterior ao "pacote anticrime", definiu cadeia de custódia como a "idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado", além de reconhecer que interferências nesse caminho poderiam levar à imprestabilidade da prova, bem como que objetivo do instituto seria garantir o devido processo legal e os recursos a ele

inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita" (ASSUMPÇÃO, 2020, P; 83).

Em busca jurisprudencial por decisões recentes que versam acerca da inidoneidade da prova pericial em razão do decurso do tempo em armazenamento, não foram encontrados resultados que denotem uma preocupação sobre esse problema.

Há diversos julgados que reconhecem o respeito à cadeia de custódia como indispensável à produção de uma prova pericial legal, no entanto, as manifestações se restringem, quase que exclusivamente, às fases iniciais da cadeia de custódia, como isolamento do local, acondicionamento adequado dos vestígios e o posterior transporte até a central de custódia ou entre locais para análise. Algumas das decisões em que foi mencionada a importância da cadeia de custódia são aquelas referentes ao RHC nº 104176 / RJ (2018/0270095-7), do Superior Tribunal de Justiça (BRASÍLIA, STJ, 2021) e aos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 700130-28.2019.7.00.0000, do Superior Tribunal Militar (BRASÍLIA, STM, 2020).

Entretanto, no julgamento do REsp nº 1632750/SP (BRASÍLIA, STJ, 2017), além das menções à relevância da cadeia de custódia, Ministra Nancy Andrighi, Relatora para o Acórdão, menciona também como pode ocorrer a degradação do DNA, material biológico específico do objeto da controvérsia judicial em questão. A Ministra cita Alexandre Freitas Câmara (BRASÍLIA, STJ, 2017, p. 57), que versa sobre a fiabilidade da prova decorrente da análise do DNA:

> Ainda que se admitisse que o mesmo (DNA) seria capaz de gerar certeza absoluta, isto só ocorreria se houvesse a mais absoluta garantia de que o exame se realizara sem qualquer falha. **Ocorre que as falhas são possíveis (e, segundo alguns, frequentes)**. [...]
>
> Professor William Thompson, [...] afirma que **erros podem ocorrer na coleta, no armazenamento e no processamento das amostras de ADN**. Além disso, a **exposição do ADN ao sol, ao calor ou água pode provocar degradação das amostras**. Isso sem contar a possibilidade de que o laboratório misture amostras.
>
> Além disso, não se pode negar a possibilidade de o resultado do exame ser um "falso positivo". (grifo nosso) (STJ - REsp: 1632750

> SP 2016 / 0193441-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 24/10/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2017).

Esse trecho trazido pela Ministra ressalta que os erros no armazenamento e no processamento das amostras de vestígios biológicos podem ser comuns e que se deve dar maior atenção a essas fases da cadeia de custódia.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, é necessário conciliar o exercício do direito probatório às limitações estruturais dos materiais químicos e biológicos coletados em local de crime, sob pena de ser constituída prova pericial que não corresponda ao estado natural das coisas de quando coletado o vestígio em questão, e que seja, na verdade, inutilizada.

Como afirma Marco Paulo Dutra Santos (2020, p. 289), o STJ já se manifestou em diversas oportunidades sobre a imprestabilidade da prova que não seja mantida íntegra, por extravio ou destruição do material original. O autor adiciona (SANTOS, 2020, p. 289):

> Como o material perdido é irrepetível, o prejuízo ao contraditório mostra-se irreparável, nada mais restando senão desentranhar dos autos toda a prova relativa à cadeia de custódia quebrada, nos moldes do art. 157, cabeça, do CPP, porquanto **ilícita, atentatória ao art. 5º, LV, da CRFB/8**8. A custódia da prova garante a solução de continuidade imprescindível à visão integral do acervo probatório, e não descontinuada ou fragmentada, conducente a conclusões infidedignas. (grifo nosso)

Sobre o armazenamento das amostras de vestígios materiais colhidos em locais de crime, Santos (2020, p. 296) afirma que mesmo em casos em que as condições são inadequadas, não cabe o descarte do material, mas a mudança de local para a guarda do vestígio.

Quanto ao descarte de tais vestígios, o autor (SANTOS, 2020, p. 296) tece importantes considerações:

> Não se trata de entulhar as centrais de custódia, mas apenas conservar o mínimo necessário para fins de contraprova ou nova perícia, se necessária. O descarte dessas amostras opera-se por determinação do juiz competente, inclusive oficiosa, seja após o **arquivamento do inquérito** – mesmo à luz do novel art. 28 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19, descabe ao Ministério Público fazê-lo, sendo mister provocar a jurisdição – **ou depois de transitada em julgado a sentença**, seja ela terminativa, absolutória, extintiva da pretensão punitiva estatal ou condenatória. Mostra-se perfeitamente aplicável, por analogia, a regra contida no **art. 72 da Lei nº 11.343/06, com a redação dada pela Lei nº 13.840/19 –** ***encerrado o processo criminal ou arquivado o inquérito policial, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará a destruição das amostras guardadas para contraprova, certificando nos autos.*** Descabe conservar tais amostras conjecturando eventual retomada persecutória, no caso de arquivamento do inquérito ou sentença meramente terminativa, ou revisão criminal, se condenado o réu, pois, nesses casos, as centrais de custódia ficariam, sim, abarrotadas de materiais sem relevância concreta sequer mediata, afinal, os motivos para não os descartar seriam inteiramente hipotéticos, contemplando quadras excepcionais.

O armazenamento de vestígios biológicos e químicos, hoje, faz-se imprescindível à investigação criminal e ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Por isso, é fundamental que seja respeitada a cadeia de custódia em cada etapa, desde o isolamento do local de crime à análise do vestígio.

Quanto à degradação natural dos vestígios químicos e biológicos pelo decurso do tempo, é relevante que sejam promovidos estudos científicos por pesquisadores das respectivas áreas do conhecimento, para que se possa ter uma noção mais precisa do tempo pelo qual a amostra recolhida permanecerá útil ao processo criminal e para que seja proporcionado seu melhor aproveitamento, sem que sejam gerados danos à gestão nas centrais de custódia, em razão do enorme número de materiais armazenados.

Por fim, mostra-se ainda relevante uma maior atenção às condições tecnológicas e estruturais de armazenamento dos vestígios como tempera-

tura dos freezers, exposição à luz e à umidade, individualização dos vestígios, que não sejam expostos a análise por diversas vezes, já que todos esses fatores podem ocasionar, também, a degradação dos vestígios.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime**: comentários à Lei n. 13.964/2019. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

_____. **Decreto-lei nº 3.689.** Código de Processo Penal, 1941.

_____. **Lei nº 13.964, 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, 2019.

BRUNI, Aline Thaís. Cadeia de custódia. In*:* SALVADOR NETTO, Almiro Velludo *et al*. **Pacote anticrime:** comentários à lei n. 13.964/2019. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

COSTA FILHO, Paulo Enio Garcia da. **Medicina Legal e Criminalística**. Brasília: Vestcon, 2012.

CUNHA, Andréa Mendonça Gusmão (coord.). **Perícia criminal e análises químicas, físicas e toxicológicas**. 2. ed. Salvador, BA: Editora Sanar, 2020. (Coleção Manuais de Farmácia, v.4).

DORTA, Daniel Junqueira *(et al.)*. **Toxicologia forense.** São Paulo : Blucher, 2018.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES (UNODC). **Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não forense**. Nações Unidas, Nova York, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/scientific/Crime_Scene_Awareness_Portuguese_Ebook.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021.

EVANGELISTA, Fabiula. **Coleta, armazenamento, e análises das principais amostras biológicas encontradas em locais de cri-**

me. 2018. 23 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Biomedicina) - Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/retrieve/37229/21554769.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2021.

RIBEIRO, M. F. M. **Desenvolvimento de métodos voltamétricos para a quantificação de LSD utilizando-se o eletrodo de pasta de carbono modificado pelo complexo de base de Schiff.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra Santos. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SOUZA, Brenda. A cadeia de custódia nas provas genéticas - Lei 16.654/12. **ConJur**, 2017. Disponível em: <https://brendasouza04.jusbrasil.com.br/artigos/454107733/a-cadeia-de-custodia-nas-provas-geneticas-lei-12654-12>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.632.750 - SP (2016/0193441-0). F D G. R M. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1633569&num_registro=201601934410&data=20171113&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 20 jun. 2021.

_____. RHC nº 104176 / RJ (2018/0270095-7). Claudine Spiero. Ministério Público Federal. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 04 de maio de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2051627&num_registro=201802700957&data=20210514&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Embargos Infringentes e de Nulidade nº 700130-28.2019.7.00.0000. Ministério Público Militar. Thiago Gonçalves dos Santos. Relator: Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Brasília, 04 de junho de 2020. Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/docu-

mento.php?uuid=37c7f2a87ab6238e5cb95e60c2af67e137efe4dcb-c141913707a1631f2b9b2a2&options=%23page%3D1>. Acesso em: 20 jun. 2021.

VARGAS, Jean Pierre Sardá; KRIEGER, Jorge Roberto. A Perícia Criminal em Face da Legislação. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 382-396, 1º Trimestre de 2014. Disponível em:<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/998/Arquivo%2020.pdf> . Acesso em: 21 jun. 2021.

VIANA, Yasmin Hendricksa Castro Viana. Drogas têm data de validade? Maracá, Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 2013. **Superinteressante**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/oraculo/drogas-tem-data-de-validade/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

A APLICAÇÃO DA TESE FIXADA EM IRDR ÀS DEMANDAS ESTRUTURAIS ENQUANTO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

Luana Silva de Mello[103]
Thiago Braga Dantas[104]

INTRODUÇÃO

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), destaca-se a sistematização de precedentes judiciais, uma vez que é mais comum a valorização de precedentes em países cujos ordenamentos jurídicos são orientados pela tradição da *Common Law*. No Brasil, onde a tradição adotada é a *Civil Law*, é de suma importância o estudo de situações em que a autoridade ou órgão judicial será obrigado a observar precedentes ao proferir decisões.

O sistema de precedentes é normatizado, especialmente, nos arts. 926 a 928, do CPC/2015. Ainda, no art. 928 do mesmo repositório, é previsto o sistema de resolução de demandas repetitivas, o qual é formado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e pelos recursos repetitivos.

103 Acadêmica do Curso de Direito na Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

104 Doutorando do Programa de Pós-graduação Sociedade e Cultura na Amazônia. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professor Assistente da Universidade do Estado do Amazonas.

Ocorre que, não obstante a previsão do CPC/2015, há divergência doutrinária no que tange à inclusão do sistema de resolução de demandas repetitivas ao sistema de precedentes judiciais. Enquanto parcela da doutrina entende que os precedentes judiciais são destinados à resolução de diversos casos, o IRDR teria como objetivo apenas resolver lides idênticas, não detendo o poder de criar precedente. Lado outro, parcela da doutrina considera o IRDR precedente, sendo um dos institutos que compõe o sistema de precedentes.

Torna-se, ainda, desafiante a análise da aplicabilidade do sistema de precedentes às demandas estruturais, tendo em vista que nos precedentes é formada a tese jurídica a partir do contorno fático da respectiva causa, e nos processos estruturais a natureza da demanda é complexa e multifatorial.

Essa complexa conjunção teórica entre precedentes, IRDR e processos estruturais se originou a partir de recente decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial n. º 1.854.842 – CE, no qual a Corte Superior entendeu que não cabe improcedência liminar do pedido em decisões estruturais, isto é, por se tratar de causa complexa, deve ser observada a devida instrução processual de modo que os direitos fundamentais envolvidos na lide sejam efetivados.

Não obstante o entendimento, a Corte fez ressalva concluindo que, em caso de existência de tese jurídica firmada em precedente qualificado anterior à causa demandada, caberia julgamento antecipado do mérito, ainda que se tratasse de processo estrutural.

O presente artigo tem como objetivo investigar a aplicabilidade do sistema de demandas repetitivas, presente no CPC/2015, incluindo os precedentes, para quem entende que ele não o integraria, em demandas estruturais, uma vez que não há procedimento formal que as regule, mas apenas previsão jurisprudencial no que se refere à forma como elas serão instruídas.

O sistema de demandas repetitivas possui disposição legal de forma que é de grande relevância explanar como ele será aplicado em demandas complexas, como as estruturais, já que necessitam em regra de cognição exauriente e de participação coletiva, valorizando-se a processualidade democrática e a garantia dos direitos fundamentais aos jurisdicionados.

A presente pesquisa possui relevância teórica na medida em que estuda a inovação trazida na referida decisão do STJ ao ordenamento jurídico pátrio, destaca estudos doutrinários sobre o tema e aponta entendimento jurisprudencial de como o processo estrutural deverá ser regido.

1. DO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INTEGRANTE DO SISTEMA DE PRECEDENTES

Dentre as muitas inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, está a sistematização de precedentes judiciais dispostos nos arts. 926 a 928. Tais disposições tornam-se novidades, pois o uso mais enfático de precedentes é característica marcante em tradições jurídicas oriundas da *Common Law* e o Brasil encontra-se inserido na da *Civil Law*, onde a determinação prevista em lei é protagonista.

Os dispositivos previstos nos artigos supracitados formaram verdadeiro microssistema de precedentes com força vinculante. Consoante prelecionam Pinho e Rodrigues (2016, p. 8) "O microssistema de formação de precedentes vinculantes previsto no Código de Processo Civil de 2015 é composto, portanto, pelas normas gerais previstas nos arts. 926 a 928, bem como pelas disposições esparsas que regulamentam todos os mecanismos de julgamentos por amostragem acima mencionados." No mesmo sentido assevera Zaneti Júnior (2015, p. 1.305): "O direito brasileiro adotou, com a edição do novo Código de Processo Civil, um modelo normativo de precedentes formalmente vinculantes que passarão a constituir fonte primária do nosso ordenamento jurídico."

Reconhecida a previsibilidade do sistema de precedentes no CPC/2015, faz-se importante destacar a contribuição deles para a garantia e a efetividade de direitos fundamentais previstos na CF/88, tais como a segurança jurídica e a igualdade no processo:

> Para que a unidade do direito seja promovida e para que o sistema jurídico se mantenha e desenvolva-se com observância da segurança jurídica, da igualdade e da coerência, é essencial que a doutrina organize um discurso jurídico a partir da decisão judicial capaz de assegurar a correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais". (MITIDIERO, 2012, p. 68 e 69).

Ainda, Freire (2017, p. 51) acrescentou a razoável duração do processo e a isonomia como direitos constitucionais assegurados a partir da adoção de um sistema de precedentes: "O novo Código de Processo Civil, ao instituir um regime legal de respeito a precedentes judiciais, visou a dar efetividade [...] ao disposto no art. 926, *caput,* e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia". Logo, a implementação do analisado sistema ao ordenamento jurídico pátrio reafirma e assegura direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Explanado o reconhecimento legal e doutrinário do sistema de precedentes, destaca-se também o sistema de julgamento de demandas repetitivas disposto no CPC/2015, tópico importante a ser analisado em seguida.

O art. 928, do CPC/2015, dispõe sobre o julgamento de demandas repetitivas, o qual é composto pelo incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR (arts. 976 a 987) – e pelos recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1.036 a 1.041). Segundo renomada doutrina, os institutos previstos no citado artigo formam verdadeiro sistema de resolução de demandas repetitivas:

> [...] o IRDR e os recursos extraordinário e especial repetitivos, acima ilustrados, compõem, nos termos do art. 928 do CPC/2015, o chamado microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, sendo que o primeiro instituto, criado pelo legislador de 2015, vem a complementar o movimento legislativo que se iniciou nos anos de 2006 e 2008 com os recursos repetitivos, que, inclusive, foram remodelados, garantindo a adoção da sistemática no âmbito de todo o Poder Judiciário. (MENDES, 2019, p. 16).

Na mesma linha entende Cimardi (2020), ao apontar que um dos principais objetivos do CPC/2015 foi a criação de técnicas processuais que facilitassem a solução de causas em massa, criando para isso, o IRDR e os recursos repetitivos. A autora salienta ainda, que o art. 928, do CPC/2015, forma um subsistema de regras específicas a serem aplicadas às causas repetitivas. Vale mencionar também, os enunciados de n. º 345 e 346 do Fórum Permanente de Processualistas Civis que reconhecem a formação de um microssistema de solução de demandas repetitivas.

Não obstante o reconhecimento legal e doutrinário dos supracitados sistemas, há divergência doutrinária quanto a considerar o sistema de precedentes como integrante do sistema de julgamento de demandas repetitivas. Parcela da doutrina entende que a tese firmada em julgamento de IRDR não seria considerada precedente, uma vez que o instituto apenas se limitaria a resolver lides idênticas:

> Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é obvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos. [...]. O incidente de resolução de demandas repetitivas nada mais é do que processo em que se discute e decide questão prejudicial à solução de casos pendentes. Como é óbvio, a decisão do incidente está muito longe de poder ser vista como precedente que atribui sentido ao direito e, por isso, regula a vida em sociedade e obriga os juízes dos casos futuros. (MARINONI, 2015, p. 401 e 417).

Lado outro, parte da doutrina entende que a tese firmada em IRDR pode ser considerada precedente visto que cria padrão decisório que será observado na resolução de casos pendentes e futuros:

> Por outro lado, a decisão proferida no IRDR foi feita para ser precedente. O desenho procedimental do incidente de resolução de demandas e a eficácia conferida pela lei para suas decisões demonstra que ele foi criado para que, numa sede qualificada – tanto em termos de competência do órgão julgador como de participação democrática – seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir

> de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão analisada. A decisão do IRDR é propositadamente - precedente, e seu objetivo é declaradamente fixar uma tese que seja adotada pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados, o que é deve ser uma premissa indispensável para analisar-se o instituto. (TEMER, 2016, p. 183).

Do mesmo modo defende Cabral (2015, p. 1423) ao reconhecer a força vinculativa do IRDR: "O IRDR[...] trata-se de um procedimento destinado à produção de precedente vinculativo, *uma espécie de canalização institucional do debate para a formação de precedentes*". Assim também é o entendimento de Didier (2016, p. 590): "Além de gerir os casos repetitivos, o IRDR e os recursos repetitivos também se destinam a formar precedentes obrigatórios, que vinculam o próprio tribunal, seus órgãos e os juízos a ele subordinados". Portanto, em que pese divergência doutrinária, a tese firmada em IRDR detém força vinculante de modo que o sistema de resolução de demandas repetitivas está inserido no sistema de precedentes, nos termos dos arts. 927, III, e 928, do CPC/2015.

Resolvida essa premissa do debate, faz-se necessária agora a caracterização dos processos estruturais no ordenamento jurídico brasileiro.

2. DAS CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Feitas as considerações sobre a inclusão de precedentes judiciais no ordenamento pátrio e o reconhecimento do IRDR como precedente, salutar é o estudo das características dos processos estruturais no Brasil para a compreensão da temática do presente trabalho.

Os litígios estruturais tiveram origem na Suprema Corte estadunidense, após o julgamento do caso *Brown v. Board of Education* em 1954. O caso tratava de ação coletiva ajuizada por treze pais que requeriam o fim da política de segregação racial "*separados, mas iguais*" aplicada às escolas do município de Topeka no Estado do Kansas. Após o trâmite processual, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da referida política e criou marco histórico na sociedade americana, uma vez que negros e brancos passaram a

estudar nas mesmas escolas o que deu início ao fim da doutrina de segregação racial vigente no país (ARENHART, 2013, p. 391).

Para que a decisão fosse concretizada, a Corte impôs diversas medidas a serem adotadas pelas escolas. E, como forma de fiscalizar o cumprimento da decisão, no ano seguinte, em 1955, a Corte voltou a analisar as consequências da decisão proferida, o que ensejou o caso *Brown v. Board of Education II*. Entendeu-se, portanto, que havia decisões que iam muito além da relação *inter partes* e criavam modificações em toda a sociedade, conforme acentua Fiss (2004, p. 28): "A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais."

Além da origem dos litígios estruturais, faz-se importante destacar o seu conceito. As demandas estruturas são aquelas que buscam reforma na estrutura, seja de um ente público ou privado, com o fim de garantir direitos fundamentais. Esse é o entendimento de Fachin e Schinemann (2018, p. 214) ao afirmarem que decisão estrutural é aquela em que: "[...] a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes."

E, na mesma linha, parte da doutrina acrescenta que, além das demandas estruturais reformarem organizações públicas e privadas, e concretizarem direitos fundamentais, elas possuem a função de efetivar políticas públicas:

> A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas**.** (DIDIER *et al.*, 2017, p. 48-49).

Com o fim de alcançar os objetivos almejados, o processo estrutural é regido por procedimento especial, diferente do trâmite tradicional e individualista realizado nos processos de estrutura bipolar, isto é, não há duas partes processuais definidas com pretensões adversárias. Nos litígios estruturais, por outro lado, há a multiplicidade de interesses e perspectivas sobre o processo de forma que o procedimento comum é insuficiente para que a solução prevista na sentença estrutural seja eficiente. Frente a isso, as demandas estruturais possuem caraterísticas próprias, dentre elas, está a multipolaridade.

A multipolaridade é característica marcante no processo estrutural, pois, em decorrência da complexidade do problema objeto de litígio, torna-se comum a multiplicidade de interesses entre as partes processuais. É o que defende Vitorelli (2021, p. 331): "A caraterização de um litígio estrutural envolve a superposição de algumas características. Primeiro, trata-se de um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos polos de interesse, os quais se apresentam em oposições e alianças parciais." Ainda, Arenhart (2021, p. 1.072) acentua que além de múltiplos interesses, haverá múltiplos sujeitos que deverão ser ouvidos no decorrer do processo: "Nesses conflitos, concorrerão diversos interesses, de uma multiplicidade de sujeitos, com pontos de vista concorrentes ou divergentes, e que sem dúvida merecem ser ouvidos e ponderados para a adequada solução do litígio."

Apesar da ausência de regulamentação formal aplicada aos processos estruturais na legislação pátria, há causas em que é possível notar verdadeira demanda estrutural, haja vista as peculiaridades existentes no caso. É o observado na decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, no qual se nota a presença dos aspectos típicos dos litígios estruturais, em especial, a multipolaridade.

O caso tratou de Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS) que requereu a realização de obra para reforma no Albergue Estadual de Uruguaiana com o fim de garantir melhores condições estruturais aos presos. Inicialmente, as partes do processo eram o MP/RS e o Estado do Rio Grande do Sul, mas, após interposição de recurso extraordinário pelo MP/RS, outros 15 estados manifestaram interesse no feito. No fim do trâmite processual, os interessados no processo totalizaram 18 e a Corte Suprema entendeu pela

possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado a realização de obras que garantissem a dignidade da pessoa humana nas instalações que acomodavam os presos.

Outra característica dos litígios estruturais é a ampliação do contraditório, direito previsto no art. 5º, LV, CF/88 e artigos 9º e 10 do CPC/2015, já que em decorrência da complexidade e multipolaridade típica desse tipo processual, muitas são as pessoas atingidas pela sentença estrutural. Frente a isso, novos meios de participação processual são delineados para que todos os interessados no processo sejam devidamente representados:

> A partir dessas funções do contraditório ampliado (permitir que todos os sujeitos afetados pelas decisões participem; propiciar formas de representação, a fim de viabilizar a concretização desse direito e fornecer informações ao magistrado), impõe-se, consequentemente, uma releitura da ideia de ~~in~~teresse jurídico para que ocorra a intervenção de terceiros nos processos estruturantes. (MARÇAL, 2018, p.70).

Para que o contraditório seja ampliado de modo eficiente, a doutrina aponta algumas soluções, como a admissão de *amici curiae* e a adoção de audiências públicas. Consoante preleciona Grinover (2015, p. 26) ao tratar sobre contraditório em demandas estruturais: "[...] A sentença deve ser construída pelo diálogo entre as partes e sobretudo entre os poderes, abrindo-se o contraditório também mediante audiências públicas e a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*." No mesmo sentido salienta Squadri (2021, p. 845): "Com vistas a assegurar o contraditório, proporcionando diálogo entre os interessados na questão e a colaboração no resultado do processo, a audiência pública, [...] deve ser medida obrigatória inerente ao processo estrutural."

Na jurisprudência, o contraditório ampliado pode ser verificado na decisão prolatada pelo STF na ADO 60/DF, na qual o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que por se tratar de demanda com natureza estrutural, todos os interessados no processo deveriam se manifestar no feito por meio de audiência pública realizada de forma *on-line*. A ação, ainda em trâmite na Corte, trata de pedido apresentado pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido dos

Trabalhadores (PT) e pela Rede Sustentabilidade requerendo o adequado funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e a garantia aos cidadãos brasileiros ao meio ambiente saudável, nos termos do art. 225, *caput*, CF/88.

Há ainda a prospectividade como característica presente nos litígios estruturais. O juiz ou a corte ao decidirem um caso estrutural determinam medidas para que a decisão proferida na sentença seja viabilizada. Assim, a determinação judicial visa não apenas à resolução efetiva do litígio, mas à criação de um modelo que possa ser usado em demandas semelhantes no futuro:

> As considerações trazidas no tópico anterior, em nossa visão, levam ainda a uma última característica que é comum (embora não indispensável) no ambiente que motiva a utilização dos processos estruturais. É que, levando-se em conta que essas medidas trazem consigo um olhar de *recomposição institucional*, é possível concluir que em diferentes circunstâncias a sua atuação será essencialmente *prospectiva*. Em outras palavras, a atividade jurisdicional possuirá um enfoque em ampla dimensão *direcionado ao futuro*, procurando servir como mola propulsora para mudanças de comportamento gerais e continuadas. (JOBIM, 2021, p.86).

Assim também assevera Picolli (2018, p.65) ao comparar a diferença de finalidades entre o processo clássico e o estrutural: "Ao passo que a finalidade da tutela no modelo tradicional é pontual, direta e retrospectiva, a função da tutela no processo estrutural é essencialmente prospectiva e contínua." Cabe mencionar ainda, o Projeto de Lei nº 8.058/2014, que versa sobre processo especial para o controle e a intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, em que se prevê no parágrafo único, do art. 2º, algumas características dos processos estruturais, dentre elas, a adoção de medidas judiciais progressivas e flexíveis. Se aprovado, o citado projeto será o mais próximo de uma regulamentação dos litígios estruturais na legislação pátria.

Ademais, é possível observar a prospectividade em decisão proferida pelo STF na ADPF 186/DF, que tratou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pelo Partido Democratas (DEM) visan-

do à declaração de inconstitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial aplicado no vestibular da Universidade de Brasília (UNB). A Corte Suprema entendeu que se tratava de demanda de natureza estrutural e considerou o sistema de cotas da UNB constitucional e ressaltou que a decisão aspirava resultados futuros ao objetivar a integração de estudantes negros e indígenas aos cursos da universidade, além de assegurar o direito fundamental à igualdade.

Tratadas as digressões teóricas sobre a natureza de precedente da tese fixada no IRDR e as características dos processos estruturais, agora passar-se-á ao cerne do trabalho: o entendimento do STJ acerca da aplicação do sistema de resolução de demandas repetitivas aos processos estruturais.

3. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO STJ SOBRE A APLICAÇÃO DO SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS AOS PROCESSOS ESTRUTURAIS

Em recente decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. º 1.854.842 – CE, a Corte Superior inovou ao entender que não cabe improcedência liminar do pedido em decisões estruturais, uma vez que, por se tratar de causas complexas e multifatoriais, deverá ser observada a instrução processual diversificada, própria dos litígios estruturais, de forma que os direitos fundamentais discutidos na lide sejam efetivados.

A Corte ressalvou, ainda, que, nas demandas estruturais, caso após a devida instrução fosse constatada a existência de tese jurídica firmada em precedente vinculante anterior à causa demandada, o julgamento antecipado do mérito seria cabível, ainda que se tratasse de litígio estrutural.

A questão discutida no STJ versou sobre 10 ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Estado do Ceará (MP/CE) contra o Município de Fortaleza que requereu o encaminhamento de 10 menores para programa de acolhimento familiar e reparação por danos morais causados a eles em decorrência do prazo excessivo em que permaneceram em programa de acolhimento institucional, tal seja, período superior a 2 anos. Na decisão, o juízo de primeiro grau julgou o pedido improcedente por entender que não restou comprovada a omissão da parte ré, uma vez que,

pelo fato da causa envolver questões sociais, culturais e econômicas, não se poderia atribuir responsabilidade civil ao Município.

Em fase recursal, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE) confirmou a sentença de primeiro grau e julgou o pedido liminarmente improcedente, nos termos do art. 332, III, CPC/2015, por entender que existiam causas repetitivas sobre a matéria na Corte, o que fundamentaria a resolução do mérito no sentido da improcedência. Posteriormente, o MP/CE recorreu ao STJ do acordão proferido ao TJ/CE. Na decisão, a Corte Superior entendeu que não cabia julgamento de improcedência liminar do pedido, pois não havia tese jurídica firmada em nenhuma das espécies de formação de precedentes vinculantes dispostos do art. 332, do CPC/2015, sobre a permanência de menor em programa de acolhimento institucional por período superior ao previsto em lei e a respectiva compensação por danos morais advindas do fato.

Segundo a ministra relatora do caso, Nancy Andrighi, para que fosse possível a improcedência liminar do pedido, a questão deveria estar previamente definida em uma das espécies de precedentes obrigatórios dispostas no CPC/2015, tais sejam, súmula do STF ou do STJ; acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos; IRDR e incidente de assunção de competência e enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Desta feita, a relatora corroborou entendimento doutrinário no sentido de considerar o IRDR como precedente judicial e a pretensão recursal do MP/CE seria considerada procedente por restar comprovada a violação ao art. 332, III, do CPC/2015, no acórdão proferido pelo TJ/CE.

A Relatora, no entanto, foi além em sua decisão, ao considerar a matéria debatida em questão como de natureza estrutural, pois constatou a presença de características próprias desses litígios, dentre elas, a multiplicidade, complexidade, prospectividade e a necessidade de um contraditório ampliado. Diante disso, concluiu que a improcedência liminar do pedido não pode ser aplicada aos processos estruturais em decorrência das peculiaridades que esse tipo processual exige, ressalvada a fixação de tese firmada em precedente sobre a matéria em discussão, que impossibilitasse nova discussão sobre o tema.

Por fim, a relatora concluiu o voto dando provimento ao recurso especial interposto pelo MP/CE e determinou a anulação do processo desde

a citação, pois ficou comprovada a inexistência de tese jurídica firmada em precedente vinculante sobre a questão debatida. Além disso, estabeleceu que fossem adotadas as medidas de adequação processual por se tratar de litígio estrutural e ampliou a participação dos sujeitos processuais. Assim requereu a manifestação no processo por *amicus curie*, da Defensoria Pública do Estado do Ceará, das entidades do terceiro setor, do Estado do Ceará e da União.

O entendimento jurisprudencial do STJ é inovador não somente por considerar incompatível o julgamento de improcedência liminar do pedido com os processos estruturais, mas também por cogitar a aplicação de tese firmada em precedentes, dentre eles, o IRDR, em demandas estruturais. Isto é, ainda que a causa possua natureza estrutural, e justamente por isso, enseje tratamento diversificado para que a tutela jurisdicional seja satisfativa, uma vez constatada a existência de tese firmada em precedente vinculante sobre a causa em discussão, ele deverá ser obrigatoriamente observado.

4. CONCLUSÃO

O sistema de demandas repetitivas, formado pelo IRDR e pelos recursos repetitivos, está inserido no sistema de precedentes, já que a tese jurídica firmada no IRDR terá força vinculante nas lides futuras e pendentes que versem sobre o mesmo tema. Tal afirmação é validada não somente pela doutrina, mas também pelo entendimento jurisprudencial inovador firmado pelo STJ no Recurso Especial n. º 1.854.842 – CE.

A partir da análise da citada decisão foi possível verificar que o sistema de demandas repetitivas poderá ser aplicado em processos estruturais, isto é, mesmo em processos complexos e multipolares, como os litígios estruturais, a tese firmada em precedente vinculante deverá ser obrigatoriamente observada. Tal conclusão se deu após a relatora reconhecer que as técnicas de formação de precedentes, dispostas no art. 322, do CPC/2015, incluem o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O sistema de precedentes, portanto, pode ser aplicado aos processos estruturais. O IRDR é um dos institutos formadores do sistema de demandas repetitivas e ele está inserido no sistema de precedentes. Logo, a

tese firmada em IRDR detém força vinculante e deverá ser aplicada aos processos estruturais.

A Relatora decidiu, ainda, que, uma vez realizada a instrução processual, caso a demanda seja considerada de natureza estrutural em decorrência da sua complexidade e multipolaridade, o processo deverá ser regido por procedimento adequado, devendo ser respeitadas pelo juízo todas as peculiaridades inerentes a esse tipo de litígio.

Por meio da breve análise jurisprudencial do STJ, concluiu-se que a decisão marca importante evolução no sistema jurídico brasileiro por aplicar o sistema de precedentes, em especial, o incidente de resolução de demandas repetitivas, em demandas estruturais, ainda que esses litígios possuam características próprias, como a complexidade, multipolaridade, prospectividade e contraditório ampliado. A vinculação ao sistema de precedentes no sistema jurídico pátrio assegura aos cidadãos a efetividade dos direitos fundamentais e enfatiza a exigência do Poder Executivo quanto ao cumprimento do seu dever de criar políticas públicas para concretizá-los, mesmo em processos que necessitem de procedimento especial complexo e multipolar, como os processos estruturais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, v.38, n. 225, p. 389-412, nov. 2013.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 1071-1096.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 8.058, de 04 de novembro de 2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá

outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0124790pa8021zsq4205i69f4924951221.node0?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>. Acesso em: 10 abr. 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. º 1.854.842 – CE. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorrido: Município de Fortaleza. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 02 de junho de 2020. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859491025/recurso-especial-resp-1854842-ce-2019-0160746-3 >.Acesso em: 01 maio.2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N. º 60 Distrito Federal. Requerente: pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), Partido dos Trabalhadores (PT) e Rede Sustentabilidade. Requerido: União. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 28 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO60Decisa771oaudie770nciapu769blica.pdf>. Acesso em: 01 maio.2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. º 592.581/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015. Disponível em: < https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863995046/recurso-extraordinario-re-592581-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 01 maio.2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. º 186 Distrito Federal. Requerente: Partido Democrata (DEM). Requerido: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE, reitor da Universidade de Brasília, Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília - CESPE/UNB. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em:

< https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342750/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-186-df-stf>. Acesso em: 01 de maio. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. *In:* CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1415-1454.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados em recursos repetitivos diante do art. 988, § 5º, II, do CPC/2015. *In*: ALVIM, Teresa Arruda *et al*. **Estudos em homenagem à Professora Thereza Alvim**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p.605-616.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Notas sobre as decisões estruturantes. **Civil Procedure Review**, v.8, n.1, p. 46-64, jan. -abr. 2017. Disponível em: https://civilprocedurereview.com/br/editions/notas-sobre-as-decisoes-estruturantes Acesso em: 27 de mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. **Revista Estudos Institucionais***,* Rio de Janeiro, v. 4, ano 2018, nº 1, p.211-246, jan-jun.2018. Disponível em: < https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247/218.>. Acesso em: 01 maio. 2021.

