

REVISTA DE  
**DIREITO**  
DA DEFENSORIA PÚBLICA DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

27



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



**CEJUR**  
Centro de Estudos Jurídicos  
Defensoria Pública - RJ

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

# REVISTA DE DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

27



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

 **CEJUR**  
Centro de Estudos Jurídicos  
Defensoria Pública • RJ

## **Edição**

Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (CEJUR)  
Avenida Marechal Câmara, nº 314, 3º andar, Centro, Rio de Janeiro-RJ, CEP 20.020-080

## **Equipe CEJUR**

José Augusto Garcia de Sousa – Diretor Geral  
Adriana Silva de Britto – Diretora de Capacitação  
Adriano Esposito Monteiro – Colaborador  
Antonio Gonçalves – Assistente (Biblioteca)  
Gerlaine da Rocha Braga – Bibliotecária  
Leandra Bernardina da Silva Vieira – Assistente (Biblioteca)  
Luciana Tubino Morand – Técnica Média  
Michele Cristina Soares Silveira – Técnica Média  
Mirnilza Maria Biba Mariano – Bibliotecária  
Pedro Ferreira – Assistente (Biblioteca)  
Raíssa de Araujo Teixeira – Assistente  
Roberta Bacha de Almeida – Técnica Superior

Os conceitos e opiniões emitidos nos trabalhos que se seguem  
são da inteira responsabilidade dos seus autores

Impresso no Brasil

## **CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)**

Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal

Revista de Direito da Defensoria Pública

Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro – v. 26, n. 27 (dezembro) –  
Rio de Janeiro: DPGE-RJ, 2017.

564 p.

Irregular

Esta edição abrange o período de 2017

A revista também está disponível on-line

ISSN. 1981-1950

1. Direito – Periódico. I. Rio de Janeiro (Estado). Defensoria Pública

CDDir: 340.5

## CONSELHO EDITORIAL

Ana Paula de Barcellos

*Professora de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça*

Carolina Dzimidas Haber

*Diretora de Estudos e Pesquisa de Acesso à Justiça da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*

Daniel Antônio de Moraes Sarmento

*Professor de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

*Professor de Direito Processual Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*

Maria Tereza Sadek

*Professora da Universidade de São Paulo (USP)*

Cinthia Rodrigues de Menescal Palhares

*Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro (indicada pela ADPERJ)*

Cintia Regina Guedes

*Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro*

Cleber Francisco Alves

*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

Denis Andrade Sampaio Júnior

*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

Elisa Costa Cruz

*Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro*

Franklyn Roger Alves Silva

*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

Gustavo Augusto Soares Reis  
*Defensor Público no Estado de São Paulo*

Jairo de Moraes Barreto  
*Servidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*

José Aurélio de Araújo  
*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro (indicado pela ADPERJ)*

Luiz Paulo Vieira de Carvalho  
*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato  
*Defensora Pública no Estado do Rio de Janeiro*

Marina Wanderley Vilar de Carvalho  
*Servidora da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*

Renan Vinícius Sotto Mayor  
*Defensor Público Federal*

Tiago Abud da Fonseca  
*Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

# DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

André Luiz Machado de Castro

*Defensor Público Geral do Estado*

Denis de Oliveira Praça

*1º Subdefensor Público Geral do Estado*

Rodrigo Baptista Pacheco

*2º Subdefensor Público Geral do Estado*

Paloma Araújo Lamego

*Chefe de Gabinete*

Eliane Maria Barreiros Aina

*Corregedora Geral*

Lincoln Cesar de Queiroz Lamellas

*Subcorregedor Geral*

Marcia Cristina Carvalho Fernandes

*Secretária Geral*

Pedro Daniel Strozenberg

*Ouvíador Geral*

Odin Bonifácio Machado

*Subouvíador Geral*



# Sumário

Apresentação .....	11
<b>DOUTRINA</b> .....	13
<b>Institucional</b> .....	15
A inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública e o interesse público institucional .....	17
<i>Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva</i>	
O protagonismo da Defensoria Pública na proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo .....	51
<i>Fábio Schwartz</i>	
Para além das Varas de Fazenda Pública: a importância social da atuação extrajudicial da Defensoria Pública na área fiscal.....	71
<i>Guilherme de Lara Picinni</i>	
Legitimidade institucional e a nomeação judicial do Defensor Público como curador especial .....	87
<i>Maurilio Casas Maia e Pedro González Montes de Oliveira</i>	
<b>Direitos Humanos/Fundamentais</b> .....	105
O direito ao esquecimento e a (im)possibilidade de reconstrução da história.....	107
<i>Ana Carolina Marinho de Moraes</i>	
Trinta anos da Constituição de 1988 e dignidade humana: algo mudou para os pre- sos? .....	125
<i>Ana Paula de Barcellos</i>	
Direito ao justo: a contemporaneidade dos direitos fundamentais.....	151
<i>Carla Fernandes de Oliveira</i>	
Indulto e delitos hediondos. Uma análise a partir dos tratados de direitos humanos.....	167
<i>Gabriel Albernaz da Conceição</i>	
O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri .....	191
<i>Renata Tavares da Costa</i>	

## **Direito das pessoas em condição de vulnerabilidade.....215**

- Mulher em situação de violência doméstica:  
refletindo sobre a construção de sua subjetividade.....217  
*Aline Daniele Hoepers*

- A Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência –  
e o direito fundamental à acessibilidade.....229  
*Gustavo Luiz de Sousa Bezerra*

- A suspensão e a perda do poder familiar: dobra punitiva do Estado.....239  
*Mariana Gomes dos Santos*

- A convivência familiar como direito fundamental das mães  
em situação de rua, usuárias de drogas ou não, e seus filhos.....269  
*Taís Soares Vieira*

## **Civil, Consumidor e Processo Civil.....291**

- Marco civil da internet: avanço ou retrocesso?  
A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro .....293  
*Anderson Schreiber*

- A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova  
no novo Código de Processo Civil brasileiro .....321  
*Fredie Didier Jr.*

- O risco mora entre linhas, cores e adornos corporais...  
e é pouco conhecido pelo consumidor .....345  
*Gabriela Reis Paiva Monteiro*

- Da necessária despatrimonialização da reparação dos danos morais.....359  
*Pedro González Montes de Oliveira*

## **Penal, Processo Penal e Execução Penal.....379**

- A execução provisória da pena e o princípio constitucional da presunção  
de inocência: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292....381  
*Bruna de Paiva Canesin*

- A (in)execução penal: o dilema da apreciação da progressão de regime  
no estado do Rio de Janeiro .....397  
*Cesar Henrique Ferreira Lima e Ketlyn Chaves de Souza*

- A legitimação da defesa para requerer a interceptação telefônica.  
Um avanço ao método do contraditório no projeto de reforma do CPP .....413  
*Denis Sampaio*

Devolução em dobro do tempo ilegalmente preso: uma solução para diversos abusos .....	433
<i>José Roberto Sotero de Mello Porto</i>	
Absolvição do réu ou cassação da sentença: a ordem de apreciação e de exposição das matérias em sede de apelação no processo penal.....	453
<i>William Akerman Gomes</i>	
<b>PEÇAS PROCESSUAIS .....</b>	<b>477</b>
Representação de inconstitucionalidade da Lei nº 5.165/2015 do Município de Volta Redonda, que veda a implantação da “ideologia de gênero” nos estabelecimentos de ensino municipais .....	479
<i>André Luís Machado de Castro e Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DP/RJ – NUDEDH</i>	
Petição inicial da ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública em defesa dos aposentados e pensionistas que tiveram, por decreto do governador, o pagamento de seus benefícios previdenciários referentes ao mês de março/2016 postergados para o mês de maio/2016 .....	519
<i>Daniel Lozoya Constant Lopes, Elisa Costa Cruz, Fábio Amado de Souza Barreto, José Aurélio de Araújo, Lívia Miranda Müller Drumond Casseres e Samantha Monteiro de Oliveira</i>	
Apelação contra sentença extintiva em ação de embargos de terceiros: violação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada em desfavor da Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã e proteção constitucional da cultura quilombola .....	535
<i>Daniel Lozoya Constant Lopes, Fábio Amado de Souza Barreto, Lívia M. Müller Drumond Casseres, Pedro González Montes de Oliveira e Roberta Fraenkel</i>	
<i>Habeas corpus</i> para combater a ausência de audiência de custódia .....	551
<i>Eduardo Januário Newton</i>	



# Apresentação

É com grande prazer que faço a apresentação da *Revista de Direito da Defensoria Pública do Rio de Janeiro* nº 27.

Importantes inovações acompanham esta edição.

Em primeiro lugar, o Conselho Editorial da *Revista*, além de renovado, experimentou ampliação, incorporando dois servidores(as) da Defensoria Pública e dois defensores(as) indicados pela Associação classista, a ADPERJ.

Para a avaliação dos trabalhos encaminhados ao Conselho Editorial, passou-se a adotar o sistema “duplo-cego”, penhor de qualidade da publicação. Aliás, não faltaram trabalhos para avaliar. Ao Conselho foram submetidos 48 artigos doutrinários e 6 peças processuais utilizadas em atuações concretas da instituição. Muitos trabalhos foram aprovados, mas não puderam ser selecionados, por absoluta falta de espaço. Ao final desse rigoroso crivo, restaram 18 artigos e 4 peças, aos quais se somaram o trabalho vencedor do *Prêmio Fabiano de Carvalho Oliveira* para estagiários, da autoria de Gustavo Luiz de Sousa Bezerra, e ainda 3 ensaios assinados por juristas convidados a participar, quais sejam, Ana Paula de Barcellos, Anderson Schreiber e Fredie Didier Jr.

E mais. No próprio modo de publicação da *Revista* há novidades. Sem prejuízo do tradicional formato físico, em papel, ela ganha agora uma versão eletrônica e também uma versão em braille (que poderá ser consultada na Biblioteca do Centro de Estudos Jurídicos, a Biblioteca Defensor Público Mário José Bagueira Leal). Em consequência, não haverá mais a necessidade de comprar exemplares da *Revista*. O objetivo é que circule e seja lida da maneira mais ampla possível.

A par das novidades trazidas pela *Revista* nº 27, não se pode deixar de frisar o peculiar contexto em que se insere a sua publicação.

No plano institucional, a Defensoria Pública tem-se afirmado, cada vez mais, como instituição essencial ao sistema de justiça, protagonizando sobretudo a luta pela efetivação dos direitos humanos. Não por acaso, pesquisa recente encomendada pelo Conselho Nacional do Ministério Público apontou a Defensoria, aos olhos da população brasileira, como a instituição mais confiável do sistema de justiça, além de ser avaliada como a mais relevante na proteção de crianças e jovens.

Outro dado importante do contexto vem do âmbito estadual, onde passos largos têm sido dados no sentido de consolidar a autonomia garantida à instituição pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, a *Revista* nº 27 é lançada em meio a uma crise sem precedentes do Estado do Rio de Janeiro, a qual, como costuma acontecer, castiga de forma preferencial o público-alvo da Defensoria Pública, em virtude principalmente da dramática depauperação dos serviços públicos básicos.

Pois bem, tudo isso vai refletir-se no conteúdo da *Revista* nº 27.

Além da exploração de temas jurídicos mais clássicos – e nem por isso menos valiosos –, a *Revista*, em seus sortidos artigos, fala sobre hipervulneráveis no mercado de consumo, mulheres em situação de violência doméstica, pessoas com deficiência, mães em situação de rua e presos com a dignidade e os direitos violados, bem como sobre a aplicação, na ordem interna, de tratados de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana. Em todas essas lutas (e várias outras), o olhar da Defensoria Pública – mesmo que frequentemente contramajoritário – mostra-se cada vez mais influente na comunidade nacional, o que torna bastante oportuno o incremento das nossas reflexões teóricas.

Destaque-se ainda a seção de peças processuais da *Revista* nº 27, espelhando com fidelidade os elementos contextuais há pouco referidos. Nela figuram a defesa de apontados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro, a tutela de comunidade remanescente de quilombo e a luta histórica (que se revelou, como sabemos, bem-sucedida) pela implementação das audiências de custódia. Por último, mas não menos importante, poderá ser consultada, na seção de peças, a petição inicial da primeira representação de inconstitucionalidade intentada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, combatendo com êxito lei do município de Volta Redonda que vedou a “ideologia de gênero” nos estabelecimentos de ensino municipais.

Eis aí, muito resumidamente, a *Revista* nº 27. Uma publicação com toda certeza militante. Como o ar que se respira na Defensoria Pública.

ANDRÉ LUÍS MACHADO DE CASTRO  
Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro

**DOUTRINA**



# Institucional



# A inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública e o interesse público institucional

## The Public Defender's irremovability and institutional public interest

Diogo Esteves<sup>1</sup>  
Franklyn Roger Alves Silva<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo examina a inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública como uma garantia constitucional e como sua aplicação prática tem estreita relação com o interesse público institucional.

**ABSTRACT:** The present article examines public defender's irremovability as a constitutional guarantee and how it is applied in order to relate itself with institutional public interest.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defensoria Pública. Inamovibilidade. Interesse Público.

**KEYWORDS:** Public Defender's Office. Irremovability. Public Interest.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A inamovibilidade como garantia constitucional do regime jurídico da Defensoria Pública – 3. A inamovibilidade e sua aplicação na estrutura institucional: a observância do interesse público – 4. Conclusão – 5. Referências.

### 1. Introdução

A opção pelo modelo de assistência jurídica baseado em um corpo de profissionais integrantes do serviço público (*salaried staff model*), remunerados pelo tesouro público e com atribuições exclusivas para a tutela de necessitados, exige uma engenharia institucional apta a permitir que a atividade seja desempenhada de modo eficiente.

Nossa Constituição, atenta para essa demanda estrutural, foi a que mais deu atenção ao serviço estatal de assistência jurídica integral, corporificando o que hoje conhecemos como Defensoria Pública.

Ao instituir um organismo autônomo, capaz de tutelar os interesses dos necessitados e, ao mesmo tempo, defender valores jurídicos relevantes, a exemplo dos direitos humanos, a Constituição da República teve a preocupação de assegurar que a Defensoria Pública fosse autossuficiente e capaz de exercer sua atividade sem qualquer interferência dos demais poderes.

Foi, talvez, o principal passo em matéria de assistência jurídica no Brasil, ao se desvincular a Defensoria Pública do Poder Executivo, através das autonomias concedidas pelas Emendas Constitucionais n° 45/04, 69/12, 74/13 e 80/14.

Se, do ponto de vista externo, a Defensoria Pública está protegida por uma sólida fortaleza constitucional, seria necessário também armar os seus membros, permitindo que eles também gozassem de proteção adequada para o exercício das funções institucionais.

São as garantias dos membros da Defensoria Pública, previstas no corpo da Constituição da República e no art. 127 da Lei Complementar nº 80/94 que conferem mecanismos de proteção aos defensores públicos, evitando que sua atuação no interesse institucional possa, de algum modo, ser indevidamente abalada por atos escusos.

O propósito deste estudo é focar a garantia da inamovibilidade, compreendendo seu conceito e extensão, definindo todos os seus consectários internos, sempre levando em consideração o interesse público institucional, aquele correspondente ao eficiente exercício das funções institucionais.

A Emenda Constitucional nº 80/14, em especial, trouxe grandes repercussões à garantia constitucional da inamovibilidade, sendo necessário definir a sua amplitude diante da premente necessidade de preservação da eficiente atividade de assistência jurídica e a conservação do núcleo essencial de atribuições do defensor público.

## **2. A inamovibilidade como garantia constitucional do regime jurídico da Defensoria Pública**

Pela leitura do art. 134, § 1º da CRFB<sup>3</sup>, a Defensoria Pública deve ser organizada por lei complementar, sendo “assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade”. Em cumprimento ao dispositivo constitucional, a Lei Complementar nº 80/1994 formalizou a previsão da inamovibilidade em relação aos membros da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados, nos artigos nº 43, II; 88, II e 127, II, respectivamente<sup>4</sup>.

Em virtude da garantia da inamovibilidade, o membro da Defensoria Pública tem assegurada a preservação de suas atribuições funcionais e territoriais, com a consequente permanência no órgão de atuação, restando protegido contra eventuais ingerências políticas que poderiam maliciosamente tentar seu afastamento compulsório como forma de retaliação ou para obstaculizar o trabalho desenvolvido na defesa dos menos favorecidos<sup>5</sup>, como lecionava o saudoso professor Silvio Roberto Mello Moraes, de maneira didática e inspiradora<sup>6</sup>.

Questão extremamente controvertida, entretanto, tem sido a de determinar se a garantia da inamovibilidade teria caráter absoluto ou relativo. De acordo com uma primeira corrente doutrinária, o art. 134, § 1º da CRFB não teria estabelecido qualquer espécie de restrição à inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, ao contrário do que ocorre em relação aos magistrados e membros do Ministério Público, para os quais a Constituição Federal previu a possibilidade de remoção compulsória “por motivo de interesse público” (art. 95, II e art. 128, § 5º, I, b da CRFB). Como o

constituinte originário não estabeleceu qualquer espécie de ressalva à inamovibilidade dos defensores públicos, a garantia teria natureza absoluta, não podendo ser afastada ou excepcionada em nenhuma hipótese e sob nenhuma circunstância.

Dentro dessa ordem de ideias, os arts. 8º, XVII, 34, 36, 50, § 1º, III e § 4º, 56, XVII, 79, 81, 95, § 1º, III e § 4º, 118, 120 e 134, § 1º da Lei Complementar nº 80/1994, que preveem a remoção compulsória dos membros da Defensoria Pública, seriam todos materialmente inconstitucionais, por violarem o disposto no art. 134, § 1º da CRFB.

Adotando esse posicionamento, temos o sempre relevante posicionamento de Silvio Roberto Mello de Moraes, em memorável artigo publicado na *Revista de Direito* da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

Deve-se ressaltar que a garantia em destaque não apresenta a ressalva constante dos artigos 95, II e 128, parágrafo 1º, b, ambos da Constituição Federal e dirigidos, respectivamente, aos magistrados e membros do Ministério Público. Isto nos conduz, a princípio, à conclusão de que a garantia da inamovibilidade prevista para os membros da Defensoria Pública é absoluta, ao contrário do que sucede com os magistrados e promotores, para os quais é relativa. Realmente, quisesse o legislador constituinte objetivo diferente teria, simplesmente, repetido a ressalva constante dos dispositivos pré-citados. Se assim não procedeu, é porque teve como escopo não admitir qualquer ressalva à garantia em foco. Assim, se não o fez, não há como admitirmos que o faça o regramento infraconstitucional. A garantia da inamovibilidade do membro da Defensoria Pública é absoluta, não podendo ser afastada, nem mesmo por interesse público<sup>7</sup>.

Do mesmo modo posicionaram-se os professores Cléber Francisco Alves e Marília Gonçalves Pimenta, em obra dedicada ao tema:

A remoção compulsória prevista no artigo 50, § 1º, III da LC nº 80/1994 é inconstitucional visto que a Constituição da República estabelece a inamovibilidade como garantia do defensor público, não prevendo nenhuma exceção para tal. Referida garantia exclui, também, os agentes políticos de qualquer ingerência em sua atuação. Assim, ao contrário da garantia dada ao Ministério Público e Magistratura, para os quais a Constituição permite a remoção em caso de interesse público, a inamovibilidade dada à Defensoria Pública é absoluta<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, ainda, o entendimento do professor Felipe Caldas de Menezes, em célebre artigo dedicado ao estudo da matéria:

A inamovibilidade encontra sede constitucional no parágrafo único do art. 134 e consiste na vedação da remoção do defensor público do órgão de atuação onde o mesmo esteja lotado para qualquer outro independentemente de sua vontade, ou seja, de forma compulsória. Conclui-se, pois, que a remoção compulsória, prevista como sanção no art. 50, § 1º, inciso III e § 4º da Lei Complementar nº 80/94, é inconstitucional, pois estabeleceu em nível infraconstitucional limitação à garantia da inamovibilidade, quando a norma constitucional não prevê qualquer restrição. Se o constituinte pretendesse estabelecer limites à inamovibilidade, teria, no art. 134, parágrafo único, feito as mesmas ressalvas previstas em relação aos membros da Magistratura (art. 95, inciso II) e do Ministério Público (art. 128, § 5º, inciso I, alínea b), não podendo a norma infraconstitucional restringir garantias estabelecidas pela CF. A garantia da inamovibilidade dos Defensores Públicos só pode ser encarada como absoluta<sup>9</sup>.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, por fim, leciona Edilson Volpi Peres, em obra recentemente publicada:

A inamovibilidade, no texto constitucional, apresenta-se com perfil relativo ou motivado para os membros do Poder Judiciário e Ministério Público, e absoluto para os integrantes da Defensoria Pública – isso no cotejo literal das garantias. Em razão disso, uma vez que a própria Constituição, ao versar sobre a idêntica garantia da inamovibilidade, o fez de forma diversa para as instituições, não podendo espécie normativa inferior impor limitações a norma constitucional. (...) Assim, entendemos que os arts. 34, 36 e 50, § 1º, III e §§ 4º e 6º, LC 80/94, que tratam da remoção compulsória de defensor público federal, que é uma das espécies de sanção aplicada ao defensor, são inconstitucionais, pois a CF, no seu art. 134, § 1º, ao estabelecer a garantia da inamovibilidade, não estabeleceu nenhuma exceção, tal como fez a Magistratura (art. 95, II, CF) e para o Ministério Público (arts. 128, § 5º, I, “b” CF). Se a CF não previu nenhuma exceção, não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo e restringir a inamovibilidade. Se o constituinte pretendesse estabelecer limites à inamovibilidade, teria, no art. 134, parágrafo único, feito as mesmas ressalvas previstas em relação aos Membros da Magistratura (art. 95, III) e do Ministério Público (art. 128, § 5º, inciso I, alínea “b”)<sup>10</sup>.

Por outro lado, uma segunda corrente doutrinária sustenta que a garantia da inamovibilidade teria caráter relativo, pois o art. 134, § 1º da CRFB teria remetido à

legislação infraconstitucional o dever de regulamentar a matéria. Dessa forma, não haveria nenhuma inconstitucionalidade na previsão legal de remoção compulsória pela Lei Complementar nº 80/1994 ou pela legislação estadual pertinente; haveria apenas o exercício, pela legislação infraconstitucional, do poder regulamentador conferido pelo art. 134, § 1º, da CRFB.

Nesse sentido, defende a abalizada doutrina do professor Gustavo Corgosinho, *in verbis*:

Entendemos que nenhum princípio ou garantia pode ser tido como absoluto em si mesmo e que a interpretação das normas constitucionais deve considerar todo o conjunto de normas de integração e regras presentes na Carta Fundamental. Dessa forma, consideramos plenamente aplicáveis as exceções estabelecidas tanto na LONDEP, quanto pela Lei Orgânica da Defensoria Pública Mineira, haja visto que foi a própria Constituição Federal que expressamente legitimou o legislador infraconstitucional a editar Lei Complementar para a finalidade de organizar a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, e também para prescrever as normas gerais para a sua organização nos Estados. (...)

Assim sendo, consideramos que a garantia da inamovibilidade do defensor público não é absoluta, sendo aplicáveis as exceções expressamente estabelecidas na Lei Orgânica da carreira, notadamente a remoção compulsória a bem do interesse público, em razão de falta grave, cuja repercussão inviabilize a permanência do membro da carreira no órgão de atuação, havendo, evidentemente, verdadeira inconstitucionalidade na eventualidade de uma tentativa de ampliar o rol de ressalvas estabelecidas pelo regime jurídico institucional, por qualquer outra norma<sup>11</sup>.

Em sentido semelhante, sustentando a possibilidade de restrição à garantia da inamovibilidade pela legislação infraconstitucional, o professor Frederico Rodrigues Viana de Lima se posicionava da seguinte forma:

Apesar da extensa doutrina partidária da inamovibilidade em caráter irrestrito, não parece ter sido esse o intento constitucional.

É que o § 1º do art. 134 da Constituição é uma norma que traça contornos para a criação de outra norma, na qual serão esboçadas garantias e vedações mínimas. Ela não dispõe do mesmo caráter de definitividade que possuem os mandamentos constitucionais pertinentes à Magistratura e ao Ministério Público, os quais, por terem disciplina exaustiva, não permitem que sejam diminuídos ou alargados por regulamentação infraconstitucional.

A Lei Complementar que cumprir o comando do art. 134, § 1º, tem a missão de (pelo menos) positivar a garantia da inamovibilidade e, em contrapartida, também deve (pelo menos) vedar o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. Essas foram as duas missões mínimas atribuídas ao legislador infraconstitucional.

Se o silêncio constitucional permite inferir que a inamovibilidade é irrestrita, também se deveria entender, por coerência, que a prática da advocacia seria a única vedação imposta aos Defensores Públicos. Isto porque o texto constitucional alude somente a ela como vedação – e, como é consabido, normas restritivas devem ser interpretadas restritivamente. Por essa razão, o impedimento ao exercício da atividade político-partidária, ao exercício do comércio e ao recebimento de honorários, percentagens ou custas processuais, todos adotados exclusivamente pela Lei Complementar nº 80/1994, violariam a Constituição, que somente instituía uma única vedação.

Mas não é esse, paradoxalmente, o entendimento que prevalece. Não com relação às vedações. A doutrina que se debruça sobre o tema não sustenta que as demais proibições impostas pela Lei Complementar sejam inconstitucionais, ainda que a Constituição tenha se referido a somente uma delas – vedação do exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

A Constituição, a rigor, não garantiu a inamovibilidade irrestrita, nem tampouco instituiu a vedação ao exercício da advocacia como única proibição. Ela apenas definiu que tais medidas – uma positiva, outra negativa – deveriam ser obrigatoriamente reguladas por Lei Complementar. E tanto o foi que várias outras garantias e várias outras vedações foram inseridas na Lei Complementar. A independência funcional, por exemplo, é garantia legal, mas não é constitucional. A vedação ao exercício de atividade político-partidária é vedação legal, mas não é de índole constitucional.

Assim, ao contrário do Ministério Público e da Magistratura, que possuem uma normatização definitiva, e que, portanto, não permite a ampliação ou a restrição além das balizas que foram estabelecidas na Constituição, para a Defensoria Pública a regra é que a garantia da inamovibilidade foi assegurada pelo art. 134, § 1º, mas cuja regulamentação competiria à Lei Complementar.

A critério do legislador infraconstitucional, a inamovibilidade poderia possuir caráter absoluto; mas, por igualdade de razões, também poderia sofrer restrições, desde que tais medidas não a esvaziassem<sup>12</sup>.

Seguindo raciocínio semelhante, os professores Gustavo Augusto Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira apresentam inovadora linha de argumentos:

Qual o argumento de que os estudiosos se valem para afirmar a qualidade absoluta da inamovibilidade? O simplório e raso argumento, em resumo, de que não há exceções na Constituição para o defensor público quanto à inamovibilidade, e que se esta não fosse a vontade do constituinte seriam estendidas à Defensoria Públicas as exceções do Ministério Público e da Magistratura.

Em primeiro lugar, não tenhamos a pretensão de achar que o constituinte quis que assim fosse quando, na verdade, sabemos que o membro do Judiciário e do Ministério Público tiveram muito sucesso na Constituinte para firmar amplas balizas institucionais, enquanto a Defensoria Pública obteve sua regulamentação exageradamente reduzida. A falta de exceção para afastamento da inamovibilidade, a nosso ver, decorre certamente dessa conjuntura histórica, e não porque “o constituinte quis que fôssemos mais inamovíveis que os Juízes”, por exemplo.

De qualquer modo, ainda que a doutrina mais experiente insista que esta tenha sido a vontade do constituinte, sabemos que a exigência de se interpretar sistematicamente o direito, na hermenêutica atual, prevalece sobre a vontade de legisladores e de constituintes.

Nesse sentido, é preciso enxergar a Defensoria Pública dentro de um sistema; o sistema de Justiça. Ninguém duvida que o Estado democrático de direito exige alto grau de independência dos profissionais do direito, sendo este universo constituído por todas as funções essenciais à Justiça, porque de nada adiantaria para o cidadão a independência da atividade jurisdicional se houvesse dependência dos provocadores da jurisdição; nessa situação a independência da atividade jurisdicional seria “para inglês ver”. Neste pano de fundo, temos que convir: não faz sentido algum que a jurisdição tenha uma inamovibilidade mais restrita do que a do defensor público, considerando que ela seguramente é a atividade mais independente do Estado de direito – porquanto no Estado de direitos à característica de submissão à lei se reúne a de submissão à jurisdição. (...)

Não bastasse essa incongruência sistêmica, que seguramente afasta a interpretação literal da doutrina majoritária, há outra incongruência que decorre da suposta qualidade absoluta da inamovibilidade: a quebra da proporcionalidade das sanções administrativas. Ora, a Lei Orgânica estabelece – no § 1º dos arts. 50 e 95 – a seguinte graduação de sanções disciplinares: (1) advertência; (2) suspensão por até noventa dias; (3) remoção compulsória; (4) demissão; e (5) cassação da aposentadoria. Segundo a lei, a remoção compulsória será aplicada sempre que a falta praticada, pela sua gravidade e repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso

no órgão de atuação de sua lotação. Ora, devemos perguntar aos adeptos da qualidade absoluta da inamovibilidade o que deveríamos fazer se, na falta de sanção de “remoção compulsória”, pela gravidade e repercussão da falta praticada pelo defensor público for inviável sua permanência no órgão em que está lotado. Como resolver a questão? A sanção de suspensão, incompatível com a realidade dos fatos, pode colocar em risco o prestígio da Defensoria Pública e, de outro lado, a sanção de demissão certamente porá um fim na carreira de um colega que poderia tentar um novo começo exercendo outras atribuições.

Sem falar que o entendimento da inamovibilidade absoluta até prejudica a autoridade moral do defensor público, porque aos olhos de terceiros o defensor público da atividade-fim se bate para ter tratamento equiparado ao do Ministério Público: todavia, desde que lhe seja mais conveniente não ter este tratamento equiparado<sup>13</sup>.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 80/2014, a controvérsia acerca do caráter absoluto ou relativo da inamovibilidade passou a apresentar novos dobramentos, os quais não puderam ser revisitados por muitos dos doutrinadores acima citados.

De acordo com o art. 134, § 4º da CRFB (incluído pela EC nº 80/2014), deve ser aplicado à Defensoria Pública, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 da Constituição Federal.

A cláusula aberta “no que couber”, prevista na parte final do dispositivo constitucional, cria verdadeira margem de adaptabilidade, que permite a aplicação das normas originalmente projetadas para a magistratura, ao universo jurídico da Defensoria Pública. Ao mesmo tempo, entretanto, o vocábulo produz uma janela de incertezas em relação ao conteúdo normativo que deverá ser importado para a Defensoria Pública.

Segundo estabelece o art. 93, VIII da CRFB, no âmbito da magistratura é constitucionalmente admitida a possibilidade de remoção compulsória por interesse público, fundada em decisão proferida pela maioria absoluta dos membros do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, devendo ser assegurada a ampla defesa.

A grande questão, entretanto, é justamente determinar se o art. 93, VIII da CRFB pode ser aplicado à Defensoria Pública, por força da regra de extensão do art. 134, § 4º da CRFB. Sobre o tema, subsistem dois posicionamentos distintos:

- ***Inamovibilidade como garantia constitucional absoluta***

Ao formalizar a previsão da inamovibilidade em relação aos membros da magistratura, o art. 95, II da CRFB ressalvou, logo em seguida, que a garantia poderia ser

excepcionada “por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII”. Ou seja, o mesmo dispositivo que prevê a regra, já estabelece a exceção. Desse modo, o art. 93, VIII da CRFB não teria propriamente criado a exceção à garantia da inamovibilidade, mas apenas regulamento a regra de exceção estabelecida no art. 95, II da CRFB.

No âmbito da Defensoria Pública, entretanto, o art. 134, § 1º da CRFB não teria estabelecido qualquer espécie de restrição à inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública. Como o dispositivo constitucional que estabelece a garantia não formaliza a previsão de nenhuma exceção, não seria extensivamente aplicável à Defensoria Pública o art. 93, VII da CRFB. Afinal, não se poderia utilizar analogicamente um dispositivo que regulamenta uma regra de exceção, se a própria regra de exceção inexiste para a Defensoria Pública.

Desse modo, mesmo após a edição da Emenda Constitucional nº 80/2014, a garantia da inamovibilidade teria conservado seu caráter absoluto, não sendo admissível a remoção compulsória por interesse público. Além disso, os arts. 8º, XVII, 34, 36, 50, § 1º, III e § 4º, 56, XVII, 79, 81, 95, § 1º, III e § 4º, 118, 120 e 134, § 1º da LC nº 80/1994, que preveem a remoção compulsória dos membros da Defensoria Pública, seriam todos materialmente inconstitucionais, por violarem o disposto no art. 134, § 1º da CRFB.

#### • ***Inamovibilidade como garantia constitucional relativa***

Embora a natureza absoluta da inamovibilidade esteja fundada em robustos argumentos e renomada doutrina, não se revela adequado sustentar a existência de poderes absolutos no atual Estado Democrático de Direito.

Como a garantia da inamovibilidade encontra-se prevista no texto constitucional (art. 134, § 1º da CRFB), nada impede que o próprio legislador constituinte formalize a previsão de exceções. Nesse caso, existem duas normas de igual grau hierárquico, uma estabelecendo a regra e outra a exceção, sendo a ressalva normativa, inclusive, cronologicamente posterior à previsão da garantia.

Além disso, embora não tenha traçado nenhuma restrição à inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, o art. 134, § 1º da CRFB remeteu à lei complementar o dever de regulamentar a matéria. Se a legislação infraconstitucional pode estabelecer exceções à inamovibilidade, com muito mais razão pode excepcioná-la a própria Constituição Federal.

Dessa forma, a regra de exceção estabelecida no art. 93, VIII c/c art. 134, § 4º da CRFB possui plena aplicabilidade à Defensoria Pública, podendo a garantia da inamovibilidade ser afastada por interesse público, em decisão proferida pela maioria absoluta dos membros do Conselho Superior, assegurada a ampla defesa.

Nesse sentido, vem se posicionando atualmente o professor Frederico Rodrigues Viana de Lima, em edição atualizada de sua obra:

O debate travado a respeito da (in)constitucionalidade da remoção compulsória e da extensão da garantia da inamovibilidade (absoluta ou relativa) perdeu a razão de ser com o advento da Emenda Constitucional 80/14. Ao determinar a aplicação do estatuto da magistratura, o art. 134, § 4º, da Constituição, importou para o regramento da Defensoria Pública a regra do art. 93, VIII, que prescreve que “o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa”. Logo, a remoção por interesse público (remoção compulsória na Lei Complementar 80/94) passa a ser prevista para a Defensoria Pública no próprio texto constitucional, limitando a garantia da inamovibilidade.

A cláusula “no que couber” prevista no art. 134, § 4º, CF, não pode ser utilizada como empecilho para a adoção da remoção por interesse público (remoção compulsória), porquanto não se vislumbra nenhuma razão de ordem lógica ou jurídica que permita concluir que tal disposição não caiba para a Defensoria Pública<sup>14</sup>.

Importante esclarecer, entretanto, que a expressão “interesse público”, contida no art. 93, VIII e art. 95, II da CRFB não guarda relação de equivalência com a “remoção compulsória”, prevista nos arts. 8º, XVII, 34, 36, 50, §§ 1º, III, 4º, 5º, 6º e 7º, 56, XVII, 79, 81, 95, §§ 1º, III, 4º, 5º, 6º e 7º, 118, 120 e 134, §§ 1º e 3º da LC nº 80/1994.

Na verdade, a “remoção compulsória” constitui espécie de sanção disciplinar (arts. 50, § 1º, III, 95, § 1º, III e 134, § 1º da LC nº 80/1994), aplicável aos membros da Defensoria Pública “sempre que a falta praticada, pela sua gravidade e repercussão, tornar incompatível a permanência do faltoso no órgão de atuação de sua lotação” (arts. 50, § 4º, 95, § 4º e 134, § 1º da LC nº 80/1994).

Por outro lado, a expressão “interesse público” possui caráter plurissignificativo mais amplo, indicando algum tipo de atividade que, direta ou indiretamente, ofereça benefícios primários ou secundários à coletividade<sup>15</sup>. Sendo assim, a remoção por interesse público não precisa necessariamente derivar de infração disciplinar que inviabilize a manutenção do membro da Defensoria Pública no órgão de atuação, podendo resultar de outra necessidade albergada pela projeção coletiva da imprescindibilidade social.

Portanto, a “remoção por interesse público” (art. 95, II da CRFB) deve ser considerada gênero, do qual a “remoção compulsória” (arts. 50, § 1º, III, 95, § 1º, III e 134, § 1º da LC nº 80/1994) constitui espécie.

Todavia, caracterizar a remoção por interesse público como gênero não significa afirmar que essa categoria de remoção seja ampla ou ordinária. Pelo contrário, por restringir

a garantia constitucional da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública, a remoção por interesse público deve ser utilizada somente em hipóteses excepcionais.

Seguindo essa linha de raciocínio, lecionam Gustavo Augusto Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira, em obra dedicada ao estudo da matéria:

Os administradores da Defensoria Pública não podem alegar “interesse público” para atender demandas que, de fato, exigiriam um planejamento de médio a longo prazo para serem atendidas. Em uma palavra, a improficiência administrativa do Estado não pode legitimar o argumento do “interesse público” – caso contrário a exceção pode facilmente tornar-se regra. Na hipótese de o Estado negar-se a ampliar os cargos da Defensoria Pública, ou de os administradores da Defensoria Pública não fazerem planejamentos adequados para a boa utilização dos recursos humanos, o que inclui prazos dilatados para o futuro, não faz sentido algum que de repente se queira remover defensores públicos para atender a demanda de última hora – normalmente temperadas por fortes apelos emocionais e novelescos – não atendidas, na realidade, por inabilidade da administração. Por isso, quanto o termo “interesse público” seja aberto, a nosso ver um parâmetro muito interessante para balizarmos seu conteúdo seria utilizarmos, como pedra de toque, o espírito da requisição administrativa prevista na Constituição em seus arts. 5º, XXV, 91, § 1º, III, 136, II e 139, VII. O espírito é exatamente este: a medida excepcionalíssima é somente aplicável a uma situação excepcionalíssima, sendo justa a expectativa de que a proficiência administrativa dê conta de uma ampliação da Defensoria Pública responsável, prescindindo ao máximo de remoções fundadas em interesse público<sup>16</sup>.

Por fim, devemos observar que aplicação da remoção compulsória por interesse público depende de decisão proferida pela maioria absoluta dos membros do Conselho Superior (art. 95, VIII da CRFB). Por outro lado, a remoção compulsória, por ser espécie de sanção administrativa, exige quórum diferenciado, dependendo de voto de dois terços do Conselho Superior (arts. 8º, XVII, 36, 56, XVII, 81 e 120 da LC nº 80/1994). Em ambos os casos, deve ser assegurado ao defensor público atingido pela remoção o amplo direito de manifestação e defesa, na forma do art. 5º, LV da CRFB.

## **2.1 Inamovibilidade: causa e consequência**

Tradicionalmente, a garantia da inamovibilidade vem associada à ideia de impossibilidade de remoção involuntária do defensor público do órgão de atuação, impedindo

a transferência de uma comarca para a outra, bem como de um órgão para outro, ainda que situado na mesma comarca ou nas dependências do mesmo fórum<sup>17</sup>.

No entanto, para que possa ser adequadamente compreendida, a garantia da inamovibilidade não deve ser analisada sob uma perspectiva finalística, meramente geográfica ou espacial, associada unicamente à estrutura física do órgão de atuação. Na realidade, a inamovibilidade deve ser entendida sob um prisma eminentemente funcional, estando diretamente ligada ao plexo de atribuições inerentes ao órgão.

A inamovibilidade não tem o objetivo de assegurar a permanência do defensor público em determinada localidade; a garantia pretende preservar as características intrínsecas do órgão de atuação, evitando que o conjunto de atribuições a serem desempenhadas pelo membro da Defensoria Pública seja suprimido ou esvaziado<sup>18</sup>.

Por essa razão, para que ocorra qualquer espécie de exclusão de atribuições de determinado órgão de atuação, deve haver a prévia anuência do membro da Defensoria Pública. Além disso, o acréscimo de atribuições não pode ser utilizado como instrumento para sufocar o trabalho do defensor público, prejudicando sua atuação em determinadas áreas sensíveis ou forçando-o a requerer a remoção voluntária.

A ampliação ou redução de atribuições demanda um estudo complexo da administração superior, demonstrando que a remodelação das atividades de um órgão de atuação, vago ou com titularidade, pretende um reequilíbrio no serviço prestado pela Defensoria Pública.

Dentro da mesma lógica funcional, não pode o defensor público ser involuntariamente retirado das atribuições de determinado órgão de atuação em virtude de eventual promoção na carreira. Se essa hipótese fosse admitida, estaria aberta a possibilidade de violação maquiada da garantia da inamovibilidade, pois o membro da Defensoria Pública poderia ser involuntariamente afastado de suas atribuições por força da elevação à categoria superior na carreira; seria uma espécie de punição disfarçada de prêmio<sup>19</sup>.

Justamente para evitar essa hipótese velada de violação à inamovibilidade, os arts. 32, 77 e 116, § 1º da LC nº 80/1994 preveem que as promoções serão sempre facultativas, não sendo possível compelir o defensor público a aceitar o cargo superior<sup>20</sup>. Muitos Estados já não mais atrelam a promoção entre classes à mudança de órgãos de atuação, servindo também como uma forma de evitar a flexibilização da garantia de seus membros.

A gênese da inamovibilidade significa a preservação do núcleo de atribuições funcionais e territoriais do órgão da Defensoria Pública existentes por ocasião da investidura do agente no órgão. A consequência da garantia é a impossibilidade de o defensor público ser desalijado de seu órgão de atuação, por expedientes escusos, contra a sua vontade ou fora das excepcionais hipóteses previstas em lei.

### 3. A inamovibilidade e sua aplicação na estrutura institucional – a observância do interesse público

O estudo da inamovibilidade não se resume à preservação dos aspectos territoriais e funcionais das atribuições, mas envolve uma reflexão muito mais complexa, correlata ao próprio interesse público institucional e como a Defensoria Pública deve funcionar preservando a garantia ao mesmo tempo em que presta um serviço eficiente.

Nesta perspectiva, parece-nos interessante a compreensão de fenômenos *interna corporis* que possam, de algum modo, interferir na inamovibilidade e como a administração superior deve lidar com tais situações, considerando que a preservação da inamovibilidade também faz parte de interesse público institucional.

Apesar de tratada como uma garantia dos membros da Defensoria Pública, a envergadura constitucional atribuída à inamovibilidade obriga a administração da Defensoria Pública a assegurar a sua perfeita existência. Atos do defensor público geral ou de quaisquer outros órgãos da administração superior que atentem contra a inamovibilidade devem ser repelidos pelo conselho superior.

Transparência na movimentação orgânica da Defensoria Pública também é outro fator que corporifica a inamovibilidade e o defensor natural. Em tempos de facilitação do acesso à informação, a instituição deve ser capaz de tornar acessíveis todos os dados referentes à titularização, remoção e movimentação da categoria, não só aos seus defensores públicos mas a toda sociedade.

#### 3.1 A inamovibilidade e o exercício temporário de atribuições

Dentro do estudo da inamovibilidade, ponto fundamental a ser analisado é a controvérsia acerca da aplicação da garantia em relação aos Defensores Públicos desprovidos de lotação, designados para exercerem atribuições nos órgãos de atuação em caráter eminentemente temporário<sup>21</sup>.

Tradicionalmente, o conceito de inamovibilidade vem sendo diretamente associado à ideia de titularidade no órgão de atuação. Segundo leciona a clássica doutrina de Guilherme Peña de Moraes, “a inamovibilidade, em apertada síntese, consiste na vedação de remoção do defensor público do órgão de atuação da Instituição do qual é titular para outro qualquer, de forma compulsória”. Em sentido semelhante, o professor Sérgio Luiz Junkes sustenta que “a inamovibilidade significa que o defensor público só poderá ser removido do órgão em que é titular para outro, da Defensoria Pública, por ato voluntário”.

Justamente por isso, a garantia da inamovibilidade vem sendo considerada inaplicável em relação aos defensores públicos desprovidos de lotação no órgão onde exercem suas atribuições<sup>22</sup>.

No entanto, a inamovibilidade não deve permanecer indissociavelmente atrelada à ideia de titularidade. Afinal, ao formalizar a previsão da garantia, o art. 134, § 1º da CRFB não limitou sua aplicabilidade aos defensores públicos lotados em órgão de atuação, prevendo genericamente a incidência da inamovibilidade em relação a todos os integrantes da Defensoria Pública.

Dentre as garantias dos membros da Defensoria Pública, apenas a estabilidade encontra-se condicionada ao cumprimento do estágio probatório de três anos (art. 41 da CRFB). A independência funcional, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos são garantias que possuem aplicabilidade imediata para todos os Defensores Públicos indistintamente, como decorrência direta da posse no cargo.

De fato, nenhuma conclusão diversa seria possível, já que a independência funcional, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos são garantias que buscam preservar a liberdade de atuação dos membros da Defensoria Pública, evitando que interferências políticas, sociais ou econômicas possam obstaculizar o trabalho desenvolvido na defesa dos menos favorecidos.

Em sentido semelhante, ao analisar a extensão subjetiva da inamovibilidade no âmbito da magistratura, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicabilidade da garantia em relação aos juízes titulares e substitutos, como forma de preservar a independência e a imparcialidade no exercício da função jurisdicional:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUE CONSIDEROU A INAMOVIBILIDADE GARANTIA APENAS DE JUIZ TITULAR. INCONSTITUCIONALIDADE. A INAMOVIBILIDADE É GARANTIA DE TODA A MAGISTRATURA, INCLUINDO O JUIZ TITULAR E O SUBSTITUTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I – A inamovibilidade é, nos termos do art. 95, II, da Constituição Federal, garantia de toda a magistratura, alcançando não apenas o juiz titular, como também o substituto. II – O magistrado só poderá ser removido por designação, para responder por determinada vara ou comarca ou para prestar auxílio, com o seu consentimento, ou, ainda, se o interesse público o exigir, nos termos do inciso VIII do art. 93 do Texto Constitucional. III – Segurança concedida. (STF – Pleno – MS nº 27958/DF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão: 17/05/2012)

Sem dúvida, a estrutura administrativa da Defensoria Pública necessita de defensores públicos que possam realizar a substituição temporária de colegas afastados por férias, licenças, impedimento ou suspeição. Contudo, essa necessidade prática não autoriza que os defensores públicos desprovidos de titularidade sejam mandados para qualquer lugar, a qualquer tempo e a qualquer título, seguindo a livre discricionariedade da administração superior da Defensoria Pública.

Para garantir a convivência harmônica entre a inamovibilidade e a necessidade prática de movimentação dos defensores públicos, as designações temporárias realizadas pela administração superior devem obedecer alguns pressupostos básicos:

**1º) Caráter extraordinário:** as designações temporárias devem possuir caráter extraordinário, sendo utilizadas sempre de forma excepcional<sup>23</sup>.

Se determinado órgão de atuação encontra-se vago, sendo possível de lotação, diante do quantitativo de defensores públicos existentes na carreira, não se pode admitir que o referido órgão seja preenchido eternamente por intermédio de designações temporárias. Nesse caso, o órgão deve ser efetivamente lotado, de modo a garantir a permanência do membro da Defensoria Pública no exercício de suas atribuições territoriais e funcionais;

**2º) Definição prévia de critérios objetivos e transparentes:** as designações temporárias devem obedecer critérios objetivos e transparentes, definidos previamente por ato normativo interno da Defensoria Pública.

A movimentação dos membros da Defensoria Pública deve atender sua indisponível finalidade objetiva, estando totalmente despida de qualquer inclinação ou tendência subjetiva. No momento da realização das designações, não são toleráveis favoritismos ou perseguições. Simpatias, animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir no mapa de movimentação. Para tanto, a legislação interna da Defensoria Pública deve estabelecer critérios claros para a realização da escolha dos Defensores Públicos e dos locais a serem objeto de designação. Diante da ausência de parâmetros objetivos, deve ser adotada a antiguidade na carreira com fator de preferência (arts. 39 e 123 da LC nº 80/1994);

**3º) Prazo certo e determinado, ou condicionamento ao retorno do defensor público titular:** as designações temporárias devem possuir prazo certo e determinado, ou devem estar condicionadas ao retorno do defensor público titular ao órgão de atuação. Durante esse período, o defensor público designado possui o direito subjetivo de permanecer no órgão pelo período fixado na designação ou até o efetivo retorno do defensor público titular.

As designações temporárias por período certo e determinado normalmente são utilizadas para cobrir afastamentos decorrentes de férias (quando subsiste a certeza da data de retorno do defensor público titular), para proporcionar auxílio a determinado órgão (garantindo a absorção do volume de trabalho acumulado) ou, ainda, para permitir a alocação em unidades não passíveis de lotação (quando o quantitativo de defensores públicos na carreira não é suficiente para

cobrir todos os órgãos de atuação e subsiste a necessidade de atuação em regime de acumulação). Nesse caso, havendo a designação temporária pelo período de dois meses, por exemplo, o membro da Defensoria Pública terá assegurada a permanência no órgão de atuação pelo período previamente estabelecido, estando protegido contra eventuais ingerências políticas que possam maliciosamente tencionar seu afastamento antes do término do prazo.

Por outro lado, as designações temporárias condicionadas ao retorno do defensor público titular ao órgão de atuação geralmente são utilizadas para cobrir afastamentos decorrentes de licenças (quando não há certeza quanto à data de retorno do titular). Nessa hipótese, o membro da Defensoria Pública designado terá assegurada sua permanência no órgão de atuação até o implemento da condição, ou seja, até o retorno do defensor público titular.

Cabe à administração superior da Defensoria Pública, no exercício de sua autonomia administrativa, organizar-se para garantir a adequada movimentação dos defensores públicos.

Atualmente, encontra-se em trâmite no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 5.052/DF, que analisa a constitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União), que autorizam a designação bienal de membros do Ministério Público para o exercício de funções institucionais. Embora o julgamento ainda não tenha sido concluído, já foram proferidos cinco votos no sentido de declarar a constitucionalidade parcial dos dispositivos impugnados, por violação da garantia da inamovibilidade dos membros ministeriais, assegurada pelo art. 128, § 5º, I, b da CRFB:

O Plenário iniciou julgamento de ação direta ajuizada em face das expressões “para vigorar por um biênio”, constante do art. 216; “antes do término do prazo”, constante do art. 217; e “antes do término do prazo”, constante do art. 218, todos da LC 75/1993, que dispõe sobre o Estatuto do Ministério Público da União – MPU. Os dispositivos tratam de designações bienais de membros da carreira para o exercício de funções institucionais. O Ministro Gilmar Mendes (relator), acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, julgou o pedido parcialmente procedente, para declarar a constitucionalidade parcial dos dispositivos impugnados, sem redução de texto, de modo a afastar interpretação que implicasse remoção de membro da carreira de seu ofício de lotação. Registrhou que a inamovibilidade dos membros ministeriais é assegurada pelo art. 128, § 5º, I, b, da CF. A relevância das atividades exercidas pelo Ministério Público indicaria a necessidade de preservar os membros

da carreira de temores de perseguições que inibissem o livre exercício de suas atribuições. Nesse sentido, a inamovibilidade teria por fim proteger a autonomia conferida à instituição.

O relator assinalou que o modelo organizacional concebido pela aludida lei complementar estaria assentado, expressivamente, em designações dos integrantes da carreira para o exercício de atribuições não apenas no âmbito da instituição, como também para atuação perante órgãos específicos do Poder Judiciário. Assim, em certas circunstâncias, a observância da inamovibilidade não se evidenciaria de forma clara. Nesse contexto, seria preciso identificar em que unidades da estrutura organizacional do MPU haveria de ser efetivamente assegurada a garantia em apreço, ou seja, se a inamovibilidade estaria atrelada à ideia de vinculação territorial. Constatou que a lei complementar em análise estabelece que, no âmbito do MPU, as unidades de lotação corresponderiam a “ófícios”. Desse modo, os membros da carreira, depois de lotados em determinado ofício, gozariam da inamovibilidade. Por outro lado, no que concerne às designações bienais, objetos da ação direta, deixariam margem à lotação de integrantes da carreira, independentemente de sua vontade e em caráter definitivo, em ofício diverso daquele em que atuassem. Interpretação nesse sentido conduziria ao grave risco de movimentações casuísticas, em afronta à inamovibilidade. Nesse sentido, as designações, na forma em que definidas nos dispositivos impugnados, teriam por claro objetivo, além das designações de natureza eventual, a remoção do integrante da carreira, independentemente de vontade. Rememorou que a Corte, em caso análogo, declarara, por ofensa à inamovibilidade, a constitucionalidade de norma estadual que, na mesma linha dos dispositivos ora adversados, previa mandato fixo de magistrados, pelo prazo de dois anos, para o exercício da jurisdição em vara especializada em organizações criminosas (ADI nº 4.414/AL, DJe de 14-06-2013). Em seguida, pediu vista o Ministro Dias Toffoli. (STF – Pleno – ADI nº 5.052/DF – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 30/10/2014. Informativo nº 765).

A temática ministerial traz uma circunstância peculiar, por envolver uma titularidade temporária, um mandato fixo, sem que o membro do Ministério Público consiga alcançar a titularidade definitiva daquela função.

No caso da Defensoria Pública, tradicionalmente, a substituição ou designação temporária dizem respeito a órgãos que podem ser ocupados em definitivo pelo defensor público, desde que ele os assuma por meio de concurso de remoção ou lotação, não havendo, deste modo, violação à inamovibilidade.

### **3.2 A inamovibilidade e transferência das dependências do órgão de atuação**

Conforme salientado anteriormente, a garantia da inamovibilidade busca preservar o plexo de atribuições inerentes ao órgão de atuação, conferindo ao membro da Defensoria Pública proteção contra eventuais ingerências políticas, sociais ou econômicas. Desse modo, a inamovibilidade não deve ser compreendida sob uma perspectiva meramente geográfica, devendo ser analisada sob o foco das atribuições funcionais e territoriais.

Por essa razão, a simples mudança de endereço do órgão de atuação não acarreta qualquer espécie de violação à garantia da inamovibilidade, desde que não inviabilize o exercício das funções institucionais do membro da Defensoria Pública. Afinal, a garantia da inamovibilidade não tem o escopo de assegurar a permanência do Defensor Público em determinado espaço físico ou coordenada geográfica; na verdade, ela pretende evitar que o plexo de atribuições a serem desempenhadas pelo membro da Defensoria Pública seja afetado.

Ao analisar hipótese análoga ocorrida no âmbito do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu que a transferência das dependências físicas do órgão de execução ministerial de um bairro para outro na mesma cidade não acarretaria violação à inamovibilidade de seu titular, haja vista a inocorrência de qualquer modificação das atribuições da Promotoria de Justiça, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. INAMOVIBILIDADE DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. MUDANÇA DE ENDEREÇO DE PROMOTORIA, SEM ALTERAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES, NEM PREJUÍZO FUNCIONAL PARA O CARGO OU A CARREIRA, NÃO CONFIGURA A REMOÇÃO VINCULADA A PREDICAMENTO DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NEM VIOLA A GARANTIA INSCRITA NO ART. 128, § 5º, I, 'b', DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DE NEGAÇÃO DA ORDEM. A impetrante é titular de uma das 14 promotorias de justiça de proteção aos direitos difusos e coletivos, criadas na estrutura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro por Resoluções de 2000 e 2001. Originalmente, tais promotorias foram fisicamente instaladas em endereços distintos, em correspondência às regiões em que exercem suas atribuições. A promotoria da impetrante foi instalada no Foro Regional da Barra da Tijuca. Em março de 2004, o ato impugnado, de edição unilateral do Procurador Geral da Justiça e sem prévia audiência dos promotores titulares, transferiu a sede de todas essas promotorias, concentrando-as num só endereço, no centro da cidade, em prédio da Instituição Ministerial. A impetrante considera ilegal tal mudança de sede física, daí postular a ordem mandamental que a mantenha em sua sede original, ' dela somente podendo

vir a ser removida a pedido ou por iniciativa da instituição, com observância dos requisitos legais, ou seja, existência de interesse público claro e objetivamente indicados e observância do princípio constitucional da ampla defesa'. (...) Com razão a autoridade. É incontroverso nos autos que o ato em testilha alcançou as 14 promotorias de defesa dos interesses difusos e coletivos do Rio de Janeiro, almejando concentrá-las, todas, no mesmo endereço, embora possam exercer as suas atribuições em bairros, distritos ou regiões distintos. Em nada alterou suas atribuições. (...) A tese da imetrante inverte a ordem administrativa. A prevalecer, os gestores públicos não poderiam sequer mudar de endereço a sede da repartição administrativa contra a vontade ou o capricho pessoal dos servidores nela lotados. Veja-se que a impetrante não quer exercer as funções do cargo e da promotoria de que é titular no centro da cidade, na companhia de todos os demais titulares de promotorias de idênticas atribuições. Quer fazê-lo na Barra da Tijuca, bairro onde reside. Em outras palavras: se entende com direito líquido e certo a trabalhar perto de sua casa. Decerto que não é esse o sentido da garantia inscrita na Constituição. (TJ/RJ – Segunda Câmara Cível – MS nº 0015734-50.2004.8.19.0000 – Rel. Desembargador Jesse Torres Pereira Junior, decisão: 11/04/2005).

### ***3.3 A inamovibilidade frente à redução ou à ampliação de atribuições***

Questão extremamente relevante na análise da garantia da inamovibilidade é a possibilidade de redução ou ampliação das atribuições dos órgãos de atuação da Defensoria Pública.

Primeiramente, devemos lembrar que “caberá ao Conselho Superior decidir sobre a fixação ou a alteração de atribuições dos órgãos de atuação da Defensoria Pública” (art. 102, §1º da LC nº 80/1994). Embora o dispositivo esteja inserido dentre as normas gerais para a organização das Defensorias Públicas dos Estados, possui plena aplicabilidade em relação à Defensoria Pública da União e à Defensoria Pública do Distrito Federal, pois densifica uma das matérias englobadas pelo poder normativo do Conselho Superior (arts. 10, I e 58, I da LC nº 80/1994).

No caso da redução de atribuições, não obstante ocorra a subtração de parcela das atribuições do órgão de atuação, o plexo de atribuições funcionais e territoriais deve ser parcialmente preservado<sup>24</sup>. Se ocorrer a subtração total das atribuições não haverá propriamente a redução de atribuições, mas autêntica extinção ou reidentificação do órgão de atuação, conforme o caso.

Para que ocorra qualquer espécie de redução das atribuições dos órgãos de atuação, deve haver a prévia anuênciam do membro da Defensoria Pública, sob pena de violação

oblíqua da garantia da inamovibilidade. Além disso, quando ocorrer a transferência de parcela das atribuições de determinado órgão de atuação para outro, o defensor público lotado no órgão originário possui o direito subjetivo de acompanhar as atribuições que foram deslocadas, sendo removido com preferência para o órgão receptor das atribuições, desde que esteja vago.

Por outro lado, no caso de ampliação de atribuições, o plexo originário de atribuições permanece preservado, sendo agregadas novas atribuições que inicialmente o órgão de atuação não possuía. Em princípio, esse acréscimo de atribuições não acarreta violação à garantia da inamovibilidade, pois não afasta o membro da Defensoria Pública de suas atribuições originárias.

No entanto, a ampliação de atribuições não pode ser utilizada como instrumento para sufocar o trabalho do defensor público, prejudicando sua atuação em determinadas áreas sensíveis ou forçando-o a requerer sua remoção voluntária<sup>25</sup>.

Desse modo, a ampliação de atribuições de determinado órgão de atuação deve ser sempre precedida pela evidenciação do interesse público concreto que justifique a medida (estudos estatísticos, pesquisas demográficas etc.), devendo haver a clara comprovação da necessidade da modificação e da razoabilidade do aumento. Outrossim, deve ser assegurado ao defensor público atingido pela medida o inafastável direito de manifestação.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro analisou a legalidade da Resolução DPGE/RJ nº 441/2008<sup>26</sup>, que promoveu a desarrazoada ampliação de atribuições de diversos órgãos de atuação da Defensoria Pública. Embora a fundamentação do acórdão seja passível de críticas, a escassez de decisões sobre a matéria acabou tornando o caso paradigmático:

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR IMPETRADO  
CONTRA ATO DO EXMO. SR. DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO  
DO RIO DE JANEIRO COM O ESCOPO DE SUSPENDER A EFICÁCIA DA  
RESOLUÇÃO Nº 441/2008, NO QUE TANGE À “REIDENTIFICAÇÃO” OPE-  
RADA NA 3<sup>a</sup> VARA CÍVEL REGIONAL DE JACAREPAGUÁ, ÓRGÃO DE SUA  
TITULARIDADE ORIGINÁRIA, QUE AO FINAL BUSCA SER MANTIDA. 1.  
Reconhecimento, de ofício, da conexão entre os diversos Mandados de Se-  
gurança impetrados por defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro  
que se encontram em situação idêntica ao do ora impetrante. 2. A Resolu-  
ção nº 441/08 está, a toda evidência, em desconformidade com as normas e  
princípios do ordenamento pátrio, dentre os quais a legalidade, a isonomia,  
a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa. 3. Resolução que, na  
prática, efetuou a verdadeira criação de um novo órgão quando fundiu dois  
órgãos antes independentes. 4. Resolução que não pode fazer o papel de

Lei em sentido estrito, ante a ausência de autorização para tanto, bem como diante da falta de requisitos legais para que se opere a criação, modificação ou extinção de órgãos. 5. E mesmo que se tome como verdadeira a assertiva de que houve realmente uma reidentificação, conforme afirma o defensor geral em suas informações, é certo que foi violado o disposto no art. 39 da LC 06/77. 6. Violado por qualquer argumento o princípio da legalidade. 7. Autonomia funcional e administrativa que não pode servir para violar a garantia da inamovibilidade, já que o Impetrante passou a titularizar órgão diverso do inicialmente ocupado, contra a sua vontade. 8. Princípios da isonomia e da impessoalidade também atingidos porque não fora toda a classe de Defensores atingidos pela Resolução objeto da lide, e também quando comparada com o teor da Resolução nº 457/08, esta sim operadora de verdadeira reidentificação. 9. Princípios do contraditório e da ampla defesa também desrespeitados. 10. Concessão da segurança. (TJ/RJ – Sexta Câmara Cível – MS Nº 0030626-22.2008.8.19.0000 – Relator Des. BENEDICTO ABICAIR. Decisão: 17/06/2009).

### 3.3.1 A inamovibilidade e as formas de extinção ou reidentificação dos órgãos de atuação

O ato administrativo de extinção de um órgão de atuação constitui hipótese extremamente rara no âmbito da Defensoria Pública, pois representa a supressão da uma estrutura orgânica e a consequente distribuição ou eliminação das atribuições inerentes ao órgão extinto (exemplo: atualmente a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro possui 918 órgãos de atuação; a extinção representaria uma redução orgânica, passando a Defensoria Pública a contar com 917 órgãos de atuação, e as atribuições do órgão extinto deixariam de ser exercidas no plano defensorial ou seriam distribuídas para outros órgãos ainda ativos).

Por outro lado, a reidentificação dos órgãos de atuação constitui situação muito mais frequente, ocorrendo quando ato administrativo reorganiza por completo as atribuições de determinado órgão de atuação (exemplo: órgão de atuação com atribuição criminal na comarca de Santos/SP que passasse a exercer atribuição cível na comarca de Mongaguá/SP).

Problema prático cotidiano da Defensoria Pública consiste em compatibilizar a garantia da inamovibilidade com os atos de extinção e reidentificação de órgãos de atuação, levando em conta o interesse público institucional, o direito do assistido ao defensor público natural e a preservação das atribuições funcionais e territoriais do membro da carreira.

A Lei Complementar nº 80/1994 é omissa no que tange ao procedimento a ser adotado nas hipóteses de extinção e reidentificação dos órgãos de atuação. Na esfera normativa dos Estados-Membros e do Distrito Federal, a legislação institucional regula de maneira esparsa o modo de lidar com a gestão orgânica da Defensoria Pública. No âmbito das Defensorias Públicas dos Estados de Alagoas (art. 8º, parágrafo único da LCE/AL nº 29/2006), Ceará (art. 6º – B, XXIII da LCE/CE nº 06/1997), Pará (art. 11, XIX da LCE/PA nº 54/2006), Piauí (art. 34 da LCE/PI nº 59/2005), Rio Grande do Sul (arts. 16, II e 32 da LCE/RS nº 14.130/2012) e Distrito Federal (arts. 13, XXXII e 45 da LC/DF nº 828/2010), a legislação orgânica estabelece apenas que a criação ou extinção de órgãos de atuação compete ao Conselho Superior, não havendo previsão do procedimento a ser observado para a preservação da garantia inamovibilidade.

Por outro lado, nos Estados da Bahia (art. 109 da LCE/BA nº 26/2006), Mato Grosso do Sul (art. 70 da LCE/MS nº 111/2005), Minas Gerais (art. 73, § 2º da LCE/MG nº 65/2003) e Rio de Janeiro (arts. 24 e 39 da LCE/RJ nº 06/1977), a legislação prevê de forma expressa o procedimento a ser observado:

Art. 109 da LCE/BA nº 26/2006: Em caso de extinção do órgão no qual o defensor público esteja exercendo suas funções, deverá ele ser removido, assegurado o seu direito de escolha entre os órgãos vagos, considerada a necessidade do serviço.

Art. 73, § 2º da LCE/MG nº 65/2003: Em caso de extinção do órgão de execução, mudança da sede do núcleo de atuação ou da comarca, será facultada ao defensor público a remoção para outro núcleo ou comarca, ou obtenção de disponibilidade com subsídio proporcional ao tempo de serviço, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo, e a contagem do tempo de serviço como se em exercício estivesse.

Art. 70 da LCE/MS nº 111/2005: Em caso de supressão de comarca na qual exista órgão de atuação da Defensoria Pública, deverá este ser extinto, permanecendo o titular em disponibilidade remunerada, até o seu adequado aproveitamento em outro órgão da instituição, de categoria igual ou superior à do seu cargo.

Art. 24 da LCE/RJ nº 06/77: Compete ao defensor público geral do Estado, atendendo a necessidade do serviço, criar ou modificar, dentro das espécies previstas pela Lei, órgão de atuação, e extinguir os vagos.

Art. 39 da LCE/RJ nº 06/77: Em caso de extinção de órgão judiciário junto ao qual existam órgãos de atuação da Defensoria Pública, deverá este ser reidentificado por ato do defensor público geral, conforme a necessidade do serviço.

§ 1º O membro da Defensoria Pública, titular do órgão que se encontra na situação prevista no caput deste artigo, terá preferência para a lotação no órgão reidentificado.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior, não havendo interesse do defensor público em exercer a preferência, permanecerá ele à disposição do gabinete do defensor público geral, até ocupar, por concurso de remoção, nova lotação.

Todavia, a regulamentação normativa realizada pelas leis orgânicas das Defensorias Públicas Estaduais acabou sendo efetivada de forma deficiente e precária. Na verdade, para que a garantia da inamovibilidade seja efetivamente observada durante o processo de extinção/reidentificação de órgãos e para que sejam minoradas as consequências negativas dessa drástica medida administrativa, alguns pressupostos básicos devem ser invariavelmente respeitados:

**1º) Ato normativo editado pelo Conselho Superior:** qualquer espécie de fixação ou alteração de atribuições dos órgãos de atuação da Defensoria Pública deve obrigatoriamente ser realizada por ato normativo do Conselho Superior da Defensoria Pública (arts. 10, I, 58, I e 102, § 1º da LC nº 80/1994). Todas as disposições das leis orgânicas das defensorias públicas estaduais que atribuem ao defensor público geral a capacidade de definir e alterar atribuições, bem como reidentificar órgãos ou funções, encontram-se com a eficácia suspensa, nos termos do art. 24, § 4º da CRFB;

**2º) Demonstração do interesse público concreto:** a extinção/reidentificação de órgãos de atuação deve ser sempre precedida pela evidenciação do interesse público concreto que justifique a medida (estudos estatísticos, pesquisas demográficas etc.), sendo assegurado ao defensor público atingido pela modificação de atribuições o direito de manifestação.

Não se trata de considerar a titularidade do membro da Defensoria Pública como um aspecto de índole unicamente particular. Há efetivo interesse da administração superior, especialmente do Conselho Superior, e da própria sociedade em preservar as atribuições funcionais e territoriais dos membros da Defensoria Pública, como desdobramento da garantia constitucional de inamovibilidade.

Por isso, a modificação de atribuição de um órgão de atuação, ao se pautar na conveniência do serviço público, deve levar em consideração: a utilidade do órgão de atuação, a inamovibilidade do membro da Defensoria Pública e a reorganização administrativa da instituição.

Além disso, todo o processo de extinção/reidentificação dos órgãos de atuação deve observar o norte constitucional de equilíbrio entre o interesse público primário da instituição (o exercício da atividade fim) e o interesse público secundário (atividade meio) da preservação da inamovibilidade de seus membros;

**3º) Procedimento de escolha:** como forma de minorar os efeitos do ato administrativo de extinção ou reidentificação, deve ser assegurado ao membro da Defensoria Pública lotado no órgão extinto ou reidentificado o direito subjetivo de escolher qual caminho funcional pretende adotar:

**a) Remoção do defensor público para algum dos órgãos que passaram a exercer as atribuições do órgão reidentificado:** como forma de preservar a inamovibilidade do membro da Defensoria Pública, após a realização da extinção/reidentificação, deve ser oportunizado ao defensor público acompanhar as atribuições originárias do órgão extinto/reidentificado, sendo-lhe facultada a remoção para um dos órgãos que recebeu parcela ou a totalidade do plexo de atribuições daquele que restou extinto/reidentificado (exemplo: DP da 9ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ sofre processo de reidentificação e passa a exercer atribuições junto à DP da 1ª Vara de Família da Regional de Jacarepaguá, sendo as atribuições do órgão originário distribuídas pelas DPs da 7ª e da 8ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ; nesse caso, deve ser oportunizado ao membro da Defensoria Pública acompanhar as atribuições do órgão reidentificado, se removendo para a DP da 7ª ou para a DP da 8ª Vara Criminal da Comarca da Capital/RJ, se algum desses órgãos estiver vago);

**b) Remoção do Defensor Público para o órgão reidentificado:** poderá o membro da Defensoria Pública optar por assumir as novas atribuições do órgão de atuação reidentificado. Importante deixar claro que cabe ao defensor público optar por assumir ou não as novas atribuições, não podendo ser imposta pela administração superior a assunção automática do novo órgão;

**c) Permanência do Defensor Público à disposição da chefia institucional:** o Defensor Público pode optar por permanecer à disposição do gabinete do Defensor Público Geral até assumir nova lotação em concurso de

remoção ou em disponibilidade, a depender da disciplina local. Enquanto permanece à disposição, situação jurídica que não se confunde com a disponibilidade remunerada do direito administrativo, o Defensor Público será designado para outros órgãos de atuação, observando-se a prioridade de designação em órgãos de igual atribuição territorial e funcional; não sendo possível, deverá ser observada a prevalência do critério territorial isolado (órgão de atuação no espaço territorial que corresponda a atribuição originária do Defensor Público); e, em último caso, o critério funcional em área contígua.

A prevalência do critério territorial deriva do fato de que o art. 98, § 2º do ADCT e os arts. 106-A e 107 da LC nº 80/1994 selecionam este critério como prioritário para o exercício das funções e para a própria organização institucional. Em último lugar, observar-se-á a aplicação do critério funcional em comarca limítrofe, de modo a preservar o caráter funcional da atribuição protegida pela inamovibilidade do membro da instituição, enquanto este não assume nova lotação.

Importante também observar que a permanência do defensor público à disposição do gabinete não está limitada a um número certo de concursos de remoção, se não houver previsão legal a esse respeito. Se a legislação não estabelece nenhuma restrição, não caberia ao interprete extrair limitação numérica ao direito de participação em concursos de remoção;

**d) Remoção do defensor público para os órgãos vagos constantes do mapa de movimentação, no concurso de remoção que sobrevier:** permanecendo em regime de disponibilidade ou à disposição da instituição, o membro da Defensoria Pública poderá participar do próximo concurso de remoção que sobrevier, assumindo a titularidade de outro órgão de atuação vago constante do mapa de movimentação.

O que se pretende com a remoção voluntária do defensor público é que ele próprio consiga estabelecer sua atribuição territorial e funcional mediante assunção de nova titularidade, escolhendo uma nova realidade institucional voluntariamente e sem interferência da administração superior.

No âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o procedimento de escolha do membro da Defensoria Pública após processo de extinção ou reidentificação do órgão de atuação restou analisado pela Assessoria de Assuntos Institucionais, em parecer proferido pelo ilustre defensor público Marcílio de Souza Couto Brito, nos autos do processo administrativo nº E-20/11.029/08<sup>27</sup>.

De acordo com o parecer, o processo de extinção ou reidentificação do órgão de atuação permitiria que o defensor público atingido pelo ato

administrativo exercesse o direito subjetivo de optar por assumir a nova estrutura funcional do órgão de atuação ou permanecesse à disposição do gabinete do Defensor Público Geral, se removendo para outro órgão de atuação “com preferência” em relação aos demais integrantes da categoria.

Importante observar, entretanto, que o caminho adotado se revela extremamente perigoso, especialmente, por não haver um norte interpretativo que sustente juridicamente o direito de preferência. Sem dúvida, a preferência indiscriminada viola o princípio da antiguidade e cria uma janela de oportunidade para que algum defensor público alinhado com a administração superior desvirtue o fluxo natural de movimentação na carreira, assumindo órgão com funções territoriais e materiais diversas daquelas originariamente titularizadas.

Para que sejam minoradas as consequências negativas do processo de extinção/reidentificação sobre a inamovibilidade, a única forma de se estabelecer alguma espécie de preferência seria permitir a lotação do membro da Defensoria Pública em órgão de atuação vago que contemple as mesmas atribuições funcionais e territoriais do órgão antecedente<sup>28</sup> (exemplo: Defensor Público titular de órgão com atribuições criminais na comarca de Serra/ES, acaba sendo atingido por processo de reidentificação/extinção; nesse caso, ele poderia assumir, com preferência, a titularidade de outro órgão vago com atribuição criminal e localizado na mesma comarca). Nessa hipótese, embora não seja possível assegurar o exercício das mesmas atribuições anteriores, ao menos restarão minorados os efeitos negativos do processo de reidentificação/extinção, permitindo a conservação dos critérios territorial e funcional das atribuições originariamente exercidas pelo membro da Defensoria Pública.

#### **4. Conclusão**

A inamovibilidade como garantia constitucional é um instituto que integra o interesse público da instituição e, como tal, deve ser respeitado e preservado pela administração superior da Defensoria Pública.

Em sendo uma garantia de sede constitucional com caráter relativo, pode a administração superior modificar a realidade dos órgãos de atuação, sem um risco de engessamento institucional, desde que demonstrado o interesse público e a oportunidade de contraditório ao membro atingido.

As designações temporárias de membros que exercem funções de substituição, a extinção e a reidentificação de órgãos devem ter transparência o bastante aos membros da Defensoria Pública e a própria sociedade. Quaisquer atos praticados sem justificativa e embasamento concreto no interesse público devem ser controlados pelo Conselho Superior, já que a preservação da inamovibilidade integra o interesse institucional.

## 5. Referências

- ALVES, Cléber Francisco. PIMENTA, Marília Gonçalves Pimenta. *Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BACHÁ, Rafaella Cabral. *A Defensoria Pública e a efetivação da Justiça*. Fortaleza: Omni, 2007.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: princípios institucionais e regime jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- COSTA, Nelson Nery. *Manual do Defensor Público*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- GROSTEIN, Júlio. *Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo*. Salvador: Juspodivm, 2014.
- JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005.
- LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima. *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- LIMA, Lucas Cavalcante de. *Lei orgânica da Defensoria Pública do Rio Grande do Norte Comentada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- MENEZES, Felipe Caldas. “Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros”. In: ORDACGY, André da Silva. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública – Funções públicas essenciais à Justiça*, Curitiba: Letra da Lei, 2009.
- MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES, Sílvio Roberto Mello. “A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública”. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, 1995, ano VI, n.7.
- \_\_\_\_\_. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERES, Edilson Volpi. *Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios*. Salvador: Juspodvim, 2014.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Manual do Defensor Público*. Bahia: Juspodivm, 2016.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013.

## Notas

1. Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF. Professor da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
2. Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em cooperação com a Università degli Studi di Pavia. Professor de Direito Processual Penal e Princípios Institucionais da Defensoria Pública na Ucam e FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
3. Constituição da República Federativa do Brasil.
4. No âmbito legislativo estadual, a garantia da inamovibilidade possui previsão análoga no art. 33, II da LCE/AC nº 158/2006; art. 102, II da LCE/AL nº 29/2011; art. 30, II da LCE/AM nº 01/1990; art. 97, III da LCE/AP nº 86/2014; art. 147, III da LCE/BA nº 26/2006; art. 58 da LCE/CE nº 06/1997; art. 51 da LCE/ES nº 55/1994; art. 26, II da LCE/GO nº 51/2006; art. 22, I da LCE/MA nº 19/1994; art. 70 da LCE/MT nº 146/2003; art. 98 da LCE/MS nº 111/2005; art. 73, II da LCE/MG nº 65/2003; art. 55, III da LCE/PA nº 54/2006; arts. 152, II da LCE/PB nº 104/2012; arts. 121 e 155, I da LCE/PR nº 136/2011; arts. 35 e 45, II da LCE/PE nº 20/1998; art. 65 da LCE/PI nº 59/2005; art. 35, II da LCE/RN nº 251/2003; art. 53, III da LCE/RS nº 11.795/2002; arts. 46 e 68, I da LCE/RO nº 117/1994; arts. 32 e 45, II da LCE/RR nº 164/2010; art. 45, II da LCE/SC nº 575/2012; art. 160, II da LCE/SP nº 988/2006; art. 46, II da LCE/SE nº 183/2010; arts. 49, II e 50 da LCE/TO nº 55/2009.
5. De acordo com Edilson Volpi Peres, “com a garantia da inamovibilidade, o defensor tem a segurança de não vir a ser removido, caso sua atuação venha a desagrado setores influentes e poderosos da sociedade (como nos casos de ações contra o próprio Poder Público e, inclusive, contra os ocupantes de cargos públicos que agem em desacordo com a lei)” (PERES, Edilson Volpi. *Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios*, Salvador: JusPodvim, 2014, p.152). De maneira análoga, Sérgio Luiz Junques sustenta que a garantia da inamovibilidade “visa fortalecer a independência funcional do defensor público, uma vez que, mesmo contrariando interesses de terceiro, por mais poderosos que sejam estes, terá a certeza que ingerências alheias não o impedirão de continuar o seu trabalho” (JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*, Curitiba: Juruá, 2005, p. 97). No mesmo sentido, o professor Guilherme Peña de Moraes leciona que “a garantia em tela tem por escopo assegurar o exercício das funções institucionais com a necessária independência funcional, de sorte a permitir a livre atuação dos integrantes da Defensoria Pública, sem o temor de eventual remoção por desagrado a quem quer que seja”. In: MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da Defensoria Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 270-271.

6. “A garantia da inamovibilidade foi outorgada aos defensores públicos pela própria Constituição Federal (art. 134, parágrafo único) e é de suma importância para a independência funcional dos mesmos, uma vez que os coloca a salvo de eventuais ingerências políticas das quais poderiam ser vítimas ao se digladiar com poderosos em defesa dos interesses daqueles menos favorecidos. Além disto, não raras vezes, o Defensor Público contraria interesses de pessoas jurídicas de direito público, em razão da propositura de ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança, etc., despertando o interesse das autoridades atingidas pelo resultado desfavorável das medidas judiciais, na remoção do Defensor Público de seu órgão de atuação ou até mesmo da Comarca em que atua, como forma de vingança e paralisação do trabalho que vinha desempenhando em prol da população. Em boa hora, pois, o constituinte estendeu aos Defensores Públicos tal garantia (já existente para os magistrados e agora também presente para os membros do Ministério Público), que reverter-se-á em proveito do povo, podendo este contar com um Defensor Público mais independente e aguerrido”. In: MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 80.
7. MORAES, Sílvio Roberto Mello. *A garantia da inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública*, Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, 1995, ano VI, nº 7, p. 45.
8. ALVES, Cléber Francisco. PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 114.
9. MENEZES, Felipe Caldas. *Defensoria Pública da União: princípios institucionais, garantias e prerrogativas dos membros*. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública – funções públicas essenciais à Justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009, p. 184.
10. PERES, Edilson Volpi. *Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 153-154) Em sentido semelhante, entendendo que a inamovibilidade dos membros da Defensoria Pública teria natureza absoluta por não ter a Constituição Federal estabelecido qualquer espécie de ressalva à referida garantia: SILVA, Holden Macedo da. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Brasília: Fortium, 2007, p. 42.
11. CORGOSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: princípios institucionais e regime jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 204-206.
12. LIMA, Frederico Viana de. *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 391-392
13. REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217-219. Em sentido semelhante, entendendo que a garantia da inamovibilidade pode ser excepcionada pela remoção compulsória: BACHÁ, Rafaella Cabral. *A Defensoria Pública e a efetivação da Justiça*, Fortaleza: Omni, 2007, p. 39. BARROS, Guilherme Freire de Melo. Op. cit., pág. 191. COSTA, Nelson Nery. *Manual do defensor público*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 95-96. GROSTEIN, Júlio. *Lei Orgânica da Defensoria Pública de São Paulo*, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 268. JUNKES, Sérgio Luiz. Op. cit., p. 97. RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Manual do defensor público*, Bahia: JusPodivm, 2016, p. 159-161.
14. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima. *Defensoria Pública*, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 400. Em sentido semelhante: “Vejamos que no art. 134 da Constituição, que trata especificamente da matéria sobre as Defensorias Públicas, o legislador constituinte fez registrar no § 4º a seguinte disposição: ‘São princípios institucionais da Defensoria Pública

a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal'. O referido art. 93 trata da magistratura e no inciso VIII deste artigo está a previsão da remoção no interesse público: 'o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada a ampla defesa'. Insustentável, portanto, argumentar a inconstitucionalidade da remoção compulsória do Defensor Público prevista na LC 80/94 por não constar da Constituição Federal norma expressa e específica quanto à remoção no interesse público dos membros da Defensoria Pública, porque, como visto, existe sim norma constitucional aplicável, o art. 93, inciso VIII, conjugado com o art. 134, § 4º" (LIMA, Lucas Cavalcante de. *Lei Orgânica da Defensoria Pública do Rio Grande do Norte comentada*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 214-215).

15. "O interesse público tem para o Direito um sentido próprio e especial, não consistindo, como poderia parecer à primeira vista, um mero somatório dos interesses individuais de uma coletividade. Esta concepção meramente aglutinativa de interesses, por algum tempo, empolgou os utilitaristas, que acreditavam, a partir dela, na possibilidade de uma determinação quantitativa do bem comum, fundamentando-se na premissa falsa de que as pessoas não poderiam ter interesses individuais antagônicos aos metaindividualizados. A precariedade dessa afirmação desponta com nitidez de alguns exemplos do quotidiano do direito. No campo da tributação, o interesse individual poderá ser a redução das cargas tributárias, enquanto que o interesse metaindividual seria o da captação de maiores recursos públicos. No campo da segurança, o interesse individual será o de dedicar ao serviço militar o menor tempo possível, enquanto que diametralmente oposto poderá ser o interesse público. (...) Exemplos dessa natureza, em que se confrontam interesses individuais e metaindividualizados, se multiplicam e claramente demonstram que o interesse público nem é um somatório de interesses individuais nem um interesse próprio do Estado, nem, ainda e muito menos, se identifica com o dos governantes, como ocorreu no passado absolutista. Realmente, se o conceito de interesse público expressasse a soma dos interesses individuais, a existência do Estado seria um mal necessário, apenas tolerado como instrumento de cooperação impositiva para realizá-los. Se fosse um interesse próprio do Estado, neste caso não se identificaria com o da sociedade e representaria a negação do princípio republicano. Finalmente, se o interesse público se identificasse com o dos governantes, neste caso o Estado não passaria de um instrumento de opressão, negando-se o princípio democrático. Resta, assim, a ser considerada, a conclusão, eticamente impecável, de que o homem tem instintivamente inata e desenvolve em sua vida de relação, além da sua individualidade, uma dimensão gregária. Em razão disso, em acréscimo a seus interesses individuais, reflexos de sua individualidade, também alimenta interesses sociais, como reflexo de seu gregarismo, com características solidárias e respectivamente correlacionadas aos distintos grupos da sociedade a que pertença. Assim, é a projeção coletiva do interesse social, ainda que embrionário ou incipiente – mas que pode e deve ser desenvolvido e aperfeiçoado em cada indivíduo pelo cultivo da solidariedade e do civismo – a responsável pelo desenvolvimento dessa categoria transcendental, do interesse metaindividual, do qual, o interesse público, enquanto fenômeno sociológico, emerge diferenciado na consciência gregária e, como fenômeno jurídico, qualificado pela ordem jurídica vigente em cada sociedade organizada" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 272-273).

16. REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. Op. cit., p. 219-220.
17. Segundo Cléber Francisco Alves e Marília Gonçalves Pimenta, “a inamovibilidade significa que o defensor público não pode ser removido do seu órgão de atuação contra a sua vontade. Tal garantia permanece, inclusive, dentro da mesma comarca, não podendo o defensor público ser removido do órgão de atuação do qual é titular para outro da mesma comarca ou fórum” (ALVES, Cléber Francisco; PIMENTA, Marilia Gonçalves Pimenta. *Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 114). De maneira semelhante, Guilherme Freire de Melo Barros sustenta que “a inamovibilidade abrange não só a transferência do defensor público para outra comarca ou seção judiciária, como seu deslocamento para órgão de atuação diverso, ainda que na mesma comarca”. (BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Defensoria Pública*, Salvador, 2014, p. 195). Dentro da mesma ordem de ideias, Guilherme Peña de Moraes leciona que “a inamovibilidade, em apertada síntese, consiste na vedação de remoção do defensor público do órgão de atuação da instituição do qual é titular para outro qualquer, de forma compulsória, mesmo que em virtude de promoção” (MORAES, Guilherme Peña de. Op. cit., p. 270).
18. Como advertem Gustavo Augusto Soares dos Reis, Daniel Guimarães Zveibil e Gustavo Junqueira, a inamovibilidade não pode ser compreendida como garantia de que o defensor público não deva ser removido do local onde exerce suas funções, pois essa interpretação poderia permitir abusos na própria localidade: “Imaginemos um defensor atuando na defesa de moradores de rua, incomodando por acusar as autoridades constituídas de indiferença, causando constrangimento ao secretário estadual que comanda a polícia por acusá-lo de atuações abusivas, repercutindo tudo isso em mal-estar no relacionamento do governo estadual com a cúpula da Defensoria Pública, por exemplo. Se, por qualquer motivo, a cúpula da Defensoria Pública entendesse que o melhor seria afastar esse defensor para cessar o mal-estar, seria muito fácil retirá-lo do caso modificando sua atribuição na mesma localidade; ou seja, sem violar a garantia de inamovibilidade (se ela fosse meramente geográfica)” (REIS, Gustavo Augusto Soares dos; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; JUNQUEIRA, Gustavo. *Comentários à Lei da Defensoria Pública*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215)
19. MORAES, Silvio Roberto Mello. Op. cit., p. 45.
20. De acordo com os arts. 32, 77 e 116, § 1º da LC nº 80/1994, “é facultada a recusa à promoção, sem prejuízo do critério do preenchimento da vaga recusada”.
21. Algumas legislações estaduais dividem a Defensoria Pública em classes tão somente com o propósito administrativo, a exemplo dos Estados do Acre (5 níveis - art. 12 da LCE/AC nº 158/2006), Alagoas (4 classes – art. 43 da LCE/AL nº 29/2011), Espírito Santo (4 níveis – art. 25 da LCE/ES nº 55/1994), Goiás (3 classes – art. 16 da LCE/GO nº 51/2005), Paraná (3 classes – art. 70 da LCE/PR nº 136/2011), Pernambuco (4 classes – art. 25 da LCE/PE nº 20/1998), Rio Grande do Sul (4 classes – art. 2º, § 1º da LCE/RS nº 11.795/2002), Roraima (4 classes – art. 60 da LCE/RR nº 164/2010), Santa Catarina (3 categorias – art. 25 da LCE/SC nº 575/2012), São Paulo (5 classes – art. 87 da LCE/SP nº 988/2006), Sergipe (3 classes – art. 54 da LCE/SE nº 183/2010), sem atrelar, no corpo da lei, a classe com a atividade fim; algumas, inclusive, delegam esta regulamentação ao plano normativo interno. Nos Estados do Amapá (3 categorias – art. 51 da LCE/AP nº 86/2014), Amazonas (art. 4º das Disposições Finais LCE/AM nº 01/1990), Bahia (5 classes – art. 90

da LCE/BA nº 26/2006), Ceará (2 classes – art. 10 da LCE/CE nº 06/1997), Maranhão (4 classes – art. 25 da LCE/MA nº 19/1994), Mato Grosso (6 classes – art. 34 da LCE/MT nº 146/2003), Mato Grosso do Sul (5 classes – art. 48 da LCE/MS nº 111/2005), Minas Gerais (5 classes – art. 58 da LCE/MG nº 65/2003), Pará (5 classes – art. 25 da LCE/PA nº 54/2006), Paraíba (4 classes – art. 50 da LCE/PB nº 104/2012), Piauí (5 categorias – art. 42 da LCE/PI nº 59/2005), Rio de Janeiro (3 classes – art. 26 da LCE/RJ nº 06/1977), Rio Grande do Norte (5 classes – art. 22 da LCE/RN nº 251/2003), Rondônia (5 categorias – art. 20 da LCE/RO nº 117/94), Tocantins (4 classes – art. 61 da LCE/TO nº 55/2009), a legislação traz uma vinculação entre a classe da carreira e o exercício da atividade fim, correlacionando-os com os seus próprios órgãos de atuação ou com a estrutura administrativa do Poder Judiciário. Os Estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins destinam uma de suas classes para o exercício de funções de auxílio ou substituição, não havendo a titularidade de um órgão de atuação. Recentemente, a legislação do Estado do Rio de Janeiro desvinculou a classe dos defensores públicos substitutos do exercício das funções de auxílio ou substituição; de acordo com a nova redação do art. 31 da LCE/RJ nº 06/1977 (com redação dada pela LC nº 169/2016), os defensores públicos substitutos passam a possuir titularidade e, dentro do universo de órgãos de atuação da Defensoria Pública, subsistem os denominados “órgãos regionais”, cujo propósito é o de exercer funções temporárias de auxílio ou substituição.

22. De acordo com Gustavo Corgosinho, somente “os defensores públicos efetivos contam com a garantia da inamovibilidade”. Por essa razão, seria uma exceção à inamovibilidade “a inaplicabilidade da garantia ao defensor público substituto” (CORROSINHO, Gustavo. *Defensoria Pública: princípios institucionais e regime jurídico*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 197-205). No mesmo sentido, o art. 163, § 2º da LCE/SP nº 988/2006 e o art. 50 da LCE/TO nº 164/2010 afastam expressamente a incidência da garantia da inamovibilidade em relação aos defensores públicos desprovidos de lotação ou temporariamente designados.
23. Como ressalta Frederico Rodrigues Viana de Lima, “a designação extraordinária, por conseguinte, não viola a garantia da inamovibilidade. Mas desde que não extrapole os limites da razoabilidade, isto é, desde que elas sejam efetivamente extraordinárias” (LIMA, Frederico Rodrigues Viana de Lima. *Defensoria Pública*, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 396).
24. Para ilustrar a hipótese, pensemos em um órgão da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, com atribuição para atuar nos feitos de natureza cível e criminal na Comarca de Lagarto. Após analisar os dados referentes ao volume de atendimento da localidade, a administração superior decide realizar o desmembramento, criando um segundo órgão de atuação, que passa a atuar nos feitos de natureza criminal. Nesse caso, o órgão originário terá sofrido redução de atribuições, permanecendo unicamente com a atribuição para atuar nos feitos de natureza cível.
25. Nem sempre a violação da inamovibilidade ocorre pela subtração de atribuições. Existem muitas formas criativas de impedir o defensor público de continuar atuando em determinadas áreas sensíveis através da ampliação desproporcional de atribuições. Suponhamos, por exemplo, que determinado membro da Defensoria Pública esteja desenvolvendo trabalho incansável em determinado núcleo de tutela coletiva, prejudicando os interesses econômicos de empresários extremamente influentes. Como não se pode afastar o defensor público de suas atribuições originárias, a administração superior da Defensoria Pública

agrega ao referido órgão de atuação todo o volume de trabalho de outras três varas cíveis da comarca. Com isso, o defensor público acaba ficando assoberbado de trabalho e sem condições de continuar realizando a eficiente tutela coletiva dos interesses da população. De fato, o volume de trabalho do órgão de atuação se torna tão intenso que o membro da Defensoria Pública acaba sendo compelido a requerer a remoção “voluntária”.

26. Em outro julgado, o TJRJ entendeu que a Resolução nº 441/08 seria legítima, considerando a autonomia administrativa da instituição:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESOLUÇÃO N° 441/018 DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INAMOVIBILIDADE. INOCORRÊNCIA.** 1. Inocorrência de ofensa à garantia inserta no artigo 134, §1º da Constituição da República. Frise-se que tal proteção é conferida ao ocupante do cargo para que exerça com imparcialidade e altivez suas funções, alijado de pressões políticas que possam rodeá-lo, garantindo-lhe independência funcional. A inamovibilidade nada mais é do que uma garantia ao pleno exercício de misteres constitucionais sem a instabilidade inherente à possibilidade de remoção de ofício do agente público. 2. Não prospera o argumento de que seria necessária lei própria a promover a reestruturação implantada pela Resolução nº 441/08, uma vez que o ato do Defensor Público Geral se fundou em autorização trazida pelo artigo 24 da Lei Complementar Estadual nº 6 de 12/05/1977 (com redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 95/2000). 3. Documentação acostada aos autos que comprova a necessidade das mudanças introduzidas, não prosperando, portanto, os argumentos de ausência de motivo ou mesmo de desequilíbrio na distribuição do trabalho. 4. Medidas ultimadas através da mencionada resolução que buscaram melhorar o atendimento da instituição, cuja autonomia administrativa foi consagrada pelo artigo 134, §2º, da Carta Maior. 5. Provimento do recurso. TJRJ - 0277320-28.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO. DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS PAES. JULGAMENTO: 18/05/2011 – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL.

27. “Verifica-se que a lei impõe ao Defensor Público Geral o poder-dever de reidentificar o órgão da Defensoria Pública extinto em razão da transformação levada a efeito pelo Poder Judiciário. Assistiria aos Defensores Públicos titulares o direito de exercer preferência para nova lotação, junto ao órgão reidentificado e, se não tiverem interesse, ficarão à disposição do gabinete do defensor público geral do Estado até que sejam removidos, *com preferência*, mediante concurso, devendo se imediatamente providenciado o certame.

Conforme parecer já elaborado pela antiga composição da ASSEJUR, alerta-se que, com a interpretação do parágrafo segundo do art. 39 da LC 06/77 conforme a Constituição da República, tem-se que a disponibilidade referida no dispositivo legal não pode se perpetuar indefinidamente, tendo o Defensor Público o direito de ser aproveitado na primeira vaga que ocorrer na classe, sob pena de se malferir, por via obliqua, a prerrogativa legal da inamovibilidade”. BRITO, Marcílio de Souza Couto. Parecer emitido nos autos do Processo Administrativo nº E-20/11.029/08.

28. Quando tratamos da atribuição dos órgãos da Defensoria Pública, concluímos que o instituto define a soma de poderes outorgados ou conferidos à pessoa para que validamente pratique certos e determinados atos, ou seja, o limite de atuação dos membros da Defensoria Pública, a partir de sua investidura no cargo. Para o regular desempenho das funções institucionais conferidas à Defensoria Pública devem ser respeitados os critérios

de distribuição de atribuições definidos pelo sistema normativo, de modo a organizar e legitimar a atuação institucional. Do ponto de vista do conteúdo, as atribuições podem ser definidas sob os aspectos territorial e funcional (material). As atribuições territoriais têm como parâmetro as distâncias geográficas do território afetado a cada Defensoria Pública. No plano nacional, a atribuição territorial da Defensoria Pública da União alcança todo o país, enquanto que no plano das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal, restringe-se aos limites de suas respectivas unidades federativas. Na ótica funcional (material), frente à diversidade de órgãos de atuação da Defensoria Pública dentro da mesma base territorial, fundamenta-se a existência das atribuições materiais (cível, consumidor, família, criminal, fazenda pública etc.), que delimitam o conteúdo jurídico da atuação do Defensor Público.

# O protagonismo da Defensoria Pública na proteção dos (hiper)vulneráveis no mercado de consumo

## The protagonism of the Public Defender in protecting (hyper)vulnerable in the consumer market

Fábio Schwartz<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é demonstrar que a massificação das relações contratuais desencadeou uma crise na teoria contratual clássica. Neste cenário surgiram novos sujeitos de direitos, dotados de vulnerabilidade agravada, tais como os idosos, as crianças, o deficiente físico, o analfabeto, entre outros. Surge, assim, a hipervulnerabilidade, a qual pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor. Diante desta nova realidade social, urge que o Estado promova defesa robusta destes grupos socialmente fragilizados, principalmente no atual estágio do mercado de consumo, marcado pelas agressivas técnicas de venda e marketing. O trabalho aponta o papel de protagonismo da Defensoria Pública na contenção dos abusos do mercado em relação a estes sujeitos, sustentando que a defesa destes grupos sociais não está relacionada à hipossuficiência econômica. Propõe, assim, que as Defensorias Públicas de todo país operem a devida regulamentação do sistema de assistência jurídica integral, definindo novos critérios e parâmetros consentâneos com esta realidade.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to demonstrate that the massification of contractual relations triggered a crisis in classical contractual theory. In this scenario emerged new subjects of rights, endowed vulnerability compounded, such as the elderly, children, the handicapped, the illiterate, among others. Thus arose the hypervulnerability, which can be defined as a factual and objective social situation of worsening consumer of individual vulnerability, because of apparent personal characteristics or known by the supplier. Faced with this new social reality, it is urgent that the State promotes robust defense of these socially vulnerable groups, especially in the current stage of the consumer market, marked by aggressive sales and marketing techniques. The study highlights the leading role of the Public Defender in the containment of market abuse in relation to these subjects, arguing that the defense of these social groups is not related to economic poverty. Therefore proposes that the Public Defender's Offices

around the country operate proper regulation of full legal aid system by setting new criteria and parameters in line with this reality.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Hipervulneráveis. Direito do consumidor. Defensoria Pública. Emenda Constitucional 80/2014.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Hypervulnerable. Consumer law. Public Defender. Constitutional amendment 80/2014.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A horizontalização dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações contratuais – 3. Os grupos sociais vulneráveis e a potencialização de suas fragilidades no mercado de consumo: surgem os hipervulneráveis – 4. Considerações finais – 5. Referências.

## 1. Introdução

Na atual sociedade de consumo, pautada pela produção em massa e marcada pelo avanço vertiginoso das técnicas de marketing, não se pode dizer que a manifestação de vontade seja livre. Ao contrário, é toldada pela oferta de produtos e serviços que não para de se inovar.

A massificação das relações contratuais, impulsionada pela padronização dos contratos (de adesão), desencadeou uma crise na teoria contratual clássica, uma vez que o acordo de vontades deixou de ser real, passando a ser fictício, ou aparente. Assim, nas palavras de MARQUES<sup>2</sup>, “apesar de assegurados, no campo teórico do direito, a liberdade e a autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante já era flagrante”.

Por conta desse cenário, a defesa do consumidor foi alçada no Brasil à condição de direito fundamental, estatuído no inciso XXXII, art. 5º da CRFB, tendo o Código de Defesa do Consumidor, logo em seu art. 4º, inciso I, disposto que, dentre seus objetivos, deveria ser observada a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

E não poderia ser diferente, posto que o notório desequilíbrio do consumidor frente ao fornecedor impõe ao Estado uma proteção diferenciada, em atenção ao próprio princípio da igualdade<sup>3</sup>, buscando atendimento da lógica aristotélica de que se devem tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades, para alcançar a verdadeira equidade.

Em outras palavras, para se alcançar a igualdade substancial, o direito privado necessita de um pouco de *imperium*, ou melhor, da intervenção Estatal, típica do direito público, da hierarquia de suas normas de ordem pública e da força igualizadora dos direitos humanos, tendo sido este o escopo do Código Brasileiro<sup>4</sup>.

Diante da constatação do surgimento de novos sujeitos de direitos, expostos a uma vulnerabilidade agravada, em razão de características e condições pessoais fragilizantes

– tais como doença, senilidade ou incapacidade física – urge a elevação de trincheiras para uma proteção diferenciada destes sujeitos, compensando-se os fatores excludentes que lhes são peculiares nas relações negociais.

Neste particular, a Defensoria Pública se apresenta num papel de notório protagonismo na defesa dos chamados hipervulneráveis. A nova arquitetura institucional, conferida pela Emenda Constitucional nº 80/2014, não deixa dúvidas acerca deste notável *mister* que lhe foi entregue, mediante a expressa previsão do dever de promoção dos direitos humanos.

A noção de *necessitados*, portanto, quando cotejada com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, agora sob a guarida institucional da Defensoria Pública, deve se despir de toda carga individualista e patrimonialista, ganhando inafastável res-significado, abarcando assim todos aqueles que, por características intrínsecas, estejam suscetíveis a todo tipo de marginalização ou discriminação<sup>5</sup>.

## **2. A horizontalização dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações de contratuais**

Os direitos do homem, conforme afirma Bobbio, não foram afirmados e constituídos de forma abrupta e instantânea. Ao contrário, resultam de uma evolução histórica e foram construídos conforme a experiência humana de viver em sociedade<sup>6</sup>.

A Grécia antiga erigiu os alicerces para o reconhecimento dos direitos humanos, colocando o homem no centro da questão filosófica, ou seja, passou-se de uma análise mitológica da realidade para uma explicação antropocêntrica, possibilitando refletir sobre a vida humana sem interferências transcedentais<sup>7</sup>.

Para tanto, muito colaboraram os filósofos pós-socráticos, mormente Aristóteles, o qual afirmou que o homem é um animal cívico, ou seja, que se relaciona com os demais se integrando a uma comunidade e participando, inclusive, do governo da cidade<sup>8</sup>.

Na República Romana também se verifica a limitação do poder político, não pelo exercício de uma soberania popular tão ativa quanto em Atenas mas, sobretudo, através de um complexo sistema de controles recíprocos entre diferentes órgãos políticos, ou seja, um refinado mecanismo de *check and balance*, sendo certo que para alguns historiadores este governo moderado teria influenciado e inspirado Montesquieu quando da publicação de sua clássica obra, o *Espríto das leis*<sup>9</sup>.

Da Roma clássica, pode-se citar o *jus gentium* (direito do povo), que atribuía alguns direitos aos estrangeiros, embora em quantidade inferior aos dos romanos, e a própria possibilidade de participação do povo nos assuntos da cidade, o que, de certa forma, funcionava como instrumento de limitação ao exercício do poder político do Estado<sup>10</sup>.

O surgimento do Cristianismo também lançou bases para o reconhecimento dos direitos humanos ao limitar o poder político, conforme a célebre frase do Senhor Jesus

Cristo “dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”, bem como pelo fato de ter tornado possível a salvação a todos os homens (os gentios), e não somente a um povo (os judeus)<sup>11</sup>.

Na sociedade medieval havia uma nítida divisão entre clero, nobreza e o povo. Enquanto o clero rezava por todos, a nobreza cuidava da proteção das cidades e o povo trabalhava. Assim funcionava esta sociedade estratificada, onde a base da pirâmide, o povo, não detinha os mesmos direitos<sup>12</sup>.

Não obstante, a Magna Carta, outorgada pelo Rei da Inglaterra, João Sem-Terra, no século XII, inicia uma mudança de eixo, reconhecendo vários direitos, tais como a liberdade eclesiástica; a não existência de impostos sem a anuência dos contribuintes; a propriedade privada; a liberdade de ir e vir e a desvinculação da lei e da jurisdição à pessoa do monarca.

Outro marco importante desse período histórico são os escritos de São Tomás de Aquino, ressaltando a dignidade e igualdade do ser humano por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, distinguindo, ainda, quatro classes de leis: a lei eterna, a lei natural, a lei divina e a lei humana. Esta última, fruto da vontade do soberano, contudo, de acordo com a razão e limitada pela vontade de Deus<sup>13</sup>.

Com a descentralização política do Estado e o predomínio do magistério da Igreja Católica, o estilo de vida feudal, que caracterizava a Idade Média, deixa progressivamente de existir, dando azo à criação de uma nova sociedade, designada como moderna<sup>14</sup>.

Surge então a burguesia. *Pari passu*, temos a aparição do Estado moderno, com a centralização do poder político. O direito passa a ser o mesmo para todos dentro do reino, sem as inúmeras fontes de comando que caracterizavam o modelo medieval<sup>15</sup>.

A Reforma protestante também revela seu papel fundamental para o reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana, na medida em que, contestando a uniformidade da Igreja Católica, dá importância à interpretação pessoal das Sagradas Escrituras, o que poderia ser feito através da razão, e não somente através de alguém ungido por Deus<sup>16</sup>.

Na Inglaterra, outros documentos foram de fundamental importância, como o *Petition of Rights*, de 1628, o qual reclamava a necessidade de consentimento para a tributação; o julgamento dos acusados por seus pares para a privação da liberdade; e a proibição de detenções arbitrárias<sup>17</sup>.

Deste mesmo país, importa citar, ainda, a Lei do *Habeas Corpus*, de 1679, que protegia a liberdade de locomoção e que inspirou os ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, perdurando até os dias coevos como remédio heróico e fundamental em todas as constituições democráticas<sup>18</sup>.

Também cabe citar o *Bill of Rights*, Declaração de Direitos, o qual restringia o poder real, e fora editado por ocasião da ascensão ao trono do Rei Guilherme de Orange, em 1689. Como marcos indeléveis dos direitos humanos na modernidade, ressalvem-se as revoluções Inglesa (1689), Americana (1776) e Francesa (1789).

Esta última permeia a humanidade com seus ideais – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – os quais visam emancipar a humanidade da escravidão e da opressão de classe. Como se vê, no século XVIII consagrou-se o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, fundando, assim, o que se designou chamar de Estado Liberal.

Nesse período, os direitos fundamentais exerciam a nítida função de impor limites ao poder político estatal, consagrando uma dimensão puramente subjetiva de tais direitos, na medida em que delimitava apenas as pretensões individuais exigíveis do Estado.

A tragédia da segunda guerra mundial, entretanto, deixou claro que o exercício desses direitos não poderia ser visto apenas como faculdade puramente individual, necessitando revestir-se de expressão objetiva, de maneira que se espriassem pelos ordenamentos jurídicos de todo mundo.

Assim é que, a Declaração Universal de 1948, aprovada no seio da Assembleia Geral nas Nações Unidas por 48 Estados, inaugura o que BOBBIO<sup>19</sup> designa como a terceira etapa de construção do Estado de Direito, qual seja, a da internacionalização, na medida em que os direitos humanos foram consagrados, de forma livre e explícita por seus signatários<sup>20</sup>.

Não obstante, a despeito de internacionalizado, não se pode continuar a prestigiar uma visão puramente subjetiva de tais direitos, já que a pessoa humana não necessita apenas de proteção da opressão exercida pelos poderes do Estado.

Numa sociedade pós-moderna, marcada pela avalanche de inovações tecnológicas e pelo desmedido apelo consumista que seduz e cria uma massa de excluídos da felicidade convencional, calcada no ter, em detrimento do ser. Na era do individualismo extremo e materialismo notável, onde o dinheiro deixa de ser só troca e passa a refletir o principal juízo de valor da humanidade, exsurge o desafio de se proteger a pessoa humana destes poderes sociais não estatais<sup>21</sup>.

Tudo é fluido na pós-modernidade, nada mais é realmente concreto na era atual. Tempo e espaço são reduzidos a fragmentos; a individualidade predomina sobre o coletivo e o ser humano é guiado pela ética do prazer imediato como objetivo prioritário, denominado hedonismo

Daí porque é imprescindível a extensão da proteção dos direitos fundamentais para fazer frente ao poder opressor provindo de agentes privados, como, por exemplo, o mercado.

Neste sentido, destacamos a percuente crítica de Dufour ao Liberalismo ao dizer que:

O Mercado corresponde assim a uma tentativa de produzir um novo grande Sujeito suscetível de ultrapassar em potência todos os antigos, graças a essa Providência enfim decifrada, aceita e, sobretudo, posta em prática. Basta, em suma, para que tudo enfim vá bem, que aceitemos nos submeter a essa

força, incoercível e sem limites, que representa como tal um grau superior de regulamentação, uma forma derradeira e enfim verdadeira de racionalidade que se manifesta, não só por eventuais efeitos simbólicos, mas sobretudo pela extensão infinita da riqueza, tanto em forma de bens quanto em forma de moedas de metal. Nada deve poder entravar o exercício soberano dessa força. Tudo o que se assemelha a um desejo de regulamentação moral ou política resultaria apenas de irrigórias tentativas do homem de submeter a Providência a seus miseráveis pequenos cálculos. É preciso, segundo a palavra de ordem do liberalismo, 'deixar fazer' [*laisser-faire*] pois, no fundo, é Deus quem faz<sup>22</sup>.

Ressai nítida, portanto, a necessidade de se prestigiar a teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais, de Hans Carl Nipperdey (*Drittewirkung*). A despeito de não haver na Constituição brasileira disposição explícita quanto à aplicabilidade imediata de tais direitos em relação aos particulares – como ocorreu na Constituição de Portugal<sup>23</sup>, por exemplo – operando-se uma interpretação sistemática e teleológica não há como concluir de modo diverso.

Nesse sentido, destacamos a posição de Daniel Sarmento:

Com efeito, qualquer posição que se adota em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988, e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como o seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos<sup>24</sup>.

Os tribunais superiores têm trilhado este entendimento. Como exemplo, destacamos o Recurso Extraordinário nº 352940/SP<sup>25</sup>, no qual o Ministro Carlos Veloso reconheceu a aplicabilidade direta do direito à moradia e do princípio da isonomia no caso de impenhorabilidade do bem de família do fiador.

No STJ, destaque-se emblemática decisão da lavra do Ministro Luiz Fux, REsp 811.608/RS, na qual se reconheceu a aplicabilidade direta e imediata do direito à saúde, no caso de uma ação civil pública que pretendia a implementação de políticas públicas em favor da população indígena, conforme trecho abaixo destacado, *verbis*:

[...] Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da

Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdo daqueles. No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: 'São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos à saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (In: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301-302). Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. *A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.* Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária. Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com esquece nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará

infenso à uma interpositio legislatoris, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial [...]. (Grifos nossos). (REsp 811.608/RS, Rel. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314).

Resta indene de dúvidas que para responder aos anseios sociais dos dias atuais, os direitos fundamentais devem galgar novo patamar, extrapolando a dimensão meramente subjetiva e, conforme sustenta Bonavides, serem alcançados a “uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula<sup>26</sup>.

Ora, a crise do Estado do bem-estar social é inconteste. Portanto, exsurge de forma inadiável a necessidade de maior efetivação dos direitos humanos, sem a qual não se terão por cristalizados os primados de igualdade, mormente nas relações travadas entre particulares, uma vez que a gama de vulneráveis em relação aos novos atores privados da pós-modernidade é cada vez maior.

Conforme magistério da Defensora Pública Amélia dos Santos Rocha,

[...] as pessoas em condição de vulnerabilidade suportam as maiores e mais graves violações de direitos humanos<sup>27</sup>. [...] “se a dignidade humana é a ‘matriz genética dos direitos fundamentais’, se direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos pela ordem constitucional de cada país, a proteção da pessoa em condição de vulnerabilidade tem reflexo em todo o sistema<sup>28</sup>.

Acrescentamos que, se os direitos fundamentais são como um muro de arrimo – que protege o indivíduo não só das arbitrariedades do poder político constituído, mas também dos novos centros privado de poder, tal como o mercado, a sociedade civil, as empresas, dentre outros – a Defensoria Pública se revela como as ferragens que, ao se amalgamarem aos demais materiais, como os tijolos, a areia e o cimento, formatam a rigidez necessária para resistir às pressões externas.

Tijolos, areia e cimento, sozinhos, se desmangkan como pó se prescindirem da liga metálica. Da mesma forma, o sistema de proteção e defesa dos direitos humanos não funciona a contento sem que Defensoria Pública esteja presente no sistema, devidamente aparelhada e estruturada para atuar em favor dos socialmente vulneráveis.

Portanto, seja na linha de proteção relativa às relações entre cidadão e Estado; seja na senda dos tratos privados, que também podem encerrar ataques à dignidade da pessoa humana, a atuação da Defensoria Pública de maneira vigorosa é fato que se impõe, mormente porque é a própria Constituição Federal quem reveste esta instituição como “expressão e instrumento do regime democrático” (art. 134).

Como veremos no tópico a seguir, há um grupo de sujeitos carentes não somente de recursos financeiros mas, sobretudo, de uma cidadania inclusiva, mais consentânea com o nosso pacto fundante, direcionada para a promoção democrática dos direitos fundamentais e sociais, diuturnamente solapados de grupos mais frágeis.

### **3. Os grupos sociais vulneráveis e a potencialização de suas fragilidades no mercado de consumo: surgem os hipervulneráveis**

Se a modernidade calcava-se no discurso dos direitos adquiridos, na segurança e na ordem institucional, na pós-modernidade o que se observa é uma qualificação destes direitos por sua origem, no discurso dos direitos humanos fundamentais, como resultado de um objetivo de política legislativa voltado para tratar desigualmente aqueles sujeitos da sociedade considerados vulneráveis<sup>29</sup>.

Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor coaduna-se com os ventos pós-modernos, na medida em que deita especial preocupação com o direito dos diferentes, garantindo a cada um à sua diferença, ou seja, de continuar e ser diferente, sem ser punido por isso. Nas palavras de Erik Jaime: o *droit à la difference*<sup>30</sup>.

Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, em abordagem irrepreensível, afirmam que “a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação”<sup>31</sup>.

Sedimentada a noção de vulnerabilidade, modernamente defende-se que em relação a determinados grupos específicos da sociedade, sobressai a chamada vulnerabilidade agravada, ou, conforme designado por Schmitt<sup>32</sup>, hipervulnerabilidade, impondo-se, em relação a estes últimos, o recrudescimento da rede de proteção consumerista, ante a posição contratual debilitada que, via de regra, ostentam na vida negocial.

A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor<sup>33</sup>.

Nesta classificação se enquadrariam, por exemplo, os consumidores enfermos, os idosos, as crianças, os deficientes físicos e os analfabetos. O *modus* de vida atual não deixa margem de dúvida acerca das dificuldades desses sujeitos de direitos, ante a potencialização de lesões aos seus interesses, advindas do crescimento do comércio eletrônico e do incremento do ambiente virtual na vida de relação, onde a velocidade das mudanças impõe barreira quase intransponível àqueles dotados de uma natural fragilidade física, psicológica ou até mental.

Por exemplo, quem não se adaptou aos meios eletrônicos tornou-se um novo tipo de excluído, podendo ser considerado um verdadeiro analfabeto-cibernético, ou seja,

um excluído digital, portador de um novo traço de discriminação em nossa sociedade de consumo e da informação<sup>34</sup>.

Aliás, a classificação mencionada vai ao encontro do conceito previsto nas “100 Regras de Brasília”. Tais regras foram elaboradas no espaço de articulação das cortes superiores de justiça dos países ibero-americanos, denominado cúpula judicial, e aprovadas por ocasião da XIV Cúpula Judicial Ibero-americana, celebrada em março de 2008, em Brasília.

O referido documento, reconhecido por instituições essenciais na administração da justiça no cenário ibero-americano, alinha diretrizes que têm como escopo fomentar política judicial que atenda às especificidades de grupos vulneráveis, de acordo com a normativa internacional dos direitos humanos, respeitadas as diferenças no marco da igualdade. No capítulo I, seção 2<sup>a</sup>, que trata sobre os beneficiários das regras, o documento descreve o conceito de vulnerabilidade, destacando: “Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude, perante o sistema de justiça, os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico”.

Assim é que, em determinados produtos ou serviços que denotam dependência ou catividade, tais como os planos de saúde e a prestação de serviços públicos essenciais concedidos à iniciativa privada, o descumprimento de alguma cláusula contratual de certo importa maior potencialidade de dano para estes sujeitos, fazendo-se necessária uma proteção especial como garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

O direito privado pode e deve ser um vetor para se alcançar o justo, ou seja, um instrumento de inclusão social, de proteção de determinadas pessoas e grupos sociais fragilizados, contra todo tipo de abuso de poder, seja familiar ou econômico, ou mesmo de uma atuação contrária à boa-fé, aos bons costumes e aos fins econômicos e sociais do direito<sup>35</sup>.

O Brasil é uma sociedade de exclusão das grandes massas de consumo por excelência, em razão da forte desigualdade social que aqui grassa. Trata-se de fato incontestável, bastando observar a grande rejeição da classe alta e média à presença de novos consumidores advindos das classes C e D em seus nichos antes exclusivos de consumo já que, como se sabe, estes últimos, na última década, passaram a frequentar aeroportos e shopping centers etc.

Para Bauman, nessa sociedade individualista e órfã de órgãos atuantes do Estado, a exclusão do mercado de consumo passa a ter um novo significado, a saber: pobreza. Quem não consome não existe, é marginalizado, desprezado, humilhado, enfim, invisível<sup>36</sup>.

E as modernas e agressivas técnicas de marketing de nossa sociedade pós-moderna do hiperconsumo, não deixam de criar novos métodos de sedução, alimentando o

frenesi pela busca incansável da felicidade que sempre poderá ser alcançada na próxima compra. Porém, aquele que não possui condições de “comprar” sua felicidade é um excluído dos círculos da vida de relação.

Por conta deste cenário, temos verdadeiras estradas de inclusão social a serem percorridas, de molde a permitir o acesso igualitário, não só das classes sociais desfavorecidas ao mercado, mas principalmente dos nichos marginais de que cuida este artigo.

O STJ já vem reconhecendo a existência desta categoria socialmente frágil e a necessidade de uma especial proteção, conforme observado no REsp 931.513/RS<sup>37</sup>, no qual se pontuou que “[...] A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental [...]”.

Pode-se citar também a manifestação do Ministro Castro Meira, ao julgar o REsp nº 722.940/MG, o qual sustentou que:

São exatamente os consumidores *hipervulneráveis* os que mais demandam atenção do sistema de proteção em vigor. Afastá-los da cobertura da lei, com o pretexto de que são estranhos à generalidade das pessoas, é, pela via de uma lei que na origem pretendia lhes dar especial tutela, elevar à raiz quadrada a discriminação que, em regra, esses indivíduos já sofrem na sociedade. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador. (Grifo nosso).

O Código de Defesa do Consumidor não se furtou em deitar preocupação com este grupo social com especial debilidade, ao prever cláusula abusiva, no seu art. 39, inciso IV, a prática do fornecedor de “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua *idade, saúde, conhecimento ou condição social*, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Como exemplo da supracitada prática abusiva, pode-se citar a publicidade agressiva das novas formas de crédito, a qual incita ao consumo excessivo, levando ao superendividamento daqueles consumidores mais vulneráveis, tais como o idoso. Além disso, a publicidade abusiva, quando dirigida às crianças, tendo em vista sua condição de indivíduo em desenvolvimento, pode estimular hábitos de consumo inadequados, marcados pelo excesso, criando desejos artificiais, totalmente afastados de suas necessidades reais<sup>38</sup>.

Pois bem, como reflexo da tendência de proteção destes grupos (hiper) vulneráveis, o art. 4º, XI da LC nº 80/1994, estabelece como função institucional da Defensoria “exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência

doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado”.

Conforme lecionam Franklin Roger e Diogo Esteves<sup>39</sup>, “o dispositivo reflete preocupação constitucional de garantir a especial tutela de pessoas naturalmente frágeis [...]. Em seguida, os autores infirmam que a defesa destes grupos sociais não está relacionada à hipossuficiência econômica, sendo considerada função institucional eminentemente atípica, de molde que os mesmos não se encontram mais relegados ao segundo plano da justiça, principalmente pela falta de um porta-voz à altura das mazelas que lhes assolam.

A normativa em questão vai ao encontro da proibição constitucional de não discriminação, atendendo ao interesse social ínsito no princípio da dignidade da pessoa humana de que os hipervulneráveis sejam juridicamente garnecidos, de forma contundente e adequada, mediante a atuação de uma instituição com envergadura e *expertise* na defesa das camadas marginais de nossa sociedade.

Ada Pellegrini Grinover sustenta que, embora a assistência jurídica aos economicamente fracos seja premente, não pode este aspecto funcionar como o único prisma para fundamentar e garantir o pleno acesso à ordem jurídica justa<sup>40</sup>. Segundo seu magistério lapidar, a processualista aponta a existência dos chamados necessitados do ponto de vista organizacional, citando, como exemplo, os consumidores em geral, os usuários de serviços públicos, os usuários de plano de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente e tantos outros<sup>41</sup>.

Caminhando na mesma direção, Tiago Fensterseifer<sup>42</sup> propõe classificação desta categoria como sendo a de necessitados *em sentido amplo*, uma vez que o conceito de pessoas necessitadas não difere substancialmente do de pessoas em condições de vulnerabilidade, não se restringindo a necessidade de maior amparo do Estado apenas à perspectiva econômica, arrematando que:

ao fim e ao cabo, tanto o necessitado em sentido estrito, quanto o necessitado em sentido amplo conduzem à legitimidade da atuação da Defensoria Pública na tutela e promoção dos direitos das pessoas que se enquadram em tais situações de privação de direitos e vulnerabilidade, com especial destaque para a tutela coletiva dos seus direitos fundamentais (liberdades, sociais e ecológicas).

Como se vê, não há mais tempo a perder. Urge que as Defensorias Públicas de todo país operem a devida regulamentação do sistema de assistência jurídica integral, definindo novos critérios e parâmetros consentâneos com a inovação legislativa, principalmente no que tange ao amparo ao hipervulnerável.

Nessa auspíciosa direção, caminhou a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, mediante encaminhamento de Projeto de Resolução ao Conselho Superior daquela instituição, o qual, lamentavelmente, passados cerca de quatro anos, ainda dormita sem a devida apreciação. Talvez a inércia tenha se dado pela resistência de grupos corporativos que, de forma precipitada, e sem qualquer fundamento, enxergaram na aludida normativa uma ameaça ao mercado de trabalho dos advogados, o que, obviamente, não passa de uma miragem, já que estamos falando de indivíduos à margem da sociedade e cujo acesso ao judiciário tem sido diuturnamente dificultado.

A guisa de exemplo, destaque-se que o projeto contempla, em seu art. 2º, inciso VII, o chamado *atendimento individual protetivo*, que seria o prestado, no âmbito individual, à pessoa inserida em determinado grupo social vulnerável, e cuja pretensão esteja diretamente associada à sua situação de vulnerabilidade. Decerto, a normativa, se apreciada e aprovada, produziria um grande avanço na perspectiva de uma proteção qualificada e adequada a estes grupos vulneráveis.

Aliás, o parágrafo único do art. 2º do referido projeto trata expressamente acerca da figura dos hipervulneráveis, aduzindo:

Para efeitos desta Resolução considera-se que as situações de vulnerabilidade organizacional e hipossuficiência organizacional – e hipervulnerabilidade – derivam de especiais dificuldades dos indivíduos e grupos sociais em exercitar com plenitude os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico perante o sistema de justiça, o que deriva, dentre outras, de razões relativas à idade, ao gênero, à capacidade física ou mental, e a circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e culturais.

A necessidade de uma adequada regulamentação ganhou relevo após a Emenda Constitucional nº 80/2014, a qual conferiu novo perfil à Defensoria Pública, entregando-lhe a missão de promover os direitos humanos como caráter típico de sua atuação, o que, obviamente, não está atrelado à condição econômica dos sujeitos de direitos a quem se dirige esta proteção.

Neste sentido, colha-se interessante aresto emanado do TJ-MG, no qual restou consignado que: “[...] Em se tratando de ação que envolve interesses coletivos, a mera constatação da vulnerabilidade daquele grupo já autoriza a intervenção da Defensoria Pública [...]”. (TJ-MG – AI: 10024132933474001 MG, Rel Armando Freire, j. em 26/08/2014, 1ª Câmara Cível, p. 03/09/2014).

Portanto, após a inovação constitucional, o que move o atuar do Defensor Público em favor de seu assistido não é um interesse privado ou econômico/ patrimonial, mas, sobretudo, o interesse público de garantir a todo cidadão o mais amplo e irrestrito acesso à justiça, à concretização da cidadania e, como nota distintiva em

relação a qualquer outra instituição delineada pela Constituição Federal, *a promoção dos direitos humanos*.

Assim, conforme exposto por Franklin Roger<sup>43</sup>:

O papel da Defensoria Pública é muito maior do que aquele que se pretende atribuir a título de ombudsman, já que sua atuação não se restringe à proteção dos direitos humanos frente ao poder público. Há também a atuação preventiva e educadora, com o propósito de conscientização de direitos conferida pela Lei Complementar nº 80/94, o que me leva a crer que a instituição deva ser creditada em uma dimensão ainda mais ampla, a de custos humanus [...].

A atuação da Defensoria Pública orienta-se, doravante, por um conceito alargado de “necessitados”, incluindo-se os hipervulneráveis, independentemente da situação econômico/financeira que ostentem, já que importa uma atuação voltada para a promoção de um princípio constitucional basilar, que permeia toda a normativa infra-constitucional.

A Defensoria Pública, em muitos casos, representa o único elo entre estes grupos socialmente desprezados e os poderes não estatais estabelecidos na sociedade de consumo atual, servindo como instrumento de defesa de um regime socialmente mais justo e igualitário.

Ora, a proteção dos mais fracos é um fim do direito atual e o meio para atingir tal fim deve ser tão importante quanto o próprio fim. Ou seja, para se robustecer esta proteção e torná-la efetiva há que se fortalecerem os instrumentos disponíveis, fazendo-se a correta ponderação e aplicação desses, sob pena de se tornar inócuas a intervenção protetiva.

Neste diapasão, ganha relevo o papel de destaque dessa importante instituição na proteção dos hipervulneráveis, principalmente na tutela do consumidor, atuando o Defensor Público como agente garantidor da inclusão social deste grupo fragilizado, ante a notória dificuldade encontrada para o pleno e qualificado acesso aos bens de consumo, diante da complexidade ilimitada do mundo em que vivemos.

Assim é que o Defensor Público, através da difusão da educação para o consumo, mediante o fornecimento informações acerca dos direitos e deveres pertinentes aos hipervulneráveis, garantindo-lhes o desenvolvimento de um mínimo poder de reflexão e consequente manifestação de uma vontade consciente; seja por meio da mediação, estabelecendo um diálogo não deficitário com aqueles que detêm os mandos de produção; ou, em último caso, mediante a tomada das medidas judiciais cabíveis, para a legítima defesa e proteção dos interesses dos lesados; em todas estas situações estar-se-á, em verdade, garantindo o pleno exercício da cidadania àqueles que sempre ocuparam os porões da ordem jurídica deste país.

## 4. Considerações finais

Na atual sociedade de consumo, pautada pela produção em massa e marcada pelo avanço vertiginoso das técnicas de marketing, onde se observa uma grande massificação das relações contratuais, impulsionada pela padronização dos contratos (de adesão), desencadeou uma crise na teoria contratual clássica, uma vez que o acordo de vontades passou a ser aparente.

Em razão desse fato incontestável e do notório desequilíbrio do consumidor frente ao fornecedor, impõe-se uma proteção diferenciada, em atenção ao próprio princípio da igualdade, que deve ser material (substancial) e não apenas formal.

Reconhecida a existência da vulnerabilidade como um traço universal, ou seja, como um estado da pessoa, permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo, o direito privado passou a intervir nas relações de forma a amainar o desvão natural entre os sujeitos de direitos envolvidos nas relações de consumo.

Não obstante, modernamente, surge um grupo de pessoas ainda mais fragilizadas e, portanto, beneméritas de proteção diferenciada, com vistas a se alcançar a plena inclusão social destes sujeitos de direitos reconhecidamente hipervulneráveis.

Neste cenário, desponta o papel da Defensoria Pública, como guardiã maior destes sujeitos, funcionando como contundente instrumento de defesa de um regime socialmente mais justo e igualitário, cumprindo a vontade da própria Constituição Federal de funcionar como “expressão e instrumento do regime democrático” (art. 134).

Assim, a atuação da Defensoria Pública de pautar-se por um conceito alargado de “necessitados”, dentre os quais os chamados hipervulneráveis, independentemente da situação econômico/financeira que ostentem, já que importa uma atuação voltada para a promoção de um princípio constitucional basilar, que permeia toda a normativa infraconstitucional.

É o que se espera e se exorta neste singelo trabalho, que visa o incentivo à normatização da nova arquitetura institucional galgada com a Emenda Constitucional nº 80/2014, de forma a que esta imprescindível instituição abandone, em definitivo, a noção individualista e patrimonialista de assistência jurídica vigente desde priscas eras e se deixe levar pelos ventos do solidarismo e da proteção efetiva dos interesses da coletividade.

## 5. Referências

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

\_\_\_\_\_ ; TESKE, Keith. *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*. Barcelona: Paidós, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado – A revolução cultural liberal*. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à justiça. In: *Novas tendências do Direito Processual*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora RT, 2014.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos*. Editora RT: Revista de Processo 2008, RePro 164, p. 162.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos* (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade). São Paulo: Editora Juarez, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: O novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_ ; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PEIXINHO, Manuel Messias. *As teorias e métodos aplicados aos direitos fundamentais – doutrina e jurisprudência do STF e STJ*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROGER, Franklin. *A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria Pública*. Revista Consultor Jurídico, 27 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_ ; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública – Fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

## Notas

1. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes. Doutorando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito do Consumidor. Professor de Direito do Consumidor da Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (Fesudperj). Membro do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (Fonamec). Membro do Instituto Brasileiro de Política do Direito do Consumidor. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
2. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002, p. 151.
3. Art. 5º, CRFB: “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: (...)"
4. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012, p. 127.
5. Antes mesmo da Emenda Constitucional 80/2014, Rodolfo Camargo Mancuso assim se manifestava: “Note-se que o conceito de ‘necessitado’ não pode, em pleno século XXI, prender-se à mesma leitura reducionista das priscas eras (Lei 1.060/50, velha de quase sessenta anos!), texto reportado a uma época, a uma sociedade e a um Brasil muito distante da realidade contemporânea. Ao propósito, explica Leandro Coelho de Carvalho que a concepção

da Defensoria ‘como meio de viabilizar o acesso formal de pessoas carentes ao judiciário é difundida e antiga. *E indubitavelmente equívocada. A atuação institucional não se prende – nem poderia – à esfera judicial. Necessitado, por sua vez, não pode mais ser compreendido unicamente como o hipossuficiente económico. Esta visão mísope, obsoleta, é baseada na ordem constitucional anterior e no modelo praticado pela advocacia, absolutamente impróprio para a Defensoria Pública. A natureza das atribuições dos Defensores Públicos conferem-lhes relativo trânsito na comunidade, entidades do terceiro setor e Poder Público.* (Grifo nosso). Não por acaso, a instituição é uma ferramenta excelente para exercer o papel de elo entre estes atores, e como tal deve ser utilizada. Mesmo no âmbito forense, e sem descurar dos interesses das partes que patrocinam, por intermédio deles é sensivelmente mais fácil implementar os ideais da justiça restaurativa (com destaque para a execução penal), baseado num modelo conciliatório (não-adversarial), em prol do acesso à ordem jurídica justa. In: MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos.* Editora RT: Revista de Processo 2008, RePro 164, p. 162.

6. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004, p. 18.
7. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 7<sup>a</sup> ed. revista e atualizada. São Paulo: 2010, p. 53.
8. *Ibidem*, p. 54.
9. *Ibidem*, p. 56-57
10. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV.* 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 16.
11. *Ibidem*, p. 17.
12. COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 57.
13. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos* (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade). São Paulo: Editora Juarez, 2000: p. 18-19.
14. COMPARATO, Fábio Konder. Op. Cit., p. 60.
15. *Ibidem*, p. 60.
16. PEIXINHO, Manuel Messias. *As teorias e métodos aplicados aos direitos fundamentais – doutrina e jurisprudência do STF e STJ.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.
17. *Ibidem*.
18. *Ibidem*.
19. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 27.
20. Anote-se, ainda, que no decorrer de sua obra, Bobbio aponta e distingue etapas na construção do estado democrático de direito. A primeira etapa seria a da positivação de tais direitos. São as declarações de direitos explicitadas em norma interna de cada país. A segunda etapa, generalização, seria o da extensão de tais direitos a todos os homens, de forma igualitária, sem discriminação. A terceira etapa é a internacionalização, sendo esta que nos interessa no momento. De forma bem sucinta, referimos que Bobbio ainda trata de uma quarta fase, a da especificação, ou seja, a do aprofundamento da tutela, visando a proteção de grupos vulneráveis, tais como os idosos, a mulher, a criança, o deficiente etc.
21. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 107.
22. DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado – a revolução cultural liberal.* Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2008, p. 86.

23. Artigo 18º - 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
24. SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 237.
25. Veja acórdão na íntegra: “A Lei 8.009/1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18/10/91, acrescentou o inciso VII, a ressalvar a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”. É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Em trabalho doutrinário que escrevi - “Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil”, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003 - registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração - direito social - que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família - a moradia do homem e sua família - justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, - inciso VII do art. 3º - feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo - inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família - Lei 8.009/90, art. 1º - encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição”.
26. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 588.
27. ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública – fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 1.
28. *Ibidem*, p. 12.
29. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno, Op. cit., p. 115.
30. *Ibidem*.
31. *Ibidem*.
32. SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217.

33. Idem, p. 233
34. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.
35. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 121.
36. BAUMAN, Zygmunt; TESKE, KEITH. *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*. Barcelona: Paidós, 2002, p. 139.
37. Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1<sup>a</sup> Região), Relator p/ acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 25-11-2009, DJe 27-09-2010.
38. LIMA, Clarissa Costa. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Editora RT, 2014, p. 38.
39. ROGER, Franklin; ESTEVES, Diogo. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 357.
40. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Assistência judiciária e acesso à justiça” In: *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2<sup>a</sup> ed., 1990, p. 245.
41. Neste sentido é o parecer de Ada Pellegrini Grinover elaborado para a ANADEP e que pode ser consultado na íntegra em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/contendo/4820/Documento10.pdf> > Acesso em: 23 jul. 2014.
42. FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.
43. ROGER, Franklin. “A promoção dos direitos humanos como função moderna da Defensoria Pública”. Revista *Consultor Jurídico*, 27 de outubro de 2015.

# Para além das Varas de Fazenda Pública: a importância social da atuação extrajudicial da Defensoria Pública na área fiscal.

## In addition to the Public Finance Courts: the social importance of the Public Defender's extrajudicial action in fiscal area.

Guilherme de Lara Picinni

**RESUMO:** O presente artigo tem como principal objetivo ressaltar a importância da atuação extrajudicial da Defensoria Pública no exercício do direito de defesa do cidadão perante as imposições tributárias do Estado. Para embasar tal argumento, traça-se os princípios que regem a atuação da Defensoria Pública e volta-se ao Processo Administrativo Fiscal, dando ênfase nos efeitos desastrosos que a ausência de assistência jurídica nessa etapa causa tanto ao contribuinte quanto à sociedade civil. Propõe-se, por fim, a atuação integrada da instituição com os órgãos fiscalizatórios dos entes federativos, fortalecendo a ampla defesa e a isonomia de imposições entre as classes sociais.

**ABSTRACT:** This article aims to highlight the importance of extrajudicial Public Defender acting in the exercise of citizen's right of defense before tax state impositions. To support this argument, we draw the principles governing the activities of the Public Defender and worked through the Tax Administrative Proceeding, emphasizing the disastrous effects that the lack of legal assistance at this stage cause at both the taxpayer as to civil society. It is proposed, finally, the integrated institution acting with fiscal organs of the federative entities, strengthening the legal defense and the equality of taxation between social classes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Defensoria; Pública; Processo; Administrativo; Tributário.

**KEYWORDS:** Defenders; Public; Proceeding; Administrative; Tax.

### 1. Das diretrizes institucionais da atuação da Defensoria Pública

#### 1.1 Da Defensoria Pública e a Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em contradição ao período pretérito, consagrara uma série de direitos sociais, individuais e coletivos<sup>1</sup>, tidos como direitos fundamentais. Ampliaram-se, proporcionalmente, seus titulares, passando, em grande parte dos casos, a definir direitos inerentes a todo e qualquer indivíduo.

É notório que, obstante às nobilíssimas intenções do constituinte originário, o citado diploma, embora tenha trazido “um expressivo elenco de direitos destinados à defesa da posição jurídica perante a Administração<sup>2</sup>”, está longe de ser a panaceia.

Trata-se de um fenômeno a muito estudado pela Teoria do Direito: após a positivação da norma, é esperada a atribuição de sentido pelos mais diversos agentes<sup>3</sup> para, aí então, que sejam disponibilizados mecanismos para a aplicação do mandamento. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonçalves Branco:

A atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescondível relevo para a vida social e para a definição do Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social; a interpretação da Constituição “só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação” e não se cogita de aplicação sem interpretação<sup>4</sup>.

Aos moldes da referida Carta, fortalece-se a instituição da Defensoria Pública, proclamada explicitamente em seu art. 134 e com alicerces cravados nos princípios do devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV, da CFRB<sup>5</sup>) e do acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CFRB<sup>6</sup>).

Trata-se de uma demonstração de coerência por parte do constituinte que, ao expandir o rol de garantias fundamentais e, mais do que isso, garantir-lhes eficácia<sup>7</sup>, preocupou-se também com a prática, ampliando as instituições encarregadas de assegurar seu cumprimento junto aos órgãos competentes, sendo a Defensoria Pública o principal exemplo.

A Defensoria Pública, por leitura gramatical do dispositivo,

é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal<sup>8</sup>.

Depreende-se, portanto, que a Defensoria Pública funciona de maneira a assegurar àqueles que não possuem condição financeira para arcar com os custos de um advogado privado uma assessoria jurídica digna,

instrumentalizando, assim, o pleno exercício dos direitos fundamentais da cidadania à esmagadora maioria da população e superando, pela via

institucional, a desigualdade social de oportunidades dadas a seus assistidos em relação aos possuidores de fortuna material<sup>9</sup>.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonçalves Branco,

A Defensoria Pública não apenas recebeu a missão de defender os necessitados em todos os graus de jurisdição, como também lhe foi assinada a tarefa de orientar essa mesma população nos seus problemas jurídicos, mesmo que não estejam vertidos em uma causa deduzida em juízo<sup>10</sup>.

### **1.2 Das funções extrajudiciais da instituição**

Ressalta-se que, conforme se vê, não pretendera o texto constitucional restringir o âmbito de atuação do órgão à simples atuação judicial, ao revés, o texto é explícito em prescrever que a Defensoria atua em âmbito *judicial e extrajudicial*, para defender, dentre outras coisas, direitos individuais e coletivos dos necessitados.

À luz dos princípios constitucionais que norteiam a atuação da instituição, não poderia ter se disposto em outro sentido. Com efeito, o caminho para a concretização de um direito, seja ele constitucionalmente ou legalmente garantido, passa por etapas extrajudiciais indispensáveis.

Tratando-se, por exemplo, de um direito protestativo, que depende de provocação do titular, de um hipossuficiente, é de suma importância a assessoria jurídica extrajudicial para que o indivíduo escolha se vai, ou não, exercer seu direito, afinal, ninguém protesta um direito que não sabe ter. Da mesma forma, deve atuar em casos de direitos do cidadão frente à atuação do Estado que, deparando-se com casos de abuso, identifica *suitable cases*<sup>11</sup> para posterior judicialização, em atuação originariamente extrajudicial.

Ademais, pode o Defensor Público atuar extrajudicialmente em casos em que fazer-se possível a conciliação. A referida atuação não encontra em seu desfavor nenhuma disposição constitucional. Em contrapartida, à prática corroboram os mais caros princípios do Direito Processual, como o da Economia Processual e da Razoável Duração do Processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição de 1988<sup>12</sup>). Na prática,

o defensor, longe de ser um juiz frio, imparcial e equidistante, será um mediador, um árbitro, que, em vez de decidir quem é o vencedor, tentará esclarecer às partes quais os seus direitos e deveres, objetivando sempre a pacificação social e não determinado resultado<sup>13</sup>.

Mais importante é recordar que a assessoria jurídica contenciosa não se restringe apenas ao processo judicial. Em algumas matérias, como é o caso das questões

tributárias, a defesa administrativa é tão importante quanto a defesa judicial, especialmente nos órgãos recursais mistos. Conforme assinala Hugo de Brito Machado:

A segunda instância administrativa é, sem qualquer dúvida, uma garantia fundamental para o contribuinte contra os abusos do fisco, tanto no plano federal, como no estadual e no municipal. A vivência de mais de trinta anos não nos permite admitir o contrário<sup>14</sup>.

O Processo Administrativo Fiscal, que será mais profundamente tratado no próximo tópico, é, como o judicial, travado em pleno exercício do contraditório, contando com órgãos julgadores paritários entre representantes dos contribuintes e representantes da entidade fiscal, todos especializados, quando não em tributos específicos, nas exações de competência do ente federativo o qual pertencem. Portanto, há relevante chance de êxito do contribuinte nas instâncias extrajudiciais.

Nesse sentido, é usual, na prática forense tributária, que se trate a atuação contenciosa de maneira bipartida: de um lado o contencioso administrativo fiscal e, do outro, o contencioso judicial.

É evidente que, vide todos os princípios constitucionais que se materializaram na Defensoria Pública, seria canhestro aceitar que se traçasse discriminação de tratamento entre o hipossuficiente assistido pela Defensoria Pública e daquele que não se diferencia em nada exceto pela condição financeira suficiente para arcar com os honorários de um advogado. Sepultar-se-iam os Princípios da Igualdade<sup>15</sup> e do Acesso à Justiça. É, portanto, patente a necessidade da atuação do Defensor Público na esfera administrativa fiscal.

É importante ressaltar, ainda, que muito se discutiu se no vocábulo “hipossuficientes”, do texto constitucional, englobavam-se e pessoas físicas e pessoas jurídicas que não poderiam arcar com o custo de uma assistência jurídica. O assunto foi decidido inúmeras vezes em cortes superiores no sentido de que

o benefício da assistência judiciária gratuita pode ser deferido às pessoas jurídicas, quer sem fins lucrativos (entidades filantrópicas ou de assistência social) quer com fins lucrativos, cabendo-lhes o ônus probandi da impossibilidade de arcar com os encargos financeiros do processo<sup>16</sup>.

Nesses moldes, a Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, modificou a Lei Orgânica da Defensoria Pública para estabelecer que à Defensoria Pública cabe

exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de *pessoas naturais e jurídicas*, em processos

administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses<sup>17</sup>. (Grifos nossos).

Para melhor entendermos o tema, vejamos o procedimento administrativo fiscal que as pessoas, físicas ou jurídicas, podem utilizar para questionar uma autuação tributária extrajudicialmente e as consequências da falta de assessoria técnica nesse momento.

## 2. Do Processo Administrativo Fiscal a partir da autuação

### 2.1 Aspectos gerais

O Processo Administrativo Fiscal (PAF) é gênero de muitas espécies. Podem gerar PAF, por exemplo: (i) Consultas formuladas pelo contribuinte à autoridade fazendária com o intuito de esclarecer entendimento sobre dispositivo legal; (ii) Pedido de compensação tributária formulado pelo contribuinte; (iii) Pedido de restituição de tributo pago indevidamente ou pago a maior; (iv) Impugnação administrativa de tributo sujeito a lançamento de ofício e (v) Impugnação à autuação administrativa destinada a cobrar tributo pago a menor e/ou multa administrativa por descumprimento de obrigação tributária, dentre outros.

A bem da praticidade, nos voltaremos tão somente às linhas gerais do procedimento a partir do último motivo, em razão de ser a situação mais recorrente e a qual o contribuinte se encontra em maior estado de hipossuficiência em relação à imposição pecuniária estatal.

O PAF, assim como tantos outros da espécie dos Processos Administrativos Lítigiosos, ou *judicialiformes*<sup>18</sup>, funda-se na ideia de autocontrole da Administração Pública, observando especialmente o aspecto da legalidade<sup>19</sup>, estabilidade e igualdade de tratamento entre os administrados (impessoalidade)<sup>20</sup>.

Nesse sentido, todo o procedimento se submete a diversos princípios constitucionais, enumeram-se: princípio da publicidade, princípio da oficialidade, princípio da atipicidade, princípio da pluralidade de instâncias, princípio da celeridade processual, princípio da ampla defesa e do contraditório etc.

Na prática, o PAF é literalmente um “jogo de ganha-ganha” na medida em que, ao mesmo tempo que o fisco tem a oportunidade de revisitar suas atuações para não gastar recursos judicializando créditos questionáveis, o contribuinte tem a chance de exercer seu direito de defesa em uma esfera prejudicial, mais célere, especializada e sem precisar garantir os valores em juízo.

Revela-se, também, o interesse social no justo procedimento administrativo fiscal, visto que, tão melhor ele funcionar, menos execuções fiscais questionáveis serão entre-gues ao, sempre sobre carregado, Poder Judiciário.

Traça-se, nos próximos tópicos, as linhas gerais do Processo Administrativo Fiscal desenvolvido a partir da impugnação a uma autuação administrativa. Cita-se, apenas a título de exemplo, fontes normativas atinentes ao procedimento na esfera da União (Decreto 70.235/72), todavia, é constatável que nos mesmos moldes desenvolvem-se as disposições dos PAF dos estados-membros e seus municípios, salvo algumas denominações e peculiaridades.

## **2.2 O Auto de Infração**

A modalidade de PAF exposta depende, obviamente, da autuação fiscal. O Auto de Infração, nas palavras de Leandro Paulsen é “documento que formaliza a constituição do crédito, apontando o tributo devido e aplicando a multa. O Auto de Infração, portanto, consubstancia lançamento de ofício do crédito tributário<sup>21</sup>”.

O documento em questão, vide art. 10 do Decreto 70.235/72, deve ser “lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta” e conter:

- (i) a qualificação do autuado; (ii) o local, a data e a hora da lavratura; (iii) descrição do fato; (iv) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (v) a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta dias); (vi) a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula<sup>22</sup>.

Vale ressaltar, ainda, que o Auto de Infração deve conter todos os elementos comprobatórios da formação da obrigação tributária ou do cometimento do ilícito<sup>23</sup>, nas palavras de Hugo de Brito Machado:

O ônus da prova dos fatos em disputa no procedimento administrativo fiscal não é do contribuinte, como alguns afirmam. O ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito é de quem o alega. Aplica-se a teoria geral da prova, que está consubstanciada nas disposições do Código de Processo Civil. Ocorre que, em face de indícios fortes da existência do fato gerador da obrigação tributária, capazes de autorizar a presunção de tal ocorrência, pode dar-se a inversão do ônus da prova. A não ser em tal circunstância, o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é naturalmente do fisco<sup>24</sup>.

As legislações específicas costumam prever, ainda, descontos na multa de ofício paga dentro do prazo de impugnação. No caso da União, é dado o desconto de 50% (cinquenta por cento) àquele que adimplir durante o prazo de impugnação e 30%

(trinta por cento) àquele que pagar a multa com impugnação pendente julgamento na primeira instância administrativa<sup>25</sup>.

Nesse quadro, o autuado tem a primeira escolha importante: Impugnar o Auto de Infração ou usufruir do benefício da multa reduzida? Não se pode exigir que o contribuinte hipossuficiente faça essa escolha distante de uma assistência jurídica adequada sem roubar-lhe grande parte de seu direito de defesa.

### ***2.3 Da Impugnação e dos Recursos Administrativos***

Conforme salientado, o contribuinte, cientificado, possui 30 (trinta) dias para, se discordar da autuação, apresentar uma Impugnação ou, se concordar, pagá-la com o devido desconto.

A Impugnação inicia o Processo Administrativo Fiscal e deve conter, especialmente,

(i) a autoridade julgadora a quem é dirigida; (ii) a qualificação do impugnante; (iii) os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (iv) as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito<sup>26</sup>.

A petição é dirigida às primeiras instâncias administrativas, geralmente compostas por auditores fiscais nomeados, um órgão composto exclusivamente por representantes do fisco, portanto. No caso da Receita Federal, esses órgãos são denominados Delegacias Regionais de Julgamento<sup>27</sup>.

O órgão julgador de primeira instância aprecia todos os pedidos do impugnante, especialmente aqueles prejudiciais à autuação, podendo, nesses casos: (i) negar provimento à impugnação; (ii) anular parcialmente o auto de infração; ou (iii) desconstituir completamente o auto de infração.

Diante da decisão da primeira instância administrativa, é, ordinariamente, previsto recurso voluntário<sup>28</sup> a um órgão colegiado misto, com metade dos julgadores escolhidos daqueles que exerciam função fiscalizatória e a outra metade de especialistas indicados por entidades que representam os contribuintes. A este órgão, no PAF federal, é dado o nome de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Cita-se que, muito embora seja geralmente previsto nas legislações de PAF, a ausência de um recurso administrativo de segunda instância não é considerada violação aos direitos do contribuinte por certa parte da doutrina. Outrossim, caso haja a previsão, a limitação de acesso a ele é. Como lecionou Cláudio Carneiro:

(...) o princípio do devido processo legal não garante o direito ao recurso administrativo em segunda instância, mas no caso de sua expressa previsão legal, qualquer condicionamento aos recursos limitador de ampla defesa e contraditório é constitucional. Nesse sentido, se o ente federativo, como acontece em alguns Municípios, não estipular recursos das decisões administrativas, somente caberá socorro à via judicial, pois na esfera judicial estes direitos são garantidos<sup>29</sup>.

Seguindo essa linha, o art. 33 do Decreto nº 70.235/1972, que previa como condição ao prosseguimento do Recurso Voluntário o arrolamento de, ao menos, 30% (trinta por cento) do valor da exação em bens, foi declarado constitucional por violar o devido processo legal administrativo<sup>30</sup>.

Nesse sentido, há, novamente, importante decisão em que o contribuinte hipossuficiente é deixado à própria sorte. Deveria, indeferido o pedido, apelar à próxima instância administrativa? Ir à judicial? Pagar o tributo cobrado obstante às suas razões?

Realizado julgamento no CARF, há a previsão de Recurso Especial à Câmara Superior de Recursos Fiscais, a qual é incumbida de julgar principalmente teses que apresentem interpretação divergente entre julgados da segunda instância administrativa, dando sincronia jurisprudencial ao órgão.

#### **2.4 Da Certidão de Dívida Ativa**

Esgotadas as possibilidades de recurso administrativo por parte do contribuinte, seja por exaurimento do prazo de interposição, seja por utilização de todos os meios competentes, o lançamento de ofício é encaminhado à Procuradoria do respectivo ente e passará a ser inscrito em dívida ativa.

Milita parte da doutrina que o ato de inscrição em dívida ativa é importante ato de controle de legalidade sobre a constituição do crédito tributário lançado, mesmo sem contar com um procedimento voltado ao contraditório. A exemplo de Paulo de Barros Carvalho:

Esgotados os trâmites administrativos, pela inexistência de recursos procedimentais que possam atender a novas iniciativas do sujeito passivo, e não havendo medida judicial que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, chegou a hora de a Fazenda Pública praticar quem sabe o mais importante ato de controle de legalidade sobre a constituição de seu crédito: o ato de apuração e de inscrição do débito no livro de registro da dívida pública. Sempre vimos o exercício de tal atividade revestido da mais

elevada importância jurídica. É o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre crédito tributário já constituído, que se realiza pela apreciação crítica de profissionais obrigatoriamente especializados: os procuradores da Fazenda<sup>31</sup>.

A prática, muitas vezes, desmente tal teoria. Com efeito, os procuradores são os primeiros com obrigatoriedade formação jurídica a ter acesso à discussão. Todavia, fundamentam-se na indisponibilidade do interesse do erário para tornar, *in práxis*, o ato da constituição do título executivo extrajudicial mecanicamente executado.

Cumpre salientar que, na maioria dos entes, é somado à monta o valor relativo aos honorários dos procuradores, que, no caso da Procuradoria da Fazenda Nacional, é equivalente a 20% do valor total da autuação<sup>32</sup>. Na prática, esse é mais um método de coação do contribuinte ao adimplemento.

### **3. Da assistência extrajudicial da Defensoria Pública no setor fiscal: teses, problemas e propostas**

#### **3.1 Por que atuar?**

A este momento da pesquisa, já devemos estar convencidos da possibilidade da atuação extrajudicial da Defensoria Pública em questões fiscais. Além disso, já devemos estar cientes da importância do Processo Administrativo Fiscal para a vazão do direito de defesa do contribuinte.

Todavia, por qual razão a Defensoria Pública deveria voltar-se a essa questão em virtude de tantas outras? Em outras palavras, por que a Defensoria Pública deveria se preocupar com tributação, uma área que é tida pelo imaginário jurídico como “burguesa”, ao invés de, por exemplo, com a qualidade da execução penal no Brasil ou com as violações aos direitos dos consumidores?

Evidentemente, trata-se, neste trabalho, da expansão e da consolidação da presença da Defensoria Pública no setor fiscal. Não se propõe, obviamente, um total redirecionamento da atuação dos defensores.

A Defensoria Pública saltou, em pouco mais de vinte anos, de posição incipiente, coadjuvante no judiciário brasileiro, ao protagonismo em diversas áreas da prestação jurisdicional. Trata-se de um processo autoalimentado. Com a presença da instituição na vida da população, sua força política amplia-se e, com maior força política, angariam-se mais fundos para que ela se faça mais presente na vida do cidadão. A atuação que se cobra é, pensamos, parte da afirmação da instituição como entidade de assistência jurídica geral ao hipossuficiente.

Com efeito, há áreas em que o cidadão já sabe que, dirigindo-se à Defensoria Pública, irá conseguir a orientação jurídica adequada, *verbi gratia*, a do direito do consumidor. Em outro giro, conforme exemplificado, há situações em que a mesma estrutura não se verifica. Se, esses casos, nem a Defensoria Pública socorre o indivíduo, a quem a ele resta recorrer?

### **3.2 Da “tributação ótima” como um interesse público**

Poderia dizer-se que tal ação prejudicaria os interesses do erário, o que seguramente não procede. Frisa-se, preliminarmente, que a correta imposição tributária é de grande interesse público. Um pouco de reflexão sobre o assunto não nos deixa apontar outra conclusão senão de que desarrazoadas imposições de tributo podem levar um império à falência, por outro lado, a excessiva mitigação dessas prestações pode conduzi-lo à mesma condição.

Nesses termos, embora seja geralmente retratada em adversidade, a relação contribuinte-fisco é indiscutivelmente cooperativa. O erário nada mais é do que a soma das contribuições individuais dos administrados, daí surgindo a denominação “contribuinte”, beirando ao absurdo falar-se de rivalidade entre os pertencentes da relação.

É de interesse social, abstratamente, a tributação “ótima”, correspondente à justa medida entre a gana de arrecadação e a ambição de a ela resistir<sup>33</sup>. Nessa toada, a Defensoria Pública deve diligenciar no sentido de impedir que a sede arrecadatória exceda os limites previstos no sistema jurídico, o que, além de ser ilegal, pode gerar desastrosos efeitos econômicos à sociedade civil, desde desemprego da mão-de-obra ao êxodo de investimentos financeiros e bancários.

### **3.3 Da proposta de uma atuação extrajudicial na esfera fiscal**

Trata-se, neste breve tópico, de uma pequena proposta prática de teor apenas exemplificativo que, por razões óbvias, não se debruça em questões políticas ou orçamentárias que cercam sua implementação. Serve apenas como uma materialização dos temas tratados no artigo.

Feita essa primeira ressalva, imaginemos as diretrizes principais da atuação extrajudicial da Defensoria Pública no âmbito fiscal. Na fase contenciosa, não são necessárias muitas laudas para descrevê-la, na medida em que ela pode se desenvolver nos mesmos moldes da judicial, apenas voltando-se para um outro campo da discussão da lide.

Poderiam ser desenvolvidos Núcleos de Apoio da Defensoria Pública integrados aos respectivos órgãos de desenvolvimento do processo administrativo fiscal, quais sejam, a Receita Federal, no caso da Defensoria Pública da União, e as Secretarias de Fazenda dos estados-membros e dos municípios, no caso das Defensorias Públicas dos Estados.

Conforme já descrito, a Autuação e o PAF desenvolvem-se de maneira a sempre coagir o contribuinte autuado a efetuar o pagamento sem discutir o mérito da imposição. Com a presença interna da Defensoria Pública nos órgãos administrativos, poder-se-ia modificar essa tendência, ou, ao menos, evitar que o contribuinte pouco informado adimplisse às exações mais absurdas.

Na prática, o defensor poderia assistir aos contribuintes autuados elaborando peças, como impugnações a autos de infração e recursos administrativos, ou orientando os assistidos a desistir da via administrativa, optando pelo pagamento com a multa reduzida, a adesão a um programa de parcelamento especial, ou redirecionando-o à um dos núcleos atuantes nas Varas de Fazenda Pública, visando a evitar a Execução Fiscal, tal qual já fazem os advogados privados.

Por outro viés, poder-se-ia pensar em uma atuação consultiva tributária das Defensorias Públicas? Parece-nos que sim.

A consulta tributária já é um instituto consagrado nos órgãos fiscalizatórios, através dos plantões fiscais, realizados pelos mesmos indivíduos incumbidos de autuar os contribuintes. O dissenso é visível: como pode o contribuinte utilizar como fundamento de sua prática tão somente o entendimento daqueles os quais são incumbidos de aumentar a arrecadação de seus respectivos entes?

Com efeito, especialmente em teses de entendimento controvertido no âmbito jurisprudencial e que aguardam decisões das cortes superiores, a orientação dos plantões fiscais é sempre no sentido pró-fisco, o que gera uma desconfiança no contribuinte, levando-o a bater às portas dos consultores.

Da mesma forma se desenvolve-se o planejamento tributário das empresas, que, visando a adimplir tão somente com o que lhe é obrigatório e diante de um sistema tributário por vezes de alta complexidade, dispõe verdadeiras fortunas com consultores especializados. Com as pessoas jurídicas hipossuficientes, que não possuem essa disponibilidade, os administradores, sem qualquer formação, são obrigados a opinarem em questões jurídico-fiscais e a insegurança jurídica, consequentemente, impera.

Assim, a Defensoria Pública poderia agir paralelamente aos plantões fiscais, identificando os melhores comportamentos a serem adotados pelas pessoas físicas ou jurídicas perante as autoridades fazendárias, acompanhando procedimentos fiscalizatórios e planejando operações.

#### **4. Considerações finais**

Procurou-se, neste pequeno ensaio, ressaltar a importância da assistência jurídica extrajudicial na área do Direito Tributário. Paralelamente, propôs-se que a Defensoria Pública, como pilar do acesso à justiça e atual protagonista da justa prestação jurisdicional, não deve ficar à margem das imposições fiscais.

Nesse sentido, ressaltou-se que, por muitas vezes serem as únicas opções de assistência jurídica ao hipossuficiente, os defensores são essenciais à justa imposição tributária. Salientou-se, ainda, que a atuação extrajudicial fiscal vai além da mera defesa perante os órgãos competentes, podendo a Defensoria Pública auxiliar o contribuinte em importantes decisões prejudiciais, como o pagamento antecedente do auto de infração.

Conclui-se, portanto, que o contencioso fiscal, atualmente, funciona com defesa deficiente em sua etapa administrativa, especialmente no que tange às pessoas físicas e jurídicas das classes menos abastadas. Isso, conforme ressaltado, pode gerar distorções desastrosas ao macrossistema econômico-fiscal de uma região, na medida em que aqueles com maior capacidade contributiva, por poderem desfrutar de maiores chances de defesa, pagam, proporcionalmente, menos tributos que a camada social inferior, o que ocasiona menor distribuição de renda e desestímulo ao pequeno empreendimento.

No atual sistema jurídico, a melhor opção para reverter esse quadro é, inegavelmente, a Defensoria Pública. Somente a citada instituição possui estrutura e força política para se penetrar nesse segmento, na medida em que reafirma sua missão institucional e, como sempre, garante a isonomia de tratamento jurídico entre os pobres e os ricos.

## 5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 70.235/1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 16 ago.2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.025/69. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1025.htm)>. Acesso em: 16 ago.2016.

BRASIL. Lei nº 9.430/1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei nº 132, de 07 de outubro de 2009. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp80.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp80.html)> Acesso em: 14 ago. 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Raphael Manhães. A Defensoria Pública e o acesso à justiça. Brasília: Revista CEJ nº 30, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Fábio Soares de. *Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos*. São Paulo: Dialética, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEDER, Suely Pletz. *Defensoria Pública – instituição essencial ao exercício da função jurisdicional pelo estado e à justiça*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documents-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/905757.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário completo*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

## Notas

1. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.
2. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 397.
3. “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cida-

dãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição". HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

4. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 81
5. Constituição Federal, art. 5º, LIV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)> Acesso em: 10 ago. 2016.
6. Constituição Federal, art. 5º, XXXV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)> Acesso em: 10 ago. 2016.
7. "A preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, na vivência jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvessemos descoberto o óbvio após longa procura. As poucas situações em que o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais foram destacadas e comentadas em tom severo". In: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 259.
8. A Constituição Federal, art. 5º, LXXIV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)> Acesso em: 12 ago. 2016.
9. NEDER, Suely Pletz. *Defensoria Pública* – instituição essencial ao exercício da função jurisdicional pelo estado e à justiça. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documents-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/905757.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.
10. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1038.
11. Casos adequados. Expressão inglesa para casos em que a judicialização é pertinente ou vantajosa.
12. A Constituição Federal, art. 5º, LXXIV. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm)> Acesso em: 14 ago. 2016.
13. MARTINS, Raphael Manhães. *A Defensoria Pública e o acesso à justiça*. Brasília: R. CEJ n. 30, 2005, p. 26-33.
14. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 477.
15. "Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes". In: ALEXY, Robert. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo Malheiros, 2015, p. 408.
16. Decisão Monocrática publicada no DJe no dia 24/02/2011. Recurso Especial nº 1.205.289 – RS. Relator Min. Luiz Fux. Primeira turma. Superior Tribunal de Justiça.
17. Art. 4º, V, da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, com redação dada pela Lei nº 132, de 07 de outubro de 2009. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp80.html](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp80.html)> Acesso em: 14 ago. 2016.
18. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 892.
19. MELO, Fábio Soares de. *Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 47.

20. Idem, p. 49.
21. PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 4<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 292.
22. Art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.
23. MELO, Fábio Soares de. *Processo administrativo tributário: princípios, vícios e efeitos jurídicos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 125.
24. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 475.
25. Art. 44, §3º, da Lei nº 9.430/1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9430.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.
26. Art. 16 do Decreto nº 70.235/1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.
27. Art. 25, inciso I, do Decreto nº 70.235/1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.
28. Art. 33 do Decreto 70.235/1972. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.
29. CARNEIRO, Cláudio. *Processo tributário administrativo e judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 10.
30. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.976. Rel. Ministro Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Supremo Tribunal Federal. Publicado no Diário da Justiça em 18-05-2007.
31. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 675
32. Art. 1º, *caput*, Decreto-Lei nº 1.025/69. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1025.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2016.
33. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.