FISS, Owen. As formas de justiça. *In*: **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 28.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio; JAYME, Fernando Gonzaga Jayme. **A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no Código de Processo Civil/2015**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 51-82.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Seoul Conference 2014 – Constitution and proceedings – The Judiciary as an Organ of Political Control Conferência de Seoul 2014 – Constituição e processo – O Judiciário como Órgão de Controle Político. **Revista de Processo.** São Paulo, vol. 249. ano 40. p. 19-30. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2015.

JOBIM, Marco Félix; ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais):** características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro.2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. O "problema" do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 249, ano 40. p. 399-419, nov. 2015.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Julgamentos de demandas repetitivas**: a seleção da amostragem para a elucidação das questões comuns e fixação das respectivas teses jurídicas. 2019. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, v.206, ano 37, p. 61-78, abr. 2012.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo estrutural**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 259. ano 41, p. 405-436, dez. 2016.

QUADRI, Ana Carolina; JOBIM, Marco Félix. O publicismo e privatismo no processo estrutural: o papel do juiz e a audiência pública. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 835-852.

TEMER, Sophia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: tentativa de sistematização. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). **Processos estruturais**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 329-384.

ZANETI JR., Hermes. Comentários aos arts. 926 a 928. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.302-1338.

O ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS CRIMINAIS NO ESTADO DE ALAGOAS

Ana Karla Araújo do Nascimento

INTRODUÇÃO

Após a criação da Constituição Federal de 1988, demonstrou-se a procura da sociedade pela execução tanto de seus direitos, quanto pela busca de dissoluções para os conflitos acarretados no cenário jurídico. É sabido não só pela doutrina, mas também pela sociedade, de modo geral, que o acesso ao judiciário é direito básico fundamentado no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saber: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (ALVES, 2017, *on-line*).

Nessa esfera, a função do Poder Judiciário no Brasil aufere peculiar significância, já que se entende que a Constituição Federal não somente assegura que a lei não recusará da apreciação do poder judiciário ao prejuízo ou iminência a direito, mas busca assegurar a eficiência das decisões jurídicas em prol dos jurisdicionados (SILVA, 2019, *on-line*).

De acordo com Santos (2020, *on-line*), o Estado Democrático de Direito destaca-se dentre outros princípios, por meio da Separação dos poderes, de modo que seja cominado a cada um deles autossuficiência na ação de uma função substancial conferida pela Carta Magna, objetivando viabilizar a melhor manutenção ao arquétipo de Estado, bem como da competente Soberania nacional. Além disso, indispensável existir entre

eles uma consonância e articulação, indispensáveis para o alcance dos desígnios constitucionais, desde que considerados os princípios e as regulamentações que definem a esfera de desempenho desses poderes, sem, no entanto, que nenhum deles venha a sobrepuser ao outro, sob consequência de lesão ao princípio citado anteriormente.

Através deste aspecto, levanta-se a seguinte problemática: Em virtude da percepção do vazio legal no que tange a múltiplas disciplinas que não são faceadas pelo Poder Legislativo, e por isso, acaba por se centrar nas mãos do Judiciário brasileiro, de que modo o ativismo judicial, principalmente nos processos criminais do Estado de Alagoas, vem sobrevindo na seguridade dos bens jurídicos partindo do destaque das decisões provenientes do Supremo Tribunal Federal?

Levando-se em consideração a problemática supracitada, nas palavras de Andrade (2018, p. 12), a primeira hipótese traz um pouco mais para a realidade em termos legais, onde se compreende que na Constituição da República Federativa do Brasil, encontra-se elencado no art. 2º, o princípio da separação dos poderes, a saber: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." Entende-se que tal princípio sela a autonomia dos poderes, que através do sistema de freios e contrapesos, inviabiliza que um assente na esfera de atuação típica do outro. Porém nada impede que o poder judiciário, por exemplo, opere de modo atípico, editando seu regulamento interno (função legiferante atípica). O que seria inviável caso ocorra uma violação de fronte à norma pré-estabelecida onde é vedado o judiciário criar leis.

A segunda hipótese parte da observação de que a noção de supremacia da lei incidindo sobre os demais mecanismos de expressão do direito passa a ser indagada com mais acuidade. A concepção de que o exercício legislativo e seu fruto, nesse caso, a lei, desfrutam de mais prestígio do que o exercício dos tribunais e um de seus frutos, a saber, a jurisprudência e estes não se deparam mais na contemporaneidade como tão irrestrita (ALVES, 2017, *on-line*).

É necessário ressaltar que é sucinto não confundir Estado de direito e democracia, embora um juízo sobre a segunda deva levar em conta a existência ou não do primeiro. O Estado de direito, no que concerne às relações institucionais e sociais, define qual o melhor modo de governo, o

das leis ou o dos homens. Já a democracia se questiona sobre qual a melhor forma de governo (ANDRADE, 2018, p. 13).

Nas palavras de Gomes (2005, p. 12), o Estado de direito analisa que o governo da lei abrange duas ocorrências com significação diferentes, ainda que implicadas mutuamente, cada uma com seus defensores. A primazia da lei como mecanismo básico de dominação, prerrogativa máxima do poder soberano opõe Hobbes, Rousseau e Hegel aos "fatores do governo da lei". Um governo poderá exercer o poder "segundo leis preestabelecidas" (governo *sub lege*) e/ou o governo poderá exercê-lo "mediante leis, ou melhor, através da emanação (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas" (governo *per leges*).

Nas palavras de Andrade (2018, p. 14), considerando o que fora citado supra, seria possível distinguir três tipos de Estado de direito: em sentido fraco, em sentido fraquíssimo e em sentido forte. No primeiro caso, trata-se do Estado não-despótico, dirigido pelas leis. Já o Estado de direito em sentido fraquíssimo considera que as noções de Estado e de direito estão isentas de "toda força qualificadora", como é o caso do Estado kelseniano, em que todos são Estados de Direito desde que resolvidos em seu ordenamento jurídico. Um Estado de direito em sentido forte, finalmente, designa os Estados constituídos por todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder.

Deste modo, o presente trabalho objetiva, portanto, fazer um estudo, através de uma revisão bibliográfica, do ativismo judicial correlacionando o papel judiciário nos processos criminais no estado de Alagoas.

Além disso, o presente trabalho visa alcançar ou se transformar em mais uma fonte de pesquisa para os cidadãos, já que em virtude da democratização do conhecimento e consequentemente do acesso à informação como demonstração evidente e justa de transparência conjecturada aos fatores que fomentam ou que reflitam de modo direto ou indireto em seus direitos e deveres, é que, inicialmente, torna-se indispensável chamar a atenção para o assunto em tela a fim de que a reflexão subjetiva e coletiva, em conjunto ao engajamento dos aplicadores do direito possa melhor viabilizar o exercício da própria cidadania.

A metodologia empregada no trabalho por ora apresentado foi a pesquisa teórica sob o método dedutivo, onde o referencial teórico baseou-se na pesquisa bibliográfica através de artigos jurídicos e legislação levando-

-se em consideração a opinião dos doutrinadores acerca do tema proposto, uma vez que o número de processos vem se acumulando no poder judiciário e com isso acaba trazendo falta de celeridade nos processos.

1. ATIVISMO JUDICIAL

Ao se buscar a definição do que seja ativismo judicial, muitos autores fazem uma relação da expressão ao exercício da função jurisdicional para além dos limites da competência do Poder Judiciário:

> Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais poderes (OLIVEIRA, 2014, p. 22)

Saul Tourinho Leal (2010, p. 24 *Apud* OLIVEIRA, 2014, p. 23), em seu estudo, delibera o ativismo judicial como um exercício mais marcante dos tribunais no que tange a temas comumente discutidos em outros cenários também democráticos de decisão como, por exemplo, o Executivo e o Legislativo. Entretanto, a referida definição é de caráter verdadeiro, reducionista, uma vez que o autor citado anteriormente sequer faz menção em seu estudo acerca do fenômeno da judicialização da justiça, não existindo, deste modo, a imprescindível separação e distinção destes fenômenos. Destarte, torna-se difícil detectar um compromisso conceitual de se definir o ativismo.

De acordo com Barroso (2010, p. 12):

> A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Valle (2009, p. 23 *apud* OLIVEIRA, 2014, p. 23), traz em seu estudo a concepção de Douglas Kmiec, na qual este faz uma sistematização das definições do que significa ativismo judicial, assinalando cinco principais conceitos que, sob sua ótica, constituem o comportamento ativista do Poder Judiciário e seus respectivos órgãos: O exercício destinado a reptar ações de constitucionalidade defensável provindos em outros poderes; A tática de não aplicabilidade de precedentes; A conduta que consente aos magistrados legislar da sala de sessões; O afastamento dos princípios metodológicos de explanação; O julgamento objetivando atingir o resultado almejado.

Analisando o que foi descrito acima, é possível compreender inicialmente que o ativismo se expõe como uma espécie de ameaça ao princípio da divisão dos poderes, à proporção que, nesse diapasão, o Poder Judiciário cessa por tornar inválidas preferências políticas dos outros Poderes. Efetivamente, não se pode desassociar por completo o ativismo judicial e o domínio da constitucionalidade, levando-se em consideração que considerar o ativismo judicial também implica pelo exercício da jurisdição em xeque (OLIVEIRA, 2014, p. 24).

Nada obstante, a questão não é somente observar se o controle de constitucionalidade efetivado pelo Judiciário cabe em um Estado Democrático de Direito, e sim qual o conteúdo das argumentações dadas pelo Judiciário quando desempenha o controle (BONFANTE, 2010, *on-line*).

1.1 AS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO

É importante ressaltar aqui que além das funções legislativa e administrativa, ao Estado também compete a função de julgar, principalmente o exercício jurisdicional. Tal função reside na compreensão de Mendonça (2018, *on-line*), na determinação da legalidade do ordenamento jurídico, de modo coativo, desde que haja necessidade.

> A função jurisdicional, a partir da divisão clássica das funções do Estado, é atribuída ao Poder Judiciário nacional. "Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses (MENDONÇA, 2018, *on-line*).

Nesse diapasão, o Poder Judiciário mostra-se como um dos três poderes que constitui a clássica trindade da Teoria da Separação das Funções no âmbito do Estado Democrático de Direito. Ou seja, refere-se de um poder independente e cuja funcionalidade é decidir as lides que emergem, conduzir a justiça, preservar a Constituição e manter os princípios e fundamentações nela apresentadas e consequentemente coexistir em consonância com os demais (ALVES, 2017, *on-line*).

Nas palavras de José Afonso da Silva (2008 *Apud* ALVES, 2017, *on-line*), a função jurisdicional, realizada através de um processo jurídico, incide na constituição dos desacordos de interesse em cada situação concreta, indicando-se o que se conhece por sistema de constituição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides. O autor supra ainda deixa claro que, de igual modo, os conflitos de interesses são resolvidos através dos órgãos do Poder Judiciário embasado em ordens genéricas e abstratas, ao mesmo tempo legais, presentes ora por meio de materiais escritos, nesse caso, as leis, ora de tradições, ou por meio de simples preceitos gerais.

Assim, a fim de assegurar a extensa independência, determinadas garantias foram constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário, como por exemplo, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Para Alves:

> Na proteção dessas garantias devemos atentar na recomendação de Montesquieu, de que as leis e expedientes administrativos tendentes a intimidar os juízes contravêm o instituto das garantias judiciais; impedindo a prestação jurisdicional, que há de ser necessariamente independente; e afetando, desta forma, a separação dos poderes e a própria estrutura governamental (ALVES, 2017, *on-line*).

Para Bulos (2010, p. 32), o encargo do Estado por uma ação comissiva é uma questão já pacificada pelos operantes do Direito e a omissiva está sujeita a comprovação de culpa por parte de quem suportou a injustiça ofensiva. Debate-se, assim, de que maneira pode-se aplicá-la no Direito Penal e como está sendo desobedecidos os princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Ou a responsabilidade estatal atinge de igual modo as ações decorrentes da supressão do Poder Público

na conservação dos direitos e seguridades basilares, sem os quais o status de dignidade coletiva garantida perde a sua significação.

Partindo da Teoria da Separação dos Poderes, o Judiciário é o mais débil dos três poderes: Primeiro, que ele não tinha ação ativa no conjunto social, como o Executivo, nem tinha mecanismos de legitimação tão amplos quanto o Legislativo. Sua ação dependia, e ainda depende, de provocação e seu exercício era contido aos limites específicos da Lei (GRECO, 2011, p. 21).

Nas palavras de Marinoni (2010, p. 16), nesse diapasão, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro conhece determinações que se contradizem acerca de um mesmo assunto, o que acaba tornando o Poder Judiciário vagaroso e até censurável. A crise existente no sistema carcerário confere ao Estado à incumbência de operar de forma direta para solucionar o problema, uma vez que a Constituição Federal direciona a este o encargo objetivo pelos prejuízos causados.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS CRIMINAIS NO ESTADO DE ALAGOAS

A pena é uma entidade muito remota, que se encontra presente desde os proêmios da civilização, e a partir do seu aparecimento tem sido discutida. Primeiramente, foi elaborada para proteger a moral, a natureza e a probidade dos povos, e era considerada como um meio de recompensa e advertência pelo dano provocado, enquanto contemporaneamente a pena procura readquirir e reeducar os que cometem delitos. segundo Luiz Regis Prado (*apud* OLIVEIRA, 2014, p. 26).

> Inicialmente, as maneiras de penalizar quem atuasse contra os costumes era a da paz e por meio da vingança do sangue. A perda da paz versava em eliminar o sujeito delinquente da tribo, a fim de que os outros membros não se corrompessem com a sua ação, e assim o penalizado estivesse à mercê de outras coletividades ou até mesmo de animais selvagens que lhe conferiam, para que fosse morto.

Se por acaso a violação fosse exercida por uma pessoa que não pertencesse à tribo, o modo de punição era realizado através de vingança do

sangue, ou seja tratava-se de uma verdadeira batalha entre a coletividade ofendida e o grupo do transgressor, o que poderia acarretar inclusive na eliminação de um dele. os mencionados meios, detrimento da paz e da represália do sangue, são rudimentos da conhecida etapa da vingança privada, que posteriormente é trocada pela Lei de Talião, lei esta que protege o exercício do "olho por olho, dente por dente", objetivando que seja evitado a eliminação total das tribos (GOMES, 2005 *Apud* BONFANTE, 2010, *on-line*).

Em seguida, elaborou-se a composição, outro meio de aplicar a punição ao delinquente, que favorecia a transferência da aparência subjetiva para a patrimonial. Deste modo, quem o fendia tinha a opção de comprar a sua liberdade, produzindo pretexto às multas e contrapesos que contemporaneamente são conhecidos, mas naquela época eram pagos com gados e moedas (BONFANTE, 2010, *on-line*).

Para Andrade (2018, p. 35), no decorrer dos tempos, com a interferência religiosa das tribos originou-se a vingança de gênese divina, modificando a pena em ofertas aos deuses venerados naquele período, as ditas penas eram estabelecidas por meio dos sacerdotes, que conferiam castigos arrazoáveis e desumanos. Um exemplo desse tipo de pena encontrava-se no documento conhecido como o Código de Manu.

Foi nessa atmosfera que no início do século XIX, a prisão foi expressa como fundamental modo de punição institucional no Brasil, e o sistema carcerário que vigorava era no período imperial, com a utilização de trabalhos forçado, regime de forca (quem se rebelasse contra o sistema de governo), e regime de escravidão. As primeiras instituições carcerárias emergiram nos povos cristãos se a princípio era empregada de modo temporário, mas posteriormente as sanções acabaram se tornando perpétuas. Com a aparição da pena de reclusão, a pena de morte passou a perder e espaço e foi eliminada da constituição (SILVA, 2019, *on-line*).

Mas foi somente no século XVIII que houve a substituição da pena de morte pela pena de prisão. Os cárceres eram subterrâneos, apresentavam umidade, tinham insetos, os presos eram jogados e aglomerados, sujeitos a fome e torturas cruéis. Pode-se afirmar que foi a partir desse período que grande número de instituições de detenção emergiu (SILVA, 2019, *on-line*).

Por conseguinte, emergiu o sistema penitenciário progressivo no fim do século XIX, todavia, seu emprego tornou-se geral através da Europa, mas posterior da I Guerra Mundial. A ideia desse regime era baseada em distribuir o período de duração da condenação em tempos, aumentando-se em cada um desses períodos os privilégios que o detento poderia usufrutuar, mediante a seu bom comportamento e do progresso alcançado pelo tratamento renovador (BONFANTE, 2010, *on-line*).

Outro ponto importante era a questão de possibilitar ao detento reincorporar-se à coletividade antes do final da condenação. Fundamentalmente, o sistema progressivo apresentava dois objetivos: instigar o bom comportamento do preso e adquirir sua melhora moral para uma prometida vida em sociedade. O sistema progressivo era realizado por etapas continuadas que dirigiam o recém-chegado a restituição de uma nova vida, ao regime da coletividade da produção, da disciplina, e não mais a desordem a qual pertenceu anteriormente (OLIVEIRA, 2017, p. 21).

2.1. OS PROCESSOS CRIMINAIS NO ESTADO DE ALAGOAS

O sistema penal é constituído, fundamentalmente por três segmentos, a saber: policial, judicial e executivo. Todavia, estes segmentos não estão dispostos na mesma proporção, uma vez que em cada fase da atividade penal existe o predomínio de um deles com relação aos demais segmentos

Em Alagoas, o ano de 2021 vem sendo marcado por quedas acentuadas nos indicadores de criminalidade e por isso o referido estado vem se consolidando como o menos violento em toda a década. O cenário é totalmente oposto ao de dez anos atrás – quando Alagoas e Maceió se destacavam negativamente como o estado e a capital mais inseguros do Brasil (BUARQUE, 2021, *on-line*).

Nos números acumulados entre janeiro e abril do corrente ano, o estado de Alagoas registrou menos 19,4% homicídios em relação ao mesmo período do ano passado, com 399 mortes violentas contra 495 em 2020. O número é o menor em dez anos: no primeiro quadrimestre de 2012, foram registrados 829 assassinatos em Alagoas. Em Maceió, a queda nos homicídios foi de 19,9% em relação ao primeiro quadrimestre de 2020. São 117 mortes violentas, enquanto no mesmo período do ano passado

foram 146. O menor número da história contrasta com os 320 registros em 2012, quase três vezes mais assassinatos (BUARQUE, 2021, *on-line*).

Embora os números demonstrados acima comprovem a diminuição na criminalidade do estado, as situações nos presídios continuam deploráveis e o número de processos criminais acumulados. É nesse cenário que analisa o Ativismo judicial conjecturado com o poder judiciário a fim de mitigar o andamento dos processos criminais (OLIVEIRA, 2017, p. 22).

Outro ponto importante e que chama muita atenção dentro desse cenário é que o sistema penitenciário brasileiro está submetido a uma grave crise de violência em virtude da superlotação. De acordo com o Relatório Mundial de Direitos Humanos que delineia as situações penitenciárias no Brasil, percebeu-se que o encarceramento massivo aumentou em 30% nos últimos cinco anos (ALVES, 2017, *on-line*).

Além disso, existem outras ocorrências, tais como a presença de cerca de 20 mil adolescentes que cumprem medidas que comprometem a escassez da liberdade. Um exemplo disso, conforme mostra o relatório, é que a situação nos presídios de Pedrinhas, Maranhão, e a permanência de cerca de 66% de presos transitórios no Piauí, acabaram fazendo com que a ONG internacional *Human Rights Watch* (HRW) assinalasse em um dos itens do Relatório Mundial de Direitos Humanos mencionado anteriormente que o sistema carcerário em todo Brasil, torna-se o centro de transgressão de direitos humanos no país (LUSTOZA, 2015, p. 241).

As sequelas da superlotação e a ausência de estrutura dos sistemas prisionais favorecem a proliferação de doenças, ao passo em que o direito a utilização dos serviços de saúde básica permanece estagnado dentro da legislação. Outro agravante é a tortura, situação recorrente nas instituições prisionais, além das situações de espancamento e maus-tratos (ALVES, 2017, *on-line*).

A realidade do sistema carcerário brasileiro expõe a clara aplicabilidade do Direito Penal do sujeito que age contra a sociedade, onde encarcerados e encarceradas são derrubados de seus direitos basilares e não conseguem se ver respeitados os múltiplos acordos e tratados a nível internacional de direitos humanos. Conjetura, ainda, o total descaso do Estado em determinadas questões como essa (LUSTOZA, 2015, p. 241-242).

Isto posto, entende-se que o cárcere é um sistema coletivo de certo modo fechado, complicado de distinção concisa, pois existe uma subcul-

tura e de acordo com os ensinamentos de Bitencourt (2011, p. 169-170), versa-se de uma atmosfera confusa, que não permite a possibilidade de fuga pelo aprisionado, já que este se encontra encarcerado, ao mesmo tempo que se trata de um sistema bastante rígido, cuja movimentação vertical é muito complexo, possui um número deveras limitado de ações que os sujeitos podem preencher, bem como o livre-arbítrio para a seleção do papel é circunscrita e finalmente, o preso se submete a influência do mecanismo social interior desde que entra nesse sistema.

2.1 O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL NO PROCESSO CRIMINAL

Conforme analisado até agora, é possível entender que a ocorrência de apenados com sentenças que foram transitadas em julgado e encarcerados preventivos permanecerem recolhidos nos mesmos locais (MENDONÇA, 2018, *on-line*). Por isso, existe a necessidade de uma seleção entre os presos, a forma de tratamento não se equipara entre o réu reincidente e o réu primário, uma vez que desde os iniciais sistemas carcerários essa necessidade estava sendo imposta. Ocorre que, quando essa seleção não ocorre todos acabam se tornando únicos, provocando grandes revoltas aqueles que não esperavam tal tratamento, e conectá-los cada vez mais contra o sistema

Nesse sentido, é possível perceber que a judicialização não é proveniente do Direito em si, em que pese as ações que deságuam no judiciário para efetivação dos direitos, lembrando sempre que a própria Constituição Federal de 88 prevê que a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito (SANTOS, 2020, *on-line*).

É partindo dessa desorganização que nas instituições penais, os detentos buscam se estabelecer, buscando união aos que apresentarem os mesmos objetivos, e é a partir dessa união que emerge as facções criminosas, tornando-se presente em quase todas as instituições carcerárias. Esses grupos são constituídos por hierarquia com líderes e subordinados, apresentando inclusive uma estrutura econômica com direito, inclusive, a livro caixa, e dízimo. Outro ponto importante é que seus congregados e suas divisões são bem estruturadas, uma vez que nenhuma delas age sozinha, nas quais os direitos contestados pelas facções direcionam-se para todos (BARROSO, 2010, p. 45).

Nesse sentido, tem-se que ativismo judicial é um problema do Direito. Ou seja, de maneira específica, o ativismo é um problema da teoria da interpretação. Afinal, interpretar não é ato de livre vontade do intérprete, mas sim o resultado de compreensão, que se opera em constantes suspensões de pré-juízos que constituem a busca do melhor sentido para a interpretação. Até porque a decisão judicial não pode depender mais do que o julgador comeu no café da manhã do que o que realmente prevê o ordenamento jurídico e as técnicas de interpretação (ALVES, 2017, *on-line*).

Outra situação condescendente são as condições de morada das instituições penais, e a total falta de possibilidade de se viver de modo humano aceitável. É muito importante para o preso que o ambiente em que ele vive seja favorável para sua ressocialização, pois a rotina com outros presos em um local inapropriado favorece sua insatisfação a ponto de inclusive incentivar as rebeliões que costumam causar graves danos a eles mesmos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que foi exposto no presente trabalho, pode-se considerar que o sistema prisional brasileiro não vem cumprindo com as diretrizes determinadas na Lei de Execução Penal que vigora no país. Trata-se de um arquétipo esgotado materialmente, ausente de atenção pública apropriada e, sobretudo, ausência de políticas públicas dinâmicas, uma vez que existe deficiências em colocar o condenado ao trabalho de ressocialização, embora os números de crimes em Alagoas expostos no presente trabalho tenham diminuído.

Os instrumentos constitucionais, antevistos como essenciais dos artigos 1º, III; 5º, XLVIII, XLIX e LXXV, bem como do artigo 36, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, baseiam a fundamentação teórica para a probabilidade da incumbência civil do Estado e consequentemente o processo de reparação de dano, o qual foi submetido o condenado no atual sistema. Em contrapartida, assegurados no princípio administrativo, são compreendidas as pressuposições da incumbência estatal e atinente nexo causal neste cenário, do mesmo modo que a concessão processual admissível da ação ora referida.

Conjuntamente em que o Estado necessita desempenhar o *jus puniendi*, é preciso ter respeito para com o cidadão, independente de ele ser

condenado ou não. Nesse diapasão, é preciso ter consciência de que é necessário enfrentar tal situação e esquematizar, deste modo, um novo arquétipo de políticas públicas que consintam conciliar a importância e o respeito à integridade física e ética, as condições ínfimas para a decência humana e a penalidade prevista em lei.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Kayo Cézar Almeida de. **O ativismo judicial e o garantismo processual penal.** 2018. 49f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Santa Rita, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/11507/1/KCAA15062018.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021

ALVES, Caroline Barbosa. **O Ativismo judicial no Estado Democrático de direito**. [*on-line*]. 2017. Disponível em: < https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50128/o-ativismo-judicial-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BONFANTE, Bruna. **A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. Jus Navigandi**, vol. 15, n.15, n. 2582,2010. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/17058/a-transformacao-do-estado-e-da-separacao--de-poderes-e-o-poder-judiciario-no-pos-positivismo>. Acesso em: 20 maio 2021

BUARQUE, Luciana. **Ano de 2021 é o menos violento de toda a década em Alagoas, apontam dados da Segurança. Disponível em: <**http://www.agenciaalagoas.al.gov.br/noticia/item/35777-a-

no-de-2021-e-o-menos-violento-de-toda-a-decada-em-alagoas--apontam-dados-da-seguranca>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BONFANTE, Bruna. A transformação do estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo. **Jus Navigandi**, v. 15, n. 15, n. 2582,2010. Disponível em: < https://jus.com.br/artigos/17058/a-transformacao-do-estado-e-da-separacao-de-poderes--e-o-poder-judiciario-no-pos-positivismo>. Acesso em: 20 maio. 2021.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. Revista fronteiras- estudos midiáticos. Porto Alegre: 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, parte geral**. Editora Impetus, 13ª ed. 2011. Niterói, 2011.

LUSTOZA, Helton Kramer. **Eficiência administrativa e ativismo judicial**. Curitiba: Editora Íthala, 2015, p. 239-252.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O Ativismo judicial em sua matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. **Revista da AJURIS**, vol, 45, n. 144. 2018. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AJURIS_n.144.11.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2021

OLIVEIRA, Marcio Gabriel Perez de. **Ativismo Judicial e a inobservância de direitos fundamentais à luz da ação penal** 470. 2014. 55f. Projeto (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande-FURG. Rio Grande, 2014. Disponível em: < http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7485/Marcio%20Oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jun. 2021.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. *Apud* OLIVEIRA, Marcio Gabriel Perez de. **Ativismo Judicial e a inobservância de direitos fundamentais à luz da ação penal** 470. 2014. 55f. Projeto (Bacharel em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande-FURG. Rio Grande, 2014. Disponível em: < http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7485/Marcio%20Oliveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jun. 2021.

SANTOS, Maria karoline. **Ativismo judicial em matéria criminal**: maior incidência de impactos positivos ou negativos à proteção dos bens jurídicos. [*on-line*]. 2020. Disponível em: < https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54912/ativismo-judicial-em-matria--criminal-maior-incidncia-de-impactos-positivos-ou-negativos--proteo-dos-bens-jurdicos>. Acesso em: 22 maio 2021

SILVA, Vanessa Jéssica Mansur. A Evolução do Ativismo Judicial: O Papel do Judiciário Como Legislador Positivo. [*on-line*]. 2019. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-evolucao-do-ativismo-judicial--o-papel-do-judiciario-como-legislador-positivo/>. Acesso em: 30 maio. 2021

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 553. *Apud* ALVES, Caroline Barbosa. **O Ativismo judicial no Estado Democrático de direito**. [*on-line*]. 2017. Disponível em: < https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50128/o-ativismo-judicial-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 14 jun. 2021.

INTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONSENSUALIDADE COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: AVANÇOS E DESAFIOS

Gianfranco Silva Caruso[105]
Lucas Naif Caluri[106]

INTRODUÇÃO

O tempo, que segundo Santo Agostinho, é *"duração de uma natureza finita que não pode ser toda simultaneamente, tendo por isso necessidade de fases*

105 Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direitos de Titularidade Difusa e Coletiva pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Especialista em Direito Público e em Direito Penal pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL).

106 Doutorando em Direito pela Universidade Mackenzie de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Carlos. Advogado. Professor do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Professor da Pontifícia Universidade Católica (PUC-Campinas). Professor da Faculdades de Campinas (FACAMP).

sucessivas e contínuas para realizar-se completamente", sintetizado como um "*nunc transiens"* (um agora que passa), projeta efeitos no homem e no direito (MONDIN, 1985, p. 142).

Seu decurso pode conduzir tanto à aquisição de direitos, como no caso da prescrição aquisitiva, quanto à perda deles, como no caso da prescrição consumativa.

Entrementes, não é somente nas relações materiais que o tempo emprega locução; ele também se manifesta dentro do processo – instrumento para realização do direito substancial – algumas vezes beneficiando o autor, porém, na maior das vezes, favorecendo o réu, ao menos quando ele seja realmente devedor do bem da vida postulado.

A celeridade na prestação jurisdicional integra um poderoso instrumento na busca pela proteção do direito material deduzido no processo contra os ataques do tempo.

Embora a garantia de um processo rápido e eficiente já estivesse implicitamente consagrada na Constituição Federal, a Emenda Constitucional nº45, que viabilizou a chamada Reforma do Judiciário, com o escopo de dar maior segurança ao jurisdicionado, trouxe de forma expressa o direito a uma prestação jurisdicional em tempo razoável, com a garantia dos meios adequados à persecução desse objetivo:

> "Art. 5º - [...] LXXVIII -A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação".

Como se percebe, de forma indistinta, o constituinte derivado democratizou essa garantia a ambas as partes da relação processual.

Portanto, as agruras da incerteza e da demora na prestação jurisdicional, que podem atingir tanto autor como réu, tornam-se alvo principal desse dispositivo.

No presente estudo, busca-se fazer uma breve reflexão sobre o inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, analisando como ele sendo materializado na legislação processual através de institutos de consensualidade.

1. DIREITO À CELERIDADE COMO DIREITO INDIVIDUAL

1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (ORIGEM, EVOLUÇÃO, TERMINOLOGIA, CONCEITO, FUNÇÃO, DISTINÇÃO)

Conforme a doutrina, o pensamento cristão e a concepção dos Direitos Naturais foram as bases para as declarações dos direitos do homem, que se verificam desde a Magna Carta de João Sem Terra (1215) até os mais recentes diplomas constitucionais e legislativos dos Estados Modernos (SILVA, 2005, p. 172).

Grinover, ao tratar do tema direito público subjetivo, fala em posicionamento ativo do particular frente a autoridade estatal

> [...] o reconhecimento de direitos impostergáveis que se impõe ao Estado, já não ilimitado, desenvolveu-se por obra da doutrina cristã, que já na Idade Média cunhara os primeiros documentos a consagrar a existência de direitos oponíveis ao monarca (*apud* CARUSO, 2004, p. 6).

Embora não seja pacífico, em geral, costuma-se, conforme a evolução desses direitos, classificá-los em direitos de primeira, segunda, terceira e, para alguns, quarta geração. Os primeiros concediam ao povo uma posição favorável frente ao Estado, até então absolutamente dominador; os chamados direitos de segunda geração, conhecidos como direitos sociais, surgiram com a Revolução Industrial, quando se passou a reconhecer ao homem certos benefícios sociais; com a expansão das relações humanas, veio a preocupação com direitos que transcendem a esfera individual e social do cidadão, tocando a todos os homens, direitos que pugnam pela paz mundial, pelo meio ambiente equilibrado, em condições para se exercer, com satisfação, os demais direitos. Finalmente, parte da doutrina sustenta a existência da quarta geração, direitos vinculados à Engenharia Genética, que envolvem as modernas técnicas de manipulação do patrimônio genético.

Entrementes, não é uniforme a maneira pela qual a doutrina e os textos legais invocam esses direitos. Ora são chamados de liberdades públicas,

direitos do homem, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos fundamentais, direitos das gentes. De qualquer maneira, esses direitos podem ser definidos como:

> [...] o conjunto de normas defendidas e aplicadas por instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos fundamentais dos seres humanos que constituem o fundamento do Estado Democrático de Direito. São os direitos elementares à dignidade humana e de múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. (DOTTI, 2004, p. 646).

Assim, pela análise ora realizada é possível se dizer que o direito à prestação jurisdicional, ou seja, não só o direito de ser ouvido pelo Estado mas de receber dele um provimento, também integra esse núcleo de enunciados naturais e positivos e, nas palavras de Goés: "Trata-se de um direito e garantia fundamental e, acima disso, num âmbito maior, de um direito humano [...]" (2005, p. 266). Isso porque, quando o homem que vivia no Estado de Natureza, em determinado momento da evolução, abdicou de parcela de sua liberdade em troca da defesa de seus direitos e interesses, autorizou o Estado a administrar o monopólio da justiça, opção que vedou, como regra, a autotutela.

Ainda nesse sentido, "o acesso à justiça é direito que se insere no campo da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III, da CF" (PALHARINI JÚNIOR, 2005, p. 768).

Com efeito, em função da vedação da autotutela, obrigou-se, o Estado, a oferecer às pessoas, como corolário da preservação de sua dignidade, um instrumento capaz de dirimir os conflitos, que é justamente o poder-dever da jurisdição.

Nesse sentido,

> [...] o Estado tem o dever de conferir àquele que busca sua intervenção o mesmo resultado que existiria caso fosse espontaneamente observada a norma de direito material, ou fosse realizada a ação privada (autotutela) que foi proibida. (MARINONI; ARENHART, 2005, p.65).

Não se deve confundir, entretanto, direito, garantia e remédio, senão vejamos:

> Enquanto os direitos são tidos pela doutrina como enunciados de caráter declaratório, as garantias são instrumentos para efetivação desses direitos. Por sua vez, remédio seria o instrumento processual posto à disposição para, igualmente, garantir o exercício do direito.

No dizer de Miranda "os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens" (*Apud* MORAES, 2001, p. 60). Quanto às garantias e remédios constitucionais, tomamos, a título de comparação, os institutos pertencentes à Teoria Geral do Processo, da Ação Material e da Ação Processual. A primeira seria o agir do próprio titular do direito material, no sentido de protegê-lo e realizá-lo. A esse propósito estaríamos diante de uma garantia fundamental, ou seja, um instrumento posto à disposição do titular do direito para assegurar a defesa, a "fruição" do mesmo.

A ação processual sobredita vincula-se à ideia de um instrumento de direito processual, que não deixa de corresponder também a um direito, entretanto, nitidamente instrumental para realização da essência disposta no direito objetivo. Nesse caminho, os remédios constitucionais serviriam para esse propósito, de serem vias processuais postas à disposição do Homem para realização do direito material fundamental.

Observa-se, no entanto, que:

> uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais. [...] Em determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito. (LENZA, 2004, p. 410).

Conquanto a diversidade de titulações e as distinções acima exaradas, os "direitos individuais" exercem um papel de reger e proteger a dignidade da pessoa humana em todas as dimensões, conforme mencionou-se acima.

Mendes ensina que eles exercem, ao mesmo, a função de direitos subjetivos e objetivos formadores da ordem constitucional:

> Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão [...] constitucional objetiva, os direitos fundamentais [...] formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. (1999, p. 36).

Não obstante, nos termos atuais, já não mais se observa que o Estado deva manter uma postura meramente absenteísta diante dos direitos fundamentais; ao contrário, tem ele a missão de ser garantidor e promotor desses direitos, empreendendo atuação positiva na ordem normativa e funcional.

Nesse sentido, "Essa interpretação empresta uma nova dimensão aos direitos fundamentais, "fazendo com que o Estado evolua da posição de adversário para uma função de guardião desses direitos". (1999, p. 218).

Assim, não basta o Estado garantir direitos em documento legislativo. Mister que se coloque como o maior defensor e promotor dos mesmos, eis que para isso recebeu dos homens parcela das liberdades individuais, quando estavam ligados no primitivo Estado de Natureza.

1.2. TRATAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após enunciar como fundamento da República a preservação da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e consagrar a prevalência dos direitos humanos como princípio regente nas relações internacionais (art. 4º, inciso II, CF), a Constituição Federal reservou o Título II para tratar dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, no qual inseriu um capítulo para tratar dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

No mesmo texto legal, o constituinte estabeleceu, no artigo 5º, §2º, que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Com efeito, na Lei Maior, no artigo 60, §4º, inciso IV, definiu-se, como Cláusula Pétrea, entre outras, os *Direitos e Garantias Individuais*, que a doutrina admite tratar-se não só daqueles previstos nos incisos do artigo 5º da Constituição, como os nela espalhados e, ainda, aqueles que, em

decorrência do artigo 5º, §2º da Constituição, integram um verdadeiro sistema de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, Martins observa que "Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o §2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem da implicitude inequívoca" (CALMON DE PASSOS, 2005, p. 351). Gozam, portanto, de uma especialíssima proteção constitucional não só os direitos individuais contidos no artigo 5º, como nos Tratados Internacionais que o Brasil ratificar, nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição Federal.

Com o mesmo espírito protetor dos Direitos Humanos Fundamentais, a EC nº 45 autorizou que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos ingressem na Ordem Jurídica nacional equivalendo a Emendas Constitucionais, desde que aprovados em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, pelo voto de 3/5 dos votos dos respectivos membros. (art. 5º, §3º, CF).

Por todas essas razões é possível se afirmar que, em obediência aos ditames do próprio povo, da vontade do qual o poder originário é a manifestação, os direitos humanos receberam do constituinte um tratamento tão especial a ponto de integrarem um núcleo imodificável do texto constitucional, espelhados tanto no próprio texto fruto da assembleia nacional constituinte como nos tratados e convenções internacionais que o Brasil for signatário.

Ressalta-se, igualmente, a expressa designação contida no artigo 8º do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992:

> Art. 8º - Garantias judiciais
>
> **1.** Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, [...] (grifo nosso)

O Preâmbulo de referido Tratado Internacional explica que ele foi fundado no "respeito aos direitos essenciais do homem", razão pela qual se pode afirmar que seu conteúdo, especialmente quanto à matéria que ora se analisa – razoável duração do processo - integra a Constituição Federal Pátria inclusive no tocante ao seu núcleo intangível.

Tudo isso é embasamento jurídico para se dizer, sem medo de errar, que, sob a atual ordem constitucional, a todos é reconhecido, inclusive como cláusula pétrea, o direito não só de acesso ao judiciário, compreendendo os meios para realização de uma tutela jurisdicional célere.

2. A CELERIDADE PROCESSUAL IMPLICITAMENTE DECLARADA

Mesmo antes da EC nº45, a Lei Maior já garantia a todos o direito à prestação jurisdicional eficiente, num prazo razoável, como uma consequência implícita, porém absolutamente indispensável, do direito à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CF) e do direito ao devido processo legal (art. 5º, inciso LV, CF).

Cruz e Tucci ensina que:

> [...] o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, não exprime apenas que todos podem ir a juízo, mas também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, "a tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva" (*apud* SPALDING, 2005, p. 31).

No mesmo sentido, Nery Júnior sustenta que o direito à prestação jurisdicional em tempo razoável já estava implicitamente consagrado no texto constitucional, senão vejamos:

> pelo princípio constitucional do direito de ação, todos tem o direito de obter do poder judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja a adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. (2004, p. 132).

Pelo mesmo trilho, Marinoni e Arenhart:

> O direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a

> transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas de conteúdo e função mistificadores. (2005, p. 32).

Aliás, o princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual, já traz consigo o direito a um processo e sentença justos e em tempo adequado (NERY JÚNIOR, 2004, p. 60).

Com justa razão, sintetizou SPALDING: "Não restam dúvidas de que o dispositivo constitucional ora em análise veio apenas a explicitar o que implícito já estava na Constituição" (2005, p. 32).

O direito, então, a um processo em tempo razoável, tem envergadura constitucional desde o poder constituinte originário ganhando formas mais expressas com emenda constitucional que promoveu a chamada "Reforma do Judiciário".

3. O BINÔMIO CELERIDADE / SEGURANÇA E OS INSTRUMENTOS CONSENSUAIS

O conceito de tempo razoável para a prestação jurisdicional pode ser obtido sob um aspecto objetivo, entendendo como razoável o cumprimento dos prazos legais, ou sob o aspecto subjetivo, segundo o qual razoável será o tempo necessário para a solução da causa ante suas particularidades.

Segundo Gajardoni:

> em sistemas processuais preclusivos e de prazos majoritariamente peremptórios, como o nosso, o tempo ideal do processo é aquele resultante do somatório dos prazos fixados no Código de Processo Civil para cumprimento de todos os atos que compõem o procedimento, mais o tempo de trânsito em julgado dos autos (*Apud* SPALDING, 2005, p. 37).

Noutro sentido, Góes:

> O razoável é depreendido a partir da motivação racional, não havendo elementos previamente dispostos, o que se deve ter em mente é que se deve raciocinar a razoável duração do processo com

> a visão de que se faça o bloqueio do que é inaceitável ou arbitrário, gerando sempre resultantes de natureza negativa (2005, p. 266).

Parece, todavia, que a Constituição optou por um critério misto, ou seja, um sistema de cunho objetivo atenuado pelas circunstâncias particulares do caso concreto.

O artigo 93, II, "e" da Constituição indica que a regra deva ser a do prazo legal, no entanto, deve-se ter a cautela de se observar as circunstâncias particulares de cada caso a fim de se perquirir se o excesso no prazo se mostra justificável.

Deve-se observar, no entanto, que a lei Maior (art. 93, inciso II, alínea "e" e inciso XII), "[...] se refere muito mais a atividade do poder judiciário, do que à atuação do juiz individualmente considerada." (SANTOS, 2005, p. 206). Isso, com efeito, parece atender melhor ao problema da racionalização da distribuição do tempo no processo, sem prejuízo das garantias decorrentes do contraditório e da ampla defesa.

Para Bezerra, "razoável é o tempo suficiente para completa instrução processual e adequada decisão do litígio e, ao mesmo tempo, hábil para prevenir danos derivados da morosidade da justiça e para assegurar a eficácia da decisão". (2005, p. 470).

Há, de toda forma, a necessidade de equacionar a relação entre uma tutela jurisdicional rápida e a segurança jurídica.

Nesse passo, diversas foram as tentativas de se equilibrar essa relação eis que, ora se ganha rapidez, através de um juízo superficial e não exauriente, como nas tutelas de urgência e, de certa forma, perde-se segurança, ante a possibilidade de reversibilidade do provimento após a instrução probatória; ora se perde rapidez em favor da certeza, como nas ações de conhecimento, em geral, após o transcurso de toda instrução probatória.

Carvalho vê que "a garantia do devido processo legal e a garantia da duração razoável do processo não podem ser examinadas como forças opostas, mas sim fenômenos que se interagem dentro do processo". (2005, p. 221). Assim, parece-nos que o trabalhador do direito deve procurar, insistentemente, zelar por uma conduta profissional sempre comprometida para com esses fins, de buscar, dentro de suas possibilidades, promover um processo ágil, sem atropelos dos prazos e das garantias de defesa, que são também garantias para o bom exercício da Jurisdição.

Dinamarco menciona algumas leis ordinárias que vieram, na década de 90 de no início deste século, promovendo certa renovação no processo civil (ainda sob a vigência do Código Adjetivo de 1973), buscando otimizar o processo. São elas: Lei nº 8.455/92, 8.637/93, 8.710/93, 8.718/93, 8.898/94, 8.950/94, 8.951/94, 8.963/94, 9.139/95, 9.245/95, 9.756/98, 9.800/99, 10.173/01, 10.352/01**,** 10.358/01 (*apud* NOTARIANO JÚNIOR, 2005, p. 61).

No mesmo rol, inserem-se algumas leis muito conhecidas: Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que introduziu o conceito de ações coletivas; a Lei nº 8.952/94 que alterou inúmeros dispositivos sobre antecipação dos efeitos da tutela e conciliação; Lei nº 9.079/95, acrescentou o processo monitório; Lei nº 9.307/96, que disciplinou a arbitragem; Lei nº 10.444/02, que alterou dispostos do processo de execução.

A esse rol acrescentamos a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que assegurou aos maiores de 60 anos prioridade na tramitação dos processos (art. 71), a Lei nº 11.187/05 que, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil revogado deu nova disciplina ao Recurso de Agravo no Processo Civil, um dos primeiros diplomas infraconstitucionais posteriores à Emenda nº 45.

O próprio Código de Processo Civil de 2015 veio com uma visão muito mais holística acerca da necessidade de efetividade do processo e seu compromisso social.

Nessa medida, enriqueceu institutos como a cooperação entre as partes e a busca incessante por soluções consensuais. Ao lado de tais tentativas de aceleração da prestação jurisdicional em âmbito mais privatista, observou-se um significativo avanço também nos modelos de consensualidade relacionados a tutelas coletivas.

Tomando-se, então, como objeto desse estudo, as demandas envolvendo interesses coletivos relativos à probidade administrativa, percebe-se claramente que os modelos repressivos puros de combate à corrupção, seja na esfera penal ou extrapenal, ou seja, aqueles que reclamam irremediável intervenção do poder judiciário para concretização de seus objetivos, foram ganhando obstáculos clássicos e claros para plena eficiência.

No Direito Público, soluções consensuais sempre encontraram muitos obstáculos, ora sob o pálio da indisponibilidade do interesse público, ora pelo argumento da defesa de direitos irrenunciáveis pelo cidadão.

No entanto, o Direito Penal, naturalmente refratário a soluções que fugissem ao controle jurisdicional sobre o direito de punir, antes do Direito Administrativo, deu importantes passos no sentido de permitir acordos visando mitigar a obrigatoriedade da acusação criminal ou prestigiar propostas que passam pela negociação entre agentes públicos e agentes das infrações penais.

Institutos como a colaboração premiada, observados na Lei nº 8.072/90, na revogada Lei nº 9.034/95, nas Leis nº 9.613/98, nº 11.343/06 e, mais recentemente, na Lei nº 12.850/13, ganharam forma e autoridade na seara penal; a justiça negociada ganhou espaço com os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e, mais recentemente, com o acordo de não persecução penal.

Na seara extrapenal, a doutrina já desejava por esses mecanismos:

> [...] é forçoso reconhecer que, *de lege ferenda*, será útil e mais eficiente à repressão da improbidade administrativa a dotação de institutos que, mitigando o princípio da indisponibilidade, favoreçam autores, beneficiários, cúmplices ou partícipes de atos de improbidade que espontaneamente denunciem o fato, seus autores e beneficiários, possibilitando, assim, com a delação premiada, a redução de sanções ou mesmo instituindo uma válvula para a inacumulabilidade nessas hipóteses. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 416).

E, com o tempo, algumas leis passaram mesmo a reduzir entraves à solução consensual: A Lei nº 8.884/94, ajustou compromissos de cessação de prática de infrações à ordem econômica; a Lei nº 11.079/04, permitiu o emprego dos mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive a arbitragem, em parcerias públicos-privadas; a Lei nº 11.196/05, incorporou à Lei nº 8.987/95 a mesma possibilidade para as concessões comuns; a Lei nº 12.529/11, previu programa de leniência aos autores de infração à ordem econômica; a Lei nº 12.846/13, permitiu o acordo de leniência visando combater a corrupção empresarial; o Código de Processo Civil passou a enaltecer o princípio da colaboração processual.

Ao lado dessas leis, as Resoluções nº 118 e 179, do Conselho Nacional do Ministério Público, incentivaram a autocomposição no âmbito dos

procedimentos administrativos, sinalizando que, aos poucos, o Direito Público foi cedendo a caminhos alternativos, porém mais eficientes.

Foi, contudo, com a Lei nº 13.964/19 que caiu o maior obstáculo aos acordos em defesa do patrimônio público, extirpando-se do ordenamento jurídico vedação legal às transações envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa.

Alterando a Lei nº 8.429/92, o chamado "pacote anticrime" passou a permitir a celebração de acordos na tutela do patrimônio público envolvendo, inclusive a transação sobre sanções ali definidas.

Ocorre que o dispositivo legal que definia os contornos do procedimento para celebração de tais avenças foi vetado pelo Presidente da República deixando, no ponto, mais uma importante lacuna legislativa.

Nos anos de 2020 e 2021, os Ministérios Públicos do Estados e o Ministério Público Federal trataram de editar resoluções para organizar, no âmbito de suas atribuições, os chamados acordos de não persecução cíveis, verdadeiros modelos internos de consensualidade para tutela do patrimônio público e social.

Colacionam-se, portanto, uma variedade de atos infralegais com preservação da essência do instituto, porém, algumas disposições ainda se revelam bastante díspares entre si, o que não favorece o avanço na construção de um sistema de soluções consensuais para tutela de direitos coletivos – mais especificamente de patrimônio público – com segurança jurídica.

CONCLUSÃO

Iniciou-se essa reflexão indicando que o Homem e o Direito estão sujeitos ao tempo, sendo que o Estado, ao vedar a autotutela, como regra, chamou para si a missão de administrar a Justiça.

O progresso do constitucionalismo conduziu a um ponto em que a necessidade de efetivação do Contrato Social mostra-se patente.

Com esse escopo, são cada vez mais numerosas as tentativas de se resolver os problemas que decorreram do aumento do acesso ao Poder Judiciário, não acompanhado na mesma proporção da satisfação dos recursos orçamentários necessários para implementação da estrutura do referido Poder Estatal.

Nesse passo, além de proposições para acelerar a marcha do procedimento, abreviando-se ritos ou acesso a recursos, emergiram as soluções negociadas como sucedâneo de realização da justiça com menores custos e maiores proveitos para os contendores.

Os avanços foram notáveis em diversos aspectos tendo sido observadas diversas iniciativas para se alcançar soluções consensuais no processo até mesmo na tutela de interesses coletivos como os afetos ao patrimônio público e social.

Há, entretanto, ao menos nesta seara, importantes desafios para que esse modelo de justiça negocial possa ser mais amplamente admitido pelos litigantes.

A existência de estruturas estatais estanques que pouco ou nada se comunicam, a inexistência de regras processuais unas para versar sobre os termos de acordos de não persecução cível, relevando a resoluções institucionais ou mesmo o diálogo das fontes a solução para o problema, ainda representam desafios para os que trabalham nessa área na medida em que tão cara quanto a justiça que se busca no poder judiciário é a segurança proporcionada pela solução que se dê ao litígio.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Márcia Fernandes. o Direito à razoável duração do processo e a responsabilidade do Estado na outorga da prestação jurisdicional. In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALMON DE PASSOS, Jorge Luiz Ieski, Direitos Humanos na Reforma do Judiciário, In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARUSO, Gianfranco Silva. **Do direito de ação no processo civil brasileiro***,* Monografia, Lorena, 2004.

CARVALHO, Fabiano, EC n.45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo, In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Te-

resa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DOTTI, René Ariel, Breves notas sobre a emenda, In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes, Razoável duração do processo, In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 7.ed., São Paulo: Método, 2004.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento,** 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade***,* 2.ed., São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MONDIN, Batista. **Curso de Filosofia**: Os filósofos do Ocidente, vol. I, 3.ed., São Paulo: Paulinas, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 9.ed., São Paulo: Atlas, 2001.

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

OTARIANO JÚNIOR, Antonio de Pádua, Garantia da razoável duração do processo, In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Tere-

sa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney, Celeridade processual – garantia constitucional pré-existente à EC nº45 – alcance da "Nova" norma (art.5º, LXXVIII, da CF), In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Evaristo Aragão, A Emenda Constitucional nº 45 e o tempo dos atos processuais, In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24.ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SPALDING, Alessandra Mendes, Direito Fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº45/2004, **Reforma do Judiciário**, São Paulo: RT, 2005.

VARGAS, Jorge de Oliveira, A garantia fundamental contra a demora no julgamento dos processos In: **Reforma do Judiciário**, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DO PROCESSO ELETRÔNICO E SEUS ENTRAVES QUANTO AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS

Bruna Patrícia Ferreira Pinto[107]
Márcia Regina Pereira Silva[108]
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira[109]
Vinicius Pinheiro Marques[110]

INTRODUÇÃO

A Reforma do Poder Judiciário salientou a celeridade processual como princípio a ser pretendido pelos órgãos desse poder. Nesse sentido, um importante mecanismo para se chegar a esse propósito consiste no uso

107 Mestranda do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Tocantins.

108 Mestranda do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Servidora do Tribunal de Justiça do Tocantins.

109 Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado.

110 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado Profissional) em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado.

de meios tecnológicos, ou seja, recursos de informática para prática de atos processuais.

A Lei nº 11.419/2006 dispõe sobre a informatização do processo judicial no qual trouxe inovações quanto ao processo por meio eletrônico. Através da comunicação dos atos processuais por meios digitais tem-se o potencial de garantir pleno acesso ao judiciário. Nos dias atuais em qualquer lugar que esteja o cidadão, desde que possua um celular ou computador com internet, pode ter acesso ao seu processo e ver as movimentações processuais.

O direito a acessibilidade ao Poder Judiciário consiste em um direito humano indispensável para o equilíbrio da coletividade, devendo ser tratado com a mesma importância de outros direitos como vida, saúde e liberdade.

Já o acesso à informação é um direito constitucional básico que está cada vez mais disseminado, seja pela imprensa, seja pela sociedade civil organizada, aproximando o cidadão cada vez mais do acesso à Justiça.

Este trabalho tratará sobre a relação do princípio do acesso à justiça, também chamado de inafastabilidade da jurisdição ou livre acesso ao Poder Judiciário, tendo como enfoque o entrave ao acesso à justiça como uma das barreiras enfrentadas no que tange as pessoas que não possuem habilidades rotineiras com uso do computador e demais sistemas tecnológicos.

O texto tem como objetivo trazer uma reflexão sobre o direito ao acesso à justiça e as dificuldades enfrentadas para sua concretização com a instalação do processo eletrônico e manuseio pelos excluídos digitais.

Nessa faceta a pesquisa se justifica diante da necessidade de tornar mais acessível o acesso do cidadão ao Poder Judiciário e ao processo eletrônico, de forma que mesmo não possuindo todas as habilidades aos meios digitais este não seja uma forma de entrave ao seu ingresso.

Parte-se do princípio de que o processo eletrônico seja de fácil acesso a todos que operam, no entanto, nem sempre funciona dessa forma. O sistema eletrônico de processo deve ser de simples compreensão e manuseio, com linguagem acessível, sob pena de afastar o ingresso do indivíduo à justiça.

Insta ressaltar que inúmeros são os benefícios advindos da informatização processual dentre eles a grande diminuição de seus custos, tendo em vista os gastos com a utilização de papel, entre outros.

Faz-se necessário abordar neste estudo alguns dos entraves ao acesso à justiça no qual temos: as condições socioeconômicas como barreiras para que os cidadãos não busquem a justiça na efetivação do seu direito; morosidade processual; assistência judiciária gratuita etc.

No corpo desde artigo será tratado sobre as visões de Cappelletti e Garth dos meios de acesso à justiça utilizados por várias nações, visando dirimir as barreiras para que a acessibilidade funcionasse. No livro clássico trazido pelos referidos autores estes mencionam sobre alternativas de solucionar a justiça inacessível, de forma que são propostas três grandes ondas de acesso à justiça sendo que uma leva a evolução da outra.

As duas primeiras ondas apoiam-se na tutela de necessitados e de interesses difusos, ou seja, trata da assistência judiciária aos pobres e das reformas em vista da representação jurídica para os interesses transindividuais. Já a terceira e última onda menciona sobre o novo enfoque a justiça por meio do acesso à justiça e dos mecanismos para sua concretização.

Diante do novo enfoque dado ao acesso à justiça e das mudanças tecnológicas que vem ocorrendo nessa nova era são exigidos comportamentos modernos e aprendizado de novas teorias e tecnologias. O não acesso de grande parte da população aos avanços tecnológicos impossibilita que as pessoas obtenham acesso ao processo eletrônico via internet.

Com a Lei nº 12.965/2014 denominada Marco Civil da Internet estabeleceu-se princípios, garantias, direitos e deveres ligados à manifestação do pensamento, criação, expressão e à informação por meio do uso da internet no Brasil. Por meio dela tem-se tentado organizar parâmetros jurídicos no plano infraconstitucional destinados a tutelar conteúdo da comunicação social e direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, considerando-se o uso de computadores em redes interligadas, com destaque para a importância da tutela jurídica da internet.

Fato é que a Lei do Marco Civil da internet apresenta expressamente seu acesso como status constitucional, com isso sem maiores dúvidas o acesso à justiça ampliou-se com a implantação do processo eletrônico constituindo–se como uma de suas ferramentas, já que o processo e o acesso ao Judiciário se tornaram mais fáceis e aproximáveis. Apesar desse acesso ter ficado mais prático e fácil, algumas pessoas possuem dificuldades em manusear as ferramentas digitais, os chamados excluídos digitais, constituindo assim um dos entraves ao acesso à justiça por esse grupo de

cidadãos que necessitam de ajuda para manusearem o sistema e obter informações sobre o seu caso especifico sem necessidade de comparecer ao Poder Judiciário fisicamente ou fazer ligações aos servidores de cada Vara ou mesmo se dirigir até o seu patrono para que obtenham a informação desejada.

Diante disso, este artigo tratará dos possíveis entraves ao acesso à justiça com o processo eletrônico tendo como enfoque as dificuldades encontradas pelos excluídos digitais.

1. ACESSO À JUSTIÇA E OS PRINCIPAIS OBSTÁCULOS

Nos dias atuais, a garantia constitucional do acesso à justiça é uma preocupação da sociedade atual. A partir desse cenário, o princípio em foco consiste em direito fundamental possuindo previsão no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, ao trazer que: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O princípio constitucional usualmente chamado de acesso à justiça tem como sinônimos: inafastabilidade da jurisdição, inafastabilidade do controle judicial, ou ainda, princípio do direito de ação, sendo este decorrente do princípio da legalidade (CF, art. 5º II) (BULOS, 2018).

Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988) o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental, como sendo o mais básico dos direitos humanos de um sistema moderno e igualitário que pretenda garantir e não só declarar o direito de todos.

Trata-se de um direito amplo que através do seu exercício outros direitos fundamentais podem ser assegurados quando transgredidos a fim de obter uma solução justa para os conflitos de interesses, fundamentando-se no rompimento de barreiras e introdução de mecanismos de facilitação tanto do ingresso em juízo quanto de meios adequados em todo o desenvolvimento do procedimento.

O termo acesso à justiça, segundo autores acima referenciados, compreende-se no "sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a proteção do Estado, o que deve ser igualmente acessível a todos fornecendo resultados justos no âmbito individual ou social" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Segundo Ommati, convém mencionar que o direito de acesso amplo a jurisdição não leva a que o requerente tenha direito a uma decisão favorável, o que se assegura na verdade é que o cidadão possa provocar o Judiciário para que ele emita uma decisão. (OMMATI, 2014).

Nessa seara ao se falar no acesso à justiça pensa-se em primeiro plano em segurança jurídica, justiça eficaz, processo justo, célere e acessível a todos que dependem dele, entretanto, o problema do acesso à justiça não deve ser visto apenas sob o prisma da morosidade, mas sim por outras dificuldades que impedem a sua realização, das quais serão tratadas mais abaixo neste trabalho.

É sabido que o direito fundamental do acesso à ordem jurídica, não se limita apenas ao ingresso do Poder Judiciário de forma gratuita, mas como uma garantia universal que preleciona a defesa dos demais direitos independentemente do nível econômico, através dos meios que possibilitam o acesso à justiça como, direito à informação, direito ao acesso a uma justiça adequada e organizada entre outros. De fato, muitos são os obstáculos a efetivação do acesso à justiça, dentre eles: os altos custos dos processos; a duração razoável do processo (tempo gasto); falta de conhecimento jurídico básico; excesso de formalismo; ambiente intimidador; procedimentos e linguagem jurídica complexas etc.

Ao se tratar das barreiras ao acesso à justiça não se pode deixar de mencionar as três ondas que tratam sobre as alternativas de solucionar a justiça inacessível colocadas por Cappelletti e Garth. A primeira fala da assistência judiciária aos pobres. A segunda trata das reformas em vista da representação jurídica para interesses difusos. E a última chama-se enfoque de acesso à justiça com soluções alternativas englobando as anteriores.

A primeira onda possui especial atenção na assistência judiciária aos necessitados, em que se tem a necessidade de um advogado para decodificar as leis e os procedimentos, sendo que os métodos para proporcionar assistência jurídica ao hipossuficiente são através da Defensoria Pública, do benefício de gratuidade da justiça, da nomeação de advogado dativo, entre outros.

A segunda onda cuidou da representação dos interesses difusos, ou seja, preocupando-se com os interesses coletivos, tendo o processo como um problema de ambas as partes e não para resolver interesses individuais.

A terceira e última onda aborda uma solução mista entre as duas primeiras ondas com uma concepção de representação em juízo mais ampla de acesso à justiça evoluindo para questões mais aprofundadas referentes à acesso. Foram propostos mecanismos de melhoria para representação dos interesses dos pobres e na defesa dos direitos difusos. Por isso, essa terceira onda fora chamada de "novo enfoque à justiça" concentrando-se atenção no conjunto de pessoas que executam o poder jurisdicional, procedimentos e instituições (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Nesse contexto, no livro Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição de Mauro Vasni Paroski o autor cuidou de escrever um capítulo sobre os obstáculos do acesso à justiça, estes decorrentes de fatores políticos e sociais; de ordem econômico-financeira; relacionados à prestação jurisdicional, bem como soluções alternativas estatais de solução de conflitos (PAROSKI, 2008).

Assim, observa-se que a identificação das barreiras que dificultam o acesso à justiça nos planos acima mencionados (político, social e econômico) torna-se altamente necessária para a busca de saídas para os diversos problemas que surgem diante do quadro de ineficiência do acesso efetivo à tutela jurisdicional.

Como visto, um dos maiores entraves ao acesso à justiça permeia na falta de condições econômicas pela maior parte da população para custear as despesas de um processo. Para sanar o problema referido, a Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 5º LXXIV que o "Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". O instituto da assistência judiciária possui previsão na Lei nº 1.060/1950, no qual teve maior abrangência no Código de Processo Civil de 2015 que destinou uma seção para tratar sobre a gratuidade da justiça.

Coadunando do entendimento acima, Cappelletti e Garth na sua obra *Acesso à Justiça* (1988) aludem que: "De qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devam suportá-las, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.18).

Nesse sentido, observa-se que as despesas processuais são entraves das quais englobam muitas espécies, sendo: as custas devidas aos cartórios e serventias judiciais, remuneração de diligências feitas por oficiais de justiça etc. Todas essas despesas são previamente exigidas da parte, no momento

da realização dos atos processuais que as justifiquem, retirando-se os beneficiários da gratuidade da justiça (PAROSKI, 2008).

Outro obstáculo que se percebe encontra-se ligado as limitações do acesso à justiça no que diz respeito à prestação jurisdicional, principalmente ao se falar sobre eficiência do sistema de gratuidade da justiça aos necessitados; sobre a questão da morosidade processual; da eficácia das decisões judiciais entre outras deficiências ligadas a prestação jurisdicional contribuindo para que o acesso à justiça não seja satisfatório como deveria.

Em se tratando da assistência jurídica gratuita esta encontra-se prevista no inciso LXXIV do art. 5º da CF de 1988 no qual permite eliminar qualquer barreira que o acesso à justiça seja tolhido das pessoas que necessitam por falta de condições financeiras.

O princípio do acesso à justiça de acordo com Bueno vai além do sentido "jurisdicional" do termo ao trazer como obrigação para o Estado não só prestar assistência judiciária de forma integral e gratuita, mas também assistência jurídica, sob a justificativa que o Estado tem o dever de agir em favor da conscientização jurídica de toda sociedade, orientando os hipossuficientes dos seus direitos (BUENO, 2018).

Nesse enfoque, busca-se evitar que o valor inerente a prestação jurisdicional seja óbice para aqueles que não possuem capacidade financeira de recursos. Vê-se que o que a Constituição Federal de 1988 estabelece consiste não em tornar a prestação jurisdicional gratuita de um modo geral, mas evitar que os custos de uma demanda dificultem o acesso à entrada na justiça.

Seguindo esse raciocínio, não se pode deixar de mencionar que o art. 134 da Constituição Federal de 1988 trouxe a instituição das Defensorias Públicas voltadas a dar orientação jurídica e à defesa, em todos os graus dos necessitados na forma do art. 5º LXXIV, como forma de travar essa dificuldade do acesso somente aqueles que possuíam condições de contratar advogados particulares.

Mazzuoli menciona que a de fato a Defensoria Pública possui atuação de destaque na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos especialmente no que consiste a assistência jurídica gratuita que oportuniza o acesso dos vulneráveis à justiça (MAZZUOLI, 2017).

Outro entrave da aproximação do cidadão à justiça diz respeito a morosidade processual. A morosidade do processo e da justiça tem sido um

dos principais motivos do descrédito no Judiciário (PAROSKI, 2008), visto que a gravidade da demora tem preocupado os atuantes nos processos em busca do seu cumprimento em tempo razoável.

Nesta senda, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º inciso LXXVIII trouxe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O artigo transcrito trata-se do princípio da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O tema posto em discussão deve ser entendido levando em consideração as especificidades de cada caso concreto para sua resolução. Não há como exigir que casos mais complexos tenham tempos iguais de duração que casos menos complexos (BUENO, 2018).

Assim, apesar da duração razoável do processo ser garantia constitucional que deve ser respeitada em primeiro plano, esta não se constitui necessariamente como sinônimo de processo rápido, devendo ser observado cada caso com suas peculiaridades. De acordo ainda com Bueno o que deve ser levado em consideração quanto ao texto constitucional é verificar como "economizar" a atividade jurisdicional, no que tange a redução da atividade, bem como a diminuição do número de atos processuais e até da propositura de novas demandas na resolução do maior número de conflitos de uma só vez (BUENO, 2018).

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO À INCLUSÃO DIGITAL

Por meio da internet, das redes sociais e das tecnologias de comunicação e informação, foram oferecidos novos espaços de defesa, promoção e conquistas pelo desenvolvimento dos direitos humanos.

Com a regulamentação do uso da internet inúmeros avanços foram conquistados em todos os aspectos. No nosso país, a Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, elenca garantias, princípios, direitos e deveres para o uso da rede, bem como da definição de meios e procedimentos para a performance estatal, passando por sua interpretação e aplicação temas como proteção da privacidade e dos dados pessoais *on-line*; exercício da liberdade de expressão na internet entre outros.

Pinheiro traz que "A internet é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos" (PINHEIRO, 2010, p.43).

Assim, por meio da internet o Governo brasileiro buscou alcançar a inclusão digital, para a cidadania digital com o intuito de fazer com que todos tenham acesso aos meios eletrônicos, disponibilizando serviços públicos pela via digital.

Afirma Malheiro que o grande o problema no Brasil encontra-se na dificuldade de acesso aos meios tecnológicos e à internet de boa qualidade, já que a baixa velocidade da conexão e na transmissão de dados pode impedir e dificultar o acesso à informação (MALHEIRO, 2018).