# Legitimidade institucional e a nomeação judicial do Defensor Público como curador especial

## Institutional legitimacy and the judicial nomination of the Public Defender as curator to the dispute

Maurilio Casas Maia<sup>1</sup>

Pedro González Montes de Oliveira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a adequação técnica da nomeação judicial do Defensor Público como curador especial. Para tanto parte-se do estudo de recentes julgados do STF e STJ que tratam de legitimidade institucional da Defensoria Pública e da amplitude semântica das expressões “necessitados” e “insuficiência de recursos”. Em seguida faz-se o exame do instituto da curadoria especial. Aponta-se que, nessa função, a Defensoria Pública atua em razão de vulnerabilidade ou hipossuficiência jurídica do curatelado, independentemente da sua condição econômico-financeira. À luz da legislação que trata do tema constata-se que se trata de função de defesa privativa da Defensoria Pública, com potencial de efetivação das quatro ondas renovatórias do acesso à justiça. Nesse quadro, conclui-se que a nomeação judicial do Defensor Público como curador especial é inócuia e afronta o ordenamento jurídico.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the technical adequacy of the judicial appointment of a public defender as curator to the dispute. For this goal it's made a analyses of recent judgments of Brazilian's Supreme and Special Courts dealing with institutional legitimacy of the Public Defender's Office and the meaning of the terms “needy” and “lack of resources”. Then it's examined the institute of the curator to the dispute, concluding that it is a private defense function of the Public Defender's Office, with the potential to effect the four waves of access to justice. In this context, the study concludes that the judicial appointment of a public defender as curator to the dispute affronts the law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Curadoria Especial. Nomeação judicial. Defensor Público. Independência. Defensoria Pública. Autonomia.

**KEYWORDS:** Curator to the dispute. Judicial nomination. Public defender. Independence. Public Defender's Office. Autonomy.

## 1. Introdução

No âmbito do Direito, algumas práticas são repetidas ao longo dos anos sem que se entendam os motivos pelas quais são realizadas. Isto é, todos seguem o mesmo caminho, por vezes equivocado, presumindo que os demais sabem para onde estão indo, em verdadeiro *efeito manada*<sup>3</sup>. O desacerto da escolha, porém, comumente não resiste a uma análise mais técnica da questão.

Exatamente pelos motivos acima delineados, o presente estudo recai sobre a prática de “nomear” o Defensor Público. Aliás, mais especificamente, sobre a prática judicial de “nomear” o Defensor Público como curador especial. Isso porque o provimento jurisdicional com tal conteúdo é um desses costumes que – apesar de corriqueiros – não encontram base no texto constitucional. Com efeito, o Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) parece ter sido levado pela *manada*.

Certamente, o NCPC trouxe inegáveis avanços para o estudo e o tratamento processual da Defensoria Pública. Em matéria de curadoria especial não foi diferente, tendo sido incorporadas diversas críticas apontadas pela doutrina e pela jurisprudência<sup>4</sup>. Mas nem tudo é só elogio.

O mesmo cuidado não foi observado quanto à forma de introdução da figura do curador especial no processo. O *caput* do artigo 72 do NCPC substituiu o comando “O juiz dará curador especial” – presente no *caput* do artigo 9º, CPC/73 – por “O juiz nomeará curador especial” – a despeito de prever expressamente no parágrafo único do mesmo dispositivo que *a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei*.

Ocorre que a prática do “nomear judicial” da Defensoria Pública para exercer tal função já era criticada pela doutrina especializada na vigência do CPC/73<sup>5</sup> e a mudança do verbo, pois, encontra-se na contramão dos estudos constitucionais e institucionais sobre o tema. Por isso, o presente texto se dedicará à seguinte questão: É constitucionalmente aceitável que o juiz “*nomeie*” o Defensor Público para atuar como curador especial?

A fim de responder à questão exposta, o presente texto será dividido em duas partes: A primeira, versará sobre a legitimidade institucional da Defensoria Pública a partir dos recentes precedentes do STF e do STJ. Por outro lado, a segunda parte exporá diretamente a problemática da suposta possibilidade de *nomeação judicial* de defensores públicos.

## 2. A legitimidade institucional da Defensoria Pública

Desde a constitucionalização e nacionalização, em 1988, a Defensoria Pública foi geralmente vitimada pela sine do *reducionismo* de sua missão constitucional e legal nos manuais de Teoria Geral do Processo, Direito Processual e de Direito Constitucional.

Tal situação não foi diferente nas salas de aula. Comumente, as atribuições do Defensor Público eram resumidas a apenas um aspecto: a substituição do advogado privado.

Como consequência da “pobreza” com a qual a instituição era exposta no cenário acadêmico-doutrinário, criou-se um mito do senso comum jurídico-teórico brasileiro no sentido de que a Defensoria Pública manteria seus limites de atuação vinculados aos necessitados de ínole econômico-financeira, ignorando-se, pois, a amplitude semântica das expressões “necessitados” (artigo 134, CF/88) e “insuficiência de recursos” (artigo 5º, XXV, CF/88).

Todavia, uma análise dos recentes posicionamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) demonstra que essa visão reducionista não tem prosperado.

No âmbito do STF, a principal referência para a atuação defensorial é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.943. Trata-se de ação de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007. Em maio de 2015, o STF reconheceu a legitimidade coletiva da Defensoria Pública partindo de uma renovada compreensão hermenêutica sobre os conceitos de “necessitados” e “insuficiência de recursos”. A ementa ficou assim redigida:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N° 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N° 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCISOS XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (STF, ADI 3943, Relatora Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 07/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154, d. 05/08/2015, p. 06/08/2015).

A referida decisão do Supremo Tribunal Federal parte do princípio do acesso à Justiça (re)lido à luz dos princípios hermenêuticos da *máxima efetividade* e da *força*

*normativa da Constituição*, a fim de se garantir o acesso à Justiça para o maior número de pessoas possíveis a se enquadrarem no conceito amplo de necessitados.

Por outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), deve-se citar decisão da respectiva Corte Especial no EREsp nº 1.192.577. Originalmente, o caso se iniciou no estado do Rio Grande do Sul, quando a Defensoria Pública estadual gaúcha (DP-RS) propôs ação civil pública com a finalidade de tutelar coletividade idosa alvo de aumentos em planos de saúde apontados como abusivos. A querela chegou ao STJ veiculada no Recurso Especial (REsp) nº 1.192.577<sup>6</sup>. Em primeira análise por meio da 4<sup>a</sup> Turma do STJ, entendeu-se pela ilegitimidade da Defensoria Pública, aplicando-se ao processo coletivo o mesmo conceito individualista e meramente econômico geralmente utilizado para a atuação defensorial por *representação* (em substituição do advogado, cuja parte não pode pagar). Contra o referido decisório, foram interpostos os Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.192.577.

Em 21 de outubro de 2015, por ocasião do julgamento do EREsp nº 1.192.577, a corte especial afinou o STJ à retrocitada jurisprudência do STF, a fim de firmar o entendimento de que a legitimidade coletiva da Defensoria Pública deve ser vinculada ao conceito de necessitado em sentido amplo, à luz da máxima efetividade constitucional e da força normativa da Constituição. A redação da ementa foi finalizada da seguinte maneira:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. 1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária. 2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal. 3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por

idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”): “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” 4. “A expressão ‘necessitados’ (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres – os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012). 5. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/1985, alterada pela Lei n.º 11.448/2007 (“Art. 5.º – Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:... II – a Defensoria Pública”). 6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão. (STJ, EREsp 1192577/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, Corte Especial, j. 21/10/2015, DJe 13/11/2015).

No retrotranscrito acórdão do EREsp nº 1.192.577, destaca-se o reconhecimento da condição de vulnerabilidade, de certo modo, como força atrativa das atribuições da Defensoria Pública – sendo inclusive mencionado na ementa que “o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de *vulnerabilidade*

já é reconhecida na própria Constituição Federal". No âmbito do STJ, o julgado paradigmático é o acórdão proferido no REsp nº 1.264.116/RS, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, o qual merece transcrição aqui porque, além de lançar especial atenção à tutela dos vulneráveis via Defensoria Pública, conferiu interpretação ampliativa ao termo "necessitados" a fim de garantir o acesso à Justiça Coletiva e isso desde 2011 – segue transcrição de trecho relevante:

(...) A expressão *necessitados* (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros – os miseráveis e pobres –, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no *Welfare State*, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de *minus habentes* impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 2<sup>a</sup> T., j. 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

Por fim, em 4 de novembro de 2015, o STF decidiu com repercussão geral sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela de direitos *difusos*. Trata-se do Recurso Extraordinário (RE) com repercussão geral (RG) nº 733.433, cuja ementa assim dispôs:

Direito Processual Civil e Constitucional. Ação civil pública. Legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses difusos. Interpretação do art. 134 da Constituição Federal. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial

de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas (STF, RE 733433, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 4/11/2015, *Acórdão eletrônico com repercussão Geral – Mérito*, DJe-063, div. 6-4-2016, p. 7-4-2016).

A partir da leitura do acórdão, percebe-se que o decisório harmoniza a legitimidade coletiva da Defensoria Pública com o texto constitucional e, por consequência, com a redação conferida pelo mesmo STF na ADI nº 3.943.

Dessa maneira, percebe-se que a jurisprudência superior segue o caminho de conferir maior proteção processual aos *segmentos sociais vulneráveis*,<sup>7</sup> os quais podem ser enquadrados na categoria de *necessitados constitucionais*<sup>8</sup> – ou seja, segmentos eleitos pela Constituição enquanto categorias a serem especialmente protegidas pelo Estado.

As decisões retromencionadas têm relevante importância na atividade coletiva da Defensoria Pública. Por outro lado, repercutem diretamente na *atividade intervventiva*<sup>9</sup> da Defensoria Pública a partir de seu *interesse institucional* – e algumas decisões já tratam com naturalidade tal modalidade de atuação, principalmente quanto às ações possessórias<sup>10-11</sup> – embora, também tenha se admitido a intervenção da Defensoria Pública em processos individuais envolvendo interesse de consumidores<sup>12</sup> na formação de precedentes e idosos com deficiência<sup>13</sup>.

Percebe-se, pois, que a jurisprudência tem caminhado rumo a uma melhor compreensão das atribuições da Defensoria Pública, abandonando o anacrônico entendimento que limitava a sua atuação às hipóteses de hipossuficiência econômica. Mister, assim, voltar a atenção para uma atuação defensorial que igualmente independe do critério econômico e que, apesar de antiga, ainda permanece incompreendida por muitos. Trata-se da curadoria especial.

### **3. A curadoria especial como função institucional da Defensoria Pública**

A curadoria especial é instituto de direito processual de caráter eminentemente protetivo. Destina-se a garantir a tutela dos interesses de pessoas cuja situação de vulnerabilidade possa impedi-los de ter plena ciência acerca da existência e do teor do processo ou de exercer adequadamente a defesa de seus direitos em juízo<sup>14</sup>. Suas principais hipóteses estão previstas no artigo 9º, CPC/73, correspondente ao artigo 72, NCPC, quais sejam: (i) incapaz sem representante legal; (ii) incapaz quando os interesses deste colidirem com os do representante legal; (iii) réu revel preso; (iv) réu revel citado por edital ou com hora certa.

A doutrina especializada costuma classificá-la como *função atípica*<sup>15</sup> da Defensoria Pública, uma vez que a instituição atua em favor do curatelado independentemente de sua condição econômica. Haveria, assim, uma situação de hipossuficiência jurídica.

Todavia, com o advento da Lei Complementar nº 132/2009 e da Emenda Constitucional nº 80/2014 vêm surgindo vozes defendendo o abandono da classificação das funções da Defensoria Pública em típicas e atípicas<sup>16</sup>. Afinal, dada sua conformação legal e constitucional atual, a Defensoria Pública defende não a somente pessoas ou grupos vulneráveis, mas igualmente, valores constitucionalmente assegurados<sup>17</sup>. Trata-se, de fato, de uma instituição constitucionalmente idealizada para garantir o acesso à Justiça – tanto em sentido formal (acesso ao Judiciário), quanto em sentido material (acesso ao direito devido, tanto por via judicial, quanto extrajudicial)<sup>18</sup>.

A curadoria especial, pois, configura atribuição em favor primordialmente de valores relevantes do ordenamento<sup>19</sup>, em especial o contraditório e a ampla defesa (artigo 3º-A, IV, LC nº 80/94). Destarte, não deve ser considerada uma função atípica – como se fugisse da natureza da instituição<sup>20</sup>. Trata-se, segundo Amélia Soares da Rocha<sup>21</sup>, de *função institucional de defesa*, sendo determinada diante da ausência de recursos técnicos do curatelado para tutela de seus interesses, a denotar uma situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência jurídica.

Ademais, pode-se dizer que a curadoria especial assegura o acesso à justiça tanto em sentido formal – em relação ao curatelado – quanto em sentido material – em relação ao curatelado e à sociedade como um todo. Afinal, além de permitir a defesa do hipossuficiente jurídico, garante o interesse social de realização do devido processo legal, que é considerado verdadeiro direito humano (arts. 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/92).

Nessa linha, considerando a classificação das funções da Defensoria Pública de acordo com as ondas renovatórias de acesso à Justiça<sup>22</sup>, a curadoria especial se situa em zona fronteiriça entre diversas ondas conhecidas<sup>23</sup>. Isso porque, como destacado, a curadoria especial atende a *interesse social difuso*, pois a todos interessa a efetivação da Constituição, mormente para os mais vulneráveis nos processos, realizando, assim, a 2ª onda renovatória de acesso à Justiça. Por outro lado, o instituto vai além ao facilitar *procedimentalmente* o acesso à Justiça do hipossuficiente jurídico, compondo, pois, a 3ª onda renovatória. Com efeito, a curadoria igualmente está envolta de conteúdo ético de efetivação dos direitos humanos, que é inerente à 4ª onda renovatória de acesso à Justiça<sup>24</sup>. Ao fim, saliente-se que se o curatelado for ainda necessitado *econômico*, inevitavelmente a curadoria também representará extensão da 1ª onda renovatória de acesso à Justiça.

Assim sendo, pode-se afirmar que a curadoria especial é *função institucional com potencial de efetivação das quatro ondas renovatórias de acesso à Justiça*.

Por outro lado, trata-se também de *função privativa*<sup>25</sup> da Defensoria Pública, vez que expressamente prevista no aludido artigo 4º, XVI, da Lei Complementar nº 80/94, bem como nas respectivas leis orgânicas estaduais<sup>26</sup>, sem qualquer ressalva. Tal

exclusividade restou reafirmada pelo próprio Código de Processo Civil de 2015, que no parágrafo único do artigo 72 determina que “A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei”.

Percebe-se, assim, que a *curadoria especial é função institucional de defesa privativa da Defensoria Pública, com potencial de efetivação das quatro ondas renovatórias de acesso à Justiça*.

#### **4. Crítica à nomeação judicial do Defensor Público como curador especial**

A nomeação é o *ato ou efeito de nomear pessoa para o exercício de uma função*<sup>27</sup>. Logo, faz-se imprescindível que o nomeado não seja o incumbido de cumprir a função para o qual está sendo nomeado<sup>28</sup> – do contrário, ter-se-ia a nomeação como inócuia e desnecessária. É assim sem efeito prático, a nomeação judicial do Defensor Público natural para atuar como *curador especial*, função tipicamente defensorial. Isso porque os Defensores Públicos são *nomeados* em decorrência de sua aprovação em *concurso público*, nos termos do § 1º do artigo 134 da Constituição da República<sup>29</sup>, e não por *nomeação judicial*.

No passado, de certo modo, a nomeação judicial para atuar como curador especial buscava justificativa no regime do CPC/73 até o advento da Lei Complementar nº 80/94. Isso porque o seu artigo 9º, parágrafo único previa: “Nas comarcas onde houver representante judicial de incapazes ou de ausentes, a este competirá a função de curador especial”. Todavia, a lei não esclarecia que figura seria essa, o que gerava certa perplexidade doutrinária<sup>30</sup>.

O artigo 9º, parágrafo único, CPC/73, pois, era omissivo e não era em si mesmo eficaz – vez que dependia de lei que o completasse criando o cargo de representante judicial de ausentes<sup>31</sup>. Assim, nos casos em que não era exercida pelo Ministério Público de forma atípica, o juiz nomeava advogado dativo para exercer essa função<sup>32</sup>.

Ocorre que o paradigma legislativo atual é outro. Com a edição da Lei Complementar nº 80/94, a norma do artigo 9º, parágrafo único, CPC/73, restou completada, vez que essa estabeleceu no artigo 4º, VI (atual inciso XVI, após a mudança de redação promovida pela Lei Complementar nº 132/09) ser função institucional da Defensoria Pública o exercício do papel de curador especial no processo<sup>33</sup>. De fato, há quem entenda que o artigo 4º, VI, da Lei Complementar nº 80/94 teria revogado o artigo 9º, parágrafo único, CPC/73<sup>34</sup>.

Portanto, desde 13 de janeiro de 1994 – data de publicação da Lei Complementar nº 80/94<sup>35</sup> – nas comarcas em que a Defensoria Pública encontra-se instalada, a nomeação do curador especial pelo Poder Judiciário, além de desnecessária é afrontosa ao texto legal. Até porque, repita-se, a atuação da Defensoria Pública como curador

especial decorre de expressa determinação legal e não de nomeação judicial, sendo *função institucional de defesa privativa da Defensoria Pública, com potencial de efetivação das quatro ondas renovatórias de acesso à Justiça.*

A questão é bem exposta por Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva:

Restando identificada no processo a ocorrência de situação que reclame a presença da curadoria, não se mostra necessário que o juiz profira decisão nomeando a Defensoria Pública como curadora especial; a nomeação nesse caso é despicienda e descabida. Como a investidura decorre expressamente de lei, deverá o magistrado simplesmente determinar a abertura de vista para que o Defensor Público tome ciência da ocorrência de hipótese legal de atuação institucional e passe a exercer a função de curador especial, nos termos do art. 72, parágrafo único, do CPC/2015 c/c art. 4º, XVI da LC nº 80/1994<sup>36</sup>.

No mesmo sentido é o entendimento de Frederico Rodrigues Viana de Lima:

A Lei Complementar 80/94 afirma que a Defensoria Pública atuará como curadora especial, *nos casos previstos em lei*. Logo, ocorrendo no processo uma das situações que reclamem a presença de curador especial, a tarefa do Poder Judiciário deve se reduzir à intimação da Defensoria Pública, comunicando-a de que houve a incidência, naquele feito, de uma das hipóteses legais em que a Instituição deve agir. O juiz não deve *nomear* a Defensoria Pública para funcionar como curadora especial, tampouco – o que é ainda mais grave – nomear *determinado* Defensor Público, escolhido a seu critério<sup>37</sup>.

De fato, é comum deparar-se na prática forense com provimentos jurisdicionais nomeando determinado Defensor Público para funcionar como curador especial, indicando inclusive o órgão em que atua ou o nome do profissional. Entretanto, tal proceder desconsidera os princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade da Defensoria Pública, previstos no artigo 134, § 4º, da Constituição Federal e artigo 3º, da Lei Complementar nº 80/94 – além de afrontar ao princípio do defensor natural.

Afinal, a Defensoria Pública é um todo orgânico, não estando sujeita a rupturas ou fracionamentos, de modo que os seus membros podem substituir uns aos outros – de acordo com o regramento legal – sem qualquer prejuízo para a atuação da Instituição ou para a validade do processo<sup>38</sup>. Logo, quem atua como curador especial no processo é a Defensoria Pública e não o Defensor Público. Esse não age em nome próprio, mas

sim no da instituição a qual *presenta*<sup>39</sup>. Portanto, a retrocitada indicação do provimento judicial não deve surtir qualquer efeito vinculativo.

Oportunamente, faz-se relevante citar o recente julgamento do STJ no *Recurso em Habeas Corpus* nº 61.848-PA<sup>40</sup>, o qual reafirmou a normatividade do princípio do *defensor natural* – previsto no inciso IV, artigo 4º-A, LC nº 80/1994. O princípio do *defensor natural*, pois, surge enquanto instrumento normativo em prol da *privatividade* da função defensorial, constitucionalmente prevista.

Por outro lado, sendo a Defensoria Pública uma instituição de Estado independente e autônoma<sup>41</sup>, sem nenhuma vinculação com outros Poderes e/ou instituições, o magistrado jamais poderá determinar compulsoriamente que o Defensor Público atue como curador especial em determinado processo. Assim, intimações que determinem a atuação obrigatória da Defensoria Pública devem ser recebidas como simples solicitações de análise, a fim de que o Defensor Público avalie a ocorrência de hipótese de atuação institucional<sup>42</sup>. Eventual discordância entre os agentes envolvidos deve ser resolvida pelos meios correcionais.

Esclareça-se, por pertinente, que a questão aqui exposta não é de menor monta, nem representa mero apego à formalidade. Isso porque, o ato de *nomeação* pode trazer graves consequências práticas.

Veja-se, normalmente a autorização para nomear redonda implicitamente no poder de destituir o nomeado. Sob essa ótica, deferindo-se ao Poder Judiciário a possibilidade de nomear a Defensoria Pública enquanto curador especial poderia se entender que igualmente ser-lhe-ia dada a faculdade de destituí-la – medida afrontosa à *autonomia* constitucional da carreira. Ademais, nessa hipótese haveria flagrante violação à independência funcional necessária para o exercício da curadoria especial de forma efetiva<sup>43</sup>. Independência essa que é prevista como princípio institucional (artigo 134, § 4º, da Constituição Federal e artigo 3º, LC nº 80/94) e garantia dos membros da Defensoria Pública (arts. 43, I, 88, I e 127, I, LC nº 80/94).

Na mesma linha, a possibilidade de nomear poderia induzir no magistrado a ideia de que lhe seria igualmente facultado escolher a pessoa do nomeado – interpretação, aliás, por vezes encontrada na prática forense. Nesse caso, há frontal violação à *privatividade* funcional da Defensoria Pública para o exercício da curadoria especial<sup>44</sup>, podendo, inclusive, ser remediada por meio de mandado de segurança (artigo 4º, IX, LC nº 80/94).

## 5. Conclusão

Da análise dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.943 e RExt nº 733.433) e Superior Tribunal de Justiça (EREsp nº 1.192.577) percebe-se que fora adotada interpretação ampliativa das expressões constitucionais *necessitados*

(artigo 134, CF/88) e *insuficiência de recursos* (artigo 5º, LXXIV, CF/88), compreendendo melhor a legitimidade e a atuação da Defensoria Pública para além das estritas barreiras da necessidade econômica.

Nessa linha, uma das relevantes atuações defensoriais que independe do critério econômico é a curadoria especial, na qual se verifica uma situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência jurídica. Apesar de positivada como função institucional privativa da Defensoria Pública desde 1994, essa permanece ainda, por vezes, incompreendida, como se observa na redação do artigo 72, *caput*, NCPC, e na prática forense de “nomeação judicial” do Defensor Público como curador especial.

Assim, através de uma análise sistemática da legislação envolvida constata-se que a curadoria especial é função institucional de defesa privativa da Defensoria Pública, com potencial de efetivação das quatro ondas renovatórias de acesso à Justiça. Dessa forma, tal nomeação é inócuia e afronta o ordenamento jurídico.

Portanto, o *caput* do artigo 72, NCPC deve ser interpretado em conjunto com o parágrafo único do mesmo dispositivo e com o artigo 4º, XVI, da Lei Complementar nº 80/94, a fim de concluir que a atuação da Defensoria Pública como curador especial decorre diretamente da lei e da Constituição, independendo, pois, de nomeação judicial.

## 6. Referências

ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos!* Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_ ; PIMENTA, Marilia Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. *Princípios institucionais da Defensoria Pública da União*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

CASAS MAIA, Maurilio. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessorias multitudinárias do NCPC: colisão de interesses (art. 4º-A, V, LC nº 80/1994) e posições processuais dinâmicas. In: DIDIER Jr., Freddie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Colleção Novo CPC – Doutrina Selecionada* – vol. 1 – Parte Geral. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: MARQUES, Claudia Lima. GSELL, Beate. *Novas tendências de direito do consumidor – rede Brasil-Alemanha de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. A segunda onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas*. Birigui, SP: Boreal, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do ‘Movimento de Acesso à Justiça’: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce *et al* (Orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. In: SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Defensoria Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015. (Coleção Repercussões do Novo CPC, vol. 5; coordenador geral Fredie Didier Jr.).

\_\_\_\_\_. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONZÁLEZ, Pedro. Não se deve ‘nomear’ a Defensoria Pública como curador especial. *Consultor Jurídico*, 15 dez. 2015, Tribuna da Defensoria. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-15/tribuna-defensoria-nao-nomear-defensoria-publica-curador-especial>>. Acesso em: 21ago 2016.

KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O direito de acesso à Justiça. In: ROSENBLATT, Ana *et al*. *Manual de mediação para a Defensoria Pública*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12/1/1994 anotada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PATERSON, Alan. *Lawyers and the public good: democracy in action?* Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012. (The Hamlyn lectures, 2010).

PIMENTA, Marilia Gonçalves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. In: ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marilia Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, vol. 25, nov. 2012.

## Notas

1. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e doutorando em Direito Constitucional e Ciência Política (Unifor). Pós-Graduado lato sensu em Direito Público: Constitucional e Administrativo; Direitos Civil e Processual Civil. Professor de carreira da Universidade Federal do Amazonas (Ufam) e Defensor Público (DPE-AM).
2. Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGS-D-UFF). Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp/Rede LFG. Professor da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
3. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 216.
4. Para um estudo aprofundado sobre o impacto no Novo Código de Processo Civil na atuação processual da Defensoria Pública cf. SOUSA, José Augusto Garcia de (Coord.). *Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015 (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 5; coordenador geral, Freddie Didier Jr). No mesmo volume, especificamente quanto à curadoria especial, cf. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo código de processo civil. p. 129-163.
5. Ver, por exemplo: LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Defensoria Pública*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011:199-200; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. Op. cit., p. 425-427; KETTERMANN, Patrícia. *Defensoria Pública*. São Paulo: Estúdio Editores, 2015, p. 56.

6. “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO. 1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória (CPC, art. 530). Excepcionalmente, tem-se admitido o recurso em face de acórdão não unânime proferido no julgamento do agravo de instrumento quando o Tribunal vier a extinguir o feito com resolução do mérito. 2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito. 3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, “é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”. É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que “comprovarem insuficiência de recursos” (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental. 4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - “a defesa dos necessitados” (CF, art. 134) - devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro. 5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas. 6. No caso, a Defensoria Pública propôs ação civil pública requerendo a declaração de abusividade dos aumentos de determinado plano de saúde em razão da idade. 7. Ocorre que, ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública. Ao revés, trata-se de grupo que ao demonstrar capacidade para arcar com assistência de saúde privada evidencia ter condições de suportar as despesas inerentes aos serviços jurídicos de que necessita, sem prejuízo de sua subsistência, não havendo falar em necessitado. 8. Diante do microssistema processual das ações coletivas, em interpretação sistemática de seus dispositivos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/1985 e art. 9º da Lei n. 4.717/1965), deve ser dado aproveitamento ao processo coletivo, com a substituição (sucessão) da parte tida por ilegítima para a condução da demanda. Precedentes. 9. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 1192577/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª T., j. 15/5/2014, DJe 15/8/2014).
7. Sobre a tutela de segmentos sociais vulneráveis via Defensoria Pública, vide: CASAS MAIA, Maurilio. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: MARQUES, Claudia Lima. GSELL, Beate. *Novas tendências de*

*direito do consumidor* – rede Brasil-Alemanha de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2015, p. 431-459.

8. Para mais informações vide: CASAS MAIA, Maurilio. A Segunda Onda de acesso à Justiça e os necessitados constitucionais: por uma visão democrática da Defensoria Pública. In: COSTA-CORRÊA, André L.; SEIXAS, Bernardo Silva de; SOUZA, Roberta Kelly Silva; SILVIO, Solange Almeida Holanda. (Org.). *Direitos e garantias fundamentais: novas perspectivas*. Birigui-SP: Boreal, 2015, p. 182-204.
9. Sobre a intervenção de terceiro da Defensoria Pública, vide: CASAS MAIA, Maurilio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: DIDIER Jr, Freddie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada* – v. 1 – Parte Geral. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.
10. Referenciando a Defensoria Pública com a missão de “guardiã dos vulneráveis”: Processo n. 0016763-33.2015.8.16.0001 – Comarca de Curitiba-PR, 11ª Vara Cível de Curitiba, Juiz de Direito Paulo Guilherme R. R. Mazini, j. 12/07/2016.
11. Citando a Defensoria Pública enquanto “órgão interveniente”: Processo n. 0000073-22.2016.8.16.0185 – Comarca de Curitiba-PR, 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba, Juíza de Direito Mariana Glusczynski Fowler Gusso, j. 19/07/2016.
12. Processo n. 0001622-07.2014.8.04.5800 – Comarca de Maués-AM, 2ª Vara, Juiz de Direito Jean Carlos Pimentel, j. 11/04/2016.
13. Processo nº. 0000301-31.2014.8.04.5801 – Comarca de Maués-AM, 2ª Vara, Juiz de Direito Jean Carlos Pimentel, j. Jun/2015.
14. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit., p. 194; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 130.
15. Nesse sentido: ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. Op. cit. p. 130-131; LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit. p. 193-194; MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*: Lei complementar 80, de 12/1/1994 anotada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 28; PIMENTA, Marilia Gonçalves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. In: ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marilia Gonçalves. *Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 125; BRAUNER JÚNIOR, Arcênio. *Princípios institucionais da Defensoria Pública da União*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014, p. 133.
16. V. p. ex. SOUSA, José Augusto Garcia de. O destino de Gaia e as funções constitucionais da Defensoria Pública: ainda faz sentido (sobretudo após a edição da Lei Complementar 132/09) a visão individualista a respeito da instituição? *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, nov. 2012, p. 202-207; ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria Pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 134-136; CASAS MAIA, Maurilio. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. Op. cit., p. 1257.
17. SOUSA, José Augusto Garcia de. Op. cit. p. 203; KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. O direito de acesso à Justiça. In: ROSENBLATT, Ana et al. *Manual*

- de mediação para a Defensoria Pública.* Brasília: Fundação Universidade de Brasília/FUB, 2014, p. 41-42.
18. CASAS MAIA, Maurilio. A intervenção de terceiro da Defensoria Pública nas ações possessórias multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. *Op. cit.*, p. 1257.
  19. SOUSA, José Augusto Garcia de. *Op. cit.*, p. 205.
  20. ROCHA, Amélia Soares da. *Op. cit.*, p. 146-147.
  21. ROCHA, Amélia Soares da. *Op. cit.*, p. 146-147.
  22. Sobre a classificação das atribuições defensoriais de acordo com as ondas renovatórias de acesso à Justiça, cf. CASAS MAIA, Maurilio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC n. 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. *Op. cit.*, p. 1255-1266.
  23. Tal fenômeno não é exclusivo da curadoria especial, sendo comum em outras atividades corriqueiras da Defensoria Pública como, por exemplo, no acordo defensorial referendado envolvendo interessados pobres (cruzando-se 1ª e 3ª onda renovatória de acesso à Justiça) e ainda no Termo de Ajustamento de Conduta – TAC (que pode realizar em um único ato a 1ª, 2ª e 3ª ondas de acesso à Justiça).
  24. ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do ‘movimento de acesso à justiça’: epistemologia *versus* metodologia? In: PANDOLFI, Dulce *et al* (Orgs.) *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 72-76.
  25. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 206. MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Op. cit.*, p. 28; ALVES, Cleber Francisco. *Op. cit.*, p. 206; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 130-131.
  26. Nesse sentido, p. ex.: art. 22, X, LC-RJ nº 06/77; art. 3º, II, LC-AM nº 1/90; art. 5º, VIII, LC-SP nº 988/06; art. 4º, XIV, LC-PR nº 136/11; art. 4º, XIV, LC-RS nº 14.130/12; art. 3º, XIV, LC-MS nº 111/05.
  27. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico universitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.
  28. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. *Op. cit.*, p. 199.
  29. Constituição, “Art. 134 (...) § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais”.
  30. BERNARDI, Lígia Maria. *O curador especial no Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33-35.
  31. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 206.
  32. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 206.
  33. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. cit.*, p. 206.
  34. Nesse sentido: ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 320.
  35. Destaque-se que no Estado do Rio de Janeiro isso é uma realidade desde julho de 1977, vez que o art. 22, X, da Lei Complementar RJ nº 06/77 conferiu aos Defensores Públicos

a atribuição de exercer a função de curador especial. Para uma análise histórica dessa atribuição, cf. BERNARDI, Lígia Maria. Op. cit., p. 39-48.

36. ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 131.
37. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit., p. 199-200.
38. MORAES, Sílvio Roberto Mello. Op. cit., p. 22; PIMENTA, Marilia Gonçalves. Op. cit., p. 112-113.
39. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit., p. 100-102.
40. “(...) São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos, o patrocínio de seus direitos e interesses pelo defensor natural (artigo 4º-A, IV, Lei Complementar nº 80/94) (...).” (STJ, RHC n. 61.848-PA. Rel. Ministro Félix Fischer, 5ª T., julgado 04/08/2016).
41. Vide trecho da seguinte ementa: “3. A autonomia administrativa e a independência funcional asseguradas constitucionalmente às defensorias públicas não permitem a ingerência do Poder Judiciário acerca da necessária opção de critérios de atuação pelo Defensor Geral e a independência da atividade da advocacia. 4. Não configura o tipo penal de desobediência o não atendimento a requisição judicial de defensor público, pois lícita a designação de advogados pelo critério do possível, por seu gestor. Atipicidade reconhecida. 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para trancar o procedimento investigatório nº 0042254-22.2013.8.24.0023, em trâmite no Juizado Especial Criminal da Capital do Estado de Santa Catarina”. (STJ, HC 310.901/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, 6ª T., j. 16/6/2016, DJe 28/6/2016).
42. KETTERMANN, Patrícia. Op. cit., p. 56; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 132.
43. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit., p. 200; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 132.
44. LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. Op. cit., p. 200; ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. A curadoria especial no novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 132.

# **Direitos Humanos/ Fundamentais**



# O direito ao esquecimento e a (im)possibilidade de reconstrução da história

## The right to be forgotten and the impossibility of reconstructing the history

Ana Carolina Marinho de Moraes<sup>1</sup>

**RESUMO:** A repercussão midiática de um crime é capaz de ultrapassar o interesse público inerente aos fatos sociais. Assim, diante do fortalecimento dos meios de difusão de informações e sua decorrente capacidade de violar a privacidade dos indivíduos pela exploração de sua imagem, o direito ao esquecimento foi inserido na tutela da dignidade humana, objetivando impedir a estigmatização social de egressos do sistema prisional pela divulgação ilimitada de sua vida. Ocorre que a imposição de limite à atividade da mídia mediante a tutela do esquecimento não deve ser confundida com instrumentos políticos de manipulação do inconsciente coletivo capazes de violar o direito à memória dos fatos e crimes históricos, ou ainda, de transgredir o postulado constitucional do direito à informação.

**ABSTRACT:** The media repercussion of a crime is able to overcome the public interest on events of the social life. Due to the growth of social media, capable of violate individual privacy, the “right to be forgotten” was inserted on the concept of human dignity as a way to prevent individual out jail social stigmatization through media image exploitation. The imposition of a limit to the mídia activity through the right of forgotten should not be confused with political instruments of collective unconscious’ control, as long as it is applicable only in restricted hypotheses, being, therefore, incapable to violate the right to memory of historical facts and crimes or the freedom of information.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento. Liberdade de informação. Privacidade. Direito à memória.

**KEYWORDS:** Right to be forgotten. Freedom of information. Privacy. Right to memory.

### 1. Introdução

Antes do Cristianismo, era comum desestimular a prática de ilícitos por meio da divulgação do crime, seguido pela exposição de partes do corpo do condenado em praça pública, de modo que todos tivessem ciência do delito. Hoje em dia, pode-se dizer que a difusão ilimitada dos crimes cometidos, propagando e perpetuando o delito ocorrido mediante ampla divulgação e exploração midiática do fato e da vida íntima dos envolvidos, substitui a prática antiga.

A superabundância de informações e imagens geradas pela mídia da qual resulta uma coletânea sem coerência contextual e temporal dos fatos que são transmitidos, originou, nas palavras da Ministra Cármem Lúcia, o “Estado Espetáculo<sup>2</sup>”. A prisão tornou-se, nessa sociedade de mídias e formas sem conteúdo, um ato de grande repercussão social, sobrepondo a apuração do ilícito na forma da lei e a proteção da imagem do indivíduo envolvido.

É claro que o cidadão inserido em um contexto social possui o direito de ser informado a respeito de investigações envolvendo fatos e pessoas que influenciam de alguma forma a dinâmica urbana, vez que sob a prática de crimes existe um interesse público inerente. Com efeito, é inequívoco que o interesse e o direito à informação é legítimo na medida em que contextualiza e elucida o indivíduo dos fatos cotidianos.

A propósito, trata-se de direito coletivo à informação abrangido pela mesma previsão constitucional que garante a liberdade de informar dos meios de comunicação, legitimando a atuação da imprensa na transmissão de informações sobre crimes e seus autores. Ocorre que, sob a forma e a finalidade com que as informações chegam até a população, existe uma atuação midiática que é capaz de ultrapassar a intenção de utilidade pública e elucidação para incorrer em entretenimento e especulação.

Assim sendo, observado o alto grau de influência que os propagadores de notícias exercem no inconsciente coletivo, regulando em grande parte aquilo que a população lembra ou esquece, torna-se necessário regulamentar a transmissão de informações que possam, em alguma medida, ultrapassar a função informativa garantida à imprensa. Isso porque, uma relação descontextualizada e atemporal entre informação, crime e sociedade é capaz de gerar danos à esfera pessoal do indivíduo noticiado.

Foi neste contexto que surgiu o direito ao esquecimento. No Brasil, foi inserido na tutela da dignidade da pessoa humana pelo Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, visando regulamentar a transmissão de informações à sociedade que possam, em alguma medida, ofender a intimidade do indivíduo objeto de uma notícia por envolvimento em crime pretérito.

Ao versar sobre o referido direito, o Enunciado nº 531 destacou a origem da tutela ora comentada no campo das condenações criminais, especificamente, aos indivíduos que já tiveram suas infrações penais julgadas. Pela via da proteção à intimidade, trata-se de tutela que objetiva, por meio de uma limitação temporal à veiculação de notícias, restringir o acesso às informações sobre pessoas envolvidas em investigações criminais. Em outras palavras, referido direito objetiva tutelar a intimidade de indivíduos envolvidos em processos criminais que, passados alguns anos, continuam sendo objeto de transmissões jornalísticas sem finalidade útil concreta.

Ocorre que, muito embora a própria justificativa do Enunciado tenha registrado que a tutela do esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos passados ou reescrever a própria história, a preocupação com as consequências da aplicabilidade

do direito estudado a fatos tidos por históricos, comprometendo a memória coletiva, ensejou amplos debates entre juristas nacionais. Isso porque, a possibilidade da concessão do esquecimento constituir-se em censura aos meios de comunicação, na medida em que permite a retirada de circulação de fatos determinados, bem como o comprometimento da historicidade do que é narrado, foram colocados como fatores de impedimento à aplicação do direito em foco.

Concomitantemente, o requerimento de ser esquecido foi posto como instrumento legal capaz de violar um direito preexistente, o direito à memória, vez que a concessão do tutela do esquecimento permitiria apagar fatos que ocorreram no passado e reconstruir a história ocorrida. Fala-se, ainda, em comprometimento do interesse público inerente às notícias associado a uma intenção de manipulação das informações divulgadas à população.

Assim sendo, optando-se por analisar somente os meios jornalísticos televisivos e impressos de divulgação da notícia, o presente artigo, identificando a quem tutela o esquecimento enquanto direito, qual a sua área de atuação e parâmetros de aplicação, objetiva traçar um paralelo entre o contemporâneo direito ao esquecimento e os mecanismos já existentes, capazes de efetivamente comprometer a consciência coletiva dos fatos e possibilitar uma modulação da história.

## 2. O direito ao esquecimento

Ao tratar do direito de ser esquecido, o Conselho da Justiça Federal registrou na publicação do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Assim, asseverando que entre os direitos da personalidade protegidos no art. 11 do Código Civil encontra-se o de ser esquecido, referido enunciado adicionou proteção de parte específica do passado do indivíduo à norma que já tutelava a imagem, o nome e demais aspectos de sua vida privada.

Referida inserção no ordenamento jurídico brasileiro restou justificada nos seguintes termos:

Os danos provados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados<sup>3</sup>.

Em termos jurídicos, a aplicabilidade do direito estudado no cenário interno deve se dar em acordo com a base principiológica decorrente dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, mas também do direito positivo infraconstitucional que dispõe sobre a privacidade<sup>4</sup>. Enquadramento-se na regulação normativa dos direitos da personalidade e da proteção da vida privada dispostos no Código Civil, o vértice constitucional do direito ao esquecimento é encontrado na limitação legal e jurisprudencial já existente à liberdade de informação e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a liberdade de informação atua como parâmetro balizador da aplicação do referido direito, na medida em que seu exercício legítimo requer a contemporaneidade da notícia e a proteção aos valores protetivos da pessoa humana. Referida limitação decorre da sujeição da informação a um prazo de validade justificada pelo esgotamento da relevância social do fato e a intenção de esclarecimento à sociedade.

A concessão de liberdade para a imprensa tratar de notícia sobre crime cometido por um indivíduo a qualquer tempo extrapolaria, em alguma medida, o interesse público inerente ao fato, sendo capaz de violar a privacidade do cidadão noticiado e prejudicar eventual reinserção na sociedade caso tenha cumprido pena. Assim sendo, a imposição de uma limitação a atuação midiática torna-se legítima quando o exercício da atividade informativa adentra a esfera de fatores da vida privada do indivíduo quando já superada a utilidade social daquilo que se noticia.

Informada a ocorrência do delito, demonstrado o funcionamento do aparato estatal e imposta uma sanção proporcional ao que foi cometido, restam satisfeitos o direito coletivo à informação e o interesse público que permeia os ilícitos cotidianos. Ultrapassada esta fase, o direito ao esquecimento se sobrepõe à liberdade de informação ao visar impedir o uso ilimitado da imagem do autor de um crime pela imprensa, livre de intenção informativa ou elucidativa. A publicidade dada ao fato e ao indivíduo envolvido após isso é de mero entretenimento da parcela social que ocupa a plateia televisiva, sendo capaz de estigmatizá-lo e impedir sua eventual ressocialização.

Portanto, a comunicação do fato e da resposta estatal satisfazem o interesse público subjacente ao crime e permitem que seja resguardada vida privada do autor do delito após superado o conteúdo informativo daquilo que se noticia, cumprindo a finalidade de impedir uma estigmatização social de indivíduo envolvido em fato criminoso.

De forma simplificada, o Direito aqui tratado versa, em grande parte, sobre a relação entre informação, crime e sociedade. Visa impedir abuso de direito dos órgãos propagadores de informação frente à privacidade e o direito de ressocialização de cidadãos comuns que cometem certa vez um crime que, por algum motivo peculiar, atraiu a atenção da mídia.

Portanto, anotado que o direito ao esquecimento nasce dentro do contexto da inundação do espaço público por questões estritamente privadas, permitindo a ampliação da proteção à privacidade da pessoa pela inclusão do parâmetro temporal ao controle

das informações do indivíduo a seu respeito; cabe agora verificar a possibilidade da aplicação desse instituto permitir uma manipulação da memória coletiva.

## ***2.1 A possibilidade de reconstrução da história***

Johann Michel, estudioso francês contemporâneo, publicou recentemente artigo<sup>5</sup> em que estuda o fenômeno do esquecimento. Como resultado de sua pesquisa, apresenta uma tipologia de esquecimentos. Vejamos:

O primeiro é por ele nomeado de “esquecimento omissão”. Trata-se de condição normal de funcionamento da memória humana quanto à sua seletividade e consequente impossibilidade de armazenamento de tudo aquilo que é transmitido ao indivíduo.

Prosseguindo na tipologia apresentada, apresenta o “esquecimento negação”, aquele que se encontra interligado diretamente a uma patologia da memória ligada a traumas que não foram superados e, para tanto, não constituem o consciente do indivíduo. Muito embora explicado como tipo patológico e involuntário, Johann explica que o “esquecimento negação” é aplicável à memória coletiva, nas ocasiões em que, devido ao peso traumático dos acontecimentos passados, eles tendem a ser rejeitados da esfera consciente das lembranças de uma dada sociedade, em um determinado momento de sua história. Assim sendo, trechos da história coletiva podem ser negados pelas autoridades públicas em benefício de realidades mais apaziguadoras ou aceitáveis socialmente<sup>6</sup>.

Reconhecendo que a involuntariedade do esquecimento da negação é difícil de entender quando aplicado à coletividade, a política do esquecimento nas concepções de Michel Johann apresenta, ainda, o “esquecimento manipulação”. Este seria fortemente marcado pela atuação ativa e voluntária de agentes públicos encarregados de transmitir a memória oficial, mediante atos conscientes de promoção do esquecimento, tais como “vazios narrativos nos discursos oficiais, os lugares amnésicos e a ausência de comemorações”<sup>7</sup>.

Por último, recorta-se do estudo publicado – o “esquecimento destruição” – categoria definida como a mais violenta, radical e não objetiva à reconciliação nacional. Nas palavras de Johann:

Essa forma instituída de esquecimento é utilizada no sentido de construir uma memória oficial hegemônica em detrimento de memórias coletivas concorrentes que não o objeto de uma ação sistemática de aniquilação (destruição de documentos públicos, autos de fé etc.). Através dessas ações, objetiva-se fragmentar ou até mesmo eliminar a identidade coletiva (em sua reprodução física, social e simbólica). A técnica do esquecimento destruição se encontra sobretudo nas ações de extermínio étnico ou genocídios [...]<sup>8</sup>.

Da exposição da pesquisa do estudioso citado, objetiva-se demonstrar que, entre os quatro tipos ideais de esquecimento trabalhados até o momento nenhum contempla o esquecimento que intitula o presente artigo. Na negociação entre o que vale a pena lembrar ou esquecer, o direito ao esquecimento objeto do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil tem espaço de aplicação somente no nível individual, diante de uma proteção à esfera íntima do indivíduo em face de exploração ilimitada pela mídia.

Trata-se de exercício da proteção à intimidade do indivíduo por meio da possibilidade de auto determinação e auto gerenciamento das informações pertinentes a sua pessoa frente a um uso ilimitado da liberdade de informação pelos meios de comunicação. Isso porque, “no âmago do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo”<sup>9</sup>.

Desse modo, a aplicação desse mecanismo legal adentraria o contexto de um quinto tipo de esquecimento registrado por Michel Johann, qual seja, o “esquecimento terapêutico”, identificado como mecanismo de cura da própria memória atuante quando se observa que “um excesso de memória [...] inibe a construção de novos horizontes de espera, fazendo com que os indivíduos tendam a voltar-se a si próprios”<sup>10</sup>.

Delimitando o estudo para os fenômenos criminais, é possível observar que referido excesso de memória que faz com que os indivíduos se voltem para si próprios pode ser aplicado aos efeitos estigmatizantes que o discurso ilimitado da mídia a respeito de um crime pode causar ao indivíduo ao sair do sistema prisional. Crime este que não compromete a historicidade de um fenômeno social por já ter transcorrido os passos da publicidade midiática na data de sua descoberta, e satisfeito o interesse público quanto à contextualização e esclarecimento do ocorrido.

Neste panorama, observa-se que, em reconhecimento à proteção da esfera íntima do indivíduo envolvido em processo criminal frente ao interesse público, a tutela dos processos de memória e esquecimento inerentes à pessoa humana já é exercida pelo ordenamento jurídico vigente. Trata-se, por exemplo, da disposição inserida no art. 202, da Lei de Execuções Penais, que estabelece que, cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação.

Cometido um crime e consumada a atuação estatal por meio da aplicação de uma sanção, qualquer transmissão informativa que se faça sobre o fato poderia ultrapassar o exercício legítimo da liberdade de imprensa para incorrer em abuso. Destaca-se, nesse contexto, a elucidação do Ministro Relator quanto aos impedimentos que a divulgação de casos judiciais prevaleça sobre a privacidade e intimidade dos indivíduos:

[...] dizer que sempre e sempre o interesse público na divulgação de casos judiciais deve prevalecer sobre a privacidade ou intimidade dos envolvidos, pode confrontar a própria letra da Constituição, que prevê solução

exatamente contrária, ou seja, de sacrifício da publicidade (art. 5º, inciso LX): a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem<sup>11</sup>.

Comprovado o alto de grau de receptividade e absorção pelo público das informações propagadas pela imprensa a veiculação de notícia sobre crime pretérito seria capaz de marcar o indivíduo perante o olhar coletivo, reacendendo uma desconfiança acerca de sua índole. Essa inserção no consciente popular faz emergir uma memória frágil e sem utilidade pública.

A propósito, ao relacionar tempo, memória e direito, a Constituição da República, em seu artigo 5º, XLVII, “b”, assegura que “não haverá penas de caráter perpétuo”. Diante da limitação constitucional, questiona-se a que caráter poderia ser atribuída a estigmatização do egresso do sistema prisional quando retorna à sociedade após o cumprimento de sua pena, senão ao de perpetualidade do estigma de ex-presidiário?

Deve-se ter em mente que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade<sup>12</sup>.

Portanto, previsto, constitucionalmente, um direito fundamental de proteção à privacidade, e cumprida uma sanção determinada pelo Estado em razão de um delito perpetrado, não há que se impor ao indivíduo o equivalente a uma pena perpétua mediante a exploração infinda do fato delituoso por ele cometido, amparada em um suposto interesse público.

Nesse contexto, o direito de ser esquecido permite questionar até que ponto e por quanto tempo um indivíduo que comete um crime pode ser inserido dentro dos parâmetros de periculosidade social. Interroga ainda se suposta periculosidade seria eterna ou se, por outro lado, efetivada a compensação do dano pela restrição da liberdade, este estaria livre para recair no esquecimento e ser deixado em paz.

A propósito, François Ost, expõe que:

O final do percurso penal (instrução dos autos, processos, pronunciamento e execução da pena) é, de fato, a reabilitação do culpado. Reabilitar que dizer apagar as incapacidades, restaurar a capacidade humana fundamental do cidadão portador de direitos e obrigações. Reabilitar quer dizer reduzir progressivamente a exclusão social do condenado, a distância a qual era mantido, e da qual a detenção carcerária continua sendo o arquétipo, facilitar, enfim, sua reinserção no seio da sociedade<sup>13</sup>.

Os parâmetros delimitados pelo filósofo francês permitem comprovar a importância do controle temporal das informações pertinentes ao crime e seu autor, principalmente sob a ótica dos efeitos deste controle no momento da reinserção do indivíduo na sociedade.

Pertinente ainda anotar que, atualmente, podemos distinguir três funções esperadas da pena nos sistemas penais contemporâneos, relacionando-se cada uma a uma dimensão temporal distinta: uma função preventiva voltada para o futuro, uma função de reparação com eixo no presente e uma função de retribuição ancorada no passado<sup>14</sup>.

Ocorre que diante do panorama em estudo, entra em xeque a função reabilitadora da sanção, visto que o próprio fato de cumprimento de uma sanção penal imposta ao indivíduo implica em um demérito perante a comunidade capaz de impedir sua ressocialização aos olhos dos demais cidadãos. Conforme bem formulado por Aury Júnior, “a pena de prisão não ressocializa, não reeduca, não reinsere socialmente. Do discurso “re” somente se efetivam a reincidência e a rejeição social.”

Com efeito, François Ost, ao aplicar a concepção de tempo e sociedade às disposições das sanções previstas pelo Direito, anotou que:

[...] o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído<sup>15</sup>.

Até porque as regras do processo penal devem funcionar como verdadeiras garantias democráticas e, assim sendo, nada mais legitimador do que a aplicação de um direito ao esquecimento para mitigar – pela via da proteção à vida privada – a liberdade de expressão da exploração por tempo ilimitado do fato criminoso pela mídia.

Conclui-se assim que, pela via da proteção à intimidade como limitador constitucional à liberdade de informação, o direito ao esquecimento visa a amparar o condenado no seu direito à ressocialização e proteção à privacidade.

Conforme brilhantemente asseverado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com presente – fez clara opção pela segunda<sup>16</sup>.

Diante do exposto, resta concluir que a possibilidade de reconstrução da história por meio da concessão da tutela do esquecimento de fato existe, mas história essa individual e particular de um indivíduo diante da persecução midiática após o cumprimento de uma sanção imposta pelo cometimento de um delito.

O Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil não inclui o direito ao esquecimento na tutela dignidade da pessoa humana por acaso. Referido princípio constitucional abrange o direito da pessoa de viver dentro de parâmetros mínimos que possibilitem sua interação com o meio. O exercício da cidadania de um indivíduo que não possui a proteção digna aos fatos de seu passado compromete-se a tal ponto de impedir que se tenha uma vida digna.

Assim sendo, pela tutela da dignidade da pessoa humana e mediante a proteção à intimidade, fatores constitucionalmente previstos como limitadores da liberdade de imprensa, o direito ao esquecimento encontra seu espaço legal de aplicação, sendo capaz de permitir a reconstrução da história particular do indivíduo diante de abusos do direito de exploração da imagem pela mídia.

### **3. O direito à memória**

Para Jacques Le Goff, a memória deve ser vista como uma propriedade humana de conservar determinados dados que nos remetem a um conjunto de informações psíquicas, graças às quais o homem pode atualizar impressões ou informações passadas<sup>17</sup>.

Maurice Halbwachs, estudando esse mecanismo da mente humana desde o século passado, desenvolveu o conceito de memória partindo da premissa de impossibilidade de uma lembrança existir exclusivamente no interior do indivíduo<sup>18</sup>. Isso porque, ao observar a influência das diversas formas de manifestações sociais na formação da memória, concluiu que toda memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva<sup>19</sup>, visto que agrupa uma percepção embasada na concepção de pensamento do grupo social do qual o indivíduo é parte.

A memória coletiva se formaria, então, através do meio de se relacionar com as recordações através de registros, decorrendo não só daquilo que foi pessoalmente experimentado, como também daquilo que foi narrado por outro sujeito.

Assim, pode-se dizer que as formas de recordações são afetadas pela organização da transmissão do ocorrido e pelos diferentes meios utilizados<sup>20</sup> para a propagação dos fatos. Referida transmissão da memória ocorre de diferentes formas no decorrer do tempo, partindo de discussões orais das tradições, de imagens e monumentos comemorativos, de rituais de lembrança de fatos ocorridos (como o *Memorial Day*, nos Estados Unidos) e, é claro, dos registros documentais de historiadores.

Com efeito, transmitida principalmente pelos métodos mencionados, a memória contribui para a justificação ou legitimação de ações do presente em que o passado é posto como referência. Trata-se de mecanismo que deveria provir uma construção, resultado da interação entre diversos atores em um contexto social.

Neste contexto, é possível afirmar que a mídia e a política são atores capazes de instrumentalizar a lembrança, interferindo na memória social e na forma como as informações chegam até a sociedade.

A propósito, a psicanalista membro da Comissão da Verdade, Maria Rita Kehl, refletindo sobre a cobertura televisiva de fatos recentes da história e sua relação com a produção ideológica social, percebeu que:

Nos anos 70, o impacto das imagens da Guerra do Vietnã, chegando ao vivo aos lares americanos, foi tão mobilizador que contribuiu para pôr fim à guerra. Já na Guerra do Golfo, nós assistimos a uma transformação das imagens da guerra em espetáculo, uma transformação da realidade em ficção e a produção, no público, de certa aceitação fascinada da destruição. O público norte-americano assistiu à Guerra do Golfo como se fosse uma partida de vídeo game, uma luta do bem contra o mal, em que a morte concreta foi substituída pelo espetáculo pirotécnico da destruição de um outro desumanizado, fictício. As mesmas informações que, num momento inaugural da história das transmissões internacionais de imagens pela TV, criaram um efeito de mobilização das consciências, num segundo momento produziram um efeito de alienação. Mas, é claro, não são as mesmas informações. A linguagem televisiva se sofisticou, as imagens se estetizaram. O fato concreto da morte e da destruição é sempre o mesmo, mas a versão é outra, o tratamento das imagens é outro e, portanto, o fato simbólico é outro também<sup>21</sup>.

Nesse contexto, é possível afirmar que a mídia televisiva atua na construção de uma versão paradigmática dos fatos e influencia diretamente na memória social do ocorrido. Isso porque, possuindo poderes para atuar na esfera pública, levam o seu discurso a um número indeterminado de pessoas, interferindo diretamente na consciência da população.

Por conseguinte, existe uma formação cultural social baseada na divulgação em massa das informações pela imprensa<sup>22</sup>. Ocorre que essa produção midiática, ampara do discurso informativo e prestador de serviço à população, é capaz de gerar alienação. Ao estruturar-se como formadora de cultura, a mídia influencia diretamente na formação de opinião, senso crítico e, principalmente, construção do contexto social em que está inserido o indivíduo; todos esses fatos inseridos na consciência histórica da população.

Partindo desse pressuposto, é notável que a influência da mídia na construção da memória coletiva e história ocorre também no que diz respeito à propagação de dados sobre os crimes ocorridos na sociedade.

Sobre o tema, pertinente a anotação oportuna do Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp nº 1.334.097:

Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfatório dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do bandido vs cidadão de bem<sup>23</sup>.

Por deter parte considerável do monopólio do discurso narrativo dos fatos sociais, a televisão domina, consequentemente, o discurso da verdade, editando e produzindo visões e versões das informações, acabando por diminuir a densidade da consciência histórica na população. Assim sendo, a tutela da memória ocorre em grande parte dentro de uma esfera pública na qual existem mecanismos que atuam diante de um contexto político e amplo capazes de promover um esquecimento induzido de determinado fato com objetivos definidos.

Trata-se aqui do conceito de políticas da memória formulado por Johann Michel, instrumento que atua através de um “conjunto de intervenções de atores públicos visando produzir e impor à sociedade uma memória pública oficial e a favor do monopólio de instrumentos de ação pública<sup>24</sup>”.

Observa-se, portanto, que concomitantemente à interferência midiática na memória, a sua formação coletiva é objeto de grande influência política. Isso porque, muitas vezes, a forma de transmissão de uma informação do passado, seja ela imagem, escrita ou monumentos históricos, ocorre de forma a atender a um uso político da recordação daquele que a propaga, agindo com objetivos bem delimitados na intenção de vincular certo fato à formação da identidade que se deseja em um grupo.

Assim sendo, o direito à memória surge em face de mecanismos e instrumentos de esquecimento social forçado.

Com efeito, como direito, individualmente, a memória está resguardada como fator integrante do patrimônio cultural da população, na medida em que integra a identidade dos grupos sociais que formam a sociedade. Coletivamente, muito embora a fronteira com o individual seja tênue, a memória nasce como direito juntamente com a proteção à sociedade de sua verdade histórica e de tudo que compõe o seu passado social.

A propósito, exemplo da manipulação da memória é encontrado no relato de Peter Burke quanto à alteração dos nomes das ruas na Bulgária após o regime revolucionário:

Quando visitei a Bulgária, em meados dos anos 60, o único guia que possuía era um Guide Bleu de 1938. Apesar de incluir as plantas das ruas,

perdi-me mais de uma vez e tive de perguntar aos passantes onde ficava a rua 12 de Novembro, por exemplo. Ninguém pareceu surpreendido, ninguém sorriu, as pessoas limitaram-se a conduzir-me, mas quando chegava verificava que a rua 12 de Novembro tinha passado a ser a rua 1º de Maio etc. Este incidente pode ser encarado como um estimulante indicador da força da memória não oficial e da dificuldade de a apagar, mesmo nos chamados regimes totalitários dos nossos dias<sup>25</sup>.

Nesse contexto, em oposição à manipulação da memória coletiva pelos governantes, surgiu a expressão “dever de memória”, utilizada a partir dos anos 1990, e vinculada diretamente ao uso político do processo histórico pelo Estado. O dever de memória está inserido no contexto de obrigação de esclarecimento público, proteção dos instrumentos que compõem o passado coletivo e criação de formas de reparação aos que tiveram seus direitos humanos violados por atos políticos.

Pertinente anotar que no Plano Nacional de Direito Humanos<sup>26</sup> a memória é afirmada como fundamental para a construção da cidadania e para o funcionamento de um Estado Democrático e sua recuperação significa a ruptura do silêncio e do esquecimento, senão vejamos:

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva. [...]. O trabalho de reconstituir a memória exige revisitar o passado e compartilhar experiências de dor, violência e mortes. Somente depois de lembrá-las e fazer seu luto, será possível superar o trauma histórico e seguir adiante.

Dessa forma, diante do exposto e do texto acima colacionado, resta clara a existência fundamental da memória no contexto individual, coletivo e social. Seja como fator integrante da cultura, merecendo proteção do patrimônio cultural, ou seja, como ensejadora de políticas de reparação por traumas coletivos que tiveram seu processo histórico manipulado pelo poder político, o direito à memória existe e deve ter seu espaço e importância reconhecido, não cabendo a manipulação desta capacidade de modo a produzir uma reconstrução da história.

### ***3.1 A impossibilidade de reconstrução da história***

O direito à memória que atua como impossibilitador da reconstrução da história é aplicável ao contexto criado por George Orwell em *1984*, bem como à tipologia de

Michel Johann no que diz respeito aos “esquecimentos, manipulação, omissão e destruição”. Referidos mecanismos não são confundíveis com o cenário de aplicação do direito ao esquecimento.

Na obra *1984*, de George Orwell, é narrado um mundo em que a linguagem e a realidade são moldadas de forma a estruturar o pensamento e a percepção da realidade social dos indivíduos. O personagem principal, Winston Smith, trabalha no Ministério da Verdade, órgão responsável pela edição de notícias passadas para que sirvam de banalizadoras ao presente. Relata-se uma desconstrução do passado, ou ainda, a reconstrução desse passado de forma conveniente, em que a última versão é sempre favorável ao governo.

O papel da verdade na construção da história e da memória como mecanismo de manipulação social são focos do mundo construído por Orwell em *1984*, conforme se extrai do excerto que afirma a detenção pelo poder político da verdade na formação de um “controle de realidade”:

Se o Partido tem o poder de agarrar o passado e dizer que este ou aquele acontecimento nunca se verificou – não é mais aterrorizante do que a simples tortura e a morte? O Partido dizia que a Oceania jamais fora aliada da Eurásia. Ele, Winston Smith, sabia que a Oceania fora aliada da Eurásia não havia senão quatro anos. Onde, porém, existia esse conhecimento? Apenas em sua consciência, o que em todo caso devia ser logo aniquilada. A esse todos os outros aceitassem a mentira imposta pelo Partido – se todos os anais dissessem a mesma coisa – então a mentira se transformava em história, em verdade. “Quem controla o passado”, dizia o lema do Partido, “controla o futuro; quem controla o presente controla o passado”. E, no entanto, o passado, conquanto de natureza alterável, nunca fora alterado. O que agora era verdade, era verdade do sempre ao sempre. Era bem simples, bastava uma série infinida de vitórias sobre a memória. “Controle da realidade”, chamava-se<sup>27</sup>.

Descrevendo uma realidade social em período de guerra, Orwell narra em terceira pessoa os mecanismos de controle de um Estado (representado pelo “Partido”) sobre sua população. Referidos mecanismos do Partido são representados por três pilares: “Ignorância é força”, “Guerra é paz” e “Liberdade é escravidão”. A ignorância é força quando vislumbrado que aquela deve ser atribuída ao povo, e esta, ao governo como consequência direta da primeira atribuição. Ou seja, o não conhecimento do passado pelo povo permite o controle do presente e do futuro pelo Partido:

– O passado existe concretamente, no espaço? Existe em alguma parte um mundo de objetos sólidos, onde o passado ainda acontece?

- Não.
- Então, onde é que existe o passado, se é que existe?
- Nos registros. Está escrito.
- Nos registros. E em que mais?
- Na memória. Na memória dos homens.
- Na memória. Muito bem. Nós, o Partido, controlamos todos os registros, e controlamos todas as memórias. Nesse caso, controlamos o passado, não é verdade?<sup>28</sup>

Alterações em nome de ruas, ausência de leis reparadoras, leis que impedem a criminalização de agentes políticos que cometem violações de direitos humanos constituem ações que não permitem o fechamento do ciclo da persecução penal capaz de limitar a lembrança do fato pela sociedade. No mesmo panorama, o grau de consciência que se tem de fatos que marcaram a conjuntura social e da repressão da memória que foi promovida pelo governo permite a exigência de uma revisitação desse passado com intuito de esclarecimento e justiça.

No contexto de Orwell quanto ao poder do discurso, Michel Foucault refletiu sobre o poder da linguagem na produção da narrativa, asseverando que “o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que procuramos assenhorear-nos”<sup>29</sup>.

Com efeito, na medida em que é constatada a possibilidade de ser moldada, as recordações ensejam o estabelecimento de limites para os seus usos, mediante o resguardo de uma tutela.

Assim sendo, a tutela da memória coletiva e histórica nasce em face de uma memória pública oficial, produzida pelas autoridades públicas legítimas, negando trechos inteiros da história coletiva em benefício, na maior parte dos casos, de outras lembranças que tornaram a realidade mais apaziguadora ou mais aceitável, como nos casos de traumas ligados às guerras devastadoras, como ocorre na novela de George Orwell.

A marginalização de um passado violento por um órgão que possui competência para atuar diante da memória coletiva enseja a tutela de um direito que objetiva impedir um esquecimento forçado do ocorrido. Da mesma forma, a existência de traumas coletivos produzidos por um regime político autoritário enseja o impedimento de um desligamento forçado das relações sociais com o passado, mediante a aplicação do direito à memória.

O direito à memória atua diante da ausência de esgotamento da resposta penal conferida ao fato criminoso. Integrante do patrimônio cultural como fator de construção de grupos sociais, conforme previsão constitucional, a memória, definitivamente, se constitui em um direito que impossibilita a reconstrução da história diante de seu uso político.

Trazendo novamente à tona o parâmetro da contemporaneidade da liberdade de informar como requisito de sua propagação, observa-se que o interesse público inerente ao fato criminoso atua como mecanismo de fiscalização da resposta social que será dada ao fato. Dessa forma, surge no cotidiano dos crimes comuns praticados entre civis, mas também diante da percepção de manipulações e omissões quanto à narrativa dos fatos.

#### **4. Considerações finais**

De um lado, o esquecimento social pode ser visto como uma perda. Do outro, pode ser visto como um ato de libertação. O direito ao esquecimento inserido no cenário nacional pelo Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil permite discutir o uso que é dado pelos meios de comunicação aos fatos pretéritos, partindo da premissa da possível violação da intimidade de pessoa vinculada à notícia. Trata-se de direito que nasce objetivando ampliar o núcleo de proteção à intimidade do indivíduo e encontra seu espaço de atuação na atual sociedade do informacionismo exagerado em que é necessário identificar possíveis abusos de direito da mídia no exercício da liberdade de informação.

Assim sendo, não é medida capaz de apagar fatos ou promover uma reconstrução da história ocorrida por não se confundir como os mecanismos de esquecimento forçado que violam o direito à memória e efetivamente limitam o acesso à informação através da instituição de um esquecimento forçado.

É possível concluir que o esquecimento, de fato, pode influenciar negativamente a consciência coletiva dos acontecimentos e infringir o direito de ser informado do indivíduo. Ocorre que, traçando um paralelo entre os instrumentos que promovem um esquecimento forçado, capaz de violar o direito à memória e o direito ao esquecimento estudado, não é possível afirmar que este se aplica a fatos de cunho particular que tenham sido divulgados pela mídia, em desobediência ao requisito da contemporaneidade da notícia e da proteção à vida íntima do autor do fato. Aquele trata de esquecimento que viola um direito coletivo que nasce da manipulação do passado por um uso político dos fatos, inserido, portanto, em uma esfera pública de atuação.

O direito ao esquecimento atua diante de um encerramento do ciclo da persecução penal que envolve o fato. Os esquecimentos oponíveis à memória promovem um desligamento forçado de fatos que marcaram as relações sociais sem que haja o fechamento do ciclo que envolve o processamento penal e social do fato.

Em resumo, o direito, objeto do presente artigo, tem sua área de atuação na esfera pessoal de indivíduo que cometeu um crime comum, sendo possível de ser requerido após transcorridas as etapas de um processamento penal do fato. Fato este que foi seguido por uma atuação pública e estatal, dando publicidade à resposta estatal ao fenômeno criminal, sendo preenchido o direito de ser informado do indivíduo e o de informar da imprensa.

A limitação que seria requerida após isto estaria amparada no direito do cidadão de proteger a sua vida privada, viver de forma digna e se ressocializar no meio social. Fatores esses são colocados para permitir a discussão do uso que é dado à transmissão do fato pela mídia. E assim sendo, cumpre reafirmar que o direito ao esquecimento não implicaria em uma reconstrução da história, visto que tal coisa seria impossível; mas somente em uma restrição a exploração da informação por terceiros justificada na dignidade da pessoa e na proteção à sua privacidade.

O esquecimento que implicaria em uma reconstrução da história seria derivado da existência de omissões no processamento penal e social do fato e sua esfera de atuação seria pública. E se, de algum modo, a aplicação do esquecimento estudado implica em uma reconstrução da história, seria a história particular do indivíduo envolvido no fato criminoso, que após fechado o ciclo penal que o envolve, estaria legitimado a voltar ao anonimato.

Entre o excesso de memória e o excesso de esquecimento, busca-se a justa memória<sup>30</sup>. Sendo tutela nova no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode afirmar de forma absoluta seu método de aplicação, mas, desde logo, busca registrar que a impossibilidade de reconstrução da história existe não pela aplicação da tutela de ser esquecido, e sim por um dever público de esclarecimento do passado como reconhecimento na importância na formação da ideologia social. Ambos direitos existem concomitantemente, sendo possível afirmar que a relação entre tempo e direito deve ocorrer de forma a possibilitar uma justa medida no equilíbrio das relações sociais, tornando livres e, ao mesmo tempo, conscientes os membros de uma sociedade.

## 5. Referências

ALMEIDA, Valéria Paz de. Nas redes dos telejornais: o tecido discursivo e a formação da memória social. Tese de doutorado. USP. São Paulo, 2006.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>> Acesso em: 06 mar. 2014.

BRASIL. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, revisada e atualizada. Brasília: SDH/PR, 2010.

BURKE, Peter. A história como memória social. In: *O mundo como teatro – estudos de antropologia histórica*. Lisboa: Difel, 1992.

FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi. Políticas da memória e políticas do esquecimento. Disponível em <http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/viewFile/4500/3477>. Acesso em: 03 jun. 2014

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 1949.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Trad. Bernardo Leitão, et al. 2<sup>a</sup> ed. Campinas:Unicamp, 1992

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9<sup>a</sup> ed. revisada e atualizada. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHEL, Johann. Podemos falar de uma política de esquecimento? Revista *Memória em Rede*, Pelotas, vol. 2, n. 3, ago.-nov. 2010. Disponível em: <http://www.ufpel.edu.br/ich/memoriaemrede/site/revista/edicao-03/>. Acesso em: 20 mai. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 1<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

## Notas

1. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com especialização em Direito Constitucional, pela Faculdade Damásio de Jesus. Atualmente, é residente jurídica na Defensoria Pública junto às varas cíveis da Comarca de Cabo Frio/RJ.
2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89429. Rel. Ministra Cármem Lucia. DJU 22/06/2006 Disponível em <<http://stj.gov.br>>. Acesso em: 04 abr. 2014.
3. BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n° 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Disponível em <<http://cjf.jus.br>> Acesso em: 06 mar. 2014.
4. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/2013.

5. MICHEL, Johann. Podemos falar de uma política do esquecimento? Revista *Memória em Rede*, Pelotas, v. 2, n. 3, ago.-nov. 2010 – ISSN- 2177-4129. Disponível em <[www.ufpel.edu.br/ich/memoriaemrede](http://www.ufpel.edu.br/ich/memoriaemrede)>. Acesso em: 04 jun. 2014.
6. JOHANN, Op. cit., p. 18.
7. Idem, p.20.
8. Ibidem.
9. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 379.
10. JOHANN, Michel. Op. cit., p. 25.
11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.335.153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/5/2013.
12. LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal* – 9ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.
13. OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
14. LOPES JÚNIOR, Aury. Op. cit., p. 84.
15. OST, François. Op. cit., p. 161.
16. STJ. REsp nº 1.334.097. Op. cit., p. 37
17. LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Trad. Bernardo Leitão, et al. 2ª ed. Campinas: Unicamp, 1992
18. HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Ed. Centauro, 1949.
19. Idem, p. 20-42.
20. BURKE, Peter. A história como memória social In: *Variedades de história cultural*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Disponível em: <<http://muna.tripod.com/17.html>>. Acesso em: 02 jun. 2014.
21. KEHL, Maria Rita. Imaginário e pensamento. Apud ALMEIDA, Valéria Paz de. *Nas redes dos telejornais: o tecido discursivo e a formação da memória social*. Tese de doutorado. São Paulo, 2006.
22. ALMEIDA, Valéria Paz. Op. cit., p. 26-35.
23. STJ. REsp n. 1.334.097. Op. cit., p. 35.
24. JOHANN, Michel. Op. cit., p. 30.
25. BURKE, Peter. A história como memória social. In: *O mundo como teatro – estudos de antropologia histórica*. Lisboa: Difel, 1992.
26. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, revisada e atualizada. Brasília: SDH/PR, 2010.
27. ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978, p.22.
28. Idem, p. 156.
29. FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.
30. RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Le Seuil, 2000. Apud FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi. *Políticas da memória e políticas do esquecimento*. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/viewFile/4500/3477>>. Acesso em: 03 jun. 2014.

# Trinta anos da Constituição de 1988 e dignidade humana: algo mudou para os presos?<sup>1</sup>

Ana Paula de Barcellos<sup>2</sup>

## 1. Introdução

A Constituição de 1988 consagrou a dignidade humana como fundamento do Estado que pretendeu organizar e, de fato, a dignidade humana se tornou um tema amplamente discutido, ao menos do ponto de vista teórico. Da teoria à realidade, porém, há um caminho importante a percorrer em qualquer tema. O presente trabalho se ocupa de uma situação que talvez seja das que desafia, de forma mais radical e profunda, uma sociedade que afirma compartilhar das ideias de igualdade e de dignidade essencial ou ontológica de cada ser humano. O que se quer aqui investigar é como a sociedade brasileira, imersa em um contexto de medo resultante da violência urbana, trata sua população carcerária<sup>3</sup>. Algo mudou 30 anos depois da promulgação da Constituição? A resposta é muito próxima da negativa. Aparentemente, a questão do respeito à dignidade dos presos demanda outro tipo de abordagem, que não a propriamente normativa.

O exame será feito em três partes principais. Em primeiro lugar, pretende-se demonstrar uma situação de fato: o gravíssimo, antigo, contínuo, generalizado e praticamente institucionalizado quadro de violação a direitos fundamentais dos presos no Brasil. Essa conjuntura leva facilmente à conclusão de que os presos no Brasil não são tratados como seres humanos (e provavelmente sequer são considerados como tais).

Na segunda parte, o texto busca examinar algumas possíveis explicações para a realidade descrita na parte anterior. As conclusões, a essa altura da análise, não são animadoras. As explicações simples não se adequam ao mundo real. Como se verá, o modo como a sociedade brasileira trata seus presos não pode ser própria ou plenamente explicado por razões circunstanciais ou por algum tipo de questão que o Direito tenha condições de resolver facilmente por meio de seus mecanismos típicos (jurisdição, indução etc.). Ao que parece, a situação das prisões brasileiras guarda relação com uma realidade já consolidada e muito mais complexa, que envolve a formação social do povo brasileiro.

Na terceira parte, o trabalho busca pôr o problema em evidência ao sugerir que há uma conexão entre a forma como os presos são tratados e os níveis atuais de violência urbana no Brasil. O que se sugere é que o tratamento conferido aos presos contribui

para o incremento da própria violência. Tendo em conta que nem o recurso à ideia de dignidade humana nem as leis ou a jurisdição foram capazes de modificar a situação carcerária até o momento, talvez haja interesse pelo tema uma vez que se perceba que o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência.

## 2. As terríveis condições carcerárias no Brasil

O sistema prisional brasileiro conta com vários e gravíssimos problemas, a ponto de o Presidente do Supremo Tribunal Federal declarar – no 12º Congresso da ONU sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, sediado em Salvador, em abril de 2010 – que o sistema penitenciário brasileiro está à beira da falência total<sup>4</sup>. Não cabe, aqui, descrever todos esses problemas, valendo apenas destacar um que, embora elementar, acaba por dar ensejo a vários outros: a ausência de vagas nas penitenciárias brasileiras. Considerando dados oficiais de 2009, há um excesso de mais de 139 mil pessoas, no mínimo, efetivamente presas no Brasil, sem que o sistema prisional disponha de vagas para elas<sup>5</sup>. Em consequência, os presos são mantidos, literalmente, amontoados nas penitenciárias ou nas delegacias. Em vários lugares do país, há presos alojados em pé, nos corredores das delegacias, ou, ainda, confinados em *containers*. A hiperlotação acaba por contribuir para que sejam raros os estabelecimentos prisionais em que há separação dos presos por idade ou por gravidade do delito. O país tem convivido, inclusive, com denúncias de mulheres mantidas presas em celas junto com homens<sup>6</sup>. Seguem alguns dados que proporcionam uma melhor ideia da realidade.

De meados de 2007 até a metade do ano de 2008, uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) organizada pela Câmara dos Deputados investigou o sistema prisional brasileiro, chegando a conclusões alarmantes, amplamente divulgadas<sup>7</sup>. Segundo os dados de dezembro de 2007, a população carcerária brasileira era estimada em 422.590 presos. O número de vagas do sistema penitenciário brasileiro, porém, totalizava apenas 275.194 vagas. O relatório da CPI concluiu que *nenhum* dos presídios existentes cumpria o que a legislação brasileira, em vigor desde 1984, prevê, a saber: que cada condenado deve ser alojado em cela individual, que, por sua vez, conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, com área mínima de 6 m<sup>2</sup>. A CPI reporta que a superlotação não é um problema novo: ele existe ao menos desde o início do século XIX. A historiografia especializada confirma que, de fato, os problemas de superlotação do sistema prisional não são recentes<sup>8</sup>.

O relatório da CPI reporta também, ao lado da hiperlotação, e guardando certa relação com ela, outros problemas gravíssimos, ainda que rotineiros e observados em vários estados da Federação. É frequente que os presos não tenham acesso a água em quantidades minimamente razoáveis – seja para higiene, seja para consumo. É

igualmente frequente que as celas sejam contaminadas por esgoto corrente e que nelas haja lixo em caráter permanente, inclusive fezes e urina mantidos em garrafas de refrigerantes nos cantos das celas, já que não há instalações sanitárias suficientes. A CPI reportou vários casos em que vasos sanitários, sem descarga, servem, cada um, a mais de 70 presos em uma mesma cela, e nos quais água para limpeza é jogada apenas uma vez dia. O resultado, óbvio, é a mais grosseira falta de condições de higiene e um odor insuportável, além de insetos variados. É frequente que não haja divisórias isolando o vaso do resto da cela, de modo que o preso tem que usá-lo na frente de dezenas de outros presos, havendo mesmo exemplos em que o vaso sanitário não passa de um buraco no chão. O acesso à água para lavagem das mãos após o uso do aparelho sanitário é raríssimo.

O relatório da CPI descreve que, como regra, não há colchões ou, quando eles existem, são em quantidade insuficiente. A comida, em geral, é pouca e de péssima qualidade, quando não é servida estragada. Em muitos presídios ela é servida em sacos plásticos e os detentos têm que comer com as mãos, já que não há talheres. Roupas também não são fornecidas. A carência desses elementos (colchões, roupas, comida etc.) fomenta um amplo mercado negro no interior desses estabelecimentos. Acrescente-se a isso o fato de não haver controle térmico das celas, que podem chegar a temperaturas próximas a 50°C no verão.

Documento datado de setembro de 2007 e elaborado pelo Ministério da Justiça, denominado de Plano Nacional de Política Penitenciária, já previa como a primeira das diretrizes prioritárias para os agentes responsáveis pela condução e execução da política penitenciária no Brasil a necessidade de liberação de recursos para construção e reforma dos estabelecimentos prisionais<sup>9</sup>. Em junho de 2008, o departamento Penitenciário Nacional, também no âmbito do Ministério da Justiça, divulgou publicação identificada como “Dados Consolidados”, trazendo informações sobre o perfil e a evolução da população carcerária brasileira de 2003 a 2007, na qual a superlotação restou evidente<sup>10</sup>.

A despeito do trabalho e conclusões da CPI e dos documentos referidos acima, produzidos no âmbito do Poder Executivo Federal, a realidade prisional brasileira não parece ter sofrido alteração significativa nos últimos anos. Apenas alguns exemplos mais recentes: a Defensoria Pública de São Paulo – o Estado mais rico do país, vale lembrar – informa que 59 das 64 cadeias públicas femininas operavam, em 2008, muito acima de sua capacidade. Segundo os dados, havia 4.057 mulheres presas, mas o sistema só contava com 1.687 vagas. Em setembro de 2008, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo atendeu pedido da Defensoria para interditar uma delas – a Cadeia Pública Feminina localizada no município de São Bernardo do Campo<sup>11</sup>. O estabelecimento, que tinha capacidade para 32 detentas, mantinha 193. Faltavam colchões, material de higiene e médicos para as presas. Na Cadeia Pública Feminina de Indaiatuba, também em São Paulo, cada colchão de solteiro era dividido por três

detentas, enquanto outras eram obrigadas a dormir no banheiro por falta de espaço. Sem material de higiene pessoal, as presas usavam miolo de pão como absorvente<sup>12</sup>.