Nessa seara, muitas são as dificuldades enfrentadas pelas pessoas que utilizam a internet, seja pela dificuldade de acesso, pela falta de condições financeiras, pela falta de informação e capacidade de manuseio com os meios eletrônicos.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE publicados em seu site em 20 dez. 2018, a internet consegue chegar a três em cada quatro domicílios do país, sendo que o percentual de domicílios que utilizam a internet subiu de 69,3% para 74,9% de 2016 para 2017, representando uma alta de 5,6 pontos percentuais, mencionando ainda que na área urbana, o percentual de utilização cresceu de 75,0% para 80,1% e na área rural, de 33,6% para 41,0%.

É possível perceber dos índices acima que o uso da internet vem aumentando a cada ano, já que as pessoas têm buscado estar cada vez mais conectadas tendo necessidade dos recursos digitais cotidianamente para trabalhar, para entretenimento, comunicação ou em busca de informações de forma rápida.

Ainda, na pesquisa feita pelo IBGE, nos 17,7 milhões de domicílios onde não houve a utilização da internet, os motivos indicados pelos entrevistados são a falta de interesse em acessar a internet (34,9%), serviço de acesso à Internet caro (28,7%), nenhum morador sabia usar a Internet (22,0%), serviço de acesso à Internet não estar disponível na área do domicílio (7,5%) e equipamento eletrônico para acessar a Internet ser caro (3,7%). Outro dado importante se refere à indisponibilidade do serviço

de acesso à internet, sendo indicado o percentual de 1,2% dos domicílios da área urbana, contra 21,3% da área rural.

Assim, extrai-se dos dados acima que apesar do amplo acesso à internet existem cidadãos que não possuem interesse pelo seu uso, outros não possuem condições financeiras de custear o acesso, ou este acesso não se encontra disponível em sua região, sendo possível observar que o menor índice de não uso da internet se dá pela falta de capacidade econômica de adquirir um aparelho eletrônico segundo a pesquisa.

Apesar da internet ter ampliado o acesso e tornado os caminhos mais curtos na busca do conhecimento e informações, o que se percebe é que a sociedade como um todo deve estar integrada ao meio da tecnologia, por meio da sociedade informacional. Menciona Antunes que grande parte dos empregos atuais exige o domínio do uso do computador, mas nem todos possuem acesso a essa ferramenta por uma multiplicidade de aspectos, a língua, o fator de integração do indivíduo com a coletividade, com o grupo social a que pertence, sendo instrumento de exclusão do grupo por parte daqueles que não detém este saber (ANTUNES, 2010).

Nesse enfoque, embora o IBGE possua pesquisas no que tange ao uso ou não da internet pela população brasileira, este não possui uma pesquisa específica sobre as taxas de analfabetismo digital ou exclusão digital no Brasil, possuindo apenas políticas públicas de incentivo para sua erradicação através de cursos e acessos gratuitos a plataformas digitais.

Nesse contexto da sociedade informacional, embora exista todo um arcabouço normativo de inclusão digital, democratização, universalização e amplo acesso à informação, a realidade no nosso país é bem diferente, diante do alto número de pessoas excluídas digitais.

Diante disso, tendo em vista que um dos pontos principais que este artigo irá tratar se refere aos impactos que os excluídos digitais possuem em relação ao uso do processo eletrônico e ao acesso à justiça, faz-se necessário trazer uma abordagem sobre quem seriam os excluídos digitais.

Sabe-se que a nova geração já foi alfabetizada com o auxílio das novas tecnologias encontrando-se inseridos de forma rápida e prática aos meios digitais, diante da grande facilidade em realizar diversas funções de forma simultânea com o uso da internet. Essa primeira geração de nativos digitais são os jovens, tendo em vista que já ingressam no mercado com orientação global.

A exclusão digital se dá pela falta de conhecimento mínimo para manipular a tecnologia com a qual convive-se no dia a dia. De acordo com Malheiro a exclusão digital ou analfabetismo digital (termo mencionado pelo autor) é definido pela ignorância das novas tecnologias que impedem as pessoas de acessar as oportunidades e inter-relacionar-se com elas na sociedade da informação (MALHEIRO, 2018).

Nesse sentido, as pessoas que não possuem acesso a computadores irão concorrer de maneira desigual por uma vaga na sociedade ou no mercado de trabalho, já que, por não possuírem as habilidades mencionadas acima, terão que aprender essas ferramentas em uma fase posterior de sua vida, começando em desvantagem em relação aos demais.

Nota-se também a exclusão de pessoas do mundo virtual compondo-se em um novo tipo de excluído social, aquele que não possui acesso a variada extensão de oportunidades que a internet proporciona ou que estão impossibilitados de utilizá-la.

A educação proporcionada pelo Estado deve preocupar-se com o uso seguro, responsável e consciente da internet. Mencionam Masso e Fabretti (2014) que, segundo o art. 27 da Lei nº 12.965/2014, o fomento à cultura digital e a promoção da internet como ferramenta social devem promover a inclusão digital. Dessa forma, o Poder Público deve buscar iniciativas de reduzir as desigualdades no acesso as tecnologias da informação, comunicação e uso, bem como expandir ainda mais os acessos da população a dispositivos eletrônicos, bem como a internet.

3. PROCESSO ELETRÔNICO E DIFICULDADES DE ACESSO À JUSTIÇA AOS EXCLUÍDOS DIGITAIS.

Com a implantação do processo eletrônico observa-se que o Poder Judiciário se encontra interessado em encontrar meios no combate a morosidade do acesso à justiça, buscando tornar o acesso um processo célere e efetivo com o intuito de fornecer um melhor serviço aos seus usuários. De acordo com Almeida Filho (2015, p. 56) "Com a ampliação dos conflitos e a necessidade de um Judiciário mais rápido e eficaz, o meio eletrônico se apresenta como adequado e eficaz para enfrentar essa situação".

Na tentativa de desafogar o Poder judiciário e dirimir os obstáculos burocráticos havidos nas escrivanias judiciais, deu-se a necessidade de im-

plantação do processo judicial eletrônico. Falando sobre o tema Wambier, menciona que a Lei nº 11.419, de 20 de dezembro de 2006, possibilitou o uso do meio eletrônico nas transmissões dos processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, possibilitando aos Órgãos do Poder Judiciário criar um sistema eletrônico de processamento das ações (WAMBIER, 2006).

Nesse aspecto com a implantação do processo virtual garantiu-se uma melhor efetividade e celeridade de acesso aos litigantes. Não se podendo deixar de mencionar que a instalação do processo eletrônico trouxe vantagens aos cidadãos, como tramitação processual rápida e eficiente, atuação automática dos feitos, preservação ecológica diante do não uso do papel, desnecessidade de deslocamento até o Tribunal, dentre outros.

Rocha traz que não há dúvida que a implantação de um modelo de processo de forma digital, significa o aprimoramento do acesso à justiça, tendo em vista que sendo o território grande como o brasileiro, a mera possibilidade de peticionamento eletrônico tornando desnecessárias as idas ao Fórum ou a contratação de advogados correspondentes, já representa por si só um grande avanço para o ingresso dos cidadãos no Judiciário (ROCHA, 2017).

Interessante ressaltar que a ideia do processo eletrônico se adéqua ao pensamento de ampliação do acesso à justiça, um dos pontos trazidos na terceira onda de Cappelletti e Garth (1988), do qual fora explicitado no capítulo anterior. Nas palavras de Adorno Jr entre os mais importantes objetivos e benesses da implantação dos autos digitais encontram-se relacionados ao combate da morosidade e possibilidade da transparência e publicidade dos atos promovidos pelos atuantes do processo, sendo que os ganhos de tempo e qualidade para atuação jurisdicional, acabando com os tempos mortos do processo apenas confirmam que o processo eletrônico veio trazendo novas conquistas (ADORNO JR, 2013).

Nestas circunstancias, observa-se também alguns desafios que necessitam ser enfrentados como uso do processo eletrônico, dentre eles enfocaremos sobre a dificuldade de acesso aos excluídos digitais.

Destaca Saldanha que uma das dificuldades encaradas em tempos de acesso por microcomputadores encontra-se no amplo domínio das técnicas necessárias para uso das plataformas digitais fornecidas pelo Judiciário, já que nem todos que precisam da tutela jurisdicional possuem conhe-

cimento informático necessário para interação com o ambiente digital (SALDANHA, 2018).

Como já dito, a relação dos processos com os seus usuários é extremamente importante. Os excluídos digitais são aqueles que não conseguem operar minimamente os meios tecnológicos. Visualiza-se que nem todas as pessoas conseguem ser hábeis quando se fala no manuseio das ferramentas digitais e de novas tecnologias, não sendo diferente com o acesso e utilização do sistema de processo eletrônico sendo este também uma barreira ao acesso à justiça, conforme verificaremos em seguida. Apresenta Neves que o processo eletrônico pode representar um elemento dificultador do acesso à justiça para aqueles que não dispõe de meios para o uso da internet, ou com ela não estejam familiarizados (NEVES, 2017).

É manifesto que o processo eletrônico é utilizado por todos aqueles que possuem interesse e acesso aos meios de informática, utilizando-se da internet. Ressalte-se que as dificuldades de acesso à informação dos autos virtuais pelos usuários, ou seja, dificuldade de manuseio dos autos do processo eletrônico e de consulta a eles é frequente e aumenta quando se fala dos excluídos digitais.

Com a instalação dos autos virtuais o processo tornou-se mais acessível, no entanto, para as pessoas que possuem dificuldades em manusear os meios tecnológicos e a internet estes não conseguem acompanhar a velocidade com que as informações são disponibilizadas, muitas vezes sequer conseguem visualizar e entender o que está escrito nos autos, necessitando de ajuda por seu patrono ou mesmo pelos servidores dos cartórios judiciais.

Não se discorda que o uso do processo eletrônico trouxe uma maior publicidade e rapidez aos atos de forma que em tempo recorde se tem acesso a movimentações processuais que antes só eram possíveis se dirigissem até as serventias judiciais, caso o processo não estivesse concluso (gabinete do magistrado).

Partindo desse assunto é necessário acesso amplo aos usuários que não possuem conhecimentos das habilidades tecnológicas através de cursos e tutoriais de como entrar no próprio sítio eletrônico do Tribunal de Justiça e dos demais passos até se chegar a visualizar o processo eletrônico e baixar as peças para poder entender o que fora decidido em seu favor ou desfavor.

Sem dúvida há um grande desafio quanto a praticidade e usabilidade, já que deve haver uma padronização nas formas de acesso utilização e

manuseio, sendo uma tarefa de política pública tornar tudo isso possível, usual e prático sob pena de ineficiência da Lei nº 11.419/2006.

Dessa forma, verifica-se que a efetivação das normas através de incentivos públicos, bem como pela participação popular seria uma das soluções para redução da exclusão digital em nosso país tendo em vista que o computador, por exemplo, consiste em um meio de acesso à educação, de trabalho, de comunicação entre sua comunidade, no exercício pleno de sua cidadania.

CONCLUSÕES

O acesso à justiça constitui-se como direito fundamental do cidadão, contemplado pelo art. 5º, inciso XXV, da CF de 1988, sendo dever do Estado prestar jurisdição quando provocado na forma legal, assegurando aos interessados/jurisdicionados os meios e instrumentos necessários do início ao fim do processo.

Como tratado no corpo do trabalho o acesso à justiça não implica apenas na garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais. Mas, também, o que a Carta Maior dispõe: uma ordem jurídica justa, capaz de ser cumprida.

Com a entrada no processo eletrônico no Poder Judiciário tem-se um novo saber tendo em vista que o processo digital não consiste apenas na digitalização de atos burocráticos procedimentais transportados para plataformas digitais. Mas sim, um dos grandes saltos positivos e de qualidade da reforma do sistema jurisdicional. Em busca de maior rapidez, agilidade, acessibilidade e eficiência.

Sem dúvida o processo eletrônico ampliou o acesso à justiça. Por meio da informatização através da Lei do Marco Civil da Internet sendo um importante passo simbólico para afirmar os direitos e garantias dos usuários da Internet e reafirmar as obrigações dos provedores na rede mundial de computadores.

O Marco Civilizatório da Internet nesse aspecto foi ponderado representando o avanço da sociedade brasileira na busca e aprimoramento das políticas públicas para a construção de uma sociedade digital. O seu desafio é o de regulamentar a sociedade digital mantendo a unidade permanente da diversidade da Internet.

Quanto a exclusão digital, esta se estabelece pela incapacidade de dominar a linguagem e os meios tecnológicos, seja por falta de um conhecimento mínimo com a qual convive-se no dia a dia, necessita-se de um olhar voltado para estes cidadãos para que não haja esse tipo de afastamento.

O acesso à Justiça, com os meios e recursos a ela inerentes na sua totalidade, deve ser assegurado às partes com os desafios da inclusão digital, de forma que problemas que envolvam educação informática e difusão social das máquinas e demais tecnologias hábeis desafiam a satisfação do acesso à justiça, refletindo diretamente no conceito de outro direito de inclusão digital.

Através da efetividade da inclusão digital pressupõe postura ativa das iniciativas públicas no sentido de disponibilizar os acessos aos meios de comunicação eletrônicos. Não bastando apenas a simples disponibilidade de computadores e acesso à internet. Mas, que essa inclusão seja efetiva. Ou seja, a compreensão da forma do funcionamento dos dispositivos eletrônicos da própria rede e das ferramentas necessárias para sua utilização.

Necessário dizer que apenas previsões legais não são suficientes, sendo preciso que as normas se efetivem através de iniciativas públicas e participação popular.

REFERÊNCIAS

ADORNO JR, Helcio Luiz. Processo judicial eletrônico, acesso à justiça e inclusão digital: os desafios do uso da tecnologia na prestação jurisdicional. **Revista dos Tribunais**, vol. 151/2013, p. 187-205, maio-jun. 2013.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANTUNES, Márcia Arnaud Antunes. A linguagem como objetivo de proteção dos direitos sociais: direito lingüístico e direito educacional. **Revista dos tribunais**, vol. 2/2010, p. 168-189, jul-dez/2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Lei nº 11.419, DE 19 de dezembro de 2006. Disponível em:<** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm > Acesso em: 23 jun. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE- Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic--2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais-> Acesso em: 22 jun. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil:** volume único. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 912 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; NORTHFLEET, Ellen Gracie; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

MALHEIRO, Emerson Penha. A inclusão digital como direito fundamental na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, vol. 987/2018, p. 39-54, jan. 2018.

MASSO, Fabiano Del; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. A atuação do Poder Público no desenvolvimento da Internet. (coord). **Marco Civil da Internet:** Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.253-256.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

NEVES, Aline Regina das. Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual. **Revista dos Tribunais**, v. 986/2017, p. 87-110, dez. 2017.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 248 p.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na constituição.** São Paulo: LTr, 2008. 348 p.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital.** 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. 472 p.

ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da Rocha. Garantias fundamentais do processo brasileiro sob a ótica da informatização judicial. **Revista dos Tribunais**, vol. 5/2017, p. 85-127, jan-jun 2017.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares. Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, vol. 277/2018, p. 541-561, mar- 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato de; TALAMINI, Eduardo. (Orgs.). **Curso avançado de processo civil v.1:** Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. São Paulo: 2006.

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL

Luciana Sanches Ferreira[111]
Murilo Ferreira Queiroz[112]

INTRODUÇÃO

A insanidade mental é definida como a diminuição da capacidade de entendimento dos fatos por um indivíduo, alterando a sua saúde mental. A insanidade mental demonstra a imputabilidade ou não do acusado, sendo fundamental para o conhecimento da sociedade.

O incidente de insanidade mental está no Código Processo Penal e tal doença mental pode acontecer com qualquer indivíduo, pelo motivo de não ser gerado apenas pelo fator genético, mas também pelo estilo de vida da pessoa como o uso de substâncias toxicas e que podem alterar o seu comportamento.

O incidente por insanidade mental é baseado em avaliações que são feitas por profissionais qualificados para que se possa determinar se o acusado é realmente capaz de distinguir o errado ou certo, e se tem capacidade de compreender a natureza dos atos que executou que foram contrários a lei.

---

111 Bacharelada e Licenciada em Direito, Especialização em Direito Processual Integral na AEMS, Mestre em Ciências Ambientais na UNB, Professora e Coordenadora do curso Técnico em Serviços Jurídicos na Etec de Ilha Solteira, professora de Direito e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica na FACILUZ, Advogada atuante.

112 Técnico em Serviços Jurídicos – Etec de Ilha Solteira, bacharelando em Direito (FACILUZ).

Neste trabalho, demonstra-se o incidente de insanidade mental na área do Processo Penal, e como ela pode afetar a defesa do acusado no processo. Tem por objetivos ainda identificar quem são os sujeitos considerados pela legislação como pessoas com insanidade mental; apontar quando uma pessoa pode ser considerada com insanidade mental; demonstrar as principais causas que determinam a insanidade e como a legislação trata essas pessoas, assim como tal pessoa com será julgada no processo.

Assim, foi realizado estudo bibliográfico no Código de Processo Penal, seguindo os artigos 149 ao 154, os efeitos da insanidade mental analisados a luz do Código Penal brasileiro e o que implica em reflexos na sentença do Juiz.

1. INSANIDADE MENTAL

A insanidade mental é uma doença que pode transformar o agente em um criminoso cruel, que não se preocupa com as consequências de seus delitos.

Dentro do Direito, as pessoas que se encontram com essa doença são conhecidas como inimputáveis, que são indivíduos que não tem a plena capacidade pelos seus atos. E assim sendo, elas não podem ser julgadas de acordo com o Código de Processo Penal, pois não são plenamente capazes de reconhecer seus atos perante a lei.

Para que seja constatado a insanidade é preciso que tenha uma dúvida razoável sobre o estado mental do acusado, e somente o Juiz pode determinar a realização do exame médico legal, mas o pedido pode ser feito por requerimento do Ministério Público, do Defensor do acusado, dos ascendentes, descendentes, irmãos, do cônjuge do acusado ou curador, assim como está descrito no Código de Processo Penal, nos artigos 149 a 154.

A insanidade, pode ser conceituada como loucura, e o louco, para os povos primitivos, era considerado um ser sagrado, então, a noção de loucura era completamente diferente da qual se tem hoje. Para os povos primitivos, o louco era um ser sagrado, que merecia grande respeito e distinção. Seus atos eram considerados manifestações divinas. Os índios americanos demonstravam respeito e veneração pelos perturbados mentais, preparando cerimônias religiosas em suas homenagens (JACOBINA, 2008). Hoje, o que é considerado como um ser louco, antigamente, era

considerado um ser sagrado, sendo que tais pessoas poderiam viver em sociedade sem nenhum tipo de problema e tais indivíduos eram tratados com respeito.

De acordo com o psicoterapeuta e pesquisador Pablo de Assis, em seu manual de transtornos mentais, desde as primeiras culturas humanas, as pessoas já tinham noção do que era um comportamento ou normal ou um comportamento anormal e que, possivelmente, desde muito cedo, a enfermidade mental já deve ter sido questionada pelas civilizações mais antigas. (VALENTE, 2018)

No período neolítico e mesopotâmico (8.000 A.C a 5.000 A.C), eles acreditavam que a doença mental era algo causado por forças sobrenaturais, como possessões demoníacas, maldições, feitiçarias e até deuses vingativos. Devido algumas descobertas antropológicas, datadas de 5.000 A.C, acredita-se que os humanos, desse período, confiavam que a abertura de um buraco no crânio permitiria que o mal que causava a doença mental fosse libertado, e ainda que após esse buraco aberto no crânio, a pessoa continuava viva e fosse capaz de viver um longo período.

Os egípcios (3.100 A.C a 31 A.C), muitas vezes, utilizavam atividades recreativas para tratar as pessoas com qualquer tipo de distúrbio, como a dança, músicas, pinturas, entre outros, trabalhando para que houvesse uma retomada do que era considerado normal em tal época. Mesmo hoje em dia, ainda é aplicada em alguns lugares esse método usado no Egito antigo.

Já os gregos (500 A.C a 146 A.C), acreditavam que a doença mental teria uma origem divina, como um deus raivoso, por exemplo. Basicamente, acreditavam que a pessoa que estava com algum tipo de dificuldade mental, estava sendo punida por ter ido contra alguma divindade de algum deus da época.

Na idade média (500 D.C a 1.500 D.C), acreditavam que os desequilíbrios mentais eram ocorrências naturais do corpo, e, para tratá-las, utilizavam substâncias que induziam vômitos, além de sanguessugas na tentativa de restaurar o equilíbrio do corpo de seus pacientes. Outro tratamento utilizado era um método para tirar sangue das veias e da testa da pessoa para tentar drenar os males para longe do cérebro.

Normalmente, a família era responsável pela custódia de tal ente, pois intervenções externas ou instalações residenciais eram raras na época, e

somente no fim do século VI, em Bagdá, foi fundado o primeiro hospital psiquiátrico. Nessa época, quem possuía entes com algum tipo de deficiência mental, era visto como fonte de vergonha e humilhação, por isso, muitos escondiam eles em seus porões ou os prendiam em algum lugar. Há casos também de famílias que deixavam os doentes mentais abandonados, nas ruas, como mendigos.

Casa de trabalho, clero e asilos para doentes mentais (1.600 D.C a 1.800 D.C) foram criados pela igreja e paróquias oferecendo alojamentos, cuidados e alimentação básica aos mais pobres e mentalmente enfermos em troca de trabalho. No entanto, as casas de trabalhos e os mosteiros não conseguiram acompanhar o alcance total da população que precisava de cuidados em saúde mental, o que abriu as portas aos asilos que controlou a maior parte desses casos como o passar dos anos.

Os asilos não ofereciam tratamento algum aos indivíduos que residiam neles, forçando-os a viver de forma desumana e os submetendo a abusos cruéis. Hoje, pode-se dizer que na verdade os asilos eram prisões, pois apenas os mantinham em cárcere privado como forma de minimizar o que era considerado um risco para a sociedade.

Já no ano de 1.800 D.C, graças ao Dr. Philippe Pinel, que considerava que as pessoas enfermas precisavam de cuidados gentis para cuidar de suas condições, foi ordenado que as instalações em seu comando fossem limpas, e os pacientes fossem desencadeados e colocados em quartos com luz solar, tendo liberdade para se exercitarem livremente dentro do hospital. Graças a esse tratamento moral, os tratamentos como sangria terapêutica e as restrições físicas foram tiradas da visão dos manicômios, e foi colocada a visão mais parecida com um lar estrito e bem administrado.

La dentro, eles estavam sujeitos às regras e à vigilância, e recebiam recompensas ou punições simples, de acordo com o definido apropriado, mas os críticos alegavam que desse modo não haveria cura para eles, e sim que estava tornando todos dependentes dos médicos.

Já no século XX, com o surgimento de Sigmund Freud e sua teoria que encorajava seus pacientes a falar tudo sobre o que aparecesse em suas mentes, era possível analisar fatos através das atividades psicológicas dessas pessoas. Em sua teoria, Freud alegava que os sonos e a conversa abriam uma porta para a mente inconsciente do paciente, concedendo acesso aos

pensamentos e sentimentos reprimidos que poderiam estar causando a insanidade mental.

No mundo atual, ainda se baseia em parte na teoria de Freud, mas foi alterado em grande parte na década de 90 quando foi utilizado pela primeira vez os tratamentos psicofarmacológicos conhecido como lítio. Lítio se mostrou bastante eficiente no controle das psicoses em geral, e foi considerado o melhor tratamento para tal, e que é a abordagem mais utilizada no mundo se baseando em doença mental.

Um dos maiores casos conhecidos fora do Brasil é o de Edmund Kemper, um psicopata que foi diagnosticado com esquizofrenia paranoide e que matou dez pessoas, incluindo seus avós e sua própria mãe (ALLEN, 2017).

Kemper nascido em Burbank, Califórnia, **Estados Unidos**, desde pequeno sofria com problemas familiares, tendo em vista o divórcio dos pais. Além disso, ele nunca se entendeu com suas irmãs, pois elas, assim como sua mãe, menosprezavam o menino. Quando tinha 10 anos, Kemper mostrou seu primeiro sintoma de insanidade mental, após alegar que estava apaixonado por uma professora e para conseguir um beijo dela, teria que matá-la. Kemper sofria bullying na escola por conta de seu tamanho: tinha 2,06 metros de altura e era antissocial.

Devido aos medos e riscos, foi morar com seus avós paternos e aos 15 anos acabou matando-os. Ele foi sentenciado a ficar no Hospital Estadual de Atascadero, uma prisão de segurança máxima para pessoas com insanidade mental, porém, conseguiu antecipar o exame que reabilitaria ele a uma vida em sociedade. Assim que ele deixou o centro psiquiátrico, ele dava carona para as vítimas, levava-as para áreas isoladas, onde as matava, levando as vítimas de volta para suas casas, onde os corpos eram decapitados, desmembrados e estuprados (BARREIROS, 2019).

Após alguns assassinatos, matou a sua mãe enquanto ela dormia, usando um martelo, e após isso decapitou-a, cortando suas cordas vocais por alegar ainda ouvir a voz de sua mãe. Depois violou seu cadáver e usou sua cabeça para atirar dardos. Em seguida, assassinou e roubou o carro de uma amiga da sua mãe. Após ter feito isso, ligou para polícia e esperou sua prisão.

No seu julgamento, em 1973, ele foi considerado assassino e recebeu oito sentenças consecutivas de prisão perpétua. E embora tivesse direito

de pedir por liberdade condicional, ele recusava recebê-lo alegando que estava feliz na prisão.

No Brasil, também há vários casos de insanidade mental, entre eles, destaca-se o caso da Suzane Von Richthofen, que foi condenada pelo assassinato de seus pais em 31 de outubro de 2002, com a ajuda de seu namorado e do irmão do namorado. O pai de Suzane era um engenheiro alemão e diretor da empresa DERSA, na qual administrava o sistema rodoviário de São Paulo. Sabe-se que a família de Suzane declarou como patrimônio líquido, cerca de R$ 5,5 milhões.

Os motivos de Suzane para cometer tal ato é que ela tinha pedido para seu pai um apartamento para morar com seu namorado, pelo fato do namorado dela consumir "maconha" diariamente, e por sua baixa classe social e sua relutância a trabalhar ou frequentar a escola, o pai de Suzane recusou o pedido e disse que ela poderia fazer o que quisesse se ganhasse dinheiro. (LIMA, 2015).

Devido a isso, ela continuou a encontrar seu namorado secretamente, e alegou que suas ações sobre o crime foram motivadas pelo amor e medo de perder o seu namorado. Outra parte não comprovada foi a riqueza deixada pelos seus pais que Suzane herdaria, que era cerca de 17 milhões de dólares.

Em 2018, um Juiz negou o pedido de liberdade para Suzane, citando seu egocentrismo e com traços de transtorno de personalidade narcisista, que a levou ao cometimento do crime.

2. INSANIDADE MENTAL NO CÓDIGO PENAL

As pessoas imputáveis são indivíduos que têm capacidade de responder por si e de compreender os seus direitos e deveres. É toda pessoa que não tem limitação de entendimento e é maior de 18 anos.

A imputabilidade penal implica que a pessoa entenda a ação praticada como algo ilícito, ou seja, contrário à ordem jurídica e que possa agir de acordo com esse entendimento, compreensão esta que pode estar prejudicada em função de psicopatologias ou, ainda, de deficiências cognitivas. (FIORELL; MANGINI, 2019)

Aplicado na área penal, pode-se resumir que os imputáveis são as pessoas que têm a plena capacidade de responder pelo ato ilícito cometido,

sem nenhum tipo de transtorno que a impeça de ter tal entendimento. De certa forma, que são chamadas de "pessoas normais".

No próprio artigo do primeiro do Código Civil diz: "Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil", ou seja, todas pessoas são capazes de direitos e deveres, mas há casos em que o agente não pode ou não consegue responder diretamente, que são os casos dos inimputáveis e semi-imputáveis.

Os semi-imputáveis são os agentes que têm parcialmente sua capacidade diminuída de entendimento. Diferente da inimputabilidade, o agente ao invés de isentar a pessoa pelo crime, apenas tem a chance de uma redução de pena de um a dois terços, e o Juiz pode aplicar a medida de segurança.

São chamados também de temporariamente incapazes, pois são pessoas que por um curto período, no caso de um ato isolado ou algo do tipo, perdem o controle de si. Um bom exemplo seriam as pessoas que tomam remédio para controlar o estresse. De acordo com o artigo 28 do Código Penal, não excluem a imputabilidade penal os casos de emoção ou paixão, e nos casos de embriaguez. Porém, pode haver redução de pena de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, capacidade de entender o caráter ilícito do fato.

Quer dizer que o semi-imputável è aquele que tem desenvolvimento mental incompleto, aquele que tem desenvolvimento mental retardado, embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, e a doença mental (MOREIRA, 2015).

Apenas pode ser reduzida a pena de um a dois terços se o agente não tinha discernimento nenhum dos seus atos no momento da ação ou omissão por caso fortuito ou força maior.

Os inimputáveis, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, "são iguais perante a lei", porém, há algumas exceções, sendo uma delas chamada de inimputáveis.

A inimputabilidade é capaz de isentar a pessoa da culpa, assim, se não há culpa, também não haverá crime. Os considerados inimputáveis são aqueles que não tem discernimento de seus atos, não consegue entender se o que está fazendo é certo ou errado, e no momento que comete o crime

era incapaz de entender tal ato ilícito que estava cometendo, de acordo com o artigo 26 e diante do Código penal.

No caso de embriaguez total, por caso fortuito ou força maior, o agente estava inteiramente incapaz no momento da ação ou omissão, conforme artigo 28, §1º Código Penal:

> Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por exemplo, se um agente coloca droga na bebida de uma pessoa e, devido a isso, ela perde o discernimento total de seus atos e comete um crime, neste caso a pessoa não poderá ser criminalizado, já que não tinha intenção e nem consciência dos seus atos. E conforme o artigo 27 da mesma lei, "Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial". Os menores de 18 anos também são considerados penalmente inimputáveis e, ao invés de responder no Código penal, respondem ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

3. MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança é uma modalidade de sanção penal, que é imposta a um agente semi-inimputável ou inimputável, portador de periculosidade, com finalidade curativa e preventiva e que é destinado ao tratamento dos agentes.

Nucci diz que se trata de uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo, visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado (NUCCI, 2013).

As medidas de segurança geram internações em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou caso não tenha vaga em nenhum dos dois, em outro estabelecimento adequado, com sujeição a tratamento laboratorial.

Esta medida tem por objetivo prevenir futuras infrações e ressocializar o agente. Assim, neste período de cumprimento, os inimputáveis realizam tratamento especial. Para as pessoas imputáveis não cabe a medida de segurança, apenas às pessoas inimputáveis. A medida restritiva é a medida utilizada em crimes punidos com pena de detenção, o qual restringe os direitos da pessoa, iniciadas em regime semiaberto ou aberto.

No caso dos inimputáveis, ele fica sujeito a tratamentos em ambulatórios, e com acompanhamento de médico conforme o artigo 96, II do Código Penal. Se em qualquer fase desse tratamento foi indicado que a periculosidade do agente persiste, ele será internado para tratamento. A medida de segurança detentiva é a destinada aos crimes punidos com pena de reclusão, onde o agente fica em hospital de custódia e sob tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado.

Para que seja adotada a medida de segurança, é necessário primeiramente da prática de um ato ilícito, onde não resta dúvida que a infração penal foi cometida pelo agente. Precisa também que seja questionada a periculosidade do agente e se existe alguma possibilidade de que ele possa vir a praticar mais infrações penais futuramente.

Para que a medida de segurança seja cabível, é necessário que a punibilidade do agente não seja extinta, pois se não tiver existência da punibilidade, não existe a possibilidade de que haja a medida de segurança, conforme artigo 96 parágrafo único

O prazo de medida de segurança nos casos detentivos é de no mínimo de 01 (um) a 3 (três) anos e o prazo final é indeterminado, conforme o Código Penal no artigo 97, § 1. Porém, de acordo com os doutrinadores, já que a prisão perpétua não é permitida no Brasil, o tempo máximo de cumprimento da medida de segurança não pode ser superior a 40 (quarenta) anos, tempo este máximo permitido de cumprimento de prisão privativa de liberdade no país.

Nucci reza que "não nos parece assim, pois, além de a medida de segurança não ser pena, deve-se fazer uma interpretação restritiva do art. 75 do Código Penal, muitas vezes fonte de injustiças. Como já exposto em capítulo anterior, muitos condenados a vários anos de cadeia estão sendo interditados civilmente, para que não deixem a prisão, por serem perigosos, padecendo de enfermidades mentais, justamente porque atingiram o teto fixado pela lei". (NUCCI,2014).

Caso o agente cumpra o prazo máximo de medida de segurança e ainda ser considerado uma pessoa com periculosidade, ele poderá ser interditado, civilmente, já que o agente permanece incapaz de responder por si, e os mantém interditado. Ainda conforme NUCCI, seria desnecessário a transferência do agente do hospital de custódia, apenas porque acabou o prazo máximo, e levá-lo para um hospital onde estão interditados insanos civis.

No caso de a pessoa ser considerada uma pessoa que recuperou a plena consciência, é expedido pelo juiz ordem de desinternação ou liberação do tratamento e após a desinternação, o agente será observado por um ano, conforme artigo 178, 132 e 133 da Lei de Execução Penal, porém, durante um ano, o agente fica sob prova, ou seja, caso apresente qualquer indício de periculosidade, poderá voltar para a internação. Ele terá que encontrar um emprego e se for apto ao trabalho, comunicar sempre ao juiz esse trabalho e não mudar da cidade a não ser com aviso prévio.

Em certos casos, também pode não ser permitido a mudança de residência sem a permissão do juiz, o recolhimento em sua habitação em horário fixado, e que não frequente certos tipos de lugares.

4. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL

A insanidade mental faz com que os portadores tenham a capacidade de entendimento dos fatos reduzidas, o que faz com que eles não consigam distinguir um ato ilegal e um ato legal.

O Incidente de insanidade mental pode ser iniciado tanto na fase investigativa quanto na fase processual, encontrando-se nos artigos 149 ao 154 do Código de Processo Penal, e pode ser instaurado quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado.