Em fevereiro de 2009, o nível de superlotação no presídio central em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, produzia uma estatística de, em média, 1,71m<sup>2</sup> por preso, sendo que, em muitas celas, essa relação chegava a 0,45m<sup>2</sup> por preso. O déficit de vagas no presídio era de quase 4.000<sup>13</sup>. No Estado do Espírito Santo, uma cela com capacidade para 36 presos comportava 256, que dividiam – todos – um único banheiro (dados de maio de 2009). O mesmo Estado mantém, ainda, presos – inclusive menores de idade – dentro de *containers*<sup>14</sup>. Um registro dá conta de 34 pessoas dentro de um *container* sem grades ou janelas e sem direito a banho de sol. Os Estados de Santa Catarina e Pará também mantêm presos em *containers* como forma de esvaziar as delegacias superlotadas<sup>15</sup>. No Estado da Paraíba (dados de maio de 2009), todas as unidades penitenciárias se encontravam em situação crítica. Apenas para fins ilustrativos, um presídio com capacidade para 400 presos abrigava 1.100. Os banheiros disponíveis não tinham portas, os vasos sanitários estavam quebrados e o chão era alagado com refluxo de esgoto<sup>16</sup>.

A notícia acerca da situação degradante da população carcerária no Brasil já tem repercutido no exterior e mobilizado, inclusive, a intervenção de organizações internacionais para a defesa de direitos humanos. Em 2002, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a implementar uma série de medidas para garantir a vida e a integridade física dos presos em um dos maiores presídios da região Norte do país (presídio de Urso Branco, em Rondônia). Pouco foi feito desde então. As determinações do Tribunal da OEA não foram cumpridas e, em outubro de 2009, o país teve de comparecer perante a Corte novamente para prestar explicações acerca da situação do mesmo presídio<sup>17</sup>. A situação dos presídios no Estado do Espírito Santo também levou o Brasil a ter que dar explicações, dessa vez no âmbito da ONU, já em 2010. Em sessão paralela à 13<sup>a</sup> Reunião do Conselho de Direitos Humanos da ONU, ocorrida em março de 2010, representantes do Brasil tiveram, mais uma vez, de prestar esclarecimentos diante das denúncias apresentadas<sup>18</sup>.

Não há necessidade de prosseguir com esse espetáculo de horrores, mas algumas conclusões podem ser extraídas neste ponto. A primeira conclusão que se quer enunciar aqui, embora se trate de um certo truismo, é a de que o tratamento conferido aos presos no Brasil, e descrito acima, viola de forma grosseira os direitos humanos. O ponto será aprofundado adiante. A segunda conclusão a apurar é a de que a violação dos direitos humanos dos presos no Brasil constitui o tratamento normal (do ponto de vista estatístico) conferido a tal parcela da população: a rotina e não um desvio eventual. Parece certo afirmar que em qualquer sistema prisional de que se cogite, em qualquer lugar do mundo, sempre será possível observar violações eventuais aos direitos dos presos. A diferença é que em algumas partes do mundo essas violações

serão uma exceção, uma anomalia a ser punida pelo Direito. Como em qualquer outra área na qual os indivíduos possam exercer liberdade, sempre haverá um percentual de condutas desviantes em relação ao padrão, daí a necessidade da própria existência do Direito. No Brasil, porém, a violação não é a exceção: é a regra geral. Não se trata de um desvio episódico ou localizado, mas do padrão geral observado no país como um todo. O tratamento adequado eventualmente conferido a um preso é que constitui a exceção. A terceira conclusão é a de que esse tratamento desumano conferido aos presos não constitui um evento novo na história do Brasil.

### 3. Por quê?

Quais seriam as explicações para o quadro que se acaba de descrever? Por quais razões o Brasil trata de forma tão desumana e cruel os presos, há tanto tempo? Por que esse quadro não mudou após, por exemplo, a redemocratização do país na década de 80 e, particularmente, após a edição da Constituição de 1988? É preciso reconhecer que o esforço teórico de identificar essas explicações exigiria uma investigação interdisciplinar abrangente que está fora do escopo deste trabalho. Nada obstante, embora não seja viável demonstrar fundamentadamente que razões de forma direta conduzem ao quadro descrito acima, é possível identificar algumas não-explicações, isto é: algumas razões de que até se poderia cogitar para explicar o problema, mas que, na realidade, não são relevantes ou têm relevância bastante reduzida. A utilidade de identificar as não-explicações é excluí-las desde logo do debate (ou ao menos demonstrar a sua pouca pertinência para o mesmo) e, assim, facilitar a aproximação das razões que, de fato, são relevantes. Algumas não-explicações serão enunciadas e examinadas abaixo e, ao fim do tópico, se cogitará também de uma hipótese explicativa positiva para o fenômeno.

*Uma primeira explicação* possível para a situação do sistema prisional – a rigor, uma não-explicação, como se verá, – seria a seguinte. O Brasil, por razões culturais particulares, talvez não compartilhe dos consensos internacionais acerca dos direitos humanos em geral e dos direitos humanos dos presos em particular, daí o quadro descrito acima envolvendo o sistema prisional brasileiro. Ocorre que a afirmação claramente não corresponde à realidade das manifestações brasileiras sobre o assunto. O Brasil, além de ser signatário dos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos – *e.g.*, Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>19</sup>, Convenção Interamericana de Direitos Humanos<sup>20-21</sup> e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>22-23</sup> –, que já trazem algumas previsões sobre os direitos dos presos, é também signatário de documentos internacionais que tratam de forma específica dos direitos dos investigados, condenados e presos. Alguns exemplos são a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>24</sup> (e Protocolo Adicional<sup>25</sup>), a Convenção Interamericana para Prevenir e

Punir a Tortura<sup>26</sup>, a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra<sup>27</sup>, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros<sup>28</sup> e as Regras de Tóquio – Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade<sup>29</sup>. Assim, imputar a degradação do sistema prisional brasileiro a uma suposta particularidade cultural do país, que teria uma visão diversa acerca dos direitos humanos, simplesmente não é uma explicação real para o problema.

*Uma segunda explicação* possível – e igualmente uma não-explicação, na realidade – envolveria a fragilidade do Direito interno brasileiro sobre o tema. Não é incomum, como se sabe, que países se comprometam com determinadas políticas no plano internacional sem qualquer intenção, no entanto, de implementá-las internamente. Assim, seria possível cogitar da seguinte explicação para o quadro do sistema prisional brasileiro: apesar dos compromissos internacionais do Brasil com os direitos humanos em geral, e com os direitos dos presos em particular, a legislação interna brasileira não refletiria essa preocupação. Essa explicação também não corresponde à realidade do direito interno brasileiro.

A Constituição de 1988 garante uma série de direitos específicos para os presos, afora os tradicionais direitos ao devido processo legal processual. A Constituição prevê, como se sabe, e de forma expressa, o direito à integridade física e moral dos presos, o direito ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado e o direito das presas de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. A Constituição veda, ainda, as penas cruéis, e estabelece como princípio geral da República a dignidade da pessoa humana<sup>30</sup>.

Mesmo antes da Constituição de 1988, já havia sido editada a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – a Lei de Execução Penal – que descreve de forma especialmente detalhada os direitos dos presos no contexto do seu encarceramento. Em 1994, dez anos depois, foi editada a Lei Complementar nº 79, que cria o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN – e lista os recursos que devem ser a ele direcionados. Os recursos do FUNPEN deveriam, e devem, ser empregados para a construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais, dentre outras atividades necessárias a modernizar a aprimorar o sistema penitenciário brasileiro<sup>31</sup>.

Dentre os direitos dos presos previstos na Lei nº 7.210/84 estão o direito de ser alojado em cela individual com área mínima de 6 m<sup>2</sup> (que deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório e ser dotada de condições de aeração e controle térmico), o direito à alimentação, vestuário e instalações higiênicas, o direito de atendimento à saúde (que deve compreender atendimento médico, odontológico e farmacêutico), o direito à instrução educacional e o direito à assistência jurídica (caso não tenha condições de contratar um advogado), dentre outros<sup>32</sup>. Quanto à assistência jurídica, e com o objetivo de ampliar o acesso a ela para aqueles que não têm recursos, lembre-se que a Constituição de 1988 determinou a criação de Defensorias Públicas para atendimento

jurídico dos necessitados, que igualmente estão dispensados do pagamento de custas para propor ações judiciais (art. 5º, LXXIV e art. 134). A Constituição atribuiu, ainda, ao Ministério Público a defesa de interesses coletivos e difusos (art. 129).

A conclusão, também aqui, é a de que não é possível explicar o quadro de desrespeito aos direitos dos presos sob o argumento de uma suposta fragilidade ou omissão do Direito brasileiro sobre o tema. Ao contrário, embora os presos constituam, provavelmente, a minoria com menores condições de participar do debate público no país, a legislação brasileira sobre seus direitos é considerada uma das mais avançadas do mundo. Não é possível culpar o Direito.

*Uma terceira explicação* de que se poderia cogitar para a superlotação do sistema prisional brasileiro seria a de que esse seria um problema muito recente e imprevisto que, por isso mesmo, teria surpreendido as autoridades públicas. Tudo viria bem até que, de repente, algo inesperado teria desencadeado um número enorme de prisões, que teriam gerado a superlotação do sistema: ainda não teria havido tempo hábil para que as políticas públicas adotadas produzissem os efeitos desejados no sentido de minimizar o problema. A explicação não é real, mas merece atenção específica. É verdade que a população carcerária cresceu cerca de 37% de 2003 a 2007, ao passo que a população brasileira, no mesmo período, cresceu pouco mais que 5%, de modo que houve um incremento real relevante da população carcerária nos últimos anos. Também é verdade que há um grande número de prisões provisórias decretadas no Brasil, o que contribui para a superlotação do sistema<sup>33</sup>.

Nada obstante, embora não se possa ignorar o impacto do aumento recente do número de presos sobre o problema da superlotação dos presídios, não seria correto concluir que esse fenômeno, observado, sobretudo, de 2003 a 2007, seria a explicação para o caos do sistema prisional brasileiro. Em primeiro lugar, o problema da superlotação não teve início, subitamente, em 2003. O problema remonta ao século XIX e ao longo do século XX se agravou continuamente. As próprias autoridades brasileiras responsáveis pela política penitenciária reconhecem que a situação de superlotação é gravíssima há, no mínimo, 40 anos<sup>34</sup>, sendo que há mais de 25 anos vige legislação específica sobre as condições que os presídios devem ter e, até o momento, praticamente nenhum deles apresenta essas condições.

Por outro lado, não há nada de imprevisto, a rigor, no aumento progressivo e relevante da população carcerária brasileira. Embora não haja estatísticas precisas no país, estima-se que o número de mandados de prisão não cumpridos pode chegar a 300 mil<sup>35</sup>. Dados coletados no Estado do Rio de Janeiro dão conta de que, em 2002, houve somente 2% de condenações em relação a todos os homicídios registrados e, considerando o período de 2002 a 2004, esse número não passou de 10%<sup>36</sup>. Ou seja: independentemente do crescimento da população carcerária, observado desde 2003, os níveis de superlotação só não são ainda piores porque o sistema de investigação e de Justiça

criminal brasileiro funciona, para dizer o mínimo, de forma precária. E, considerando que a melhoria do sistema de investigação e de justiça criminal haverá de ser uma meta permanente das autoridades públicas, é certo que qualquer nível de melhoria agravará ainda mais o problema da superlotação do sistema prisional. Em suma: imputar o problema da superlotação do sistema prisional ao crescimento do número de prisões verificado no período de 2003 a 2007 seria um equívoco.

*Uma quarta explicação* que se poderia imaginar para a não solução do problema da superlotação do sistema prisional brasileiro seria a seguinte: o Brasil é um país paupérrimo ou passou por alguma grande catástrofe recente e não dispõe de recursos para investir no setor, seja porque, simplesmente, não há recursos, seja porque há outras prioridades absolutamente emergenciais. Felizmente, nenhum desses pressupostos de fato é real. O Brasil não é um país paupérrimo e não passou por qualquer catástrofe recente. Em outras áreas, políticas públicas importantes – e custosas – têm sido implementadas sem que o argumento de que não há recursos as tenha inviabilizado, como, *e.g.*, o fornecimento gratuito de medicamentos<sup>37</sup> e o programa de acesso de alunos a educação superior em instituições de ensino superior privadas, custeado pelo Estado<sup>38</sup>. O debate envolvendo a fixação de prioridades para a alocação de recursos públicos sempre será relevante, não apenas no caso de investimentos no sistema prisional, mas também em relação a qualquer espécie de gasto público, na medida em que as demandas podem ser ilimitadas, mas os recursos públicos são limitados. Essa obviedade apenas significa que dinheiro será sempre uma questão para qualquer política pública, mas não pode ser descrita como *a* questão para o caos do sistema prisional brasileiro.

Há, ainda, alguns dados específicos que revelam que o argumento genérico de que não há dinheiro está longe de ser uma explicação adequada para o problema da superlotação do sistema prisional brasileiro. Como referido acima, desde 1994 o Legislador criou um fundo específico, alimentado por fontes permanentes de receita, destinado a custear as políticas penitenciárias. Paralelamente, a imprensa noticiou, ao fim de 2009, que recursos destinados a implementar políticas para o setor permaneciam há anos sem utilização por razões variadas<sup>39</sup>. Dentre outras razões está a pressão dos municípios, que não desejam a construção de presídios em seus territórios. Assim, também aqui não é possível apontar a falta de recursos como a causa central para o problema da superlotação do sistema prisional brasileiro.

Por fim, *uma quinta razão* que se poderia imaginar como explicação para a situação do sistema prisional brasileiro seria a ignorância. Por alguma razão, as autoridades e a sociedade não teriam ciência do que se passa dentro dos presídios e da violação dos direitos humanos que lá ocorre e, como ignorariam os fatos, nada seria feito para sanar essas violações. A cogitação não guarda qualquer relação com a realidade, como já se viu. Acima se descreveu como as próprias autoridades públicas têm feito diagnósticos

relevantes do problema e a sociedade tem sido amplamente informada por meio da imprensa acerca da questão, em particular do problema da superlotação. Não é possível cogitar, portanto, de uma ignorância generalizada como causa para a perpetuação dos problemas do sistema prisional brasileiro. Não há necessidade de prosseguir na argumentação quanto a esse ponto.

Já é possível extrair uma conclusão a partir do que se expôs acima. A pergunta formulada inicialmente – por quais razões o Brasil trata de forma tão desumana e cruel os presos, há tanto tempo? – não é respondida de forma consistente por qualquer das explicações de que se cogitou até aqui. A rigor, as preocupações com direitos humanos estão presentes no Brasil (do ponto de vista teórico, ao menos), há ampla e detalhada legislação interna sobre os direitos dos presos, há informação sobre o quadro de desrespeito a essa legislação, o problema da superlotação dos presídios não é recente e há até recursos, mas o quadro persiste sem mudanças significativas e sem que se verifique uma aproximação relevante entre a realidade e o que o discurso e o Direito sugerem.

Se essas respostas não são relevantes para a compreensão do problema, ou sua relevância é limitada, o que o explicaria? Por que há décadas a sociedade convive, passivamente, com o desrespeito grosseiro aos direitos fundamentais dos presos e com a violação reiterada da legislação pertinente? Por que a legislação específica, referida acima “não pegou”? Por que há uma relativa indiferença da sociedade e também das autoridades, já que o mesmo Congresso Nacional que aprovou a legislação referida acima é também a autoridade que tem competência para fiscalizar as ações do Poder Executivo e o investimento dos recursos públicos? Por que a população se mobiliza com relativa facilidade para ajudar vítimas de calamidades, tanto no Brasil quanto no exterior, mas convive com a situação prisional, mesmo sabendo do quadro deplorável que envolve os presos? Como já referido, a construção de respostas consistentes a essas perguntas exige investigações interdisciplinares complexas, de modo que tudo que se pretende ao fim deste tópico é sugerir uma hipótese explicativa para reflexão.

Já se descreveu acima, sumariamente, como o Brasil tem explicitado seu compromisso com os direitos humanos em geral, e com os direitos dos presos em particular, por meio da subscrição de atos internacionais tratando do tema e da edição de normas internas. Entretanto, apesar do belo discurso e do que dispõe o Direito, parece que a formação da cultura brasileira ainda não foi capaz de incorporar as noções de igualdade essencial dos indivíduos e da dignidade de cada ser humano. Assim, os compromissos formais com os direitos humanos acabam sendo construídos sobre uma base moral e filosófica que não é realmente compartilhada pela maior parte da sociedade e que, por isso mesmo, diante de quaisquer ameaças – como, por exemplo, a ameaça da violência urbana – revela sua fragilidade.

A hipótese que se suscita aqui é a de que a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que

à simples circunstância de se tratar de um ser humano. A dignidade, portanto, não seria algo inerente a todo ser humano, mas circunstancial e vinculada ao comportamento do indivíduo. Isso explicaria, de certo modo, a permanência do caos no sistema prisional brasileiro, a despeito de toda a estrutura jurídico-formal descrita acima. O funcionamento dessa concepção de dignidade não ontológica poderia ser descrito nos seguintes termos: o preso cometou crimes (ou está sendo acusado por crimes) logo, por conta de seu comportamento reprovável, ele já não seria titular da dignidade e, portanto, não teria direito realmente a ser tratado de forma digna.

De acordo com a lógica dessa concepção, a sociedade poderia até vir a melhorar as condições do sistema prisional, e alguns esforços nesse sentido até poderiam ser louváveis, depois, claro, que outras necessidades sociais – essas sim ligadas a indivíduos dotados de dignidade – se encontrem atendidas. Ou seja: os direitos dos presos não seriam propriamente *direitos* e o debate acerca deles estaria confinado ao espaço da benevolência. Em um ambiente de medo generalizado, por conta de níveis alarmantes de violência urbana, a benevolência simplesmente não encontra oportunidade adequada para florescer<sup>40</sup>. Pior que isso, o medo faz vir à tona toda a fragilidade das convicções morais e filosóficas da formação social brasileira acerca da igualdade dos indivíduos e de sua dignidade. As ações concretas, ou omissões, das autoridades públicas, sobretudo daquelas eleitas, parecem se amoldar a essa concepção majoritária na sociedade. Três observações finais parecem importantes e merecem registro.

A maior parte da população carcerária é composta de indivíduos de pouca escolaridade e nível de renda baixo, além de haver uma predominância de negros e pardos<sup>41</sup>. Esse mesmo conjunto de características identifica uma grande parcela da população brasileira tomada em seu conjunto<sup>42</sup>. Assim, do ponto de vista estatístico, uma parte relevante da população poderia se considerar uma espécie de *alvo* preferencial do sistema prisional. Em um regime democrático, seria racional imaginar que essa parcela da população teria interesse em reivindicar, junto a seus representantes e aos agentes políticos em geral, melhorias nas condições prisionais, tendo em conta o risco de ela mesma vir a ser vítima dessas condições. Nada obstante, como é notório, não é isso o que ocorre: a melhoria das condições das prisões está longe de figurar no topo das preocupações da maior parte da população brasileira e menos ainda dos grupos de menor escolaridade<sup>43</sup>.

Por quais razões a população é relativamente indiferente para com o tema? Note-se que não se trata apenas das classes mais favorecidas, cujo desinteresse poderia ser explicado pela circunstância de que, provavelmente, elas jamais correrão o risco de ingressar em uma prisão. A surpresa decorre do desinteresse também da parcela da população que, potencialmente, poderia vir a ser vítima do sistema prisional. Uma das explicações de que se pode cogitar é exatamente a de que a concepção não ontológica da dignidade humana referida acima é compartilhada de forma geral pela sociedade,

assim como o medo. Se é assim – isto é: se mesmo os grupos sociais que, em tese, teriam mais interesse em reivindicar o cumprimento da legislação no que diz respeito aos direitos dos presos, não consideram o tema uma prioridade –, os mecanismos ordinários do regime democrático parecem ter pouca capacidade de alterar o quadro do sistema prisional no Brasil. A conclusão não chega a ser surpreendente. Em um ambiente de medo, se as concepções filosóficas e morais das pessoas não são capazes de visualizar os presos como titulares de dignidade e de direitos, parece natural que os mecanismos majoritários repercutam essa mesma orientação.

A segunda observação se relaciona, de certo modo, com a primeira. A democracia não se esgota na aplicação de técnicas majoritárias no âmbito do Executivo e do Legislativo. A proteção das minorias demanda, e o ponto já não envolve controvérsia, outros mecanismos institucionais que se aglutinam, sobretudo, em torno do Poder Judiciário. No direito brasileiro, ademais, existem instituições públicas – o Ministério Público e a Defensoria Pública, em particular – que, diante da grosseira violação dos direitos dos presos e da legislação pertinente, teriam o poder-dever<sup>44</sup> de submeter a questão ao Judiciário. Ainda que possam ser descritos como contra majoritários, tais mecanismos não são antidemocráticos, muito ao contrário. No caso aqui em exame, o termo contra majoritário sequer seria adequado para descrever eventuais iniciativas – não oriundas do Executivo ou do Legislativo – destinadas a garantir os direitos dos presos. Como se viu, independentemente de outras discussões, tais direitos já constam de textos normativos que foram objeto de deliberação das maiorias, a saber: a Constituição e a legislação.

Seria impreciso e injusto afirmar que Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública são totalmente indiferentes ao tema do sistema prisional: existem decisões judiciais sobre o tema, mencionadas inclusive neste estudo, e que foram provocadas por iniciativas do Ministério Público ou da Defensoria Pública. A verdade, porém, é que, diante do quadro generalizado de violação, e que está longe de ser recente, tais decisões judiciais se aproximam de uma parcela muito pequena do problema, permitindo concluir que esses mecanismos de proteção das minorias estão longe de funcionar de forma adequada. E por quais razões eles não funcionam bem? Há, sem dúvida, inúmeras causas que contribuem para esse quadro. Uma delas, porém, não seria a de que também os integrantes dessas instituições – Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública – acabam sendo influenciados por essa mesma concepção não ontológica da dignidade humana, o que repercute, como não poderia deixar de ser, na formação de seus convencimentos e na eleição de prioridades?

Por fim, e em terceiro lugar, é interessante observar que a lógica da hipótese explicativa apresentada acima aproxima-se muito das razões subjacentes ao debate que se instaurou em várias partes do mundo, sobretudo após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, acerca da flexibilização dos direitos dos indivíduos acusados de

terrorismo. Com efeito, a discussão, *e.g.*, sobre o direito penal do inimigo, pressupõe justamente que as condições de titular de direitos humanos (em toda sua extensão), de titular de dignidade e até mesmo a condição de pessoa não estão irremediavelmente associadas aos seres humanos pelo simples fato de serem seres humanos. O indivíduo não seria portador de direitos, mas estes lhe seriam atribuídos pela comunidade: a prática de determinados crimes poderia levar à exclusão do indivíduo da “comunidade de direitos” e gerar a perda da condição de pessoa e da titularidade da dignidade e desses direitos. Também aqui, portanto, a dignidade não seria inerente ao ser humano, mas circunstancial e variável, tendo em conta a forma como ele se comporta na sociedade.

Não deixa de ser impressionante, do ponto de vista filosófico, que, mais uma vez na história humana, um debate considere que os indivíduos não são titulares de uma dignidade inerente, cogite da flexibilização de direitos para determinada categoria de criminosos e trabalhe com a manipulação do conceito de pessoa. O risco que essa espécie de construção teórica representa para a proteção dos direitos humanos no mundo é bastante óbvio e dispensa maiores considerações. A especial gravidade da situação no Brasil, porém, decorre de algumas particularidades que devem ser registradas. No caso brasileiro, não há um debate teórico que pretende flexibilizar um modelo de garantias de direitos humanos já existente e razoavelmente consolidado, como seria o caso, *e.g.*, do debate sobre o direito penal do inimigo na Alemanha. A realidade brasileira sequer chegou a construir ou consolidar ainda um modelo de garantias de direitos humanos. Ademais, no Brasil, a lógica que identifica no criminoso um inimigo, um *não titular* de direitos e até mesmo uma *não pessoa* – embora não de forma explícita e não no plano teórico – acaba sendo aplicada no contexto de qualquer atividade criminosa, e não, como pretendem os defensores teóricos do direito penal do inimigo, aos indivíduos envolvidos em crimes de específica gravidade.

Em resumo, as explicações identificadas no início deste tópico não esclarecem de forma adequada ou consistente a forma como a sociedade brasileira trata a população carcerária. A hipótese explicativa de que se cogita para o fenômeno envolve a formação moral e social da sociedade brasileira, que não teria incorporado – a despeito do discurso e do que dispõe a legislação – as noções de igualdade e dignidade essenciais dos indivíduos, trabalhando, diversamente, com uma concepção de dignidade que se vincula não ao ser humano em si, mas àquilo que ele faz ou deixa de fazer.

#### **4. Violação aos direitos dos presos: mais violência. Uma tentativa de recolocar a discussão sob outra perspectiva**

Caso a hipótese explicativa que se propôs no tópico anterior possa de fato ser confirmada, o Direito brasileiro enfrentará (ou continuará a enfrentar) um problema estrutural da maior gravidade, já que a capacidade do Direito de modificar as concepções

morais e filosóficas das pessoas é bastante limitada; mas ainda em um ambiente de medo no qual as pessoas se sentem permanentemente ameaçadas pela violência, que assume rosto e corpo na figura dos presos. Assim, sem prejuízo dos papéis que o Direito pode desempenhar nesse contexto, parece relevante trazer à tona, até para fomentar algum debate sobre o assunto, o equívoco de a sociedade imaginar que o tratamento conferido aos presos não repercutirá negativamente sobre ela mesma, como se fosse possível segregar de forma rígida esses dois mundos: o mundo fora das prisões e o mundo dentro das prisões.

A violência urbana é um fenômeno complexo e multicausal. Não é o caso de discorrer sobre essas causas e nem sobre a importância de cada uma delas. O que se pretende registrar é apenas que há indícios consistentes de que o tratamento desumano conferido aos presos pelo sistema prisional brasileiro acaba por contribuir para o incremento da criminalidade e da violência urbana. Essa relação pode ser observada em, ao menos, duas circunstâncias diversas: no grande número de crimes graves adicionais cometidos por suspeitos, na tentativa de evitarem a prisão, e nos níveis altíssimos de reincidência verificados no Brasil.

Com efeito, é frequente no Brasil que os suspeitos procurem a todo custo evitar a prisão praticando novos crimes muitas vezes mais graves e violentos que aqueles que motivaram sua prisão inicialmente. Assim, é comum que suspeitos reajam à ordem de prisão, ou mesmo à simples aproximação da polícia, atirando nos policiais, roubando veículos para a fuga e fazendo reféns. Infelizmente, é bastante comum que perseguições policiais resultem na morte dos próprios suspeitos, de policiais e, sobretudo, de terceiros que, por falta de sorte, se encontravam na região do confronto e acabaram sendo atingidos por disparos no fogo cruzado<sup>45</sup>.

Uma das explicações mais plausíveis para essa espécie de comportamento bastante generalizado no Brasil é, justamente, o pavor que os suspeitos têm das condições a que serão submetidos nos estabelecimentos prisionais: superlotação, fome, maus tratos, violência, tortura e abusos sexuais variados<sup>46</sup>. A perspectiva desse quadro faz parecer mais vantajoso, para o suspeito, tentar evitar a prisão a qualquer custo, ainda que por meio de mais violência e da prática de novos crimes. Até porque, embora as penas por esses novos crimes – caso aplicadas – possam ser ainda maiores que as associadas aos crimes originais que motivavam a prisão, já se registrou acima que o percentual de condenações é muito pequeno em face da quantidade de crimes cometidos. A ameaça de condenação futura acaba por ter um peso muitíssimo menor que a ameaça presente da prisão e das condições do sistema prisional.

Um segundo ambiente, no qual se observa uma relação causal bastante consistente entre as condições prisionais e o incremento da violência, é o da reincidência. Estima-se que cerca de 70% dos presos no Brasil, uma vez em liberdade, voltam a ser presos pela prática de novos crimes. Mesmo no Brasil, esses percentuais são relativamente

menores nas hipóteses em que a legislação admite, e são, de fato, aplicadas penas alternativas, que não envolvam encarceramento<sup>47</sup>. As razões que estabelecem esse nexo de causalidade podem ser variadas e apresentar naturezas diversas: detentos de menor potencial ofensivo acabam sendo integrados a facções criminosas dentro dos próprios presídios para conseguir sobreviver à realidade prisional e nela prosseguem quando em liberdade; o tratamento desumano acaba por brutalizar completamente o indivíduo e retirar-lhe toda a perspectiva de uma vida fora da criminalidade; o preso não recebe qualquer treinamento ou orientação profissional para, uma vez livre, ser capaz de sustentar-se por meio do trabalho etc.<sup>48</sup>. Seja como for, o que se observa é que a probabilidade de o indivíduo cometer novos crimes após ter passado algum tempo no sistema prisional brasileiro é bastante alta.

## 5. Conclusões

As principais ideias expostas ao longo deste trabalho podem ser resumidas nos seguintes termos: há várias décadas, o tratamento conferido aos presos no Brasil é, como regra geral – e não como exceção –, degradante e desumano. E isso apesar de o Brasil manter uma tradição, no plano internacional, de discurso a favor dos direitos humanos, e dos direitos dos presos em particular; de haver ampla e detalhada legislação interna sobre os direitos dos presos e de existirem até recursos financeiros reservados para políticas penitenciárias. A explicação de que se cogita para essa circunstância de fato diz respeito à formação da sociedade brasileira, que não teria incorporado – a despeito do discurso e do que dispõe a legislação – as noções de igualdade e dignidade essenciais dos indivíduos, trabalhando, diversamente, com uma concepção de dignidade que se vincula não ao ser humano, mas àquilo que ele faz ou deixa de fazer. Os presos, portanto, não seriam considerados titulares de dignidade ou de direitos.

Por fim, e já que o recurso ao argumento da dignidade não tem produzido efeito na realidade brasileira e nem mesmo o Direito já editado sobre o assunto tem sido capaz de transformar a situação prisional nas últimas décadas, talvez seja útil, para suscitar algum debate sobre o tema, a percepção de que aquilo que a sociedade mais teme – a violência – pode acabar por ser incrementada pela forma como os presos são tratados pelo sistema prisional. Dois exemplos dessa relação entre as condições do sistema prisional e o incremento da violência são os níveis de reincidência e a frequente prática de novos crimes pelos suspeitos na tentativa de evitarem a prisão.

## 6. Referências

BANCO MUNDIAL. *Countries data*. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Disponível em <[bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701](http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701)>. Acesso em: 11 abr. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>. Acesso em: 23 mai. 2010.

BRASIL. Constituição do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto nº 22.435/33. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22435-7-fevereiro-1933-548985-publicacao-64206-pe.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Decreto nº 40/91. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1991/decreto-40-15-fevereiro-1991-342631-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Decreto nº 592/92. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1992/decreto-592-6-julho-1992-449004-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Decreto nº 6.085/07. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/2007/decreto-6085-19-abril-2007-553317-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Decreto nº 678/92. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Decreto nº 98.386/89. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1989/decreto-98386-9-novembro-1989-386396-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. “Uma análise dos resultados da amostra do Censo Demográfico 2000: Brasil e Grandes Regiões”. Dados disponíveis em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/indicadores\\_sociais/comentarios.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/indicadores_sociais/comentarios.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2010.

BRASIL. Lei Complementar nº 79/94. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp79.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp79.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 11.096/95. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_ato2004-2006/2005/Lei/L11096.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 7.210/84. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.313/96. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9313.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.714/1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9714.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. Programa Prouni. Informações disponíveis em: <<http://siteprouni.mec.gov.br/index.html>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Sistema Penitenciário no Brasil – Dados consolidados*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJD574E9CEITEMDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Plano Nacional de Política Penitenciária*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpcp>>. Acesso em: 21 maio 2010.

BRASIL. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Concursos Nacionais de Pesquisas Aplicadas em Justiça Criminal e Segurança Pública*. Disponível em: <[http://www.ucamcesec.com.br/arquivos/atividades/mensur\\_impun\\_sist\\_ignacio.pdf](http://www.ucamcesec.com.br/arquivos/atividades/mensur_impun_sist_ignacio.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

BRASIL. TJRS, j. 10 mar. 2010, Apelação Cível 70033355090, Rel. Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini.

CAMBAÚVA, Daniella. “Brasil se explica à Corte da OEA por caos em presídio de Rondônia”. *Última Instância*, 01 out. 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/BRASIL+SE+EXPLICA+A+CORTE+DA+OEA+POR+CAOS+EM+PRESIDIO+DE+RONDONIA\\_66000.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/BRASIL+SE+EXPLICA+A+CORTE+DA+OEA+POR+CAOS+EM+PRESIDIO+DE+RONDONIA_66000.shtml)>. Acesso em: 18 abr. 2010.

CARVALHO, Jailton de. “Para presídios, verbas trancadas”. *O Globo*, 01 nov. 2009. Disponível em: <[www.prro.mpf.gov.br/clipping/bc1047d17922921c878572dc7884923f.pdf](http://www.prro.mpf.gov.br/clipping/bc1047d17922921c878572dc7884923f.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

CNJ pede socorro médico a presos em cela hiperlotada no ES. *Última Instância*, 22 maio 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/new\\_site/novonoticias/CNJ+PEDE+SOCORRO+MEDICO+A+PRESOS+EM+CELA+HIPERLOTADA+-NO+ES\\_63953.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/new_site/novonoticias/CNJ+PEDE+SOCORRO+MEDICO+A+PRESOS+EM+CELA+HIPERLOTADA+-NO+ES_63953.shtml)>. Acesso em: 11 abr. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

DOIS HOMENS são mortos durante perseguição no Recreio dos Bandeirantes, zona oeste do Rio. Na ação, criminosos renderam motoristas; shopping e loja foram alvejados. *R7 Notícias*, 11 jan. 2010. Disponível em: <[noticias.r7.com/rio-e-cidades/noticias/dois-homens-sao-mortos-durante-perseguicao-no-recreio-dos-bandeirantes-zona-oeste-do-rio-20100111.html](http://noticias.r7.com/rio-e-cidades/noticias/dois-homens-sao-mortos-durante-perseguicao-no-recreio-dos-bandeirantes-zona-oeste-do-rio-20100111.html)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

DOLME, Daniella. Superlotação carcerária faz com que Estados mantenham presos em contêineres. *Última Instância*, 22 dez. 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/SUPERLOTACAO+CARCERARIA+FAZ+COM+QUE+ESTADOS+MANTE-NHAM+PRESOS+EM+CONTEINERES\\_67177.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/SUPERLOTACAO+CARCERARIA+FAZ+COM+QUE+ESTADOS+MANTE-NHAM+PRESOS+EM+CONTEINERES_67177.shtml)>. Acesso em: 11 abr. 2010.

ESTUDO mostra que condenados a penas alternativas têm baixa reincidência. *Última Instância*, 22 mar. 2010. Disponível em: <[ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ESTUDO+MOS-TRA+QUE+CONDENADOS+A+PENAS+ALTERNATIVAS+TEM+BAIXA+REINCIDEN-CIA\\_68505.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ESTUDO+MOS-TRA+QUE+CONDENADOS+A+PENAS+ALTERNATIVAS+TEM+BAIXA+REINCIDEN-CIA_68505.shtml)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Presídios brasileiros geram “baixa produtividade”. “Só” 70% de reincidência. *Jus Navegandi*, 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOUTRINA/texto.asp?id=11001>>. Acesso em: 23 maio 2010.

IBOPE. Saúde e segurança são prioridades para eleitor. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBO-PE&pub=T&db=cldb&comp=Eleições+e+Administração+Pública&docid=E66F2BA-21FB8B2D883257745004F7FC0>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indicadores Sociais Mínimos. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevi-da/indicadoresminimos/tabela3.shtml>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. Human Rights Institute. Um em cada cinco: a crise nas prisões e no sistema de justiça criminal brasileiro. 2010, p. 18. Disponível em:

<<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=8C4C7D89-06C-5-4CAA-939E-332B20927F75>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

JUÍZA manda estado criar vagas em presídios. Revista *Consultor Jurídico*, 09 fev. 2009. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2009-fev-09/juiza-manda-estado-rs-criar-mil-vagas-presidios](http://www.conjur.com.br/2009-fev-09/juiza-manda-estado-rs-criar-mil-vagas-presidios)>. Acesso em: 18 abr. 2010.

MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz. (Orgs.). *História das prisões no Brasil*, vol. I e II. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ONU questiona Brasil sobre presídios do Espírito Santo. *Diário de São Paulo*, 15 mar. 2010. Disponível em: <[www.diariosp.com.br/Noticias/DiaaDia/2164/ONU+questiona+Brasil+sobre+presidios+do+Espirito+Santo](http://www.diariosp.com.br/Noticias/DiaaDia/2164/ONU+questiona+Brasil+sobre+presidios+do+Espirito+Santo)>. Acesso em: 18 abr. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009. Disponível em: <[http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2009\\_PT\\_Complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrârias. Disponível em: <<http://www.idhh.org.br/v2//upload/09a88d3af9dd4328f461373078be620f.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

PA: DIVULGADO 5º caso de mulher presa com homens. *Notícias Terra*, 24 nov. 2007. Disponível em: <[noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2099518-EI5030,00.html](http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2099518-EI5030,00.html)>. Acesso em: 16 abr. 2010.

PERSEGUIÇÃO acaba em três mortos. *Tribuna do Norte*, 22 jan. 2010. Disponível em: <[www.tribunadonorte.com.br/noticia/perseguicao-acaba-em-tres-mortos/138364](http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/perseguicao-acaba-em-tres-mortos/138364)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

PERSEGUIÇÃO policial faz 4 mortos e 2 feridos em Bonsucesso. PMs trocaram tiros com criminosos na Avenida dos Democráticos. Ainda não há informações sobre o estado de

saúde dos feridos. *G1 RJ*, 22 abr. 2010. Disponível em: <[g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/04/perseguicao-policial-faz-4-mortos-e-2-feridos-em-bonsucesso.html](http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/04/perseguicao-policial-faz-4-mortos-e-2-feridos-em-bonsucesso.html)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

PERSEGUÍÇÃO termina com dois bandidos mortos em Curitiba, Marcelo Velinho. *Paraná Online*, 31 mar. 2010. Disponível em: <[www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/437692/?noticia=PERSEGUICAO+POLICIAL+TERMINA+COM+DOIS+BANDIDOS+MORTOS+EM+CURITIBA](http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/437692/?noticia=PERSEGUICAO+POLICIAL+TERMINA+COM+DOIS+BANDIDOS+MORTOS+EM+CURITIBA)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

RECURSOS para presídios estão embargados por problemas na licitação, de engenharia e ambientais. *O Globo*, 31 out. 2009. Disponível em: <[oglobo.globo.com/pais/mat/2009/10/31/recursos-para-presidios-estao-embargados-por-problemas-na-licitacao-de-engenharia-ambientais-914497481.asp](http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/10/31/recursos-para-presidios-estao-embargados-por-problemas-na-licitacao-de-engenharia-ambientais-914497481.asp)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

SCHIAVON, Fabiana. Dados sobre mandados de prisão são imprecisos. Revista *Consultor Jurídico*, 27 fev. 2010. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2010-fev-27/ninguem-sabe-quantos-sao-mandados-prisao-nao-cumpridos-brasil](http://www.conjur.com.br/2010-fev-27/ninguem-sabe-quantos-sao-mandados-prisao-nao-cumpridos-brasil)>. Acesso em: 20 abr. 2010.

SELICANI, Vanessa. Justiça interdita Cadeia Feminina de São Bernardo. *Jornal ABCD Maior* 01 set. 2008. Disponível em: <[http://www.abcdmaior.com.br/noticia\\_exibir.php?noticia=8596](http://www.abcdmaior.com.br/noticia_exibir.php?noticia=8596)>. Acesso em: 18 ago. 2010.

SITUAÇÃO de presídio na Paraíba ‘não poderia ser pior’, diz procurador. *Última Instância*, 22 mai. 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/new\\_site/novonoticias/SITUACAO+DE+PRESIDIO+NA+PARAIBA+NAO+PODERIA+SER+PIOR+DIZ+PROCURADOR\\_64067.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/new_site/novonoticias/SITUACAO+DE+PRESIDIO+NA+PARAIBA+NAO+PODERIA+SER+PIOR+DIZ+PROCURADOR_64067.shtml)>. Acesso em: 11 abr. 2010.

THE NIELSEN COMPANY. Pesquisa Global Nielsen sobre a Confiança do Consumidor. Disponível em: <[http://br.nielsen.com/news/preocupacoes\\_brasileiros.shtml](http://br.nielsen.com/news/preocupacoes_brasileiros.shtml)>. Acesso em: 16 ago. 2010.

TOMAZ, Kleber; CARAMANTE, André; SANIELE, Bruna. Cadeia tem 162 presas onde só cabem 24. *Folha de São Paulo*, 05 nov. 2008. Disponível em: <[www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3109&idPagina=3260](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3109&idPagina=3260)>. Acesso em: 11 abr. 2010.

TRÊS SÃO mortos em perseguição após assalto a banco no RS. *Notícias Terra*, 17 fev. 2010. Disponível em: <[noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4270124-EI5030,00-Tres+sao+mortos+em+perseguicao+apos+assalto+a+banco+no+RS.html](http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4270124-EI5030,00-Tres+sao+mortos+em+perseguicao+apos+assalto+a+banco+no+RS.html)>. Acesso em: 23 abr. 2010.

## Notas

1. O presente trabalho se beneficiou das discussões no âmbito do Sela (Sistema Econômico Latinoamericano), realizado no mês de junho de 2010 em Santiago, Chile, onde uma primeira versão foi apresentada para debates.
2. Professora titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Uerj. Mestre e doutora em Direito Público pela Uerj. Pós-doutora pela Universidade de Harvard, EUA.
3. Como tem sido repetido há muitas décadas, parece que um dos testes mais reveladores acerca do nível de civilidade de uma sociedade é, realmente, a forma como ela trata os desamparados: presos, idosos e portadores de necessidades especiais, dentre outros.
4. Deficiência do sistema carcerário beira falência. Revista *Consultor Jurídico*, 15 abr. 2010. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2010-abr-15/deficiencia-sistema-carcerario-beira-falencia-total-peluso](http://www.conjur.com.br/2010-abr-15/deficiencia-sistema-carcerario-beira-falencia-total-peluso)>. Acesso em: 18 abr. 2010. Interessante, no entanto, é que o comentário feito pelo diretor do departamento Penitenciário Nacional sobre a crítica do Presidente do Supremo Tribunal Federal foi o de que o problema existe há décadas.
5. Trata-se da informação oficial (referente ao ano de 2009) que consta do site do departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça. Disponível em: <[portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm](http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2010.
6. No ano de 2007, foram denunciados ao menos cinco casos de mulheres presas em celas junto com homens. Ao menos uma delas relatou ter sido vítima de abuso sexual. V. PA: divulgado 5º caso de mulher presa com homens. *Notícias Terra*, 24 nov. 2007. Disponível em: <[noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2099518-EI5030,00.html](http://noticias.terra.com.br/brasil/interna/0,,OI2099518-EI5030,00.html)>. Acesso em: 16 abr. 2010.
7. A íntegra do relatório final da CPI está disponível em: <[bd.camara.gov.br/bd/handle/bd-camara/2701](http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bd-camara/2701)>. Acesso em: 11 abr. 2010.
8. MAIA, Clarissa Nunes; SÁ NETO, Flávio de; COSTA, Marcos; BRETAS, Marcos Luiz (Orgs.), *História das prisões no Brasil*, vol. I e II. Rio de Janeiro: Anfiteatro, 2009.
9. V.: BRASIL. Ministério da Justiça. *Plano Nacional de Política Penitenciária*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/cnppc>>. Acesso em: 21 mai. 2010.
10. Dados disponíveis em: <[portal.mj.gov.br/cnppc/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm](http://portal.mj.gov.br/cnppc/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2010.
11. SELICANI, Vanessa. Justiça interdita Cadeia Feminina de São Bernardo. *Jornal ABCD Maior* 01 set. 2008. Disponível em: <[http://www.abcdmaior.com.br/noticia\\_exibir.php?noticia=8596](http://www.abcdmaior.com.br/noticia_exibir.php?noticia=8596)>. Acesso em: 18 ago. 2010.
12. TOMAZ, Kleber; CARAMANTE, André; SANIELE, Bruna. Cadeia tem 162 presas onde só cabem 24. *Folha de São Paulo*, 05 nov. 2008. Disponível em: <[www.defensoria.sp.gov.br/desp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3109&idPagina=3260](http://www.defensoria.sp.gov.br/desp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=3109&idPagina=3260)>. Acesso em: 11 abr. 2010. Após diversas rebeliões, a cadeia de Indaiatuba foi oficialmente desativada em junho de 2009, com as detentas transferidas para outros presídios do estado.
13. Juíza manda estado criar vagas em presídios. Revista *Consultor Jurídico*, 09 fev. 2009. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2009-fev-09/juiza-manda-estado-criar-mil-vagas-presidios](http://www.conjur.com.br/2009-fev-09/juiza-manda-estado-criar-mil-vagas-presidios)>. Acesso em: 18 abr. 2010. Diante desse quadro, decisão judicial determinou a criação progressiva de quase 4 mil vagas no estado. A sentença foi objeto de apelação por parte do estado do Rio Grande do Sul, mas restou confirmada pelo Tribunal de Justiça.

Veja-se: BRASIL. TJRS, j. 10 mar 2010, Apelação Cível 70033355090, Rel. Desembargador Luiz Felipe Silveira Difini.

14. CNJ pede socorro médico a presos em cela hiperlotada no ES. *Última Instância*, 22 mai. 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/new\\_site/novonoticias/CNJ+P\\_EDE+SOCORRO+MEDICO+A+PRESOS+EM+CELA+HIPERLOTADA+-NO+ES\\_63953.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/new_site/novonoticias/CNJ+P_EDE+SOCORRO+MEDICO+A+PRESOS+EM+CELA+HIPERLOTADA+-NO+ES_63953.shtml)>. Acesso em: 11 abr. 2010.
15. DOLME, Daniella. Superlotação carcerária faz com que Estados mantenham presos em contêineres. *Última Instância*, 22 dez 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ SUPERLOTACAO+CARCERARIA+FAZ+COM+QUE+ESTADOS+MANTE-NHAM+PRESOS+EM+CONTEINERES\\_67177.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ SUPERLOTACAO+CARCERARIA+FAZ+COM+QUE+ESTADOS+MANTE-NHAM+PRESOS+EM+CONTEINERES_67177.shtml)>. Acesso em: 11 abr. 2010.
16. Situação de presídio na Paraíba “não poderia ser pior”, diz procurador. *Última Instância*, 22 mai 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/new\\_site/novonoticias/SITUACAO+DE+PRESIDIO+NA+PARAIBA+NAO+PODERIA+SER+PIOR+DIZ+PRO-CURADOR\\_64067.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/new_site/novonoticias/SITUACAO+DE+PRESIDIO+NA+PARAIBA+NAO+PODERIA+SER+PIOR+DIZ+PRO-CURADOR_64067.shtml)>. Acesso em: 11 abr. 2010.
17. CAMBAÚVA, Daniella. Brasil se explica à Corte da OEA por caos em presídio de Rondônia. *Última Instância*, 01 out. 2009. Disponível em: <[http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/BRASIL+SE+EXPLICA+A+CORTE+DA+OEA+POR+CAOS+EM+PRESIDIO+DE+RONDONIA\\_66000.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/BRASIL+SE+EXPLICA+A+CORTE+DA+OEA+POR+CAOS+EM+PRESIDIO+DE+RONDONIA_66000.shtml)>. Acesso em: 18 abr. 2010.
18. ONU questiona Brasil sobre presídios do Espírito Santo. *Diário de São Paulo*, 15 mar. 2010. Disponível em: <[www.diariosp.com.br/Noticias/DiaaDia/2164/ONU+questiona+Brasil+sobre+presidios+do+Espirito+Santo](http://www.diariosp.com.br/Noticias/DiaaDia/2164/ONU+questiona+Brasil+sobre+presidios+do+Espirito+Santo)>. Acesso em: 18 abr. 2010.
19. Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. V: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.
20. Decreto nº 678/92.
21. Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 7º: “Direito à liberdade pessoal: (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes, cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restrinido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.
22. Decreto nº 592/92.
23. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 7º e 10º, 3: “Art. 7º - Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos crueis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas. (...) Art. 10º (...) - 3. O regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros. Os

delinquentes juvenis deverão ser separados dos adultos e receber tratamento condizente com sua idade e condição jurídica”.

24. Decreto nº 40/91.
25. Decreto nº 6.085/07.
26. Decreto nº 98.386/89.
27. Decreto nº 22.435/33.
28. Incorporadas no Brasil pela Resolução nº 14/94 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), que fixa as regras mínimas para tratamentos de presos no Brasil. Os textos não são idênticos.
29. As sucessivas reformas do Código Penal e a Lei das Penas Alternativas (Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, que também alterou o Código Penal) incorporaram algumas orientações das Regras.
30. Constituição do Brasil de 1988, arts. 1º, III; e 5º, XLVII, XLVIII, XLIX e L: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana; (...) Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas: (a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (b) de caráter perpétuo; (c) de trabalhos forçados; (d) de banimento; (e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.
31. Lei Complementar nº 79/94, art. 1º e 3º, I: “Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. (...) Art. 3º Os recursos do FUNPEN serão aplicados em: I - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais”.
32. Lei nº 7.210/84, arts. 10, 11, 12, 14, 15, 17, 22 e 88: “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. Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. (...) Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado. (...) Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. (...) Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade. (...) Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados)”.

33. Uma das iniciativas recentes do Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de minimizar a superlotação, são, justamente, “mutirões” para examinar a situação dos presos provisórios, de modo a soltar aqueles indivíduos presos irregularmente (V.: <[www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)>). Acesso em: 23 mai. 2010).
34. Deficiência do sistema carcerário beira falência. Revista *Consultor Jurídico*, 15 abr. 2010. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2010-abr-15/deficiencia-sistema-carcерario-beira-falencia-total-peluso](http://www.conjur.com.br/2010-abr-15/deficiencia-sistema-carcерario-beira-falencia-total-peluso)>. Acesso em: 18 abr. 2010.
35. SCHIAVON, Fabiana. Dados sobre mandados de prisão são imprecisos. Revista *Consultor Jurídico*, 27 fev. 2010. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2010-fev-27/ninguem-sabe-quantos-sao-mandados-prisao-nao-cumpridos-brasil](http://www.conjur.com.br/2010-fev-27/ninguem-sabe-quantos-sao-mandados-prisao-nao-cumpridos-brasil)>. Acesso em: 20 abr. 2010. No mesmo sentido, v. Relatório do Instituto de Direitos Humanos da International Bar Association (Um em cada cinco: a crise nas prisões e no sistema de justiça criminal brasileiro), de fevereiro de 2010, p. 18: “O Ministério da Justiça estimou que em 1994 havia 275.000 mandados não cumpridos, significativamente mais do que o número de indivíduos encarcerados. Apenas em Brasília, o Ministério Público anunciou que dos 15.077 mandados de prisão expedidos em sua jurisdição, ao longo dos últimos três anos, apenas um terço deles foram efetivamente cumpridos; os réus, no restante dos casos, estão foragidos. (...) É difícil obter números atualizados e precisos sobre esta questão, no entanto, o número mais comumente citado de mandados não cumpridos é de 300.000. Baseando-se no mesmo cálculo de que cada cinco casos representam apenas uma pessoa, isto significa que existem cerca de 60.000 pessoas condenadas a penas de prisão que não foram cumpridas”. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentId=8C4C7D89-06C-5-4CAA-939E-332B20927F75>>. Acesso em: 22 abr. 2010.
36. Apenas para fins de comparação, a média de esclarecimento de homicídios das Nações Unidas para países norte-americanos e europeus é de 49%. Os dados são do Concurso Nacional de Pesquisas Aplicadas em Justiça Criminal e Segurança Pública, apoiado pelo Ministério da Justiça. Disponível em: <[www.ucamcesec.com.br/arquivos/atividades/mensur\\_impun\\_sist\\_ignacio.pdf](http://www.ucamcesec.com.br/arquivos/atividades/mensur_impun_sist_ignacio.pdf)>. Acesso em: 22 abr. 2010.
37. Veja-se, v.g., a determinação legal que incumbe o Sistema Único de Saúde de distribuir gratuitamente medicamentos para portadores de HIV – Lei nº 9.313/96, art. 1º: “Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”.
38. O Programa Universidade para Todos (ProUni), do governo federal, foi criado pela Lei nº 11.096/95 e tem a finalidade de conceder bolsas integrais e parciais de estudo, em instituições particulares de ensino superior, para estudantes que demonstrarem carência de recursos para custear o estudo por si próprios e que não tenham outro diploma de ensino superior. Informações disponíveis em: <<http://siteprouni.mec.gov.br/index.html>>. Acesso em: 22 abr. 2010.
39. CARVALHO, Jailton de. “Para presídios, verbas trancadas”. *O Globo*, 01 nov. 2009. Disponível em: <[www.prrp.mpf.gov.br/clipping/bc1047d17922921c878572dc7884923f.pdf](http://www.prrp.mpf.gov.br/clipping/bc1047d17922921c878572dc7884923f.pdf)> e “Recursos para presídios estão embargados por problemas na licitação, de engenharia e ambientais”. *O Globo*, 31 out. 2009. Disponível em: <[oglobo.globo.com/pais/mat/2009/10/31/recursos-para-presidios-estao-embargados-por-problemas-na-licitacao-de-engenharia-ambientais-914497481.asp](http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/10/31/recursos-para-presidios-estao-embargados-por-problemas-na-licitacao-de-engenharia-ambientais-914497481.asp)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

40. Segundo pesquisa realizada em âmbito global, em 2003, pelo Instituto Vera de Justiça, o Brasil é o país onde as pessoas dizem que mais têm medo de andar na rua à noite (seguido pela África do Sul, Bolívia, Botsuana, Zimbábue e Colômbia). Informações colhidas no Relatório do Instituto de Direitos Humanos da International Bar Association (“Um em cada cinco: a crise nas prisões e no sistema de justiça criminal brasileiro”), de fevereiro de 2010, p. 37. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentId=8C4C7D89-06C5-4CAA-939E-332B20927F75>>. Acesso em: 22 abr. 2010.
41. O relatório Dados Consolidados, do Departamento Penitenciário Nacional demonstra que, em 2009, cerca de 60% dos presos não tinham o ensino fundamental completo (26.091 analfabetos, 49.521 alfabetizados e 178.540 com ensino fundamental incompleto), aproximadamente 35% possuíam pelo menos ensino fundamental completo (67.381 apenas com ensino fundamental completo, 44.104 com ensino médio incompleto, 31.017 com ensino fundamental completo, 2.942 com ensino superior incompleto, 1.715 com ensino superior completo e 60 acima de ensino superior) e cerca de 4% não informaram. É curioso perceber, ainda, que, ao comparar os dados de 2008 com os de 2009, percebe-se que, enquanto o número de presos com ensino fundamental incompleto aumentou em alguns milhares de um ano para o outro, o número dos que têm ensino superior incompleto, ao contrário, diminuiu. Dados disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2010.
- Segundo dados do Ministério da Justiça, 42% da população carcerária é composta por pardos, 38%, por brancos, 17%, negros e cerca de 3%, outras etnias. Dados disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2010.
42. Dados do IBGE afirmam que a taxa de analfabetismo no Brasil é de 13,3% e que a média de anos de estudo das pessoas com 10 anos ou mais é de 5,7 anos. Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/tabela3.shtm>>. Acesso em: 16 ago. 2010.
- Ainda segundo o IBGE, os que se declaram brancos configuram maioria percentual, compreendendo 53,7% da população brasileira. Os pardos representam 38,5%, e os negros, 6,2% dos brasileiros. Outras etnias integram cerca de 1% da população brasileira. É de se ter em conta que a metodologia adotada nesse tipo de pesquisa estatística é a auto-declararão. Dados disponíveis em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/indicadores\\_sociais/comentarios.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/indicadores_sociais/comentarios.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2010.
- Por fim, dados do Banco Mundial dão conta de que, em 2003, 21,5% da população brasileira vivia abaixo da linha da pobreza. Dados disponíveis em: <<http://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em: 17 ago. 2010. O Relatório de Desenvolvimento Humano de 2009, organizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD –, por sua vez, indica que, no Brasil, os 10% mais pobres correspondem a apenas 1,1% do total do rendimento ou consumo nacionais, enquanto os 10% mais ricos representam 43%. Dados disponíveis em: <[http://hdr.undp.org/en/media/HDR\\_2009\\_PT\\_Complete.pdf](http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2010.
43. Em 2009/2010, o Ibope levou a efeito pesquisa que revelou a preocupação dos eleitores. Os resultados revelam que os brasileiros direcionam suas atenções, sobretudo, à saúde (45% dos entrevistados). A segurança pública ficou em segundo lugar na pre-

cupação dos eleitores (43%), seguida pela educação. Dados disponíveis em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBO-PE&cpub=T&db=caldb&comp=Eleições+e+Administração+Pública&docid=E66F2BA-21FB8B2D883257745004F7FC0>>.

- Acesso em: 16 ago. 2010.
44. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 62: “Quem exerce ‘função administrativa’ está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalva sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”.
45. Infelizmente, os casos de mortes ocorridas no contexto de perseguições policiais são muitos e se repetem continuamente. Alguns exemplos seguem abaixo. “Perseguição policial faz 4 mortos e 2 feridos em Bonsucesso. PMs trocaram tiros com criminosos na Avenida dos Democráticos. Ainda não há informações sobre o estado de saúde dos feridos”. *G1 RJ*, 22 abr. 2010. Disponível em: <[g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/04/perseguição-policial-faz-4-mortos-e-2-feridos-em-bonsucesso.html](http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/04/perseguição-policial-faz-4-mortos-e-2-feridos-em-bonsucesso.html)>. Acesso em: 23 abr. 2010. “Perseguição acaba em três mortos”. *Tribuna do Norte*, 22 jan 2010. Disponível em: <[www.tribunadonorte.com.br/noticia/perseguição-acaba-em-tres-mortos/138364](http://www.tribunadonorte.com.br/noticia/perseguição-acaba-em-tres-mortos/138364)>. Acesso em: 23 abr. 2010. “Dois homens são mortos durante perseguição no Recreio dos Bandeirantes, zona oeste do Rio. Na ação, criminosos renderam motoristas; shopping e loja foram alvejados”. *R7 Notícias*, 11 jan. 2010. Disponível em: <[noticias.r7.com/rio-e-cidades/noticias/dois-homens-sao-mortos-durante-perseguição-no-recreio-dos-bandeirantes-zona-oeste-do-rio-20100111.html](http://noticias.r7.com/rio-e-cidades/noticias/dois-homens-sao-mortos-durante-perseguição-no-recreio-dos-bandeirantes-zona-oeste-do-rio-20100111.html)>. Acesso em: 23 abr. 2010. “Três são mortos em perseguição após assalto a banco no RS”. *Notícias Terra*, 17 fev. 2010. Disponível em: <[noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4270124-EI5030,00-Tres+sao+mortos+em+perseguição+apos+assalto+a+banco+no+RS.html](http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4270124-EI5030,00-Tres+sao+mortos+em+perseguição+apos+assalto+a+banco+no+RS.html)>. Acesso em: 23 abr. 2010. “Perseguição termina com dois bandidos mortos em Curitiba, Marcelo Velinho”. *Paraná Online*, 31 mar. 2010. Disponível em: <[www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/437692/?noticia=PERSEGUIÇÃO+POLICIAL+TERMINA+COM+DOIS+BANDIDOS+MORTOS+EM+CURITIBA](http://www.parana-online.com.br/editoria/policia/news/437692/?noticia=PERSEGUIÇÃO+POLICIAL+TERMINA+COM+DOIS+BANDIDOS+MORTOS+EM+CURITIBA)>. Acesso em: 23 abr. 2010.
46. A superlotação não é o único problema do sistema prisional brasileiro e nem existe isoladamente. Veja-se, sobre o tema da violência dentro dos presídios, os comentários no Relatório Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias. Disponível em: <<http://www.iddh.org.br/v2//upload/09a88d3af9dd4328f461373078be620f.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2010: “Os atrasos no processamento de transferências, a violência dos agentes penitenciários e as más condições gerais propiciam o crescimento das facções dentro das prisões, que conseguem justificar sua existência à população carcerária como um todo ao dizer que agem em prol dos internos para obter benefícios e evitar a violência. A má administração e condição carcerária facilitam não apenas as rebeliões, mas contribuem para a permanência das facções”.

buem diretamente para o crescimento das facções de criminosos. Na maioria das unidades, o Estado não exerce controle suficiente sobre os internos, e deixa as facções (ou outros presos nas unidades ‘neutras’) resolverem entre si as questões de segurança interna das unidades. Às vezes, internos selecionados recebem mais poder sobre os outros presos do que os próprios agentes. Eles assumem o controle (às vezes, brutal) da disciplina interna e da distribuição de comida, medicamentos e kits de higiene. Essas práticas muitas vezes resultam em líderes de facções controlando as prisões”. V. ainda: Relatório do Instituto de Direitos Humanos da International Bar Association (“Um em cada cinco: a crise nas prisões e no sistema de justiça criminal brasileiro”), de fevereiro de 2010, p. 13: “A efetiva dominação de muitas prisões brasileiras por grupos criminosos destaca um dramático fracasso da administração da justiça criminal e do sistema penal”. Disponível em: <<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=8C4C7D89-06C5-4CAA-939E-332B20927F75>>. Acesso em: 22 abr. 2010.

47. GOMES, Luiz Flávio. Presídios brasileiros geram “baixa produtividade”. “Só” 70% de reincidência. *Jus Navegandi*, 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=11001>>. Acesso em: 23 mai. 2010; e Estudo mostra que condenados a penas alternativas têm baixa reincidência. *Última Instância*, 22 mar. 2010. Disponível em: <[ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ESTUDO+MOSTRA+QUE+CONDENADOS+A+PENAS+ALTERNATIVAS+TEM+BAIXA+REINCIDENCIA\\_68505.shtml](http://ultimainstancia.uol.com.br/noticia/ESTUDO+MOSTRA+QUE+CONDENADOS+A+PENAS+ALTERNATIVAS+TEM+BAIXA+REINCIDENCIA_68505.shtml)>. Acesso em: 23 abr. 2010.
48. É possível cogitar ainda de outras razões que não se ligam diretamente às condições da realidade prisional mas estão relacionadas à mesma hipótese explicativa que, segundo proposto acima, explica a perpetuação dessas condições. Uma vez em liberdade, o ex-presos sofre ampla rejeição da sociedade e isso dificulta sua integração.

# **Direito ao justo: a contemporaneidade dos direitos fundamentais**

## **Right to the fair: the contemporaneity of fundamental rights**

Carla Fernandes de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O indivíduo pode se deparar com situações que exigem um pensar e comportamento condizente com uma moral, legitimada socialmente, acerca de cenas do cotidiano humano. A questão que envolve esse trabalho volta-se ao foco de qual seria a escolha correta a ser feita em determinadas situações, bem como os princípios afirmados na reflexão e decisão. Questões como a escolha entre a vida ou morte de pessoas em situações extremadas de risco, desigualdade de distribuição de renda, ações afirmativas, aborto, sexo, tortura de suspeitos de terrorismo, taxação das grandes fortunas, dentre outras, são dilemas no contexto humano na atualidade que trazem à baila uma dialética entre as várias e contrastantes opiniões filosóficas, de diferentes épocas e pensadores. A busca pela conduta correta a ser realizada, nas mais variadas situações, é uma pergunta com difícil resposta. Todavia se faz necessária, uma vez que não é mais suficiente – apenas – falar em direitos fundamentais, mas também – e principalmente – na possibilidade de acesso e efetividade desses direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** The individual may be faced with situations that require thinking and consistent behavior with a moral, socially legitimated, about scenes of the human routine. The question surrounding this aims which would be the correct choice to be made in certain situations, as well as the principles laid down in reflection and decision. Issues such as choice between life and death of people in extreme situations of risk, unequal income distribution, affirmative action, abortion, sex, torture of terrorism suspects, taxation of large fortunes, among others, are dilemmas in the human context today which brings up a dialectic among the various and contrasting philosophical opinions, from different eras and thinkers. The search for the right conduct to be held in different situations is a difficult question to answer. However it is necessary, since it is no longer enough – just – talk about fundamental rights, but also – and especially – in the accessibility and effectiveness of these fundamental rights.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça. Moral. Liberdade. Teorias.

**KEYWORDS:** Justice. Moral. Freedom. Theories.

## 1. Introdução

As teorias da justiça buscam pensar, repensar e (quiçá) responder a um dos grandes questionamentos da humanidade: o que é uma sociedade justa? Que condutas e decisões humanas são consideradas corretas e de acordo com a moral? Quais são os fins que o indivíduo, enquanto membro da sociedade como um todo, busca ou deve buscar com suas ações? Esses são dilemas e questionamentos que, de longe, são muito difíceis de responder. Daí a existência de várias teorias sobre a fundamentação da moral e seus reflexos no que esperamos de uma sociedade justa.

O debate sobre as teorias da justiça, se a visão política deve ou não estar associada às questões morais e até religiosas, se o Estado deve ou não interferir na vontade individual da pessoa, no que consiste o dever do indivíduo no trato uns com os outros e como as normas permissivas e proibitivas devem ser aprovadas e seguidas pelos componentes da sociedade, acabam por exigir do pensamento político, social e jurídico uma tentativa de resposta.

Uma obra vem se destacando na atualidade sobre o tema envolvido e apresenta-se como um marco teórico nessa pesquisa: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, de Michael J. Sandel<sup>2</sup>. A obra expõe a fundamentação de grandes teorias filosóficas às questões políticas, jurídicas, morais e sociais.

A inovação trazida por Sandel, provavelmente, tem seu alicerce não no tema, mas na forma de abordagem do tema. O autor apresenta um pluralismo ideológico dentro de um diálogo multilateral, permitindo a análise de pontos de vista díspares, analisando as teorias de pensadores clássicos e contemporâneos (como Aristóteles, Jeremy Bentham, Immanuel Kant e John Rawls, por exemplo) dentro de uma linguagem mais simples, permitindo uma melhor compreensão do assunto. Principalmente se for levado em consideração que as obras dos pensadores exemplificados caracterizam-se por uma complexidade ideológica e uma reconhecida dificuldade de interpretação e assimilação. Não seria um exagero a afirmação de que há na obra de Sandel uma possível democratização do conhecimento à luz da filosofia.

Outro ponto de destaque reflete-se na apresentação de cada teoria dentro da sua fundamentação originária, bem como nas demonstrações das oposições que cada linha de pensamento recebe no desenvolver do livro. Permite, assim, uma ótica crítica, uma vez que as análises pragmáticas apresentadas mostram, diante da complexidade dos dilemas sociais, as diferentes maneiras de pensar e agir humanos. Há uma linguagem entre a fundamentação acerca dos princípios que dão alicerce à moralidade nas diversas teorias (maximização do bem estar social, liberdade, virtude) e o estímulo ao pensamento crítico.

No presente trabalho, partindo do marco teórico, pretende-se analisar abordagens de justiça ligadas à maximização do bem estar ou felicidade coletiva, a associação da justiça à liberdade, à valorização da virtude e à reflexão acerca de uma boa vida.

## 2. Noções de justiça e suas teorias: uma dialética necessária

Dentro do contexto de expectativas, questões práticas e dialéticas são verificadas, pelo menos, três concepções de justiça: a utilitarista, que busca um aumento do bem estar; a ideia de que justiça começa pela liberdade e a da justiça associada à virtude.

Consoante à visão utilitarista, cuja primeira concepção foi elaborada por Jeremy Bentham e se baseia na máxima efetividade do bem estar, o fundamento da moral estaria associado à maximização do bem estar coletivo, no que tange à noção do maior prazer em sobreposição ao sofrimento, ou seja, ainda que algumas pessoas venham a sofrer com determinada decisão, se esse sacrifício é em prol da busca do maior prazer, ele se justificaria<sup>3</sup>. Seria certo. Seria uma decisão moralmente aceita. Eis que os conceitos de certo e errado decorrem do que é possível ser feito em razão da felicidade da sociedade em geral. Assim, a utilidade final justifica a violação de alguns direitos, dado o resultado esperado. A soma dos interesses dos indivíduos, e sua, consequente, felicidade justifica a análise do agir certo.

Essa visão utilitarista não representa, certamente, o pensar de Immanuel Kant. Muito pelo contrário. Dentre várias diferenças que separam os pensamentos de ambos, encontra-se o fato de que Bentham era contrário à ideia de direitos naturais, sopesando-os como algo sem sentido. Há o entendimento de que “ele era contrário a essa doutrina somente porque parecia inconciliável com seu empirismo, originando-se da metafísica, fundada num conceito – o da natureza humana – não suscetível de um conhecimento experimental”<sup>4</sup>.

Há uma completa crítica aos argumentos que defendem a maximização da felicidade como fundamento da moral, uma vez que essa visão não leva em consideração os direitos de cada indivíduo isoladamente, principalmente dos que tiveram que amargar a dor para que a felicidade dos demais pudesse prevalecer, e uma sociedade justa deveria passar pelo respeito à liberdade de todos os membros e não da soma dos interesses de alguns.

Nessa seara de raciocínio, para Kant, chancelar a felicidade e sua maximização como uma variante de um cálculo não seria uma base fundamental correta à moral. Atingir a felicidade de algum indivíduo não o tornaria bom, probo, correto e legitimamente ético; haja vista que moralidade e felicidade são grandezas diferentes. Exemplos que podem justificar as críticas: cristãos eram jogados aos leões no Coliseu para divertir a população; atualmente, também, se discute acerca da possibilidade de aceitar a prática de tortura nos casos de suspeita de atentado terrorista.

Em ambos os casos, há uma desconsideração dos direitos fundamentais da minoria prejudicada, sejam os cristãos, sejam os supostos terroristas, não importando a opinião dos que devem arcar com o sofrimento, mas sim a sensação de felicidade dos demais na vertente utilitarista. A própria questão bética entre países pode tratar-se, segundo Kant,

de uma possibilidade de abuso aos direitos fundamentais, haja vista que a interferência cogente de “potências externas seria uma violação dos direitos de um povo dependente de nenhum outro e que só luta contra seus próprios males; seria mesmo, portanto, um escândalo declarado e tornaria insegura a autonomia de todos os Estados”<sup>5</sup>.

A soma do interesse de parte de uma sociedade baseada na busca de uma felicidade e prazer não justificaria – moralmente – a dor, o desrespeito aos direitos universais de qualquer indivíduo e sua ruína, seja física e/ou psíquica. “Se todos os seres humanos são merecedores de respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos de felicidade coletiva”, Sandel<sup>6</sup>, *in verbis*, demonstrando a incompatibilidade entre a visão utilitarista e a visão kantiana.

A segunda abordagem ligada ao pensamento de que a justiça começa pela liberdade encontra seguidores na visão libertária e na visão kantiana. Contudo é possível afirmar que dentro desta grandeza denominada liberdade podem existir diferenças sutis de aplicabilidade da tese envolvida.

Em outras palavras, para os libertários há uma liberdade com um caráter absoluto, em que o alvedrio individual de escolha deve ser exercido sem restrições, não cabendo ao Estado interferir nesse livre arbítrio. O maior fundamento para essa visão ampla da liberdade é de que cada indivíduo tem o direito fundamental à liberdade. Aquilo que pertence à pessoa, inclusive seu próprio corpo ou vida, pode ser livremente utilizado, desde que esse direito seja dado aos demais indivíduos.

Há uma repulsa dos libertários ao paternalismo oriundo de normas que visem proteger as pessoas, até delas próprias, mas que possam limitar a liberdade de escolha (*ex vi*, uso de capacete para motociclistas); os libertários também são contra a existência de normas que tratem sobre a moral permitida, de forma cogente, não reconhecendo a aplicação de uma força coercitiva em detrimento da vontade individual (não reconhecem leis que proíbam a prostituição aos adultos que deveriam escolher se assim a desejam ou não); os libertários são categoricamente contrários à redistribuição de renda e riqueza (contrários, inclusive, a cobranças de impostos).

A liberdade, enquanto fundamento da moral defendida por Kant, atinge outro patamar. Não é a mera inexistência de obstáculos entre a vontade humana e o objeto de aspiração ou desejo. A definição de liberdade para Kant atinge uma seara mais restrita: o indivíduo somente poderia ter liberdade se a sua conduta, enquanto um ser racional, tivesse a pessoa como fim em si mesmo, dentro de uma dignidade humana baseada em conceitos universais.

Não é a busca do prazer ou a tática de se evitar a dor, não é o desejo enquanto mero interesse pessoal a ser atingido, não são as inclinações aos prêmios ou elogios pelas ações realizadas ou o medo das incômodas efetivações das responsabilidades, na condição de deveres sucessivos e derivados oriundos das violações de deveres originários. Essas causas citadas não refletiriam a capacidade de pensar e agir racionalmente, uma

vez que a escolha com base no fundamento da liberdade somente estaria atrelada a uma liberdade autônoma se a capacidade de raciocínio estivesse ligada à capacidade de ser livre desassociada de quaisquer outros interesses ou inclinações.

O agir autônomo e livre, dentro da teoria kantiana, é aquele determinado pela lei imposta pelo próprio indivíduo, dentro da racionalidade que lhe é inerente, e não pela natureza ou convenções sociais de caráter heterogêneo. O correto é realizar uma ação por dever.

O indivíduo deve buscar fazer a coisa certa pelo motivo certo.

A conduta pode ser a mesma; contudo, se o motivo não for aquele que seja praticado em prol da lei moral, o mero ajuste da conduta à lei moral não lhe confere valor ético. Apenas exemplificando, o comerciante entrega o troco correto a uma criança: a conduta será a mesma se o comerciante entregou valor correto porque é o certo a ser feito ou se entregou o valor correto para proteger sua reputação e evitar alguma represália social e legal no seu agir. A conduta não se altera. Todavia, na primeira situação a liberdade foi exercida em prol da lei moral, trata-se de uma conduta valorada na honestidade, é moralmente legítima; na segunda situação, a não exploração da criança para mera proteção da reputação perante seus pares, ou para evitar as sanções legais, apenas ocorreu uma mera subsunção do agir à lei moral, nesse caso não há valor na (pseudo) honestidade, uma vez que ela não é oriunda do dever aceito internamente pelo agente, trata-se, tão somente, de uma honestidade falsa aos olhos dos demais.

A opção pelo dever probó (não pela inclinação, desejos e aspirações) e pelo agir com fulcro na autonomia cuja vontade interna está convencida de praticar a coisa certa pelo motivo certo (afastando a heterogenia como motivo determinante) geraria um respeito à pessoa, não porque somos donos de nós mesmos (visão libertária), mas sim pela racionalidade e pela liberdade.

Assim, para Kant, o que torna uma conduta em uma ação moralmente legítima é o respeito ao imperativo categórico e não ao imperativo hipotético. O *imperativo categórico* é incondicional, ligado à razão com esfera universal, o dever é motivado pelo próprio ato de realizar o certo porque é o certo, traduz-se em um teste da universalização, concepção da humanidade como um fim. O *imperativo hipotético* é condicional, reflete interesse meramente particular, a intenção está ligada às consequências da conduta. Naquela, o indivíduo deve ajudar a quem precisa; nessa, o indivíduo precisa ajudar a quem precisa, se quiser ser reconhecido. A conduta fática é a mesma.

No imperativo categórico incondicional, a ação é moralmente correta em virtude do dever ter sido realizado pelo dever; no imperativo hipotético, a ação não é moralmente correta, eis que a ligação ao resultado esperado ou pretendido torna incorreta a conduta.

Salutar, dentro desse assunto, a colação de um exemplo teórico trazido por Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira<sup>7</sup>:

Este raciocínio moral categórico aplicado em um caso concreto nos fornece uma melhor compreensão: supondo que determinada pessoa promova diversas campanhas assistenciais durante certo período, ofertando cestas básicas, concedendo bolsas de estudos aos mais necessitados, doando vestimentas etc., para fins de ser reconhecida por sua filantropia em determinado grupo social com o intuito de posteriormente conseguir cargo eletivo (não para promover o bem, mas para alcançar benefícios para si), seu ato, não obstante ter propiciado benefícios a um sem número de pessoas, não foi moralmente relevante, ou melhor, não possui valor moral. Para um consequencialista (no caso, utilitarista) seu ato seria de fato moralmente relevante, já que suas consequências, não importando o motivo do ato em si, maximizaram a felicidade de certo número de pessoas.

A teoria de Kant passa por questionamentos importantes. O primeiro buscaria saber se o imperativo categórico e a Regra do Ouro se confundiriam. Tecnicamente não, uma vez que, no imperativo categórico, o indivíduo faz a coisa certa porque é o correto a ser feito; já na Regra do Ouro, o indivíduo vê a coisa certa a fazer conforme seu desejo, moldando o seu agir à maneira que desejaria ser tratado. Em um caso concreto, seria preciso notificar uma tragédia a uma pessoa muito debilitada, seria um imperativo categórico incondicional comunicar a tragédia, mesmo sabendo que tal notícia seria capaz de gerar uma enorme tristeza ou agravamento da saúde do notificado, por ser o certo; na Regra do Ouro a comunicação dependeria da análise pessoal de quem deveria dar a notícia, de como gostaria de ser tratado.

Um segundo questionamento está sob a análise de que havendo uma diversidade de pessoas existiriam imperativos categóricos diferentes. Novamente, a resposta é negativa, uma vez que por mais que as pessoas não sejam iguais em relação às aspirações, inclinações e fatores externos, a razão humana consubstanciada na liberdade e na moralidade não sofreria alterações, o certo a ser realizado é o certo a ser feito, independentemente das diferenças que se apresentem nas pessoas.

Outro posicionamento relaciona-se ao domínio inteligível e seu possível abalo em razão do domínio sensível. Outra vez, a resposta se faz negativa: no domínio inteligível, a liberdade de escolha e a moralidade encontram seu alicerce na razão humana, por isso desatreladas da noção de motivo externo e consequência; já no domínio sensível, existe uma ligação direta com as leis da natureza, a questão empírica entre causa e efeito.

Desta forma, a questão dos direitos e dos fundamentos éticos para Kant envolve o trinômio Liberdade – Moralidade – Racionalidade, dentro de imperativos categóricos incondicionais, verificando o indivíduo como membro de um mundo inteligível, cuja

autonomia da vontade é legitimamente valorada pela moral, pelo fato de tratar cada pessoa, detentora de direitos universais, como um fim em si própria.

Esse resumo da visão de Kant afasta também a terceira e última concepção da justiça associada à virtude. Nesta última abordagem citada, seriam as pessoas recompensadas moralmente pelo que merecessem. A justiça estaria ligada a uma reflexão envolvendo o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. A justiça relacionada à virtude<sup>8</sup> estaria, em termos gerais, associada à relação com o outro, pois se é justo para com o outro em razão da convivência em sociedade. Essa virtude proporciona uma ligação entre o indivíduo e a comunidade política.

### 3. A questão da equidade na visão de John Rawls

John Rawls foi um pensador político que nasceu no século XX e faleceu no início do século XXI (1921/2002). O pensamento de Rawls é uma citação quase que obrigatória quando o tema está relacionado à justiça e, principalmente, à equidade. Os motivos são vários: a contemporaneidade de seus estudos, a inegável observação direta de muitos conflitos ainda latentes em sociedade, o enfrentamento de problemas políticos que são motivos de reflexão no atual século e sua contribuição à filosofia moral e política.

A teoria da elaboração da justiça, segundo Rawls, buscou conjugar dois principais valores morais da sociedade contemporânea, aparentemente inconciliáveis, quais sejam: a *liberdade* enquanto valor supremo da vida humana, e a *igualdade* como valor fundamental sob a ótica da convivência entre os membros de uma sociedade política. Essas variantes que permeiam a visão de Rawls são valores primordiais para se tentar chegar a análise de uma indagação citada na introdução deste artigo, que talvez consista em uma das maiores dificuldades de análise da filosofia política: O que é uma sociedade justa?

O diálogo entre as mais diversas teorias sobre a justiça nos obriga a verificar o quanto é difícil responder a pergunta citada anteriormente. Rawls deixa sua contribuição quando avança na busca da definição pressupostos mais acentuados para identificar o que seria uma teoria da justiça baseada na equidade e na existência de um contrato social imaginário ou hipotético.

A base da teoria de Rawls atende aos alicerces das teorias racionalistas; é fundamentada no liberalismo; expressa a natureza do *laissez faire* dentro de uma visão de expansão econômica gerada pela industrialização; questionando, contudo, a igualdade de oportunidades (não) substanciais entre os indivíduos.

O pensamento ligado a uma justiça com base na equidade exigiria a análise de duas situações primordiais: *liberdades fundamentais*, acentuando o repúdio ao utilitarismo e aceitação do livre arbítrio básico para todos, não sacrificando os direitos e liberdades individuais em prol de benefícios sociais e econômicos e o *princípio da*

*diferença ou princípio da igualdade* em que só seriam permitidas as desigualdades sociais e econômicas que tivessem por fim o benefício dos membros menos favorecidos da sociedade, e consistiriam em uma forma de distribuição de direitos e deveres não arbitrários moralmente.

Na busca desse contrato social baseado nas liberdades fundamentais e na equidade, Rawls defende uma posição original de igualdade, que equivale ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Porém, o contrato social não seria aquele baseado no consentimento expresso (contrato social em que as pessoas se comprometem a obedecer as normas estipuladas de forma direta), nem no consentimento tácito (contrato social em que as pessoas se comprometem a obedecer implicitamente o pacto através de condutas que levam à crença da aceitação ou aceitação indireta), mas sim com base em um consentimento hipotético ou imaginário (contrato social baseado em princípios de justiça).