Pode ser pedido para que faça exame médico legal do acusado ainda na fase de inquérito, de ofício do Juiz ou de requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

O pedido pode ser negado pelo Juiz, caso não haja nenhuma dúvida sobre a capacidade do entendimento dos fatos do agente, e caso tenha dependência química, não implicando obrigatoriedade de exame toxicológico, ficando a análise de sua necessidade dentro do âmbito de discricionaridade motivada pelo magistrado.

O Juiz determinará a instauração do incidente de insanidade mental através de uma portaria e nomeará um curador para o réu. Após esse procedimento, ele ordenará a suspensão da ação, ressalvando os atos processuais que se não realizados, possam eventualmente ser prejudiciais.

Até que seja liberado o resultado do exame médico legal, o processo, caso já exista, ficara suspenso. Em regra, o exame pode durar até 45 dias, salvo em casos em que o perito pedir um prazo maior, art. 150, § 1º do Código Penal.

No tempo desta suspensão, o prazo prescricional flui normalmente, e as partes serão obrigatoriamente intimadas para que apresentem os quesitos, sendo facultativo.

Os peritos que realizaram os exames têm o prazo de 45 dias para entregar e pode ser prorrogável pelo juiz a pedido dos peritos.

No caso de incidente de insanidade mental, os peritos podem concluir três hipóteses, a primeira é que o acusado era ao tempo da infração irresponsável pelos seus atos, a segunda hipótese é que a doença sucedeu a infração e a terceira é que o acusado não tem nenhum tipo de anomalia mental.

Se, após feita a perícia, for concluído que o réu era inimputável ou semi-inimputável no tempo da ação ou emissão, o processo retornará ao seu curso normal, só que com a presença de um curador para representá-lo, como aconteceu com o Monstro de Guaianazes.

No caso em tese, é sobre o Benedito de Moreira Carvalho, nascido no dia 10 de agosto de 1908, em Tambaú-SP. Ele perdeu a mãe logo ela dar à luz a ele, e o pai o surrava frequentemente na cabeça, o que lhe produzia perturbações, desmaios e náuseas, e embora tivesse ódio pelo seu pai, se relacionava bem com sua irmã que o criou.

Saiu de casa para morar em Araçatuba-SP com 16 anos, e, em 1928, entrou na Força Pública como bombeiro, mas devido ao seu primeiro crime sexual, foi expulso por incapacidade moral em 31 de junho de 1936, onde foi colocado que já apresentava os primeiros sinais de sadismo. Ele atacou uma menor de idade no bairro da Cerâmica, mas o estupro não foi consumado pois ele ejaculou antes, só que os fatos chegaram até seu comandante, o que gerou a expulsão, o condenando a um ano de reclusão.

Um tempo depois de ter cumprido a pena, em setembro de 1941, no bairro da penha, cometeu um atentado violento ao pudor, o que gerou a

pena de 11 meses de prisão. No ano de 1949, perdeu as duas falanges do dedo indicador esquerdo, após um acidente de trabalho, e em julho de 1946 cometeu seu primeiro homicídio, que foi chamado "Crime da estradinha da peninha", onde agarrou uma jovem de 16 anos, e devido ela ter resistido, ele a esganou e depois a arrastou para o mato e a estuprou.

Quando Benedito foi preso, ele se identificou com o nome de Joaquim Moreira de Carvalho, nome falso. Ele foi condenado a seis anos de reclusão, pena reduzida para três anos e seis meses de prisão, saindo em liberdade condicional em dezembro de 1949. Em 1951, outra vítima sofreu tentativa de estupro, e em primeiro de agosto do mesmo ano, tentou estuprar duas irmãs e violentou uma jovem, todas menores de idade.

E em 18 de agosto do mesmo ano, atacou uma menina de 13 anos de idade a arrastando para o mato, mas o estupro não foi consumado pois chegou um rapaz no local. No dia 6 de setembro do mesmo ano, Benedito foi preso em flagrante após invadir uma casa e utilizar um sinto para apertar o pescoço da vítima, mas a jovem conseguiu gritar por socorro, e o assustou, o que o fez tentar fugir, tendo sido preso por membros da sociedade logo depois.

Graças a um habeas corpus, conseguiu a liberdade em novembro do mesmo ano, e em dezembro fez mais uma vítima de estupro em São Bernardo do Campo. A polícia de São Paulo constatou um surto de sadismo, e crimes sexuais, que chegavam a acontecer até duas vezes por semana entre 1950 até 1953, e em 1952 havia começado a série de homicídios cometidos por Benedito.

Iniciou-se uma investigação detalhada na Delegacia de Costumes, Penitenciária do Estado, Casa de Detenção e nas Delegacias Distritais, sobre criminosos sexuais colocados em liberdade condicional ou que já tivessem concluído a pena, o que gerou vários suspeitos. Foi assim que se depararam com a ficha de Benedito, que cumprira pena por estupro e respondia por dois crimes sexuais.

A leitura dos relatórios indicou que o modo de agir de Benedito era parecido ao modo de agir dos casos sem resolução, e, devido a isso, iniciaram uma rigorosa investigação e logo descobriram de que havia fugido da cadeia de Mogi das Cruzes e no mesmo dia praticou um estupro e uma tentativa de estupro em Itaquera. Também descobriram que o suspeito

utilizava vários nomes: Joaquim Moreira de Carvalho, Benedito Moura de Carvalho e José Carvalho.

Enquanto realizavam as investigações, aconteceu mais um estupro com morte, em 18 de agosto de 1952. Ao chegar ao local do crime, entrevistaram as testemunhas que deram uma descrição de um homem aloirado, magro, com cerca de 1.70 de altura, chapéu de aba abaixada e pasta de couro na mão, o que batia com a imagem de Benedito.

Os investigadores e o delegado descobriram que Benedito trabalhava em serrarias. Fizeram um mapa, onde levantaram o endereço de todas em que ele trabalhava e verificaram na folha de presença que, sem exceção, Benedito havia faltado ou estado desempregado nas datas do crime e que sempre ocorriam próximos ao estabelecimento que trabalhou, o que fez não restar mais dúvidas sobre ele ser o autor.

Em 29 de agosto de 1952, a equipe de investigação parou na frente da casa de Benedito vestido de macacões e trajes de operários, e na hora que ele saiu da sua casa deram-lhe voz de prisão. Benedito nem reagiu e entregou sua pasta de coro para eles, o qual continha apenas um cordel, que era uma evidência muito importante pois duas das suas vítimas tinham sido estranguladas por algo semelhante.

Benedito foi interrogado na delegacia e mostrou com exatidão os locais dos crimes, os caminhos que passou e os locais onde encontrava suas vítimas, e a perícia identificou a ausência do dedo indicador esquerdo nas marcas deixadas nas vítimas. Mas em juízo, afirmou que não se lembrava do ocorrido.

O Tribunal do Júri decidiu por votação unanime pelo não provimento do recurso de absolvição e teve a prisão preventiva decretada em 12 de setembro de 1952 e foi encaminhado para o Manicômio judiciário de São Paulo conhecido como Hospital de Custódia "Professor André Teixeira Lima", em Franco da Rocha, no dia 24 de outubro de 1952.

A conclusão dos laudos da perícia feitas sobre ele até sua morte é que o paciente sofria de psicose ou pseudopsicopátia, causadas por lesões cerebrais, o que o transformou em um indivíduo de alta periculosidade. Ele foi absolvido de seus crimes em razão da inimputabilidade e mantido internado pelo resto de seus dias, vindo a falecer em 1976, ao sofrer um infarte.

Portanto, o procedimento do incidente de insanidade mental é de suma importância para entender se o acusado, no tempo do crime, estava

ou não com consciência dos seus atos, e para analisar se há a presença de doença mental, ou desenvolvimento mental incompleto.

O principal motivo para entrar com o incidente de insanidade mental, é porque o magistrado não detém conhecimentos técnicos indispensáveis para aferir a saúde mental do acusado, muito menos a sua capacidade de se autodeterminar. Por isso, é encaminhado para terceiros, que são os peritos, que vão determinar se o examinado é ou não capaz de entender seus atos.

O magistrado não está vinculado as conclusões dos laudos periciais, e conforme artigo 182 do Código de Processo Penal, cabe ao Juiz aceitar ou não o laudo pericial, aceitando inteiro ou em parte.

Em virtude da elevada especialização técnica da questão de definir ou não a ocorrência de insanidade mental no momento da prática da infração penal será muito difícil que o juiz, sem qualquer outro elemento técnico, possa recusar o laudo pericial. (COELHO, 2021)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demostrado, a Insanidade Mental sempre esteve presente na sociedade. Nos tempos remotos a insanidade era tratada de forma diversa sendo considerada como ato divino, conforme descreve JACOBINA em seu livro que "para os povos primitivos, o louco era um ser sagrado, que merecia grande respeito e distinção. Seus atos eram considerados manifestações divinas."

Com o passar do tempo, a sociedade começou a distinguir quem são as pessoas consideradas insanas, e com isso, foram geradas novas leis para evitar que estes indivíduos sejam enviados para o presidio comum.

Há diversos casos de psicopatias ao redor do mundo como o do Edy Kemper, e foi para esse tipo de pessoa que foi criado o incidente de insanidade mental, para garantir os direitos e que sejam tratados corretamente.

No decorrer do trabalho foi demonstrado como funciona, como é a perícia do agente que está sobre exame de Incidente de Insanidade, e que para fazer o laudo pericial é analisado o contexto familiar até a atualidade pelo Juiz.

Constate-se que graças ao Incidente de Insanidade mental, pessoas com esses tipos de perturbação são encaminhadas para os locais corretos, e não apenas colocadas em penitenciárias com outros presos normais.

Portanto, mesmo que alguma pessoa tenha conseguido burlar de alguma forma para se passar por Insano, ele não terá liberdade, apenas vai para a medida de segurança, indo para algum hospital de custódia, onde será mantido, com exames diários, no ambulatório, o que para alguns doutrinadores é pior do que ir para o presídio.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Isabela. **Ed Kemper: Serial Killer e maior fonte do FBI.** Data de publicação: 15.11.2019 Disponível em: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-ed-kemper-serial-killer-necrofilo-e-fonte-do-fbi.phtml. Acesso em: 14 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil, Brasília**, DF, jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. DECRETO Nº 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal**, Brasília, DF, jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. DECRETO Nº 3.689, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**, Brasília, DF, jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 20 jun. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**- 23° Edição: Saraiva.

COELHO, Pedro; **Reconhecimento de inimputabilidade penal depende de incidente de insanidade mental?** Disponível em: https://blog.grancursos*on-line*.com.br/reconhecimento-de-inimputabilidade-penal-depende-de-incidente-de-insanidade-mental/ Acesso em: 03 abr. 2021.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI. Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica.** 10. ed. São Paulo Atlas, 2019.

GRECO, Rogério**. Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica-** Brasília: ESMPU, 2008

LIMA, Cezar; BERTONI, F. F. **Caso Richthofen**. Data da publicação: 2016 Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323442322/caso-richthofen. Acessado em: 15 nov. 2020.

MOREIRA, Júlio Cesar. **Semi-Imputavel**. Publicado em 23.10.2015. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/julio-cesar-moreira/artigos/semi-imputavel-1805. Acesso em: 11 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal: parte geral.** - 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. (Esquemas & sistemas; v. 1)

PANHOCA, I.; CARVALHO, A.; COUTINHO, P. S. **Cumprimento da medida de segurança no Brasil e as características de prisão perpétua.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/cumprimento-da-medida-de-seguranca-no-brasil-e-as-caracteristicas-de-prisao-perpetua/#:~:text=No%20que%20se%20trata%20do%20cumprimento%20da%20Medida,97%2C%20§%201o%20do%20Código%20Penal%20%28BRASIL%2C%201940%29. Acessado em: 14 abr. 2021.

RICHTER, André. https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-05/justica-considera-adelio-bispo-inimputavel-por-transtorno-mental. Data de publicação 27.05.2019. Acessado em: 13 abr. 2021.

RODRIGUES, K. R. A. L; LIMA, M. D. A. **As medidas de segurança como tratamento ao doente mental.** Publicado em: 07.2018 Disponível em: https://jus.com.br/artigos/67589/as-medidas-de-seguranca-como-tratamento-ao-doente-mental Acesso em: 13 abr. 2021.

ROSSOL, Bruna. **O laudo psiquiátrico no incidente de insanidade menta: Problematizando o discurso pericial no Processo Penal Brasileiro.** Publicado em 2011. Disponível em: https://www.

lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35826/000816616.pdf. Acessado em: 02 abr. 2021.

TRINDADE, J.; TRINDADE K. E.; MOLLINARE, F. P**sicologia Judiciaria para a Carreira da Magistratura**- Segunda Edição; Livraria do Advogado Editora, 2012.

VALENTE, Pablo. **A História da Saúde Mental: Do antigo ao contemporâneo Data de publicação**: 09.07.2018 Disponível em:https://blog.cenatcursos.com.br/a-historia-da-saude-mental-do-antigo-ao-contemporaneo/. Acesso em: 15 nov. 2020.

PROBLEMAS HODIERNOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL ANALISADOS À LUZ DO FILME "SEM EVIDÊNCIAS"

Camilla Alves Trotta[113]

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar o filme "Sem Evidências" à luz do Direito Processual Penal nacional. Para tal, abordará temáticas como objetivo do Processo Penal, evolução da pena, sistemas penais e suas evoluções (momento em que se tratará brevemente do sistema inquisitório e do sistema acusatório), dos princípios e garantias estabelecidos em nosso ordenamento jurídico e da investigação preliminar a partir das cenas do filme, o que permite apontar algumas das causas para um problema tão recorrente no cotidiano nacional. Isso se deve ao fato de que a obra a que esse texto visa comentar possui diversas nuances que tornam sua análise rica ao entendimento das falhas na apuração de fatos supostamente criminosos por inúmeros motivos, que sabidamente podem culminar na total impossibilidade de conhecer a verdade sobre o caso ou na aplicação de sanção penal equivocada. Busca-se aqui, ainda, trazer conhecimento sobre as bases do Processo Penal a partir de ilustração do cotidiano.

É com o objetivo de tornar acessível o conhecimento sobre o tema, que se demonstra extremamente atual e relevante ao exercício da demo-

113 Graduanda em Direito (PUC-RIO). Pesquisadora PIBIC pela PUC-RIO e CNPq.

cracia, que se traz essa comparação de tema específico do direito com obra audiovisual, de forma a abordar a temática com os tecnicismos exigidos à compreensão do problema.

Sobre a divisão do trabalho, a seção 1 tratará de breve resumo dos fatos do filme, visando trazer ao leitor que não pode assistir ao filme elementos ao entendimento do trabalho. A seção 2 se destina a explanação de conceitos do Direito Processual Penal que serão essenciais ao entendimento dos defeitos do caso retratado pelo filme. Esta retrata de forma técnica elementos históricos e técnicos retirados, em sua maioria, do manual de Direito Processual Penal do Professor Aury Lopes Jr. Na conclusão, estão dispostos entendimentos obtidos a partir do exposto nos dois capítulos antecedentes, de forma a unir os temas de processo penal com o caso do filme. A pesquisa é baseada em bibliografia especializada no campo do Direito, experiência acadêmica nessa área do saber, e se dará—por análise do cotidiano brasileiro a partir de situação retirada de obra audiovisual.

Uma das respostas que podemos trazer de plano é sobre a função do cinema ao entendimento de questões técnicas, dado que a realidade e o cinema, em determinados casos, guardam relação de mimese, na qual a arte imita a vida e a vida imita a arte, podendo-se, então, extrair método de vislumbre de problemáticas que antes não seriam vistas tão claramente, mesmo que tratando de situações genéricas. A utilização dessa perspectiva torna possível a mudança do cenário da realidade em que vivemos por meio do conhecimento de fácil acesso.

1. RESUMO DO FILME

O filme "Sem Evidências", de Atom Egoyan, se baseia em fatos, contando a história do assassinato de três crianças de West Memphis. O caso, conhecido como "Três de West Memphis", gerou revolta nos EUA no início dos anos 90 devido ao cenário indicar, ao menos aparentemente, a realização de um ritual satânico. Esse caso ensejou, também, a produção de três documentários: Paradise Lost, Paradise Lost: as Revelações e Paradise Lost: Purgatório.

A expressão "Três de West Memphis" refere aos jovens acusados do crime, tidos como diferentes pela sociedade pelas roupas pretas que usavam, estilo de música que ouviam e seu interesse pelo ocultismo. O filme

retrata o extenso e complexo caso de forma muito objetiva, de forma que acentuam como os acusados sofreram com acusações indevidas, fracas ou duvidosas. De fato, a demonstração de um caso repleto de erros pelo filme faz constatar como direitos fundamentais, garantias, princípios e investigação preliminar realizada de forma exímia são vitais no estabelecimento de um Processo Penal tal qual desejado pelo legislador.

1.1. ACONTECIMENTOS DO FILME

O filme se inicia mostrando a cidade de West Memphis, onde moravam três crianças de oito anos de idade que decidiram andar de bicicleta, adentrando na floresta, e que nunca retornaram.

Logo quando notaram o desaparecimento, a comunidade - importante citar aqui que a cidade era pequena- se mobilizou no apoio à polícia local nas buscas até encontrarem os jovens mortos e com mãos e pés amarrados. Nesse mesmo momento, dada a crueldade envolvida, a busca pelos responsáveis se intensificou.

Mesmo sem indícios suficientes à constatação, os jovens Damien Echols (James Hamrick), de 18 anos, Jason Baldwin (Seth Meriwether), de 16 anos e Jessie Misskelley Jr. (Kristopher Higgins), de 17 anos foram apontados como culpados. Esses jovens acusados mesmo sem a existência de evidências concretas à acusação o foram haja vista que a comunidade precisava de um culpado naquele momento e os jovens eram diferentes, interessados pelo ocultismo e fãs de heavy metal.

2. CONCEITOS INTERMEDIÁRIOS

2.1. DO PROCESSO PENAL

Quando pensamos em processo penal devemos ter claro que esse é o caminho necessário à aplicação da pena. Essa necessidade decorrer, em grande parte, do fato de que o processo penal condiciona o poder de penar a grupo de regras "do jogo", o devido processo penal. (CALAMANDREI, apud, LOPES JR, 2020) Dessa forma, resta claro que o Princípio da Necessidade é central no estabelecimento de penas, já que traz consigo o respeito às regras do jogo.

Aury Lopes Jr, ao explicar o tema, questiona sobre a evolução da pena, citando Aragoneses Alonso, e afirma que, à priori, a punitvidade era coletiva e dada contra o membro transgressor da convivência social — explica que a reação social era intrinsecamente ligada à religião, de forma que existia vingança coletiva, não uma pena. Diz o autor que a "vingança implica liberdade, força e disposições individuais; a pena, a existência de poder organizado." Gradativamente, com o desenvolvimento do processo penal ao estado que conhecemos, ocorre o processo de evolução da pena, que culmina no momento que a pena se torna pública; estado esse em que se supera a "vingança do sangue e composição" e instaura-se a autoridade estatal e juiz imparcial. A titularidade do direito de penar passa ao Estado. Cite-se perfeita colocação do autor que resume a matéria: "Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena."

Avançando sobre os sistemas penais e sua evolução, intimamente ligado ao processo anteriormente mencionado, cabe citar o caminho do sistema inquisitório ao acusatório, bem como o papel do sistema misto.

O sistema inquisitório, em linhas gerais, remonta ao Tribunal da Inquisição, *Santo Ofício*, que buscava punir heresias e comportamentos contrários aos dizeres da Igreja Católica. Nesse vemos que o juiz possui poderes instrutórios, é "senhor soberano do processo"; não se verifica contraditório, estrutura dialética ou imparcialidade, visto que um único juiz busca prova e a julga. Retiro trecho de Jacinto Coutinho que traduz bem a questão: "ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido". É o processo da obscuridade, da falta de publicidade e acusação, que se baseia em declarações testemunhais (que muitas vezes sequer conhece-se o nome). O juiz se mostra parcial, acumula a funções, não separa funções de acusar e julgar, pode atuar *ex officio*, não há contraditório pleno e há desigualdade de armas e oportunidades.

O sistema acusatório se mostra como contraponto, havendo divisão entre a atividade de acusar e julgar, iniciativa probatória localizando-se com as artes, juiz é terceiro imparcial, há tratamento igual às partes, o procedimento é oral, há publicidade, possibilidade de contraditório e defesa, sem tarifa probatória, dentro dos critérios estabelece-se coisa julgada e há duplo grau de jurisdição.

Todavia, dado a dificuldade de estabelecer-se sistema acusatório pleno, surge o sistema misto, que divide o processo em pré-processual e processual, primeiro inquisitorial e segundo acusatório, utilizado em terras tupiniquins. Essa definição, contudo, é genérica, já que todo sistema é misto hodiernamente, sendo os puros mera referência histórica.

2.2. DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS

Com o sistema constitucional, diversas garantias mínimas são asseguradas aos indivíduos, de forma que o processo penal democrático tem como fundamento legitimante a instrumentalização constitucional, resultando em escudos protetores do abuso estatal na aplicação de seu poder, que autoritário, necessita de limites. Nesse sentido, infere-se que o Poder Judiciário é garantidor de direitos fundamentais constitucionais, tendo, por esse motivo, legitimidade da jurisdição.

Os princípios constituem-se em verdadeiras "regras do jogo" do devido processo legal (due process of law), sendo, segundo Aury Lopes Jr., mecanismo de limitação e legitimação do poder de punir. Ainda nessa linha, o processo penal é instrumento, repleto de regras limitadoras do exercício punitivo do Estado, ao sistema de garantias da CRFB, constituindo- se caminho necessário à aplicação da pena.

Aury Lopes Jr destaca a jurisdicionalidade, o princípio acusatório, do contraditório e ampla defesa e das motivações judiciais, divisão que parece oportuna aos comentários do caso do filme.

Sobre a jurisdicionalidade, essa se deve ao fato de que apenas o órgão jurisdicional possui o poder de penar e o deverá fazer pelo processo penal. O juiz deve ser natural, imparcial e comprometido com os mandamentos da CRFB.

Subprincípio da jurisdicionalidade é o princípio do Juiz natural, que constitui requisito à sua própria existência, já que deve possuir competência dada previamente por lei, nascendo com a prática do comportamento reprovável. Mais ainda, precede a existência do juiz a sua imparcialidade, que deverá ser estranho àquilo que irá julgar. Nesse sentido, o juiz deverá estar de fora da relação horizontal processual, sendo estranho às partes, não possuindo iniciativa probatória, garantindo o equilíbrio entre as partes, contraditório e a própria imparcialidade. Participar do processo

probatório, como ocorre no sistema inquisitorial, gera juízos antecipados sobre algum tema, já que a determinação de prova *ex officio* requer uma decisão previamente tomada. Outro subprincípio é o de ser julgado em prazo razoável, tendo- se em vista que o próprio fato de ser processado já configura punição, sua demora agrava essa; por essa maneira, prisões cautelares possuem prazo definido. Tribunal Europeu de

Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos definem três princípios para definir a duração do processo, quais sejam a) complexidade do caso; b) atividade processual do interessado; c) conduta das autoridades judiciárias (polícia, Ministério Público, juízes e tribunais). Note-se que é devida a aplicação do princípio da razoabilidade para analisar aumentos de duração.

Quanto ao princípio acusatório, esse se consagra no art. 3º- A do CPP e nos termos constitucionais. Dado isso, a iniciativa e gestão das provas estarão à cargo das partes, visando dirimir o ativismo judicial, isso é, seguir-se a enunciação de que "ne procedat iudex ex officio", assegurando-se a imparcialidade e contraditório como já expressos.

O art. 5º, LVII, da CRFB traz a máxima da presunção de inocência, não sendo o réu considerado condenado antes do trânsito em julgado, configurando-se como dever de tratamento processual. Se dá em dois aspectos, "a) interna: estabelecendo que a carga da prova seja integralmente do acusador; impondo a aplicação do *in dubio pro reo*; limitando o campo de incidência das prisões cautelares; b) externa: exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, assegurando a imagem, dignidade e privacidade do réu." (LOPES JR, 2020) O princípio da presunção de inocência foi posto totalmente de lado no caso, visto que antes mesmo do julgamento os jovens já eram tidos como culpados, sem qualquer faísca de dúvida, como será comentado com maior profundidade mais à frente.

Ademais, outros notáveis princípios são os do contraditório e da ampla defesa, previsto pelo art. 5º, LV, da CRFB. O contraditório, segundo Fazzalari, significa igualdade de tratamento e oportunidades no processo. Se traduz no fato de ser informado e de participar do processo com armas iguais, sendo viabilizado o contraditório na fase do inquérito policial, em seu primeiro momento (informação). Sobre a ampla defesa, devemos notar que se dá em dois âmbitos, o de que não se pode ser acusado/julgado

sem defensor e o de defesa pessoal (autodefesa), na qual o próprio acusado se defende, em posição positiva (prestando o réu depoimento, e.g.) ou negativa (direito ao silêncio, e.g.), fiando o "nemo tenetur se detegere", art. 5º, LXIII, CRFB, art. 186, CPP e 8.2 "g" da CADH.

Derradeiramente, sobre o princípio da motivação das decisões judiciais, prevista no art. 93, IX, CRFB, temos a garantia processual de controla de nacionalidade e legalidade nas decisões, inclusive, interlocutoras; enuncia Aury Lopes que é necessário superar a visão de "juiz boca da lei" e "juiz diz qualquer coisa sobre qualquer coisa", essa última de Streck, visando um meio termo.

2.3. DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

No Brasil, o inquérito preliminar policial visa a apuração e busca de autoria de infrações penais, constituindo-se como procedimento administrativo pré-processual. Deve buscar investigar o fato que se suspeita criminoso, tendo sido informado ou descoberto *ex officio* pela autoridade. Seus atos podem se dar de acordo com o art. 5º, CPP, que elenca o rol; no curso do inquérito podem ser praticados os atos do art. 6º e 7º CPP, terá como fim o relatório da autoridade policial, resolvendo arquivar ou não os autos do inquérito (art. 17 CPP). Será, após, enviado ao MP, que poderá denunciar, requisitar complementação de diligências (art. 16 CPP) ou requerer arquivamento ao juiz (na vigência do art. 28 antes de sua reforma, após, o próprio MP determina o arquivamento). Somente pode ser reaberto caso após arquivamento quando da existência de novas provas, de acordo com a Súmula 524/STF.

Considera-se o inquérito facultativo, escrito, secreto no plano externo (Súmula Vinculante n. 14 e art. 20 CPP) e com atos de limitado valor probatório. Questões relacionadas ao Pacote Anticrime, nesse tema, foram suspensas por liminar do Min. Fux. Cabe aqui notar que, concernente em especial ao caso, isso é, não citando todos os atos de investigação, os atos desse procedimento pré-processual: (i) não referem à afirmação, mas hipótese; (ii) servem para formar juízo de probabilidade, não certeza; (iii) servem a formar o opinio delicti do acusador; (iv) servem à justificar o processo (ou a inexistência desse), não a sentença; (v) possuem função endoprocedimental. Já os atos do processo exigem outra dinâmica, qual

seja a de dirigirem-se ao convencimento do juiz, formar juízo de certeza, servem à sentença, é necessária produção de prova, são praticados pelas partes, em contraditório.

Sobre o filme, nota-se que deve o réu ser julgado com base na prova produzida no processo, sendo dado o contraditório e com juiz competente. Quando provas relevantes, que não podem ser obtidas novamente ou técnicas forem produzidas no inquérito, podem ser submetidas à contraditório posterior. Sobre testemunho[114], acariações e demais obtidas no curso da investigação, essas não podem integrar o processo. Todavia, essa exclusão massiva dos autos do inquérito policial dada pelo Pacote Anticrime encontra-se suspensa em razão de liminar concedida pelo Min. Fux.

Sobre o direito de ampla defesa e contraditório no inquérito insta citar que não existem de forma total, mas podem ocorrer autodefesas positivas ou negativas, presença de advogado (art. 7o, Lei n. 8.906/94); no caso do contraditório, pode ocorrer quanto à informação (art. 5o, LV, CRFB, 8.2 CADH, e Súmula Vinculante n. 14/ STF). Quando negado pedido de vistas ao inquérito, pode-se reclamar (art. 102, I, "I", CRFB) ou mandado de Segurança em primeiro grau.

Os acordos de não persecução penal se caracterizam na "justiça negociada", ao lado da transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada. A existência dessa negociação mitiga, de certa forma, o princípio da necessidade. Quanto ao acordo de não persecução penal, esse é proposto pelo MP ao imputado, podendo evitar o processo no caso de seu aceite (art. 28-A)

Interessante notar sobre os acordos de modo geral que no caso real há um, que é, inclusive, informado no final do filme. Contudo, esse foi realizado 18 anos após, apenas. Diz-se ser um raro acordo da doutrina Alford e que seriam soltos em 2011, mas que continuariam sendo considerados condenados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse sentido, resta claro no filme que os jovens foram julgados à luz de ideias de vingança (à luz das ideias de punitividade mais primiti-

114 Cabe, no caso de possibilidade de perecimento de prova testemunhal, incidente de produção antecipada de prova testemunhal perante juiz de garantias.

vas, como enunciado no início desse trabalho), isso é, tiveram processo, contudo, não lhes foram dadas as garantias devidas, fazendo parecer mero formalismo à intenção de condenar àqueles que se mostravam contrários às crenças locais— cidade pequena, com forte fulgor religioso, pré-condenando indivíduos em razão do interesse que mantinham no ocultismo.

É claro na obra que, apesar de, em tese devidos os direitos, não foram aplicados com maestria. Muito pelo contrário, foram utilizados depoimentos contrastantes com a realidade (como no depoimento que é afirmado estar um dos meninos presos por cordas quando tratava-se, na verdade, de cadarço de tênis), de criança que hesitava em suas respostas, criando contexto fantasioso (que inclusive no filme dá a entender que a mãe do jovem havia levado ao local para depor e depois teria sido beneficiada em outra ocorrência), provas foram perdidas (caso do DNA do pai de um dos meninos) e apenas uma linha de investigação foi seguida, negligenciando outras hipóteses (ressalte-se que o homem que se escondeu no banheiro do restaurante, peça chave ao caso, se perdeu, não sendo achado ou identificado). Ademais, logo no início do filme uma policial estava tratando do caso de desaparecimento de uma das crianças, não terminou o atendimento da forma devida, seguiu para o restaurante, disse que ia olhar a redondeza, mas o filme faz crer que não o fez.

Quando em esfera processual, a falta de armas que os réus possuíam os prejudicou intensamente. Os advogados de defesa pareciam perdidos, inocentes ou inexperientes, de forma que somente os jovens receberam instrução jurídica quando Ron Lax interveio.

Comparando-se as regras do jogo, alguns princípios devem ser ressaltados, tendo em vista que foram frontalmente rompidos no caso em análise: (i) jurisdicionalidade, (ii) presunção de inocência (iii) contraditório e ampla defesa;.

Quanto à jurisdicionalidade, fica explícito que, apesar de ter sido julgado pelo Estado, por meio do processo penal, não lhes foi garantido o juiz imparcial, tendo em vista que seu julgamento se tornou contaminado pela comoção que se deu ao caso bem como os dados da investigação, que tendenciosos, estarem presentes no processo. Cabe ressaltar que o fato se agrava uma vez que inexiste juiz de garantias.

Em relação ao princípio da presunção de inocência, esse parece ter sido desconsiderado desde antes da existência de um processo. Os pri-

meiros e únicos suspeitos, investigados, réus. Considerou-se, de plano, que eram culpados, de forma que não apenas os condenaram, ao final do processo, como descartaram outras hipóteses investigativas, podendo ter causado, destarte, que três inocentes ficassem sujeitos à penas extremamente gravosas e o verdadeiro culpado continuasse livre. Ademais, suas imagens foram publicizadas de forma abusiva e foram estigmatizados durante toda a extensão do filme; a dignidade dos mesmos também, por óbvio, foi descartada.

No que tange ao contraditório e ampla defesa temos falha das mais graves: do ponto de vista do contraditório, os jovens não foram assistidos por defensores plenamente capazes em um processo non qual sofriam com abusividades no que tange ao princípio da presunção de inocência, de forma que existiu o oposta à igualdade de tratamento e oportunidades; quanto à ampla defesa, não tiveram chances, ao menos inicialmente, de participar do processo com mesma condição. Parece que o caso não foi conduzido pelo procedimento padrão, mas pela comoção midiática e popular. A influência de posicionamento de um dos lados desde o início da investigação, posto o medo e inquietude dos cultos satânicos urgentes naquela religiosa cidade, atingiu a forma de condução dessa, sendo descartadas outras hipóteses, como a que o filme aparenta sugerir, de que Terry Hobb's teria matado as crianças. Parece que os investigadores se cegaram, que apenas os jovens poderiam ser culpados em razão de sua forma de agir, gostos e roupas, retomando à ideias semelhantes às já superadas no campo da criminologia.

Com os problemas graves na investigação preliminar, demora nas buscas e perda de provas (inclusive de outras que poderiam ter sido obtidas se outras linhas de investigação tivessem sido analisadas), condução e erros em depoimentos (como o caso de um momento que são colocadas poucas fotos de suspeitos para um depoente analisar, de forma que poderia sugestionar para um, não tendo validade), confissão dada em coação, e aparente troca de favores com a mulher que levou o filho para depor, perderam-se elementos cruciais à analise do caso em esfera processual. Mesmo considerando-se que os autos da investigação não fossem levados à juízo em sua totalidade, as provas que são impossíveis de serem refeitas em fase processual seriam levadas, de forma que análises, como do local do banheiro do restaurante repleto de sangue, seriam de grande valia para a conclusão do processo.

Dessa forma, tiramos, a partir do filme "Sem Evidências", amostragem de fatos que ocorrem no cotidiano, desde a falta de preservação de vestígios em vestes até a contaminação do juiz em razão da inexistência da figura do juiz de garantias. Atentando-se ao formalismo e às regras do jogo, a situação de violência e criminalidade poderá ser reduzida drasticamente, diminuindo-se a quantidade de inocentes presos (e no caso americano condenados à morte), e aumentando a responsabilização de culpados, na medida que lhes for devida.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASILEIRO, Renato de Lima. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: SaraivaJur, 2019.