Em uma situação inicial de equidade, quais princípios seriam consenso entre os indivíduos? Na teoria rawlsiana, a tentativa da busca do consenso para se atingir um contrato social alicerçado no consentimento hipotético, exigiria que determinadas qualidades e posições econômicas ou sociais dos indivíduos fossem cobertas por um *véu de ignorância* que pudesse garantir uma imparcialidade na escolha dos princípios.

Sem o conhecimento, ao menos imaginário, a que categoria social, de gênero, raça ou econômica pertence o indivíduo; sem a ciência das vantagens ou desvantagens que pudessem lhe ser peculiares; sem conhecer a família e o grupo social ao qual o indivíduo está atrelado – ou seja, sob um capuz que lhe impeça esses conhecimentos, denominado *véu da ignorância*, a realização de um contrato social seria feito sob termos de justiça e equidade, dentro de uma igualdade material e substancial e não meramente formal.

A posição original de igualdade, “situação puramente hipotética”<sup>9</sup>, verificando-se a justiça em termos de equidade, o indivíduo poderia escolher princípios de justiça com uma maior garantia de imparcialidade na escolha, permitindo a busca de um resultado ou ajuste equitativo.

Todos estariam em situações semelhantes, sem indicações de favorecimentos privados baseados em privilégios ou condições particulares. Se comparado a uma corrida, por exemplo, seria o mesmo que entender que a igualdade entre os competidores não se daria apenas pelo fato de iniciarem a competição no mesmo momento, mas nas mesmas condições paritárias de posições originais. Se os competidores estão iniciando a competição em posições diferentes, ligadas às condições reais, muito embora no mesmo momento, há provavelmente uma parcialidade na busca do resultado.

O senso de justiça para Rawls baseia-se em que as pessoas, enquanto seres racionais, ao ficarem em estágio livre e igual, estariam evitando os favorecimentos íntimos e pessoais; desta maneira o agir ético estaria caracterizado e presente. Eis que o senso de justiça leva o indivíduo a “agir de acordo com os princípios do justo

que seriam adotados na posição original, seus desejos e objetivos com certeza não serão egoísticos”<sup>10</sup>.

Os consensos oriundos desse patamar igualitário teriam natureza geral e equitativa, não surgidos de adaptações às condições de um caso específico e pessoal. Na posição original, é possível a crença de que as pessoas são iguais, possuem paridade de armas no tocante às escolhas, podendo propor e aceitar, fundamentar e contra argumentar, dentro de critérios éticos e com senso de justiça.

Outrossim, é preciso verificar que, com base na suposição real, existem desigualdades entre os indivíduos. Nesse caso, o princípio a ser escolhido seria, segundo Rawls, o *princípio da diferença*.

A questão impõe a verificação de como se aplicaria a igualdade sob esta esfera. Um dos pontos defendidos é o de que seriam permitidas as desigualdades sociais e econômicas desde que visem ao benefício dos membros menos favorecidos. Nesse assunto, os exemplos se voltam às remunerações distintas aos indivíduos em sociedade em razão do ofício. A remuneração mais elevada de algumas categorias profissionais como médicos, se justificaria se tais profissionais bem remunerados pudessem proporcionar algum benefício às pessoas menos favorecidas ou às regiões mais carentes em termos de prestação de saúde. Caso contrário, se nenhum impacto positivo se desse em termos distributivos não se explicaria tal privilégio.

Há que se falar, também, no tocante ao princípio da diferença, que a justiça pensada como equidade não é uma mera questão de recompensa (virtude ou mérito moral); trata-se de atender às expectativas legítimas, uma vez definidas as regras estabelecidas do debate sobre os fatores arbitrários. Esse enfoque sobre a arbitrariedade moral envolve fatores que tiram os indivíduos de uma possibilidade de posição originária.

Os fatores arbitrários podem ser verificados em virtude do nascimento, no sistema de casta, por exemplo, em que a uma sociedade aceita níveis de colocações diferentes para os indivíduos, em razão da família biológica; tal situação impede, definitivamente, qualquer chance de aspiração de igualdade entre pessoas de castas distintas. Oportunidades formalmente iguais – fatores arbitrários ligados a posicionamento social e econômico ou meritocracia, também limitam as chances paritárias entre pessoas de grupo político.

Com base na posição original, em suma, há a observação de que as partes que vão celebrar o contrato encontram-se sob um véu de ignorância e que os sujeitos têm conhecimentos básicos sobre a sociedade e são racionais.

Daí decorrem princípios de justiça, seja com fulcro na liberdade e equidade para todos, onde cada pessoa deve ter a maior quantidade de liberdades compatível com igual liberdade para os outros, seja com atenção ao princípio da diferença, enquanto comando de otimização que possa proporcionar uma oportunidade justa para todos, sendo aceitáveis as desigualdades que beneficiem os mais favorecidos e aceitáveis,

também, as desigualdades se resultarem do exercício de funções para os quais todos tiveram oportunidades de acesso.

#### **4. Ação afirmativa em questão**

A ação afirmativa não consiste em um tema de fácil análise, eis que inexiste posição unívoca favorável ou desfavorável. O tema já foi assunto de lides importantes no judiciário pátrio (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, DEM x Universidade de Brasília), e estrangeiro (Hopwood x Faculdade de Direito da Universidade do Texas, e Bakke x Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia).

Os defensores da legitimidade das ações afirmativas, enquanto medidas especiais de políticas públicas e/ou ações privadas, apresentam o argumento da necessidade de uma justiça distributiva e necessária que pressupõe uma reparação histórica de desigualdades. Tais disparidades teriam sido, muitas vezes, causadas por desvantagens reais, vivenciadas por um grupo racial ou étnico, e que teriam provocado a necessidade de reparação pragmática na busca de uma igualdade material.

A defesa do imperativo da imposição dessas medidas se funda no argumento de que determinados grupos carecem de políticas realmente eficazes, mesmo que temporárias, que possam tentar garantir a igualdade de oportunidade, outrora negadas.

Nesse contexto, há a alegação de que não é possível ignorar, face à verificação estatística, que inúmeras pessoas de determinada raça partem em condições desiguais na busca de oportunidades de qualificação acadêmica, em razão de condições socioeconômicas mais desfavoráveis, se comparados a outros grupos étnicos.

As razões justificadoras às ações afirmativas podem variar entre um ou outro caso prático; todavia, é possível destacar três motivos importantes: (i) a indicação de que existem distorções nos testes padronizados que permitem o acesso de estudantes ao ensino superior. tais avaliações precisariam de correções para evitar o direcionamento da aprovação para alguns e praticamente a negativa de acesso para outros; (ii) a compensação por erros do passado, traduzindo-se em um argumento compensatório, gerando uma responsabilidade coletiva, assim os negros que tiveram seus direitos negados durante décadas, em virtude da escravidão, precisariam dessa forma diferenciada de acesso como um meio legítimo de contrabalançar uma herança negativa de prejuízos e (iii) a efetiva promoção da diversidade. Esse argumento da diversidade se justifica em nome do bem comum e propósito social.

Vale ressaltar que, na maioria das vezes, em sede judicial, o argumento da diversidade e a busca do fim social vêm alicerçando muitas decisões dos magistrados. Contudo, existem críticas às razões justificadoras aduzidas, principalmente ao argumento da diversidade. Nessa seara contrária, há uma tendência de *ordem prática* afirmando, em termos fáticos e estatísticos, que ação afirmativa não seria capaz de atingir os objetivos

desejados e, pior, provavelmente resultariam em mais problemas que benefícios, ou seja, seria ineficaz. A segunda tendência de *ordem ideológica* entende que por mais valiosa que seja uma sala de aula diversificada, ou uma sociedade mais equânime, a ação afirmativa, baseada na raça ou etnia como fator preponderante, seria injusta porque violaria, inegavelmente, direitos dos indivíduos preteridos.

Essas oportunidades de acesso diferenciadas ao ensino superior levam, necessariamente, a um questionamento: há *direito/poder* conferido à Universidade para definir sua missão e estabelecer padrões de admissão com base nas ações afirmativas, sem que isso venha ferir princípios? Em outras palavras, os argumentos da distorção dos testes padronizados, da compensação dos erros do passado e da diversidade se justificam quando direitos de indivíduos, que não se encaixam no perfil das ações afirmativas, são preteridos em razão de regras preestabelecidas?

Esses questionamentos estão longe de permitirem uma resposta simples. O diálogo requer análises múltiplas de argumentos. Trata-se de uma tarefa árdua. É preciso associar ao tema, também, considerações sobre o efeito do caráter didático do princípio da igualdade na sua estrutura formal e material, bem como associação à liberdade e à fraternidade. Uma segunda premissa relaciona-se ao fato sócio-histórico ligado a um *déficit* de possibilidade de acesso aos direitos fundamentais da etnia negra e verificação das reais barreiras institucionais de ingresso dos negros junto às fontes da educação e da cultura. Outra premissa pode estar ligada à noção de definição da raça.

No que tange à igualdade, há uma tendência doutrinária em se perseguir uma paridade substancial, ou pelo menos definir que desigualdade não é legítima. Nesse sentido, o que não se pretende admitir é a “desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio”<sup>11</sup>. Importante demonstrar que privilégios não são sinônimos de prerrogativas. Aqueles são pessoais e típicos dos favores reais; essas são particularidades concedidas aos indivíduos em função de diferenças que legitimam as diferenças de tratamento.

Mais um ponto de análise estaria ligado à natureza da autonomia administrativa que é a exercida, no âmbito acadêmico, pelas universidades em razão da capacidade de determinar políticas de ensino, pesquisa e extensão. Há uma tendência doutrinária no Brasil que apenas a norma constitucional teria possibilidade de limitar a autonomia das instituições de ensino superior.

Nesse sentido: “o princípio da autonomia universitária tem uma dimensão fundamentalista, integrativa, diretiva e limitativa própria, o que significa dizer que é na própria Constituição Federal”<sup>12</sup> e “no modelo da universidade federativa, não há sentido em estabelecer delimitações para o exercício da autonomia, fora do que está consagrado pela Carta Constitucional”<sup>13</sup>.

São muitas variantes que podem permear o tema. O rol acima está longe de ser taxativo ou exaustivo. Dentro dessa temática, Sandel questiona acerca do papel da universidade. E expõe que o maior objetivo de uma universidade não é arrecadar “mais” dinheiro (vale ressaltar que nesse ponto a sua avaliação prática se refere à Harvard) “mas servir ao bem comum por meio do ensino e da pesquisa”<sup>14</sup>.

Se nas universidades públicas no Brasil não há nem que se falar em arrecadação de verbas privadas a título de mensalidades, como é comum nas universidades norte-americanas reconhecidas pela sua tradição em formação acadêmica superior, o foco volta-se, completamente, à noção do atender ao bem comum. Daí o argumento da diversidade causar tanto impacto como meio de defesa à Universidade quando questionada no seu agir administrativo.

Não obstante as críticas, as ações afirmativas são demonstradas pelos apoiadores como políticas de correção de desigualdades e de efetivação de direitos. Trata-se de uma tentativa de garantir a todos os segmentos excluídos, uma participação – ou possibilidade de acesso – nas oportunidades. Reflete o direito à cidadania, à cultura, à educação, ao aprimoramento acadêmico e, consequentemente, a possibilidade de acesso ao trabalho qualificado nos moldes das profissões de terceiro grau. Essa qualificação estende seus efeitos, também, na participação das políticas públicas de caráter social.

A ação afirmativa não seria uma política puramente antidiscriminatória, eis que tem por fito não só a prevenção à discriminação, mas (inclusive) a reparação de seus efeitos. A diferença basilar pode ser defendida pelo fato das políticas puramente antidiscriminatórias refletirem um mero meio de repressão aos discriminadores ou de conscientização dos indivíduos que podem vir a praticar tais atos. Na dialética acadêmica, a ação afirmativa apresenta-se, em regra, defendida como uma política que assegura o acesso à educação superior aos excluídos sociais, política e economicamente enquadrados.

Na realidade, as maiores críticas às ações afirmativas não se operam ao seu objeto, mas pela escolha de aplicabilidade: qual grupo social ou étnico é merecedor das referidas ações? O foco do debate contrário se reporta não aos efeitos das ações, mas aos beneficiados. O tema mais sensível desse embate é descobrir e legitimar qual a desigualdade dentro do país que é carecedora dos efeitos das medidas políticas de inclusão.

## 5. Conclusão

Todos os tópicos apresentados trazem discussões a respeito da justiça e dos fundamentos da moral, analisando teorias filosóficas de diferentes pensadores políticos.

A exposição das teorias dentro de uma dialética entre os pensadores, os exemplos reais ou fictícios de problemas sociais, de calamidades, de situações limite para gerar um sentimento nas pessoas de interesse pelo debate busca instigar não só o operador

do direito, mas a sociedade como um todo, a procura de uma fundamentação principiológica que permita o debate acerca do direito ao justo, ao que é legitimamente certo, quando estamos diante dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Problematizar a teoria pode ser uma técnica capaz de tentar construir uma ideia dos pressupostos fundamentais de cada visão, fazendo parte da obra como um importante coadjuvante. Sendo tão difícil o consenso entre qual o real acesso ao que é justo e correto em sociedade, partindo da premissa de qual teoria ou pensamento será utilizado e legitimamente aceito em uma sociedade, permitir uma troca de pensamentos e provocações pode tratar-se de uma interação salutar.

A percepção de que não há uma resposta unívoca ao questionamento *do que é fazer a coisa certa*, eis que depende da visão filosófica adotada, é uma consequência lógica da posição utilitarista, libertária, equitativa, racionalista, virtuosa, liberalista. Por isso que é, também, extremamente difícil definir o que é justiça e o que é justo em uma determinada situação. Contudo, os direitos fundamentais, inerentes ao indivíduo, exigem pelo menos o debate e a busca da melhor aplicabilidade dessa interdisciplinariedade entre o Direito e demais ciências sociais.

## 5. Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A autonomia universitária na Constituição de 05.10.1988*. Rio de Janeiro, São Paulo, Revista de Direito Administrativo, nº 215, p. 117-142; jan./mar. 1999.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. e prefácio de Marco Zingano. L&PM Pocket Plus: Coleção L&PM Pocket, 2008.
- MARTINS, Geraldo Moisés. *Universidade federativa autônoma e comunitária*. Brasília: Athalaia Editora, 2008.

MELLO, Cleison de Moraes; MOREIRA, Thiago. *A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant e a promoção da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <[http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID\\_2013\\_10.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_10.pdf)> Acesso em: 04.ago.2016.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, J. Michael. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 6ª ed., 2012.

## Notas

1. Professora Assistente da Universidade Federal Fluminense – UFF, RJ. Professora assistente das Universidades Estácio de Sá e Veiga de Almeida , RJ. Autora e colaboradora de livros jurídicos. Advogada. Aprovada no concurso público para Delegação de Registros e Notas do Estado de Pernambuco.
2. Michael J. Sandel é um filósofo político que leciona na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos. Não obstante sua atuação docente relacionar-se à universidade americana, o curso Justice é conhecido mundialmente, seja na versão escrita do livro referido inicialmente, seja em uma série de vídeos disponíveis na internet que reproduzem, na íntegra, o curso sobre ética e justiça ministrado em Harvard.
3. BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000, p. 15.
4. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 92.
5. KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. e prefácio de Marco Zingano. L&PM Pocket Plus: Coleção L&PM Pocket, 2008, p. 16.
6. SANDEL, J. Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 6ª ed., 2012, p. 35.
7. MELLO, Cleison de Moraes; MOREIRA, Thiago. *A fundamentação da metafísica dos costumes em Immanuel Kant e a promoção da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <[http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID\\_2013\\_10.pdf](http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_10.pdf)> Acesso em: 04 ago. 2016.
8. O vocábulo justiça vem do grego *dikaiosunh* e significa a conduta de quem segue as ordens entre os homens. Assim, “Em geral, a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 593.
9. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 130.
10. *Ibidem*, p. 159.
11. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309.
12. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “A autonomia universitária na constituição de 05.10.1988”. Rio de Janeiro, São Paulo, *Revista de Direito Administrativo*, nº 215, p. 117-142; jan./mar. 1999, p. 123.

13. MARTINS, Geraldo Moisés. *Universidade federativa autônoma e comunitária*. Brasília: Athalaia Editora, 2008, p. 216-217.
14. SANDEL, J. Michael. Op. cit., p. 225.



# Indulto e delitos hediondos. Uma análise a partir dos tratados de direitos humanos

## Pardon and heinous crime. An analysis from a human rights perspective

Gabriel Albernaz da Conceição<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho objetiva analisar se a vedação legal à concessão de indulto aos condenados por delitos hediondos se adequa às bases principiológicas estabelecidas nos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Para tanto, utiliza-se como ponto de partida a jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia normativa desses instrumentos internacionais, e passa-se, então, à análise do tema desde uma perspectiva de Direitos Humanos.

**ABSTRACT** This article aims to analyze if the legal prohibition of pardon to those who are convict for the committing of heinous crimes in conformation with the foundations established in the treaties of Human Rights. For that, it was employed as the starting point the jurisprudence of Supreme Court. From this panorama, it will be examined from a human rights perspective.

**PALAVRAS-CHAVE:** Indulto. Crimes Hediondos. Direitos Humanos. Tratados de Direitos Humanos.

**KEYWORDS:** Pardon. Heinous Crimes. Human Rights. Treaties of Human Rights.

*Aquele que jamais teve sua liberdade tolhida vê o tempo do preso passar na velocidade que sua vida passa e, portanto, nada mais lógico do que achar que as penas são muito brandas e que seu endurecimento é algo necessário para o bom andamento da sociedade. Acreditam eles na falácia de que o tempo tudo soluciona.*

Rodrigo Moretto

## 1. Introdução

A ideia para a escolha do tema deste artigo surgiu a partir de um caso concreto no âmbito da atuação prática em execução penal, no Escritório Modelo da Faculdade de Direito da Uerj.

José (nome fictício) foi preso em 26/05/1993. A acusação deu-se pela suposta prática do delito de latrocínio, tendo a sua participação se limitado a levar em seu táxi alguns indivíduos que roubaram uma residência na região da Zona Norte, da cidade do Rio de Janeiro.

Como sobreveio o não planejado resultado de morte de uma das vítimas, foi condenado a uma pena privativa de liberdade de 25 anos de reclusão, da qual já cumpriu mais de 20 anos. Hoje, o apenado encontra-se em livramento condicional.

José, que possui setenta anos de idade, faz controle de uma leucemia – grave doença que ataca o sistema imunológico – a qual se manifestou durante a execução da pena. Ademais, possui pressão alta (hipertensão), fazendo uso de medicação constante.

Além dos problemas pessoais de saúde, o Sr. José possui uma filha com paralisia cerebral infantil, doença que a deixou tetraplégica (tetraplegia por disfunção motora). A mesma necessita de cuidados constantes, sendo dependente do auxílio do pai para as tarefas mais simples do cotidiano, como por exemplo, se alimentar, tomar banho e trocar de roupa.

Não bastassem os problemas de saúde do apenado e de sua filha, o Sr. José tem de cuidar também de sua esposa, que possui câncer de mama. Mesmo após o tratamento de quimioterapia e a submissão à mastectomia, sua mulher não consegue ter força física para auxiliar a filha nas tarefas diárias.

Apesar da já tradicional previsão nos decretos de indulto da possibilidade de concessão do chamado indulto humanitário<sup>2</sup> aplicável mesmo em relação aos delitos hediondos, no caso concreto, o Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro e a Câmara Criminal competente para o julgamento do recurso de agravo em execução entenderam que o caso de José não se enquadrava em nenhuma das hipóteses consideradas taxativas previstas no decreto e por isso indeferiram o pedido de indulto.

Como conformar-se com a impossibilidade de um indivíduo viver sua velhice com um mínimo de dignidade, sem que recaia sobre si a existência de pena ainda a cumprir por um delito praticado há mais de vinte anos, e já com tanto tempo de pena cumprida sem qualquer incidente na execução? Com um mínimo de senso de humanidade e valorização à dignidade humana não vemos como vislumbrar resposta para tal pergunta.

Diante dessa situação, bem como em razão de recente decisão de uma das turmas do Supremo Tribunal Federal, que negou a possibilidade de concessão de indulto mesmo nas hipóteses expressamente excepcionadas como humanitárias, vê-se a necessidade de reacender o debate acerca da possibilidade ou não de concessão do indulto nos crimes hediondos.

Ademais dos já tradicionais argumentos sobre a questão, o foco deste trabalho é analisar a temática sob a ótica das convenções internacionais de Direitos Humanos ratificadas pelo Brasil.

## **2. A hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos e o indulto na jurisprudência do supremo tribunal federal**

### ***2.1 Posição jurisprudencial acerca da hierarquia normativa dos tratados de Direitos Humanos***

Foge dos estreitos limites deste trabalho discorrer sobre as correntes doutrinárias acerca da hierarquia normativa dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio.<sup>3</sup> Tendo como ponto de partida a posição adotada pela Suprema Corte, o escopo deste artigo é verificar se há coerência ou não em relação à jurisprudência relacionada à (im)possibilidade de concessão do indulto nos delitos hediondos e a normativa internacional de Direitos Humanos.

O Supremo Tribunal Federal, a partir do RE 466343 (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 03/12/2008, DJe de 05/06/2009), firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais de Direitos Humanos teriam hierarquia de normas supralegis. A única exceção se daria em relação àqueles ratificados após a Emenda Constitucional nº 45/04, com o quórum de 3/5, em dois turnos, em cada Casa do Parlamento, que teriam força constitucional<sup>4</sup>.

Assim, os tratados aprovados anteriormente à inovação legislativa do art. 5º § 2º da Constituição, ou ainda, aqueles aprovados após a entrada em vigor da Emenda, porém sem o quórum qualificado, posicionar-se-iam no ordenamento jurídico abaixo da Constituição, porém, com hierarquia superior aos atos legislativos.

Ao fixar tal posicionamento, inclusive em Súmula Vinculante<sup>5</sup>, decidiu-se que, apesar de haver expressa previsão constitucional para a prisão civil do depositário infiel, a mesma seria ineficaz. Isto porque na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a prisão por dívida seria admissível apenas nas hipóteses de pensão alimentícia.

Dessa forma, ainda segundo o STF, os tratados supracitados, editados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04, teriam, em relação aos atos normativos que permitem a prisão civil do depositário infiel, força normativa para suspender (ou paralisar) a sua aplicação, tornando tais permissivos legais ineficazes. Por isso, na dicção da Súmula Vinculante 25, seria *ilícita* a prisão civil do depositário infiel.

## **2.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação ao indulto**

Superado o estudo da hierarquia normativa dos tratados internacionais de Direitos Humanos, passa-se ao estudo da jurisprudência da Suprema Corte, em relação à admissibilidade ou não do indulto nos delitos hediondos.

Como é cediço, o STF consolidou o entendimento no sentido de que a vedação prevista no art. 5º, XLIII da Constituição, quando se refere à “graça” (modalidade de perdão individual), estaria abrangendo também o perdão coletivo, concedido sob a forma de indulto. A título exemplificativo, citem-se os seguintes julgados: ADI 2795 MC (RTJ 185/878), HC 74991, RHC 76946 (RTJ170/527), HC 77528 (RTJ 171/220), HC 81565 (RTJ 181/235), HC 81566, HC81567 (RTJ 180/1037), HC 82359, HC 82412, HC 82959, RHC 84572, HC84829, HC 85279 (RTJ 195/234), HC 86615.

Assim, a Lei 8.072/90 teria apenas explicitado tal vedação constitucional – sem ampliá-la – e por isso não padeceria de inconstitucionalidade<sup>6</sup>.

Ademais, tradicionalmente, os decretos natalinos de indulto vêm trazendo a ratificação de tal proibição. Na jurisprudência do STF, este é um argumento de reforço pela constitucionalidade destes, pela ampla discricionariedade garantida ao chefe do executivo para expedir decretos de indulto, na forma do art. 84, XII da CR.

Levando a entender que o Supremo inadmite qualquer hipótese de exceção à regra da Lei 8.072, destaque-se a decisão na Medida Cautelar na ADI 27957. O decreto de indulto do ano de 2002<sup>8</sup> estabeleceu uma norma que poderia excepcionar a absoluta vedação à concessão de indultos para apenados por delitos hediondos, o STF, em sede cautelar, decidiu que tal exceção seria inconstitucional, por violar o disposto no art. 5º, LXVIII da Constituição. O Acórdão restou ementado da forma a seguir:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao §

2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgência principis. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.

Da análise dos precedentes citados, percebe-se notável rigor jurisprudencial em relação à vedação à concessão de indulto aos apenados por crimes hediondos. Como se viu, trata-se de interpretação que, além de ampliar a vedação constitucional referente à graça, trata-a com viés absoluto. Contudo, o caráter absoluto ou não da proibição, na opinião da Suprema Corte, deverá ser consolidado em um futuro próximo, conforme se verá na análise do tópico a seguir.

### 2.2.1 – A especial hipótese do indulto humanitário

Mantendo-se fiel à sua jurisprudência, recentemente o STF, por meio de sua Segunda Turma, proferiu decisão denegatória de *habeas corpus* em caso concreto, no qual a paciente, condenada por tráfico de drogas, além de completamente cega, era portadora de *diabetes mellitus*, hipertensão arterial sistêmica e insuficiência renal crônica. Eis a ementa:

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006). Condenação. Execução penal. 3. Sentenciada com deficiência visual. Pedido de concessão de indulto humanitário, com fundamento no art. 1º, inciso VII, alínea a, do Decreto Presidencial n. 6.706/2008. 4. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade da concessão de indulto a condenado por tráfico de drogas, independentemente da quantidade da pena imposta [ADI n. 2.795 (MC), Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 20.6.2003]. 5. Vedações constitucional (art. 5º, inciso XLIII, da CF) e legal (art. 8º, inciso I, do Decreto n. 6.706/2008) à concessão do benefício. 6. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.

(HC 118213, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-149 DIVULG 01-08-2014 PUBLIC 04/08/2014).

Tratava-se, pois, de clara hipótese a ensejar a concessão de indulto humanitário, adequando-se à expressa exceção, já tradicional nos decretos de indulto, das pessoas condenadas com paraplegia, tetraplegia ou cegueira (vide Notas, nº 2), bem como das pessoas acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal.

Por meio do estudo sistematizado da jurisprudência nacional acerca dos decretos de indulto, desde a edição da Lei 8.072/90, percebe-se que a exceção referente ao indulto humanitário – apenas em condições extremas – vem sendo admitida como válida por alguns dos tribunais nacionais, incluindo o Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup>.

Na contramão do entendimento dos tribunais estaduais e do STJ, recentemente foi proposta, pelo Procurador Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5343 (Relatoria do Ministro Dias Toffoli) contra a admissibilidade do indulto humanitário em face de pessoas condenadas por delitos hediondos<sup>10</sup>.

Diante disso, torna-se ainda mais urgente a análise da possibilidade de concessão ou não do indulto nos delitos hediondos, desde a perspectiva dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

### **3. O indulto e as convenções internacionais de direitos humanos. (In)aplicabilidade aos delitos hediondos.**

Feito o breve estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, neste tópico a abordagem concentrar-se-á na compatibilidade ou não entre os posicionamentos supracitados, entre a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos e a (in)admissibilidade do indulto em relação aos condenados por crimes hediondos. Pretende-se, com o cotejo com a normativa internacional dos Direitos Humanos, apresentar uma linha de argumentação que parece ainda não ter sido levado em conta.

#### ***3.1 Necessidade de garantia da possibilidade de indulto em relação a todos os presos***

Sob o aspecto da proteção internacional dos Direitos Humanos, a vedação absoluta à possibilidade de indulto parece não encontrar respaldo, uma vez que a Convenção Americana de Direitos Humanos (internalizada no Decreto nº 678, de 1992) garante a necessidade de apreciação do indulto em qualquer hipótese, até nos casos graves em que há condenação à pena de morte, no art. 4º. 6:

Artigo 4

Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. *Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.*

3. *Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.*

4. *Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.*

5. *Não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.*

6. *Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.*

Há disposição semelhante, com caráter ainda mais amplo, no art. 6º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (internalizada pela Decretoº 592, de 1992):

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. *Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.*

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. *Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.*

Lembre-se, inicialmente, de que o Brasil encontra-se no rol dos países que admitem a pena de morte, conforme expressa ressalva constitucional (art. 5º, XLVII, “a”, em alguns delitos militares, na hipótese de guerra declarada) e a convenção determina a necessidade de o Estado conceder a possibilidade de indulto, mesmo nesses casos.

Ora, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade, a supressão da vida de um indivíduo só seria possível nas hipóteses dos delitos mais graves previstos no ordenamento jurídico. Os tratados citados possuem previsões expressas nesse sentido.

Se tais normas de natureza supralegal garantem o direito ao indulto mesmo nos delitos gravíssimos, em que se admite pena de morte, com mais razão tal direito deve ser garantido nos delitos hediondos.

A interpretação sistemática que aqui se defende é a de que, tendo como ponto de partida tais previsões, a normativa internacional referente aos Direitos Humanos não admitiria quaisquer vedações absolutas à concessão de indulto.

Isto porque, apesar de pensadas as previsões supracitadas inicialmente para abrandar o rigor inerente à aplicação da pena de morte, a interpretação em sede de Direitos Humanos deve ser *pro homine*. Por isso, deve se dar de forma a possibilitar a solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia, na forma do art. 29, item 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Assim, a disposição do art. 6º, item 6 do PIDCP: “A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos” não pode ser interpretada de forma restritiva, apenas aplicável aos casos com pena de morte. Isto seria restringir um direito humano.

Deve, pelo contrário, ser interpretada da forma mais ampliativa possível, aplicando-se não só nos casos em que a pena é grave *de per si*, ao ponto de ter como fim último a supressão da vida do indivíduo condenado. Deve abranger, também, as hipóteses em que a pena privativa de liberdade ganha caracteres de especial rigor, como ocorre nos delitos rotulados no ordenamento jurídico brasileiro como hediondos.<sup>11</sup>

Não fosse o bastante a necessária interpretação *pro homine* a partir dos dispositivos citados, a vedação absoluta à concessão de indulto viola outros direitos fundamentais, como se verá a seguir.

### **3.2 Humanidade das penas e vedação de pena perpétua**

É necessário reconhecer-se, além disso, que a possibilidade de concessão de indulto é também corolário do princípio da humanidade das penas, previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 5º), nas Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos da ONU (Regra 31), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 10, item 1), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º), no

Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Sujeitas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão da ONU (Princípio 1º) e nos Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos da ONU (Princípio 1º).

Importante ressaltar que o princípio da humanidade das penas relaciona-se também com a vedação à pena de prisão perpétua, previsto expressamente pela Constituição Brasileira (art. 5º, XLVII). Diante disso, qualquer consequência jurídica que se mantenha até a morte da pessoa é proibida pelo ordenamento pátrio. Estão abrangidas também, necessariamente, as penas que, embora não sejam – *a priori* – perpétuas, importem, circunstancialmente em impossibilidade de retorno à liberdade.

A vedação da prisão perpétua está prevista também no art. 75 do Código Penal, que limita o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade ao máximo de trinta anos. Não obstante isso, as penas aplicadas em relação aos delitos hediondos, mormente quando há concursos de crimes, possibilitam longos prazos de encarceramento, na medida em que o somatório de penas, e não o limite citado, é que serve de base para o cálculo de frações de pena – já elevados, como visto na nota anterior – para os direitos da execução penal, incluindo o indulto.

Com isso, fica impossibilitado, na prática, o retorno ao convívio social para uma grande parcela dos presos, violando-se o princípio da vedação à pena perpétua, corolário do princípio da humanidade das penas.

Ainda que fora das hipóteses de concurso de crimes, a pena extremamente longa fixada usualmente nos delitos hediondos, sem a perspectiva da possibilidade de exercício dos direitos na execução penal, em especial o indulto, assume caráter de especial sofrimento, violadora do princípio da humanidade por prostrar-se no tempo de forma indefinida, semelhante às penas perpétuas.

Isto porque, conforme assevera Rodrigo Moretto:

O tempo na prisão, na visão de quem é a vítima do sistema, apresenta-se lento, longo, improdutivo, dessocializante, despersonalizante, estigmatizante e desumano, imprimindo ao preso, por fim, um caráter criminógeno. O seu calendário é regressivo até atingir a sua liberdade<sup>12</sup>.

Pode ocorrer, também, de a pena tornar-se especialmente cruel no decorrer da execução, em razão de enfermidade ou deficiência que acarrete redução da expectativa de vida, caso em que a sanção ganha caráter de iminente perpetuidade, demandando cuidados intensos e permanentes<sup>13</sup>.

Ao menos nesses casos, deve ser garantida a possibilidade de concessão do indulto de caráter humanitário, como forma de garantia dos direitos fundamentais do apenado. Não ocorrendo sequer esta hipótese, fica ainda mais patente a violação ao princípio da humanidade.

Portanto, não se pode vedar em abstrato a possibilidade de utilização do indulto como instrumento de controle da duração das penas privativas de liberdade.

### ***3.3 Individualização da pena e indulto***

Por outro lado, o reconhecimento da possibilidade de concessão de indulto humanitário deveria ser interpretado de forma a ampliar a eficácia do direito fundamental à liberdade. Isto porque a vedação ao indulto consubstancia exceção infraconstitucional a liberdades fundamentais, a exemplo do direito de locomoção, garantido no art. 5º, XV da Constituição da República.

Somente dessa forma pode dar-se aplicação a outro preceito fundamental: o princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI da Constituição.

É necessário destacar que, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, o princípio da individualização da pena deve ser visto sob uma perspectiva garantista. À época, em acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio, o STF chegou à seguinte conclusão:

Assentar-se a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena e passo demasiadamente largo implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei e da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum.<sup>14</sup>

Naquela ocasião, restou afastada a vedação legal apriorística da progressão de regime para os delitos rotulados como hediondos, originariamente prevista na Lei nº 8.072/1990, com base principalmente no princípio da individualização da pena.

Então, afigura-se que tal princípio não possui a natureza de mera norma programática estatal, mas se enquadra no rol dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Não por acaso, tal postulado constitucional é posto ao lado de outras garantias penais essenciais como o já citado princípio da humanidade das penas.

Diante do exposto, percebe-se, em razão da existência da individualização da pena no rol dos direitos fundamentais do art. 5<sup>a</sup> (inciso XLVI) da Constituição, tal princípio pode ser interpretado apenas como norma que estabelece critérios de limitação do poder penal. Unicamente sob este âmbito, pode-se legitimar o Direito Penal, que recupera sua funcionalidade enquanto conjunto de regras que impõem limites ao arbítrio judicial.

Assim, levando-se o princípio da individualização da pena a sério, constata-se que a imposição obrigatória de agravamentos na execução da pena, indistintamente, a

todos os indivíduos que têm em seu desfavor sentença penal transitada em julgado por delitos hediondos é contrária a tal postulado.

Nessa perspectiva, a vedação abstrata do direito ao indulto não encontra suporte na individualização da pena. Pelo contrário, deslegitima-se, principalmente se considerarmos a busca por uma aplicação da pena respeitadora dos direitos fundamentais, redutora de danos.

O direito à liberdade e à individualização da pena – são consequência direta do vetor maior da Constituição: o princípio da dignidade humana. Como ensina Gilmar Mendes, em uma colisão de princípios constitucionais, deve prestigiar-se o princípio mais afeto à dignidade da pessoa:

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), *não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo* (CF, art. 1º, III).

Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade de pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade)<sup>15</sup>.

Dessa forma, ainda que se entenda que os delitos sobre os quais recai o rótulo da hediondez são especialmente reprováveis, aos apenados deve ser concedida a possibilidade de receberem indulto. Em especial, o indulto humanitário. Isto em nome dos valores mais próximo da dignidade humana, quais sejam, sua inviolabilidade e respeito à integridade física e moral, sob o viés principal da individualização da pena.

### ***3.4 Garantia de um direito humano para preservação de Direitos Humanos. Indulto como forma de amenizar a superlotação carcerária.***

A interpretação que aqui se destaca pode abrir a possibilidade para a garantia de diversos outros direitos humanos consagrados em convenções internacionais. Com efeito, assim como os demais direitos previstos no âmbito da execução penal, o indulto possibilita a diminuição do inchaço no sistema carcerário.

A superpopulação carcerária resulta em desrespeito à dignidade humana, e impede que a pena possa produzir seus fins declarados, como aduz Ana Lúcia Tavares Ferreira:

Assim, a adequação da utilização do indulto como instrumento de controle da superpopulação carcerária ao sistema penal conformado em sede constitucional pelos princípios do Estado Democrático de Direito deve ser

verificada com base na sua contribuição para a realização da prevenção positiva. A superpopulação carcerária acarreta deterioração do ambiente prisional, na medida em que importa restrição à privacidade, não observância das condições mínimas de higiene, sensação de insegurança e exacerbação da violência entre presos e por parte dos agentes penitenciários, importando desrespeito à dignidade. Além de contribuir com a lesão aos direitos fundamentais dos presos e para redução da confiança no vigor das normas de Direito Penal, o excesso impossibilita o êxito do processo de reinserção do preso no convívio social. A manutenção de unidades prisionais superlotadas, com a consequente deterioração do ambiente carcerário, revela a inadimplência estatal no que se refere à obrigação de fornecer condições para a ressocialização. Por outro lado, a superpopulação implica a imposição de regimes mais rígidos e restritivos aos presos, com ênfase na necessidade de manutenção da ordem e segurança, convertendo o cárcere em instituição total e contribuindo para a dessocialização, em vez de reinserção social<sup>16</sup>.

A notória situação de superlotação carcerária viola sistematicamente direitos básicos, a exemplo da integridade física, liberdade, saúde, e até mesmo à vida, já tendo sido reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como caracterizadora de um “Estado de Coisas Inconstitucional”<sup>17</sup>.

Na tímida decisão em sede cautelar em que se reconheceu a inconstitucionalidade do estado de coisas nos cárceres brasileiros, o STF proferiu decisão no sentido de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional, para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

De forma mais incisiva, há inclusive precedentes de responsabilização internacional de Estados perante mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, em especial a Corte Europeia de Direitos Humanos<sup>18-19</sup>.

O superencarceramento, observado em diversos lugares do mundo, possui tons de especial gravidade no Brasil. Trata-se de insuperável óbice para que mudanças estruturais sejam tomadas no sentido da mínima melhoria necessária das condições carcerárias.

Já em 1997, relatório específico sobre pessoas privadas de liberdade no Brasil, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>20</sup> denunciava a gravíssima situação de superlotação nos presídios brasileiros com 51.639 vagas declaradas e 130.000 presos. Imagine-se o que diriam, menos de vinte anos após, com o vertiginoso acréscimo de 500% na população carcerária.<sup>21</sup>

Para amenizar tal quadro, os governantes têm se limitado à construção de novas unidades prisionais<sup>22</sup> e – o que é visto com extrema preocupação –, à “privatização” de penitenciárias<sup>23</sup>.

Tais medidas são criticáveis por serem extremamente custosas e apenas de caráter paliativo. Ademais, tratam o problema do sobre-encarceramento como se fosse meramente circunstancial. Deixa, assim, de enfrentar a natureza estrutural e sistêmica da superlotação, situação que viola direitos fundamentais básicos. Como exemplos, citem-se a garantia constitucional à não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, da CR) e o direito à integridade física e moral dos presos (art. 5º, XLIX, CR), ambos decorrentes diretamente da dignidade da pessoa humana, fundamento da República previsto no art. 1º, III da CR,

Como afirma Anabela Miranda Rodrigues, a opção pela construção de novos cárceres, como medida para reduzir superlotação, impede, na prática, qualquer melhoria no sistema prisional, bem como a pretensão de que se realize qualquer função positiva no ambiente carcerário:

(...) a manterem-se os níveis de aplicação da pena de prisão, a criação, em larga escala, de novos estabelecimentos penitenciários que respondam a modelos diferentes dos tradicionais em dimensão, organização, qualidade e quantidade dos operadores não será compatível com os recursos financeiros que o Estado está em condições de despender.

E, a ser assim, a superação definitiva da crise passará por pôr em prática uma política deflacionária na aplicação da pena de prisão. Se assim não suceder, correr-se-á o risco de, a prazo, as prisões não poderem cumprir qualquer das funções de prevenção especial assinaladas, nem mesmo a da <<neutralização>> do condenado durante o tempo da execução<sup>24</sup>.

O indulto pode ser utilizado como forma de reduzir “os níveis de aplicação da pena privativa de liberdade”. Como exemplo, noticia Ana Lúcia Tavares Ferreira que o perdão estatal tem sido utilizado com fins de contornar o problema da população carcerária em França, Itália e Alemanha<sup>25</sup>.

Trata-se da utilização das chamadas “back-door strategies”, utilizadas de maneira tímida no Brasil, consistentes na soltura antecipada de presos em determinadas hipóteses, o que se coaduna também com o princípio do *numerus clausus*<sup>26</sup>.

Para consecução do objetivo de respeito a este princípio, a concessão de indulto apresenta-se como relevantíssimo instrumento de política criminal e de gerenciamento técnico-jurídico da superlotação. Diante disso, seria possível, a partir da verificação do excesso de contingente encarcerado, beneficiar aqueles mais próximos de atingir o prazo legal para a liberdade<sup>27</sup>.

Em um primeiro olhar, pode parecer não ser medida de tanto impacto na sobrepopulação carcerária. Todavia, deve-se levar em conta as estatísticas sobre o número de indivíduos presos por delitos considerados hediondos ou equiparados, em especial em relação aos delitos de tráfico de drogas.

Nem todas as unidades prisionais têm controle acerca dos delitos pelos quais os indivíduos encontram-se presos, porém, segundo dados do Depen/MJ de junho 2014, 27% do total de encarcerados (e 68% das encarceradas!) no Brasil foram condenados ou são acusados por tráfico de drogas. Projetando-se tal percentual em relação a todos os presos, estima-se em mais de 160.000 indivíduos privados da liberdade em relação a este delito.

Não há dados sobre o *quantum* de pena já cumprido pelos indivíduos encarcerados no país. No entanto, é de se supor que o número de indivíduos que poderiam ser beneficiários do perdão estatal, nesse gigantesco universo, seria bastante significativo.

No entanto, sabe-se que renúncia à execução da pena por parte do Estado não é capaz, por si só, de resolver o problema da superlotação. Ao lado dessa medida, Roig<sup>28</sup> sugere outras medidas descarcerizadoras, a exemplo da suspensão do encarceramento em razão da ilegalidade da prisão em condições de superlotação; a antecipação do livramento condicional como forma de compensação pela irregularidade e indignidade das condições de encarceramento; e a colocação de condenados em prisão domiciliar, seguindo-se a lógica já adotada em alguns precedentes pelos tribunais superiores em relação à ausência de vagas em regime semiaberto ou aberto<sup>29</sup>.

As demais medidas sugeridas pelo autor, no entanto, apesar de plausíveis, parecem distantes do acolhimento pelo Judiciário brasileiro.

Dante disso, no âmbito estrito do objeto deste trabalho, merecem encômios iniciativas expansivas do público-alvo dos decretos de indulto, a exemplo da inovadora previsão no último decreto de indulto (Decreto nº 8.615/2015) que concede a extinção da pena às mulheres<sup>30</sup>, encarceradas por delitos sem violência ou grave ameaça, com filho menor de dezoito anos, bastando para tanto que tenham cumprido um quinto da pena, se primárias, após clamor da sociedade civil organizada<sup>31</sup>.

### 3.4.1 Indulto como forma de garantia da duração razoável do processo

É certo que a extinção antecipada da pena dos indivíduos condenados por delitos hediondos também resultaria na maior possibilidade de análise dos requerimentos de direitos na execução penal.

Exemplifique-se com a caótica situação da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, objeto de análise no voto do Ministro Gilmar Mendes, Relator do HC 128.763/RJ:

O Estado do Rio de Janeiro concentra suas execuções penais em uma única Vara, na capital. Essa Vara processa todas as execuções penais, sejam de penas privativas de liberdade, restritivas de direito, ou medidas de segurança, na capital e interior do Estado.

*O relatório do mutirão carcerário promovido pelo CNJ no período de 26/10/2011 a 16/12/2011, apontou diversas dificuldades operacionais na serventia, ressaltando a demora no cumprimento dos atos de ofício.*

Especificamente quanto à tramitação de expedientes para concessão de benefícios aos apenados, foi consignado o sistêmico atraso, nos seguintes termos:

Há na VEP/RJ excessiva demora em analisar os direitos possivelmente concedidos por lei aos apenados. A tramitação de remessa à Defensoria Pública, retorno do Ministério Público, cumprimento de diligências requeridas, novo retorno ao Ministério Público, eventual novo retorno à Defensoria e, finalmente, conclusão ao juiz para a decisão faz com que haja o transcurso de vários e vários meses entre o atingimento do lapso (requisito objetivo para o benefício) e sua efetiva concessão.

Em conclusão, o relatório apontou diversas recomendações, dentre elas a instalação de pelo menos duas novas varas de execuções.

Até o momento, não foram instaladas novas serventias. Aparentemente, os problemas não foram resolvidos de outra forma. O jornal *O Globo*, de 10/08/2014, noticia que *cinco juízes lotados na Vara de Execuções supervisionam trinta e dois estabelecimentos prisionais e têm acervo de 110.000 (cento e dez mil) processos sob sua responsabilidade.* (Grifo nosso). A publicação ressalta o atraso na análise de benefícios dos sentenciados e a redução do número de servidores na lotação<sup>32</sup>.

Tal situação caracteriza sistemática violação ao princípio da duração razoável do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição. Trata-se, ademais, de Direito Humano previsto no art. 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>33</sup>.

Tal princípio não pode ter sua extensão limitada ao processo de conhecimento. Todo o oposto. A própria Lei de Execuções Penais, no art. 196, *caput* e § 1º prevê o prazo de três dias para as partes e para o juiz decidir acerca dos direitos da execução<sup>34</sup>.

Com a violação desse dispositivo, é maculado também o direito à segurança jurídica, uma vez que muitos magistrados entendem que os requisitos para cada requerimento devem ser aferidos à época da prolação da decisão. A solução, em especial nos casos de indulto, deve ser outra, conforme expõe Rodrigo Roig:

Exigir também que a aferição dos requisitos dos direitos da execução penal seja feita no momento da decisão por parte do Juízo da Execução significa, na verdade, deixar o condenado inteiramente à deriva da moralidade estatal, em permanente estado de insegurança jurídica e desrespeito ao princípio da celeridade. Daí ser o melhor juízo considerar meramente declaratória a decisão deferitória dos direitos, previamente perfeitos com o preenchimento simultâneo dos requisitos objetivo e subjetivo<sup>35</sup>.

Assim, pode-se perceber que o reconhecimento da possibilidade de extinção antecipada da pena pelo indulto em relação aos indivíduos condenados por delitos hediondos pode produzir um círculo virtuoso. Um maior número de indivíduos indultados resultaria em uma menor carga de processos no âmbito dos Juízos de Execução Penal, com a consequente maior celeridade na análise dos demais pedidos de reconhecimento de direitos.

Tudo isso, ademais, teria impacto positivo na superlotação carcerária, bem como no sentimento geral da população prisional, gerando menor número de rebeliões, menor gasto público desnecessário com a manutenção de presos e, o tema principal deste trabalho, o maior respeito aos Direitos Humanos.

#### **4. Conclusão**

Procuramos com este trabalho reacender a discussão referente à possibilidade ou não de vedar em abstrato a concessão de indulto aos indivíduos condenados pela prática de delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos.

Apesar de aparentar estar pacificada, a discussão pode ganhar novos contornos, caso passe a ser analisada sob a ótica dos direitos humanos e fundamentais apresentados neste artigo.

Idêntica situação passou-se com a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, com a virada jurisprudencial do STF, que reconheceu hierarquia supralegal aos tratados internacionais de Direitos Humanos, e, mais recentemente, com as audiências de custódia, com a louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de dar eficácia a dispositivo de tratado internalizado, desde 1992.

Somente tendo como ponto de partida a Constituição e os tratados de Direitos Humanos, o Sistema Penal pode exercer seu legítimo papel em uma democracia

substancial, em que se busca limitar a força do exercício de poder pela maioria e se protege uma minoria mais frágil e estigmatizada que superlota as penitenciárias brasileiras.

É mediante o respeito à tutela dos valores e direitos humanos e fundamentais que o Direito Penal pode exercer seu papel constitucional: a proteção de bens jurídicos, com a observância das garantias legais a um processo e pena justos e democraticamente estabelecidos.

Dante do exposto, inferimos que a vedação absoluta ao indulto nos delitos hediondos não resiste ao confronto com os tratados de Direitos Humanos.

Primeiramente, porque o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos trazem previsão expressa no sentido de que os Estados signatários devem garantir a possibilidade de os indivíduos condenados poderem pleitear o indulto. Apesar da previsão, à primeira vista, destinar-se apenas aos casos de aplicação da pena de morte, deve ser interpretada de forma ampliativa em respeito ao princípio da interpretação *pro homine*, de modo a não se permitir nenhuma vedação em abstrato ao indulto.

Não bastasse esta determinação expressa, a possibilidade de concessão de indulto é medida necessária para a garantia de respeito aos princípios da humanidade das penas, da vedação às penas perpétuas e da individualização da pena.

Além disso, o indulto é uma importante estratégia na remediação da superpopulação carcerária, bem como na garantia da duração razoável do processo. Também no âmbito dos Direitos Humanos, a sobrelocação configura situação que enseja a violação sistemática e estrutural dos direitos à integridade física, liberdade, saúde, e até mesmo à vida.

Isso posto, somente com a permanência do debate no meio acadêmico, a provocação dos juízes por advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público diligentes, e a garantia de independência dos magistrados é possível um maior acolhimento dos influxos dos Direitos Humanos no posicionamento dos tribunais pátrios, como vem reconhecendo inclusive a Suprema Corte.

Com isso, poderá o Supremo Tribunal Federal, na esteira do *leading case* da prisão do depositário infiel, declarar que, ainda que se adote a interpretação de que a vedação constitucional à “graça” abrange o indulto, essa previsão é ineficaz em razão de contrariar normas suprategais, e não podem subsistir as vedações da Lei nº 8.072 e dos decretos anuais de indulto.

Assim, no âmbito da ADI 5.343 proposta pelo PGR, visando a impugnar a admissibilidade do indulto humanitário em face de pessoas condenadas por delitos hediondos, o STF terá duas opções: sedimentar um pequeno avanço ou consolidar um imenso retrocesso no que tange à garantia de Direitos Humanos.

## 5. Referências

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. “O indulto e o decreto nº 4.495, de 4 de dezembro de 2002”. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 11, nº123 p. 06-07, fev., 2003.

FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal: limites, finalidades e propostas*. Rio de Janeiro: Liber Ars, 2017

FRANCO, Alberto Silva, LIRA, Rafael, FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora RT. 2011.

LEAL, João José. “A Lei nº 8.072/90 – LCH e a proibição do indulto humanitário”. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 12, n. 147, p. 11-12, fev., 2005.

MELLO, Celso A. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: TORRES, Ricardo Lobo. Teoria dos direitos fundamentais. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. “Um princípio para a execução penal: numerus clausus”. In: *Revista Liberdades*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014.

\_\_\_\_\_. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

## Notas

1. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Especialização em Prática Jurídica Penal pela Uerj. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro
2. Veja-se, por exemplo, o art. 1º, XII, do recente Decreto 8615/2015: – “Art. 1º – Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

XII – Condenadas:
  - a) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, desde que tais condições não sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução;
  - b) com paraplegia, tetraplegia ou cegueira, ainda que tais condições sejam anteriores à prática do delito e se comprovem por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, caso resultem em grave limitação de atividade e restrição de participação prevista na alínea “c”; ou
  - c) acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada.
3. As principais correntes doutrinárias acerca da hierarquia normativa dos tratados de Direitos Humanos são: força supraconstitucional (MELLO, Celso A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-33, em especial p. 25 (“Força constitucional”); PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 77. e RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014); força supralegal (posicionamento atual do STF, RE 466343); força legal (posição tradicional do STF, consolidado no clássico RE 80004).
4. “Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (nº 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, dispõe desta forma: ‘Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’. Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão ‘depositário infiel’, e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse

sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel". (RE 466343, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes)

5. Trata-se do Enunciado nº 25 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito".
6. Posição contrária sempre foi adotada na doutrina, a exemplo de Alberto Silva Franco, que entende que restrição dessa monta deveria ser expressamente prevista na Constituição, não cabendo na hipótese interpretação ampliativa. V. FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael, FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7ª ed. São Paulo. Editora RT. 2011, p. 290-292.
7. (ADI 2795 MC, Relator(a): Ministro MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 20/06/2003 PP-00056 EMENTA VOL-02115-22 PP-04558 JBC nº 49, 2004, p. 87-90). Concedida a cautelar em relação à exceção *infra, o mérito foi julgado prejudicado em razão do suposto esgotamento da produção de efeitos daquele decreto*. (Grifo nosso).
8. No art. 7º, § 2º do Decreto 4495/2002, havia a possibilidade de concessão de indulto em crimes hediondos, desde que os indivíduos tivessem sido condenados a uma pena inferior a quatro anos. In verbis:

Art. 7º Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam os:

I – condenados por crime hediondo, de tortura e terrorismo;

II – condenados por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins;

III – condenados que, embora solventes, tenham deixado de reparar o dano;

IV – condenados por crimes definidos no Código Penal Militar que correspondam às hipóteses previstas nos incisos I, II e III deste artigo; e

V – condenados por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

§ 1º As restrições deste artigo, do § 1º do art. 1º e do art. 3º deste Decreto não se aplicam às hipóteses previstas no inciso V do art. 1º.

§ 2º Aos condenados a pena privativa de liberdade aplicada não superior a quatro anos, não se aplicam as restrições deste artigo, cumpridas, todavia, as demais exigências (art. 1º, inciso I, e art. 3º, incisos I e II).

9. STJ: HC 291.275/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 14/08/2014 e HC 253.952/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 02/12/2013; TJRJ: HC 0032247-15.2012.8.19.0000 Rel. Desembargador VALMIR DE OLIVEIRA SILVA – Julgamento: 10/07/2012 – TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL.; TJRS: Agravo em Execução nº 70061180386, Primeira Câmara Criminal. Relator: Sylvio Baptista Neto. TJMG – Agravo em Execução Penal 1.0231.08.133732-2/001, Relator Desembargador Matheus

Chaves Jardim , 2<sup>a</sup> CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/11/2013, publicação da súmula em 02/12/2013.

10. Noticiada na Revista *Consultor Jurídico*:<<http://www.conjur.com.br/2015-jun-24/janot-stf-indulto-quem-comete-crime-hediondo>>. Acesso em: 06 nov. 2015. Na inicial, disponível no sítio consultado, o PGR insurge-se contra a expressão “deste artigo e”, contida no art. 9º, parágrafo único, do Decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014, que ressalva a possibilidade de concessão de indulto humanitário para os condenados por delitos hediondos. O ministro relator adotou o rito do art. 12 da Lei nº 9.868, no qual se julga de maneira célere, de forma definitiva, o mérito da ação. Após prestação de informações da Presidência e da Advocacia Geral da União, os autos encontram-se conclusos ao relator. Observe-se que, apesar da propositura da referida ADI, o Decreto nº 8.615/2015, também no art. 9º, parágrafo único, repetiu a mesma previsão, excepcionando a vedação na hipótese de indulto humanitário.
11. Como se sabe, além da vedação do indulto (art. 2º, I da Lei nº 8072), a execução da pena nos crimes hediondos também é especialmente gravosa em termos de progressão de regime (exige-se o cumprimento de 2/5 da pena para réus primários e 3/5 para reincidentes, cf. art. 2º, § 2º da mesma lei); e de livramento condicional (exige-se 2/3 de pena cumprida para primários, vedada liberdade condicional aos reincidentes específicos, na forma do art. 83, V do Código Penal).
12. MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris. 2005, p. 101.
13. FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal: limites, finalidades e propostas*. Rio de Janeiro: Liber Ars, 2017, 161-163.
14. HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01/09/2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.
15. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
16. Op. cit., p. 157.
17. Medida Cautelar na ADPF 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Noticiada em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>. Acesso em: 21 jan. 2016.
18. Torreggiani e outros v. Itália, Sulejmanovic v. Itália, Moisseiv v. Rússia, Vlassov v. Rússia, Babouchkine v. Rússia, István Gábor Govács v. Hungria, Belevitsky v. Rússia, Khudoyorov v. Rússia, Novoselov v. Rússia etc. Todos citados em ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.
19. No âmbito interamericano, apesar de alguns casos em que vislumbrou violações a Direitos Humanos no âmbito prisional, a exemplo das medidas cautelares envolvendo o Presídio Urso Branco, em Rondônia, e a Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não possui decisões no sentido da responsabilização estatal em decorrência unicamente da superpopulação carcerária. Por outro lado, não se pode olvidar os casos em que a Corte reconheceu o superencarceramento como um dos requisitos para múltiplas violações ao dispositivo da CADH que garante o direito à integridade pessoal (art. 5º), a exemplo dos casos Cantoral Benavides; Hilaire, Constatine y Benjamin; Caesar; Tibi; De la Cruz Flores, entre outros. Fonte: *ANÁLISIS DE*

*la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em materia de integridad personal y privación de libertad*”. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/tablas/26393.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.

20. Disponível em [http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo\\_4.htm#N\\_6\\_](http://www.cidh.org/countryrep/Brasesp97/capitulo_4.htm#N_6_). Acesso em: 21 jan. 2016.
21. Segundo dados do Depen/MJ de junho 2014, o Brasil possui 607.731 pessoas presas, para um total de 376.669 vagas, com um déficit total de 231.062 vagas. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2016.
22. <<http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=1836831>>. Acesso em: 19 jan. 2016.
23. <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-31/estado-quer-construir-presidio-privado-no-rio.html>>. Acesso em: 19 jan. 2016.
24. RODRIGUES, Anabela Miranda. Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48-49.
25. FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal*: limites, finalidades e propostas. Rio de Janeiro: Liber Ars, 2017, p. 88-94.
26. Princípio cuja aplicação é defendida no Brasil por Rodrigo Duque Estrada Roig. In: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Um princípio para a execução penal: numerus clausus*. Revista *Liberdades*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014. Segundo o autor, trata-se do “princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução”.
27. Segundo Rodrigo Roig, trata-se de modalidade de implementação do *numerus clausus* direto. Id. Ibid.
28. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*: teoria crítica. São Paulo. Saraiva. 2014, p.531-532.
29. (STJ, HC 179610/RJ, 6ª T., j. 07/02/2013; STJ, REsp 1187343/RS, 5ª T., j. 17/03/2013; STF, HC 96169/SP, 1ª T., 25/08/2009).
30. Art. 1º, VII – condenadas à pena privativa de liberdade não superior a oito anos, quando mulher, por crime cometido sem violência ou grave ameaça, que tenham filho ou filha menor de dezoito anos ou com doença crônica grave ou com deficiência que necessite de seus cuidados, até 25 de dezembro de 2015, e tenham cumprido um quinto da pena, se não reincidentes, ou um quarto, se reincidentes.
31. Veja-se o ofício assinado por 128 entidades em: [http://ajd.org.br/documentos\\_ver.php?idConteudo=195](http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=195). Acesso em: 21 jan. 2016. É certo que a eficácia real dessa inovadora previsão resta muito diminuída em razão da vedação à aplicação do indulto aos crimes hediondos ou equiparados. Segundo dados do Depen/MJ de junho 2014, mais de 68% das mulheres encarceradas têm sua prisão motivada por delitos de tráfico de entorpecentes.
32. Transcrição disponível no Informativo 794, período de 10 a 14 de agosto de 2015. Acórdão ainda não publicado. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo794.htm>>. Acesso em: 19 jan.2016.

33. O caos na execução penal no Rio de Janeiro voltou à tona em dezembro de 2015, com a notícia de que, após a não apreciação por prazos que chegavam a um ano de diversos requerimentos de direitos da execução pela Defensoria Pública. Esta instituição adotou como estratégia a impetração de cerca de 5000 *habeas corpus* em razão da mora jurisdicional, sendo os pedidos de liminar e mérito apenas pela apreciação imediata das petições originárias pelo juízo da VEP. Notícia disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-dez-11/defensoria-rj-impetra-mil-hcs-vara-execucoes-penais>. Acesso em: 20 jan.2016
34. Os decretos de indulto costumam trazer previsões específicas sobre o assunto. Cite-se o art. 11 do Decreto nº 8615/2015. O dispositivo determina que a autoridade que custodiar a pessoa condenada e os órgãos da execução devem encaminhar ao juízo competente a lista dos que satisfaçam os requisitos no decreto de indulto, prevendo-se ainda os prazos sucessivos de cinco dias, com prioridade sobre qualquer outro incidente no curso da execução penal.
35. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo. Saraiva. 2014, p. 83.



# O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação no Tribunal do Júri

Renata Tavares da Costa<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar o conceito de defesa eficaz desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação na Defesa Pública nos processos do Tribunal do Júri.

**RESUMEN:** El artículo pretende hacer un análisis del concepto de defensa eficaz desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los procesos de los Juicios por Jurados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Defesa eficaz. Tribunal do Júri.

*“Estou farto do lirismo comedido  
Do lirismo bem comportado  
Do lirismo funcionário público com livro de ponto expediente  
protocolo e manifestações de apreço ao sr. diretor.  
Estou farto do lirismo que pára e vai averiguar no dicionário  
o cunho vernáculo de um vocáculo.  
Abaixo os puristas”.*

*Poética*, Manuel Bandeira

## 1. Introdução

O trabalho do Defensor Público nas Varas Criminais é volumoso e árduo. E a tendência é piorar cada vez mais, tendo em vista a quebra da institucionalidade democrática que está prestes a se perpetuar, e que transforma o espaço público num espaço de negação do direito<sup>2</sup>. Em um lugar onde a lei pode considerar tudo como crime, todos serão criminosos. Resultado disso é elevar o Brasil à quarta maior população carcerária do mundo<sup>3</sup>. Na prática, o dia a dia do defensor traduz-se numa carga excessiva de processos, colocando em risco a qualidade do seu trabalho.

Por outro lado, o Defensor Público está submetido ao controle da qualidade do seu atuar – afinal, ainda vivemos numa República. Este controle pode ser realizado pela própria instituição, pelo destinatário do serviço, pela população em geral. Mas, também, pelos órgãos internacionais de direitos humanos.

Assim, a Corte Interamericana no caso Ruano Torre, na sentença de 2015, teve que estabelecer, pela primeira vez, os alcances da responsabilidade internacional do Estado, pela atuação da Defensoria Pública. O Tribunal, então, entendeu que a atuação dos Defensores Públicos que não solicitaram a nulidade do reconhecimento feito pela vítima, que já tinha visto os acusados por meios de comunicação, e não recorreram, caracterizaria negligência da Defesa. A responsabilidade do Estado foi gerada pelo fato de que é da Defensoria o cumprimento da obrigação prevista no art. 8º, 2º g, da CADH<sup>4</sup>.

Como bem afirmou a Corte, suas decisões não são feitas para estabelecer as responsabilidades individuais. Mas, com certeza, é uma forma de pressionar o Defensor Público. E aqui reza a hipótese do presente trabalho: o que seria uma defesa diligente/eficaz, que resguardasse os direitos dos imputados, numa obrigação que não é de fim senão meio?

Para responder a esta pergunta, a ideia é fixar no primeiro subcapítulo o conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana, para depois, já no terceiro subcapítulo, sugerir algumas atuações que se restringirão ao campo de trabalho e de pesquisa que é o Tribunal Popular.

## **2. O conceito de defesa eficaz da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Os direitos de defesa estão relacionados ao direito a ter uma defesa técnica e à sua atuação. Dessa noção de defesa técnica, nasce a ideia de defesa eficaz. Deste modo, deve ser entendido como resultado da evolução jurisprudencial da Corte Interamericana. Nela, ele se manifesta como uma cláusula aberta em constante construção. Até o presente momento, por um lado, o Tribunal analisou o comportamento dos profissionais no que tange à aplicação das garantias judiciais e, por outro, especificamente no Caso Ruano Torres, questões de como e quando devem ser nomeados os defensores. É bem verdade que o Sistema Interamericano optou por não fixar a forma exata de como os Estados deverão cumprir esta obrigação.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, as garantias judiciais estão previstas em vários artigos, mais especificamente no art. 8º, e conformam as normas do que se deve entender por devido processo legal<sup>5</sup>.

Diz a CADH:

Artigo 8º – Garantias judiciais 1. 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. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça<sup>6</sup>.

A jurisprudência da Corte tem como ponto de partida reconhecer a obrigação dos Estados de assegurar o advogado e caminha até Ruano Torres, quando, além de fazer uma análise da eficácia da defesa, analisa as condições pessoais e institucionais do advogado defensor proporcionado pelo Estado e sua atuação no caso concreto.

Nesses anos, o tribunal fixou os seguintes *standards* para os direitos de defesa naquilo que se relaciona com a pessoa do defensor: eles devem existir desde que uma pessoa é assinalada como possível autora do delito<sup>7</sup>, o fato de designar um advogado defensor somente para cumprir com um obrigação formal é o mesmo que não ter defesa técnica<sup>8</sup>; a pessoa designada deve ser profissional do direito e diferente da acusação<sup>9</sup>; considerando a autonomia e a independência funcional, o Estado só pode ser responsável em caso de “negligência inescusável” ou “falha manifesta”<sup>10</sup>.

O ponto inicial é a Opinião Consultiva nº 11/90, na qual a Corte e o próprio Sistema Interamericano abordam, pela primeira vez, a obrigação do Estado em assegurar

um Defensor<sup>11</sup>. A consulta foi feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e buscava a interpretação da Corte sobre o requisito de admissibilidade do esgotamento dos recursos internos, em cujos casos as vítimas não teriam condições econômicas para arcar com as custas processuais, mas também nos casos nos quais os advogados rechaçam a defesa, ao serem pressionados por vários fatores, tais como pressão popular, dos meios de comunicação etc.

O Tribunal, então, estabeleceu que o fato de uma pessoa ser indigente não significa estar livre da obrigação de esgotar os recursos internos – depende da lei das circunstâncias do caso. Mas, quando a situação econômica se constituir empecilho ao acesso a recursos por parte da vítima, está-se diante de uma discriminação por razões econômicas, o que viola o dever de garantia de não-discriminação, obrigação de todos os Estados:

Si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, *queda discriminada por motivo de su posición económica* y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley<sup>12</sup>. (Grifo nosso).

E segue estabelecendo que a proteção da lei constitui uma obrigação positiva do Estado de organizar o aparato governamental de maneira que sejam capazes de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos e que tal obrigação está estreitamente ligada com o art. 8º:

24. Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre *acusación[es] penal[es]* y procedimientos de *orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*. Aun cuando ordena que *toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías... por un juez o tribunal* en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en los casos de delitos, unas *garantías mínimas*. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas *garantías mínimas*. Al denominarlas *mínimas* la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal<sup>13</sup>.

Em 1999, a Corte reconhece a violação do art. 8.2 e, no caso Castillo Petruzzi, observa que as vítimas não puderam contar com um advogado desde o momento da detenção:

146. La Corte considera, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención *hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada (supra 141)*. 147. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d de la Convención. 148. Sin embargo, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del artículo 8.2.d de la Convención 94. 149. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.d de la Convención.

E que o dever do Estado segue nas instâncias recursais:

152.b. Igualmente, este Tribunal estima que existen pruebas suficientes para concluir que, en la práctica, *no se encuentra a la disposición de los inculpados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva*. Si bien de manera formal, se halla consagrado en el ordenamiento jurídico del Estado, el derecho a intentar una acción constitucional, en el caso de George Constantine, Wilson Prince, Mervyn Edmund, Martin Reid, Gangadeen Tahaloo, Noel Seepersad, Natasha De Leon, Phillip Chotalal, Wilberforce Bernard, Amir Mowlah y Mervyn Parris se impidió el empleo de este *recurso en cuanto el Estado no proporcionó a los inculpados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercitarlo efectivamente*, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquéllos. Con ello resultaron violados los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de ésta<sup>14</sup>.

Obrigaão que existe desde os primeiros momentos da detenção:

83. Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, *ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público* y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende,

*la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana<sup>15</sup>.*

Seguindo essa mesma linha, em 2006, o Tribunal decidiu que:

152. Se advierte que el señor López Álvarez *no tuvo oportunidad de rendir declaración indagatoria en la presencia de su abogado*, con quien tuvo comunicaciones algunos días después de su detención. En consecuencia, *no se le garantizó el derecho de contar con abogado defensor conforme al artículo 8.2.d de la Convención*<sup>16</sup>.

152. b. Igualmente, este Tribunal estima que existen pruebas suficientes para concluir que, en la práctica, no se encuentra a la disposición de los inculpados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva. Si bien de manera formal, se halla consagrado en el ordenamiento jurídico del Estado, el derecho a intentar una acción constitucional, en el caso de George Constantine, Wilson Prince, Mervyn Edmund, Martin Reid, Gangadeen Tahaloo, Noel Seepersad, Natasha De Leon, Phillip Chotalal, Wilberforce Bernard, Amir Mowlah y Mervyn Parris se impidió el empleo de este recurso en cuanto el Estado *no proporcionó a los inculpados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercitárselo efectivamente*, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquéllos. Con ello resultaron violados los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de ésta.

Assim segue a jurisprudência até o caso Ruano Torres, quando a Corte afirma que, de acordo com a cláusula do devido processo legal, as pessoas devem estar em devidas condições para defenderem-se adequadamente dos atos do Estado. Para tanto, esta cláusula implica no acesso à justiça não só formal, mas, especificamente, naquele que combate os fatores de desigualdade real, ao desenvolvimento de um juízo justo e a uma solução justa. Nesse contexto, o direito de defesa mostra-se como um componente central e bem como a obrigação de tratar o réu como um sujeito de direito<sup>17</sup>.

Nesse mesmo caso, reconhece a Corte o costume dos estados latino-americanos em adotar as defensorias públicas como políticas públicas de acesso à justiça. Ainda assim, afirma que ao nomear um defensor com somente o objetivo de cumprir uma formalidade legal equivaleria a não contar com uma defesa técnica.

Daí que esta Defesa Pública deve *atuar de maneira diligente para proteger as garantias processuais do acusado e evitar que seus direitos sejam lesionados, quebrando a relação de confiança*<sup>18</sup>.

Aqui reside o grande desafio dos defensores públicos: não deixar que os direitos e garantias judiciais dos acusados sejam violados. Ocorre que são muitas as vertentes que esses direitos podem apresentar. Daí que a ideia do próximo subcapítulo é apresentar algumas sugestões que possam ajudar a criar no futuro uma espécie de código de controle de qualidade.

### **3. Algumas sugestões para uma defesa diligente no Tribunal do Júri**

A ideia de estabelecer parâmetros para configurar a noção de defesa eficaz ou defesa diligente encontra na jurisprudência do Sistema Interamericano uma ferramenta importante. Por outro lado, é na atuação dos defensores públicos que se encontra a grande oportunidade do SIDH para expandir sua aplicação, especialmente num país que historicamente o rechaça.

Nessa conjuntura, a normativa interamericana pode servir no Tribunal do Júri em dois momentos diferentes: na parte processual e na material. No que tange à processual, os padrões internacionais são os mesmos aplicáveis em qualquer processo penal, tais como, prazo de prisão preventiva, direito de defesa, direito ao recurso etc. Na parte material, a proposta é compartilhar a casos concretos, a forma como estes padrões atuam na defesa dos imputados.

Na área processual, há dois momentos diferentes. Um pré-processual e outro processual. O “pré” envolve temas como a prisão cautelar, a comunicabilidade do imputado, os direitos de defesa. Na processual, temas como direito à prova, direito ao recurso e etc.

Sobre a *prisión cautelar*, especificamente no art. 7º da Convenção, cabe destacar o conceito de *plazo razonable*. No Caso Bayarri, a Corte decidiu que:

70. El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada *dentro de un plazo razonable* o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tratar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad. La tarea de este Tribunal es examinar si la prisión preventiva a que fue sometido Juan Carlos Bayarri

excedió los límites de lo razonable. 71. *En el presente caso las autoridades judiciales impusieron al señor Bayarri una medida cautelar de prisión preventiva, ordenada mediante resolución de 20 de diciembre de 1991[57] y confirmada en apelación el 20 de febrero de 1992[58].* Esta medida se prolongó hasta el 1 de junio de 2004 cuando *fue ordenada su libertad “al absolver[lo] libremente de culpa y de cargo”[59].* En total, el señor Bayarri permaneció aproximadamente 13 años en prisión preventiva[60] 74. La prisión preventiva no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar. El Tribunal ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad[65], la cual, para que sea compatible con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la *necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva.* No obstante lo anterior, aun cuando medien razones para mantener a una persona en prisión preventiva, el artículo 7.5 garantiza que aquella sea liberada si el período de la detención ha excedido el límite de lo razonable. En este caso, el Tribunal entiende que la Ley No. 24.390 establecía el límite temporal máximo de tres años luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado (supra párr. 72) [66]. Resulta claro que la detención del señor Bayarri no podía exceder dicho plazo. 75. La Corte considera que la duración de la prisión preventiva impuesta al señor Bayarri no sólo sobrepasó el límite máximo legal establecido, sino fue a todas luces excesiva. Este Tribunal no encuentra razonable que la presunta víctima haya permanecido 13 años privada de la libertad en espera de una decisión judicial definitiva en su caso, la cual finalmente lo absolió de los cargos imputados. 76. El Tribunal resalta que, además, el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino debe valorar periódicamente si las causas, necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen[67], y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón[68]. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe<sup>19</sup>. (Grifos nossos).

Em relação ao conceito de *prisão arbitrária*, a Corte firmou entendimento que algumas prisões, ainda que compatíveis com a lei, podem ser abusivas, caso algumas normas não observem a necessidade de controle judicial imediato, a comunicação com terceira pessoa, revisão e exame médico, padrões mínimos de condições de detenção. Assim foi com o Caso Bulacio:

129. *Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato*, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad. *[U]n individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado[87]*.

130. Por otra parte, *el detenido tiene también el derecho a notificar a una tercera persona* que está bajo custodia del Estado. Esta notificación se hará, por ejemplo, a un familiar, a un abogado y/o a su cónsul, según corresponda. *El derecho de establecer contacto con un familiar cobra especial importancia cuando se trate de detenciones de menores de edad*. En esta hipótesis la autoridad que practica la detención y la que se halla a cargo del lugar en el que se encuentra el menor, debe inmediatamente notificar a los familiares, o en su defecto, a sus representantes para que el menor pueda recibir oportunamente la asistencia de la persona notificada. En el caso de la notificación consular, la Corte ha señalado que el cónsul “podrá asistir al detenido en diversos actos de defensa, como el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión”[88]. *La notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculpado[89], pero en el caso de menores deben adoptarse, además, las providencias necesarias para que efectivamente se haga la notificación[90]. En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél[91], como acto inherente a su derecho de defensa.*

131. Los detenidos *deben contar con revisión y atención médica preferentemente a cargo de un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal*. Los resultados de cualquier examen médico que ordenen las autoridades – y que no debe ser practicado en presencia de las autoridades policiales – *deben ser entregados al juez, al detenido y a su abogado*, o bien, a éste y a quien ejerza la custodia o representación del menor conforme a la ley [92]. La Corte ha señalado que la atención médica deficiente de un detenido es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana [93].

132. *Los establecimientos de detención policial deben cumplir ciertos estándares mínimos*[94], que aseguren la observancia de los derechos y garantías establecidos en los párrafos anteriores. Como ha reconocido este Tribunal en casos anteriores, es preciso *que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones*[95]. Esto supone la inclusión, entre otros datos, de: *identificación de los detenidos, motivos de la detención, notificación a la autoridad competente, y a los representantes, custodios o defensores del menor, en su caso y las visitas que éstas hubieran hecho al detenido*, el día y hora de ingreso y de liberación, información al menor y a otras personas acerca de los derechos y garantías que asisten al detenido, indicación sobre rastros de golpes o enfermedad mental, traslados del detenido y horario de alimentación. Además el detenido debe consignar su firma y, en caso de negativa la explicación del motivo. El abogado defensor debe tener acceso a este expediente y, en general, a las actuaciones relacionadas con los cargos y la detención.

133. Walter David Bulacio tenía 17 años cuando fue detenido por la Policía Federal Argentina. La Corte estableció en su Opinión Consultiva OC-17 que “[e]n definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”[96]. En este sentido, la Corte señala *que este caso reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño*, cuyos derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción<sup>20</sup>. (Grifos nossos).

Um ponto importante aqui é o *controle judicial da prisão preventiva e do direito ao tempo adequado para preparar sua defesa*. Isto inclui um debate que temos agora no Rio de Janeiro sobre a questão da entrevista prévia com o preso. Antes do caso de Bangu<sup>21</sup>, os presos eram requisitados pelos juízes para entrevistarem-se com o Defensor. Depois, o TJRJ baixou uma resolução<sup>22</sup> na qual determina que a requisição seja limitada ao comparecimento às audiências. Desde então, começamos a debater o projeto de lei que institui a *Audiência de Custódia*<sup>23</sup>. Nela, o preso seria apresentado perante um juiz que iria fazer a controle preliminar da custódia e faria a entrevista com o Defensor que receberia instruções sobre como proceder a sua defesa.

78. Tal y como lo ha señalado en otros casos, este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que *la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal*. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El *simple conocimiento por parte de un juez de que una persona está detenida no satisface esa garantía*, ya que el detenido debe comparecer personalmente y rendir su declaración ante el juez o autoridad competente<sup>24</sup>.

Outro ponto crucial é a questão da *tortura*. Geralmente a atenção médica após a prisão é uma formalidade ridícula. Com facilidade verifica-se nos exames de corpo de delito, afirmação no sentido de que as lesões sofridas pelo preso são *causadas por uma queda*. Mesmo quando se via o rosto do indivíduo todo machucado. A versão do acusado nunca é levada em consideração pelos magistrados. A prova, nesse caso, *não é considerada ilícita, pois não há laudo que comprove a tortura*.

Nesses casos, geralmente é *importante questionar a suspeição do juiz*. O raciocínio é o seguinte: segundo a jurisprudência do SIDH, os Estados têm a obrigação de iniciar imediatamente uma investigação independente e imparcial quando são comunicados de crime de tortura. Quando, após o interrogatório, deixam de se movimentar, ou seja, deixam de, no caso brasileiro, oficiar ao Ministério Público, *escolheram a versão dos policiais, rechaçando a dos imputados, o que fere sua imparcialidade*. Assim sendo,

Na esteira do que decide a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana entende que a imparcialidade possui duas vertentes: uma subjetiva e outra objetiva. Se a primeira refere-se à relação que um juiz tem em relação ao caso concreto, a segunda refere-se à percepção razoável

de imparcialidade daquele que vai ser julgado, refletindo a *confiança que as cortes devem inspirar no público*, sobretudo nos acusados, numa sociedade democrática. Estes estándares internacionais foram estabelecidos no caso *Piersack c. Bélgica* onde o Tribunal Europeu estabeleceu que o teste subjetivo de imparcialidade consiste em descobrir a convicção pessoal de um juiz num caso concreto.

Na dificuldade de estabelecer o preconceito pessoal do juiz, é necessário analisar se a Corte é vista como um tribunal imparcial. E aqui, a Corte Europeia introduz a noção de aparência: a confiança que essa corte inspira numa sociedade democrática. Relação de confiança esta que restou abalada pelo comportamento da autoridade judicial que, diante de vários relatos de atos de tortura perpetrados pelos policiais que efetuam a prisões, deixou de dar início a uma investigação eficaz, violando uma norma básica de Direito Internacional que pode gerar futuramente a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro. Assim o é pois desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os tratos inumanos e cruéis são terminantemente proibidos, qualquer seja a situação. Proibição esta prevista também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como em todos os sistemas regionais de proteção (Europa, América e África). Pensando especificamente na América, observado que o Brasil se sujeitou à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, sendo assim, também deve observar sua jurisprudência, deveria o juiz, ao menos, iniciar uma investigação contra os atos relatados pelos réus no momento de sua prisão. Em sua jurisprudência, a Corte IDH, desde seu primeiro caso, *Velásquez Rodrígues*, este Tribunal decidiu que faz parte da obrigação de todos os estados, de iniciar uma investigação pronta e imparcial quando se tem notícia de crime de tortura. E a parcialidade será comprovada toda vez que o juiz deixar de iniciar uma investigação<sup>25</sup>. No caso em concreto, havendo notícia de que o imputado tenha sido torturado, deve a autoridade iniciar imediatamente uma investigação independente e imparcial sobre os fatos narrados, a fim de verificar se a prova foi obtida por meio ilícito, mas que irá influenciar no ânimo do acusado através de uma sensação de desconfiança sobre a atuação do juiz omisso. E assim sendo, viola o direito de ser julgado por um tribunal independente e imparcial, como mandam os tratados de direitos internacional dos quais o Brasil é signatário e nossa Carta Constitucional<sup>26</sup>.

O direito a ser julgado por um juiz imparcial também pode ser aplicado nos casos em que o mesmo juiz *concede a preventiva e julga o caso, faz algum julgamento de valor, expõe sua opinião na TV*.

No que se refere ao processo, uma abordagem interessante é aquela relacionada ao conceito de vulnerabilidade. A ideia aqui é adotar este conceito para relativizar os depoimentos dos policiais no tráfico de drogas. Mas no júri, muitas vezes, é essencial para entender o contexto no qual se desenrolam os enredos criminais.