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

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2021.

A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA E O DEBATE LEGISLATIVO EM TORNO DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Pedro Parolin Teixeira [115]
Edeilson Ribeiro Bona [116]

INTRODUÇÃO

Diz-se que o direito se origina dos fatos. A norma jurídica é uma mera hipótese de algo que deve ser (uma hipótese de "dever ser") e só passa a existir quando algum fato se mostra adequado à sua incidência, pois "o direito não disciplina pensamentos, propósitos, intenções, mas regula comportamentos de um em relação a outro ou a outros" (ATALIBA, 2000, p. 22).

Para reproduzir o fato ocorrido no âmbito do mundo real para o mundo jurídico, necessário se faz a produção de provas para demonstração

115 Mestrando em Administração pela Universidade Positivo. Pós-graduado em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário pela PUC-PR; Bacharel em Direito pela PUC-PR; Advogado.

116 Mestre em Direito pela UFMT; Pós-graduado em Direito Constitucional pela ABDConst; Professor substituto do Curso de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT – Campus de Barra do Bugres/MT); Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito, Estado e Sociedades (GPDES - UNEMAT); Advogado.

da existência da pretensão jurídica eventualmente buscada na demanda. A sistemática adotada para valoração destas provas, por isso, possui grande importância dentro do direito processual como um todo.

Mesmo se considerada as diferenças próprias do sistema processual penal do sistema processual civil, a busca por uma sistemática correta na produção e avaliação das provas é comum. Ambos os sistemas, inclusive, guardam preocupação com a utilização das provas consideradas ilícitas, que violam o ordenamento jurídico. Ou seja, toda prova que viola leis e princípios gerais, tanto de natureza material quanto processual (NERY JR, 2004).

Embora a proibição da utilização da prova ilícita tenha sido expressamente tratada na Constituição de 1988, o tema continua espinhoso até os dias atuais, pois a apreciação das provas no processo, para alguns, desafia a utilização daquelas consideradas ilícitas.

Embora a conclusão parcial indique pela impossibilidade da utilização destas provas, a pesquisa busca responder em que medida houve tentativa de validação e possibilidade de uso das provas ilícitas no direito processual civil e o recorte metodológico se faz na discussão ocorrida no processo legislativo do Anteprojeto do Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010).

Pretende-se verificar se o legislador rejeitou a possibilidade de utilização das provas ilícitas no processo civil e, especialmente, a discussão ocorrida no Poder Legislativo federal.

A pesquisa se vale do método hipotético-dedutivo e do procedimento estruturalista. Através da revisão da literatura, rememora-se a prova no processo e, valendo-se da análise documental (Anteprojeto do CPC), busca-se compreender a posição adotada pelo CPC/15 acerca da (in)admissibilidade das provas ilícitas no processo civil.

1. A PROVA NO DIREITO: CONCEITO E VALORAÇÃO

Diz-se que o direito se origina dos fatos. A norma jurídica é uma mera hipótese de algo que deve ser (uma hipótese de "dever ser") e só passa a existir quando algum fato se mostre adequado à sua incidência.

O fato, por sua vez, é algum comportamento humano, pois não há norma jurídica dirigida somente às coisas. Nessa linha de compreensão, discorre Becker (2010, p. 359):

> Toda a regra jurídica supõe uma tensão ou a possibilidade da tensão, porque a regra jurídica não é criada para confirmar fenômenos naturais, mas para impor um determinismo artificial ao 'fazer' e 'não fazer' dos homens dentro de um organismo social. [117]

Quando o comportamento de alguém não obedece determinada norma, cabe ao Estado se utilizar de sua atividade jurisdicional para satisfazer a pretensão adversa e, ao fim, fazer com que o ordenamento seja cumprido. O instrumento do Estado é o processo e um dos instrumentos do processo é a prova, que será utilizada para dar conhecimento ao juiz dos fatos ocorridos para que, ao final, dê solução jurídica a partir das provas colhidas.

A palavra prova tem sua raiz no latim, na expressão *proba tio,* significando prova, ensaio, inspeção, verificação, argumento, aprovação, que por sua vez é derivada do verbo *probare,* significando demonstrar, provar, fazer reconhecer, fazer aceitar, experimentar (FARIA, 1967, p. 769). De acordo com Marinoni e Arenhart (2011, p. 57), o conceito da prova não é exclusivo do Direito e possui diversas definições e usos em outras áreas da ciência.

De Plácido e Silva *et al.* (2009, p. 491) lecionam que a prova é a demonstração, através dos meios legais, "da existência de um fato material ou de um ato jurídico, e em virtude da qual se concluem por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou ato demonstrado". No âmbito jurídico, aponta-se o conceito de prova como "meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico" (NERY JUNIOR, 2010, p. 631) e pode apresentar particula-

117 Ampliando o conteúdo, é preciso e irretocável o ensinamento da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, colacionado de início na obra de Ataliba (2000, p. 22): "O direito não disciplina pensamentos, propósitos, intenções, mas regula comportamentos de um em relação a outro ou a outros. Eis por que todo direito pressupõe pelo menos duas pessoas. Eis porque na ilha de Robison Crusoé não havia direito. O direito existe para regular relações entre as pessoas: comportamentos disciplinando uma relação entre uma pessoa e uma coisa, na verdade ela está regendo uma relação entre pessoas; estabelecendo que alguém deve dar, fazer ou não fazer alguma coisa para outrem".

ridades no âmbito do direito material e processual, bem como entre os ramos do processo no âmbito civil e penal [118] [119].

Comumente, a doutrina aponta que o termo "prova" se mostra em três diferentes sentidos, sendo estes o da prova como atividade probatória, como meio e como resultado (TOURINHO FILHO, 2013, p. 234). Como atividade probatória, entende-se o próprio ato de provar, verificando se os fatos alegados pela parte possuem exatidão e são verdadeiros. Em se tratando da prova como meio, seria esta o instrumento para se demonstrar a verdade dos fatos. Já como resultado, este seria o produto extraído dos instrumentos probatórios apresentados pela parte, motivando a valorização de juízo e tornando-se o clímax do processo (NUCCI, 2014, p. 335).

Apesar do tríplice significado, leciona Oliveira (2013, p. 326) que o objetivo da prova é bem definido como "a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo". Assim, tem-se que a prova forma convencimento do julgador e todo elemento que não atinge este objetivo não se caracterizaria no conceito da prova. No âmbito processual civil, destaca Chiovenda (2002, p. 109) que "provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo".

---

118 Os ensinamentos de Lopes Jr. (2011, p. 1224) apontam que é o processo penal um instrumento de retrospecção, onde o juiz, no presente, busca reconstruir fatos já passados para melhor exercer sua atividade recognitiva e produzir seu convencimento. Assim, através da análise das provas, o juiz legitimará seu poder contido na sentença, atendo-se sempre ao princípio da motivação. Sobre a correlação entre o poder decisório do magistrado e referido princípio processual, discorre Bonfim (2013, p. 99): "Se por um lado o juiz é livre para formar seu convencimento acerca da prova, é imperativo que exponha motivando as decisões que proferir, os elementos de prova que fundamentam suas decisões e as razões pelas quais esses elementos serão considerados determinantes".

119 Especificamente no campo do direito material civil, aponta Nery Junior (2010, p. 633): "É da substância do direito material apontar as hipóteses em que se exige a prova legal – que corresponde à forma do negócio jurídico, um dos elementos de sua essência (CC 104) -, bem como a forma como podem ser provados os fatos jurídicos que não exigem forma especial (CC 212). É da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação pormenorizada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador".

Vê-se, portanto, que o conceito de prova é altamente atrelado a ideia do convencimento e da reconstrução da verdade pelo julgador. É merecedora de destaque a doutrina de Tourinho Filho (2013, p. 233), para quem "provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade", de modo que o juiz utilizará as provas produzidas para analisá-las e fundamentar sua decisão.

Sobre a valoração da prova no processo, destaca-se a existência de três sistemas distintos para tal: o sistema legal de provas, o sistema da íntima convicção e o sistema de livre convencimento motivado ou da persuasão racional (LOPES JR., 2014).

No sistema legal de provas, pressupõe-se uma hierarquia entre as provas. O valor destas era pré-definido em lei, ignorando a valoração de caso a caso. Isto é, havia uma tabela a ser seguida, não sendo livre o convencimento do juiz, mas sim vinculado. Nesse sistema, a lei trazia uma taxatividade expressa sobre a valoração das provas:

> Prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. (NUCCI, 2014, p. 342) [120]

Nesse sistema já ultrapassado, a confissão era uma prova absoluta e um único testemunho tinha força probatória nula. Desta maneira, a análise do juiz era cerceada pelo próprio medo da falha humana, ocasionando a falha deste sistema como um todo (BACILA, 2002, p. 100).

O nascimento do sistema da íntima convicção busca ser um contraponto ao sistema anterior, não se atendo à tabelas, todavia, a partir de uma convicção íntima, isto é, sem a necessidade de motivação das decisões:

> Para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide

120 Aponta que tal sistema se encontra ultrapassado atualmente e, no âmbito do processo penal, a confissão era uma prova absoluta e um único testemunho tinha força probatória nula. Desta maneira, a doutrina aponta que análise do juiz era cerceado pelo próprio medo da falha humana, ocasionando a falha deste sistema como um todo (BACILA, 2002, p. 100).

> sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão. Evidentes os graves inconvenientes que traz esse sistema. (LOPES JR., 2014, p. 1.276)

Mesmo perante críticas, este sistema antagônico ao de prova legal é o utilizado no processo penal atualmente, notadamente no âmbito do Tribunal do Júri, onde os jurados não precisam explanar a motivação de suas decisões e o valor concedido às provas e não é isento de críticas a partir da interpretação doutrinária (LOPES JR, 2014).

Entre os sistemas opostos anteriores, surge um intermediário, denominado sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional. Neste sistema intermediário, não há taxatividade e hierarquia das provas, porém, toda decisão deve ser fundamentada, motivando-se adequadamente as razões de decidir. Sobre este dever de adequada fundamentação das decisões, há de se entender que visa aferir verdadeira dialeticidade e efetiva participação das partes na tomada de decisão pelo julgador, com privilégio ao contraditório, na lição de Sarlet *et al.* (2020, p. 85):

> O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexo entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo.

E prosseguem os autores:

> Vale dizer: partindo-se de uma acepção forte de contraditório, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial deixa de ser tão somente intrínseco (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e passa a assumir também feição extrínseca (a fundamentação dos arrazoados das partes). Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos ar-

> guidos pelas partes em suas manifestações processuais. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, p. 86)

É o atual sistema ao qual o juiz deve obedecer, não havendo liberdade plena, assim como não há cerceamento desta por tabelas e taxações, pois, como leciona Lopes Jr. (2014, p. 1279): "o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo", de forma que hoje que o sistema da valoração é livre desde que obedecido os princípios norteadores do processo (civil e penal), de modo que a cada caso será atribuída às provas diferentes valores e motivações.

O convencimento do julgador, todavia, não resta absoluto, diante da impossibilidade de conhecimento de algumas provas no processo. A seguir, aborda-se a discussão existente sobre a utilização das provas consideras ilícitas no processo.

2. A PROBLEMÁTICA DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO: CLASSIFICAÇÃO E PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Inicialmente, aponta-se grande debate na doutrina quanto as nomenclaturas a serem adotadas, pois a Constituição Federal restou-se silente sobre a conceituação da prova ilícita.

A doutrina majoritariamente aderiu à classificação estabelecida por Pietro Nuvolone em seu artigo *"Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino"* publicado no ano 1966 em Padova, em que classificou a prova que viola princípio ou norma de direito sobre prova vedada como gênero, sendo espécies a prova Ilícita e a prova Ilegítima. De acordo com Tourinho Filho (2013, p. 224):

> Há uma distinção doutrinária entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Enquanto aquelas, segundo Nuvolone, são as obtidas com violação de normas materiais, as ilegítimas são as introduzidas no processo contra as determinações de normas processuais.

Atendo-se à conceituação a partir de Pietro Nuvolone e modificando o termo *prova vedada* para *prova ilegal*, afirma Nery Jr (2004, p. 156):

> Resumindo a classificação de Nuvolone, verifica-se que a prova será ilegal sempre que houver violação do ordenamento como um todo (leis e princípios gerais), quer sejam de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será ilícita a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente.

Ainda sobre a nomenclatura, a doutrina apresenta que o termo "prova ilícita" suprimiu outras como "prova ilegal", "prova viciada", "prova nula", entre outras (TOURINHO FILHO, 2013, p. 244). No âmbito legislativo, aponta-se que a Lei n. 11.690/2008 modificou o art. 157 do Código de Processo Penal para a seguinte redação: "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais" (BRASIL, 2008) [121].

Sobre tal discussão, Zilli (2003) aponta que a prova ilícita não é repetível enquanto as ilegítimas são e, portanto, dar o mesmo tratamento às duas acabaria por criar um problema pois, de acordo com este autor, a prova ilegítima é nula, mas admissível.

Houve longo caminho da evolução da proibição da prova ilícita no Brasil e no mundo. Na Constituição brasileira de 1969, apenas havia o art. 153, parágrafo 9º, que dispunha ser "inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações gráficas e telefônicas", tornando ilícita, constitucionalmente, somente as provas que violavam as comunicações e correspondências (BRASIL, 1969).

Ao mesmo tempo constava no CPC de 1939 o art. 208, dispondo que "são admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais" (BRASIL, 1939), como apresenta Gomes Filho (1999, p. 257):

121 Esta redação legislativa permitiu questionamentos, visto que dar o mesmo tratamento das provas ilícitas às provas ilegítimas traria grandes constrangimentos Embora o dispositivo tenha trazido a prova ilícita para o âmbito processual penal, gerou discussão acerca da redação adotada, como se depreende da crítica feita por Lopes Jr. (2014, p. 1347): "Infelizmente a redação do art. 157 é confusa, especialmente quando aponta que provas ilícitas seriam aquelas "obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Esse "legais" refere-se às normas materiais ou processuais?".

> Quanto ao Brasil, antes da Constituição de 1988, esparsas e contraditórias eram as referências do legislador a respeito da proibição da prova ilícita. Assim, o Código de Processo, de 1941, já continha, no art. 233, disposição expressa no sentido de que "as cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo"; mas, por outro lado, o art. 240, §1.º, f, autorizava a apreensão de cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, "quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato". Ou seja, o legislador fazia uma distinção entre a correspondência do acusado, que poderia ser violada, no interesse da apuração dos fatos, e as outras cartas, inutilizáveis como prova. E o Código de Processo Civil, de 1973, no art. 332, previa que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Mesmo na ausência de preceitos mais claros e incisivos na Constituição e nas leis ordinárias, o reconhecimento de limitações à atividade probatória, especialmente em face da proteção que a Constituição dá aos direitos e garantias constitucionais, vinha sendo feito, há muito, pela doutrina processual brasileira delineava com relação às buscas domiciliares e apreensões feitas ao arrepio da lei.

Já o Código de Processo Penal Militar vedava a admissibilidade das provas que atentavam contra a moral saúde ou a segurança individual ou coletiva, bem como as correspondências particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos[122]. Proibia, igualmente, o depoimento de pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deveriam guardar segredo e a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, além das restrições à busca domiciliar (BRASIL, 1969)[123].

---

122 De acordo com o art. 375: "A correspondência particular, interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junta, para a restituição a seus donos" (BRASIL, 1941).

123 Aponta-se que no Código de Processo Penal editado em 1941 se repetiam todas estas inadmissibilidades, nas mesmas situações previstas no Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1941).

Vê-se, por isso, que a vedação da prova ilícita se dava conforme previsão em cada diploma processual. O tema foi alavancado ao texto maior quando a Constituição Federal de 1988 expressamente vedou a admissibilidade da prova ilícita no processo (BRASIL, 1988). O texto constitucional incluiu no rol dos direitos fundamentais a vedação de admissibilidade da prova ilícita e tal previsão pode ser entendida como regra de aplicação jurídica imediata [124].

Embora não possa ser objeto de análise neste artigo, se entendida a previsão constitucional enquanto regra, não caberia a sua aferição em conjunto com determinado princípio, isto é, não permitindo aplicação da razoabilidade e proporcionalidade a fim de se permiti-la.

A previsão constitucional, todavia, não conseguiu pôr fim à discussão sobre a admissibilidade das provas ilícitas. Tanto é assim que na edição do atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), houve tentativa de sua inclusão e será objeto de análise a seguir.

3. A INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NA EDIÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)

A discussão e aprovação do novo Código de Processo Civil se deu especialmente através do Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil), apresentado pelo Senador José Sarney (BRASIL, 2010).

Na redação original do Anteprojeto, o artigo 257 conceituava a prova e se buscou inserir um parágrafo único, que dispunha expressamente sobre a admissibilidade das provas ilícitas. O dispositivo foi apresentado nos seguintes termos, destacando-se a previsão do parágrafo único do texto normativo:

> As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste

124 A distinção entre as regras e princípios presentes na Constituição não é, nem de longe, pacificado na doutrina nacional e internacional e, diante da complexidade do tema na doutrina constitucional, não pode ser adequadamente tratada neste artigo. Indica-se, como ponto de partida, as obras de Ronald Dworkin (1978), Robert Alexy (1985), José Joaquim Gomes Canotilho (2003) e Virgílio Afonso da Silva (2011).

> Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.
>
> *Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos*. (BRASIL, 2010)

Esta disposição legal, por sua vez, foi motivo de sugestão de emenda para sua supressão, antes mesmo do encaminhamento do projeto à Câmara dos Deputados, pois a Senadora Níura Demarchi apresentou a Emenda nº 30, que pedia a supressão do parágrafo único, sugerindo a ilegalidade na admissão das provas ilícitas pelo sistema processual civil (BRASIL, 2010). A partir do Relatório Geral apresentado pelo Senador Valter Pereira, lê-se a seguinte apresentação sobre a Emenda nº 30:

> A Senadora Níura Demarchi propõe a supressão do parágrafo único do art. 257, sob o fundamento de que o fato de o artigo admitir provas "moralmente legítimas" não pode implicar no acolhimento de provas ilegais. Dessa forma, a redação do parágrafo único prevendo que a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz, pode induzir à conclusão de que tais provas poderão ser acolhidas, contrariando dessa forma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as considera nulas, por inconstitucionalidade, inclusive com adoção da chamada "teoria dos frutos da árvore envenenada (BRASIL, 2010, "a").

Entendendo da mesma forma proposta pela Senadora, a Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil votou por acolher a emenda, suprimindo o parágrafo único do art. 257 do Anteprojeto do Novo CPC, diante da inconstitucionalidade desta norma. Esta questão pode ser verificada no Relatório apresentado pelo Senador Valter Pereira:

> A Emenda nº 30 deve ser acolhida, para suprimir o parágrafo único do art. 257, que afronta a Constituição da República. O acolhimento de provas ilegais, possível de acordo com a redação do dispositivo constante do projeto, já foi por diversas vezes reprovado pelo Supremo Tribunal Federal, por inconstitucionalidade. O

> Supremo já acolheu, inclusive, a teoria dos frutos da árvore envenenada, anulando decisões fundamentadas em provas obtidas por meios ilícitos ou a partir de outras provas assim formadas (BRASIL, 2010, "a").

Por este motivo, a tentativa de se incluir a admissibilidade da prova ilícita no CPC/15 foi rejeitada. A decisão tomada pelo legislativo considerou a inconstitucionalidade de tal medida, reconhecendo a jurisprudência do STF sobre a matéria.

Entretanto, a supressão também foi objeto de crítica por parte da doutrina, pois a omissão legislativa pode indicar autorização inexistente em sua utilização:

> A supressão do parágrafo único do art. 257, no relatório final do Projeto de Lei 166/2010, que encontra correspondência no atual art. 353, do Projeto nº 8046/2010, apresenta-se para nós como um lamentável retrocesso na atividade probatória das partes. Tal omissão legislativa, se e quando o Projeto vier a se tornar lei, servirá como uma válvula de escape para os que praticam atos ilícitos, proporcionando-lhes impunidade, ante a impossibilidade de a parte lesada produzir legalmente sua prova; vale dizer, ficará a parte lesada sem alcançar justiça. (SZANIAWSKI, 2014, p. 180)

Para Szaniawski (2014, p. 182), a ausência no CPC/15 permite indicar uma possibilidade de relativização da regra constitucional, contrário ao pretendido, apontando que a "supressão constitui-se em um equívoco, fruto do desconhecimento do critério da proporcionalidade e do que seja a teoria dos frutos da árvore envenenada em toda sua extensão, traduzindo-se em um ato precipitado e irrefletido de nossos legisladores".

De toda forma, aponta-se posicionamento contrário, que conclui pela constitucionalidade da previsão do parágrafo único do art. 257 do Projeto de Lei nº 166/2010 (Anteprojeto do CPC/15). De acordo com Vasconcelos Roque (2010, p 24):

> O dispositivo em análise reconhece que a inadmissibilidade peremptória das provas ilícitas poderia ocasionar soluções indesejá-

> veis em hipóteses excepcionais, abrindo espaço para a aplicação do princípio da proporcionalidade quando em jogo direitos fundamentais relevantes.

Para este autor, "a utilização do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas poderia ensejar a prática de abusos e esvaziar direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal" (VASCONCELOS ROQUE, 2010, p 25.) e, defende a existência de um dispositivo que vise possibilitar e, ao mesmo tempo, colocar limites à sua admissibilidade:

> [...] para diminuir esses riscos, é recomendável que a ponderação contemplada no dispositivo em análise envolva a utilização de critérios mais ou menos lógicos, minimamente racionais, para que se possa realizar um controle objetivo sobre as decisões judiciais que enfrentarem este tema tão sensível (VASCONCELOS ROQUE, 2010, p 26).

Embora a crítica exposta acima se revele na preocupação com um maior alcance da tutela jurisdicional, inclusive admitindo-se a apresentação de provas ilegítimas quando em jogo elevado direito moral envolvido, fato é que a jurisprudência do STF trata da vedação da prova ilícita como regra e sua admissibilidade como absoluta exceção[125].

A existência de um dispositivo legal, todavia, poderia levar a uma conclusão de aceitação no texto como proposto originalmente no Anteprojeto do CPC. Isto é, ao contrário do que defende Vasconcelos Roque (2010), o dispositivo poderia levaria a crer o contrário, que o juiz poderia se utilizar do critério da proporcionalidade sempre que necessário.

Em última medida, a previsão que se propôs ao CPC poderia fazer letra morta constitucional que a proíbe, de modo que se conclui acertada a posição adotada no processo legislativo, a fim de decotar eventual autorização para utilização da prova ilícita.

---

125 Nesse sentido, são as conclusões dos seguintes julgamentos do Supremo Tribunal Federal: a) Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 90376-RJ; b) Habeas Corpus n. 80949-RJ e; c) Ação Penal n. 341-MG.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com o sistema de provas adotados no ordenamento jurídica exige reflexão por parte da doutrina e de todos aqueles que atuam na área forense. A busca pela segurança jurídica, que passa pela produção e aferição das provas no processo é de interesse tanto do âmbito penal quanto cível.

Não se revela desarrazoada a crítica doutrinária sobre o sistema legal de provas, em que o valor destas era pré-definido em lei. Neste ultrapassado sistema, leciona Bacila (2002) que tal análise do juiz era cerceado pelo próprio medo da falha humana, ocasionando a falha deste sistema como um todo, de modo a conferir a confissão como prova absoluta.

O medo da incidência em erro, todavia, aponta para sentido oposto, no de cooperação entre as partes, sobretudo a fim de prevalecer a dialeticidade processual, de modo que o sistema do convencimento motivado parte para necessidade de observância do contraditório de modo a que o julgador enfrente as razões levantadas no processo.

Ainda assim, pode-se apresentar que a adoção do sistema do convencimento motivado não põe fim à discussão sobre a adoção das provas ilícitas no processo. Igualmente, pode-se concluir que nem mesmo a previsão constitucional conseguiu colocar fim à discussão sobre a admissibilidade das provas ilícitas.

O processo legislativo que levou à aprovação do Código de Processo Civil em 2015 demonstra que a discussão sobre esta admissibilidade está longe do fim. Primeiro, porque houve a tentava de inclusão de sua previsão na norma procedimental civil, especificamente diante do parágrafo único proposto ao art. 257 do Anteprojeto, que não foi aprovado.

De toda forma, a supressão deste dispositivo não colocou fim à discussão, visto que tal medida também foi objeto de crítica por parte da doutrina, pois a omissão legislativa pode indicar autorização inexistente em sua utilização e permitir indicar uma possibilidade de relativização da regra constitucional (SZANIAWSKI, 2014), enquanto outros defendem o equívoco da supressão por considerar constitucional a previsão que se propôs, pois a existência de um dispositivo que vise possibilitar e, ao mesmo tempo, colocar limites à admissibilidade desta prova.

Para os fins deste artigo, conclui-se que a previsão que se propôs ao CPC poderia fazer letra morta constitucional que a proíbe, de modo

que se conclui acertada a posição adotada no processo legislativo, a fim de decotar eventual autorização para utilização da prova ilícita. Todavia, a interpretação dessa ausência de previsão não pode levar a crer a autorização de sua utilização, visto que sua inadmissibilidade expressamente compõe o processo legislativo, devendo se atentar o intérprete a o aplicador do Direito.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BACILA, Carlos Roberto. "Princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais". *In:* BONATO, Gilson (Org.). **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.** Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BONFIN, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608. htm>. Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm >. Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 ("a").** Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/ai1960778894.pdf> Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

_____. **Lei nº 11.690 de 9 de junho de 2008.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11690>. Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 02 jul. 2021.

_____. Senado Federal. **Relatório apresentado em 2010 ("a") pela Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, e proposições anexadas**. Disponível em <http://www.amperj.org.br/emails/relatorio-Valter-Pereira-24112010. pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** v. 3. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

FARIA, Ernesto (Org.). **Dicionário escolar latino-português**. 4 ed. Rio de Janeiro: Campanha Nacional de Material de Ensino, 1967.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988". In MORAES, Alexandre de. (Coord.)**. Os 10 anos da constituição federal. Temas diversos**. São Paulo: Atlas, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1. ed. Brasileira: Gazeta Jurídica, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2020, p. 885.

SILVA, De Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; CARVALHO, Gláucia. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. "Breves reflexões sobre o direito à prova e à prova ilícita no projeto do novo Código de Processo Civil". **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 59, n. 2, p. 175-197, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal** (III Volume). 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VASCONCELOS ROQUE, Andre. "As provas ilícitas no projeto do novo Código de Processo Civil: primeiras reflexões" **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP) - Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ**, ano 4, v. 6, n. 6, 2010.

ZILLI, Marcos. "O pomar e as pragas". **Boletim do IBCCrim** n. 188, v. 16, jul., 2008. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2008.

PROCESSO E SOCIEDADE DIGITAL: IMPLICAÇÕES DOS ELEMENTOS TECNOLÓGICOS AO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Éverton Luís Marcolan Zandoná [126]

INTRODUÇÃO

O atual estágio sociocultural pós-moderno, de inúmeras formas, paulatinamente, torna mais evidente grandes mudanças que vão alterando o convívio e o meio social. A velocidade passa a ser um fator decisivo em praticamente todas as relações humanos, não ficando o processo alheio a tudo isso.

O acesso à justiça representa princípio fundante da República Federativa Brasileira, consagrada no texto Constitucional. Mesmo as inúmeras demandas sociojurídicas vivenciadas, a partir dos anos 90 em busca de efetividade, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, o direito humano fundamental da capacidade postulatória perante o Poder Judiciário permanece como sendo o principal princípio processual, também basilar à construção do Código de Processo Civil de 2015.

126 Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Membro da Escola de Processo UNISINOS.

Todavia, o advento da informática, em pouco tempo, alterou drasticamente as formas e possibilidades de interações sociais existentes, construindo um novo ambiente de comunicação e troca de informações. As relações antes estabelecidas, unicamente, por meio do contato presencial dos envolvidos perdem espaço para a troca de bits através da Internet.

Com isso, novos elementos, introduzidos pelo Direito Digital, passam a ter relevância dentro da análise processual, pois modificam o âmago de procedimentos construídos ao longo do muitos anos, os quais foram fundamentais para fundamentar o princípio de acesso à justiça.

Deste modo, busca-se analisar como os elementos tecnológicos da sociedade digital sejam a assinatura e certificado digital, segurança da informação e territorialidade, influenciam na dogmática processual e na concepção hodierna de acesso à justiça.

Para isso, a pesquisa foi desenvolvida, majoritariamente, através do método hermenêutico-fenomenológico, à medida que a vivência humana estruturada sobre fatos, processos e acontecimentos foi o ponto central de análise.

1 DIREITO DIGITAL E SUAS IMPLICAÇÕES AO PROCESSO

A revolução tecnológica, iniciada em 1838 com o advento do telégrafo (NEGER, 2002, p. 5), desde então, assume papel avassalador na transformação da realidade social, não sendo diferente para o Direito, que se encontra, atualmente, na fronteira para mudanças ainda mais profundas. Muito disso, ou melhor, quase tudo, se estabelece pelo aperfeiçoamento da informática, capitaneada pela ferramenta do computador. Como Luiz Adolfo Olsen da Veiga (VEIGA, 2000, p. 17) assevera:

> O desenvolvimento das máquinas computadoras foi extremamente rápido e imediatamente o ser humano percebeu que poderia programá-las, fornecendo-lhes instruções específicas para realizar inúmeras tarefas do dia a dia, nas mais diversas atividades. O processamento eletrônico de textos é um exemplo, abriu imenso campo de atuação da novidade tecnológica para todas as áreas do conhecimento humano.

Entretanto, não apenas o computador, o qual exponenciou a capacidade de processamento das informações, mas também a Internet, responsável pela ampliação de possibilidades de comunicação, ambos conjugados, permitiram o rompimento de fronteiras para novas formas e modos de interações sociais (FERREIRA; BAPTISTA, 2002, p. 5). Nas palavras de Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 62), "multicomunicação, associada à capacidade de respostas cada vez mais ágeis, permite que a Internet se torne o mais novo veículo de comunicação a desafiar e transformar o modo como nos relacionamos."

Muito além de novas formas de comunicação, é vital que se tenha em mente a grande transformação global causada pela tecnologia. O ciberespaço, "espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores", conceito cunhado por Pierre Lévy (LEVY, 2010, p. 94), introduz perspectivas inéditas às relações sociais, não excluindo, de modo algum, a ordem jurídica vigente. Como assevera o próprio Autor (LEVY, 2010, p. 95):

> Esse novo meio tem a vocação de colocar em sinergia e interfacear todos os dispositivos de criação de informação, de gravação, de comunicação e de simulação. A perspectiva da digitalização geral das informações provavelmente tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do próximo século.

Neste compasso, da intersecção entre estes novos modos de interconexão pessoal (ciberespaço) e Direito, emerge o conceito de Direito Digital, sendo que, para Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 77):

> O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional etc.).

Ou seja, a base jurídica consolidada mantém-se dentro de seus próprios conceitos e fundamentos, porém, o ambiente digital influencia, de modo a modificar todos os institutos já existentes. Destarte, o processo e, consequentemente, o acesso à justiça são afetados, diretamente, pelo fenômeno da virtualização, que, para Maria Alejandra Fortuny (FORTUNY, 2004, p. 110), "[...] alude a toda a comunicação (textual, gráfica, numérica, codificada etc.) manipulada em texto exíguo ou instantâneo por meio dos meios informatizados de comunicação."

O jurisdicionado pouco se importa com a matriz doutrinária e jurisprudencial da do processo foi construída sobre autos físicos, a informática não opera transformações apenas questões simples do ordenamento jurídico, mas atinge o âmago da sociedade global, ensejando uma correspon-de resposta de todo os envolvidos na prestação jurisdicional.

2 SOCIEDADE DIGITAL

Muito além de novas ferramentas introduzidas ao cotidiano, a revolução tecnológica alterou drasticamente o modo como a sociedade se relaciona. A informação está para a Era Digital como o capital esteve na Era Industrial e a terra na Era Agrícola, o que a torna um novo instrumento de poder, à medida que, hoje, a riqueza passou a ser mensurada através de bens e valores intangíveis (PINHEIRO, 2016, p. 73-74). Como aduz Marco Antônio Machado Ferreira de Mello (MELLO, 2000, p. 30), "Na Revolução Digital o conhecimento passa a ser o principal meio de geração de riqueza."

Anteriormente ao pós-modernismo, as interações processuais sempre ocorreram dentro de uma perspectiva de realidade. Em que pese eventuais deliberações e interações se darem de forma remota, como por exemplo uma ligação telefônica, fato é que os documentos, necessariamente eram físicos. Todavia, nas palavras de Juliano Madalena (MADALENA, 2019, p. 183), "as transformações sociais catalisadas pela tecnologia marcam a sociedade contemporânea, que a utiliza como *meio* ou *fundamento* de suas identidades." (grifo do autor).

Em uma perspectiva filosófica, Manuel Castells (CASTELLS, 2017, p. 553), sobre a influência da tecnologia na sociedade atual, pondera que:

> As redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social.

Nesta senda, relevante considerar o conceito de "Lócus digital", cunhado por Fábio Botelho Josgrilberg (JOSGRILBERG, 2012, p. 13), como sendo "[...] um lugar organizado por estratégias de poder que articulam sistemas digitais de informação e comunicação, mobilizando as dimensões simbólica e de infraestrutura do atual período técnico.", o qual "[...] é reconhecido como uma das autoridades da sociedade contemporânea; uma referência, simbólica e física, que organiza a vida social." (JOSGRILBERG, 2012, p. 13) Ou seja, as gerações atuais consideram o ambiente virtual como local integrante de sua rotina, onde atuam e praticam atos civis, comerciais e jurídicos sob a perspectiva de, em tese, existir paridade de efeitos com as relações materiais.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior (SIQUEIRA JÚNIOR, 2015, p. 177) afirma que a velocidade no acesso e a transmissão de quantidades significativas de informações, inevitavelmente, influenciaram o cotidiano individual e coletivo, causando reflexos econômicos, políticos, sociais, assim como jurídicos, à medida que a própria globalização construiu suas bases sobre a tecnologia.

Em decorrência disso, a heterogeneidade das relações também contribui para um Direito mais complexo, tendo em vista que as interações ocorrem em tempo real e de forma simultânea, sem conhecer limites geográficos ou temporais (PINHEIRO, 2016, p. 223-224). Há a inauguração de um contemporâneo padrão de sociabilidade, o qual implica na transformação do paradigma jurídico (BARRETO JÚNIOR, 2015, p. 407).

Assim, não se afigura como objetivo da pesquisa o aprofundamento em questões sociojurídicas, todavia, é fundamental traçar-se esse breve panorama, a fim de demonstrar o quanto a tecnologia encontra-se imbuída em nossa sociedade, bem como sua importância às relações sociais recentes, refletindo, diretamente, no ordenamento jurídico, o que pode

ser vislumbrado por novos institutos que sem mostram fundamentais para o direito e, principalmente, ao acesso à justiça.

3. ASSINATURA E CERTIFICADO DIGITAL

Em grande parte das pactuações, a vontade é externada através da assinatura de documento, no intuito de formalizar um acordo. Como pondera Ana Carolina Horta Barretto (BARRETTO, 2002, p. 1), "no mundo real, o ponto-chave reside na determinação quanto a se uma pessoa manifestou ou não sua intenção de se obrigar, o que normalmente se dá por um registro escrito, e, em geral, pela oposição de uma assinatura manuscrita a tal registro." Em documentos jurídicos, em meio físico, a firma é dada, propriamente, através da assinatura do documento.

Todavia, no meio digital, as possibilidades tornam-se mais restritas, uma vez que o documento se encontra desmaterializado, representado apenas na forma de *bits*, o que, evidentemente, dificulta a identificação das partes envolvidas no negócio. Em vista disso, como alternativa, surge a assinatura digital.

Em função da complexidade do novo instituto, torna-se relevante, primeiramente, tecer algumas palavras sobre criptografia, a qual, nas palavras de Sandro D'Amato Nogueira (NOGUEIRA, 2009, p. 27), "[...] representa a transformação de informação inteligível numa forma aparentemente ilegível, a fim de ocultar a informação de pessoas não autorizadas, garantindo privacidade." O propósito é claro, busca-se mascarar determinado objeto, seja um documento ou informação, no intuito de evitar eventuais alterações, bem como a utilização desautorizada, promovendo, desta forma, a confidencialidade e autenticidade dos dados (ITI, 2018).

Neste tocante, emergem duas formas principais de criptografia, a simétrica e a assimétrica. A primeira faz uso da mesma senha, tanto para cifrar (criptografar) quanto para decifrar (descriptografar) o código, o que influencia, negativamente, em sua segurança, ao passo que, caso a senha seja descoberta, a informação acabará sendo revelada, bem como não há possibilidade de comprovar o recebimento da mensagem, pois o mesmo receptor tem condições de criptografar o conteúdo novamente (BEHRENS, 2005, p. 25-27).

Já a segunda, também conhecida como chave pública, consiste na utilização de duas chaves por usuário para realizar as operações, sendo uma de encriptação, pública, e outra de decriptação, privada, mantida em sigilo pelo detentor, o que aumenta, significativamente, a segurança das informações transmitidas pela complexidade do sistema e impossibilidade de ser quebrada em tempo satisfatório (BEHRENS, 2005, p. 28; NOGUEIRA, 2009, p. 23). O Glossário do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI, 2018) caracteriza a criptografia assimétrica como sendo um:

> Tipo de criptografia que usa um par de chaves criptográficas distintas (privada e pública) e matematicamente relacionadas. A chave pública está disponível para todos que queiram cifrar informações para o dono da chave privada ou para verificação de uma assinatura digital criada com a chave privada correspondente; a chave privada é mantida em segredo pelo seu dono e pode decifrar informações ou gerar assinaturas digitais.

Assim, baseando-se na tecnologia assimétrica, desponta a assinatura digital. Como bem sugerem Omar Kaminski e Marlon Marcelo Volpi (KAMINSKI; VOLPI, 2004, p. 250) "[...] a assinatura digital é uma técnica que se utiliza do conteúdo a ser assinado, somando-se à chave privada do emissor, para a criação de um conjunto de caracteres que irá acompanhar o conteúdo." No entendimento de Sandro D'Amato Nogueira (NOGUEIRA, 2009, p. 36), "a assinatura digital comprova que a pessoa criou ou concorda com o documento assinado digitalmente, como a assinatura de próprio punho comprova autoria de um documento escrito."

Pondera que a autenticidade é garantida, pois aquele que assina o documento ou a mensagem utiliza a chave privada, a ser confirmada pelo que recebe, através da chave pública, a qual, justamente, por ser pública, não é sigilosa (NOGUEIRA, 2009, p. 36-37). Portanto, como aduzem Renato Müller da Silva Opice Blum e Sérgio Ricardo Marques Gonçalves (BLUM; GONÇALVES, 2001, p. 301), "a técnica não só permite demonstrar a autoria do documento, como estabelece uma 'imutabilidade lógica' do seu conteúdo," "a assinatura digital possibilita o reconhecimento da origem de um ato e identifica um usuário aceito e permitido em

determinada transação," complementa Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 270).

Além disso, outra vantagem da assinatura digital é a possibilidade da manutenção integral do conteúdo que constitui o documento. Conforme informa Angelo Volpi Neto (VOLPI NETO, 2001, p. 56), "a encriptação engloba todo o texto com a assinatura, em sua função conhecida como *hash*." (grifo do autor).

Por outro lado, não se deve confundir assinatura digital com assinatura eletrônica, uma vez que esta constitui gênero, enquadrando-se todas as formas de identificação através de meios informáticos aplicados, como senhas, códigos de verificação e a própria assinatura digital (BLUM; GONÇALVES, 2001, p. 301), a qual também não deve ser comparada ou equiparada à assinatura digitalizada, à medida que, neste processo, ocorre apenas a reprodução da assinatura a punho, levada ao meio digital uma imagem captada por processo de digitalização, não havendo qualquer garantia de integridade ou autenticidade ao documento (NOGUEIRA, 2009, p. 38).

A validade jurídica da assinatura digital fica atrelada à certificação de que determinada chave, efetivamente, pertença ao usuário. Leciona Ana Carolina Horta Barretto (BARRETTO, 2002, p. 39) que, em função do risco existente pela possibilidade de uma pessoa vincular qualquer chave pública à identidade de outra, além da impossibilidade de associação entre a assinatura digital e a real identidade, cria-se, assim, a necessidade de haver uma checagem desta ligação, garantindo sua idoneidade, o que se desenrola através da atividade de um terceiro, Autoridade Certificadora, emitindo o chamado certificado digital.

Tal mecanismo pode ser caracterizado como uma estrutura de dados, a qual é assinada de forma digital por uma terceira parte previamente autorizada e verificada, realizando a devida associação entre o emitente da declaração, seja pessoa, processo ou servidor, a uma chave pública, funcionando como um serviço de emissão de carteira de identidade, porém de modo virtual (NOGUEIRA, 2009, p. 38; REBOUÇAS, 2018, p. 132).

A força jurídica desta assinatura digital, vinculada ao certificado digital, fora instituída pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001 (BRASIL, 2001), a qual organiza as áreas administrativas para controle e fiscalização do sistema de chaves públicas, cria as cadeias de certificação necessárias

e, principalmente, atribui validade legal à firma eletrônica, através do art. 10, §1º (BRASIL, 2001), visto que "as declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários [...]."

Portanto, pode-se considerar a assinatura digital, previamente certificada, como sendo mecanismo hábil à exteriorização da vontade, em que se reconhece como autêntica a firma posta em documento eletrônico, sendo equiparada à assinatura convencional como força probante (REBOUÇAS, 2018, p. 135). Como Sandro D'Amato Nogueira (NOGUEIRA, 2009, p. 43) pondera, o certificado digital garante a autenticidade entre o assinante e assinatura, integridade de que não houve nenhuma modificação no conteúdo do documento e o não repúdio à validade da autoria e eficácia da assinatura.

4 SEGURANÇA PARA TRANSMISSÃO DE DADOS

Apesar da relativa confiabilidade proporcionada pelo sistema de assinatura e certificação digital é necessário considerar que o ambiente virtual inaugura um novo elemento que deve ser levado em consideração nas relações e interações processuais entre Órgãos Judiciais e jurisdicionados: a segurança da rede e transmissão de dados, à medida que tal discussão é, praticamente, inevitável no atual momento sociocultural.

Como assevera Maristela Basso (BASSO, 2003, p. 25-26), o ambiente digital, cada vez mais disseminado em todo o globo, apresenta, junto com inúmeras facilidades, riscos reais, através da atuação de *hackers*, ou *crackers*, que buscam obter informações sigilosas e sensíveis que circulam na rede, justificando, por exemplo, a utilização de criptografia na identificação eletrônica e, ainda mais crucial, na realização de transações monetárias.

Neste ponto, emerge a falta de regulamentação jurídica na Internet, a qual, mesmo após o advento do Marco Civil da Internet (MCI) – Lei nº 12.965/2014, que dispôs sobre as responsabilidades cíveis, criminais e organizacionais da rede mundial de computadores no País, permanece sendo considerada "terra sem lei", muito pela invisibilidade que a rede proporciona. Falta idoneidade para que o usuário (contratante) entabule

negócio jurídico diretamente com um *site*, por exemplo, uma vez que não dispõe de mecanismos e condições de segurança satisfatórios, seja por uma eventual invasão em seu dispositivo eletrônico ou mesmo no próprio endereço virtual (SILVA, 2006, p. 104).

O usuário jurisdicionado pode ser atingido das mais variadas formas, no sentido de comprometer a obrigação atrelada, dentre elas, na construção de Adalberto Simão Filho (SIMÃO FILHO, 2001, p. 104):

> I - A interceptação de mensagens encaminhadas através de e-mail. [...] III - A utilização de senhas de acesso a determinados serviços em ambiente de Internet. IV - A interceptação de dados relativos a cartões de crédito e/ou cartões bancários. V - A efetiva aquisição de produtos ou serviços com dados interceptados. VI – A apropriação da imagem virtual da pessoa, criando-se uma "persona" com todos os dados que se coletou desta em ambiente de Internet. VII - A apropriação de documentos encaminhados através de e-mail. [...] IX – A mercancia das informações, dados e documentos coletados.

A Internet tornou-se, também, o meio propício para disseminação de programas, ou pedaço de código executável, (*malwares*) que visam destruir arquivos, comprometer o funcionamento adequado de equipamentos eletrônicos, bem como roubar informações pessoais ou sigilosas, popularmente conhecidos como vírus (CONCERINO, 2001, p. 136-137). Guilherme Magalhães Martins (MARTINS, 2014, p. 236-239) aduz sobre a existência de inúmeros outros tipos de programas, como *spywares*, *keyloggers*, *bots* e *rootkits*, que objetivam espionar e roubar informações dos usuários, a fim de utilizá-las ilicitamente, causando enormes prejuízos para pessoas físicas e jurídicas.

No intuito de minimizar as possibilidades de invasões e danos às transações e documentos eletrônicos, tendo em vista que, hoje, o dado se tornou um ativo, desponta o conceito de "segurança da informação", o qual, conforme Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 226-227), alicerça-se sobre cinco objetivos: a confidencialidade, para que as informações sejam acessadas apenas pelo usuário autorizado; a integridade, que pretende evitar que dados sejam modificados ou deletados sem autorização; a disponibilidade, a fim de permitir o acesso pleno às informações; a

autenticidade, para uma garantia de reconhecimento e identificação formal; e a legalidade, com propósito de validar os processos e informações dentro das disposições legais em vigor.

Em semelhante perspectiva, a norma ABNT NBR ISO/IEC 27002:2013 (ABNT, 2013) busca definir um conjunto de parâmetros objetivos às redes tecnológicas, principalmente em estruturas corporativas, com o propósito de garantir um ambiente seguro e condições adequadas para que as atividades realizadas dentro da rede mundial não sejam afetadas por agentes externos indesejados.

Portanto, não há como negligenciar a segurança na transmissão das informações e dados como um novo elemento aplicável ao processo, à medida que perpassam, também, a segurança jurídica, pois, sem mecanismos de defesa robustos e confiáveis, sempre haverá questionamentos em relação à veracidade das exteriorizações da vontade, as quais podem ter sofrido modificações, mesmo que fortuitas, tendo em vista as inúmeras variáveis envolvidas no funcionamento da Internet (LÔBO, 2017, p.35).

5 TERRITORIALIDADE

Muito embora a discussão quanto ao local da prática de atos processuais sempre tenha existido, alinhado aos conceitos de ciberespaço e lócus digital, o ambiente virtual traz consigo uma nova percepção quanto à territorialidade. Como analisa Patrícia Peck Pinheiro (PINHEIRO, 2016, p. 85), "o mundo virtual constrói um novo território, dificilmente demarcável, no qual a própria riqueza assume um caráter diferente, baseada na informação, que, como vimos, é inesgotável e pode ser duplicada infinitamente." Também assevera Omar Kaminski (KAMINSKI, 2003, p. 38) que a Internet é, predominante, destituída de limitação territorial, mesmo que haja um endereço ou identificação para o usuário, mostra-se difícil a indicação de sua localização física.

Para dirimir as inevitáveis controvérsias, Ricardo Luis Lorenzetti (LORENZETTI, 2004, p. 35-36) sustenta que podem ser adotadas duas formas, a analogia e a inovação, todavia nenhuma delas é unânime, pois a multiplicidade de formas de interação impossibilita uma regra geral.

No ordenamento nacional, por exemplo, o art. 435 do CC indica como local de celebração do contrato onde ocorreu a proposta, da

mesma forma que Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 9º, considera que "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem." Todavia, a dificuldade reside, justamente, em identificar o local em que os atos foram praticados, para que seja possível verificar os requisitos de validade e a legislação aplicável.

Em função disso, o MCI, através do art. 11, atraiu para a jurisdição brasileira questões que envolvam qualquer ação com dados pessoais ou comunicações por provedores de Internet, que, de alguma forma, tenham ocorrido no Brasil, indicando a necessidade de observar a legislação nacional. Verifica-se que tal disposição, por outro lado, não contempla atos processuais propriamente, uma vez que a intenção do legislador é regulamentar as relações com provedores e serviços hospedados em outros países (PINHEIRO, 2016, p. 88).

Mesmo assim, é necessário sopesar, nas palavras de Omar Kaminski (KAMINSKI, 2003, p. 39), que "a Internet é um sistema global, e não nacional, estruturada de forma inerente, de modo a ampliar a jurisdição política e jurídica, tornando a regulamentação por apenas uma jurisdição inviável." Sendo assim, as controvérsias sobre o tema estão longe de serem dirimidas, tendo em vista que a tecnologia permanece em constante modificação, trazendo novos elementos e possibilidades ao debate; porém, é possível perceber uma aproximação muito forte com os outros ordenamentos jurídicos, interferindo, diretamente, nas leis processuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o processo ser matéria a muito tempo discutida, o elemento digital é, notadamente, influenciador de mudanças muito grandes. Isso se verifica pelo processo eletrônico sendo introduzido em todas as comarcas da federação, impulsionado, também, pela realidade pandêmica que se vive.

Nos pontos estudados no presente trabalho, a segurança desponta como foco relevante na avaliação do acesso à justiça. Não há como pensar em exercício regular do direito de petição quando não se tem as condições básicas para isso, seja em meio físico ou digital. Pensar em Internet é oportunizá-la para todos de forma segura e, economicamente, viável.

Além disso, é importante destacar a disciplina estabelecida pela assinatura e certificado digital deixa claro que o instituto proporciona garantidas de veracidade de conteúdo e autenticidade pessoal do assinante do documento.

Portanto, frente às proposições científicas aqui expostas, o presente artigo pode concluir que, observados as mudanças sociais atuais e os grandes avanços tecnológicos presenciados diariamente, o acesso à justiça permanece como o principal fundamental de uma sociedade democrática e a tecnologia tende a garantir, ainda mais, o amplo funcionamento do Poder Judiciário, observando sempre que é extremamente importante olhar para o jurisdicionado que ainda não está introduzido no mundo digital e necessita de políticas públicas para que isso, efetivamente, ocorra.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT); INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO); INTERNATIONAL ELECTROTECHNICAL COMMISSION (IEC). **ABNT NBR ISSO/IEC 27002**: tecnologia da informação: técnicas de segurança: código de prática para a gestão da segurança da informação. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Proteção da privacidade e de dados pessoais na internet: o marco civil da rede examinado com fundamento nas teorias de Zygmunt Bauman e Manuel Castells. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). **Direito & internet III**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1.

BARRETTO, Ana Carolina Horta. Assinaturas eletrônicas e certificação. *In*: ROCHA FILHO, Valdir de Oliveira (coord.). **O direito e a internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

BASSO, Maristela. A prudência nas transações pela rede. *In*: KAMINSKI, Omar (org.). **Internet legal**: o direito na tecnologia da informação. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

BEHRENS, Fabiele. **A assinatura eletrônica como requisito de validade dos negócios jurídicos e a inclusão digital na sociedade brasileira**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: http://www.biblioteca.pucpr.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=303. Acesso em: 17 set. 2019.

BLUM, Renato Müller da Silva Opice; GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. As assinaturas eletrônicas e o direito brasileiro. *In*: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da; WAISBERG, Ivo (org.). **Comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. **Medida provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 19 set. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CONCERINO, Arthur José. Internet e segurança são compatíveis? *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & *internet***: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2001.

FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). **Novas fronteiras do direito na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FORTUNY, Maria Alejandra. A virtualidade informática e o sistema financeiro: paradoxos iniludíveis da sociedade pós-moderna. *In*: ROVER, Aires José (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004.

INSTITUTO NACIONAL DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO (ITI). **Glossário**. Brasília, DF: ITI, 10 dez. 2018. Disponível em: https://www.iti.gov.br/glossario. Acesso em: 16 set. 2019.

JOSGRILBERG, Fábio Botelho. Lócus digital: um lugar entre tantos outros. **Palabra Clave**, Buenos Aires, v. 15, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122828520120001000002&lng=en&tlng=en. Acesso em: 16 set. 2019.

KAMINSKI, Omar. Aspectos jurídicos que envolvem a rede das redes. *In*: KAMINSKI, Omar (org.). **Internet legal**: o direito na tecnologia da informação. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

KAMINSKI, Omar; VOLPI, Marlon Marcelo. A evolução da certificação digital no Brasil. *In*: ROVER, Aires José (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010. Tradução de: Cyberculture.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215491/cfi/0!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 26 set. 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MADALENA, Juliano. Regulação das fronteiras da internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coord.). **Direito digital**: direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Marco Antônio Machado Ferreira de. A tecnologia, direito e a solidariedade. *In*: ROVER, Aires José (org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

NEGER, Antonio Eduardo Ripari. O ordenamento jurídico em face da realidade tecnológica. *In*: FERREIRA, Ivette Senise; BAPTISTA, Luiz Olavo (coord.). **Novas fronteiras do direito na era digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Manual de direito eletrônico**. 1. ed. Leme: BH Editora, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **#Direito digital**. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62. *E-book*. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/cfi/536!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 03 set. 2019.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos**: formação e validade: aplicações práticas. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018. p. 132.

SILVA, Eduardo Silva da. **Segurança na sociedade da informação**: uma visão desde a autonomia privada. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/handle/10183/10402. Acesso em: 26 set. 2019.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede: inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito ou força maior. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito & *internet***: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2001.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direitos humanos e cidadania digital. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). **Direito & *internet* III**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. 1.

VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da. O ensino do direito e a informática. *In*: ROVER, Aires José (org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

VOLPI NETO, Angelo. **Comércio eletrônico**: direito e segurança. Curitiba: Juruá Editora: Oficina de Letras, 2001.

RESUMOS

OS DIREITOS DOS ANIMAIS E A VIVISSECÇÃO

Thauany Cardozo Faria[127]

INTRODUÇÃO

Os animais não-humanos, assim como os humanos, são caracterizados como seres sencientes, capazes de sentir dor, entre outros sentimentos, e de racionalizar. No entanto, quando atribuímos a eles o *status* jurídico de propriedade, ignoramos que possuem seus próprios interesses e os subordinamos aos interesses humanos – principalmente econômico.

Milhares de aanimais não-humanos são explorados todos os anos para fins de vivissecção, que segundo Gary L. Francione (2000, p. 70), é o uso de animais vivos em experimentos, pesquisas e na educação.

Esta pesquisa tem como justificativa denunciar essas práticas que contrariam o ordenamento jurídico nacional, por submeterem os animais a tratamento cruel, quando há recursos alternativos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A teoria abolicionista apresentada por Gary L. Francione é fundamental para a compreensão do tema. O autor defende que os animais não-humanos, por serem sencientes, possuem o direito moralmente relevante de não serem tratados como coisas ou como meios para fins humanos.

127 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

METODOLOGIA

Foi realizada uma revisão bibliográfica de autores que escrevem sobre o Direito dos Animais, como Gary L. Francione, um dos maiores defensores do fim da exploração animal institucionalizada, e Gabriela Farias Lacerda, que escreveu um artigo abordando especificamente o uso de animais para fins de vivissecção.

Também foi feita uma análise acerca de métodos alternativos ao uso de animais em pesquisas, testes de produtos e na educação, por meio do site "The Physicians Committe for Responsible Medicine" (ANIMAL, s.d.) e nos escritos de Francione.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A partir da leitura da obra "Introduction to animal rights: your child or your dog?", de Francione, foi possível perceber que as diferenças entre os animais humanos e não-humanos são meramente quantitativas e não qualitativas. Isto é, os animais não-humanos, assim como os humanos, são capazes de sentir, de racionalizar, e possuem consciência de si mesmos, mas em níveis diferentes dos que os humanos apresentam.

Isso não significa que, por isso, devemos tratá-los de forma inferior ou superior, mas que possuímos uma obrigação moral frente a eles de tratá-los com igual consideração. Se abolimos a exploração de animais humanos, conforme escreve o autor, o certo é fazer o mesmo com os animais não-humanos e abolir a exploração institucionalizada que realizamos atualmente, já que possuem o direito de não serem tratados como coisa ou recurso por outros.

Já do artigo "Vivissecção: crueldade ou ciência necessária?" Uma análise jurídica sobre o uso de animais para práticas experimentais e didáticas", por Lacerda, infere-se que tais práticas são, além de ultrapassadas, vedadas pelo ordenamento jurídico - art. 225, VII da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e disposições da Lei 11.794/2008 (BRASIL, 2008), uma vez que submetem os animais a procedimentos que causam dor e sofrimento desnecessários, quando há alternativas viáveis.

A autora destaca ainda que há poucos trabalhos acadêmicos no âmbito jurídico acerca do tema, assim como manifestações jurisprudenciais,

e destaca o papel do Ministério Público que considera ilegal a vivissecção que gere dor ou sofrimento em animais vivos, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos (LACERDA, s.d., p. 13).

CONCLUSÕES

O uso desses animais, além de apresentar uma afronta aos direitos dos animais, notadamente a vedação ao tratamento cruel presente na legislação brasileira – art. 225, VII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e Lei 11.794/2008 (BRASIL, 2008) –, representa também uma técnica ultrapassada, com altos custos e ineficiente, principalmente por ser baseada na extrapolação de dados obtidos tendo como base organismos de animais não-humanos.

É necessário que sejam substituídas as técnicas de vivissecção que utilizam animais vivos por outras tecnologias como a partir da cultura de células humanas, ou simulações virtuais.

Além disso, verifica-se que é fundamental que sejam realizados mais estudos no campo do direito acerca do tema, até mesmo para que o direito de não realizar essas práticas, por exemplo no âmbito de universidades da área das ciências biológicas, seja reconhecido e tutelado pelo Estado no exercício da jurisdição.

Ainda, é extremamente relevante que os problemas da vivissecção sejam debatidos com a comunidade, para que haja a cobrança por mudanças em caráter institucional e que seja incentivado o consumo de produtos e serviços que não tenham como base o sofrimento animal.

REFERÊNCIAS

ANIMAL testing and alternatives: championing methods to replace animal testing. **Phisicians Comittee for Responsible Medicine**. Disponível em: https://www.pcrm.org/ethical-science/animal-testing-and-alternatives. Acesso em: 23 jul. 2021.

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

BRASIL. **Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008**, 2008.

FRANCIONE, L. Gary. **Introduction to animal rights:** your child or the dog? Philadelphia: Temple University Press, 2000. 229 p.

LACERDA, Gabriela Farias. **Vivissecção: crueldade ou ciência necessária?** Uma análise jurídica sobre o uso de animais para práticas experimentais e didáticas. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/relatorios_pdf/ccs/DIR/DIR-Gabriela%20Lacerda.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

O COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA DA COVID-19

Joelson Vitor Ramos dos Santos[128]

INTRODUÇÃO

O crime de violência doméstica tipificado no Capítulo II, pertencente ao Título I, da Parte Especial do Código Penal, mais especificamente, no artigo 129, § 9°, foi acrescentado ao Código Penal pela lei nº 11.340/2006 a Lei Maria da Penha. O objetivo da legislação foi, conforme se destaca nas disposições preliminares da referida norma, criar mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nota-se, pela simples disposição da lei, que o bem jurídico protegido por essa figura típica, em tese é o de proteção à integridade corporal e à saúde da pessoa humana, que se consubstancia na incolumidade fisiológica e psíquica, todavia, o tipo abrange a proteção e harmonia da célula familiar, principalmente, em relação à mulher.

Realizada essa breve contextualização, torna-se evidente que o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher foge da mera tipificação, isto é, pelo ponto de vista formal/penal, ela é devidamente combatida. Todavia, como será exposto, a violência doméstica é muito

128 Bacharelando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP – Término da graduação prevista: 2022. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq (2020/2021).

mais um problema estrutural, subsistindo, mesmo com a devida classificação em crime.

Dessa forma, a pandemia do novo coronavírus expôs os problemas estruturais-social dos brasileiros, em especial a situação de desigualdade em que vivem homens e mulheres. Em outras palavras, como as medidas de contenção do vírus se basearam no isolamento social, verificou-se que os casos de violência doméstica dispararam durante a quarentena, uma vez que as mulheres passaram a conviver 24 horas por dia com seus agressores.

Então, torna-se essencial averiguar, ainda como considerações iniciais, o porquê do aumento dos casos de violência doméstica, correlacionado com o estudo das eventuais medidas adotadas pelo Poder Público e sociedade para solucionar o impasse. Não só isso, mas também com os problemas bem delimitados, estruturar quais medidas poderão ser adotadas, tendo em vista efetivar, do ponto de vista material, a proteção da mulher e de seus direitos.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Lei Maria da Penha garantiu o combate formal à violência doméstica. Todavia, diante da realidade, principalmente com o advento da Pandemia da Covid-19, observar-se-á que, no plano material, ainda há a violência doméstica, em números elevados.

Diante disso, o plano fático se destoa do plano material, necessitando discutir medidas materiais para concretizar com que foi legislado, especialmente, no âmbito do Covid-19, que escancarou o problema da violência doméstica, degradando os direitos constitucionalmente garantido às mulheres.

METODOLOGIA

Para o êxito da pesquisa, adotou-se o método hermenêutico clássico sistemático-dedutivo, uma vez que pesquisar o Combate à violência doméstica no âmbito da Pandemia do Novo Coronavírus é algo inaugural, afinal, o Brasil ainda está vivendo essa calamidade. Assim, deve-se buscar o sentido e aplicação que o legislador da Lei Maria da Penha idealizou e

pensar nas eventuais medidas de combate por meio da análise sistêmica com o ordenamento.

Por fim, em consonância com o método sistemático, coube a utilização de uma interpretação teleológica-dedutiva. O fundamento do método teleológico é a atribuição de um propósito às normas, isto é, observar o fim, mais especificamente, a vantagem social a qual as medidas se destinam. Por causa disso, é essencial consubstanciar o objetivo da norma com os instrumentos a serem utilizados pelo Poder Público para enfrentar o problema da violência doméstica.

No tocante ao material, acolheu-se, predominantemente, a revisão bibliográfica e legislativa do tema, além da análise de reportagens sobre o tema.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O *lockdown* é uma das principais medidas de contenção da COVID-19 (MPSP+, 2020). Diante disso, as mulheres passaram a conviver 24 horas por dia com seus agressores. Assim, conforme elenca a delegada Mônica Gamboa (2020), em alguns estados brasileiros, o aumento da violência doméstica foi de até 50%. Como bem é elencado:

> Entre 24 de março e 13 de abril, 16 mulheres foram assassinadas em casa; no mesmo período em 2019, foram 9 mulheres. Os atendimentos da Polícia Militar envolvendo violência doméstica também dispararam: de 20 de março a 13 de abril deste ano, houve 7.933 atendimentos, aumento de 19,8% em relação ao período semelhante em 2019, no qual foram registrados 6.624 atendimentos (..) significativa queda na concessão de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. No estado de São Paulo, entre 1º e 12 de abril deste ano, o número caiu 37,9% (COELHO, 2020, *on-line*).

Paulo César Coelho esclarece o porquê desse aumento da violência doméstica:

> O cenário de pandemia, tragicamente, cria uma tempestade perfeita. Do lado do agressor, o confinamento forçado, o estresse econômico e o consumo excessivo de álcool favorecem surtos de agressão. Do lado da vítima, o isolamento da rede de apoio de ami-

> gos e familiares agrava o sentimento de solidão e desamparo, bem como a dependência financeira e emocional do parceiro (COELHO, 2020, *on-line*).

Em recente edição do MPSP+ (2020), a Promotora de Justiça Valéria Scarance ressalta que o isolamento forçado, controle excessivo, consumo de álcool e drogas e estresse econômico não tornam o homem em agressor, mas potencializam o padrão de violência. Diante disso, o Ministério Público de São Paulo tem monitorado a violência doméstica, objetivando criar estratégias para o combate.

Um dos pontos fulcrais, diante do isolamento, é a impunidade aparente por parte do agressor. Logo, torna-se urgente a ampliação dos canais de denúncia. Nesse sentido, a Promotora Valéria destaca o boletim de ocorrência eletrônico, uma ferramenta pedida durante muito tempo pelos movimentos de mulheres e eventuais autoridades públicas para o real combate à violência doméstica, uma vez que grande parte das vítimas não conseguem sequer ir à delegacia. Logo, a ferramenta facilita esse processo, por poder ser realizado em casa.

Depois de quase 4 (quatro) meses de inércia governamental, em julho foi sancionado a Lei n° 14.022/2020, que "dispõe sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, idosos e deficientes durante a pandemia". Para fins ilustrativos, entre as medidas, e seguindo o entendimento da Promotora do MPSP, está a garantia da manutenção do atendimento presencial; além de que o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública.

Outrossim, um ponto interessante que deve ser incentivado no combate à violência doméstica durante a pandemia é a manutenção dos agressores em detenção, como assevera o Tribunal de Justiça de São Paulo, em Habeas Corpus - n° 2086747-21.2020.8.26.0000.

CONCLUSÕES

Assim, percebe-se que a questão da violência doméstica é extremamente atual e que necessita de um maior labor para o seu combate,

uma vez que se trata de um problema estrutural. Logo, o seu combate é árduo e laborioso, uma vez que se tornou "normal" se cegar perante a realidade, já que "em briga de marido e mulher não se mete a colher" ou "roupa suja se lava em casa". Tais expressões, amplamente difundidas no pensamento social durante anos, legitimam, ainda que de forma obscura, a violência.

É essencial que as mulheres, as eventuais vítimas deste tipo de delito penal, principalmente no cenário pandêmico atual, saibam que há meios de se "revoltarem" e quebrarem com o "ciclo de violência" e para isso o poder público deve intervir, para efetivar aquilo que já está positivado, garantindo a proteção do bem jurídico tutelado, asseverando, por fim, a dignidade das vítimas. Uma questão é clara, dentre dos males advindos da pandemia da COVID-19, a verdade é que também trouxe inovação ao combate da violência doméstica, como a denúncia por meio eletrônico e a manutenção de agressores em detenção. Todavia o caminho é árduo, como bem assevera a Promotora (MPSP+, 2020), um dos meios que podem ser utilizados é o afastamento da mulher, durante as investigações, como o seu ingresso em "casa de proteção".

Entretanto, como asseverado, a discussão ainda é muito recente e medidas novas são feitas a todo instante, afinal, o Estado Brasileiro ainda sofre com a calamidade do Novo Coronavírus. Sabendo disso, os Órgãos de Justiça devem continuar atuando, com o fim de garantir a proteção e dignidade constitucionalmente assegurados às mulheres. Posteriormente, com o fim da pandemia, poder-se-á fazer uma análise concreta das medidas utilizadas, quais foram satisfatórias e se a proteção à mulher foi concretizada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a pessoa**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Paulo Sergio. **Lar, violento lar**. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/lar-violento-lar/. Acesso em: 17 maio 2021.

GAMBOA, Mônica. **Mulheres são as maiores vítimas da pandemia**. 2020. Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mulheres-sao-as-maiores-vitimas-da-pandemia/. Acesso em: 17 maio 2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **A lei Maria da Penha na integra e comentada**. 2020 A. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/lei-maria-da-penha-na-integra-e-comentada.html>. Acesso em: 17 maio 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Violência doméstica: promotora fala sobre aumento de casos durante a pandemia || MPSP+**. 2020. (8m05s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jOty9tdfc6A&feature=youtu.be>. Acesso em: 17 maio 2021.

SISTEMA PENITENCIÁRIO DOS ESTADOS UNIDOS

Amanda Barreto Meirelles do Nascimento[129]
Luciano Bandeira Pontes[130]

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma análise de como o sistema prisional americano surgiu e influenciou outros países, a exemplo do Brasil, fazendo cumprir a sistematização de punição daqueles indivíduos que cometeram delitos e que serviram de exemplo para a sociedade, numa demonstração inequívoca do poderio do Estado, reafirmando a necessidade de concretização do *jus puniendi.*

A partir do surgimento do sistema alburniano e pensilvaniano, os Estados Unidos começaram a formatar a sua estrutura penitenciária, mas ao longo do tempo, em razão do seu sistema confederado, deu liberdade para que cada um dos 50 (cinquenta) Estados pudesse desenvolver sua própria estrutura prisional e atender dessa forma os anseios dos seus cidadãos.

Vale ressaltar, que os Estados Unidos é o país do mundo que possui a maior população carcerária, numa demonstração inequívoca que a sua política criminal é de um encarceramento austero e tolerância zero para todos os tipos de delito.