Segundo LORENZETI, o reconhecimento da vulnerabilidade de determinadas pessoas, pertencentes a determinados grupos, *rompe com a lógica anterior do direito, estabelecida nos séculos XIX e XX*, baseada na liberdade e na auto-responsabilidade. Até então, o ser humano era considerado um sujeito capaz e determinado de acordo com sua própria consciência. O autor assevera que:

...esto implica una dogmática jurídica consiguiente que es la noción de capacidad plena, de discernimiento pleno y de ejercicio también pleno de la libertad. Con lo cual se supone que todos los sujetos jurídicos son iguales ante la ley de modo abstracto, no material sino como posición jurídica delante de la ley. Y entonces, son responsables de todos los actos, buenos y malos, que ellos adopten durante su vida cotidiana<sup>27</sup>.

Mas, o então Presidente da Suprema Corte Argentina afirma que a questão da igualdade, *não pode assentar sobre o pressuposto da liberdade e autodeterminação. Falar em igualdade é falar em proteção!* É reconhecer as diferenças de oportunidades de determinados grupos<sup>28</sup> que, por estarem fora do processo político e econômico, vivem numa situação de total discriminação e desprezo. Em suas próprias palavras:

Esta idea de auto-responsabilidad choca fundamentalmente con la noción de *vulnerabilidad que, por el contrario, se basa en otro valor que es la igualdad, no la libertad*, y que desarrolla otro principio que no es el de la auto-responsabilidad sino el de la protección, el principio protectorio de alguien que es vulnerable, que es más débil, que está en una posición de hiposuficiencia. Y como consecuencia de este principio se desarrollan tecnologías jurídicas diferentes, que son de naturaleza protectoria. Es decir, ir más allá de la voluntad expresada con discernimiento, intención y libertad. A veces corrigiéndola en beneficio del sujeto. Como vemos, estamos frente a dos corrientes de pensamiento, dos valores, dos principios y dos estelas diferentes de dogmática jurídica<sup>29</sup>.

O conteúdo da expressão pode ser extraído, principalmente, do documento conhecido como as “100 Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”<sup>30</sup>, ou “100 Regras de Brasília”. Documento preparado pelas cúpulas do Poder Judicial, para ser aplicado pelos membros deste poder<sup>31</sup>.

A Regra nº 3 assim o define:

Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, género, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, económicas, étnicas e/ou culturais, *encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.* (Grifo nosso).

No Tribunal do Júri, ele pode ser aplicado no momento da apelação para comparar o tratamento que o tribunal concede às apelações da defesa e do MP. Mas, também, para discutir vários casos no mérito, especialmente quando o imputado apresenta uma das condições de vulnerabilidade.

O conceito de vulnerabilidade remete ao *direito ao tratamento igualitário*, previsto tanto em nossa Constituição como em tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário<sup>32</sup>.

No Júri de Caxias, quando os jurados absolvem o acusado e o Ministério Público apela, na maioria dos casos, o recurso é provido para que seja realizado novo julgamento. Quando os jurados condenam, na grande maioria das vezes, o recurso é improvido sob a alegação de que, existindo duas versões, optando os jurados por uma, anular o júri seria violar a sua soberania.

Situação facilmente constatada em rápida pesquisa no site do TJRJ. Assim, acessando a parte da Jurisprudência do PGERJ, colocando as palavras “Tribunal” e “Júri”, durante o ano de 2013, irão aparecer 262 documentos. Tendo em vista a escassez do tempo, pesquisei os 40 primeiros documentos, o que corresponde a 15% dos processos. Entre *Habeas Corpus*, Recurso em Sentido Estrito e outros recursos, foram encontradas 16 apelações: 12 exclusivas da Defesa, duas exclusivas do MP e duas do MP e da Defesa.

Das apelações exclusivas da Defesa, uma não guardava qualquer relação com o Tribunal do Júri anteriormente citado, por tratar-se de pedido de nulidade processual ante o uso de algemas perante o juiz singular. Duas referiam-se a pedido de redução de pena. E o resto reclamava a anulação do julgamento por erro dos jurados ante a prova produzida nos autos.

Todas elas foram improvidas. Os argumentos eram os mesmos: *se a prova brindava duas versões e os jurados optaram por uma, não há que se falar em contrariedade à prova dos autos.*

Interessante notar, sob a ótica do direito ao tratamento igualitário, que, nestes casos, o tribunal faz uso de linguagem genérica sem adentrar na prova produzida nos autos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 0002388-08.2010.19.0037. Rel. Des. Ronaldo Assed Machado. APELAÇÃO CRIMINAL. O réu foi julgado pelo Tribunal do Júri e condenado a 16 anos de

reclusão em regime fechado, pela prática do delito previsto no Art. 121 § 2º, inc. I do Código Penal c/c Art. 1º da Lei nº 8.072/90. O Conselho de Sentença entendeu que a morte da vítima ocorreu por motivo fútil, vale dizer, por conta de dívida das vítimas com traficantes locais. O réu apela. Alega que tal julgamento é manifestamente contrário à prova dos autos. SEM RAZÃO. A materialidade do fato em questão está comprovada pelo auto de exame de local de homicídio e pelo auto de exame de corpo de delito. *Por sua vez, a autoria e a qualificadora do motivo fútil estão claras ante os depoimentos de testemunhas.* Existindo elementos sérios que fornecem sustentação à censura penal feita pelos jurados, não pode esta decisão ser considerada como arbitrária ou contrária aos elementos existentes nos autos. A censura penal final do *Tribunal Popular* deve ser preservada e confirmada por esta Corte. Ainda que haja mais de uma vertente de provas sobre os fatos em discussão, sendo plausível a aceitação pela maioria dos jurados deve ser respeitada e acatada, em atenção ao princípio da soberania das deliberações provenientes do *Tribunal do Júri*. Precedente jurisprudencial. Recurso CONHECIDO, mas NEGADO PROVIMENTO a ele.

E, quando adentram na prova produzida nos autos, é para afirmar veementemente que os jurados erraram:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DES. M. SANDRA KAYAT DIREITO – Julgamento: 15/10/2013 – PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL EMENTA: APELAÇÃO – TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS E LESÃO CORPORAL CULPOSA – ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, E ART. 129, § 6º, N/F ART. 73, SEGUNDA PARTE C/C ART. 69, TODOS DO CP – MATERIALIDADE E AUTORIA SEGURAMENTE DEMONSTRADAS – CONDENAÇÃO – TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA – DESCABIMENTO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – A APRECIAÇÃO DAS PROVAS É FEITA PELOS JURADOS COM BASE EM SUAS ÍNITIMAS CONVICÇÕES – SOBERANIA DOS VEREDITOS – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DAS VOTAÇÕES – ART. 5º, XXXVIII, –b– DA CF – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA NA PENA DO APELANTE MARLON, JÁ QUE NÃO COMPROVADA – CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES – INAPLICABILIDADE DO ART. 70, 1ª PARTE, POR SER PREJUDICIAL AO RECORRENTE MARLON – MODIFICAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA PARA FIXAR A PENA DEFINITIVA DE MARLON BATISTA ZIFRINO EM 14 ANOS E 04 MESES DE RECLUSÃO E

09 MESES DE DETENÇÃO, NA FORMA DO ART. 69 DO CP. No dia dos fatos, *as vítimas estavam em um bar, quando os apelantes entraram, efetuando vários disparos de arma de fogo contra Adriano*, que tentou fugir na direção de Laís, mas não logrou êxito, sendo atingido por vários projéteis, vindo a falecer no local. Laís sofreu lesões corporais. É cediço que em comunidades dominadas pelo tráfico de drogas existem brigas entre facções rivais pelo domínio de territórios, muitas vezes ocorrendo homicídios por vingança e para demonstração de força do grupo oponente, exatamente como se deu no caso dos autos. *Ficou claro, também, para os integrantes do Tribunal Popular, que os apelantes integram a organização criminosa, que domina o tráfico de drogas no local e que participaram da ofensiva contra a vítima Adriano e que também resultou em lesão corporal da vítima Laís*. O princípio constitucional do sigilo da votação faz com que a decisão dos jurados nasça de suas íntimas convicções. *Não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do júri que escolhe entre duas versões apresentadas em plenário sobre os crimes, desde que a tese eleita esteja amparada em provas constantes nos autos, o que se verifica no presente caso*. No que tange ao apelante Jerônimo, não há o queadir ou suprimir na aplicação de sua pena. Com razão a defesa de Marlon, quando pede a redução da pena imposta, por não ser o mesmo reincidente. Compulsando-se a FAC de Marlon, percebe-se que a condenação considerada pelo magistrado sentenciante é posterior ao delito em tela. Assim, imperioso o afastamento da reincidência, passando a considerar a referida condenação como maus antecedentes. Embora os crimes tenham sido praticados por Marlon, mediante uma só ação, afasto a incidência do art. 70, 1ª parte do CP, já que prejudicial ao recorrente, tornando a pena definitiva em 14 anos e 4 meses de reclusão e 9 meses de detenção, pelos crimes de homicídio qualificado e lesão corporal culposa em concurso material, na forma do art. 69 do CP. DESPROVIMENTO DO APELO DE JERONIMO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DE MARLON E, DE OFÍCIO, AFASTAR A INCIDÊNCIA DO ART. 70, 1ª PARTE DO CP DA DOSIMETRIA DA PENA DE MARLON, APLICANDO O CONCURSO MATERIAL, POR SER ESTE MAIS FAVORÁVEL.

Por outro lado, das 16 apelações pesquisadas, apenas duas foram exclusivas do MP. Uma provida e a outra não. Percebe-se que na apelação provida para anular a absolvição, há um relato específico sobre a prova produzida no processo:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO OITAVA CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008377-58.2011.8.19.0037  
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO. APELADO: JOSIMAR DE ABREU

INÁCIO RELATOR: DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO PELA TORPEZA, MEIO CRUEL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUE, POR MAIORIA, NÃO RECONHECEU A AUTORIA. RECURSO MINISTERIAL DESEJANDO A SUBMISSÃO DO APELADO A NOVO JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA, AO ARGUMENTO DE SER A DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. O recorrido foi pronunciado pela realização de um homicídio triplamente qualificado pela torpeza, meio cruel e por recurso que impossibilitou a defesa da vítima (surpresa). A decisão interlocutória mista admitiu a realização da conduta comportamental descrita no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV do Código Penal. Como resultado do julgamento, a Corte Popular expediu edital absolutorio. *O decisivo do Conselho não encontra eco na prova dos autos, quando há depoimentos contundentes na afirmação da autoria, como o da testemunha João Carlos, ouvido na sede policial e, posteriormente, em Juízo – ainda na primeira fase –, ratificando o que antes havia dito na Delegacia, no sentido de que, no dia dos fatos estava do lado de “Jorô”, alcunha do recorrido Josimar, vendendo drogas para este, quando a vítima Wagner chegou na boca de fumo tentando vender um aparelho celular. Ocorre que este teria sido objeto de subtração no próprio morro, o que é proibido, segundo as regras do tráfico. Apesar dos pedidos feitos pela vítima, o recorrido, escudado na tal “regra”, foi atrás de um barraco e pegou um pedaço de madeira, com o qual, de inopino, atingiu reiteradamente a vítima no corpo e na cabeça, causando-lhe as lesões que a conduziram ao óbito.* Corroborando a versão do menor, o depoimento da Conselheira Tutelar Lucia Helena, acionada quando da prisão de João Carlos, apreendido e levado à Delegacia por seu envolvimento com o tráfico de drogas. Disse a Conselheira que o menor teria falado espontaneamente e não estava sob efeito de drogas. É evidente que para se arrostar o veredito da Corte Popular, a decisão deve ser MANIFESTAMENTE contrária à prova dos autos, o que se pode afirmar com relação ao homicídio praticado contra a vítima Wagner. Havia substância jurídica e inegável poder de convencimento no caderno das provas, principalmente no relato de testemunha “icto oculi” do delito, tudo autorizando a realização de novo procedimento, assim é que deverá o recorrido ser submetido a novo julgamento. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, na forma do voto do Relator.

Inserção esta que não é encontrada em nenhuma das apelações da Defesa, o que reflete o tratamento discriminatório que os recursos da Defesa têm neste tribunal.

O SIDH revelou-se também útil para combater essa doutrina que esvazia a dimensão do HC. O motivo que justifica o não conhecimento do HC está mais à frente do julgado:

Cumpre salientar, de início, na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, *a necessidade de racionalização do habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetratura do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado pela inadequação do manejo do habeas corpus em substituição a recurso próprio. A propósito, confira-se o seguinte julgado: HC n. 105.802/MT, Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 20/11/2012. Saliente-se que inclusive o Ministro Dias Toffoli, vencido na sessão de 14/8/2012, passou a adotar o entendimento do Colegiado, conforme decisão tomada no HC n. 114.924/.

Opção esta que viola os arts. 25, 7º e 8º da *Convenção Americana*.

A uma pois o sistema recursal previsto para as decisões que abrem caminho às cortes superiores não cumpre com os requisitos *da simplicidade e da rapidez*. Raramente os recursos da Defensoria Pública na área penal são recebidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Os trâmites são capazes de levar anos.

Não se pode deixar de falar sobre aplicação das decisões da Corte Interamericana nos debates em plenário para os jurados. Trata-se de um campo fértil para *ajudar o Defensor Público a não violar direitos humanos*.

Em Duque de Caxias, grande maioria dos casos está relacionada com a violência de gênero. Uma possível tese é a questão da legítima defesa da honra. Hodieramente, este tipo de argumento é uma falácia e, ao defensor, está vedado seu uso. Para contrabalancear no Júri, pode-se lançar mão da noção de *violação estrutural*.

Ela é diferente da violação sistemática e massiva, pois as últimas são planejadas (como, por exemplo, a operação Condor). É resultado de um estado de coisas constitucionais, que afetam um determinado grupo social através de questões institucionais ou culturais. Caracteriza-se por práticas consentidas, nas quais a pessoa não tem a percepção do que constitui uma ação violadora de direitos humanos.

Conceito este que foi trabalhado pela Corte Interamericana no caso conhecido como “Campo Algodonero”, quando o tribunal entendeu que havia um contexto de *violación estructural*. Nesse julgamento, a Corte teve que analisar a responsabilidade do Estado por atos perpetrados por terceiros no que se refere ao assassinato de mulheres. Para tanto, afirmou o dever reforçado de garantia num contexto de *violación estructural de direitos humanos*:

231. Todo esto lleva a la Corte a concluir que las jóvenes González, Ramos y Herrera fueron víctimas de violencia contra la mujer según la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Por los mismos motivos, el Tribunal considera que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de *un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez*. (Grifos nossos).

Os homicídios seguiam um padrão comum. Por outro lado, a questão da discriminação de gênero fica clara também ante o comportamento das autoridades, resultante de complexas práticas culturais, e que consistia no trato discriminado por toda uma sociedade, sem que esta saiba o que realmente aconteceu. Temos aqui a questão da co-culpabilidade. Mas desenvolvida pela ótica dos direitos humanos e com *standards* internacionais<sup>33</sup>.

Outra discussão importante na temática da violência de gênero é quando a mulher, parte mais fraca da relação, é autora do crime de homicídio. Neste caso, o homicídio é a única forma que ela tem de se livrar do círculo de violência a que está submetida. Assim sendo, a defesa deve ser no sentido de que, num contexto de violência sistemática, ela deve ser absolvida, pois não havia outra possibilidade de se livrar.

Nesse caso, o discurso é no sentido de *reconhecer a violência de gênero como uma forma de tortura* e redimensionar os requisitos da legítima defesa, especialmente no que concerne à agressão imediata. Nos casos em que a mulher é vítima desse ciclo de violência, a agressão pode ser a qualquer momento. Neste mesmo sentido, o recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Sendo ela a parte mais fraca, nunca cometerá o crime com afronta direta<sup>34</sup>.

#### **4. Conclusão**

A incorporação da discussão sobre o direito internacional dos direitos humanos, mais especificamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, transformou-se, por um lado, numa ferramenta essencial de efetivação dos direitos e das garantias judiciais. Mas, por outro, em mais uma instância de controle da atuação no sentido de que o defensor em seu *mínus* não seja violador de direitos humanos, especialmente em alguns casos no Tribunal do Júri.

O caminho é árduo, mas fértil. Parafraseando Galeano, fazemos um HC e ele não dá em nada, fazemos 10 HCs e eles não dão em nada, fazemos mil HCs e eles não dão em nada. Então, para que serve o HC? Para ajudar a convencer!

## 5. Referências

ALEIXO, José Carlos Brandi. “O processo de independência do Brasil e suas relações com os países vizinhos”. Série Estudos e Ensaios. Ciências Sociais, Flacso Brasil. Jun. 2009. Disponível em <[http://www.flacso.org.br/pdf/serie\\_estudos\\_ensaios/Padre\\_Aleixo.pdf](http://www.flacso.org.br/pdf/serie_estudos_ensaios/Padre_Aleixo.pdf)>. Acesso em: 04 dez. 2014.

ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. “Defensoría pública: garantía de acceso a la justicia.* Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Resolução TJ/OE/RJ nº 45/2013. Dispõe sobre a apresentação de réus presos nas dependências do Poder Judiciário, a comunicação de atos processuais, e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ação Penal nº 0019869-27.2013.8.19.0021. Ministério Público vol. M. e outros.

COSTA, Renata Tavares. Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri. XII Congresso Nacional de Defensores Públicos. 04-07 nov. 2015: Paraná) Livro de teses e práticas exitosas: Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade. Disponível em <[https://www.anadep.org.br/wtksite/XII\\_CONADEP\\_P\\_GINA\\_DUPLA.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/XII_CONADEP_P_GINA_DUPLA.pdf)> Acesso em: 21 ago. 2016.

Criança e PM morrem num tiroteio em Bangu, no Rio. UOL Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/31/crianca-morre-durante-tiroteio-no-forum-de-bangu-no-rio.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2014

CUNHA, José Ricardo (Org). *Direitos humanos, poder judicial e sociedade*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011.

FISS, Owen. Grupos y la cláusula de la igual protección. GARGARELLA, Roberto (comp.), “Derecho y grupos desventajados”, Gedisa, Barcelona, 1999, version original: “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy and Public affairs*, vol. 5, 1976, p. 107.

GARCIA, Luis M. El derecho del imputado a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana. *Nueva doctrina penal*, p. 465.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 209

LIMA, Fernando Antônio de. "Lei da Anistia e Caso Araguaia: condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos exige outra postura do STF". Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-2---volume-43/lei-da-anistia-e-caso-araguaia-condenacao-brasileira-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-exige-outra-postura-do-stf>>, Acesso em: 09 dez. 2014.

LIMA, George. "Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais". Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais#ixzz3KvWOprvg>> Acesso em: 04 dez. 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, vol. 1, 2010.

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. "Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal". Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul. Agosto 2004, p. 169

LORENZETTI, Ricardo. Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008. Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014, p. 62

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Calderon c. Ecuador. Caso Velásquez Rodriguez v Honduras. Caso Velásquez Rodriguez v Honduras. Caso Ruano Torres v El Salvador. Caso J. v Peru. Caso Arengueles v. Argentina. Caso Velez Loor v. Panamá. Caso Cabrera Garcia y Montiel Flores v. Mexico. Caso Barreto Leiva v. Venezuela.

COSTA, Renata Tavares da; PACHECO, Rodrigo Baptista. Tráfico de Drogas e Defensoria Pública: um estudo à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: BURGER Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patricia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (organizadores). *Defensoria Pública: reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. Brasília, Anadep,

2015. Disponível em <[https://www.anadep.org.br/wtksite/AF\\_E-book\\_Metagarantia.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf)>. Acesso em: 21 de ago. 2016.

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para regulación de Derechos Humanos. (Org.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*.

SÁNCHEZ, Luciana; SALINAS, Raúl. Defenderse del femicidio. In: CHINKIN, Christine et al. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. 1<sup>a</sup> ed. Buenos Aires:Defensoría General de la Nación, 2012. Disponível em <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/007%20Violencia%20de%20Genero.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

UE. Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso Piersack v. Belgica.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Dimensión política de un poder judicial democrático. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/09/51zaffaroni.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014

ZAFFARONI, E. R. et al. *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002, p. 127

## Notas

1. Mestranda em Direito Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; pós-graduação em Actualidades y Tendencias de los Sistemas Penales pela Universidade de Buenos Aires; pós-graduação em 100 Reglas de Brasília y Sistema Interamericano de Derechos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade do Chile; especialização em Direitos Humanos pelo Programa de Estudos Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional de los Derechos Humanos do Washington College of Law – American University; Defensora Pública titular do Tribunal do Júri da Comarca de Duque de Caxias.
2. Cf. Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. de Iraci Poletti. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.
3. DPGE. “Já somos a 4<sup>a</sup> população carcerária do mundo”, Disponível em <https://www.facebook.com/defensoriapublicadoriodejaneiro/photos/a.705539306228375.1073741828.705466469568992/1026224364159866/?type=3&theater>. Acesso em: 22 ago. 2016.
4. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres. §§ 157 e seguintes.
5. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres. § 152.
6. OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos.
7. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Arengués y Otros. §§ 175 e seguintes.

8. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Idem* § 176 e 177.
9. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Barreto Leiva. §§ 62 e seguintes.
10. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores. § 156.
11. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva* n° OC-11/90: *Excepciones Al Agotamiento de los Recursos Internos* (Art. 46.1, 46.2.A y 46.2. da Convención Americana sobre Derechos Humanos) *Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.
12. *Idem*, § 22.
13. *Idem*, § 24.
14. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín.
15. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suárez Rosero, § 83.
16. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez, § 142.
17. OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ruano Torres, § 151.
18. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Ruano Torres, § 157.
19. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Bayarri c. Argentina.
20. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Walter Bulacio c. Argentina.
21. O caso de Bangu refere-se a uma tentativa frustrada de resgate de um preso na carceragem do fórum regional de Bangu quando, após uma troca de tiro, uma criança foi alvejada e morta. “Criança e PM morrem num tiroteio em Bangu, no Rio”. UOL Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/10/31/crianca-morre-durante-tiroteio-no-forum-de-bangu-no-rio.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2014.
22. BRASIL. TJRJ. RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ N° 45/2013 Dispõe sobre a apresentação de réus presos nas dependências do Poder Judiciário, a comunicação de atos processuais, e dá outras providências.
23. No Brasil, a melhor definição da audiência de custódia é fornecida por LOPES JR e PAIVA: “consiste, basicamente, no direito de (todo) cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião, (i) se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão”. LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio. “Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo a evolução civilizatória do processo penal”. *Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul*. Agosto 2004, p. 169.
24. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Calderon c. Ecuador § 78.
25. OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodrígues v Honduras.
26. COSTA, Renata Tavares da; PACHECO, Rodrigo Baptista. Tráfico de Drogas e Defensoria Pública: um estudo à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: BURGER Adriana Fagundes; KETTERMANN, Patricia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (organizadores). *Defensoria Pública: reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. Brasília, Anadep, 2015. Disponível em <[https://www.anadep.org.br/wtksite/AF\\_E-book\\_Metagarantia.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/AF_E-book_Metagarantia.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2016.
27. LORENZETTI, Ricardo. *Acceso a la justicia de los sectores vulnerables. Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Conferencia pronunciada en ocasión del acto de clausura de las Jornadas Patagónicas Preparatorias del III Congreso de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), realizadas en El Calafate, 12, 13 y 14 de marzo de 2008.

Disponível em <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014, p. 62.

28. Importante abordagem sobre o conceito de grupos é desenvolvida por Owen Fiss em “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 137-167, version original: “Groups and the equal protection clause”. In: *Philosophy and public affairs*, v. 5, 1976, p. 107.
29. Ricardo Lorenzetti, Idem, p. 62.
30. A Cúpula Iberoamericana dos Poderes Judiciais, reunidas em Brasília em 2008, aprovaram as “100 Regras de Acesso à Justiça de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”, mais conhecidas como as “100 Regras de Brasília”. Discute-se muito o valor normativo dessas regras, mas o entendimento majoritário é que se foi um documento feito pelo Poder Judiciário para o Poder Judiciário, resta aí sua forma vinculante. É que “en el ámbito normativo internacional es perfectamente posible que un instrumento que no tenga las características propias de un tratado, pueda llegar a tener fuerza vinculante en la medida que se den ciertas condiciones de contexto”. Minuta sobre a força normativa das “100 Regras de Brasília”, texto estudado no curso “100 Regras de Brasília e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, Faculdade de Direito, Universidade do Chile.
31. Sobre a força normativa do documento, v. ANDREU-GUZMÁN, Federico e COURTIS, Christian. “Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, *Defensoría Pública: garantía de acceso a la justicia*. Disponível em: <<http://www.mpd.gov.ar/uploads/Libro%20Defensa%20Publica.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2014.
32. Veja-se por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto International de Direitos Civis e Políticos.
33. Costa, Renata Tavares. “Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri”. Congresso Nacional de Defensores Públicos (12.: 04-07 nov. 2015: Paraná) Livro de teses e práticas exitosas: “Defensoria como metagarantia: transformando promessas constitucionais em efetividade.” Disponível em <[https://www.anadep.org.br/wtksite/XII\\_CONADEP\\_P\\_GINA\\_DUPLA.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/XII_CONADEP_P_GINA_DUPLA.pdf)> Acesso em: 21 ago. 2016.
34. Sánchez, Luciana ; Salinas, Raúl. “Defenderse del femicidio”. In: CHINKIN, Christine el al. *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* 1<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación; Defensoría General de la Nación, 2012. Disponível em <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/007%20Violencia%20de%20Genero.pdf> Acesso em: 21 ago. 2016.

# **Direito das pessoas em condição de vulnerabilidade**



# **Mulher em situação de violência doméstica: refletindo sobre a construção de sua subjetividade**

## **Mujer en situación de violencia doméstica: reflexionando sobre la construcción de su subjetividad**

Aline Daniele Hoepers<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem como finalidade apresentar discussões e reflexões acerca da construção social das subjetividades de mulheres em situação de violência doméstica. Em um primeiro momento, são apresentadas explanações teórico-reflexivas sobre a violência doméstica contra a mulher, a construção social das subjetividades das mulheres inseridas em relações permeadas por violência, e a perspectiva de atuação da Defensoria Pública voltada para a promoção de direitos humanos. Na sequência, são discutidas as práticas psicosociais de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher que vêm sendo desenvolvidas na sede de Cianorte da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Através de metodologia de atuação, desenvolvida por meio de atendimentos individuais e encontros grupais, pôde-se realizar a análise psicológica das subjetividades dessas mulheres. Conclui-se que um trabalho junto às subjetividades dos sujeitos envolvidos em situação de violência doméstica abrirá espaços de construções de outras possibilidades de ser homem e ser mulher.

**RESUMEN:** Este artículo tiene como objetivo presentar discusiones y reflexiones sobre la construcción social de las subjetividades de mujeres en situaciones de violencia doméstica. En un primer momento, se presentan las explicaciones teóricas y reflexivas sobre la violencia doméstica contra las mujeres, la construcción social de las subjetividades de las mujeres insertadas en las relaciones permeadas por la violencia, y la perspectiva de actuación de la Defensoría Pública dirigida para la promoción de los derechos humanos. Se discuten siguiendo las prácticas psicosociales de enfrentamiento a la violencia doméstica contra las mujeres que se han desarrollado en la sede de Cianorte de la Defensoría Pública do Estado do Paraná. A través de la metodología de actuación, desarrollada por medio de consultas individuales y reuniones de grupos, fue posible llevar a cabo el análisis psicológico de las subjetividades de estas mujeres. Llega a la conclusión de que un trabajo con las subjetividades de las personas implicadas en

situaciones de violencia doméstica abrirá espacios de construcción de otras posibilidades de ser hombre y ser mujer.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mulher. Violência doméstica. Subjetividade.

**PALABRAS CLAVE:** Mujer. Violencia Doméstica. Subjetividad.

## 1. Introdução

O presente artigo tem como finalidade apresentar discussões e reflexões acerca da construção social das subjetividades de mulheres em situação de violência doméstica. Para tanto, num contexto atravessado por expressões de violências, a subjetividade dessas mulheres será compreendida, na perspectiva de González Rey (2004, p. 137), como um conceito que envolve os complexos processos de organização psíquicos integrados na produção de sentidos subjetivos, ou seja, “a subjetividade se produz sobre sistemas simbólicos e emoções que expressam de forma diferenciada o encontro de histórias singulares de instâncias sociais e sujeitos individuais, com contextos sociais e culturais multidimensionais”.

É nessa perspectiva que, primeiramente, serão apresentadas explanações teórico-reflexivas sobre a violência doméstica contra a mulher, a construção social das subjetividades das mulheres inseridas em relações permeadas por violência, e a perspectiva de atuação da Defensoria Pública voltada para a promoção de direitos humanos. Em seguida, serão discutidas as práticas psicosociais de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher que vêm sendo desenvolvidas na sede de Cianorte da Defensoria Pública do Estado do Paraná, buscando se acercar de uma análise que promova a reflexão da construção social das subjetividades das mulheres atendidas no Serviço de Acompanhamento a Mulheres em Situação de Violência Doméstica.

## 2. Violência doméstica contra a mulher

A violência, por ser um fenômeno humano, não pode ser analisada fora do âmbito histórico-cultural em que se expressa. Percebe-se que as regras e normas de conduta mudam do ponto de vista cultural e histórico, dependendo do grupo que está sendo analisado. Nessa perspectiva, atos considerados violentos para uma cultura podem não ser considerados violentos para outras.

Independentemente das especificidades, pode-se considerar que violência é um fenômeno que se faz presente na história da humanidade, variando suas formas e intensidades de se explicitar. De acordo com Peres (2001, p. 14), as representações e as manifestações acerca da violência “modificam-se com as transformações sociais e históricas por qual passam nossa sociedade, bem como o modo pelo qual essa sociedade se relaciona com a violência”.

Neste contexto, segundo Fiorelli e Mangini (2015) a violência ocorre quando outras formas de resolução de conflitos poderiam ser empregadas, mas se observa o investimento destrutivo entre seres da mesma espécie, excedendo aquilo que é aceitável social ou legalmente, sem respeito à integridade física e psíquica do outro. Por isso, consideram que a violência está relacionada à força combativa que ultrapassa a proteção dos interesses vitais. No entanto, como toda ação humana é complexa, os autores ressaltam a necessidade de analisar o comportamento violento vinculado ao contexto em que ele está inserido. Sendo assim, a análise das ações humanas deve considerar a visão de quem as pratica, os estímulos internos e externos que as motivam e, de modo mais amplo, o contexto em que ocorrem.

Para além das nuances e especificidades de cada contexto e momento histórico, a violência agrega sempre uma manifestação de poder. “E o poder, ao que tudo indica, é um instrumento de dominação” (ARENDT, 1994, p. 33). Sendo assim, pensar tais pressupostos no âmbito da violência doméstica, em específico, nos permite considerar que, além de ter a especificidade de ocorrer no âmbito familiar,

a violência doméstica está ligada, frequentemente, tanto ao uso da força física, psicológica ou intelectual, no sentido de obrigar outra pessoa a fazer algo que não quer. Ou seja, impedir que ela manifeste sua vontade, tolhendo sua liberdade (DIAS, 2007, p. 32).

A violência doméstica é conceituada, então, como sendo a violência praticada através de atos opressivos no âmbito doméstico. Se analisarmos tal violência doméstica direcionada a mulher, especificamente, será possível perceber que esta violência que atravessa relações conjugais ou afetivas, em geral, conforme Hirigoyen (2006), não possuem a opressão em primeiro plano, pois ocorre um processo de alternância entre momentos de agressão com contextos de calmaria, reconciliação e recompensas. Por tudo isso, comprehende-se que, de acordo com Narvaz e Koller (2006), a violência contra a mulher apresenta graves consequências não só ao desenvolvimento integral da mulher, como também incide no comprometimento de seus direitos.

Entende-se, portanto, a violência doméstica contra a mulher, segundo a Lei Maria da Penha, como

qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram

aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (BRASIL, 2012, p.18).

### **3. A construção social da subjetividade**

Esta seção visa discutir acerca da subjetividade da mulher como construções, num determinado contexto e sociedade, atravessadas por estratégias de saber e de poder. A vida, o cotidiano, as sociedades estão organizados dentro de uma lógica sob a qual existem homens e mulheres. Porém, essas diferenças não são produtos da natureza, mas sim do discurso. As noções de sexo e gênero não são, então, um desdobramento natural, mas quando assim são tomados, produz-se uma noção de naturalização, que diz dos homens e das mulheres dentro de certas normas, dentro de um código de legitimidade.

Assim sendo, Sabadell (2005, p. 234), apresenta o seguinte questionamento acerca do modo naturalizado de se conceber as diferenças entre os homens e as mulheres restritas aos aspectos biológicos: “Será que essas diferenças não são também resultado da forma de socialização (e de controle social) e não mudam em função do período histórico?”.

É acerca disso que este artigo se propõe a discorrer. Refletir sobre a construção social de comportamentos e papéis socialmente aceitos como inerentes ao homem e à mulher, permitirá que nos acerquemos de discussões sobre de que modo tais padrões contribuem para a ocorrência da violência doméstica contra a mulher.

Butler (2003) destaca que a crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver. Em vez disso, ela investiga as apostas políticas, designando como origem e causa as categorias de identidade que, na verdade, são efeitos de instituições, práticas e discursos, cujos pontos de origens são múltiplos e difusos, em um contexto de falocentrismo e de heterossexualidade compulsória.

Segundo Butler (2003), nosso modo de compreender o mundo é generificado, visto que sempre precisamos classificar as pessoas em feminino ou masculino. Trata-se de uma matriz heterossexual que produz a noção de homem e mulher, e esses só existem porque existe heterossexualidade, isto é, a matriz é o desejo heterossexual. O que tomamos como características femininas e masculinas são, portanto, construções sociais. A matriz é heterossexual e, por isso, sentimos que precisamos de um sistema binário.

Frente a isso, torna-se imprescindível refletir sobre quais os possíveis atravessamos – discursos, saberes, poderes –, que perpassam a matriz heterossexual que produz a noção de homem e mulher e, por conseguinte, as características femininas e masculinas,

enquanto construções sociais, que têm favorecido: certos modos de ser homem e de ser mulher como prescrições compulsórias; construção de relações hierarquicamente estruturadas entre homens e mulheres; e disseminação de pressupostos machistas não só por homens, mas também por mulheres. Todos esses elementos, agrupados ou não, estabelecem campo favorável para manifestações de violência doméstica contra a mulher, na medida em que coadunam com a expressão da violência de gênero. Podemos pensar, aqui, em certos comportamentos femininos e masculinos que são ensinados, reforçados e naturalizados, isto é, construídos dentro de uma certa matriz de inteligibilidade, como, por exemplo: a mulher como ser frágil e passiva; e o homem como dominador e ativo. Tais prerrogativas contribuem sobremaneira para as expressões da violência doméstica contra a mulher.

Para Butler (2003), o efeito substantivo do gênero é performaticamente produzido e imposto pelas práticas reguladoras da coerência do gênero. Não há uma identidade de gênero por trás das expressões do gênero, visto que essa identidade é performativamente construída, pelas próprias expressões, tidas como seus resultados. O próprio agente é construído no e através do ato. Inclusive, por meio da linguagem, fazemos, instituímos, desejamos um mundo que é masculino e feminino, isto é, a linguagem funda, faz a divisão sexual acontecer, e não apenas representa a realidade.

Quanto a isso, é necessário refletir acerca dos efeitos da linguagem sobre a construção do masculino e do feminino, e sobre a regulação intensa dos modos de ser homem e de ser mulher. Tais elementos estariam, então, relacionados com expressões da violência doméstica contra a mulher? Na medida em que a linguagem não só descreve, mas produz algo, isto é, funda os gêneros e institui os comportamentos esperados e possíveis para homens e mulheres, comprehende-se que é, justamente, nesse campo, que podemos encontrar elementos relacionados à expressão da violência contra a mulher.

Guaraldo (2007) explana que, segundo Butler, há uma série de discursos estratégicos que produzem corpos de acordo com certos regimes de verdade. Esses corpos estão, desde o início, “aprisionados” em uma rede de significados e valores que contribuem para formar o contorno físico do próprio corpo. O gênero é parte dessa estrutura, quando não a matriz de todas as estruturas. A relationalidade original que forma nosso corpo e nosso eu está marcada, desde o início, por um discurso colocado para nós por outros. Este outro aparece diante de mim e faz exigências sobre mim, estruturando meu ser desde o começo. Assim, “a vulnerabilidade é o centro do eu relacional, o eu que não se consegue considerar totalmente: ser exposto aos outros, *ser essa exposição*, é o que qualifica o humano como tal” (GUARALDO, 2007, p. 673). Concebe-se, pois, o “eu” enquanto o efeito de um cenário interlocutório, em que o outro exige dele, e esse outro interlocutório é que dá forma a sua subjetividade.

Ponderando-se acerca das mulheres que vivem violência no âmbito doméstico, enquanto seres relacionais, expostas ao outro, faz-se necessário refletir: quais discursos têm

incidido na construção de seu eu, de sua subjetividade, de seus afetos? Nesses contextos, essas mulheres, em geral, passam a ter fragilidades, sofrimentos e/ou vulnerabilidades, em face das violências vividas. Porém, elas não se circunscrevem a apenas tais elementos, não se restringem ao papel de vítimas estanques, na medida em que se inscrevem também como potência, capacidade de agência e de resistência. São seres complexos e multifacetados e, portanto, tudo isso constitui suas possibilidades de existência.

Além do mais, tendo em vista que nos relacionamentos permeadas por violência doméstica têm-se uma relação hierarquicamente desigual, marcada e formada não apenas por diferenças sexuais materiais, como se costuma afirmar, mas também e principalmente por práticas discursivas que constroem corpos a partir de determinadas finalidades, pode-se presumir que as práticas discursivas, os saberes e os poderes que atravessam a relação empreendem tentativas de colocar essa mulher à margem, à sombra.

Para Butler (2000), a diferença sexual é frequentemente evocada como uma questão referente a diferenças materiais. Entretanto, a diferença sexual não é nunca, simplesmente, uma função de diferenças materiais que não sejam, de alguma forma, simultaneamente marcadas e formadas por práticas discursivas. Não se pode, de forma alguma, conceber o gênero como um constructo cultural que é simplesmente imposto sobre a superfície da matéria – quer se entenda essa como o “corpo”, quer como um suposto “sexo”. Se a materialidade do sexo é demarcada no discurso, então essa demarcação produzirá um domínio do “sexo” excluído e deslegitimado. A autora pontua ser importante pensar sobre como e para que finalidade os corpos são construídos, como e para que finalidade os corpos não são construídos, e, além disso, perguntar, depois, como os corpos que fracassam em se materializar fornecem o “exterior”, quando não o apoio necessário para os corpos que, ao materializarem a norma, qualificam-se como corpos que pesam.

Em consonância a isso, Butler (2000) explana, também, que a matriz excluente pela qual os sujeitos são formados exige a produção simultânea de um domínio de seres abjetos, aqueles que ainda não são “sujeitos”, mas que formam o exterior constitutivo relativamente ao domínio do sujeito. Dentre as possibilidades da condição humana, algumas experiências estão fora do legitimado, isto é, são abjetos, não estão em discurso, e é isso que os daria existência. Elas são à sombra da ontologia, visto que essa parte do sujeito não existe, habita a sombra. Ao ser indagada sobre a noção de corpo abjeto, Butler explana: “O abjeto para mim [...] relaciona-se a todo tipo de corpos cujas vidas não são consideradas ‘vidas’ e cuja materialidade é entendida como ‘não importante’” (PRINS; MEIJER, 2002, p. 161).

Conjetura-se, então, que: os elementos da vida de mulheres em situação de violência doméstica que sinalizam a sua despersonalização em decorrência da violência vivida; e/ou quando não há o reconhecimento de sua existência como vida, ficando essa silenciada e à sombra; e/ou quando ela é tomada de modo objetificado ou como

vítima estanque da violência, não sendo reconhecida como sujeito multidimensionado, pode-se considerar que existe um movimento significativo para torná-las corpos abjetos. Porém, em contraponto a isso, existem outras possibilidades frente às investidas que buscam torná-las corpos abjetos, que podem sabotar tais tentativas. Essas possibilidades podem ser construídas por meio de estratégias individuais e/ou coletivas dessas mulheres, as quais denotam sua capacidade de empoderarem-se, resistirem e transformarem sua realidade.

Além do mais, pode-se pensar tais investidas em torná-las corpos abjetos, num campo mais amplo, para além do âmbito relacional: quando tais violações dos direitos das mulheres não são trazidas em discussão, seja pela sociedade, pela mídia ou por qualquer outro meio, deixando-a silenciada e ensejando sua naturalização. Compreende-se, portanto, que existem códigos de legitimidade que ainda invisibilizam tal violência, colocando-a à sombra.

#### **4. Promoção de direitos humanos: pensando em possibilidades de atuação interdisciplinar na Defensoria Pública**

Compreende-se que a Defensoria Pública tem como função primordial a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos sujeitos. Conforme Constituição Federal: “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (BRASIL, art. 134, 1988, p. 93). Além disso, segundo a Lei Complementar nº 132/2009, cabe a essa instituição: “a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (BRASIL, art. 1º, 2009, p. 1).

Madeira e Amorim (2014) destacam que o papel da Defensoria Pública não está adstrito apenas à interposição de demandas judiciais, ressaltando o uso de instrumentos alternativos de resolução de conflitos e da educação dos direitos, com elementos importantes, nesse âmbito, para se evitar o ajuizamento dessas demandas. Acrescentam que a difusão dos direitos e a conscientização dos cidadãos acarretarão na formação de um núcleo de direitos que estruture a concepção de justiça e de sociedade bem ordenada. Exploram que

a atuação da Defensoria Pública no que concerne à educação de direitos apresenta-se relevante não apenas no aspecto de difusão de direitos às pessoas menos esclarecidas ou desfavorecidas financeiramente, mas sobretudo como instrumento de libertação e transformação social (MADEIRA; AMORIM, 2014, p. 14).

Em consonância a isso, Reis (2011) explana que a Defensoria Pública só poderá crescer e realizar um efetivo e diferençado acesso à justiça se mantiver o espírito de participação social. Nesse sentido, enfatiza que essa instituição possui o dever de contribuir para que a população saiba de seus direitos e, mais que isso, para que saiba lutar pelos direitos. Para tanto “a Defensoria Pública deve contribuir para que a população aprenda a se defender *com* ela, e não apenas que seja defendida *por* ela” (p. 18).

Tendo em vista essa perspectiva da Defensoria Pública, e considerando que, conforme Almeida (2012, p. 72), “as demandas da população que busca pelos serviços da Defensoria apresentam uma realidade complexa com diversas arestas que não cabem no corpo jurídico pré-definido”, torna-se imprescindível a interdisciplinaridade no âmbito desta instituição. Diversas disciplinas são, portanto, necessárias frente às demandas multifacetadas inerentes a essa instituição.

Deste modo, entendemos que o trabalho psicossocial não substitui o do Direito, mas se soma a ele para uma ação mais eficaz e prolongada no tempo. A atuação interdisciplinar ganha em qualidade ao ampliar o raio de cada atuação isolada. Porém não é fácil e dá mais trabalho. Devemos olhar para além dos resultados imediatos para medir seu valor (ALMEIDA, 2012, p. 78).

Tendo como prerrogativa uma *práxis* que visa à promoção de direitos humanos, por meio de ações que tenham como perspectiva a educação em direitos, no âmbito da Defensoria Pública, que vem se efetivando as práticas interdisciplinares rumo ao enfrentamento à violência doméstica vivida por mulheres.

## **5. Construindo estratégias de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher: um olhar para sua subjetividade**

Considerando os elementos teórico-reflexivos apresentados neste artigo quanto à violência doméstica e a construção social da subjetividade, como também os aportes teóricos apresentados que concebem a Defensoria Pública como uma instituição que tem como prerrogativa a promoção de direitos humanos, na presente seção buscar-se-á ilustrar as práticas psicossociais de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, como também apresentar considerações sobre a construção das subjetividades desses sujeitos em contextos de violência.

O Serviço de Acompanhamento a Mulheres em Situação de Violência Doméstica vem sendo desenvolvido, desde abril de 2015, na sede de Cianorte da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Conta com intervenções individuais e grupais, isto é, as participantes participam de atendimentos psicológicos, sociais, psicossociais e/ou de orientações jurídicas, como também frequentam o Grupo de Mulheres, que se

refere a um espaço coletivo destinado às mulheres que já passaram ou estão passando por situação de violência doméstica. As intervenções têm como finalidade orientá-las, apoiá-las e acompanhá-las, com vistas à defesa e à promoção de seus direitos, assim como à minimização do sofrimento e vulnerabilidades vividos, e à potencialização destes sujeitos. Desta feita, comprehende-se ainda que essas mulheres estejam enfrentando condições ainda desfavoráveis, “elas podem construir, individual e coletivamente, estratégias de ruptura face às condições de dominação” (MORGADO, 2013, p. 275).

Através dos atendimentos individuais busca-se conhecer, junto a cada mulher em situação de violência doméstica, primeiramente, seu histórico de violência e suas demandas mais emergentes. A partir desses dados, torna-se possível realizar uma articulação com a rede de serviços do município com vistas a seu atendimento integral, o que é feito através de encaminhamentos e discussões de casos. Além disso, a partir da acolhida, cada mulher é convidada a participar dos encontros grupais. A partir daí, as mulheres frequentam, concomitantemente, tanto as reuniões coletivas, como também retornam aos atendimentos individuais a fim de trabalhar demandas mais específicas quanto à violência doméstica.

Em relação aos encontros grupais, cada reunião conta com temática específica, que é trabalhada por profissionais da Defensoria Pública ou de outras instituições, convidados eventualmente, por meio de palestras, discussões temáticas, dinâmicas de grupo, apresentação de material audiovisual e técnicas de sensibilização. As temáticas abordadas buscam trabalhar desde os aspectos mais gerais, como os direitos das mulheres, até elementos mais específicos, como a autoestima da mulher em situação da violência doméstica.

Esse espaço grupal, paralelamente aos atendimentos individuais, torna possível a (re)estruturação de importantes aspectos subjetivos direcionados ao fortalecimento e empoderamento das mulheres. Lane (1994) explicita que toda análise com o intuito de conhecer um indivíduo, inevitavelmente deve-se reportar ao grupo a que ele faz parte. Compreende-se a importância disso porque, segundo Zimerman (1999, p. 51), “o ser humano é gregário, e ele só existe, ou subsiste, em função de seus inter-relacionamentos grupais”.

Através dessa metodologia de atuação, desenvolvida por meio de atendimentos individuais e encontros grupais, pôde-se realizar a análise psicológica das subjetividades dessas mulheres. Compreende-se a subjetividade como, segundo Gonzalez Rey (2005, p. 19), “um sistema complexo capaz de expressar através dos sentidos subjetivos a diversidade de aspectos objetivos da vida social que concorrem em sua formação”. Concebe-se, portanto, a historicidade e o caráter dialético da subjetividade em relação à objetividade.

Os aspectos subjetivos das mulheres em situação de violência doméstica analisados revelaram que as referidas desenvolvem uma autopercepção não apenas como

vítimas, mas também e, principalmente, como sujeitos passíveis de empoderamento, de superação da situação de sofrimento vivido, e de (re)construção de outras possibilidades. Além disso, percebeu-se que enquanto nos primeiros atendimentos apresentam elementos subjetivos que denotam baixa autoestima e percepção diminuída de si, ao longo do acompanhamento vão desenvolvendo outras estratégias de olharem para si mesmas, para os próprios afetos, para as próprias relações. Ainda, na experiência coletiva, explicitaram manifestações constantes de acolhimento do sofrimento das outras participantes, demonstrando abertura para relações e comunicações que reconheçam o outro tal como ele é. Conjetura-se, portanto, que as subjetividades dessas mulheres são atravessadas pelos sofrimentos vividos nas relações que as acometem com violência, mas também se constituem de significativo potencial criativo de enfrentamentos da realidade vivida.

## 6. Reflexões finais

Numa perspectiva que apresente algumas possibilidades, torna-se oportuno considerar que, conforme Parker (2000), a desigualdade de gênero e a opressão sexual não são fatos imutáveis da natureza, mas sim artefatos da história. Isso nos permite refletir que as estruturas da desigualdade, ainda tão expressamente presentes em nosso atual contexto histórico-social, podem, de fato, ser transformadas através de ações intencionais e políticas.

Desta feita, em nosso atual contexto, tendo em vista que as construções sociais de homens e mulheres – atravessadas por práticas discursivas de saberes e poderes – abrem um campo propício para as expressões da violência doméstica contra a mulher, concebe-se que um trabalho junto às subjetividades dos sujeitos envolvidos abrirá espaços (físicos e simbólicos) de construções de outras possibilidades de ser homem e ser mulher.

## 7. Referências

ALMEIDA, M. M. “O torto e o direito: desafios do trabalho interdisciplinar na defensoria pública”. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 5, nº 1, 2012.

ARENDT, H. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Casa Civil, 2008.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 132/2009. Brasília: Casa Civil, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei Maria da Penha: Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília: Casa Civil, 2012.

BUTLER, J. "Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do sexo". In: LOURO, G. L. (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FORELLI, J. O.; MANGINI, R. C. R. Estudo da violência. In: FIORELLI, J. O.; MANGINI, R. C. R. *Psicologia Jurídica*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONZALEZ REY, F. L. *O social na psicologia e a psicologia social: a emergência do sujeito*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

\_\_\_\_\_. *Pesquisa qualitativa e subjetividade: os processos de construção da informação*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

GUARALDO, O. "Pensadoras de peso: o pensamento de Judith Butler e Adriana Cavarero". *Estudos Feministas*, vol.15, n. 3, set/dez 2007.

HIRIGOYEN, M. *A violência no casal: da coação psicológica à agressão física*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

LANE, S. T. M. *Psicologia social: o homem em movimento*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MADEIRA, D. L. H.; AMORIM, R. F. Educação em direitos: a pedagogia do oprimido e a atuação da Defensoria Pública como instrumentos de fortalecimento da cidadania. In: RODRIGUES, H. W.; SANCHES, S. H. F. N.; AGUIAR, A. K. V. *Direito, educação, ensino, e metodologia jurídicos*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MORGADO, R. "Mulheres em situação de violência doméstica: limites e possibilidades de enfrentamento". In: GONÇALVES, H. S.; BRANDÃO, E. P. *Psicologia Jurídica no Brasil*. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2011.

NARVAZ, M. G.; KOLLER, S. H. "Mulheres vítimas de violência doméstica: compreendendo Subjetividades assujeitada". In: *Revista Psico*, vol. 37, nº 1, 2006, p. 7-13.

PARKER, R. Cultura, economia política e construção social da sexualidade. In: LOURO, G. L. (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PERES, E. L. Concepções e práticas dos conselheiros tutelares acerca da violência doméstica contra crianças e adolescentes: um estudo sobre o caso de Curitiba. 2001. 164 f. Dissertação de Mestrado (Psicologia), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

PRINS, B.; MEIJER, I. C. Como os corpos se tornam matéria: entrevista com Judith Butler. *Estudos Feministas*, 2002.

REIS, G. A. S. Educação em direitos e Defensoria Pública: reflexões a partir da Lei Complementar nº 132/09. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, ano 4, n<sup>o</sup> 2, jul./dez. 2011.

SABADELL, A. L. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do Direito. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZIMERMAN, D. E. *Fundamentos básicos das grupoterapias*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

## Notas

1. Graduada em Psicologia pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Especialista em Proteção Social pela Universidade Estadual do Paraná (Unespar). Mestranda em Psicologia pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Atua como psicóloga na Defensoria Pública do Estado do Paraná – Cianorte e possui percurso de atuação profissional nas áreas de psicologia social, clínica, jurídica e saúde pública.

# **A Lei nº 13.146/15 – Estatuto da Pessoa com Deficiência – e o direito fundamental à acessibilidade<sup>1</sup>**

## **Law nº 13.146/15 – Statute of the Person with Disability – and the fundamental right to accessibility**

Gustavo Luiz de Sousa Bezerra<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa o novo panorama a respeito das pessoas com deficiência e o direito fundamental à acessibilidade, positivado na legislação brasileira por meio da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, e as mudanças referentes à aplicação do princípio da acessibilidade trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146/15). Para o desenvolvimento do tema, a pesquisa destaca as novas fundamentações legislativas e jurisprudenciais que tratam da tutela do direito fundamental à acessibilidade, além de sua conceituação e sua garantia de aplicação em meio aos demais direitos humanos. Por fim, serão analisados os efeitos e consequências das mudanças trazidas pelo novo Estatuto.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the new outlook regarding people with disabilities and the fundamental right to accessibility, positived in Brazilian legislation through the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and the changes regarding the application of the principle of accessibility brought by the Statute of the Person with Disabilities (Law n. 13.146/15). For the development of the topic, the research highlights the new legislative and jurisprudential foundations that deal with the protection of the fundamental right to accessibility, as well as its conceptualization and its guarantee of application in the midst of other human rights. Finally, the effects and consequences of the changes brought by the new Statute will also be analyzed.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acessibilidade. Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Convenção da ONU.

**KEYWORDS:** Accessibility. Disability. Statute of the Person with Disability. UN Convention.

### **1. Introdução**

O princípio da acessibilidade como instrumento de proteção dos direitos humanos é de precípua importância para a distinção existente entre os direitos das pessoas com

e sem deficiência. O pleno gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais, fomentados pela garantia da acessibilidade, é de especial relevância para a efetivação da igualdade de oportunidades e legítima participação das pessoas com deficiência. Construída de valor ético indissociável, a acessibilidade confere um novo olhar para uma reestruturação dos espaços e ações sociais, conduzindo sua incorporação a todos os aspectos da vida da pessoa com deficiência, incluindo a vida em sociedade.

Com o advento da Lei nº13.146, de 06 de julho de 2015, autodenominada “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, a concretização dos deveres genéricos trazidos pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil, possibilitou a criação de um novo aspecto dos tratamentos que se referem aos meios de inclusão das pessoas com deficiência, para o cumprimento efetivo das atualizadas visões de integração abrangidas pela Convenção.

O presente trabalho, de caráter qualitativo e de análise documental, tem como objeto de estudo o novo desenho normativo trazido por essa nova lei e sua consequente relação com o direito fundamental à acessibilidade, já regido por dispositivos anteriores à promulgação e entrada em vigor da Lei nº13.146/15.

## **2. O direito fundamental à acessibilidade**

O termo *acessibilidade* deriva de *acesso*. A Convenção determina, como princípio e regra, que sejam eliminadas *barreiras* devidamente designadas, direcionando à formação de novos espaços livres de obstáculos para o pleno desfrute e exercício dos direitos das pessoas com deficiência, o que qualifica o direito fundamental em questão. O conceito de acessibilidade apresenta-se no texto do Decreto Federal nº 5.296 de 2004:

Nesse decreto, o termo acessibilidade é definido como *a ausência de barreiras arquitetônicas, de comunicação e de atitude*. Essas barreiras podem estar nas ruas, nas *praças*, nos logradouros públicos em geral, nas escolas e nos sistemas educacionais, nos clubes desportivos, sociais e afins, nas edificações de todos os tipos, nos transportes coletivos em todas as suas modalidades, nas instituições bancárias, na telefonia, em sítios de internet, nos mais diferentes sistemas de comunicação e em quaisquer ambientes. Tais barreiras impedem a utilização, com autonomia e segurança, de bens e serviços, por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2004).

A Lei nº 13.146/15 também conceitua *acessibilidade* como o “direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social” (BRASIL, 2015), e também em seu art. 3º, inciso I:

Art. 3º. Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I – *acessibilidade*: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2015).

Segundo entendimento de Sassaki<sup>3</sup>, a acessibilidade é dotada de seis diferentes dimensões: a dimensão *arquitetônica*, pela qual devem ser eliminadas as barreiras ambientais físicas em quaisquer espaços, sejam eles meios de transporte coletivo ou individual, residências e edifícios, equipamentos; a *dimensão comunicacional*, referente às barreiras existentes na comunicação entre pessoas com deficiência de maneira escrita, face-a-face ou virtual; a dimensão *metodológica*, que requer que não existam barreiras nos métodos de ensino, trabalho, educação e ações comunitárias; a dimensão *instrumental*, que visa extinguir as barreiras em instrumentos, ferramentas e utensílios de estudo, trabalho, lazer e recreação; dimensão *programática*, que impõe a cessação das barreiras em políticas públicas, leis, normas e regulamentos; e, por fim, a dimensão *atitudinal*, que é referente às próprias atitudes humanas, as quais envolvem o sistema de estigmas, discriminação e estereótipos que devem ser superados. Tais barreiras mostram-se presentes no inciso IV do artigo 3º da Lei nº13.146/15:

IV – barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em:

- a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;
- b) barreiras arquitetônicas: as existentes nos edifícios públicos e privados;
- c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;
- d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;
- e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

f) barreiras tecnológicas: as que dificultam ou impedem o acesso da pessoa com deficiência às tecnologias;

Também está atrelado ao conceito de acessibilidade o chamado *desenho universal*, que determina que na concessão de quaisquer produtos, ambientes, programas e serviços, deve ser realizado prévio planejamento de forma a permitirem a sua utilização por todas as pessoas; e a *adaptação razoável*, que é definida pela Convenção como “as modificações e os ajustes necessários e adequados (...) a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”.

### **3. Normatização da acessibilidade no Brasil**

O direito à acessibilidade encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de maneira pontual nos arts. 227, § 2º<sup>4</sup>, e 244<sup>5</sup>, que estabelecem a edição de leis que garantam o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência a transportes de uso coletivo e logradouros e edifícios de uso público, caracterizando sua nítida função prestacional. Essa nota elementar do direito à acessibilidade o enquadra como direito fundamental de segunda geração, pertencente ao grupamento de direitos sociais que determinam a intervenção estatal para a promoção de condutas que suscitam a redução do estado de vulnerabilidade daqueles indivíduos em situação de desvantagem, a exemplo das pessoas portadoras de alguma deficiência.

No campo das leis infraconstitucionais, não tardou muito para que o legislador começasse a observar os mandamentos da Lei Maior para estabelecer normas gerais que assegurassem o direitos individuais e sociais às pessoas com deficiência. É o caso da Lei nº 10.048 de 8 de novembro de 2000, que assegurou a aplicabilidade plena ao princípio da acessibilidade através da instituição do atendimento prioritário às pessoas com deficiência e critérios básicos para a promoção de seus direitos, e da lei nº 10.098 de 19 de dezembro 2000, que estabelece normas gerais para promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, nas edificações públicas ou privadas, no espaço público, logradouros e seu mobiliário, nas comunicações e sinalização, entre outros. Ambas as previsões também foram reforçadas com o Decreto nº 5.296, no ano de 2004.

A Constituição Federal foi complementada pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência a partir de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, sendo o primeiro tratado internacional sobre direitos humanos a ser aprovado pelo Congresso Nacional<sup>6</sup>, garantindo o *status* de emenda constitucional conforme as regras estabelecidas no art. 5º, § 3º, da Constituição<sup>7</sup>. Em 25 de agosto de 2009, teve sua vigência iniciada.

Em seu art. 9º, a Convenção dispõe que cada país tenha seus padrões de acessibilidade de maneira exigível, cabendo ao Estado a tarefa de desenvolvimento, promulgação e monitoramento da implementação de normas e diretrizes:

1. A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver com autonomia e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes deverão tomar as medidas apropriadas para assegurar-lhes o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ou propiciados ao público, tanto na zona urbana como na rural. Estas medidas, que deverão incluir a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, deverão ser aplicadas, entre outras, a:
  - a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, moradia, instalações médicas e local de trabalho; e
  - b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência;

2. Os Estados Partes também tomarão medidas apropriadas para:

- a) *Desenvolver, promulgar e monitorar a implementação de normas e diretrizes mínimas para a acessibilidade das instalações e dos serviços abertos ao público ou de uso público; (...)*

Além destes dispositivos normativos, existe uma larga produção legislativa referente à proteção da pessoa com deficiência, tanto na esfera federal, quanto na esfera estadual, já que a competência para legislar sobre a proteção e integração social das pessoas com deficiência é concorrente entre União, Estados e DF (art. 24, XIV da CF/88)<sup>8</sup>.

#### **4. As mudanças trazidas pela Lei nº 13.146/15 em relação à acessibilidade**

O novo Estatuto da Pessoa com Deficiência foi editado com base na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida na legislação brasileira por meio do Decreto nº 6.949/2009, e trouxe alterações em diversas normas nacionais, tais como o Código Civil, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o Código de Defesa do Consumidor. Trata-se do primeiro Projeto de Lei da Câmara dos Deputados traduzido/interpretado para Libras (Língua Brasileira de Sinais), sendo aprovado por unanimidade em ambas as Casas Legislativas e atendendo aos valores universais de dignidade da pessoa humana, bem como dispositivos da Magna Carta de 1988.

Dentre as mais significativas mudanças trazidas pela Lei nº 13.146/15 no âmbito arquitetônico da acessibilidade, enumeram-se: a adaptação dos locais de votação aos diversos tipos de deficiência; percentual de 3% das casas fabricadas com recursos de programas habitacionais do governo que deverão ser acessíveis a pessoas com deficiência; a acessibilidade de, pelo menos, 10% das vagas de hotéis; a garantia de acessibilidade, pelo poder público, às pessoas com deficiência em obras em espaços públicos, durante e após os serviços; a reserva de 2% das vagas em estacionamentos para pessoas com deficiência; a obrigação imputada aos teatros, cinemas, auditórios e estádios de reservar espaços e assentos adaptados; e a quota de 10% das frotas de táxi adaptados para o acesso das pessoas com deficiência.

O Estatuto também trouxe novos elementos para exigir com maior rigor a acessibilidade, principalmente em conjunto com o Poder Público, no que tange as relações para efetuação de financiamentos, contratos e licitações. Outra inovação importante nessa área é a possibilidade de qualquer omissão ou ação que resulte na não concretização da garantia de acessibilidade às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida ser considerada ato de improbidade administrativa que, dessa forma, atenta contra os princípios da administração pública, que será apenada com penalidade na área administrativa, cível e penal<sup>9</sup>.

Na área trabalhista, a reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social deve atender às regras de acessibilidade previstas na legislação, as quais devem ser comprovadas para potencializar o efetivo cumprimento da reserva de cotas pelas empresas. A referida lei aponta, ainda, que empresas que mantêm em seu quadro de funcionários vagas para pessoas com deficiência devem dar a devida atenção à prioridade na contratação com o Poder Público em processos licitatórios.

Em relação à educação, o Estatuto prescreve que esta é absoluto direito da pessoa com deficiência, garantido através de um “sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem”<sup>10</sup>.

As diretrizes a serem observadas para atendimento tanto pelo ensino público quanto pelo privado estão listadas nos arts. 27 a 30 do Estatuto: o aprimoramento dos sistemas educacionais, garantindo condições de acesso, permanência, participação e aprendizagens por meio da oferta de serviços e recursos de acessibilidade para plena inclusão; institucionalização do atendimento educacional especializado; oferta de educação bilíngue, em Libras, aos alunos surdos; atuação e participação dos estudantes com deficiência e suas famílias em todas as instâncias de atuação da atividade escolar, entre outros<sup>11</sup>.

## 5. Conclusão

É inegável que a Lei nº13.146/15 inova ao garantir a plena participação da pessoa com deficiência na sociedade, garantindo a aplicação do direito fundamental à acessibilidade em suas dimensões. A partir de sua leitura, percebe-se a clara intenção do legislador em levar assistência e amparo a todas as espécies de deficiência através de normas fundamentadas pelo princípio da acessibilidade.

Todavia, a consistência de uma política de direitos humanos direcionada às pessoas com deficiência só pode ser alcançada de forma satisfatória mediante o constante acompanhamento crítico de sua implementação junto à sociedade, através de seus conselhos e entidades representativas. Desta maneira, os problemas de percurso podem ser identificados e, com isso, poderão ser tratados adequadamente. Não basta, é claro, a adoção formal de uma nova política de inclusão, é também necessário implementá-la de forma consistente.

Por fim, é de suma importância salientar que várias das inovações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência foram pensadas em portadores de deficiências física ou mental leve, o que é louvável. Não obstante, aos transtornos aparentemente mais graves não foi dada sua devida relevância, uma vez que a dignidade das referidas pessoas deveria ser protegida de modo especial, como vulneráveis que são.

Nesse sentido, apesar de todo o arcabouço legislativo que lhe dá conteúdo, o direito à acessibilidade ainda não atingiu a aplicação prática minimamente satisfatória que deve ser observada tanto pelos órgãos públicos quanto pelos particulares envolvidos com atividades que servem a uma infinidade de pessoas.

## 6. Referências

ARAUJO, L. A. D.; MACIEIRA, W. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPDC (Lei nº13.146, de 06.07.2015): algumas novidades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 962, 2015 p. 65-80.

BRASIL. Lei nº 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](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 829. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

LOPES, L. V. C. F. “Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU”. In: GURGEL, Maria Aparecida; MACIEIRA, Waldir; RIBEIRO, Lauro. (Orgs.). *Deficiência no*

*Brasil* – uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. 1ª Ed. Florianópolis, SC: Editora Obra Jurídica, vol. 1, 2007, p. 41-65.

PESSOA, C. L. C. O direito fundamental à acessibilidade: análise de decisão judicial que assegura sua aplicação. Revista *Espaço Jurídico*, 2012.

PIOVESAN, Flávia. “Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a reforma do Poder Judiciário”. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PRATES, V. P. T. “Acessibilidade como fator de equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência na escola: análise de garantias legais em países da América Latina”. São Paulo: USP, 2008. Dissertação de Mestrado (Educação).

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e confrontações com o novo CPC. Segunda parte. 2015. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com.br/2015/08/coluna-migalhas-alteracoes-do-codigo.html>>. Acesso em: 6 dez. 2016.

## Notas

1. Artigo vencedor do I Prêmio Fabiano Carvalho Oliveira, promovido pela Coordenação de Estágio e Residência Jurídica da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, que teve seus resultados divulgados em junho de 2017.
2. Aluno de graduação em Direito, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Estagiário do Ministério Público Federal (MPF). Foi estagiário de pesquisa da Defensoria Pública-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Foi pesquisador do Núcleo de Teoria dos Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Foi Bolsista de Iniciação Científica Júnior – Fapes, do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo.
3. SASSAKI, Romeu. “Conceito de acessibilidade”. Disponível em [www.escoladegente.org.br](http://www.escoladegente.org.br). Acesso em: 03 dez. 2016.
4. Art. 227, § 2º – A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.
5. Art. 244 – A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.
6. As normas de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos somente passariam a ter nível constitucional se aprovadas pelo Congresso Nacional, de acordo com o mesmo quórum exigido para as emendas constitucionais. Por exemplo: RE 466343 / SP,

julgado em 03/12/2008, Relator Ministro Cezar Peluso; RE 349703 / RS, julgado em 03/12/2008, Relator Ministro Carlos Britto.

7. Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).
8. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; (...).
9. ARAUJO, L. A. D.; MACIEIRA, W. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPDC (Lei nº13.146, de 06/07/2015)*: algumas novidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 962, 2015, p. 65-80.
10. Art. 27, Lei nº 13.146/15.
11. Sobre o assunto, destaca-se a ADI nº 5.357, ajuizada pelo Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), junto ao STF, visando à inconstitucionalidade do § 1º do Art. 28 da Lei nº 13.146/15. Em sua petição inicial, foi alegado que as escolas particulares não podem ser obrigadas a receber estudantes com deficiência, entendendo que esse é um dever do Estado (não de proprietários de escolas particulares). O Ministro Relator Edson Fachin já decidiu, liminarmente, por manter a constitucionalidade do Art. 28. (STF. Plenário. Julgado em 09/06/2016, informativo 829) Por conseguinte, as escolas privadas devem estar preparadas para atender às exigências legais dispostas no mesmo. A Confenen agravou da decisão.



# A suspensão e a perda do poder familiar: dobra punitiva do Estado

## Suspension and loss of family power: punitive doubling of the State

Mariana Gomes dos Santos<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a ventilar os contornos atuais do exercício do poder familiar e sua relação com a desassistência das famílias naturais pelo Poder Pú- blico, ressaltando a vedação legal à punição da pobreza e a preferência pelo fortaleci- mento dos vínculos familiares como regra, sendo a colocação da criança ou adolescente em família substituta exceção, por força de lei. Demonstra-se que, enquanto o Poder Pú- blico não adotar medidas protetivas mais efetivas para garantir a socioproteção dos indi-viduos excluídos socialmente, a suspensão e a perda do poder familiar podem vir a ser usadas como instrumento sancionatório, na medida em que punem os pais bioló- gicos pelo não cumprimento de deveres sociais estipulados em lei, quando estes tiveram seus direitos fundamentais negados desde o início da vida em razão da desigualdade no acesso às oportunidades.

**ABSTRACT:** This article proposes to argue the current contours of the family power and its relation to the lack of assistance of natural families by the Government, highlighting the legal prohibition of poverty punishment and the preference for strengthen- ing family ties as a rule, and the placement of child or adolescent in a substitute family the exception, by law. It is demonstrated that if the Government do not adopt more effective protective measures to ensure social protection of excluded individuals socially, the suspension and loss of familiar power may come to be used as a punitive instrument, as the biological parents are penalized by failure to comply with social obligations stipulated by law, when actually their fundamental rights were denied from the beginning of their lives due to unequal access to opportunities.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder familiar. Suspensão. Perda. Direito fundamental à convi- vência familiar. Punição da pobreza.

**KEYWORDS:** Family power. Suspension. Loss. Family life as a fundamental right. Po- verty punishment.

*"Todo dia é dia, toda hora é hora  
Neném não demora pra se levantar  
Mãe lavando roupa, pai já foi embora  
E o caçula chora pra se acostumar  
Com a vida lá de fora do barraco  
Hai que endurecer um coração tão fraco  
Para vencer o medo do trovão  
Sua vida aponta a contramão*

*Tudo é tão normal, todo tal e qual  
Neném não tem hora para ir se deitar  
Mãe passando roupa do pai de agora  
De um outro caçula que ainda vai chegar  
É mais uma boca dentro do barraco  
Mais um quilo de farinha do mesmo saco  
Para alimentar um novo João Ninguém  
E a cidade cresce junto com neném"*

*Tá relampiano, cadê neném?  
Tá vendendo drops no sinal prá alguém  
Tá relampiano, cadê neném?  
Tá vendendo drops no sinal prá alguém  
Tá vendendo drops no sinal...*

*Relampiano,  
Lenine*

## 1. Introdução

Há reflexos da exclusão social na suspensão e na perda do poder familiar, ao passo que tais medidas são aplicadas em sua maioria esmagadora aos pais biológicos de famílias carentes financeiramente, famílias inseridas em um contexto de abandono por parte do Estado e que reproduzem o histórico de exclusão ao qual estão habituadas. Grande parte dessas demandas é em face dessas famílias que não recebem do Poder Público a assistência devida, sendo cobradas a agir dentro dos padrões socialmente estabelecidos quando, na realidade, sequer fazem parte da estruturação social.

O princípio da prevalência da família obriga o Poder Público a fornecer o suporte adequado aos carentes de recursos materiais para que possam conviver com seus filhos, pois a lei veda a punição da pobreza no sentido de proibir a decretação da suspensão e da perda do poder familiar em razão de falta ou ausência de recursos financeiros.

É sabido que o Estado tem legitimidade para intervir nas relações familiares no intuito de resguardar os interesses das crianças e dos adolescentes, posto que o poder familiar como é concebido atualmente não é absoluto. No entanto, até que ponto a suspensão e a perda desse poder são aplicadas aos pais biológicos como medidas de proteção aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e não como um instrumento que perpetua a exclusão social dos menos favorecidos economicamente?

Este trabalho tentará responder a esta indagação empregando um método que parte do estudo de casos, em confronto com a doutrina e os dispositivos legais e constitucionais pertinentes ao tema.

O segredo de justiça das ações investigadas foi reservado, utilizando-se de iniciais aleatórias e indicação de Comarcas também com nomes fictícios.

Inicialmente, será realizada uma abordagem simples sobre o pátrio poder, conceito que remonta ao Direito Romano, de caráter autocrático e centrado sempre em uma figura masculina, que sofreu profundas modificações em virtude do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e da despatrimonialização e democratização da sociedade familiar, passando a ser adotado como poder familiar.

Em seguida, estabelecendo um panorama geral sem levantar as numerosas questões controvertidas sobre a matéria, será feita a diferenciação entre extinção, suspensão e perda do poder familiar, para que seja possível adentrar na pertinente temática do trabalho, discorrendo sobre a responsabilidade do Poder Público de promover o empoderamento das famílias carentes de recursos materiais, para que a suspensão e a perda, como medidas aplicáveis aos pais no intuito de proteger os direitos das crianças e adolescentes, não se tornem algozes das famílias.

Para isto, exporemos a preferência legal pelo fortalecimento dos vínculos familiares como decorrência do direito fundamental à convivência familiar, em detrimento à colocação de crianças e adolescentes em família substituta.

Neste viés, será colocada em evidência a vedação à punição da miséria material trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em seu artigo 23 e como, na prática, muitas vezes esse artigo é desrespeitado em razão de uma ideia preconcebida que relaciona diretamente pobreza e negligência.

## **2. Breve histórico e contornos atuais do poder familiar**

Apesar das controvérsias entre historiadores e juristas acerca da origem do pátrio poder, pode-se afirmar que o Direito Romano guarda destacada conexão com a matéria.

Em Roma, a família era considerada, em síntese, como um grupo de pessoas, e seus bens estavam sob o comando do *pater familias* (do latim, “pai de família”), figura autocrática e sempre masculina, posto que só ele tinha o gozo do direito de fato. Ele detinha o *manus maritalis* e o *patria potestas*, o que fazia dele o senhor do lar, exercendo por direito seu poder sobre sua esposa e filhos, que viviam *sub manu*, ou seja, sob sua mão (informação verbal)<sup>2</sup>.

No contexto social brasileiro do século XX, o pátrio poder era disciplinado pelo Código Civil da época (Lei nº 3.071/1916), confiando exclusivamente ao homem a chefia da sociedade conjugal, restando à mulher o exercício do poder familiar com relação aos filhos somente na falta ou impedimento do marido, o que evidenciava a estrutura hierárquica patriarcal das famílias<sup>3</sup>.

Com a consagração das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos através do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), logo após a promulgação da

Constituição Federal de 1988 que consolidou o princípio da igualdade, assegurando a homens e mulheres os mesmos direitos no cuidado com os filhos (arts. 226, § 5º, CF e 21, ECA)<sup>4</sup>, bem como o tratamento legal isonômico aos mesmos, o princípio do melhor interesse da criança passou a nortear as relações familiares e, em decorrência disto, o pátrio poder deixou de abranger os interesses do *pater famílias* para existir em função da sobrevivência, desenvolvimento e proteção dos filhos, se tornando mais um dever do que um poder<sup>5</sup>.

A Doutrina da Proteção Integral consolidada no ECA reconhece a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º, ECA), retirando-lhes da posição de objetos do poder, para elevá-los a sujeitos de direitos.

Esta inversão, como não podia deixar de ser, ensejou expressivas alterações no poder familiar que, de reconhecido direito subjetivo do pai sobre os filhos, passou a ser considerado pela doutrina como um “poder familiar-dever”<sup>6</sup>.

Para efeito do que se pretende abordar no presente trabalho, o conteúdo do poder familiar na esfera patrimonial (arts. 1.689 a 1.693, CC), que abrange o direito dos pais de, em regra, administrar e usufruir dos bens dos filhos menores, salvo as exceções trazidas pelo art. 1.693 do CC, não será ventilado por predileção ao conteúdo na esfera pessoal.

Deste modo, com a formulação do Código Civil de 2002, que seguiu a linha de raciocínio da Constituição Federal de 1988 e do ECA de 1990, verifica-se que a estrutura do Direito de Família modificou-se sensivelmente, em virtude da despatrimonialização da família, que colocou os valores existenciais em primeiro plano, reconhecendo-a enquanto núcleo fundamental em que repousa toda a organização social, conforme dispõe o art. 226 da CF, e em virtude da democratização da sociedade familiar, que conferiu igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres dentro dos núcleos familiares, substituindo a visão hierárquica de família pelo companheirismo, que pressupõe a colaboração mútua, o que possibilita a todos os membros da entidade familiar opinarem nas tomadas de decisão referentes à família (informação verbal)<sup>7</sup>.

Cumpre ressaltar, neste sentido, os arts. 1.630 e 1.634 do Código Civil de 2002, bem como os arts. 21 e 22 do ECA, e o art. 229 da Constituição Federal, que regulam de modo expressivo e cristalino o conteúdo do poder familiar e seu viés igualitário.

Da análise desses artigos, depreende-se que as obrigações que decorrem do exercício do poder familiar são personalíssimas, o que significa que não podem ser alienadas ou transferidas e não podem ser substituídas<sup>8</sup>. Deste modo, a renúncia dos pais ao poder familiar é nula, tendo em vista a natureza pessoal da obrigação, sendo oportuno destacar que respondem pelo crime previsto no art. 245 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40)<sup>9</sup> os pais que entregarem seu filho menor a pessoa inidônea.

Salienta-se que a modificação da expressão pátrio poder do Código Civil de 1916 para poder familiar que consta no Código Civil de 2002 carrega incontestável carga

simbólica no que tange à igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres, uma vez que retira de cena a palavra pátrio, que remete apenas à figura paterna, consagrando a titularidade do poder-dever familiar à mãe e ao pai, sem distinção.

## ***2.1 Extinção, suspensão e perda do poder familiar***

Superada a modesta conceituação do que se entende atualmente por poder familiar, relevante é a diferenciação entre extinção, suspensão e perda do poder familiar que se encontra disciplinada no ordenamento civil vigente, ainda que haja impropriedade terminológica no Código Civil ao empregar as expressões extinção e perda de modo comum, como veremos a seguir.

A extinção do poder familiar decorre de fatos ou atos jurídicos, todos previstos no art. 1.635 do CC, como a morte dos pais ou do filho menor (inciso I), a emancipação (inciso II), o alcance da maioridade (inciso III), a adoção do filho por terceiros (inciso IV) e em virtude de decisão judicial (inciso V).

A morte dos pais implica no desaparecimento dos titulares do poder-dever familiar, enquanto a morte do filho menor, a emancipação (art. 5º, parágrafo único, CC) e a maioridade fazem com que desapareça a justificação de existência do exercício do poder familiar.

Já a adoção pressupõe que o poder familiar em relação àquela criança ou adolescente passa a ser do adotante, de modo irrevogável (art. 39 § 1º ECA), visto que não só o poder familiar dos pais biológicos é extinto, como também a adoção faz cessar o vínculo de parentesco entre eles e o filho, por ser ação que reconhece estado de filiação.

O último inciso do art. 1.635 disciplina sobre a extinção através de decisões judiciais, colocando a perda do poder familiar (art. 1.638, CC) como uma das formas de extinção, embora a doutrina diferencie os institutos.

A suspensão e a perda do poder familiar, diferente da extinção, têm natureza de pena civil e dependem de procedimento judicial específico (art. 24, ECA), disciplinado nos arts. 155 a 163 do ECA, sendo certo que a sentença proferida na ação de suspensão ou perda do poder familiar deve ser averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente, conforme arts. 163, parágrafo único, do ECA e 102 da Lei nº 6.015/73<sup>10</sup>.

Ressalta-se que a competência para conhecer da ação de suspensão ou perda do poder familiar será da Justiça da Infância e da Juventude somente nos casos em que a criança ou adolescente estiver exposto à situação de risco (art. 148, parágrafo único, b, ECA), nos termos do art. 98 do ECA<sup>11</sup>. Quando não se verificar tal situação, ainda que a demanda seja a perda do poder familiar, a competência será das Varas de Família.

O art. 129 do ECA prevê medidas pertinentes aos pais e responsáveis quando do descumprimento dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar no interesse dos

filhos, que são divididas em medidas de auxílio, de obrigação e sancionatórias, sendo a suspensão e a perda do poder familiar pertencentes a este último grupo, dependendo, portanto, de decisão judicial condenatória a ser proferida em ação própria.

Contudo, o escopo de tais sanções não é simplesmente punir os pais, mas garantir a proteção especial àqueles considerados pessoal e socialmente vulneráveis. Desse modo, norteado pelo princípio da proteção integral, o ECA prevê a aplicação de sanção de natureza administrativa menos afitiva do que a suspensão ou a perda do poder familiar, qual seja a pena de multa de três a vinte salários de referência aos pais que inadimplirem com os deveres inerentes ao exercício do poder familiar, conforme art. 249 do ECA.

Em comparação à perda, a suspensão é medida menos gravosa, uma vez que pode ser revista, podendo, inclusive, ser cancelada, quando os motivos que a provocarem forem ultrapassados. Corresponde à privação temporária de todos ou alguns atributos inerentes ao poder familiar em casos de abuso de autoridade que impliquem no descumprimento dos deveres paternos ou gestão ruinosa dos bens dos filhos, conforme dispõe o *caput* do art. 1.637 do CC, além da hipótese trazida pelo parágrafo único do referido dispositivo legal, que se refere à condenação por sentença irrecorrível do pai ou da mãe à crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Como mencionado anteriormente, a doutrina entende que o Código Civil de 2002 em seu art. 1.635, V, combinado com o art. 1.638, equivocou-se ao relacionar a perda do poder familiar a uma das formas de extinção do mesmo, uma vez que a natureza de ambos os institutos jurídicos é diversa. Enquanto o primeiro tem natureza de pena civil, o segundo não tem natureza de pena, visto que, com exceção do inciso V do art. 1.635, o entendimento que se extrai da legislação civil é de que a extinção é uma cessação natural do poder familiar, ou seja, é motivada por razões que independem da vontade dos genitores<sup>12</sup>.

Ainda que não tenha natureza de pena, a extinção é medida definitiva, considerada um fim em si mesma, pois tem como efeito a cessação total do poder familiar, o fim da função paterna de proteção que existia entre pais e filhos e, por este motivo, a doutrina entende que a decisão judicial que determina a perda do poder familiar não deve ser causa de extinção do mesmo, tendo em vista que a perda implica na privação dos pais dos atributos do poder familiar em virtude de omissões ou práticas que infrinjam o dever de cuidado para com seus filhos, em nada relacionadas às causas naturais e automáticas que levam à cessação do poder familiar através da extinção.