A metodologia aplicada foi a qualitativa, já que busca entender o fenômeno do sistema penitenciário dos Estados Unidos. A técnica utilizada foi bibliográfica e histórica.

---

129 Mestra em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS); advogada.

130 Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas (UNIFACS/ BA); advogado.

O SURGIMENTO DAS PRISÕES

Inicialmente se faz necessário abordar a criação do panóptico que foi pensado por Jeremy Bentham em 1786 na Rússia. Essa inovação à época trouxe para a sociedade um conceito inovador de observação e vigilância, numa demonstração clara que o Estado tinha por necessidade se mostrar atuante e dar uma resposta efetiva para toda a sociedade.

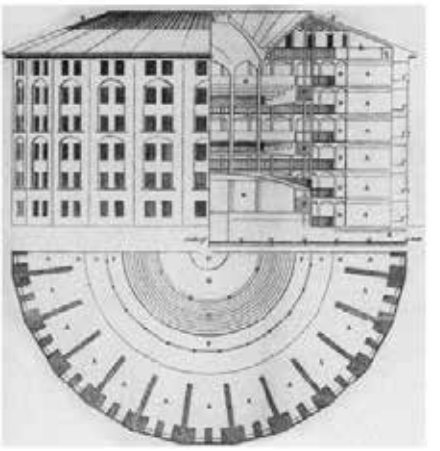
A arquitetura do panóptico fazia com que o encarcerado tivesse a sensação de estar sendo vigiado a todo tempo, sendo controlado pelo Estado e trazendo uma tranquilidade para a população.

Segundo Werrentt*:*

> A arquitetura da maioria das igrejas ortodoxas está baseada num padrão formulado no século IX: ela é construída de uma cruz, situada no interior de um quadrado, culminando em uma cúpula. A cúpula é uma característica central. Do mesmo modo que a igreja constitui uma extensão da Encarnação, assim também a cúpula simboliza "o paraíso terrestre no qual Deus celeste habita e se movimenta" (WERRETT, 2000, p. 176).

Ou seja, o panóptico foi criado como uma forma de o prisioneiro sentir como se estivesse em uma vigilância constante, que é um meio de controle.

Figura 1 - O Novo Panóptico Russo: A Vigilância na Rússia do Século XVIII



Fonte: Ramos (2014).

Segundo Michel Foucault:

> Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três funções - trancar, privar de luz e esconder - só se conserva a primeira e se suprimem as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha.
>
> Daí o efeito mais importante do panóptico: induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder (FOUCAULT, 2013, p. 190).

Para o filósofo francês mesmo o panóptico não alcançando seus objetivos, o mesmo não se pode dizer acerca da privação de liberdade, uma vez que a sociedade se mostrava preocupada apenas com o castigo corporal, mas não buscava entender a prática delitiva como um fenômeno social.

Segundo Fábio **D'Elia, o surgimento do sistema penitenciário americano ocorreu no desenlace do** século XVIII e início do século XIX na Filadélfia, estado da Pensilvânia, por William Penn. Nesse contexto, o preso estava num sistema de reclusão total da sociedade, bem como submetido a trabalhos forçados, inclusive isolado de outros presos, já com relação ao repouso, servia para o labor e exercícios (DI SANTIS, ENGBRUCH, D'ELIA, 2012, p. 8).

Para Michel Foucault (2013), o isolamento total proposto nesse sistema penitenciário não objetiva a sua requalificação:

> No isolamento absoluto - como na Filadélfia - não se pede a requalificação do criminoso ao exercício de uma lei comum, mas à relação do indivíduo com sua própria consciência e com aquilo que pode iluminá-lo de dentro (FOUCAULT, 2013, p. 224).

Infere-se que o importante nesse sistema é a moralidade e não a atitude de ressocializar, sendo o preso "forçado" a ouvir a sua consciência. Usando as palavras de Fernanda Oliveira: "De tal modo, podemos concluir que no regime adotado na Filadélfia, as únicas operações da correção do indivíduo foram a consciência e a arquitetura que isolava o indivíduo de todo contato com outro ser humano." (OLIVEIRA, 2007, p. 5).

O modelo penitenciário americano, que surgiu na cidade de Auburn, Condado de Cayuga, estado de Nova Iorque, segundo Fernanda Oliveira: "surgiu em 1821, na prisão de Auburn, daí o seu nome" (OLIVEIRA, 2007, p. 5).

O sistema adotado em Auburn tinha uma certa similaridade com o da Filadélfia, entretanto, tem como diferença que o isolamento seria apenas no período noturno. Com relação às refeições e aos trabalhos coletivos, os presos tinham contato visual, mas não podiam se comunicar, trocar olhares e a vigilância era total.

O trabalho era visto como um fator ressocializador, tendo que ser absoluto e imposto de qualquer forma, mesmo que para isso precisasse utilizar o chicote. Era o que se convencionou por "trabalho forçado", mesmo que o preso se recusasse ou não tivesse aptidão física ou técnica para o desempenho da atividade laboral, deveria trabalhar para demonstrar para a sociedade o seu arrependimento e era uma forma de o Estado diminuir o dispêndio com o seu período no cárcere.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Michel Foucault acerca do sistema de Auburn:

> O modelo de Auburn prescreve a cela individual durante a noite, o trabalho e as refeições em comum, mas, sob a regra do silêncio absoluto, os detentos só podendo falar com os guardas, com a permissão destes em voz baixa. Referência clara tomada ao modelo monástico; referência também tomada à disciplina de oficina. A prisão deve ser um microcosmo de uma sociedade perfeita onde os indivíduos estão isolados em sua existência moral, mas onde sua reunião se efetua num enquadramento hierárquico estrito, sem relacionamento lateral, só se podendo fazer comunicação no sentido vertical. Vantagem do sistema auburniano segundo seus partidários: é uma repetição da própria sociedade. A coação é assegurada por meios materiais, mas sobretudo por uma regra que se tem que aprender a respeitar e é garantida por uma vigilância e punições. Mais que manter os condenados "a sete chaves como uma fera em sua jaula", deve-se associá-los aos outros, "fazê-los participar em comum de exercícios úteis, obrigá-los em comum a bons hábitos, prevenindo o contágio moral por uma vigilância ativa, e mantendo

> o recolhimento pela regra do silêncio". Esta regra habitua o detento a "considerar a lei como um preceito sagrado cuja infração acarreta um mal justo e legítimo". Assim esse jogo do isolamento, da reunião sem comunicação, e da lei garantida por um controle ininterrupto, deve requalificar o criminoso como individuo social: ele o treina para uma "atividade útil e resignada"; devolve-lhe "hábitos de sociabilidade" (FOUCAULT, 2013, p. 224).

O sistema prisional adotado em Auburn tinha como foco central o trabalho forçado, sem os presos terem contato físico durante as refeições e até mesmo nos trabalhos coletivos, primando sempre pelo silêncio e pela vigilância total, mantendo-se, sobretudo, o "respeito à hierarquia", pois só podiam se comunicar com os guardas e quando esses permitiam, evitando-se, assim, a distração e as possibilidades de fugas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual sociedade americana é o reflexo da construção histórica que se iniciou com os sistemas alburniano e pensilvaniano, que sofreram fortes influências das ideias do panóptico, que resultam numa sociedade encarceradora, sem qualquer tolerância a delitos mesmo que esses sejam de menor potencial ofensivo, trazendo números expressivos da massa carcerária norte-americana e que servirá de influência para outros países do mundo.

Dificilmente observaremos mudanças na mentalidade dos governantes dos Estados Unidos, até porque a população desse país não está preocupada em compreender os motivos que levam as pessoas ao cárcere, não se aprofundam em questões sociais, corroborando com os ensinamentos de Michael Foucault que o exemplo a ser dado é do castigo corporal.

Quando um país não relaciona o crescimento da sua massa carcerária aos fenômenos sociológicos, a sua política criminal se mostra ineficiente, produzindo dessa forma uma sociedade deprimida.

REFERÊNCIAS

DI SANTIS, Bruno Morais; ENGBRUCH, Werner; D'ELIA, Fábio Suardi. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária

do Estado de São Paulo. **Revista Liberdades**, n. 11, set-dez. 2012. Disponível em: https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php?file=%-2F174595%2Fmod_resource%2Fcontent%2F1%2F1.%20A%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20hist%C3%B3rica%20do%20sistema%20prisional%20e%20a%20Penitenci%C3%A1ria%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41 ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

OLIVEIRA, Fernanda Amaral de. Os modelos penitenciários no século XIX. **Revista Virtú – ICH**. 2010. Disponível em: https://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-6-a-1.pdf. Acesso em: 19 out. 2020.

WERRETT, Simon. Potemkim e o Panóptico: Samuel Bentham e a arquitetura do absolutismo na Rússia do século XVIII. *In*: BENTHAM, Jeremy; TADEU, Tomaz (org.). **O panóptico**. 2. ed. Autêntica: Minas Gerais, 2000.

PROTEÇÃO DE DADOS NA PERSECUÇÃO PENAL: UM DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

João Paulo Machado Piratelli[131]
Raissa de Cavassin Milanezi[132]
Rebecca Natascha de Cavassin Milanezi[133]

INTRODUÇÃO

A afirmação feita pelo matemático Clive Humby no sentido de que "*dados são o novo petróleo"* passou a ser repetida no mundo coorporativo, dado o valor econômico intrínseco que possuem. Em atenção ao fato de que dados são extremamente relevantes para o mercado de consumo, diversos países já editaram legislações específicas atinentes à proteção de da-

131 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduado em Sistema de Justiça Criminal e em Direito Notarial e Registral. Assessor Jurídico no Ministério Público Federal.

132 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduada em Ciências Criminais. Pós-graduanda em Direito, Tecnologia, Inovação com ênfase em Proteção de Dados. Membra do Observatório Social da UFPR, NECCRIM-FAE e da ANACRIM. Advogada no Escritório Cavassin Milanezi.

133 Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduada em Direito Administrativo. Técnica Judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

dos, mormente porque o mundo digital é onipresente (SARLET, 2021, p. 14) e tem reflexos nas mais variadas esferas da vida.

É de conhecimento público que no Brasil e no mundo crescem exponencialmente os casos de vazamento ou mesmo de sequestro de dados. Convém destacar que no começo do ano de 2021, por exemplo, milhares de dados de consumidores brasileiros foram vazados na rede mundial de computadores, tais como renda salarial, hábitos de consumo etc.

Além desse episódio, há incontáveis outros, como o vazamento de dados do *Facebook* em favor da empresa Cambridge Analytica, que teriam sido utilizados para influenciar nas eleições norte-americanas no ano de 2016.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei Federal n.º 13.709/2018, instituiu um novo cenário de proteção de dados e vetou a utilização destes com finalidade discriminatória, abusiva ou ilícita.

Contudo, a referida legislação excluiu a sua aplicação para tratamento de dados pessoais realizados para fins de segurança pública e/ou em proveito das investigações criminais, de modo que, atualmente, o Brasil não possui legislação específica sobre proteção de dados em âmbito penal.

Em razão da LGPD vigente ter excluído sua aplicação para matéria criminal (art. 4º, inciso III, Lei n.º 13.709/2018), a Câmara dos Deputados na presidência de Rodrigo Maia designou uma Comissão de Juristas para elaborar anteprojeto de legislação específica para o tratamento de dados pessoais no âmbito de segurança pública, investigações penais e repressão de infrações penais, nos termos do art. 4º, inciso III, a e d, da Lei Federal nº. 13.709/2018.

Assim, o presente trabalho busca analisar o estado da arte relativo à Proteção de Dados em âmbito Penal e verificar quais os instrumentos aplicáveis na mencionada seara, visto que, de acordo com Sarlet (2021, p. 12), a proteção de dados constitui um direito fundamental implícito previsto na Constituição Federal de 1988, cuja importância aumenta constantemente, por conta do avanço tecnológico e da imensidão de dados produzidos diariamente.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A União Europeia reconheceu como direito fundamental autônomo a proteção de dados pessoais e a Lei Geral de Proteção de Dados fez o

mesmo no Brasil. Anota-se, contudo, que não somente os dados armazenados em Bancos particulares ou de consumidores devem ser protegidos, vez que também cabe ao Estado a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade dos dados que estão sob tutela estatal, inclusive quando a proteção envolve dados da população carcerária.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não teve a oportunidade de analisar especificamente a questão da proteção de dados em âmbito penal, mas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a sua Relatoria Especial para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (REDESCA) já se manifestaram, por meio de comunicado de imprensa, acerca da proteção de dados pessoais frente à pandemia da COVID-19.

Por sua vez, a União Europeia, por intermédio do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, se manifestou sobre proteção de dados genéticos em alguns casos, como por exemplo, os casos *S. and Marper v. The United Kingdom* e *Van der Velden v. The Netherlands*.

Em sentido contrário da previsão havida no artigo 4º, inciso III, da Lei Federal n.º 13.709/2018, alguns estudiosos afirmam que a LGPD em vigor deveria ter regulamentado a proteção de dados em matéria penal, já que existe previsão expressa no artigo 33, inciso III, do referido diploma legal, instituindo a possibilidade de transferência de dados por ocasião de cooperação internacional entre órgãos públicos de inteligência, investigação e persecução.

Para outros estudiosos, se faz necessário regulamentar a proteção de dados em legislação específica. Em parecer, o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS RIO) indicou até mesmo que a Comissão do anteprojeto fez bem ao iniciar a regulamentação protecionista tão somente em relação a dados de segurança pública, de atividades de investigação e repressão de infrações penais, eis que tais atividades são bem diferentes das matérias de defesa nacional e segurança do Estado.

Independente das críticas e ponderações feitas ao anteprojeto LGPD Penal, no Brasil inexiste "previsão expressa de direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais na CF, nada obstante a tramitação, no Congresso Nacional, de uma proposta de emenda à constituição (PEC nº 17/2019), com tal objetivo." (SARLET, 2021, p. 15)

De acordo com Sarlet (2021, p. 15), a Constituição Federal de 1988 contemplou o sigilo das comunicações de dados (artigo 5º, inciso XIII),

mas, assim como em outras constituições pelo mundo, o direito à proteção de dados pessoais não fora positivamente estabelecido, entretanto, em uma leitura sistemática do texto constitucional, é possível observar que a Carta Magna consagrou de maneira implícita a proteção de dados pessoais.

Ainda de acordo com um dos membros da Comissão do anteprojeto de LGPD Penal, "levar a sério a proteção de dados pessoais é sempre também render homenagem à dignidade da pessoa humana, ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade pessoal como autodeterminação." (SARLET, 2021, p. 44).

METODOLOGIA

A metodologia utilizada para verificar a proposição ora indicada consistirá na análise de documentos impressos e digitais, tais como, revistas, artigos, teses, dissertações, jurisprudência constitucional e correlatos. Para filtrar os artigos mais relevantes em relação a temática em tela, a pesquisa será realizada em buscadores com os seguintes descritores: "LGPD-Penal", "Proteção de Dados em Âmbito Penal" e "Autodeterminação Informativa".

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados das pesquisas apontam para a necessidade de proteção de dados em âmbito penal. Para alguns a LGPD em vigor perdeu a oportunidade de regulamentar a matéria mencionada. Para outros é necessária a regulamentação específica da proteção de dados na seara penal.

Independentemente da regulamentação via legislação infraconstitucional, a proteção de dados constitui um direito implicitamente positivado (SARLET, 2021, p. 15) e pensar em proteção de dados é efetivar no mundo dos fatos a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÕES

A LGPD excluiu sua aplicação para âmbito penal, mas a Constituição Federal reconhece como um direito implicitamente positivado o direito à proteção de dados pessoais.

Existe uma proposta de emenda à Constituição (PEC nº 17/2019) para reconhecer expressamente a proteção de dados, bem como um anteprojeto de Lei Geral de Proteção de Dados em âmbito Penal e isso é salutar para o desenvolvimento humano, pois se faz necessária a proteção da população carcerária e daqueles que respondem processos criminais frente a um mundo de vigilância exacerbada, em que se sabe para "onde vamos, com quem falamos, que livros lemos, que filmes e peças de teatros assistimos, com que banco operamos [...]" (ZAFFARONI, 2013, p. 269).

Nesse sentido, a proteção de dados é apenas uma das faces de um processo penal justo e que respeite todos os direitos conquistados ao longo da secularização. Portanto, é imperiosa uma legislação que proteja os dados colhidos na e para persecução penal, principalmente porque a legislação penal extravagante prevê a coleta de dados extremamente sensíveis, tais como dados de íris, face, voz e DNA, os quais se utilizados indevidamente podem conduzir a arbitrariedades.

Os estudos desenvolvidos até o presente momento tecem críticas ao anteprojeto lei de LGPD Penal. Todavia, parte da comunidade jurídica já considera um grande avanço o desenvolvimento do anteprojeto por juristas renomados, dentre os quais se incluiu, por exemplo, Danilo Doneda, Davi Tangerino, Heloísa Estelita e Ingo Sarlet.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**, 2018.

LEMOS, Alessandra *et al.* Comentários ao Anteprojeto da Lei de Proteção de Dados para a Segurança Pública: Tecnologia de Reconhecimento Facial. **ITS Rio.** Disponível em: https://itsrio.org/pt/publicacoes/comentarios-ao-anteprojeto-de-lei-de-protecao-de-dados-para-a-seguranca-publica/. Acesso em: 19 jun. 2021.

QUINTIERE, Víctor Minervino. Questões controversas envolvendo a tutela jurisdicional penal e as novas tecnologias à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) Brasileira: Dataveillance. **Revista**

ESMAT. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/290/246. Acesso em: 08 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Privacy and Data Protection Magazine**, Lisboa, n. 1, p. 12-49, 2021. Disponível em: https://www.europeia.pt/content/files/pdpm_04_06_02.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **A questao Criminal: la palavra de los muertos.** Rio de Janeiro: Revan, 2013.

SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO NO CPC/73 E CPC/15 E A FLEXIBILIDADE NA SUA REALIZAÇÃO

Ramayan Basto Lima [134]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe a tratar do tema Saneamento e da Organização do Processo, bem como as mudanças que o instituto sofreu em relação ao CPC/1973, e o que novo CPC trouxe no tocante a flexibilidade na sua realização. Instituto este que é sensivelmente melhorada, se comparada com a regra do CPC/73, onde já se desenhava notável redação, e com a vinda do CPC/15 faz-se presente com ainda maior intensidade.

Deste modo, abordar sobre este tema é algo importante, visto que é contemporâneo, e faz-se necessário compreendermos como este se situa dentro do ordenamento jurídico.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Se não for o caso de nenhuma das proposições estipuladas no CAPÍTULO X, deverá o magistrado proferir urna decisão de saneamento e organização do processo art. 357, CPC. (BRASIL,2015). Esta decisão é de extrema importância, uma vez que ela influencia a questão organizacional do processo, que por sua vez quanto mais organizado

134 Estudante de direito, 7° semestre, centro universitário UNIFG.

interfere na duração razoável do processo e na proteção ao contraditório. (DIDIER JR,2019).

O saneamento e a organização do processo como é conhecido atualmente tem sua origem do denominado "despacho saneador", que consiste na decisão proferida após a fase postulatória, onde o juiz examinando a legitimidade da relação processual nega ou admite a continuação do processo, dispondo caso necessário sobre a correção de vícios sanáveis. (MARTTA,2019).

METODOLOGIA

O método que pretende aqui utilizar é a pesquisa bibliográfica, necessária para a condução de qualquer pesquisa científica. Uma pesquisa bibliografa procura explicar e discutir um assunto, tema ou problema com base em referências publicadas em livros, periódicos, revistas etc. Esta busca conhecer, analisar e explicar contribuições sobre determinado assunto, realizando-se comparação de várias posições sobre um tema ou problema, deixando o autor repleto de informações sobre determinado assunto. (SOARES, PICOLLI, CASAGRANDE,2018).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O saneamento e organização do processo no código de processo civil de 1973. Percebe-se que ao longo da evolução processual as preocupações doutrinárias se voltam sempre para proporcionar uma melhor eficácia da solução de conflitos. O grande marco do processo fez o sistemas processuais mudarem, pois trouxe novas concepções de utilidade dos procedimentos processuais.

Previsto no art. 331 do CPC/73, o saneamento do processo teve a sua primeira nomenclatura denominada "Do despacho saneador", nomenclatura esta que é vista pela doutrina como errada. De modo que o dispositivo não é despacho e nem algo que saneia. Este trata-se uma decisão interlocutória, pois o ato judicial em questão tem conteúdo decisório. (MARCACINI,2016).

Ademais, a Lei 5.925/73 que retifica dispositivos da Lei nº 5.869/73 foi editada ainda durante período de vacatio legis do CPC, vindo a aban-

donar a expressão "despacho saneador", e passou a usar "Do saneamento do processo" (SICA, 2016). E adiante, em 2002, a Lei 10.444/2002 extinguia o termo "Do saneamento do processo" e passava a utilizar a redação "Da Audiência Preliminar ", esta ficou em definitivo até a vigência do CPC/73.

O saneamento do processo ocupava o art. 331, Seção III do CPC/73 e, procurando incentivar a autocomposição dos litígios, instituiu a audiência preliminar, através da Lei 8.952/1994, em que se tentaria a conciliação das partes. Caso a audiência não tivesse sido realizada ou a conciliação tivesse sido frustrada, haveria subsequentemente a oportunidade de saneamento do processo. (POMJÉ,2019).

Em 2002, o artigo 331 foi modificado. A Lei nº 10.444/02 acrescentou mais um parágrafo ao artigo. Elegendo o legislador como o objetivo principal a tentativa de conciliar as partes e passando o saneamento a não ser mais o objeto da audiência preliminar (MARTTA,2019). Isso porque a audiência preliminar foi excluída em processos que envolvam direitos que não admitam transação e quando as circunstâncias da causa indiquem remotas as chances de conciliação. (SICA,2016).

Deste modo, a realização de tal audiência foi muito reduzida e por maioria das vezes realizada de forma terceirizada para os servidores do Poder Judiciário. (MARTTA,2019). Por fim, Camila Victorazzi traz que a eficiência processual entrou expressamente no CPC/15 e com ele que se pretende fazer renascer o instituto do saneamento processual.

Em se tratando do CPC/15 bastante coisa mudou, uma mudança clara e simples, mas que esclarece e organiza os dispositivos e as ideias, foi a criação de uma seção própria para o "Saneamento e da Organização do Processo", composta de um único artigo, mas que contém vasta matéria a ser observada. A Lei 13.105 que promulga o novo CPC situou agora no Capítulo X, Seção IV o denominado "Do Saneamento e da Organização do Processo", de modo que não sendo caso de extinção do processo (art. 354), de julgamento antecipado do mérito (art. 355), ou de julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356), deverá o juiz proferir urna decisão de saneamento e organização do processo (art. 357) (BRASIL, 2015).

Quanto a sua nomenclatura, Marcacini sustenta que o nome dado ao dispositivo não é muito preciso, pois saneamento é uma atividade que antecede essa decisão. Uma vez que a decisão é proferida nos moldes do art.

357, é porque o processo já foi saneado ou válido e regular desde o início, não precisando este de qualquer correção (MARCACINI,2016).

Ademais no contexto de Saneamento e da Organização do Processo, aqui estamos diante de uma situação onde o juízo terá de resolver o litígio, contudo não há elementos probatórios nos autos que lhe permitam fazer isso, diante disto este terá de preparar o processo para a atividade instrutória (DIDIER JR,2019).

Importante dizer que o CPC/15 estabeleceu a ideia de processo participativo e democrático, mantendo o legislador a decisão de saneamento no ordenamento processual mais agregadora no sentido de organização processual. Deste modo, cabe ao operadores do direito buscar a efetivação dessa etapa, rememorando os juízes através de requerimentos sobre a referida decisão. Não podendo o juiz se negar a fazê-la. Pois sujeitar-se-á à violação do devido processo legal (MARTTA,2019).

Por fim, o art. 357 vem para recuperar o material perdido do CPC/1973, este surge para revolucionar o tratamento da matéria do Saneamento. Sendo bem executada é capaz de permitir a economia processual e celeridade, uma vez que evita discussões desnecessárias. Além disso, traz as partes ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Em se tratando de flexibilidade, o novo CPC traz O §2º do art. 357, que se trata do acordo de organização do processo, este dispositivo possibilita as partes chegarem a um acordo sobre como conduzir a fase instrutória do processo, ajustando entre si sobre quais fatos a prova recairá, quais serão os meios de prova utilizados para esclarecê-los, quais questões jurídicas são relevantes ao processo (CABRAL e CRAMER.2015).

Neste caso, Didier Jr. aponta que estamos diante de um negócio bilateral, onde as partes chegam a um consenso em torno dos limites do seu dissenso, ademais aponta ele que as partes podem por meio deste acordo agregar ao processo questões até então não deduzidas (DIDIER JR,2019).

Além do dispositivo acima citado existe o §3º do art. 357 que prevê a audiência de saneamento e organização feitos em cooperação com as partes. O §3º impõe ao magistrado a designação de audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito.

Apesar do dispositivo prever que tal audiência só teria lugar nas hipóteses de causas complexas, sustenta Didier Jr. que não há qualquer res-

trição que proíba o juiz a fazê-la em causas que não há complexidade (DIDIER JR,2019). Tal posicionamento não é exclusivo do doutrinador, este posicionamento também foi adotado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, através do Enunciado 298.

Por fim, Cassio Scarpinella elogia tal mecanismo como uma iniciativa louvável quando analisada na perspectiva da cooperação, o que viabilizará uma mais adequada e mais correta percepção das questões fáticas e jurídicas pelo próprio magistrado, a qual o saneamento compartilhado tende a ser mais frutuoso (BUENO,2020).

CONCLUSÕES

Conclui-se que quanto mais bem organizado o processo, com delimitações precisas, longe de controvérsias, é mais fácil evitar provas inúteis ou desnecessárias e, em decorrência disto, maiores as chances de autocomposição, apontando Didier Jr. que estes fatores influenciam na diminuição de interposição de recurso fundado em equívocos na apreciação pelo juiz ou invalidade por ofensa ao contraditório (DIDIER JR,2019). Deste modo, mantendo uma maior celeridade do processo em sua tramitação, de modo a não o prejudicar.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: **introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** - 21. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

MARTTA, Camila Victorazzi. A função do saneamento no processo constitucionalizado. In: **PUCRS, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações**. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8561.Acesso em: 05 mar. 2021.

POMJÉ, Caroline. Decisão de saneamento e organização do processo: evolução e atual configuração. In: **academia.edu**. Disponível em: https://www.academia.edu/39378474/Decis%C3%A3o_de_saneamento_e_organiza%C3%A7%C3%A3o_do_processo_evo-

lu%C3%A7%C3%A3o_e_atual_configura%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: :05 mar. 2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. In: **Google acadêmico**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458283/mod_resource/content/0/sica%2c%20heitor.%20a%20evolu%c3%a7%c3%a3o%20legislativa%20da%20fase%20de%20saneamento%20e%20organiza%c3%a7%c3%a3o%20do%20processo.pdf.Acesso em: :05 mar. 2021.

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: LIMITES E SEGURANÇA JURÍDICA

Liane Isoldi Linhares[135]

INTRODUÇÃO

A opção legislativa de privilegiar a autonomia da vontade das partes, conferindo ao diploma processual civil vigente um modelo cooperativo em todas as manifestações do processo, consagra o negócio jurídico processual.

Desta forma, prevê o diploma processual civil a interação das partes na construção de um modelo procedimental adequado ao caso concreto. Permitindo a flexibilização de um procedimento que atenda às necessidades das partes. Trata-se de relevante inovação, pois autorizada a prática de atos de forma diversa da previsão legal impõe-se uma nova dinâmica à marcha processual, impactando na redução do tempo de tramitação.

Conforme a classificação doutrinária, os negócios jurídicos processuais podem ser divididos em típicos e atípicos. Por negócios jurídicos processuais típicos entende-se aqueles previsto em lei e que não representam novidade, posto que se encontravam previstos no diploma processual civil, revogado de 1973.

135 Mestre PPGD-UNESA (2013), Especialista em Direito Processual Civil pela UNESA, Bacharel em Direito pela UFRJ (1985), Professora da Faculdade Internacional Signorelli, Professora dos cursos de Pós-Graduação da UCAM.

O presente trabalho tem a pretensão de apresentar breves reflexões e recentes discussões sobre os negócios jurídicos processuais atípicos, abordando seus requisitos e o alcance das convenções firmadas pelas partes.

Com previsão no artigo 190 do CPC vigente, denominado pela doutrina como "cláusula geral do negócio processual", o dispositivo em comento impõe requisitos para garantia da validade dos referidos negócios jurídicos processuais: a capacidade das partes e direitos que admitam autocomposição. Dispõe ainda sobre a limitação do objeto das convenções quando menciona que podem as partes "convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo".

Da leitura do dispositivo é possível entender que não será admitido as partes adentrar nas posições processuais do juiz. No entanto, a discussão sobre a limitação dos temas submetidos aos negócios processuais está distante de ser pacífica e tem ocupado os debates da doutrina e dos tribunais. O tema desafia a ponderação entre a autonomia da vontade das partes no âmbito do direito privado, reconhecidamente muito mais amplo, e a autonomia da vontade das partes para convencionarem negócios jurídicos processuais atípicos no âmbito do processo.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Sobre o negócio jurídico processual, conceitua Nogueira, como "o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais".

No mesmo sentido, Alexandre Câmara, em comentários ao art. 190 do CPC, afirma que "trata-se da genérica afirmação da possibilidade de que as partes, dentro de certos limites estabelecidos pela própria lei, celebrem negócios através dos quais dispõem de suas posições processuais."

Em complemento aos entendimentos anteriores soma-se a doutrina de Theodoro Júnior relacionando os negócios processuais atípicos com o princípio da cooperação previsto no atual diploma processual civil, de forma que o referido princípio deve "nortear a conduta das partes e do próprio juiz, com o objetivo de, mediante esforço comum, solucionar o litígio, alcançando uma decisão justa.".

Em referência a flexibilização do procedimento, Marcelo Dias Ponte destaca a importância da previsão legal, quando afirma que "a natureza da demanda pode exigir a acolhida de tutelas processuais peculiares, bem como a prática de atos processuais específicos, cuja forma e tempo não possuem antecedentes normativos dentro da legislação".

METODOLOGIA

Para a exposição do tema optou-se pelo método dedutivo com REFERÊNCIAS de pesquisas em legislação específica, livros e artigos científicos que abordem o instituto. Com o objetivo de identificar os modos como a doutrina e a jurisprudência tem interpretado e aplicado o instituto em nosso sistema jurídico.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A temática da limitação do alcance do negócio jurídico processual atípico, exposta no presente trabalho, é questão atual e relevante, considerando a inexistência de previsão expressa de um elenco de questões que poderiam ser submetidas à autonomia das partes e a ausência de um posicionamento jurisprudencial.

Controvertem os doutrinadores, acerca do alcance da autonomia da vontade das partes na aplicação referido instituto diante da possível violação dos princípios do devido processo legal e segurança jurídica.

Estabelecer um procedimento por meio de um negócio processual atípico que seja apto a garantir simultaneamente a autonomia da vontade, o exercício da cooperação e a observância dos princípios constitucionais parece ser o grande desafio.

A ocorrência de uma desorganização procedimental que ponha em risco a validade das convenções é apontada na doutrina como uma possibilidade real, incidindo sobre a previsibilidade dos atos e suas consequências e violando, assim, o princípio da segurança jurídica.

Confrontando o argumento, encontramos posicionamentos que justificam a singularização dos procedimentos como medida adequada para descartar atos desnecessários no processo, além de consubstanciar a essência da participação das partes na decisão judicial. Destacando

ainda que o controle judicial se faz presente exatamente para coibir possíveis violações.

Ilustrando o debate quanto à dificuldade do tema em foco, nas palavras de Daniel Amorim: "enunciados que tratem da vedação a acordo que viole norma fundamental do processo podem impressionar, mas a materialização desse enunciado não é fácil, até porque se formos leva-lo ao pé da letra, aparentemente inúmeros acordos que parecem legítimos e válidos serão obstados em respeito às normas fundamentais."

Nos tribunais a questão tem ensejado debates, como no recente julgamento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1810444/SP, da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, na decisão de decretação da nulidade de convenção firmada em contrato de compra e venda. Conforme acordo entre as partes, a empresa credora estaria autorizada a obter o bloqueio dos ativos financeiros da parte devedora, sem que esta fosse ouvida e sem a necessidade de prestação de garantia.

> A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que, no negócio jurídico processual, não é possível às partes convencionar sobre ato processual regido por norma de ordem pública, cuja aplicação é obrigatória. O colegiado reforçou que a liberdade negocial trazida pelo artigo 190 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 está sempre condicionada ao respeito à dignidade da pessoa humana e às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

Pelas razões expostas, constata-se a importância de estudos e discussões sobre o tema para melhor compreensão e o aprimoramento do instituto. A inovação trazida pelo legislador estabelece um novo paradigma de valorização da autonomia da vontade das partes permitindo a flexibilização dos procedimentos e a adequação dos atos praticados no processo para garantia de efetividade e segurança jurídica.

Vivenciamos a democratização do processo, aos envolvidos no conflito, sendo permitida a intervenção e a efetiva participação na construção de uma decisão adequada aos seus interesses. Contudo, não se pode des-

considerar que as referidas convenções estão sujeitas a limites quanto às garantias processuais constitucionais, e incumbe ao órgão julgador essa fiscalização.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** / Alexandre Freitas Câmara. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova.** In: Revista dos Tribunais *on-line*. V. 241, 15 mar 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. **Negócio jurídico processual e flexibilização do procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil.** In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 16, jul-dez. 2015. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19968/14311

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Negócio jurídico processual não pode dispor sobre ato regido por norma de ordem pública.** https://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/comunicacao/noticias/25022021-negocio-juridico-processual-nao-pode-dispor-sobre-ato-regido-por-norma-de-ordem-publica.aspx

THEODORO, Júnior Humberto. **Teoria geral do processo civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** V. 1. 58. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

ELEMENTOS JURÍDICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Daniel Machado Gomes, Rogerio Borba da Silva,
Telson Pires, Thiago Rodrigues Pereira (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m2
Impresso na gráfica Trio Studio
Novembro de 2021