Desta forma, os doutrinadores assemelham-na à suspensão quanto à possibilidade de recuperação do poder familiar, desde que cessada a causa que ensejou tal medida, o que deve ser comprovado em procedimento judicial próprio, e não tenha ocorrido adoção. Isto se dá em razão do fato de que a perda e a suspensão, diferente da extinção, não põem fim à função paterna de proteção dos filhos menores, uma vez que não exoneram os pais do dever de sustento e não importam em extinção do parentesco, o

que significa dizer que, havendo decisão judicial suspendendo ou destituindo o poder familiar, o dever de sustentar os filhos subsiste em decorrência do parentesco, que só se extingue com a adoção ou a invalidade do Registro Civil Nacional<sup>13</sup>.

Judicialmente, a perda do poder familiar é decretada quando comprovado o des cumprimento injustificado dos deveres inerentes ao poder familiar, conforme disciplina o art. 24 do ECA, bem como quando constatada qualquer uma das hipóteses indicadas no art. 1.638 CC: castigo imoderado (inciso I), abandono do filho (inciso II), prática de atos contra a moral e os bons costumes (inciso III) e reincidência nas causas de suspensão do referido poder (inciso IV). Além disto, também pode ser decretada a perda do poder familiar aos pais que cometem contra o filho crime doloso, punido com reclusão, conforme art. 92, II, do Código Penal, por tratar-se de efeito extrapenal específico da condenação. Há de se ressaltar que nessa última hipótese é imprescindível que tal efeito seja previsto na sentença, eis que não é automático, conforme esclarece o parágrafo único do referido art. 92 do CP, ainda que da leitura do § 2º do art. 23 do ECA possa se extrair que não é necessária a previsão expressa na sentença penal para a produção desse efeito.

A vedação à prática de submeter os filhos a castigo imoderado relaciona-se diretamente ao crime de maus tratos previsto no art. 136 do Código Penal, velando pela integridade física e psicológica das crianças e adolescentes. Porém, a palavra imodadamente constante do dispositivo legal (art. 1.638, I, CC) revela profundos desdobramentos na doutrina que, em parte, considera que o Código Civil acaba por possibilizar interpretações no sentido de tolerância acerca de castigos moderados, que seria o mesmo que permitir atos de violência contra crianças e adolescente, contrariando a Constituição Federal em seu art. 227<sup>14</sup>.

Em relação ao inciso II do art. 1.638 do CC, salienta-se que o abandono do filho acarreta reflexos na esfera penal, posto que o Código Penal prevê os crimes de abandono material, intelectual e moral, nos arts. 244, 246 e 247<sup>15</sup>, respectivamente, sendo importante ressaltar que no tocante ao abandono material deve-se levar em conta o estabelecido pelo art. 23 do ECA, que veda a suspensão ou perda do poder familiar por motivo de carência de recursos materiais, o qual trataremos com maior ênfase em seguida, por ser imprescindível para a elucidação do trabalho.

A prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 1.638 III CC) é apurada objetivamente e não de modo subjetivo como seria possível supor, com a apreciação, inclusive, de condutas que o Direito reputa como ilícitas<sup>16</sup>. A leitura desse dispositivo nos conduz a interpretá-lo no sentido de que os pais devem servir de exemplos para seus filhos.

Abusando reiteradamente de sua autoridade em atos incompatíveis com a proteção da pessoa e dos bens dos filhos, os pais também ficam sujeitos à perda do poder familiar (art. 1.638, IV, CC), o que configura a não taxatividade das hipóteses de perda,

bem como de suspensão do poder familiar, posto que o *caput* do art. 1.637 do CC foi construído de modo genérico, conferindo ao juiz ampla liberdade no julgamento dos casos concretos<sup>17</sup>, o que nos remete a uma zona de subjetivismo que pode levar a excessos por parte do Poder Judiciário.

Diferentemente ocorre com a redação do parágrafo único do art. 1.637 do CC, que carrega uma lógica evidente, visto que os pais privados da liberdade não teriam meios para zelar pelo bem estar dos filhos, levando em conta que o exercício do poder familiar não se resume apenas à manutenção das crianças e adolescentes, ou seja, não seria apenas custeando a subsistência dos filhos à distância que estes pais estariam resguardando o superior interesse dos mesmos.

Imperioso enaltecer que durante a tramitação da demanda de perda do poder familiar, as crianças e adolescentes são mantidos em instituições de acolhimento ou são colocados em famílias substitutas, sob a justificativa de que o afastamento seria em prol do melhor interesse dos mesmos, que estariam em situação de risco junto aos pais<sup>18</sup>. No caso de acolhimento institucional ou familiar, um plano individual de atendimento deve ser elaborado pela autoridade responsável pelo programa, visando, preferencialmente, à reintegração familiar, conforme dispõe o art. 101, § 4º, do ECA.

Mesmo quando a suspensão é decretada liminar ou incidentalmente, a criança ou adolescente é confiado a pessoa idônea até o julgamento da causa, mediante termo de responsabilidade, de acordo com o art. 157 do ECA.

Todavia, não obstante o prazo máximo para a conclusão da ação de suspensão ou perda seja de 120 (cento e vinte) dias, nos termos exatos do *caput* do art. 163 do ECA, na prática, as ações acabam se prolongando por mais tempo, o que prejudica uma possível reintegração familiar, pois pais e filhos podem tornar-se verdadeiros estranhos uns para os outros.

Decerto, apesar de o entendimento majoritário ser no sentido de que o deferimento da tutela antecipada para suspender o poder familiar não é capaz de impedir a visitação dos pais aos filhos, visto que a vedação à visitação é exceção e deve ser fundamentada pela autoridade judiciária (art. 33, § 4º, ECA)<sup>19</sup>, a visitação pode ser prejudicada por fatores econômicos que não podem ser desconsiderados pela autoridade judiciária.

O julgamento contrário à reintegração familiar baseado na deficiência das visitações sem a apropriada análise da situação financeira da família pode ensejar a punição da perda do poder familiar em razão da falta de recursos materiais dos pais, o que é vedado por lei (art. 23 ECA). A apreciação aprofundada da situação da família pode levar à constatação de que o núcleo não tem condições financeiras de sequer despesar o valor do deslocamento até o local onde a criança ou adolescente está, carecendo, portanto, de assistência do Poder Público e não de punição, devendo ser aplicada alguma medida protetiva de acompanhamento, apoio e orientação tanto aos filhos como aos pais.

O objetivo do artigo é justamente abordar como a situação financeira das famílias pode impedir o exercício do poder familiar nos moldes trazidos pela legislação vigente.

## **2.2 Restituição do poder familiar**

O exame analítico e minucioso do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil levou a doutrina a argumentar favoravelmente à possibilidade jurídica da restituição do poder familiar.

O Código de Menores Mello Matos de 1927 (Decreto nº 17.943-A) trazia expressamente a possibilidade jurídica da Ação de Reintegração do Pátrio Poder, que tramitaria sob o rito sumário, segundo o art. 163, estabelecendo em seu art. 45 as condições para que o pai ou a mãe inibidos do pátrio poder pudessem restituí-lo. Já o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697), arcabouço da Doutrina da Situação Irregular, não trazia nada a respeito do tema<sup>20</sup>.

A legislação atual silenciou acerca da matéria, o que significa que não veda e nem prevê a recuperação do poder.

Nesse seguimento, o notável desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Luiz Mônaco da Silva, sustenta a possibilidade do pedido justamente devido à ausência de proibição expressa no ordenamento jurídico ao ajuizamento de Ação de Restituição do Poder Familiar quando decretada sua destituição por sentença definitiva<sup>21</sup>, em clara alusão a uma das premissas máximas do Direito que diz que tudo que não é proibido é permitido. Segundo ele, o Código Civil e o ECA não proíbem sequer implicitamente o ajuizamento de ação desta natureza.

A doutrina assevera que a destituição do poder familiar não é uma medida definitiva, pois pode ser revogada se não mais persistirem os motivos que a ensejaram, e caso a criança ou adolescente não tenha sido encaminhado à adoção. Logo, constata-se que a única medida irrevogável prevista na legislação é a adoção, nos termos nos art. 39, § 1º, do ECA. Pelo caráter revisional que assume a Ação de Restituição do Poder Familiar (art. 471 I CPC), o postulante deve comprovar fartamente o desaparecimento ou inexistência dos motivos que ensejaram a perda do poder.

Em razão do direito fundamental à convivência familiar, o ECA incorporou princípios e normas que privilegiam o fortalecimento dos vínculos familiares em detrimento ao acolhimento institucional ou familiar e à colocação em família substituta, que são medidas excepcionais por força de lei (arts. 19, *caput*, 100, *caput*, e 101, § 1º ECA), sem determinar qualquer restrição aos pais já destituídos do poder familiar<sup>22</sup>.

Igualmente conveniente é a compreensão do promotor de justiça do Estado do Paraná, Murillo José Digiácomo, ao abordar sobre os argumentos favoráveis à possibilidade jurídica do restabelecimento do poder familiar:

A relação de “medidas de proteção” contida no art. 101, do ECA é meramente exemplificativa, nada impedindo, a rigor, que a “restituição do poder familiar” seja como tal aplicada (a título de “medida de proteção”); (...)

*Isto vale, inclusive, para casos envolvendo famílias que vivem em condições socioeconômicas desfavoráveis. Ora, se a falta de condições materiais da família não pode servir de fundamento à destituição do poder familiar (art. 23, caput, do ECA), também não pode servir de óbice à reintegração familiar, caso esta se mostre a solução mais adequada para o caso, devendo a família ser inserida em programas oficiais de apoio/promoção social, tal previsto nos arts. 23, par. único, 101, inciso IV e 129, incisos I a IV, do ECA<sup>23</sup>.* (Grifo nosso).

Cumpre realçar a importância do Poder Público no auxílio às famílias que buscam a reestruturação, posto que o Estado tem papel fundamental no fortalecimento dos vínculos familiares, sendo responsável primária e solidariamente pela efetivação dos direitos assegurados a crianças e adolescentes (art. 100, parágrafo único, III, ECA), sendo a convivência familiar um deles, por força da Constituição Federal (art. 227 CF).

José Luiz Mônaco da Silva demonstra de forma clara estes argumentos, ao dar notoriedade à necessidade de previsão expressa da perda do poder familiar na sentença penal que condena o pai ou a mãe por ilícito doloso, punido com reclusão cometido contra filho. Vejamos:

Ora, por que não dar uma oportunidade aos pais que, agora regenerados, se encontram aptos para reassumir os encargos do pátrio poder? Se na esfera criminal a incapacidade para o exercício do pátrio poder, decorrente de sentença penal condenatória, sempre ficará na dependência de compulsória declaração judicial, nos termos do art. 92, parágrafo único, do Código Penal, por que na esfera extrapenal, ausente condenação criminal, os pais não poderiam obter, mediante decisão judicial, o restabelecimento do pátrio poder?<sup>24</sup>

### **3. Proteção especial à família natural**

Os direitos fundamentais são base de sustentação das constituições democráticas por serem inerentes a todo ser humano, limitando a atuação do Estado. No que concerne à criança e ao adolescente, reconhecidos enquanto sujeitos de direitos, a Constituição Federal os assegura com absoluta prioridade direitos fundamentais condizentes com sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, elencando-os no *caput* do art. 227: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer,

à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Por certo, o art. 227 da CF de 1988 recepcionou a Doutrina da Proteção Integral e Prioritária, princípio normatizado no art. 100, parágrafo único, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e combinado ao art. 4º do ECA, determina não só à família a responsabilidade de assegurar os direitos fundamentais previstos, como também à sociedade, à comunidade e ao Estado. Nesse seguimento, o art. 70 do ECA preconiza ser dever de todos a prevenção de qualquer ameaça ou violação aos direitos previstos à criança e ao adolescente<sup>25</sup>.

Como o pano de fundo do trabalho é a família, abordaremos com maior ênfase o direito fundamental à convivência familiar, esculpido no ECA em capítulo próprio que abrange os arts. 19 ao 52-D (Capítulo III do Título II), bem como nos arts. 4º, *caput*, e 16, V.

A família é admitida atualmente como núcleo natural e fundamental da organização social, razão pela qual normas formais internacionais estabelecem que a família deve ser protegida pelo Estado, tal qual o artigo 16.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>26</sup> e o artigo 17.1 do Pacto de São José da Costa Rica<sup>27</sup>.

Outrossim, nossa Constituição Federal confirma a interdependência entre família e sociedade ao assegurar a especial proteção da família pelo Estado no *caput* de seu art. 226<sup>28</sup>.

Desse estreito vínculo é cabível a interpretação de que a dissolução da família importaria no desaparecimento da sociedade, por serem interdependentes, cabendo ao Estado não só garantir o direito de qualquer indivíduo formar uma família, como também proteger sua manutenção<sup>29</sup>. Neste sentido, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança<sup>30</sup>, que serviu de espelho para a elaboração de muitos dispositivos do nosso ECA, dispõe em seu preâmbulo e artigo 27.3 sobre a necessidade de proteção e manutenção da família, versando, inclusive, acerca da necessidade de serem adotadas pelos Estados Partes medidas de auxílio aos pais, *in verbis*:

*Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade;*  
(...)

#### **Artigo 27**

1. Os Estados-Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

(...)

*3. Os Estados-Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. (Grifos nossos)*

O reconhecimento de que a convivência familiar é um direito fundamental da pessoa humana de manter-se junto à família natural é substrato da proteção especial concedida à família de origem, sendo a colocação da criança ou adolescente em família substituta medida excepcional (arts. 19, *caput*, e 23, § 1º, ECA), sob pena de se lesar o próprio desenvolvimento da criança, por força do princípio da prevalência da família disposto no art. 100, parágrafo único, X, do ECA.

Esta proteção especial decorre da importância da família natural (art. 25, *caput*, ECA) como primeira comunidade da criança, onde ela irá desenvolver suas percepções primárias sobre a sociedade da qual é parte integrante. Para que o indivíduo desenvolva suas capacidades conviviais, sabendo qual papel deve desempenhar socialmente, é imprescindível que haja a promoção de instituições como a família, bem como a escola.

A construção da identidade do indivíduo passa por várias esferas da sociedade, sendo resultado de um processo de interação social, logo, quem nós somos, nossa subjetividade, afeta diretamente o bem estar social, pois a sociedade é ordenada pelos indivíduos e os indivíduos são ordenados pela sociedade<sup>31</sup>. Sendo assim, a família natural, como núcleo básico de qualquer sociedade, merece especial proteção, pois é reconhecidamente o primeiro agente socializador do ser humano.

Nesse sentido, os autores Edmundo L. de Arruda Jr. e Marcus Fabiano Gonçalves dissertam sobre o chamado “mínimo ético”, que se baseia na ideia de que a sociedade/Estado deve prover possibilidades iguais para que os indivíduos se tornem eticamente capacitados e desenvolvam tanto suas capacidades individuais, quanto a capacidade geral para a cooperação social<sup>32</sup>.

O Direito e a política devem ser instrumentos para que a sociedade alcance o mínimo ético, promovendo as condições materiais e morais para que todos os indivíduos tenham acesso igual à chance de se autorrepresentar socialmente, pois só assim agirão cooperativamente.

Todavia, a desigualdade social que assola a sociedade brasileira suscita o sentimento de exclusão, pelo qual um indivíduo se desobriga da cooperação social, pois sua função social só pode ser entendida e cumprida se a sociedade/Estado proporcionar a todos o devido acesso às condições preliminares para que o agir cooperativo possa ser desenvolvido em cada indivíduo.

Nas precisas palavras dos referidos autores:

*Assim, só se há de falar em moralidade, e em desenvolvimento das capacidades conviviais, caso se possa também falar de famílias, de ocupações decentes, de sistema de saúde, de escolas, de direito, de Estado, de dignidade material. O mínimo ético cuida do asseguramento, pelo direito, dessas condições viabilizadoras do amadurecimento das capacidades conviviais.*

(...)

A exclusão social, associada à falta de condições reais de atendimento às expectativas de uma comunidade, dificulta enormemente a possibilidade prática de os indivíduos expressarem os seus *eu quero integrar-me moralmente a essa comunidade*.

(...)

*Não há moralidade possível na exclusão social, na fome, na miséria, no desemprego dito estrutural, ou nas situações-limite de desespero humano. Aí não há nem mesmo sociedade. Entretanto, pior ainda é o que sistematicamente vem ocorrendo entre nós: quanto mais alijados da sociedade são deixados milhões de indivíduos, quanto menos chances de moralização lhes são oferecidas, mais hipocritamente se lhes exige uma conduta não só moral mas também juridicamente correta*<sup>33</sup>. (Grifos nossos).

Quando consegue ter acesso à escola, a criança aprende que todo cidadão tem direito a uma vida digna, com moradia, saneamento básico, saúde e educação de qualidade, porém, quando retorna à sua casa não comprehende porque não encontra isto. Essas crianças crescem e formam suas famílias reproduzindo com seus filhos o histórico de exclusão ao qual estão habituadas, reproduzindo o cotidiano de violações aos seus direitos, sem conseguir romper, por conta própria, o ciclo de miserabilidade em que foram inseridas.

Assim, não há que se falar em responsabilização somente das famílias pela observância dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, posto que o Estado tem o dever de garantir as condições materiais possibilitadoras da moralidade de todos os cidadãos. Tais condições são as oportunidades que lhes devem ser apresentadas para que as capacidades possam ser desenvolvidas.

A liberdade do indivíduo para se autodeterminar e autorrepresentar socialmente pressupõe seu acesso às “oportunidades capacitantes”<sup>34</sup> que devem ser garantidas a todo e qualquer ser humano, sem as quais não há que se falar em liberdade de escolhas do indivíduo dentro da sociedade, pois a ausência de oportunidades leva a uma vida permeada pela falta de alternativas.

A garantia das oportunidades capacitantes é a base para a construção de uma sociedade simétrica e socialmente cooperativa, que reconheça que todos os indivíduos são iguais, dignos do mesmo respeito e consideração, por ser a valorização da dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do estado democrático de direito.

Contudo, de nada adianta se essas garantias se dão somente no campo teórico do Direito, se a igualdade é apenas formal e não material, devendo o Estado ocasionar o cumprimento das normas que determinam o tratamento digno igualitário, adotando políticas concretas que assegurem o acesso igual às capacidades conviviais elementares.

Portanto, o mínimo ético diz respeito aos interesses da sociedade, tal qual de cada indivíduo, considerando a relação de interdependência entre indivíduo e sociedade, que deve ser resguardada pelo Estado, estando incluída nesses interesses sociais a proteção à família, o que legitima a atuação intervencionista do Estado nos núcleos familiares.

Salienta-se que o Estado tem legitimidade para exigir dos cidadãos condutas condizentes com o Direito desde que possibilite condições de vida dignas a todos, pois não há como os indivíduos cumprirem com seus deveres sociais quando tiveram seus direitos fundamentais negados desde o início da vida em razão da desigualdade no acesso às oportunidades.

Dessa forma, ainda que a intervenção estatal nas relações familiares se sustente pelo dever do Estado de garantir os direitos das crianças e adolescentes, podendo suspender ou até destituir o poder familiar, primeiramente o Estado deve assegurar os meios para que esse núcleo familiar possa se manter, por ser também direito fundamental da criança e do adolescente ser criado no seio da família natural.

Nesse sentido, estabelece o § 1º do art. 23 do ECA que “a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”, caso a família esteja passando por situação de falta ou carência de recursos materiais e não haja motivo capaz de autorizar a suspensão ou perda do poder familiar.

O Direito é o meio pelo qual o Estado busca garantir essas condições materiais e morais para que exista o convívio cooperativo entre os indivíduos e, por este motivo, não pode desconsiderar as diferentes realidades que se apresentam dentro de uma mesma sociedade. Entretanto, a exclusão social está intrinsecamente relacionada a um Direito que não reconhece essas diferenças e que, portanto, é incapaz de regular a sociedade inteira, pois não é apto a oferecer a todos os indivíduos que a compõem um mínimo ético, ou seja, um mínimo social/material que os faça agir conforme o que o próprio Direito determina<sup>35</sup>.

Esse descompasso entre a igualdade formal teórica e as diferentes realidades de uma mesma sociedade que o Direito não é capaz de regular propicia a alienação dos membros do sistema jurídico, que muitas vezes se mantém em certa neutralidade, não assumindo posição alguma diante do conflito evidente entre o que o ordenamento jurídico prevê como direitos e deveres para todos e a ausência de garantia desses direitos com a qual efetivamente se deparam nos casos concretos<sup>36</sup>.

O Poder Judiciário, como regulador das relações sociais, está intimamente ligado ao compromisso com a verificação do mínimo ético quando da apreciação dos casos

concretos, pois não existe lógica capaz de explicar a cobrança de determinado comportamento dentro dos padrões sociais sobre um indivíduo excluído socialmente. Para que se possa aferir a responsabilidade de alguém, há de se verificar se este alguém faz parte da estruturação social, se cumpriu com determinadas etapas da sociabilidade, se passou pelo crivo da família, da escola etc.

Como a sociedade brasileira ainda não atingiu plenamente o mínimo ético, o Direito não pode servir somente à função punitiva, indicando condutas indesejadas, alheio à realidade concreta, o que acaba de fato ocorrendo, visto que o ordenamento jurídico estabelece moldes inalcançáveis para esses indivíduos excluídos, que não são contemplados com o mínimo ético, para essas famílias que não se adequam ao modelo determinado pelo Direito simplesmente porque nenhum de seus membros teve o devido acesso às oportunidades que deveriam ser efetivamente garantidas pelo próprio ordenamento que os repreme.

Apesar das recentes modificações na legislação civil para contemplar a pluralidade de modelos familiares, o Estado/sociedade consagra um padrão de família como a única forma aceitável<sup>37</sup>, restando às famílias economicamente desfavorecidas somente a proteção do papel, que garante tratamento digno a todos e que não tem serventia alguma na dura realidade do dia a dia, pois não se observa a devida prestação de assistência por parte do Estado para que estas famílias tenham sequer a chance de corresponder ao modelo estabelecido em lei.

Não se pode dissociar a família dos fatores exógenos que a cercam e a influenciam, pois desconsiderar o contexto cultural, moral, religioso, político e econômico em que o núcleo familiar está inserido e analisar as relações familiares somente sob a ótica jurídica é descumprir o compromisso com o mínimo ético<sup>38</sup>, que garante o tratamento digno e igualitário a todos. Ora, ser tratado dignamente significa também não ser visto com as lentes da exclusão, devendo a família ser examinada acima de conceitos morais, muitas vezes estigmatizantes, e modelos determinados em lei que não refletem os conflitos que envolvem a sociedade.

O Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, é que se torna imperativo pensar o Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cujas bases e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania.

Cidadania significa não-exclusão. É, portanto, a inserção das várias representações sociais da família, da valorização do sujeito de direito em seu sentido mais profundo e ético. E a inclusão e a consideração das diferenças como imperativo da democracia.

O Direito, ideologicamente, vai incluindo ou excluindo pessoas do laço social<sup>39</sup>.

Nessa perspectiva, as demandas familiares que chegam ao Judiciário precisam ser submetidas a um olhar mais apurado, sendo indispensável para a resolução do conflito utilizar outras áreas do conhecimento além do Direito, que tenham a família também como objeto de identificação e estudo, para a compreensão da realidade dos diferentes núcleos familiares e de suas relações de afeto e cuidado<sup>40</sup>.

A atuação da equipe multidisciplinar do Poder Judiciário será abordada mais a frente, sendo necessário para a discussão ora ventilada apenas perceber que sua função não é realizar o acompanhamento das famílias, mas sim auxiliar o magistrado no conhecimento dos aspectos relacionados ao caso concreto que envolve a família, bem como os que circundam o caso, através da realização de estudo psicossocial, que funciona como meio de prova.

O acompanhamento às famílias é função do Poder Público, mediante políticas socioassistenciais que visem ao empoderamento dos núcleos familiares, possibilitando o acesso às oportunidades capacitantes das quais falamos (art. 203, CF)<sup>41</sup>. Como exemplo, podemos citar o CREAS e o CRAS, que têm abrangência municipal e regional e integram a rede de atendimento do SUAS (Sistema Único de Assistência Social), que é um sistema público coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) que organiza os serviços socioassistenciais no Brasil de forma descentralizada, através de uma gestão participativa composta pelo Poder Público e a sociedade civil.

O CRAS, Centro de Referência de Assistência Social, possui papel central no território onde se localiza por ser a estrutura principal para a proteção social básica. Busca prevenir a exposição dos indivíduos a situações de riscos sociais, trabalhando o desenvolvimento da capacidade dos atendidos através do fortalecimento dos vínculos familiares e sociais, contando com programas de transferência de renda como o Bolsa Família, o Programa de Capacitação para o Trabalho e o Benefício de Prestação Continuada, que visam à inserção dos indivíduos excluídos na sociedade.

Enquanto no CREAS – Centro de Referência Especializado em Assistência Social, é possível verificar maior complexidade, pois oferece serviços de apoio e orientação especializados e continuados a indivíduos e famílias que já se encontram em situação de risco, vítimas de ameaça ou violação de direitos, integrando a Proteção Social Especial do SUAS.

Conclui-se que o direito fundamental à convivência familiar implica na proteção especial da família natural pelo Estado/sociedade, que deve possibilitar as condições para que todos os indivíduos atinjam o mínimo ético, no intuito de modificar o contexto social em que estão inseridos, ou melhor dizendo, modificar o contexto social para que esses indivíduos possam se inserir na sociedade e, assim, se adequar aos ditames legais.

Ocorre que os serviços de proteção social da sociedade não são capazes de atender a todos que necessitam de apoio, bem como o sistema educacional e de saúde não

suprem as necessidades da população brasileira de forma satisfatória, em razão de não ofertar vagas suficientes que permitam o livre e irrestrito acesso a eles, ainda que o Poder Público seja solidariamente responsável por assegurar os direitos à educação e à saúde. Desse modo, as demandas familiares continuam abarrotando o Poder Judiciário, pois as famílias em situação de vulnerabilidade possuem chances maiores de falhar com os deveres determinados pelo ordenamento jurídico, ainda que não tenham tido acesso a qualquer dos direitos. Logo, percebe-se que o sistema de justiça só se manifesta quando os demais sistemas não funcionam corretamente.

Assim, o rompimento do vínculo com a família de origem por meio de suspensão ou destituição do poder familiar deve ser realizado com a máxima cautela, devido aos transtornos que acarreta a todo o núcleo familiar envolvido, por ser o direito fundamental à convivência familiar considerado vital para as crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento.

#### **4. Artigo 23 do ECA – vedação à punição da miséria material**

A legitimidade do Estado para intervir nas relações familiares decorre da responsabilidade primária e solidária do Poder Público na proteção integral e prioritária dos direitos assegurados a crianças e adolescentes, devendo promover esses direitos através de uma política de atendimento estruturada para possibilitar a concretização do que é garantido pelo ordenamento jurídico, de acordo com o art. 86 do ECA. A política de atendimento é propriamente instruída e normatizada nos art. 87 e 88, contando com entidades de atendimento responsáveis pela execução dos programas e projetos (art. 90, ECA).

Na salvaguarda do superior interesse das crianças e adolescentes, essa legitimidade estatal permite ainda a aplicação de medidas de caráter protetivo e punitivo aos pais e responsáveis, previstas no art. 129 do ECA. Certamente, essa foi a forma encontrada pelo legislador estatutário de defender os direitos das crianças e adolescentes. Associada à elas encontra-se também outra providência legal, estabelecida no art. 130 do ECA, que visa à proteção dos filhos em situação de abuso sexual, maus tratos ou opressão impostos pelos pais ou responsável, determinando o afastamento do agressor da residência.

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

- IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
  - V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;
  - VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;
  - VII – advertência;
  - VIII – perda da guarda;
  - IX – destituição da tutela;
  - X – suspensão ou destituição do poder familiar.
- Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.

As medidas de caráter protetivo (incisos I ao IV) se relacionam à proteção especial garantida à família natural, devendo o Poder Público adotá-las com destino a prover os meios para que a família consiga de fato exercer os deveres em relação aos filhos.

Ainda que igualmente dotadas de caráter protetivo, as medidas previstas nos incisos V e VI possuem natureza de obrigação de fazer, quando aplicadas, sendo que seu inadimplemento importa na prática de infração administrativa disposta no art. 249 do ECA, que determina o pagamento de multa de três a vinte salários de referência e o dobro disso em caso de reincidência<sup>42</sup>.

As quatro últimas medidas do art. 129 possuem caráter punitivo, indo do nível mais leve ao mais elevado. Por tratar-se de medida drástica, a aplicação da destituição deve ser cautelosa, de modo a impedir que tal medida seja utilizada pelo Estado arbitrariamente, guiado pelo anseio de solucionar os conflitos pelo meio mais fácil, sem aprofundar todas as questões subjacentes ao conflito e acabando por ignorar o princípio norteador de toda sua atuação que é o superior interesse da criança e do adolescente.

Nesse viés, indispensável é o debate acerca do tratamento que o Estado oferece às famílias carentes financeiramente, através do Poder Judiciário.

A lei veda enfaticamente a punição da pobreza, proibindo a decretação da suspensão e da perda caso a família seja economicamente desfavorecida, sendo dever do Poder Público auxiliar as famílias nesta situação (arts. 19, § 3º; 88, VI; 101, § 9º e 208, IX, ECA), como vimos anteriormente.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

O Código de Menores de 1979 destinava-se apenas aos “menores” em situação irregular, sendo a miséria dos genitores motivo que qualificava o filho como tal, consagrando o abandono material pelos pais em razão da carência financeira da família, impossibilitada de prover as condições para a subsistência dos filhos, ocasionando a suspensão ou destituição do antigo pátrio poder, pela combinação do art. 45, I, com o art. 2º, I, b, do referido código<sup>43</sup>.

A elaboração do ECA mudou a relação de responsabilização do Estado ao estabelecer o princípio da prevalência da família, pelo qual a proteção especial à família natural obriga o Poder Público a fornecer o devido suporte aos carentes de recursos materiais para que possam conviver com seus filhos, em compromisso com o mínimo ético.

(...) o Ministério Público, em seus dois níveis, estadual e federal deve estar atento para propor ações civis públicas individuais ou de obrigação de fazer em face do Poder Público para que a família pobre, carente de recursos materiais, tenha o mínimo de estrutura de moradia, de alimentação e educação para oferecer à prole<sup>44</sup>.

De início, verificamos que os arts. 22 do ECA e 1.634 do CC consagram os contornos atuais do exercício do poder familiar, de onde se retira o direito fundamental da criança e adolescente à assistência material e o respectivo dever dos pais de sustentá-los, que configura-se no provimento das condições para que o filho possa viver e desenvolver-se dignamente, tais quais educação, medicamentos, moradia, vestuário e alimentação (arts. 1.566, IV, 1.568 e 1.724, CC).

No entanto, ainda que o dever de sustento da prole seja previsto de modo expresso, o descumprimento desse encargo não pode ser encarado por si só como abandono material ou intelectual (arts. 244 e 246, CP), enquadrando o caso em hipótese de perda do poder familiar prevista no art. 1.638, II, do CC, ou em hipótese de suspensão do poder familiar (art. 1.637, *caput*, CC), sob pena de ferir o art. 23 do ECA<sup>45</sup>.

Em verdade, o abandono só se configura com a negligência dos pais em prover as necessidades básicas para o desenvolvimento pleno dos filhos, o que não se relaciona com condições financeiras, pois a negligência é a omissão voluntária, a indiferença intencional, que pode ser verificada em famílias muito pobres ou muito ricas.

Todavia, o que muitas vezes se verifica no caso concreto é que o Judiciário parte do pressuposto de que se os pais não estão provendo o sustento da prole estão sendo negligentes, descumprindo o papel protetor que se espera deles, quando, na realidade, são apenas pobres.

Essa ligação entre pobreza e negligência relaciona-se à ideia de incompetência dessas famílias para a criação dos filhos, desvalorizando suas formas alternativas de

proteção que contam, em grande parte, com uma verdadeira rede de apoio formada por parentes e vizinhos próximos.

Assim, por muitas vezes desconsidera os laços de afinidade e afetividade que unem os integrantes do núcleo familiar, essencial ingrediente do exercício do poder familiar, em cega obediência à aplicação da norma sem a análise aprofundada do caso sob outras perspectivas que não a jurídica, e em flagrante desrespeito ao direito fundamental da criança e do adolescente ao afeto.

O papel protetor dos pais não se limita apenas ao campo material, sendo o campo existencial de suma importância para a assistência imaterial do indivíduo em formação, abarcando o direito ao afeto, ao cuidado e ao amor, que são também necessidades dos filhos, só que de índole afetiva. O vínculo de afetividade entre pais e filhos, propiciado pela convivência familiar, integra o exercício do poder familiar, que não pode ser suspenso ou destituído somente pelo descumprimento dos encargos patrimoniais, visto que os deveres de assistir, educar e criar os filhos menores não se limitam apenas à natureza patrimonial<sup>46</sup>.

Neste sentido, assevera precisamente Katia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel:

O abandono de filho menor na conjuntura atual da família brasileira de baixa renda deve ser examinado com muita cautela pelos operadores da lei. *Lamentável, mas notória, é a desassistência de milhares de famílias pelo Poder Público em nosso País, redundando em desemprego dos pais, fome e miséria dos filhos.*

*Antes de configurarmos a culpa ou o dolo dos pais carentes financeiramente pelo abandono do filho devemos assegurar-nos de que, pela ausência de condições materiais, foi precedida, obrigatoriamente, a aplicação de medidas protetivas à prole (art. 101 do ECA) e à família carente (art. 129 do ECA), bem como a prestação de assistência social, objetivando a proteção da família (art. 203, inciso I, da Constituição Federal).*

*Exauridas as diligências de promoção da família, através de inclusão desta em programas oficiais e comunitários e de auxílio (art. 129, incisos I até VII, do ECA), e constatada a relutância e a negligência dos genitores em proporcionar aos filhos meios de subsistência, saúde e instrução obrigatória, então, estarão caracterizado o abandono voluntário<sup>47</sup>. (Grifo nosso).*

Como o próprio Código Civil limita a intervenção e o controle estatal nas relações familiares através do art. 1.513<sup>48</sup>, as hipóteses de graves violações aos direitos de crianças ou adolescentes configuradoras do descaso dos pais com o exercício do poder familiar devem ser comprovadas de forma segura, demonstradas com saciedade nos autos da ação de suspensão ou perda do poder familiar, mediante provas idôneas, capazes de

confirmar que a ação de não foi motivada por critérios estigmatizantes que sancionam as famílias pela simples condição de serem pobres, mas pela real comprovação de que o abandono foi voluntário, que não existe qualquer interesse do pai ou da mãe voltado para a criação do filho.

Nesse ponto, faz-se necessário destacar a importância da Equipe Técnica do Poder Judiciário, composta por assistentes sociais e psicólogos responsáveis por elaborar relatórios psicossociais periciais, que tem o escopo de levar ao órgão julgador as questões concernentes à família em questão. A objetividade dos fatos jurídicos, solidificada na verdade formal do processo, está permeada de uma subjetividade que não pode ser desconsiderada pelo Direito, por dizer respeito à verdade real daquele pequeno núcleo da sociedade, sendo fundamental adotar um trabalho integrado com estas outras áreas do conhecimento<sup>49</sup>.

Nesse seguimento, o § 1º do art. 161 do ECA dispõe acerca da obrigatoriedade do relatório psicossocial e seu § 3º enaltece também a indispensabilidade da oitiva da criança ou adolescente caso o pedido importe em modificação de guarda, em respeito ao princípio estatutário esculpido no art. 100, inciso XII que garante o direito da criança e do adolescente de ouvir e participar dos atos judiciais que envolvam medidas a serem aplicadas em sua proteção, devendo a opinião dos mesmos ser considerada<sup>50</sup>.

A oitiva dos genitores durante o procedimento é igualmente significativa, pois, ser ouvido em juízo é fundamental para o exercício do direito de defesa, para que possam esclarecer os fatos narrados na exordial e argumentar sobre a situação exposta.

Esse direito à oitiva dos genitores se sustenta também através do artigo 9º.1 da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, que determina a obrigação dos Estados Partes em zelar para que pais e filhos não sejam separados contra a vontade dos mesmos.

Isto posto, as razões da demanda devem ser confrontadas com a realidade da família na qual a criança ou o adolescente está inserido, não devendo a situação do filho ser qualificada como de risco meramente pelas condições financeiras dos genitores, sem a verificação adequada da permanência ou não dos vínculos afetivos e emocionais e do interesse real dos pais em destinar ao filho todo o zelo indispensável ao seu desenvolvimento pleno e saudável, dentro de suas condições financeiras.

Do contrário, será o poder estatal incidindo duplamente sobre os indivíduos de forma negativa, primeiramente ao excluí-los desde o início de suas vidas, não provendo as oportunidades capacitantes que devem ser asseguradas a todos para que se desenvolvam exercendo uma função social, e posteriormente, ao entrar em suas casas miseráveis e desestruturar os núcleos familiares, desconstruindo os vínculos entre pais e filhos, sem ao menos prover, antes de tudo, qualquer tipo de assistência satisfatória no intuito de fortalecer estes vínculos.

Se a pobreza e a desassistência das famílias são uma constante na realidade da comunidade e não são demonstradas com saciedade as hipóteses de descumprimento dos deveres parentais, constata-se que o Poder Judiciário desempenha papel decisivo nessa dobra punitiva do Estado, acolhendo demandas descabidas de suspensão e perda do poder familiar em face de indivíduos que fazem de tudo, dentro de suas possibilidades, para que os filhos tenham um lar digno e um saudável desenvolvimento, não possuindo sequer possibilidade econômica para o pagamento da multa exorbitante de até vinte salários mínimos cobrada pelo Judiciário em procedimento de representação por infração administrativa.

## **5. Preferência legal pelo fortalecimento dos vínculos familiares: manutenção e reintegração familiar**

A despatrimonialização da família mudou a maneira de interpretá-la, pois o afeto passou a ser visto como o elemento aglutinador dos indivíduos que a compõem, não mais interesses políticos, religiosos ou econômicos, e a família como meio de realização da pessoa humana, onde ela deve se sentir segura, amada, valorizada e reconhecida.

Desse modo, ter condições de criar um filho não diz respeito somente à possibilidade financeira de sustentá-lo materialmente, mas à capacidade de proporcionar-lhe afeto.

A proteção à família abrange a família extensa ou ampliada, que extrapola a figura do pai e da mãe, formada por parentes próximos que convivem e mantêm laços de afinidade e afetividade com a criança ou o adolescente (art. 25, parágrafo único, ECA), validando o afeto como o pilar de toda e qualquer relação familiar.

Em muitos casos observados pelo Poder Judiciário que têm a pobreza como pano de fundo, pais e filhos contam com uma verdadeira rede de apoio composta por parentes e vizinhos próximos, o que evidencia a mobilização desses grupos desestabilizados socialmente para proteger uns aos outros, organizando-se de modo a suprir a ausência da assistência estatal.

A grande questão é se a interferência estatal por meio do Poder Judiciário nesses casos onde já existe uma mecânica de proteção às crianças e adolescentes pode trazer reais benefícios a eles.

Ao determinar um único modelo de família aceitável, o Estado acaba muitas vezes por intervir e desestruturar núcleos familiares simplesmente por não reconhecê-los como ideais, transformando redes de proteção em situações irregulares, agindo tendenciosamente à punição das famílias e não à assistência.

É sabido que a colocação da criança em família substituta é absolutamente excepcional, devendo ser admitida somente quando esgotadas todas as tentativas de manutenção na família natural, bem como na extensa, após ter sido dado à família todo o

suporte necessário para se adequar. O art. 39 do ECA é muito claro e não abre margem para qualquer outra interpretação.

Nesse viés, o art. 19 do ECA ressalta a importância da inserção da família natural e extensa em programas oficiais de orientação, apoio e promoção social, deixando claro que é direito da criança ser criada no seio de sua família, sendo imprescindível ressaltar que apenas se pode cogitar da destituição do poder familiar e colocação da criança em família substituta após o efetivo encaminhamento da família para esses programas de auxílio, segundo preconiza o art. 100 do ECA.

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, *excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária*, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

(...)

§ 3º *A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio*, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei. (Grifos nossos).

A leitura desses artigos evidencia a preferência da Lei pela manutenção ou reintegração familiar, por entender ser do melhor interesse da criança e do adolescente, em regra, a convivência com a família natural. Nesse sentido, a Lei determina a excepcionalidade do acolhimento institucional e familiar, que deve ser utilizado como forma de transição para a reintegração familiar, conforme dispõe o art. 101 do ECA e seus parágrafos.

Assim, o Poder Judiciário não pode desconsiderar que a preferência legal é pelo fortalecimento dos vínculos familiares, devendo atuar com sensibilidade social para reconhecer os esforços despendidos pelas famílias materialmente miseráveis no intuito de prover aos filhos a assistência material e moral essencial ao desenvolvimento pleno dos mesmos, mostrando-se zelosos e extremamente engajados em se reestruturar com seus próprios meios, sem qualquer auxílio estatal, sendo certo que em muitos casos a única intervenção estatal ocorre no sentido de alijar arbitrariamente os pais do convívio com seus filhos.

## **6. Relação pobreza-negligência: casos concretos envolvendo o poder familiar**

Na tentativa de elucidar as assertivas trazidas pelo presente trabalho, oportuno se faz mencionar alguns casos práticos envolvendo o poder familiar e supostas situações de risco vivenciadas por crianças e adolescentes.

F. P. S., teve sua filha encaminhada à instituição de acolhimento antes de completar o primeiro ano de vida, em razão de pedido de providência provocado pelo Conselho Tutelar que deu origem ao processo que tramita na Vara de Infância, Juventude e Idoso da Comarca da Luz. O Conselho alegou que a mãe era negligente com a filha baseado no aspecto da menina, considerada por ele aquém do esperado.

Ocorre que F. P. S. nunca contou com o amparo de sua família e nem da família do genitor da criança, tendo sempre trabalhado para se manter, sendo que precisou largar o emprego que possuía em um supermercado para cuidar da filha, que à época vivia constantemente doente. Assim, deixou de levá-la à creche, em razão do valor despendido com a passagem de ônibus, além de contar com sinais de trombose venosa profunda na perna esquerda.

A atuação do Conselho Tutelar neste caso concreto não se mostrou legítima, uma vez que não adotou qualquer medida protetiva efetiva para assegurar a socioproteção da criança e sua mãe, retirando a criança do lar ainda em período de amamentação, sem antes adotar qualquer medida para auxiliar a família a se reestruturar e romper a situação de miserabilidade em que se inseria, embora tivesse conhecimento de suas dificuldades sociais e econômicas, conforme documentos juntados aos autos que comprovam que F. P. S. buscou o auxílio do Conselho.

O excelentíssimo magistrado decidiu pela reintegração familiar, determinado a inclusão da família em aluguel social e/ou em Programa Minha Casa Minha Vida, e ordenando o acompanhamento do caso pela equipe técnica do Juízo e da instituição de acolhimento onde a criança estava acolhida, por verificar o empenho da mãe biológica para reaver sua filha e a presença de fortes vínculos de afinidade e afetividade entre elas, reconhecendo que a privação do convívio de criança em tão tenra idade com sua mãe poderia acarretar danos irreparáveis ao seu desenvolvimento.

Um caso emblemático que exemplifica a ausência de sensibilidade social por parte do Ministério Público é o de D. G. P., em face de quem foi proposta Ação de Destituição do Poder Familiar, que tramita na Vara de Infância, Juventude e Idoso da Comarca do Sol, por entender que esta não possui condições de zelar pelo desenvolvimento pleno e sadio de sua filha.

A criança foi levada à instituição de acolhimento em razão de registro de ocorrência policial de supostos maus-tratos perpetrados pela genitora, após D. G. P. ter sido obrigada inexplicavelmente a comparecer à DCAV – Delegacia da Criança e Adolescente Vítima.

O exame de corpo delito foi apurado e, apesar de se verificar a ausência de vestígios de lesão corporal e da criança estar em perfeitas condições de saúde, com a carteira de vacinação em dia, evidenciando claramente que a mãe não oferecia perigo algum, o Conselho Tutelar não permitiu que a genitora levasse sua filha para casa, requerendo o acolhimento da criança descretoriamente, pautando-se somente no

fato de tramitar outros processos em face de D. G. P., não considerando, por sua vez, o histórico de acolhimento institucional da mesma, que se iniciou ainda em sua infância juntamente com seus irmãos, quando seus pais faleceram, e continuou durante toda a juventude.

D. G. P. é portadora de distúrbio neuropsiquiátrico, o que não a impede de exercer a maternidade, sendo que faz uso de medicação e se submete a tratamento regular no Centro Psiquiátrico da Comarca do Sol, o que comprova com farta documentação. Ademais, trabalha como atendente em uma rede de *fastfood* e alugou um imóvel para morar com seus filhos, até que seja contemplada com uma residência pelo programa do governo Minha Casa Minha Vida, no qual já está inscrita.

O relatório elaborado pela equipe técnica da instituição de acolhimento onde sua filha se encontra é extremamente claro ao ressaltar o grande afeto que a genitora nutre pela criança, não desejando de forma alguma que seus filhos passem pela mesma situação que passou, e ao ressaltar o fato de não identificar negligência ou maus tratos por parte dela, o que se percebe também pelo cuidado em visitá-la todos os dias permitidos, sendo enfático ao afirmar que os vínculos de afinidade e afetividade entre mãe e filha são inequívocos.

Evidente que este caso não é hipótese de abandono, visto que os estudos psicosociais elaborados no decorrer do processo comprovaram que existe forte vínculo de afeto entre a criança e a mãe, que vem buscando por iniciativa e esforço próprio avanços que acredita serem fundamentais para reavê-la.

Contudo, ainda que diante da total impossibilidade de decretação da perda do poder familiar, o processo está há quase um ano sem ser apreciado pelo magistrado, permanecendo a criança em instituição de acolhimento durante todo esse tempo, privada do convívio materno, em flagrante desrespeito também à duração razoável do processo.

## 7. Conclusão

Dante de nossos olhos, constantemente nos deparamos com crianças e adolescentes em situação de risco. De modo algum, o presente trabalho deslegitima a intervenção do Poder Público no intuito de preservar a integridade física e psicológica dessas crianças e adolescentes. Entretanto, reflete acerca da necessidade de um olhar mais apurado sobre o caso em questão e de um agir mais cauteloso por parte do Judiciário. As famílias precisam ser enxergadas dentro de suas realidades, pois os fatores exógenos culturais, econômicos, sociais, políticos, religiosos, a influenciam.

No Brasil, verifica-se um cenário de políticas públicas insuficientes e não podemos negar que o contexto socioeconômico desfavorecido e desassistido em que muitas famílias brasileiras se inserem dificulta a prestação pelos pais da assistência material devida aos filhos, ainda que haja, de fato, cuidado e afeto na relação paterno-filial.

Para que a decretação da suspensão ou da perda do poder familiar cumpra seu papel de medida de proteção dos interesses da criança e do adolescente, é imprescindível que se analise o caso concreto sem lentes estigmatizantes, colocando a família como parte integrante da sociedade, merecedora da proteção especial do Estado.

Assim, entende-se pela necessidade de mesclar o Direito com outras áreas do conhecimento para estudar e delimitar a aplicação da suspensão e da perda do poder familiar, inserindo a verdade formal do processo ao contexto socioeconômico em que a família em questão se situa, de modo a impedir que essas medidas drásticas que contemplam a interrupção da relação paterno-filial sejam adotadas discricionariamente pelo Poder Judiciário.

Deste modo, demonstrou-se que a legitimidade do Estado para interferir nos núcleos familiares não pode se dar tão somente sob justificativa de punição às famílias, posto que as medidas punitivas devem ser precedidas de medidas protetivas efetivas capazes de assegurar a socioproteção dos indivíduos excluídos socialmente, devido à responsabilidade estatal para com a proteção e a manutenção das famílias naturais.

Decerto, o Poder Público deve viabilizar a manutenção dos laços familiares através de políticas socioassistenciais que empoderem essas famílias carentes materialmente, por ser direito fundamental da criança e do adolescente a convivência com a família de origem, sendo a preferência legal pelo fortalecimento dos vínculos mediante a manutenção e reintegração familiar. Ademais, nem mesmo a decretação da perda do poder familiar é vista pela doutrina como medida definitiva, pois é possível que ela seja revista, caso a criança ou adolescente em questão não tenha sido encaminhada à adoção e a família natural tenha conseguido se reestruturar, não mais existindo a situação que inicialmente gerou a demanda.

O Estado deve prover as condições para que as famílias consigam romper a situação de miséria na qual se inserem, assistindo-as, e não utilizando da suspensão e da destituição do poder familiar como meio para puni-las, optando pelo modo mais fácil, porém ineficaz, para a solução do problema social da exclusão.

## 8. Referências

ARRUDA JR., Edmundo L.; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. 1<sup>a</sup> ed. – Florianópolis: Cesusc, 2002.

CARACILLO, Melissa Cainé. “Destituição do Poder Familiar”. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 83, Abr/Jun/2013, p. 439/452. Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Consulta: Poder Familiar – Restituição – Fundamentos. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1550>> Acesso em: 19 jun. 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

JACÓ-VILELA, Ana Maria; CEREZZO, Antônio Carlos; RODRIGUES, Heliana de Barros Conde. *Clio-Psycé paradigmas: historiografia, psicologia, subjetividades*. Rio de Janeiro: RelumeDumará, 2003.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataide. *Destituição do poder familiar*. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MÔNACO DA SILVA, José Luiz. “Ação de restituição do pátrio poder”. In: Artigos. Disponível em: <[www.mppsp.gov.br](http://www.mppsp.gov.br)> Acesso em: 19 jun. 2015.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. Destituição do poder familiar – Relevantes aspectos jurídicos a serem considerados”. Revista *Justiça e Cidadania*. Edição nº 157. Editora JC: set/2013, p. 56-59.

NASCIMENTO, Maria Lívia do. *Pivetes – a produção de infâncias desiguais*. Rio de Janeiro: Intertexto, 2002.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil – vol. 5 – Direito de Família*. 7ª ed. – São Paulo: Ed. GEN/Método, 2012.

WALD, Arnold. FONSECA; Priscila M. P. Corrêa. *Direito Civil: Direito de Família*, vol. 5, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## Notas

1. Residente Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, formada em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

2. PICORELLI, Giselle. Aula dada na disciplina Direito de Família, do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 20 fev. 2014.
3. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9<sup>a</sup> ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 434.
4. Art. 226 § 5º da CF/88: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Art. 21 do ECA: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”.
5. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 434-435.
6. WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Direito Civil: Direito de Família*, vol. 5. 17<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.
7. PICORELLI, Giselle. Aula dada na disciplina Direito de Família, do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 20 fev. 2014.
8. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 436.
9. Art. 245 do CP: “Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos”.
10. WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Direito Civil: Direito de Família*, vol. 5. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.
11. Art. 98 do ECA: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.
12. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.
13. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit., p. 116.
14. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 447.
15. Art. 244 do CP: “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”. Art. 246 do CP: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. Art. 247 do CP: “Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública”.
16. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 447.
17. Ibid., p. 445.
18. Ibid., p. 449.
19. Art. 33, § 4º, do ECA: “Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para

adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público”.

20. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit., p. 612.
21. SILVA, José Luiz Mônaco da. *Ação de restituição do pátrio poder*. p. 1. (site do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude e Idoso do Ministério Público de São Paulo. Artigos). Disponível em: <[www.mppsp.gov.br](http://www.mppsp.gov.br)>. Acesso em: 19 jun. 2015.
22. DIGIÁCOMO, Murillo José. “Consulta: Poder Familiar – Restituição – Fundamentos”. (Site do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente do Ministério Público do estado do Paraná). Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1550>>. Acesso em: 19 jun. 2015.
23. DIGIÁCOMO, Murillo José. Op. cit.
24. SILVA, José Luiz Mônaco da. *Ação de restituição do pátrio poder*. p. 2. Disponível em: <[www.mppsp.gov.br](http://www.mppsp.gov.br)>. (Site do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude e Idoso do Ministério Público de São Paulo. Artigos). Acesso em: 19 jun. 2015.
25. Art. 227 da CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligéncia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Art. 100 parágrafo único II e III do ECA: “Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: (...) II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais”; Art. 70 do ECA: “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.
26. Proclamada pela Resolução nº 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Artigo 16.3: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”.
27. Elaborado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e promulgado no Brasil mediante Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Artigo 17.1: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.
28. Art. 226 da CF/88: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.
29. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A família no direito penal* – Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 30-31.
30. Adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e promulgada no Brasil mediante Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.
31. NOCELLI, Charles. Aula dada na disciplina Temas de Direitos Humanos, Governança e Poder I, do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 17 jul. 2015.

32. ARRUDA JR., Edmundo L.; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. 1<sup>a</sup> ed. – Florianópolis, SC: Cesusc, 2002, p. 92.
33. ARRUDA JR., Edmundo L.; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Op. cit., p. 92 e 103.
34. ARRUDA JR., Edmundo L.; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Op. cit., p. 110.
35. ARRUDA JR., Edmundo L.; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Op. cit., p. 96-98.
36. Ibid., p. 106.
37. GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 155.
38. Ibidem, p. 2.
39. Ibidem, p. 157.
40. Ibidem, p. 155.
41. Art. 203 da CF/88: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.
42. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit., p. 544.
43. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit., p. 127.
44. Ibid., p. 129-130.
45. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Op. cit., p. 446.
46. Ibid, p. 440.
47. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. cit., p. 138.
48. Art. 1.513 do CC: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.
49. GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 156.
50. Art. 161 §§ 1º e 3º do ECA: “§ 1º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar, bem como a oitiva de testemunhas que comprovem a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar previstas nos arts. 1.637 e 1.638 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou no art. 24 desta Lei. (...) § 3º Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida”. Art. 100 XII do ECA: “XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei”.

# **A convivência familiar como direito fundamental das mães em situação de rua, usuárias de drogas ou não, e seus filhos**

## **The right to have family and community life as a fundamental right of the mothers living in the streets, in a drug use context or not, and their children**

Taís Soares Vieira<sup>1</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990 garantem o acesso irrestrito e universal à diversos direitos fundamentais, nos quais se inclui o direito à convivência familiar e comunitária. Diante desse cenário, esse artigo tem como escopo promover uma análise acerca das alternativas e dos mecanismos existentes para a efetivação desse direito, especialmente no tocante às mulheres que vivem em situação de rua, em um contexto de uso de drogas, ou não, e seus filhos. Para isso, após uma introdução sobre o tema, analisar-se-ão as diretrizes do Ministério da Saúde, bem como a realidade dessas famílias no estado do Rio de Janeiro. Por fim, serão apresentados os mecanismos inovadores já existentes no plano estadual e nacional para o enfrentamento dessa questão.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of 1988 and the Federal Law nº 8069 of July 13, 1990 guarantee the unrestricted and universal access to various fundamental rights, in which it includes the right to have family and community life. In this scenario, this article has the objective of promoting an analysis of the alternatives and the existing mechanisms for the realization of this right, especially regarding women living in the streets, in a drug use context or not, and their children. After an introduction on the topic, the guidelines of the Ministry of Health and the reality of these families in the state of Rio de Janeiro is analyzed. Finally, the innovative mechanisms that already exist at the state and national level to confront this issue is presented.

**PALAVRAS-CHAVE:** Convivência familiar e comunitária. Mulheres em situação de rua. Maternidade. Efetivação de direitos.

**KEYWORDS:** Family and community life. Women living in the streets. Maternity. Realization of rights.

## 1. Introdução

A partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988<sup>2</sup> e da vigência da Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990<sup>3</sup> foram consagrados diversos direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como das entidades familiares e seus múltiplos arranjos viáveis. Os primeiros foram reconhecidos como sujeitos de direitos, apesar do exercício dos mesmos ser limitada pelo fator idade. Ademais, sob essa nova realidade normativa, concretizou-se o dever do Estado de prover proteção especial à família, bem como o seu papel asseguratório à convivência familiar e comunitária e à proteção integral das crianças e dos adolescentes.

A fim de garantir esses direitos a todas as entidades familiares, atenta-se à necessidade de sua efetivação no que tange às famílias em situação de vulnerabilidade social, em especial às mães em situação de rua, usuárias de drogas, ou não, e seus bebês. Afastadas da existência digna, nota-se que seus vínculos familiares e comunitários são afetados pela violação a direitos básicos e indisponíveis do ser humano.

Diante do cenário apresentado, indaga-se quais mecanismos devem ser acionados pelo Estado, com vistas ao fortalecimento e empoderamento dessas famílias monoparentais femininas, muitas vezes marginalizadas. Para isso, analisar-se-ão diretrizes do Ministério da Saúde no tocante à atenção integral dessas mulheres e seus filhos recém-nascidos, elaboradas primordialmente pela recorrente suspensão e destituição do poder familiar em todo o território brasileiro.

Em seguida, será revelada a realidade dessas mães na cidade do Rio de Janeiro, assim como os mecanismos disponíveis para a efetivação de seus direitos constitucionalmente protegidos. Na esteira dessas garantias, busca-se a manutenção dos vínculos biológicos e a minoração das intervenções do Poder Judiciário que acarretem o afastamento das mães em situação de vulnerabilidade social e seus bebês.

## 2. Convivência familiar como direito fundamental: um enfoque sobre as famílias em situação de vulnerabilidade social

A fim de que se possa compreender a questão que aqui se apresenta, é necessário um breve mergulho histórico no tratamento legal que era dispensado às crianças e aos adolescentes até o contexto atual, com a conquista da condição de sujeitos de direitos<sup>4</sup>. Nessa perspectiva, podemos destacar a edição de dois documentos internacionais que desempenharam papel essencial nessa mudança de paradigma.

O primeiro documento internacional que mostrou preocupação em reconhecer direitos das crianças e dos adolescentes foi a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, adotada pela extinta da Liga das Nações, em 1924. Esse instrumento não representou um avanço significativo em prol da concretização da proteção das crianças

e dos adolescentes, porém lançou base para posteriores ampliações do corpo de direitos humanos.

A consolidação da doutrina da proteção integral<sup>5</sup> ocorreu especificamente com a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>6</sup>, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990. Este diploma trouxe notáveis evoluções no campo do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos. A respeito desse tema, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária<sup>7</sup>, destaca:

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, em especial, tem um papel superior e preponderante no embasamento da criação ou reforma de toda e qualquer norma reguladora, no campo da família e no embasamento de processos de reforma administrativa, de implantação e implementação de políticas, programas, serviços e ações públicas.

(...) As crianças e os adolescentes têm direitos subjetivos à liberdade, à dignidade, à integridade física, psíquica e moral, à educação, à saúde, à proteção no trabalho, à assistência social, à cultura, ao lazer, ao desporto, à habitação, a um meio ambiente de qualidade e outros direitos individuais indisponíveis, sociais, difusos e coletivos. E consequentemente postam como credores desses direitos, diante do Estado e da sociedade, devedores que devem garantir esses direitos.

Embora as crianças e adolescentes sejam seres essencialmente autônomos, têm sua capacidade de exercício de seus direitos limitada<sup>8</sup>, o que reforça o papel da família como elemento fundamental à consagração da sua proteção integral.

Na contemporaneidade, identifica-se uma concepção de família que considera os diversos arranjos possíveis entre os indivíduos, para além do casamento, em que os laços de afetividade podem, muitas vezes, prevalecer sobre os laços consanguíneos. Isto é, o afeto tornou-se o eixo central dessas relações, de modo que não há mais um modelo preferencial, e sim a proteção de todas as entidades familiares possíveis, sem as regras e os padrões unificados que sempre foram a base do sistema.

Para Paulo Luiz Netto<sup>9</sup>, a afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade são três características comuns a todas as entidades familiares, sem as quais não há a sua configuração como tal. Acerca desse tema, preceitua:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preencham os requisitos de afetividade, estabilidade e

ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelo direito das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. A constituição de 1988 suprimiu a cláusula de exclusão, que apenas admitia a família constituída pelo casamento, mantida nas Constituições anteriores, adotando um conceito aberto, abrangente e de inclusão.

Na esteira da realidade acima apresentada, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, *caput*<sup>10</sup>, dispõe acerca do dever do Estado de prover proteção especial à família, por considerá-la base da sociedade. Em seu artigo 226, § 8º<sup>11</sup> perfaz a referida atribuição do Estado ao determinar seu papel asseguratório no tocante a assistência à família e seus membros, através da criação de mecanismos que coibam a violência intrafamiliar.

Destarte, o artigo 227, *caput*, do texto constitucional elenca diversos direitos fundamentais da criança e do adolescente, em complemento ao rol do artigo 5º. Dentro desses, destaca-se o direito à convivência familiar e comunitária, cuja concretização compete ao Estado, guardião da família nos termos da Carta Magna.

Regulamentando os princípios constitucionais e as normas internacionais relativas à criança e ao adolescente, temos ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente. O ECA reforça o papel basilar da família, do Estado e da sociedade no processo de proteção integral, ao tratar como prioridade o atendimento das necessidades básicas das crianças e dos adolescentes.

No que concerne ao direito à convivência familiar e comunitária, o artigo 19 do ECA evidencia o caráter excepcional e provisório<sup>12</sup> do afastamento da criança e do adolescente do convívio com sua família biológica, ao passo que estabelece que a integração em família substituta apenas sucederá quando esgotados todos os recursos para sua manutenção na família de origem.

A despeito desse comando, o artigo 100, VII e VIII<sup>13</sup> do referido diploma legal trata do princípio da intervenção mínima e do princípio da proporcionalidade e atualidade. Esses regem a aplicação das medidas legais que visam o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, de forma que se efetive a permanência dos tutelados junto à família natural, ressalvadas as hipóteses de absoluta impossibilidade, reforçando a subsidiariedade da integração em família substituta.

A esse respeito, oportunas são as lições de Lúcia Cristina Guimarães (2009)<sup>14</sup>:

Atente-se que, mesmo em casos de crianças e adolescentes abandonados ou vítimas de violações do poder familiar, antes da inscrição no cadastro de adoção, compete ao poder público a sua reintegração ao núcleo familiar natural, como forma de resgatar o vínculo afetivo com a família, levando

em consideração que o lar natural atende preferencialmente ao melhor interesse do filho.

Dante do cenário apresentado, evidencia-se o papel de destaque do direito à convivência familiar e comunitária nos planos internacional e nacional, assim como seu reconhecimento como direito fundamental. Dessa forma, houve a constatação da função essencial da entidade familiar, do afeto e do contexto sócio comunitário no crescimento e formação das crianças e dos adolescentes, tendo em vista que a infância é o período basilar da constituição do caráter e da personalidade humana<sup>15</sup>.

Na esteira da garantia e efetividade ao direito acima examinado, manifesta-se a indispensabilidade de uma atenção especial às famílias em situação de vulnerabilidade social<sup>16</sup>. Isso porque, segundo Donald Woods Winnicott (2005)<sup>17</sup>, a família, por si só, já é um ambiente de conflito e de possíveis violações de direitos da criança e do adolescente, apesar de sua interface de proteção e cuidado.

Isto posto, evidencia-se que esse quadro é agravado em famílias em situação de vulnerabilidade social, visto que elas não estarão aptas a realizar os seus deveres e funções de forma plena se não acessaram direitos sociais básicos, como saúde, moradia, trabalho e educação.

As vulnerabilidades aqui tratadas resultam de determinantes sociais, históricos e estruturais. Elas são originárias de uma vasta iniquidade social<sup>18</sup>, essencial ao capital, e que, ao alimentá-lo, segregá e açoita os que vivem à sua margem. Uma das suas desumanas consequências é a povoação das ruas e abrigos do país com crianças e adolescentes pertencentes a uma mesma origem social e étnica, cujo endereço é muito distinto de um estado de direito.

Sob esse retrato, longe do mínimo de existência digna, é notório que os vínculos familiares e comunitários são afetados pela ausência de garantia a direitos básicos e indisponíveis. Diante disso, com o fim de garantir o direito à convivência familiar e comunitária às famílias em situação de vulnerabilidade social, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária<sup>19</sup>, estabelece:

(...) A família é, ainda, dotada de autonomia, competências e geradora de potencialidades: novas possibilidades, recursos e habilidades são desenvolvidos frente aos desafios que se interpõem em cada etapa de seu ciclo de desenvolvimento. Como seus membros, está em constante evolução: seus papéis e organização estão em contínua transformação. Este ponto é de fundamental importância para se compreender o investimento no fortalecimento e no resgate dos vínculos familiares em situação de vulnerabilidade, pois cada família, dentro de sua singularidade, é potencialmente capaz de

se reorganizar diante de suas dificuldades e desafios, de maximizar as suas capacidades, de transformar suas crenças e práticas para consolidar novas formas de relações. Porém, como tem sido enfatizado, o fortalecimento e o empoderamento da família devem ser apoiados e potencializados por políticas de apoio sociofamiliar, em diferentes dimensões que visem à reorganização do complexo sistema de relações familiares, especialmente no que se refere ao respeito aos direitos de crianças e adolescentes.

Logo, é primordial que a família, em situação de vulnerabilidade ou não, disponha de assistência, orientação e serviços públicos de qualidade que confirmem condições para que ela desempenhe as suas funções afetivas e socializadoras. De igual forma, obsta a efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de forma isonômica, respeitando-se assim, a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do estado de direito. Dessa forma, o Estado, por meio de políticas públicas centralizadas na família e no acesso destas a serviços básicos para a garantia de uma vida digna, em conjunto com as entidades familiares, serão capazes de efetivar a proteção integral das crianças e dos adolescentes, sujeitos de direitos e cuja proteção deve ter prioridade absoluta.

### **3. Diretrizes do Ministério da Saúde para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de crack/ outras drogas e seus filhos recém-nascidos: análise da Nota Técnica Conjunta nº 001 – SAS e SGEP**

O Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS) e da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (SGEP) editou a Nota Técnica Conjunta nº 001 – SAS SGEP<sup>20</sup>, a qual foi expedida em 16 de setembro de 2015. O documento, ao elencar diretrizes e um fluxograma de ações, reforça a necessidade de garantia do direito à convivência familiar e do acesso a serviços públicos de qualidade às mulheres em situação de rua e/ou usuárias de crack e/ou outras drogas e seus bebês.

Sua elaboração foi justificada principalmente pela recorrente suspensão e destituição do poder familiar dessas mulheres em todo o território brasileiro, em especial no tocante a seus bebês recém-nascidos. Ademais, fundamenta-se em marcos normativos internacionais e nacionais que reconhecem as mulheres e os seus bebês como sujeitos de direito, além de contemplá-los sob a ótica da proteção integral.

Com vistas a atender a realidade acima apresentada, a Nota Técnica relaciona diversos direitos fundamentais<sup>21</sup> que devem ser especialmente garantidos e efetivados pelo Estado. Para tanto, cita o artigo 2º<sup>22</sup> da Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que trata sobre o direito fundamental à saúde<sup>23</sup> e reforça o dever do Estado em

prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício de maneira igualitária. Ainda no tocante ao direito à saúde, destaca a importância do direito de acesso a serviços de saúde que garantam a privacidade, o sigilo e um atendimento de qualidade a todos, sem qualquer tipo de discriminação.

Ademais, o documento alerta sobre a violação dos direitos reprodutivos e sexuais de distintos grupos populacionais, nos quais se inclui a população em situação de rua. Nesse sentido, estabelece:

15. Há distintos grupos populacionais que têm seus direitos humanos violados em função da sexualidade, e outros para os quais se supõe a imperitância na reprodução, como é o caso das pessoas com deficiência, privadas de liberdade, em situação de rua, adolescentes e pessoas com orientações sexuais não heterossexuais. Para o Ministério da Saúde, é fundamental o reconhecimento da universalidade dos direitos sexuais e reprodutivos para a qualificação da proposição de políticas públicas que contemplem as especificidades dos diversos segmentos da população. A prática sexual e a maternidade/paternidade são direitos de todos (as), que devem ser garantidos pelo Estado.

Por fim, dispõe a respeito dos direitos à autonomia e à liberdade da gestante ou nutriz, incluindo a disposição de que o planejamento familiar é uma prerrogativa da entidade familiar que deve ser propiciada pelo Estado. Defende o direito de escolha das mulheres em permanecer com os seus filhos, se assim optarem após um processo de amadurecimento da decisão, independentemente do uso de álcool e outras drogas no momento do nascimento da criança.

Dessa forma, o documento argumenta que a eventual condição de gestante ou nutriz não pode ensejar a relativização ou flexibilização de direitos fundamentais. Portanto, cabe ao Estado proporcionar meios para que essas mulheres tenham a capacidade de executar os seus deveres constitucionalmente estabelecidos perante o bebê, cuja proteção integral deve ser prioritariamente garantida<sup>24</sup>.

Contudo, a Nota Técnica revela uma recomendação atual e recorrente do Ministério Público que pode ocasionar lesões aos direitos fundamentais acima elencados. Tal recomendação dispõe sobre a necessidade de “comunicação imediata ao Poder Judiciário do nascimento de crianças de mulheres em situação de rua e/ou usuárias de crack/ outras drogas, bem como gestantes que se recusarem a realizar o pré-natal”<sup>25</sup>.

As atribuições do Ministério Público<sup>26</sup> estão previstas, em sua maioria, na Constituição Federal de 1988<sup>27</sup> e na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, as quais consistem, em linhas gerais, no dever de resguardar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Ademais, como

instrumento de atuação extrajudicial, a instituição possui a competência de expedir recomendações, conforme pode-se auferir do artigo 6º, XX da LC nº 75/93:

Art. 6º – Compete ao Ministério Público da União:

(...) XX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Nesse sentido, o documento aqui analisado define a recomendação como sendo uma ferramenta do Ministério Público para intermediar a relação entre a administração pública e os cidadãos, no que concerne às políticas públicas destinadas à garantia de seus direitos. Outrossim, destaca que ela, apesar de possuir um caráter essencialmente opinativo, por não ser dotada de poder coercitivo, possui grande força moral. A despeito desse tema Hugo Nigro Mazzilli (1996)<sup>28</sup> assevera:

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão.

Portanto, em respeito à unidade da Constituição, insta assegurar que as recomendações ministeriais tratem os direitos fundamentais previstos na Carta Magna como complementares entre si, e não como limitadores uns dos outros. Todavia, não se pode auferir tal atributo das recomendações do Ministério Público citadas, as quais possuem como sujeitos as mulheres em situação de rua e/ou usuárias de drogas e seus bebês.

Isso porque, a Nota Técnica trouxe evidências de que tais ferramentas estão, em diversas situações, ocasionando decisões do Poder Judiciário que acarretam o afastamento precoce das crianças recém-nascidas e suas mães. Assim, por meio de tais decisões, muitas vezes imediatistas e superficiais, viola-se direitos básicos, indisponíveis e legalmente assegurados de ambos, tais como os direitos sexuais e reprodutivos<sup>29</sup> das mulheres, o direito de escolha de permanecer com seu filho e o direito à convivência familiar e comunitária.

Através desse claro processo de judicialização da questão social, o qual se ancora privativamente em uma suposta proteção à criança, desconsidera-se a condição da mãe de sujeito de direito. Isso porque, ao impossibilitar a permanência com seu filho, sem

qualquer inserção da mãe e do bebê em programas da rede pública cujo intuito seja evitar um futuro rompimento do vínculo familiar, limita-se diversos direitos fundamentais da mulher e até mesmo da criança.

Diante do cenário apresentado, a Nota dispõe sobre a importância da criação de espaços de acolhimento capazes de cuidar das mulheres e seus filhos em momentos de vulnerabilidade durante a gravidez e depois da alta hospitalar. Outrossim, ressalta que esses espaços não devem ser cerceadores de direitos ou punitivos<sup>30</sup>, visto que o controle repressivo em nada contribuiria para a promoção do cuidado e proteção desses sujeitos.

Portanto, antes de tomar qualquer medida de carácter definitivo que afaste as crianças de sua família biológica, o Estado tem o dever de realizar uma gama de ações em rede<sup>31</sup> que sejam capazes de preservar os direitos das mães e dos seus bebês de forma complementar. Acerca da necessidade de disponibilização de serviços públicos voltados especialmente para as mulheres e adolescentes em situação de rua, a Nota Técnica nº 001 – SAS E SGEP dispõe:

Quando se tornam gestantes, as mulheres e adolescentes em situação de rua, assim como todas as outras mulheres, apresentam demandas de saúde importantes e mais específicas que precisam ser atendidas. Nesse escopo inclui-se: o acompanhamento da gestação por meio do pré-natal; a disponibilização de orientações sobre os cuidados necessários nessa fase; a vinculação ao local do parto; a garantia de acesso qualificado a esse local e a um parto humanizado; a atenção à criança recém-nascida e a continuidade da atenção à mulher no puerpério, incluindo o planejamento reprodutivo pós-parto; as articulações intersetoriais necessárias de acordo com suas demandas, por exemplo, o acolhimento em serviços da Assistência Social e a inserção em programas habitacionais.

Sabe-se que nem todas as mulheres que estão em situação de rua fazem uso de drogas. Para as que utilizam essas substâncias, é fundamental um direcionamento cauteloso das ações sanitárias que construa com as mulheres, em primeiro plano, a oportunidade de se desenvolver hábitos, modos e estilos de vida mais saudáveis – sozinhas ou em parceria familiar. Esse tipo de intervenção é que possibilitará a essas mulheres e adolescentes que ressignifiquem as escolhas sobre tudo que lhes afeta e por elas é desejado, inclusive por manter ou não o uso de substâncias psicoativas.

O documento entende por ações em rede as iniciativas que articulem e estruturam operações de enfrentamento entre múltiplos setores da sociedade, como saúde, assistência social, segurança pública, conselhos, representações da população de rua, entre outros. Desse modo, caso seja identificada qualquer situação que vulnerabilize a

mulher ou a criança, os órgãos da rede presentes no território devem ser acionados, de forma que as possibilidades de efetivação do direito da mulher a permanecer com seu bebê sejam ampliadas e a proteção à família viabilizada.

Logo, entende-se que seja fundamental a substituição das políticas estatais tradicionais, desarticuladas e ineficientes que elaboram respostas fragmentadas, por uma rede que proponha serviços direcionados para a antecipação do cuidado. Desse modo, as sentenças judiciais seriam substituídas por ações intersetoriais e integradas que atribuam às mulheres e seus bebês a condição de sujeitos de direitos.

#### **4. A realidade das mães em situação de rua, usuárias de drogas ou não, e seus bebês, na cidade do Rio de Janeiro, e os mecanismos existentes para a efetivação do direito à convivência familiar e comunitária dessas mulheres**

Como visto, as famílias em situação de vulnerabilidade social carecem de atenção especial por possuírem, muitas vezes, vínculos fragilizados por uma vida longe da existência digna. Tal quadro pode ser agravado pela dependência às drogas, que certamente adiciona mais dificuldades à efetivação da proteção integral dos filhos, além de afetar diretamente o direito à convivência familiar e comunitária, bem como os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Dante do cenário apresentado, primeiramente, analisar-se-á a realidade das mães em situação de rua, usuárias de drogas ou não, e seus bebês, na cidade do Rio de Janeiro. Para isso, realizou-se uma entrevista com Márcia Soares Vieira, assistente social da Área Técnica da Gerência de Saúde da Mulher da Secretaria Municipal de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, na qual foram reveladas as diversas adversidades enfrentadas pelos profissionais de saúde e pelas assistentes sociais na busca pela efetivação ao direito à convivência familiar e comunitária dessas mulheres.

No tocante ao acesso restrito aos serviços de saúde e as complicações provenientes de uma gravidez no contexto em que essas mulheres se inserem, a entrevistada destacou:

As dificuldades são inúmeras, pois a mulher que se encontra em situação de rua não acessa os serviços de saúde nem mesmo antes da gravidez. Algumas já tiveram filhos abrigados e encaminhados para a adoção. A gravidez se desenvolve e desencadeia uma série de questões que não foram alcançadas pelos serviços públicos em geral e quando a criança nasce, no pouco tempo da internação fica difícil resolver essas questões.

Trata-se aqui de uma clara violação ao direito fundamental à saúde<sup>32</sup> e um evidente descumprimento do dever estatal de prover acesso aos serviços de rede de forma

universal, integral e igualitária. Sem a concretização desse direito, desrespeita-se claramente o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988.

Já acerca dos impactos da desigualdade social e da questão de gênero sobre essas mulheres, ressalvou:

As dificuldades revelam e expressam como as desigualdades sociais impactam o cotidiano das mulheres pobres, agravada pela questão de gênero, onde a mulher fica sozinha sem apoio do pai da criança. Para as famílias mais empobrecidas assumir mais uma criança significa agravar sua condição de vida.

É notório que a incidência das famílias monoparentais femininas é maior nos contextos em que subsistem a pobreza e uma condição de vida precária. Ao passo que nas famílias de classe média o ingresso no mercado de trabalho se deu, prioritariamente, pela emancipação feminina. Nas camadas mais empobrecidas, por sua vez, o elemento motivador partiu majoritariamente da luta pela sobrevivência. Desse modo, essas mulheres possuem fragilidades específicas e pungentes que precisam ser consideradas para a efetivação de seus direitos fundamentais. Além de responsabilizadas por toda situação domiciliar e pelo desenvolvimento dos filhos, elas ainda estão condicionadas às normas patriarcais que contestam a sua capacidade e as inferiorizam a todo momento.

Desse modo, identifica-se que as mães em situação de rua, além de serem vítimas de uma desigualdade estrutural, certamente enfrentam enormes desafios na garantia da proteção integral e do desenvolvimento saudável e harmonioso de seus filhos. Note-se, que o termo desigualdade estrutural, aqui utilizado, aduz à uma estrutura política marcada pela supremacia de um gênero e de uma classe na qual há a perpetuação de situações históricas de submissão junto ao alijamento dos “cidadãos de segunda categoria” do poder.

Finalmente, no que diz respeito à ineficiência das políticas públicas e suas implicações nas decisões do Poder Judiciário, a entrevistada argumenta:

No campo das políticas sociais públicas fica claro as parcas ações que alcançam este público, e as existentes, sua desarticulação. Nos territórios que possuem consultório na rua (saúde) essa população é alcançada. Inexistem abrigos, onde a população se sente acolhida e aceite permanecer, e, além disso, os abrigos de família são restritos. Na área do sistema de justiça, a inexistência dessas políticas tem contribuído para decisões que separam mães de seus filhos. Há uma violação do direito da mulher em nome da proteção à criança. Não se defende nessa reflexão que a criança não seja protegida,

mas com tais decisões o sistema de justiça reforça que os direitos da mãe concorrem com o direito de proteção da criança. Não os reconhecem como sujeitos de direito, não vincula o direito de um ao direito do outro, não formando uma unidade. Nesse quadro complexo de ausência do Estado estabelecem-se medidas/decisões que punem a ambos, negando o direito à convivência com a família natural. Criminaliza-se a pobreza e encobre-se a negligência do Estado. Dessa forma, estabelece-se um ciclo vicioso de ausências e naturaliza-se a perpetuação do abandono dessa população. Foi a partir dessa compreensão que a indignação dos assistentes sociais das maternidades do município do Rio de Janeiro com tal violação de direitos que as mesmas desenvolveram pesquisas que revelaram o grande número de mulheres afastadas de seus filhos. Esses dados revelaram ainda o processo de judicialização na resolução dessa questão, onde o contato/decisão das Varas se sobreponha a qualquer envolvimento com o Conselho Tutelar, uma vez que, havia uma orientação das mesmas para que todas as mulheres em situação de rua usuárias de drogas fossem encaminhadas para as Varas.

Como visto, é necessária a substituição das políticas sociais públicas obsoletas, desarticuladas e ineficientes, por ações em rede aliadas ao fortalecimento do sistema de garantia de direitos. Com isso, potencializa-se a capacidade de enfrentamento dos órgãos públicos, evita-se o rompimento precoce do vínculo familiar e garante-se o direito à convivência familiar para essas mães e seus bebês. Assim, a colocação do bebê em família substituta e o acolhimento institucional seriam medidas de exceção, após esgotadas todas as possibilidades de permanência da criança com a família natural, conforme preceitua o ordenamento jurídico brasileiro.

Em via contrária à essa realidade endêmica, é importante ressaltar que, no âmbito nacional, existem algumas políticas públicas inovadoras que foram aplicadas à cidade do Rio de Janeiro. Apesar de serem limitadas e carentes de recursos públicos, elas objetivam a antecipação do cuidado e a garantia dos direitos fundamentais dessas mulheres e de seus filhos. Tais serviços buscam estruturar redes de atenção de saúde e de assistência social, com vistas ao atendimento aos usuários de drogas e seus familiares.

Dentro desta perspectiva, foram criados na cidade dois Centros de Referência Especializados para População de Rua (Centro POP)<sup>33</sup>. Nesses espaços trabalha-se o convívio grupal, social e o desenvolvimento de relações de solidariedade, afetividade e respeito, além de “proporcionar vivências para o alcance da autonomia e estimular a organização, a mobilização e a participação social”.

O Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas III (CAPS AD 24 horas)<sup>34</sup> é outro serviço particularmente concebido para alcançar esse público. Ele é especializado no cuidado, bem como na atenção integral e continuada das pessoas com necessidades

decorrentes do uso de drogas. Para isso, dispõe de equipes plurais, compostas por médicos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros profissionais. Oferece atendimento à população, realiza acompanhamentos clínicos e busca a reinserção social dos usuários por meio do trabalho, do lazer e do fortalecimento dos laços familiares e comunitários.

No âmbito da saúde, foram implantadas cinco equipes de unidades móveis que objetivam promover atenção integral à população em situação de rua, denominadas “Consultórios na Rua”<sup>35</sup>. Junto aos usuários de álcool, crack e outras drogas, trabalham com a estratégia de redução de danos, por intermédio de equipes multiprofissionais, as quais atuam de forma itinerante nas ruas da cidade, desenvolvendo ações compartilhadas e integradas à rede de serviços públicos.

A respeito da estratégia de redução de danos, torna-se imperativo a sua análise frente ao seu papel de destaque na busca pela garantia dos direitos dos usuários de álcool e outras drogas. A primeira experiência do Brasil se deu na cidade de Santos, através da distribuição de seringas estéreis entre usuários de drogas injetáveis, com o fim de conter a contaminação com o vírus do HIV/Aids, objetivo esse que foi alcançado de forma surpreendente.

Acerca do caminho promissor oferecido por essa abordagem, a Secretaria Executiva da Coordenação Nacional de DST e Aids do Ministério da Saúde explica<sup>36</sup>:

Porque reconhece cada usuário em suas singularidades, traça com ele estratégias que estão voltadas não para a abstinência como objetivo a ser alcançado, mas para a defesa de sua vida. Vemos aqui que a redução de danos oferece-se como *um método* (no sentido de *methodos*, caminho) e, portanto, não excludente de outros. Mas, vemos também que o método está vinculado à direção do tratamento e, aqui, tratar significa aumentar o grau de liberdade, de corresponsabilidade daquele que está se tratando. Implica, por outro lado, no estabelecimento de vínculo com os profissionais, que também passam a ser corresponsáveis pelos caminhos a serem construídos pela vida daquele usuário, pelas muitas vidas que a ele se ligam e pelas que nele se expressam.

Evidencia-se então, que o investimento em políticas públicas inovadoras, especialmente as voltadas à de redução de danos se mostra fundamental para as mulheres usuárias de drogas em situação de rua e seus bebês. Isso porque, que o acesso aos seus direitos constitucionalmente protegidos deve ser efetivado pela articulação entre o autocuidado e as ações públicas em rede.

No entanto, a “guerra às drogas”<sup>37</sup>, aliada à suposta proteção da criança, estigmatiza o usuário pobre, além de ocasionar decisões que determinam o afastamento de bebês recém-nascidos e suas mães. Ademais, essa cultura que associa o uso de drogas

à criminalidade dificulta a efetiva institucionalização de mecanismos que propõem a inclusão dessas mulheres na sociedade, como cidadãs e sujeitos de direito.

Por fim, em 2013, na cidade do Rio de Janeiro, foi criado um espaço pioneiro denominado “Oficinas das Maternidades”, especialmente voltado para a troca de informações, a articulação entre serviços e o enfretamento coletivo da questão das mulheres moradoras de rua usuárias de drogas, ou não, e seus filhos. São realizadas reuniões mensais com a participação de órgãos e instituições do poder público e sociedade civil, incluindo Ministério Público, Defensoria Pública, profissionais de saúde, assistência social, Conselho Tutelar, Universidades, dentre outros.

Esses projetos se mostram essenciais para a discussão acerca dos impactos da fragmentação das políticas públicas, assim como sobre a necessidade de articulação de todos os serviços para a garantia de um atendimento em rede no território. Por meio da construção de fluxos de atendimento e da antecipação do cuidado, ampliar-se-ão as possibilidades de efetivação do direito da mulher de permanecer com o bebê, cuja proteção integral será garantida. Dentro dessa perspectiva, ações em rede, nos moldes da integralidade e da intersetorialidade, substituiriam as sentenças judiciais.

## 5. Conclusão

As alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988, no campo das entidades familiares e seus diversos direitos fundamentais, bem como no tocante à garantia da proteção integral à criança e ao adolescente, evidenciaram o dever do Estado de resguardar a família e seus membros. Nesse sentido, em uma ordem social hierarquizada que criminaliza as drogas e, consequentemente, estigmatiza os usuários pobres e moradores de rua, algumas famílias em situação de vulnerabilidade, majoritariamente monoparentais femininas, carecem de atenção prioritária. Deve-se garantir a efetividade do direito de escolha dessas mães, o respeito aos seus direitos sexuais e reprodutivos, bem como a convivência familiar e comunitária, de forma que a doutrina da proteção integral seja basilar para essa metodologia.

Para isso, é preciso haver uma mudança de paradigma, de modo que não ocorra, necessariamente, uma limitação dos direitos da mãe de ficar com o seu bebê pelos direitos fundamentais da criança. Defende-se a existência de um ponto de equilíbrio entre os direitos constitucionalmente protegidos de ambos e que eles, *a priori*, devem se efetivar de maneira complementar, visto que não existe mãe sem bebê, e nem bebê sem mãe.

Logo, entende-se ser imprescindível a realização de uma análise caso a caso, fora dos moldes de recomendações generalizantes que propõem um afastamento “automático”. Equipes técnicas multidisciplinares devem avaliar quais medidas são necessárias para garantir a convivência familiar e comunitária, os direitos reprodutivos das mães, assim como a proteção integral do bebê. Dessa forma, através da antecipação do cuidado e

por meio de ações em rede, criar-se-á um fluxo de informações capaz de atender às demandas de cada caso, evitando o futuro rompimento do vínculo mãe-bebê.

Contudo, nos contextos em que a suspensão temporária ou a ruptura dos laços familiares se mostra indispensável e urgente, apesar da articulação e estruturação de ações de enfrentamento, tais medidas devem ser realizadas em processo judicial que contemple o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Ressalta-se que a falta ou carência de recursos materiais por parte dos pais, eventualmente, demonstrada pela situação de rua, por si só não constitui motivo suficiente para o referido afastamento, conforme previsão expressa do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dessa forma, o caminho percorrido neste artigo demonstrou que se deve buscar prioritariamente a manutenção dos vínculos familiares biológicos, bem como deve-se minorar as intervenções do Poder Judiciário que determinam o afastamento das mães em situação de vulnerabilidade social e seus bebês, especialmente no que concerne às moradoras de rua, usuárias de drogas ou não. Para isso, propõe-se a substituição das políticas estatais obsoletas, desarticuladas e inefficientes por uma rede de serviços públicos que seja capaz de atenuar as desigualdades estruturais de supremacia de um gênero e uma classe, de forma que se efetive os direitos fundamentais dessas mulheres e dos seus filhos de maneira complementar.

## 6. Referências

A guerra às drogas falhou. Disponível em <http://www.opovo.com.br/app/opovo/vidaearte/2013/12/07/noticiasjornalvidaearte,3173469/a-guerra-as-drogas-falhou.shtml>. Acesso em: 13 mar. 2016.

CHACPE, Juliana Fernandes. Análise crítica sobre o instrumento da recomendação do Ministério Público ao Poder Executivo Federal. Disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10946](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10946). Acesso em: 08 mar. 2016.

COSTA. Florença Ávila de Oliveira; MARRA, Marlene Magnabosco. Famílias brasileiras chefiadas por mulheres pobres e monoparentalidade feminina: risco e proteção. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/psicodrama/v21n1/a11.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. *Cuidado e vulnerabilidade*, São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Ronaldo Coutinho. Iniquidade social no Brasil: uma aproximação e uma tentativa de dimensionamento. Brasília: 2003. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4205](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4205). Acesso em: 06 mar. 2016.

GOMES, Mônica Araújo e PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. Artigo publicado pela Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2004. In: *Ciência & Saúde Coletiva*, 10 (2). Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>. Acesso em: 22 mar. 2016.

GONÇALVES, Antonio Sérgio; GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. Redes de proteção social na comunidade: por uma nova cultura de articulação e cooperação em rede. 2009. Disponível em <http://www.neca.org.br/fumcad2009/2-enc-reg-01.09.09-texto-redes-isa.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: além do numerus clausus. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MENDES, Moacyr Pereira. A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à Lei nº 8.069/90. Dissertação de Mestrado (Direito), PUC/SP. São Paulo, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. A política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf). Acesso em: 13 mar. 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Nota Técnica nº 001 – SAS e SGEP, 2015. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica-%20diretrizes%20e%20fluxograma%20mulher%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

OBSERVATÓRIO DO CRACK. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/observatorio-crack>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WINNICOTT, Donald Woods. *Tudo começa em casa* São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*, 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renavan, 3<sup>a</sup> reimpressão, 2014.

## Legislação

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Dec. nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de novembro de 1990. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 22 mar 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de maio de 1993.

BRASIL, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de julho de 1990.

BRASIL, Lei Federal 13.146, 6 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Diário Oficial da União, Brasília, 7 de julho de 2015.

BRASIL, Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de setembro de 1990.

## Notas

1. Advogada, graduada pela Universidade Federal Fluminense – UFF/Niterói.
2. Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União, no dia 05 de outubro de 1988.

3. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).
4. Art. 100, par. único, I da Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).
5. Sobre a doutrina da proteção integral, temos em nosso ordenamento jurídico sua concretização pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme descreve o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária: “o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária incorpora, na sua plenitude, a “doutrina da proteção integral”, que constitui a base da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com essa doutrina jurídica, a criança e o adolescente são considerados “sujeitos de direitos”. A palavra “sujeito” traduz a concepção da criança e do adolescente como indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias que, na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos, subalternos ou meros “objetos”, devendo participar das decisões que lhes dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento”. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 25. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.
6. Convenção ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de novembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2016.
7. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, 2006, p. 21. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.
8. Acerca da distinção entre personalidade civil e capacidade de fato, preceitua Sílvio de Salvo Venosa: “todo ser humano é pessoa na acepção jurídica, aquela delineada no art. 1º do vigente diploma, todos a possuem. Trata-se da denominada *capacidade de direito*. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente. Nem todos os homens, porém, são detentores da *capacidade de fato*. Essa assim chamada capacidade de fato ou *exercício* é a aptidão para *pessoalmente* o indivíduo adquirir direitos e contrair obrigações. Sob esse aspecto entram em conta diversos fatores referentes à *idade* e ao *estado de saúde* da pessoa”. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo, 11ª ed. Atlas, 2011, p. 135.
9. LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: além do *numerus clausus*. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2016.
10. Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
11. Art. 226, § 8º – 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.
12. Arts. 19, § 3º; 34, § 1º; e 39, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
13. Art. 100 – Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

(...) *VII – intervenção mínima*: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; *VIII – proporcionalidade e atualidade*: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada. (Grifos nossos).

14. DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo, Atlas, 2009, p. 145.
15. Sobre a importância da convivência familiar e comunitária no crescimento e formação dos indivíduos, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária diz: “desde seu nascimento, a família é o principal núcleo de socialização da criança. Dada a sua situação de vulnerabilidade e imaturidade, seus primeiros anos de vida são marcados pela dependência do ambiente e daqueles que dela cuidam. A relação com seus pais, ou substitutos, é fundamental para sua constituição como sujeito, desenvolvimento afetivo e aquisições próprias a esta faixa etária. A relação afetiva estabelecida com a criança e os cuidados que ela recebe na família e na rede de serviços, sobretudo nos primeiros anos de vida, têm consequências importantes sobre sua condição de saúde e desenvolvimento físico e psicológico”. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 26. Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2016.
16. Acerca do tema, Mônica Araújo Gomes e Maria Lúcia Duarte Pereira entendem: “A gravidade do quadro de pobreza e miséria, no Brasil, constitui permanente preocupação e obriga a refletir sobre suas influências no social e, principalmente, na área de atuação junto da família, na qual as políticas públicas ainda se ressentem de uma ação mais expressiva. Para a família pobre, marcada pela fome e pela miséria, a casa representa um espaço de privação, de instabilidade e de esgarçamento dos laços afetivos e de solidariedade. Este estudo tem como objetivo apontar a vulnerabilidade da família pobre que, desassistida pelas políticas públicas, se vê impossibilitada de responder às necessidades básicas de seus membros, e de favorecer o aprofundamento do debate acerca da construção de alternativas para o fortalecimento da família. (...) A proteção integral à criança e ao adolescente, garantida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Brasil, 1990) em seu art. 4º, que tem a família, além da comunidade, da sociedade e do Poder Público, como uma das responsáveis pela proteção da sua prole, se vê, no entanto, no rumo inverso, uma vez que, alijada das mínimas condições socioeconômicas, sofre o processo da exclusão social. A injustiça social dificulta o convívio saudável da família, favorecendo o desequilíbrio das relações e a desagregação familiar”. GOMES, Mônica Araújo e PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. “Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas”. Artigo publicado pela Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2004, p. 357 e 360. In: Ciência & Saúde Coletiva, 10 (2). Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2>>. Acesso em: 22 mar. 2016.
17. WINNICOTT, Donald Woods. *A família e o desenvolvimento individual*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 129-138. WINNICOTT, Donald Woods. *Tudo começa em casa*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
18. Sobre o conceito de iniquidade social, Ronaldo Coutinho Garcia dispõe: “é a situação de uma sociedade particular, caracterizada por distribuição extremamente desigual da ren-

- da e do patrimônio (material e não-material), em que uma minoria populacional detém a maior parte destes e uma grande parte da população não alcança um patamar mínimo de existência com dignidade, quando isto seria possível com uma distribuição mais equitativa do patrimônio e da renda". GARCIA, Ronaldo Coutinho. Iniquidade social no Brasil: uma aproximação e uma tentativa de dimensionamento. Brasília; 2003, p. 14. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4205](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4205)>. Acesso em: 06 mar. 2016.
19. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, p. 30. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.
  20. Nota Técnica Nº 001 – SAS e SGEP. Ministério da Saúde, 2015. Disponível em <<http://www.defensoria.sp.gov.br/desp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica-%20diretrizes%20e%20fluxograma%20mulher%20situ%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.
  21. Para José Afonso da Silva, a expressão mais adequada seria *Direitos fundamentais do homem*, pois: "(...) além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 178.
  22. Art. 2º – A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.
  23. Art. 196 da Constituição Federal de 1988.
  24. Art. 1º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.
  25. Ponto 3 da Nota Técnica nº 001 – SAS E SGEP.
  26. A respeito das funções do Ministério Público, Paulo Gustavo Gonçalves Branco diz: "O Ministério Público, na Constituição de 1988 recebeu uma conformação inédita e poderes alargados. Ganhou o desenho de instituição voltada à defesa dos interesses mais elevados da convivência social e política, não apenas perante o Judiciário, mas também na ordem administrativa. Está definido como 'instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis' (art.127). A instituição foi arquitetada para atuar desinteressadamente na prossecução dos valores mais encarecidos da ordem constitucional".

- tucional". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártyres. *Curso de Direito Constitucional*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1141.
- 27. Art. 127 da Constituição Federal de 1988.
  - 28. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1996.
  - 29. Acerca desse tema, o inciso II do art. 6º da Lei Federal 13.146, de julho de 2015, (Estatuto da Pessoa com Deficiência) assegura a todos os cidadãos o exercício dos seus direitos sexuais e reprodutivos.
  - 30. Os espaços cerceadores de direitos e punitivos podem ser vistos sob a ótica de que esses mecanismos servem como um braço invisível do sistema penal e de sua seletividade. Ao introduzir-se as mulheres vulneráveis nesses espaços, aplica-se, na realidade, uma pena, através de uma restrição ao direito de liberdade continuado por uma imposição de sofrimento. Nesse sentido, oportunas são as lições de Eugenio Raúl Zaffaroni: "Assim, os órgãos penais ocupam-se em selecionar e recrutar ou em reforçar e garantir o recrutamento de desertores ou candidatos a instituições tais como manicômios, asilos, quartéis e até hospitais e escolas (em outras épocas, conventos). Este poder também se exerce seletivamente, de forma idêntica à que, em geral, é exercida por todo o sistema penal. Os órgãos do sistema penal exercem seu poder *militarizador e verticalizador-disciplinar*, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou "diferentes") mais incômodos ou significativos". ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renavan, 3<sup>a</sup> reimpressão, 2014, p. 23-24.
  - 31. Para Isa Maria F. Rosa Guará e Antonio Sérgio Gonçalves, a concepção de rede apresenta-se como: "aquela que articula intencionalmente pessoas e grupos humanos, sobretudo como uma estratégia organizativa que ajuda os atores e agentes sociais a potencializarem suas iniciativas para promover o desenvolvimento pessoal e social de crianças, adolescentes e famílias nas políticas sociais públicas". GONÇALVES, Antonio Sérgio; GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. Redes de proteção social na comunidade: por uma nova cultura de articulação e cooperação em rede. 2010, p. 3. Disponível em <http://www.neca.org.br/fumcad2009/2-enc-reg-01.09.09-texto-redes-isa.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.
  - 32. Quanto aos direitos sociais e o direito à saúde, José Afonso da Silva preceitua: "Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (...) Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde *comporta duas vertentes*, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: "uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positivista, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas". SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 286-287 e 309.
  - 33. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/observatoriocrack/cuidado/centro-pop.html>. Acesso em: 11 mar. 2016.

34. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/observatoriocrack/cuidado/centro-atencao-psicossocial.html>. Acesso em: 13 mar. 2016.
35. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/observatoriocrack/cuidado/consultorio-na-rua.html>>. Acesso em: 13 mar. 2016.
36. MINISTÉRIO DA SAÚDE. A política do Ministério da Saúde para a atenção integral a usuários de álcool e outras drogas. Disponível em <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns\\_alcool\\_drogas.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pns_alcool_drogas.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2016.
37. Acerca desse tema destaca-se: “A guerra às drogas começou nos anos 1970 quando o presidente americano Richard Nixon iniciou uma campanha, baseada na convenção da ONU de combate às drogas em 1962, com a intenção de erradicar as drogas no mundo. Assim, o ciclo – a repressão aumenta o preço da droga, que fortalece o tráfico, que estimula o consumo, que aumenta a repressão – foi globalizado. Não há controle de qualidade dos produtos e, em um mercado regulado apenas pelo lucro, resíduos se transformam em novas drogas, como no caso do crack. O consumo cresce desenfreadamente, o primeiro contato com as drogas ocorre cada vez mais cedo e os usuários não têm informação para evitar os abusos, aumentando o número de casos de dependência e overdose. Bihões são investidos em uma verdadeira guerra civil – a PM carioca é a única polícia do mundo que usa arma de guerra – que cobra um alto preço em vidas. Entre policiais, traficantes e inocentes vítimas de ‘bala perdida’ são dezenas de milhares de mortos todos os meses e mais centenas de milhares de presos. Porém, para os governantes, nem tudo é fracasso nessa guerra, por isso ela ainda se mantém, tem se mostrado uma ferramenta de controle social muito eficiente. Justifica a implantação de bases militares nas favelas, fundamenta o extermínio e o encarceramento em massa da juventude negra e pobre, enquanto a classe média consome livremente em condomínios fechados”. “A guerra às drogas falhou”. Disponível em <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/vidaearte/2013/12/07/noticiasjornalvidaearte,3173469/a-guerra-as-drogas-falhou.shtml>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

# **Civil, Consumidor e Processo Civil**



# Marco civil da internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro

Anderson Schreiber<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão no universo virtual. Redes sociais e *hate speech*. Determinismo tecnológico e o papel do direito. A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. 3. Posicionamento da jurisprudência brasileira anteriormente ao Marco Civil da Internet. A questão da identificação do terceiro. A importação do *notice and takedown*. 4. O artigo 19 do Marco Civil da Internet: flagrante retrocesso. Engessamento da tutela. Nem *notice*, nem *takedown*. Importação ou deturpação? 5. Inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet. Violação à garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, privacidade e imagem (CF, art. 5º, X). Violação ao princípio do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). Desrespeito à vedação de retrocesso. Inversão axiológica. 6. Uma proposta de salvação: interpretação conforme ao art. 5º, X, da Constituição da República. Exegese do art. 21 do Marco Civil da Internet. Identidade de fundamento. Desnecessidade de notificação judicial. 7. O problema da supressão. Outros remédios aplicáveis ao ambiente virtual: desidentificação, indexação adequada, contextualização. Direito ao esquecimento na internet. 8. A questão do conteúdo próprio. O caso Nissim Ourfali e o direito de arrependimento na postagem de conteúdo próprio. 9. Conclusão.

*Ó liberdade, quantos crimes se praticam em teu nome!*

Manon Roland

## 1. Introdução

Iracema Cristina, psicóloga de uma empresa comercial de grande porte, teve seu nome inserido, à sua revelia, em um site de encontros românticos. Ao lado do seu nome completo e do seu verdadeiro número de telefone de trabalho, o site veiculava a seguinte informação sobre Iracema: “pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual”.<sup>2</sup> Para obter a retirada do seu nome do site, Iracema precisou propor ação judicial, no âmbito da qual chegou a afirmar, em depoimento pessoal, que receava perder o emprego por conta da constrangedora exposição que vinha sofrendo.

Bem longe de mera brincadeira de mau gosto, perfis falsos e outras formas de divulgação de informação inverídica na internet podem gerar danos irreparáveis às pessoas que são vítimas da sua utilização. A divulgação de informações falsas ou difamatórias no universo virtual produz efeitos muito reais, que vão de simples desconfiança ao esfriamento de relações profissionais e pessoais, abrangendo, por vezes, medidas mais objetivas como o preterimento em promoção ou em entrevista de emprego, a demissão ou até a ruptura de relacionamentos afetivos. Vítimas frequentemente ficam marcadas pelo episódio e passam a ser vistas como pessoas descuidadas e displicentes, mesmo quando não tenham contribuído com seu comportamento para aquele resultado. O argumento do “tem um fundo de verdade”, tão corriqueiro na sociedade brasileira, não se dissipa com facilidade, e a supressão do conteúdo falso ou difamatório da internet revela-se apenas o primeiro passo de um longo caminho a ser percorrido pela vítima, na restauração da sua reputação.

Não bastasse isso, trata-se de um primeiro passo que encontra enorme resistência. A supressão das informações lesivas – mesmo nas hipóteses em que ostentam uma falta flagrante de veracidade – é medida evitada por muitas das empresas que exploram o ramo das redes sociais e dos sites de relacionamento. Afigura-se emblemático o caso de Adriana Valença, que viu fotos verdadeiras tiradas para um *book* irem parar na rede, em um perfil falso criado no Facebook, que, ao lado de seu número de celular, apresentava a informação de que Adriana era “garota de programa”. Adriana passou a receber ligações telefônicas de “clientes” interessados em contratar seus supostos serviços e passou a ser vista com suspeita por pessoas que a conheciam. Tentou, de toda forma, que o conteúdo falso fosse retirado do ar, enviando e-mails à rede social, mas afirma que não obteve sequer uma resposta. Restou-lhe a via judicial, com todos os custos e dispêndios envolvidos<sup>3</sup>.

Tais ações judiciais, que poderiam parecer simples e até desnecessárias em uma primeira análise, convertem-se, não raro, em intermináveis batalhas jurídicas. A necessidade de defesa da honra encontra, frequentemente, um obstáculo grandioso, que vem se tornando uma verdadeira bandeira da sociedade contemporânea: a liberdade de expressão no universo virtual.

## **2. Liberdade de expressão no universo virtual. Redes sociais e hate speech. Determinismo tecnológico e o papel do direito. A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro.**

A internet é usualmente vista como uma aliada da liberdade de expressão. Sua capacidade de “amplificar” o alcance das manifestações individuais é frequentemente apontada como um estímulo à livre circulação das ideias. As redes sociais, por exemplo, estariam, no dizer de muitos teóricos da tecnologia, criando um novo espaço público,

onde a livre manifestação das opiniões tenderia a alcançar níveis quase arcadianos. A internet representaria, assim, uma renovada esperança de realização da democracia, com a criação de um ambiente plenamente aberto às discussões éticas, culturais, políticas e de outras tantas espécies<sup>4</sup>.

Uma visita rápida às redes sociais mais acessadas do mundo (Facebook, Twitter etc.) revela uma realidade menos entusiasmante. Longe de um idílico fórum de debates, o que se vê ali, com maior frequência, é um desfile de manifestações unilaterais que não parecem compor um efetivo diálogo. As mensagens divulgadas em redes sociais acabam assumindo, muitas vezes, um caráter unilateral, quase publicitário, de autoafirmação da identidade criada pelo emissor, que as fazem soar tão pouco abertas ao debate quanto “as mensagens iconoclastas coladas nos vidros dos carros”<sup>5</sup>. De outro lado, o público – composto pelos “amigos” ou “seguidores” ou “amigos dos amigos” ou simplesmente gente que “você talvez conheça” – normalmente desempenha um papel mais passivo, concentrado quase sempre sobre atos minimalistas como “curtir” ou “compartilhar”, e só mais raramente se dispondo a discutir, de fato, as ideias veiculadas. Para alguns pensadores, o público da internet não é construído e buscado como um efetivo interlocutor, mas representa, muitas vezes, mero certificador instrumental da existência do emissor da mensagem e da sua própria capacidade de “publicar” sua opinião. Nas palavras de Francis Jauréguiberry, “os outros são procurados com o único propósito de atestar, estimular e bajular os eus virtuais dos internautas”<sup>6</sup>.

O almejado desempenho dessas redes sociais como espaço de livre discussão de ideias é, de certa forma frustrante. Sua prometida contribuição para a política – no seu sentido genuíno de discussão dos assuntos relativos aos cidadãos e ao exercício da cidadania – é pequena ou, na opinião de alguns autores, até mesmo negativa, na medida em que a emissão espasmódica de “opiniões políticas” nas redes sociais acaba também por esvaziar, por meio de uma espécie de desabafo público cibernético, a ânsia de alteração do real. Desse modo, como alerta Thomas Frank, “a política se torna basicamente um exercício de autoterapia individual, uma realização individual, não um esforço voltado à construção de um movimento”<sup>7</sup>. A tecnologia que prometia intensificar a democracia periga se converter em mecanismo de preservação do *status quo*. Vislumbra-se o risco daquilo que Zygmunt Bauman denomina uma “dispensa honrosa da política do real”:

Os servidores engolem e armazenam as marcas de dissensão e protesto para que a política líquido-moderna possa ir em frente sem sofrer influências nem interrupções – substituindo o confronto e a argumentação por frases descontextualizadas e oportunidades para fotos. (...) quando a discordância viaja em direção a armazéns eletrônicos, ela é esterilizada, neutralizada e tornada irrelevante (...) A política real e a política virtual correm em direções opostas, e a distância entre ambas cresce na proporção em que

a autossuficiência de cada uma se beneficia da ausência da companhia da outra<sup>8</sup>.

À parte essas preocupações de caráter mais genérico e abstrato, parece inegável que a comunicação virtual assume frequentemente um caráter autocêntrico, que acaba por conduzir, em muitos casos, a radicalizações e extremismos. No cenário brasileiro, por exemplo, não se pode desconsiderar o amplo volume de manifestações ofensivas (incluindo xingamentos e outras deselegâncias) que povoam as redes sociais. Nem se deve ignorar o papel da comunicação virtual na extremização dos embates que cercaram a última eleição presidencial brasileira (2014), especialmente no segundo turno, em que acabou elevada a níveis de perigo real a agressividade das manifestações virtuais de partidários de ambos os candidatos – e até de pessoas que se mostram politicamente pouco engajadas na vida real. E, se é verdade que, um ano antes das referidas eleições, as redes sociais vinham sendo festejadas como *locus* de mobilização política, por terem servido de instrumental importante nas manifestações de junho de 2013, também é verdade que tais manifestações se caracterizaram justamente pela ausência de pleitos definidos, reunindo pessoas mais em torno de um sentimento geral e difuso de insatisfação e revolta que propriamente em torno de objetivos práticos a serem alcançados. Daí talvez a associação involuntária dessas manifestações com o vandalismo que delas irrompia como elemento francamente minoritário, mas constante (vandalismo que, como toda explosão de violência, reflete o sentimento bruto que não consegue se “comunicar” em projetos reais), e a sensação geral de que, ao fim e ao cabo da onda de mobilização, “nada aconteceu”, “nada mudou”, haja vista a ausência de consequências concretas perceptíveis e seguramente esperadas diante da grandiosidade do mote segundo o qual “o gigante acordou”. As mobilizações cessaram de modo tão abrupto e repentino quanto se iniciaram, como se tivessem sido “desplugadas” ou “desconectadas” da rede, com a velocidade típica dos “cliques”, confirmando, de certo modo, a tese de Bauman, para quem “a ‘rede’ parece, de maneira perturbadora, uma duna de areia soprada pelo vento e não um canteiro de obras onde se poderão estabelecer vínculos sociais confiáveis”<sup>9</sup> ou – acrescente-se – exercer uma liberdade política voltada à obtenção de reais transformações da sociedade.

O problema não se resume, contudo, a uma ausência de efetividade concreta da propalada liberdade de expressão no universo virtual, mas atinge a própria essência da liberdade de expressão, na medida em que as novas formas de comunicação na internet, se aparentemente incentivam o exercício dessa liberdade, em cada vez maior medida também a oprimem. Não há aqui um paradoxo. O extremismo e o radicalismo – fruto do caráter individualista que vem se ampliando nesses novos ambientes comunicativos – descambam, não raro, para agressões verbais, rotulações estigmatizantes e discursos de ódio que se espalham pela rede. A ideia de que a internet é um espaço de

máxima liberdade – imune, por sua ausência de base geográfica, a controles normativos ou governamentais – contribui, em certa medida, para novas formas de opressão, como o *bullying* virtual e o chamado *online hate speech*, revelando o que tem sido chamado de *dark side* das redes sociais: seu crescente papel na propagação do ódio<sup>10</sup>.

Dante dessas novas formas de opressão, há quem se conforme, dizendo que a internet é assim mesmo<sup>11</sup>; quem quiser que se mantenha distante do mundo virtual. A abstinência virtual, todavia, não representa uma alternativa concreta para as novas gerações, que não se limitam a utilizar as redes sociais para fins de dileção, mas que *precisam* acessá-las também para obtenção de utilidades que transcendem o lazer, como, por exemplo, ter acesso a avisos de representantes de turma em escolas e faculdades ou, ainda, a dados de eventos voltados ao público jovem, que, muitas vezes, são divulgados exclusivamente via redes sociais. A abstinência virtual não é uma solução satisfatória, na medida em que, embora menos violenta que as agressões virtuais, representa igualmente uma forma de exclusão e, portanto, de aniquilamento da liberdade de expressão, dentre outras liberdades.

O único caminho, portanto, é a aplicação de normas que assegurem que a liberdade de expressão não seja exercida em desfavor de si própria. Como já se disse no passado em relação à liberdade de contratar<sup>12</sup>, também a liberdade de expressão é “autofágica”, no sentido de que, em qualquer ambiente em que haja desigualdade de forças, a liberdade de expressão do mais forte tende a subjugar a liberdade de expressão do mais fraco. Em cenários desiguais, a ausência de normas não costuma resultar em maior liberdade, mas, ao contrário, em *mera aparência de liberdade*, na medida em que a omisão normativa beneficia tão somente aqueles que, detendo maior poderio econômico e técnico, se veem, finalmente, livres para perseguir seus interesses sem precisar respeitar regras instituídas no interesse da sociedade como um todo.

É preciso compreender que o ambiente virtual, ao menos em seu desenho atual, não configura um *locus* paradisíaco para o encontro de indivíduos dispostos a debater livremente suas ideias, mas consiste, antes de tudo, em um espaço de atuação do mercado. Como lembra Marvin Ammori, os integrantes dos departamentos jurídicos de empresas como Google e Twitter *have business reasons for supporting free expression*<sup>13</sup>. Sites de relacionamento e redes sociais são um bem sucedido modelo de negócios que, sob a aparência de entretenimento quase distraído, esconde uma indústria de cifras significativamente maiores que a própria mídia tradicional. Esse é um aspecto que não pode simplesmente ser desconsiderado em debates envolvendo a aplicação de normas jurídicas ao espaço virtual.

A ideia de que a internet deve ser um espaço livre da incidência de qualquer espécie de norma representa, hoje, uma proposta essencialmente romântica<sup>14</sup>. Manter a internet longe das balizas do Direito significa entregá-la ao comando do mercado: seu desenvolvimento deixará de ser guiado pelas normas jurídicas para navegar ao sabor

dos interesses das grandes indústrias, o que seguramente não corresponde à visão de futuro daqueles que propugnam a mais absoluta liberdade na rede<sup>15</sup>. Enxergar o Direito como inimigo da liberdade é um equívoco metodológico profundo, na medida em que só em um ambiente normatizado o exercício da liberdade pode ocorrer sem o receio dos abusos, que representam a sua própria negação.

Voltemos ao caso de Iracema Cristina, que temia perder seu emprego por conta de um perfil falso que a difamava, ou ainda de Adriana Valença, que, rotulada na internet como “garota de programa”, passou a ser vista com suspeita no seu meio social mais próximo. A percepção do impacto devastador que a veiculação de material sobre uma determinada pessoa na internet pode produzir em sua vida real é apenas uma das muitas circunstâncias que confirmam a necessidade de aplicação das regras jurídicas ao mundo virtual. A internet não pode representar uma bolha de irresponsabilidade dentro da vida em sociedade.

Era o que já vinha sendo percebido pelos tribunais brasileiros, antes da promulgação do Marco Civil da Internet, em uma série de processos judiciais envolvendo vítimas de conteúdo veiculado por terceiros em redes sociais e sites de relacionamento. Para avaliar o tratamento reservado a essa matéria pelo Marco Civil da Internet, mostra-se imprescindível compreender qual era o estado da nossa jurisprudência anteriormente à promulgação da nova lei.

### **3. Posicionamento da jurisprudência brasileira anteriormente ao Marco Civil da Internet. A questão da identificação do terceiro. A importância do *notice and takedown*.**

A responsabilidade civil por veiculação na internet de conteúdo gerado por terceiros era tema que despertava intensos debates nos tribunais brasileiros anteriormente à promulgação da Lei nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet. Enquanto vítimas de conteúdo inverídico ou difamatório buscavam reparação, sociedades empresariais, proprietárias de redes sociais e sites de relacionamentos, sustentavam que não podiam ser responsabilizadas por conteúdo inserido por outros usuários, uma vez que lhes seria impossível monitorar todo o material inserido em seus sites.

Embora o quadro jurisprudencial fosse, ainda, muito diversificado, e não se pudesse falar em posições unânimes ou consolidadas, o exame das decisões judiciais brasileiras revelava uma firme marcha rumo à superação da tese da irresponsabilidade das sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamento. Tais proprietárias – que, no afã de afastar sua responsabilidade, preferem se autodenominar meras “gestoras”, mas que, em verdade, são juridicamente proprietárias da marca, do endereço eletrônico, do espaço publicitário e de tudo o mais que compõe a rede social – vinham sofrendo, Brasil afora, condenações por danos decorrentes de conteúdos

postados por usuários de seus sites. Tais decisões fundavam-se ora no defeito do serviço prestado (CDC, art. 14) – fundamento que depende da caracterização da relação entre usuários e redes sociais como uma relação de consumo<sup>16</sup> –, ora na configuração da exploração da rede social como uma atividade de risco (Código Civil, art. 927, parágrafo único), tendo em vista o elevado potencial de danos inerente à criação de um espaço onde o conteúdo inserido assume dimensão pública, sem qualquer espécie de filtragem prévia<sup>17</sup>.

Sem desconhecer nem desconsiderar a dificuldade técnica de monitoramento de todo o conteúdo postado, os tribunais brasileiros vinham apontando medidas que poderiam ser adotadas pelas proprietárias de redes sociais para prevenir ou atenuar os danos causados, como a identificação do indivíduo que divulga o conteúdo falso ou difamatório. Em caso envolvendo vítima de perfil falso no Orkut, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu:

Ainda que se considere a dificuldade de se fiscalizar os conteúdos de tudo o que é lançado nas páginas do Orkut, como sustenta a empresa ré, é possível verificar a procedência das informações, conforme, inclusive, foi feito após a apresentação desta apelação (...) logo, se a ré possui meios, como comprovou tardivamente, de identificar o autor da ofensa, e não o fez, responderá pelo anonimato deste, restando claro o dever de compensar o dano sofrido”<sup>18</sup>.

Em outro caso de perfil falso – envolvendo dessa vez uma vítima que, ao lado da exibição do seu número verdadeiro de telefone, foi descrita como uma mulher “na idade da loba, faminta por sexo” – o mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi mais longe, concluindo que a identificação do terceiro que divulga o conteúdo lesivo não exime de responsabilidade a empresa proprietária do site:

A indicação, pelo demandado, do usuário que promoveu a inclusão do aludido falso perfil não afasta sua responsabilidade que, *in casu*, é objetiva. Cabe ao fornecedor desenvolver mecanismos de proteção com vistas a evitar fraudes, notadamente quando as ocorrências, como a descrita nestes autos, tornam-se frequentes, retirando-lhes o caráter de caso fortuito”<sup>19</sup>.

De modo geral, nossas cortes vinham entendendo que as sociedades empresárias que criam e exploram de algum modo redes sociais devem ser consideradas responsáveis pelos danos causados às vítimas de conteúdo lesivo. Não apenas porque proporcionam, como aspecto inerente à sua atividade, um espaço de propagação das mensagens dos seus usuários, mas também porque obtêm ganhos econômicos a partir da

exploração direta ou indireta desse espaço comunicativo. Confira-se, nesse sentido, a tônica dada à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual”<sup>20</sup>.

Mesmo as decisões que prestigiam a dificuldade técnica de monitoramento prévio do conteúdo postado nas redes sociais, não concluíam, em sua maioria, pela irresponsabilidade das empresas, mas sim por uma espécie de responsabilidade *condicionada*, deflagrada tão somente a partir do momento em que, comunicada da existência do material lesivo, deixava de adotar providências para retirar o referido material de seu site. Confira-se nessa direção o seguinte acórdão proferido pela 4<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em outro caso versando sobre perfil falso no Orkut:

No caso vertente e numa primeira análise, comungo do entendimento da doura magistrada no sentido da impossibilidade de o provedor hospedeiro proceder à devida verificação prévia das 40 milhões de páginas existentes no Orkut. Isto numa primeira análise. No entanto, se assim é, não há dúvida de que, sendo solicitada a exclusão do perfil, aí então tem o provedor a obrigação de excluí-lo se falso e ofensivo à honra do retratado”<sup>21</sup>.

Por essa via transversa, começou a adentrar a realidade brasileira a chamada teoria do *notice and takedown*. Inspirada no *Digital Millennium Copyright Act*, a referida teoria nasce no campo do direito autoral, para criar uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Com a notificação, o controvertido dever geral de monitoramento permanente da rede transforma-se em uma obrigação específica de agir, que não poderia mais ser afastada pelo argumento da inviabilidade prática de monitoramento e que, se atendida, isentaria o notificado de responsabilidade civil<sup>22</sup>.

A importação da teoria do *notice and takedown* para o campo da responsabilidade civil por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro representaria, sob certo ângulo, uma fissão no sistema brasileiro de responsabilidade civil. O responsável sómente seria considerado como tal se, após comunicado, deixasse de agir para impedir

a perpetuação do dano. Tratar-se-ia de uma espécie de responsabilidade civil *ex post*, posterior ao início da produção do dano, voltada a impedir que o dano se propagasse. É evidente que, na prática, tal importação significaria que o dano sofrido pela vítima durante o período anterior à notificação permaneceria sem resarcimento (ou somente poderia ser resarcido pelo terceiro gerador do conteúdo, quase sempre anônimo ou, mesmo quando identificado, não localizável ou incapaz – jurídica ou economicamente – de arcar com indenização ou tecnicamente inapto a adotar alguma outra medida apta a mitigar os efeitos da lesão sofrida pela vítima). O *notice and takedown* estabeleceria, nesse sentido, uma espécie de “imunidade” do proprietário do site até o momento da notificação, deixando sem reparação, ao menos, uma parte do dano sofrido pela vítima<sup>23</sup>, o que poderia suscitar alegações de afronta ao princípio da reparação integral.

Por outro lado, os efeitos práticos da importação mostravam-se promissores. A imunidade prometida estimularia, ao menos em tese, uma atuação mais proativa dos proprietários de redes sociais, que teriam, no momento da notificação, a oportunidade de avaliar o conteúdo postado pelo terceiro e decidir se seria ou não o caso de adotar medidas para sua retirada do site (a exemplo do que a maioria de tais empresas já faz em relação à pornografia infantil), contribuindo para um ambiente virtual mais sadio, respeitador dos direitos fundamentais do ser humano, sem a necessidade de impor à vítima o recurso ao Poder Judiciário que, além de custoso, requer tempo incompatível com a rápida difusão do conteúdo ofensivo pelo mundo virtual. Esse “estímulo” a uma atuação proativa não se afigurava, contudo, isento de controvérsias. Em sua pátria de origem, o *notice and takedown* é alvo de críticas por conta de uma espécie de “efeito resfriador” (*chilling effect*) que seu uso abusivo pode provocar no exercício da liberdade de expressão<sup>24</sup>. Tais críticas, todavia, atrelam-se normalmente às notificações fundadas na proteção de direitos autorais, que, por sua própria natureza, acabam exercendo um papel defensivo da indústria do entretenimento, minando formas de expressão artísticas típicas do ambiente virtual, como os *melânges*, sampleamentos e colagens. Em matéria de tutela dos direitos fundamentais à honra, à privacidade e à imagem da pessoa humana, o argumento do “efeito resfriador” da liberdade de expressão não é apenas menos usual, mas também menos convincente, ao menos na maior parte dos casos concretos, que envolvem divulgação não-autorizada de imagens íntimas, mensagens discriminatórias, incitações ao ódio, xingamentos grosseiros e outras situações em que o exercício da liberdade de expressão revela-se nitidamente abusivo.

De todo modo, o próprio mecanismo do *notice and takedown*, quando adotado por um ordenamento jurídico, deve conter contracautelas para evitar sua utilização abusiva e garantir seu funcionamento efetivo. Nos Estados Unidos, por exemplo, a notificação deve conter requisitos mínimos (identificação do conteúdo violador de direitos autorais, dados de contato do notificante etc.) e há expressa previsão de contra notificação por parte do alegado violador dos direitos autorais, além de prazos para a atuação do

proprietário do site<sup>25</sup>. O perigo de uma incorporação jurisprudencial do *notice and takedown* no Brasil residia precisamente na sua “incorporação pela metade”. Como sói acontecer entre nós, especialmente em matéria de responsabilidade civil, incorporava-se a “ideia” do instituto sem a compreensão prévia e o consequente acolhimento dos seus múltiplos aspectos<sup>26</sup>. O espaço restrito do julgamento de um caso concreto não permitia um desenvolvimento detalhado do funcionamento integral do instituto e, assim, a noção de *notice and takedown* começava a fazer estrada na nossa jurisprudência, sempre com a melhor das intenções, mas de forma algo arriscada. Um mecanismo essencialmente procedural começava a aparecer nas nossas decisões judiciais sem um procedimento regulado, sem previsão de contra notificação e de outras garantias que o cercavam em sua origem, resultando em uma versão deformada do instituto original, amparada mais no argumento de autoridade da experiência norte-americana que propriamente na compreensão dessa experiência e na sua adequação ao cenário brasileiro, naturalmente diverso e peculiar.

A iminência de discussão do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet prometia, entretanto, afastar esses riscos. O que se esperava do Poder Legislativo, nesse momento crucial, é que atuasse de maneira isenta e eficiente, detalhando o funcionamento do *notice and takedown* de modo a criar um efetivo mecanismo de solução de conflitos para a internet no Brasil. Infelizmente, o que acabou ocorrendo foi justamente o contrário.

#### **4. O artigo 19 do Marco Civil da Internet: flagrante retrocesso. Engessamento da tutela. Nem notice, nem takedown. Importação ou deturpação?**

Em vez de disciplinar o *notice and takedown*, instituindo garantias recíprocas e assegurando a eficiência do seu funcionamento, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 – conhecida como Marco Civil da Internet –, estabeleceu um mecanismo extremamente engessado, que cria uma proteção intensa para as sociedades empresárias que exploram redes sociais e reduz o grau de proteção que já vinha sendo fixado pela jurisprudência brasileira para os usuários da internet. Confira-se a redação do art. 19 da Lei nº 12.965:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

A redação do dispositivo já se inicia mostrando para qual lado da balança pende o seu conteúdo. Em uma seção que se intitula “*Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*”, o art. 19 principia por uma inusitada afirmação de propósito, que invoca os valores da liberdade de expressão e da vedação à censura, valores que, assim, em abstrato, advogariam contra a própria ideia de responsabilidade. Toda a discussão sobre responsabilidade surge exatamente quando o exercício da liberdade de expressão viola direitos fundamentais da vítima, revelando-se abusivo – porque contrário à própria finalidade da liberdade de expressão – ou ilegítimo – porque afronta, em um raciocínio ponderativo, a esfera de proteção de outros direitos de igual hierarquia, naquela situação concreta específica. Os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem, entre outros) também são tutelados pela Constituição brasileira, em patamar axiológico não inferior à liberdade de expressão, de modo que recordar apenas “um lado da moeda”, já no início do art. 19, representa má técnica legislativa e uma preocupante advertência sobre o que estava por vir.

Em seguida ao seu inusitado início, o art. 19 declara que o “provedor de aplicações da internet” – assim o Marco Civil denomina aquele que oferece um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII), cedendo à já mencionada terminologia que oculta o aspecto proprietário – “*somente* poderá ser responsabilizado civilmente” – o termo “*somente*” já revelando aí uma visão restritiva da sua responsabilidade civil – por “danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” se, “após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

A menção à “ordem judicial” golpeia de morte toda a inspiração do *notice and takedown*. Como já se destacou, a limitação legal à responsabilidade civil dos chamados “provedores de aplicações” somente pode se justificar como estímulo à sua atuação proativa, capaz de evitar a propagação do dano independentemente do tempo e custo necessários à propositura de uma ação judicial. Se a vítima da lesão ao seu direito fundamental precisa recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando uma ordem judicial, a ser expedida à empresa, o art. 19 lhe é inteiramente inútil pela simples razão de que a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre existiu no direito brasileiro e o descumprimento de ordem judicial, independentemente de qualquer consideração sobre responsabilidade civil, configura crime de desobediência (CP, art. 330).

Pior: na dicção literal do art. 19, o descumprimento de ordem judicial passa a ser condição necessária para a responsabilização dos provedores. Nesse contexto, a propositura de ação judicial deixa de ser mero instrumento de proteção dos direitos da vítima e de obtenção da reparação para se tornar uma condição *sine qua non* da responsabilidade civil. A vítima, que antes propunha ação judicial como seu último recurso,

para obter a responsabilização do réu, agora *precisa* propor a ação judicial e pleitear a emissão de uma ordem judicial específica, para que, só então e apenas em caso de descumprimento da referida ordem judicial, a proprietária do site ou rede social possa ser considerada responsável. Em uma realidade cada vez mais consciente do abarrotamento do Poder Judiciário, a Lei 12.965 toma a contramão de todas as tendências e transforma a judicialização do conflito em medida necessária à tutela dos direitos da vítima no ambiente virtual, ambiente no qual, pela sua própria celeridade e dinamismo, os remédios judiciais tendem a ser menos eficientes e, portanto, mais criticados.

A verdade é que, muito ao contrário de proteger a vítima com um sistema mais eficiente de tutela dos seus direitos fundamentais, o art. 19 tutela as empresas que exploram a rede, pois ainda exige que a ordem judicial seja “específica” – abrindo espaço para alegações de falta de especificidade que autorizariam o seu descumprimento<sup>27</sup> – e restringe a necessidade do seu cumprimento a providências que devam ser adotadas “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço” – abrindo mais uma porta à entrada de argumentos que afastariam a necessidade de cumprimento da ordem judicial, aqui com a circunstância agravante da remissão às questões técnicas, que os réus nessa espécie de ação judicial costumam conhecer com maior detalhamento que os membros do Poder Judiciário, já que dizem respeito aos meandros do próprio negócio desenvolvido pela empresa.

Talvez no afã de amenizar o flagrante retrocesso, o § 3º do art. 19 declara que “as causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais”. O prêmio de consolação não afasta o inconveniente da imposição de recurso ao Poder Judiciário para deflagração da responsabilidade civil dos “provedores de aplicações”, nem representa um prêmio efetivo, na medida em que, mesmo antes da edição da Lei nº 12.965, as vítimas de conteúdo lesivo já contavam com essa possibilidade, bastando que não indicassem como valor pleiteado, a título de danos morais, montante superior ao teto dos juizados especiais, sendo certo, ainda, que, na praxe brasileira, é rara a indicação do montante do dano moral, optando a maior parte dos advogados por deixar tal aferição a critério do juiz, evitando-se o reflexo do valor pleiteado sobre o cálculo de custas judiciais e, eventualmente, de honorários sucumbenciais. O § 3º do art. 19, portanto, não traz qualquer benefício às vítimas de danos que já não estivesse à sua disposição no cenário anterior à edição do Marco Civil da Internet.

Em suma, para os usuários da internet e pessoas humanas que possam ser afetadas por conteúdo lesivo aos seus direitos fundamentais, o art. 19 não traz qualquer benefício. Muito ao contrário, representa um flagrante retrocesso se comparado aos caminhos que vinham sendo trilhados pela jurisprudência brasileira nessa matéria. Trata-se

de uma norma de blindagem das sociedades empresárias que exploram serviços de internet, em especial por meio de redes sociais e outros espaços de comunicação virtual. No cenário mundial, trata-se de uma proteção muito maior à indústria da internet que a existente em países de tradição na proteção de interesses comerciais na rede, como é o caso dos Estados Unidos. Sob o prisma da técnica jurídica, tem-se uma deturpação profunda do mecanismo do *notice and takedown*, que acaba por remeter os conflitos de volta ao já abarrotado Poder Judiciário, afastando-se de tal modo daquele instituto que não se consegue compreender como os especialistas em direito à internet continuam a falar em incorporação da matéria pelo Marco Civil da Internet. Para o art. 19, nem basta a *notice*, nem levará ao *takedown* porque o que o dispositivo faz é criar ressalvas e embaraços ao efetivo cumprimento da ordem judicial. A norma assegura às vítimas de danos menos do que elas já tinham pelo sistema geral de responsabilidade civil e engessa a tutela dos direitos fundamentais, retrocedendo em relação ao que os tribunais já vinham concluindo nesse campo.

A pergunta que resta é a seguinte: com todos os seus defeitos, o art. 19 do Marco Civil da Internet é apenas uma norma ruim ou é inconstitucional? A discussão não é simples sob o ponto de vista técnico-jurídico, mas um exame aprofundado conduz à conclusão de sua inconstitucionalidade.

## **5. Inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet. Violação à garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, privacidade e imagem (CF, art. 5º, X). Violação ao princípio do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). Desrespeito à vedação de retrocesso. Inversão axiológica.**

Em primeiro lugar, em se tratando de conteúdo lesivo a direitos fundamentais do ser humano, o art. 19 da Lei nº 12.965 viola a Constituição da República por condicionar a reparação dos danos daí derivados à propositura de ação judicial e à emissão de ordem judicial específica. O texto constitucional assegura a plena e integral reparação de danos morais ou patrimoniais decorrentes da violação à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas humanas, em seu art. 5º, inciso X:

Art. 5º. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, o estabelecimento pelo legislador infraconstitucional de qualquer condicionante à tutela desses direitos fundamentais não pode ser admitida, conforme já vem

sustentando nossos tribunais no exame de convenções internacionais que preveem o tabelamento de indenizações, notadamente no campo de acidentes aéreos. A criação, por lei ordinária, de condicionantes ou limites à responsabilidade civil por violação a esses direitos afigura-se inconstitucional, na medida em que restringiriam uma tutela que o Constituinte quis plena e integral, a ponto de enunciá-la sem qualquer menção à atuação ulterior do legislador. Assim, ao condicionar a reparação do dano decorrente de violações que podem atingir a honra, a privacidade e a imagem da pessoa humana ao prévio ajuizamento de demanda judicial, o art. 19 da Lei nº 12.965 afronta o art. 5º, X, da Constituição da República. O contra-argumento de que a condicionante se aplica apenas às empresas proprietárias de sites e redes sociais, conservando a vítima o direito de pleitear reparação perante o terceiro que divulga inicialmente o conteúdo, é quase ficcional, na medida em que, como já destacado, a própria identificação do terceiro depende da atuação das referidas empresas e, mesmo quando ocorre a identificação, a chance de obtenção da reparação não apenas é reduzida por circunstâncias recorrentes no ambiente virtual (ausência de identificação da localização do indivíduo, insuficiência patrimonial do usuário etc.), mas também acaba se limitando a indenizações em dinheiro, quando aquelas empresas contam com meios técnicos bem mais eficazes para evitar a propagação do dano (supressão do conteúdo lesivo, desidentificação da vítima etc.)<sup>28</sup>.

O art. 19 da Lei nº 12.965 viola, portanto, o art. 5º, X, da Constituição brasileira, o que já bastaria para concluir pela sua inconstitucionalidade. Pode-se, todavia, acrescentar a esse fundamento outros que corroboram a divergência entre o art. 19 do Marco Civil da Internet e o tecido constitucional. Por exemplo, a exigência de prévio ajuizamento de ação judicial e emissão de ordem judicial específica como requisitos para a responsabilização afrontam, de certo modo, também o inciso XXXV do art. 5º<sup>29</sup>, na medida em que a garantia de acesso ao Judiciário, em leitura substancial, consiste em direito da vítima, nunca em dever. Ao impor o recurso ao Judiciário como condição imprescindível à reparação do dano sofrido, o art. 19 da Lei nº 12.965 deturpa o sentido do art. 5º, XXXV, afrontando-o em sua dimensão substancial.

O dispositivo viola também o chamado “princípio da vedação de retrocesso”, na medida em que, ao condicionar a tutela de tais direitos ao recebimento de “ordem judicial específica”, retrocede em relação ao grau de proteção que já era assegurado pela jurisprudência brasileira, que vinha considerando os réus responsáveis por tais danos se deixassem de agir após comunicação de qualquer espécie (extrajudicial, portanto, e inclusive por meio eletrônico)<sup>30</sup>. A diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais encontra obstáculo na referida vedação de retrocesso, noção já amplamente desenvolvida no campo do Direito Público<sup>31</sup>, mas que é também aplicável ao Direito Privado, especialmente na experiência jurídica brasileira que se desprende progressivamente da arcaica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado para encontrar

na máxima realização dos valores constitucionais o norte reunificador do seu sistema jurídico<sup>32</sup>.

A inconstitucionalidade do art. 19 é reforçada, ainda, por uma profunda inversão axiológica que se extrai do próprio dispositivo. De fato, o § 2º do art. 19 cria uma exceção à regra do *caput*, determinando que a aplicação da norma de proteção dos provedores – que determina a limitação da sua responsabilidade civil aos casos de descumprimento de ordem judicial específica – não se aplica às infrações de direitos autorais ou conexos, hipótese que fica a depender de “previsão legal específica”. Confira-se o disposto no § 2º do art. 19:

Art. 19 (...)

§ 2º. A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Como se vê, a aprovação do Marco Civil da Internet criou a seguinte situação no direito brasileiro: se o conteúdo postado por terceiro ofende direitos autorais ou conexos, o provedor de aplicações não pode invocar o art. 19, valendo, portanto, as normas gerais de responsabilidade civil, segundo as quais a responsabilidade é integral – e não expressamente limitada às hipóteses de inação após ordem judicial específica –, podendo, no máximo, o provedor obter uma interpretação judicial que, calcada na tendência jurisprudencial anterior à edição da Lei nº 12.965, estabeleça como marco inicial da sua responsabilização o momento em que, tomando ciência *por qualquer meio* (notificação extrajudicial, comunicação eletrônica etc.) do conteúdo lesivo aos direitos autorais ou conexos, o provedor deixa de agir para impedir a propagação da lesão. Em outras palavras, com a promulgação da Lei nº 12.965, o mecanismo de proteção aos direitos autorais tornou-se mais simples, célere e eficiente que aquele reservado à tutela dos direitos fundamentais do ser humano (honra, privacidade, imagem etc.), a qual passa a ser dependente, para a própria deflagração da responsabilidade civil, de recurso ao Poder Judiciário e de emissão de ordem judicial específica. Tem-se aqui verdadeira inversão axiológica, na medida em que os direitos autorais e conexos – também, portanto, aqueles de conteúdo exclusivamente patrimonial – passam a contar com um instrumento de tutela mais forte, célere e efetivo que os direitos fundamentais do ser humano, aos quais a Constituição brasileira atribui maior importância senão hierárquica, ao menos axiológica, como se vê da expressa menção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III). Tal inversão afronta a Constituição, resultando, de modo inequívoco, na inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet.

## **6. Uma proposta de salvação: interpretação conforme ao art. 5º, X, da Constituição da República. Exegese do art. 21 do Marco Civil da Internet. Identidade de fundamento. Desnecessidade de notificação judicial.**

Em síntese, são variados os caminhos que conduzem à conclusão de que o art. 19 do Marco Civil da Internet não consiste apenas em uma norma ruim, mas sim em dispositivo inconstitucional nulo de pleno direito. Para salvar o art. 19 da inconstitucionalidade seria necessário interpretá-lo em conformidade com a tutela plena e integral dos direitos da personalidade, assegurada no art. 5º, X, da Constituição. Tal interpretação poderia ser obtida por meio de uma leitura que aproximasse o art. 19 da Lei nº 12.965 de outro dispositivo do Marco Civil da Internet, qual seja, o art. 21. Ali, o legislador ocupou-se de tema específico: veiculação de material contendo “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

A doutrina vem tratando do dispositivo sob a nomenclatura de “pornografia de vingança”, na esteira das fontes norte-americanas. A rotulação é, a rigor, imprópria, pois a literalidade da norma alude a cenas de nudez e sexo independentemente da motivação que tenha levado à sua divulgação. O norte americanismo é perdoável desde que não conduza a uma interpretação restritiva da norma. A rigor, o art. 21 não chega tampouco a ser um suprassumo de técnica legislativa, contendo a sua própria dose de impropriedades – como o equivocado emprego da expressão “subsidiariamente”<sup>33</sup> –, mas tem a imensa vantagem de ter preservado o elemento essencial do *notice and takedown*: o caráter extrajudicial da notificação<sup>34</sup>.

E se a tutela da intimidade sexual do indivíduo, com a consequente responsabilização do provedor de aplicações por danos decorrentes da exposição da sua nudez ou sexualidade, pode ser deflagrada por meio de mera notificação extrajudicial, não se pode compreender porque a tutela de outros atributos da personalidade humana – cuja proteção é situada em idêntico patamar pela Constituição da República – fica a depender, na linguagem do art. 19, de “ordem judicial específica”. Da contraposição

entre o art. 19 e o art. 21 do Marco Civil da Internet, vê-se que a responsabilidade civil de provedores de aplicação pela divulgação não-autorizada de fotografia que expõe a nudez de uma pessoa independe de propositura de ação judicial, mas a divulgação da cenas de tratamento médico invasivo, de uma cirurgia que amputa um membro do seu corpo, de uma agressão física sofrida ou de outros eventos cuja veiculação pública pode lesar ainda mais a mesma intimidade, privacidade ou honra daquela mesmíssima pessoa dependem da propositura de uma ação em juízo, com expedição de ordem judicial específica. A própria rotulação indevida de certa pessoa como “garota de programa”, como aconteceu no já citado caso do perfil falso de Adriana Valença no Facebook, dependeria de ordem judicial específica porque, embora veiculando informação falsa que se relaciona à sexualidade, não configura veiculação de “cena de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” nos termos da literalidade do art. 21.

À parte a falta de coerência do legislador ordinário, o que esses exemplos revelam é que, em se tratando de direitos fundamentais de igual hierarquia (e, nos casos citados, até dos mesmíssimos direitos fundamentais), os mecanismos de tutela devem ser idênticos ou, ao menos, igualmente eficientes, sob pena de se instituir uma diferenciação normativa que não encontra amparo no texto constitucional. Se a intimidade sexual é tutelada por meio de mera notificação extrajudicial, outras formas de intimidade devem ser tuteladas de igual maneira, assim como outros direitos da personalidade da vítima. Esse acesso aos mesmos remédios é indispensável para a máxima realização dos valores constitucionais, expressos nos direitos fundamentais do ser humano.

A salvação do art. 19 do Marco Civil da Internet somente pode ser alcançada por uma interpretação, conforme a Constituição da República, que dispense a ordem judicial específica, contentando-se com mera notificação, sempre que o conteúdo em questão lese direitos da personalidade – seja a intimidade sexual, como já reconhece o art. 21 da lei ordinária, seja qualquer outro atributo da personalidade humana que se afigure merecedor de tutela à luz do texto constitucional.

## **7. O problema da supressão. Outros remédios aplicáveis ao ambiente virtual: desidentificação, indexação adequada, contextualização. Direito ao esquecimento na internet.**

Uma interpretação constitucional do art. 19 do Marco Civil da Internet permite suprimir a exigência de judicialização, principal obstáculo imposto pelo legislador ordinário à tutela dos direitos da personalidade no ambiente virtual. A construção de um sistema efetivo de proteção a esses direitos depende, todavia, de algumas medidas adicionais, em especial do desenvolvimento de um amplo leque de remédios que possam ser colocados à disposição da vítima e dos próprios provedores de aplicações.

O Marco Civil da Internet institui, com as condicionantes já vistas, o dever final de “tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente” (art. 19, *in fine*). A supressão de disponibilidade do conteúdo consiste, sem dúvida, na medida mais forte para evitar a propagação do dano, configurando um remédio que se mostra adequado àquelas hipóteses mais frequentes de veiculação de conteúdo lesivo (exposição não-autorizada da intimidade alheia, comentários discriminatórios, incitações ao ódio etc.). Entretanto, em determinados casos – que representam, na realidade brasileira, não a regra, mas a exceção –, a supressão pode representar interferência em exercício não-abusivo da liberdade de expressão. Não foi por outra razão que a Lei nº 12.965 impôs, no seu art. 20, que a supressão fosse acompanhada da mais ampla informação ao terceiro que veiculou o conteúdo alegadamente lesivo.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Se não chegou a instituir o mecanismo de contra notificação, como fez o *Digital Millennium Copyright Act* norte-americano, o Marco Civil da Internet garantiu, ao menos, a informação necessária ao terceiro, que vê suprimido pelo provedor de aplicações o conteúdo que anteriormente veiculara. Ao terceiro assegura-se, ainda, o direito de exigir do provedor que substitua o conteúdo tornado indisponível “pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização”<sup>35</sup>. O que o Marco Civil da Internet não fez – mas poderia perfeitamente ter feito – foi cogitar de outros remédios que não a medida extrema da supressão, não como alternativa ao provedor de aplicações, mas como alternativa à própria vítima, que, em determinadas hipóteses, pode não ter necessário interesse na supressão do material, nem, muito menos, em toda a polêmica que a supressão desperta em relação à liberdade de expressão na rede.

Suponha-se, por exemplo, que alguém divulgue em uma rede social arquivos de imagem que retratam certa pessoa na sua infância ou adolescência, em alguma situação constrangedora, tudo sem autorização do retratado. A supressão do material não é necessária à tutela da honra do retratado, mas lhe interessa evitar que o material circule acompanhado da menção ao seu nome ou da identificação do seu rosto, como já é frequente em redes sociais como Facebook e Instagram. O que a vítima tem interesse em obter aqui é a ausência de identificação da sua individualidade, sem pretender necessariamente suprimir o material da rede, material que pode, por exemplo, retratar outras pessoas, inclusive o próprio terceiro (pense-se, por exemplo, em uma foto de uma festa

à fantasia de tempos colegiais). Em casos assim, o terceiro tem, a princípio, o direito de divulgar a imagem que (também) o retrata e a mera desidentificação da vítima pode já ser medida suficiente a tutelar os seus direitos.

Outra medida que a vítima pode ter interesse em obter é o mero ajuste na indexação do material divulgado, de modo a evitar que se torne a principal ou uma das principais referências ligadas à sua identidade. Há, ainda, em alguns casos, interesse em obter a maior contextualização do material veiculado, com o acréscimo de informações que evitem uma interpretação do evento retratado destacada do seu contexto originário. A contextualização é remédio instigante porque, ao contrário dos demais, aponta para uma solução que contém mais e não menos informação sobre o conteúdo veiculado.

Tanto a desidentificação da vítima no conteúdo veiculado pelo terceiro quanto a indexação adequada desse conteúdo, em relação ao nome da vítima, quanto, ainda, a contextualização do conteúdo veiculado pelo terceiro são medidas que podem se afigurar suficientes, aos olhos da própria vítima, para a tutela dos seus direitos. Além disso, tais medidas conformam-se perfeitamente à melhor abordagem do direito ao esquecimento, que o define não como um direito de “reescrever a história”, de alterar os fatos ou de suprimir conteúdos porventura veiculados na internet, mas sim como um direito de “não ser perseguido por certos fatos”, evitando-se uma identificação inadequada da pessoa humana, que violaria, em última análise, seu direito à identidade pessoal.<sup>36</sup>

O Marco Civil da Internet teria feito bem em mencionar tais remédios (desidentificação, indexação adequada, contextualização do conteúdo etc.) como facultativos, a critério do lesado, mas acabou por se centrar exclusivamente sobre a indisponibilidade do material, remédio que nem sempre é desejado pela vítima e que pode atrair discussões intensas sobre a liberdade de expressão, discussões que, sem embargo da sua legitimidade, retardam a tutela dos direitos fundamentais que poderia se efetivar por outros modos menos polêmicos.

## **8. A questão do conteúdo próprio. O caso Nissim Ourfali e o direito de arrependimento na postagem de conteúdo próprio.**

Embora toda a problemática da responsabilidade civil na Lei nº 12.965 orbite em torno do conteúdo de terceiros, não deixa de assumir relevância jurídica a questão do conteúdo próprio. Como vem sendo demonstrado por uma sucessão de casos concretos, o sujeito que veicula na rede material dizendo respeito a si próprio (fotografias, comentários etc.) também pode vir a ser vítima de danos decorrentes da difusão irrestrita ou descontextualizada dessa material, ou da sua utilização para fins diversos daqueles que animaram a sua divulgação inicial.

Tome-se como exemplo o caso do menino Nissim Ourfali. Para celebrar seu *Bar Mitzvah*, seus pais contrataram uma empresa especializada em elaborar filmes

comemorativos. No filme, o menino de 13 anos aparece como protagonista de um videoclipe de uma versão cômica e em português da música *What makes you beautiful* do grupo One Direction. O videoclipe exibe, sempre com viés humorístico, fotos da vida de Nissim, incluindo viagens para Israel e para a Praia de Baleia, no litoral de São Paulo. O filme foi postado no site YouTube pelos próprios familiares de Nissim com o propósito de torná-lo acessível a amigos e parentes distantes. Foi, contudo, descoberto pelos internautas e se tornou uma febre no mundo virtual, alcançando um número absolutamente espantoso de acessos. Discotecas do Rio de Janeiro e São Paulo passaram a tocar aquela versão da música e o videoclipe passou a ser objeto de paródias na rede, incluindo montagens com Silvio Santos e Bart Simpson no papel de Nissim Ourfali.

A família de Nissim passou a receber telefonemas diários de empresas e agências interessadas em explorar sua imagem. Para se preservar, Nissim, representado por seus pais, propôs ação judicial junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em face da empresa proprietária do site YouTube, pleiteando a retirada do videoclipe com base na proteção de seu direito à imagem e à intimidade. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela, ao argumento de que o material havia sido colocado espontaneamente no site. Confira-se o inteiro teor da decisão:

Pelo que comprehendo da emenda à inicial, o vídeo de que participa o autor foi postado espontaneamente em site público de compartilhamento de vídeos, não sendo o modo ‘privado’ óbice para que todos quantos tenham conta no referido site o accessem. A partir daí, ao que parece, o vídeo se disseminou pela internet, tal como se constata por pesquisa no Google pelo nome do autor, a qual retorna nada menos que 790 entradas a ele relativas (cf. impressão anexa). Frente a isso, é para mim duvidosa a possibilidade técnica de retirada da internet de todos os caminhos de acesso que a essa altura se estabeleceram ao vídeo em questão, sendo certo que disseminação descontrolada de conteúdo é característica da internet (da qual, talvez pela novidade ainda de sua existência, boa parte dos usuários não tem consciência). Assim é que, embora comprehenda sob aspecto humano a situação em que se encontra o autor, não vejo de plano possibilidade de estabelecer obrigação de fazer, mormente de conteúdo aberto como pretendido, para a requerida, convindo seja por primeiro aberto o contraditório. Assim, indefiro, por ora, o pedido de antecipação de tutela”.<sup>37</sup>

Embora o argumento possa parecer convincente à primeira vista – porque a voluntária colocação do vídeo em um site como o YouTube sugere autorização tácita do retratado para a livre disponibilização do material aos usuários do mesmo site –, casos assim envolvem frequentemente aspectos que o Poder Judiciário não pode deixar de levar em

consideração, mesmo em sede de antecipação de tutela. Em primeiro lugar, o videoclipe em questão tem como protagonista um menor, de 13 anos de idade, que, além de ser merecedor de especial proteção à luz da ordem constitucional brasileira, é considerado, em termos jurídicos, absolutamente incapaz para a prática dos atos da vida civil, incluindo a concessão de autorização para a exibição da sua imagem. O ato exigiria representação, formalidade que, por características próprias da Internet, não é normalmente solicitada de quem posta vídeos e fotos em sites coletivos, nem pode ser aferida com segurança pela informalidade do acesso à rede. A própria iniciativa do menor pleiteando a retirada do material já serve de indício ao fato de que sua autorização não foi obtida de modo válido ou plenamente esclarecido acerca dos possíveis efeitos práticos da divulgação.

Aliás, mesmo que a autorização do retratado tivesse sido concedida de modo válido, parece evidente que, nesse caso concreto, o ato de colocação do vídeo na rede, embora voluntário, acabou ganhando uma repercussão inteiramente inesperada, distanciando-se de sua finalidade original, que era o compartilhamento apenas com parentes que residem em outro país. Aqui, o Poder Judiciário não pode correr o risco de ser demasiadamente rigoroso, deixando de levar em conta uma certa falta de conhecimento de pessoas não habituadas ao mundo virtual sobre os riscos envolvidos na circulação de vídeos e imagens pela internet. A imensa repercussão do videoclipe de Nissim Ourfali seguramente não foi prevista pela sua família, de modo que a iniciativa de pleitear a retirada do vídeo é medida não apenas legítima, mas louvável à luz da necessidade de preservação da intimidade do menor. Se a percepção dos pais sobre os riscos envolvidos foi tardia, tal “erro” de avaliação não pode servir de obstáculo à tutela dos seus direitos, mantendo-se uma vinculação com um ato originário simplesmente por apego a uma vontade que definitivamente não existe mais.

Afinal, o que justificaria a continuada exposição do menino se ele próprio já manifestou expressamente sua intenção de não ter o vídeo exposto? Nissim não assinou contrato, nem recebeu qualquer contraprestação da empresa proprietária do site pela exibição da sua imagem. A colocação do vídeo na rede foi provavelmente um ato irrefletido e casual. Foi, ademais, um ato inegavelmente gratuito sem as formalidades que a ordem jurídica exige para atrair o efeito obrigacional. Não se vislumbra, nessas circunstâncias, interesse merecedor de tutela que se contraponha ao seu direito de preservar sua imagem e intimidade, já bastante exposta pelo equívoco dos seus familiares, e de não ficar “marcado” para sempre pelo episódio. Entra em jogo aqui o já citado direito ao esquecimento, em sua modalidade virtual, expressão do direito à identidade pessoal.

Se há um custo na adoção das providências necessárias a suprimir o material do site, esse custo pode, em uma linha mais severa, ser atribuído ao próprio site, que se sujeita a tal risco ao explorar o espaço comunicativo, ou, em uma linha mais liberal, ser atribuído aos pais do menino; mas, enquanto isso pode ser discutido ao longo do processo, o direito à obtenção das medidas de supressão mostra-se tão cristalino quanto urgente.

Entender diversamente só porque o vídeo foi postado espontaneamente por seus familiares é submetê-lo, na fragilidade dos seus 13 anos, a uma eficácia vinculante derivada de um “contrato” que jamais assinou e pelo qual nada recebeu, em um grau extremo de vinculação que atualmente não se admite nem no campo dos negócios quanto mais no uso distraído e não-econômico que os usuários fazem de um site de compartilhamento de vídeos. Se, até no âmbito dos contratos, admite-se a quebra do efeito obrigacional por onerosidade excessiva decorrente de fatos imprevisíveis e extraordinários, por que um adolescente, que viu um filme cômico do seu Bar Mitzvah virar uma febre em todo o Brasil, não pode obter medidas destinadas a atenuar o imenso ônus que vem sofrendo?

Casos como o de Nissim Ourfali revelam que o problema da responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações por conteúdo veiculado em seus sites não se limita aos danos decorrentes do conteúdo postado por terceiros, mas abrange também o problema – mais raro, mas não menos delicado – da exploração não autorizada de conteúdo postado pelo próprio usuário ou, mais especificamente, da ausência de adoção de medidas destinadas a evitar a difusão de conteúdo que o próprio usuário comunique não pretender mais ver exposta no site. Embora o Marco Civil da Internet não contemple o tema, sugerindo por sua linguagem que o provedor somente pode ser chamado a agir em caso de conteúdo postado por terceiro, não há qualquer razão para afastar seu dever de atuação naquelas hipóteses em que o próprio usuário “arrepende-se” do ato de veiculação do conteúdo e solicita providências para a supressão do material e para que seja evitada a sua reprodução naquele mesmo site. Aqui, aliás, todo o drama da liberdade de expressão não se coloca, já que é o próprio divulgador do material que pretendevê-lo excluído do site.

Bem vistas as coisas, a necessidade de adoção de providências técnicas para retirada de conteúdo indesejado integra o risco do negócio das sociedades empresárias que exploram o caráter informal da postagem de conteúdo, estimulando todo o tempo os seus usuários a veicularem informações, comentários ou arquivos particulares (fotos, vídeos etc.). Ainda que se possa debater sobre quem recaia o custo da medida – questão que poderia atrair diferentes respostas conforme, por exemplo, o grau de informação transmitida ao usuário acerca da abrangência da divulgação –, não há dúvida de que quem se arrepende da veiculação deve ter o direito de pleiteá-la, sob pena de se consagrar um efeito obrigacional *ad eternum* de um ato tão informal que, a rigor, sequer se qualifica à luz da ordem jurídica como fonte de obrigação.

## 9. Conclusão

O art. 19 da Lei nº 12.965 (Marco Civil da Internet) reservou ao problema da responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações por conteúdo veiculado em seus sites um tratamento extremamente restritivo, que representa um inegável

retrocesso em relação ao caminho que já vinha sendo trilhado pela jurisprudência brasileira nessa matéria. Ao condicionar a responsabilidade civil ao descumprimento de “ordem judicial específica”, o referido art. 19 promove um espantoso engessamento da tutela dos direitos do usuário da internet, não raro direitos fundamentais, expressamente protegidos pela Constituição da República como a honra, a imagem e a privacidade. Cria verdadeira bolha de irresponsabilidade, na medida em que restringe a responsabilidade civil das sociedades empresárias que exploram os sites onde o conteúdo lesivo é veiculado, limitando eventual pretensão reparatória aos tais “terceiros”, quase sempre anônimos e cuja identidade e localização somente podem ser conhecidas, na maior parte dos casos, por aquelas mesmas sociedades empresárias que a lei exime de responsabilidade. Mesmo quando conhecidos, os terceiros não tem condições técnicas ou econômicas de atenuar a propagação do dano, razão pela qual a eventual responsabilização tem pouca ou nenhuma consequência prática.

Pior que uma norma infeliz, o art. 19 deve ser considerado inconstitucional, por violar, em diferentes aspectos, a Constituição da República (art. 5º, incisos X e XXXV; art. 1º, III; entre outros). Não apenas restringe a tutela de direitos fundamentais, retrocedendo em relação à proteção que já era assegurada pelos tribunais brasileiros, mas também promove intolerável inversão axiológica, ao permitir tratamento mais favorável a direitos de conteúdo patrimonial (direitos patrimoniais do autor, por exemplo) que a direitos da personalidade, sendo certo que a ordem constitucional trata esses últimos com primazia.

O resultado da inconstitucionalidade consiste na restauração da disciplina geral da responsabilidade civil em relação a conteúdo veiculado na internet, com a possibilidade de responsabilização integral dos chamados provedores de aplicações pelos danos sofridos pela vítima, sem limitação temporal, desde o início da divulgação do material lesivo, seja com base no Código de Defesa do Consumidor (art. 14), seja com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. A única salvação para o art. 19 do Marco Civil da Internet seria a aplicação de uma interpretação conforme a Constituição (art. 5º, X), que, a exemplo do que já faz o art. 21 da Lei nº 12.965, se contentasse com a notificação extrajudicial ao provedor, considerando-o, a partir daí, civilmente responsável em caso de inércia na adoção das medidas necessárias à retirada do conteúdo lesivo do seu site.

As sociedades empresárias que exploram sites e redes sociais possuem indiscutivelmente as melhores condições técnicas para adotar as providências necessárias à reparação ou à atenuação da propagação do dano, que transcendem à mera questão da supressão do material veiculado, mas abrangem também medidas como a desidentificação da vítima, a adequada indexação do material veiculado, a sua contextualização, entre outros remédios que seriam capazes, em muitos casos, de proteger a vítima sem suscitar risco à liberdade de expressão dos terceiros que veiculam o material considerado lesivo.

De toda forma, é de se ter muita cautela com a invocação da liberdade de expressão no universo virtual. Trata-se frequentemente de argumento falacioso, já que a imensa maioria dos casos concretos envolvendo pedidos de supressão de material lesivo na jurisprudência brasileira diz respeito a informações flagrantemente falsas, ofensas evidentes, comentários racistas e outras espécies de conteúdo que, muito ao contrário, de exprimir um exercício legítimo da liberdade de expressão pretendem canibaliza-la, por meio da intimidação, do *bullying* virtual, do *online hate speech* e de outras formas virtuais de opressão.

## Notas

1. Professor de Direito Civil da Uerj. Professor permanente do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) da Uerj. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli Studi del Molise (Itália). Mestre em Direito Civil pela Uerj.
2. STJ, REsp 566.468/RJ, 4<sup>a</sup> Turma, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, j. 23/11/2004. O nome da autora foi alterado para evitar sua identificação.
3. TJSP, Apelação Cível 0173842-95.2012.8.26.0100, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 21/01/2014. Confira-se também a reportagem “Fui motivo de piada na rua”, diz usuária que ganhou processo contra Facebook”, publicada em fevereiro de 2014 no site *JusBrasil* ([www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)). O nome da autora foi, também aqui, alterado para evitar sua identificação.
4. Nessa direção, ver Pierre Lévy: “O ciberespaço, interconexão dos computadores do planeta, tende a tornar-se a principal infraestrutura de produção, transação e gerenciamento econômicos. Será em breve o principal equipamento coletivo internacional da memória, pensamento e comunicação. Em resumo, em algumas dezenas de anos, o ciberespaço, suas comunidades virtuais, suas reservas de imagens, suas simulações interativas, sua irresistível proliferação de textos e de signos, será o mediador essencial da inteligência coletiva da humanidade”. (LÉVY, P. *Cibercultura*, São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 167)
5. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo* – a transformação das pessoas em mercadorias, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 138.
6. Ainda nas palavras do autor: “Na busca da autoidentificação bem sucedida, os indivíduos automanipuladores mantêm uma relação bastante instrumental com seus interlocutores. Estes últimos só são admitidos para certificar a existência do manipulador – ou, mais exatamente, para permitir que os manipuladores façam seus ‘eus virtuais’ caírem na realidade.” (JAURÉGIBERRY, Francis. “Hypermodernité et manipulation de soi”. In: AUBER, Nicole. (Org.). *L’individu hypermoderne*, Toulouse: Érès, 2004, p. 155-168).
7. FRANK, Thomas. *Le marché de droit divin*. Paris: Lux, 2004, apud Zygmunt Bauman, *Vida para consumo*, op.cit., p. 138.
8. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 139-140.
9. BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 137.
10. CLARKE, Tom. “Social Media: the new frontline in the fight against hate speech”. Disponível em [minorityrights.wordpress.com](http://minorityrights.wordpress.com). Acesso em: 30 out. 2013..

11. Um exemplo dessa postura está na lamentável decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 844.736/RJ, em que se concluiu que o envio de spam após expressa solicitação de não-recebimento não configura dano moral, competindo ao usuário contratar um serviço de anti-spam (restou vencido, com voto substancial, o Ministro Luis Felipe Salomão). Um dos ministros que acompanhou o entendimento vencedor chegou a afirmar: “O spam é algo a que se submete o usuário da internet. Não vejo, a esta altura, como nós possamos desatrelar o uso da internet do spam”. (Notícia do julgamento disponível no *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça sob o título “Quarta Turma não reconhece dano moral por envio de spam erótico a internauta. Acesso em: 03 nov. 2009).
12. ROPPO, Enzo. *O contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 38.
13. E completa: “Indeed, all of these companies talk about their businesses in the language of free speech. Google’s official mission is ‘to organize the world’s information and make it universally accessible and useful’. WordPress.com’s corporate mission is to ‘democratize publishing’. Facebook’s is to ‘give people the power to share and make the world more open and connected’”. (AMMORI, Marvin. The “New” New York Times: Free Speech lawyering in the age of Google and Twitter, in 127 Harvard Law Review 2259, June 20, 2014).
14. Esse romantismo é bem representado na famosa “Declaração de Independência do Ciberespaço”, escrita em 1996 por John Perry Barlow, que, entre outros pontos, afirmava: “We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth. We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity. Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.” A íntegra da Declaração pode ser consultada em: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.
15. A tal propósito, é interessante notar como os pensadores liberais, que defendiam a ausência de intervenção do Estado-norma na internet, passaram a denunciar como forma de “censura” as normas criadas pelas próprias empresas de comunicação virtual, normas que, além de não contar com amparo nas normas estatais, são criadas e aplicadas de modo puramente privado, sem a publicidade e a transparência que caracterizam o processo legislativo estatal. Ver, sobre o instigante tema, HEINS, Marjorie. “*The brave new world of Social Media – How “terms of service” abridges free speech*”, in 127 Harvard Law Review, f. 325, June 20, 2014.
16. Nessa direção, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, em 2012, que: “O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (Recurso Especial 1.308.830/RS, julgado em 08/05/2012).
17. Ver, a título ilustrativo, TJRJ, Apelação Cível 0006047-50.2009.8.19.0040, Rel. Des. Benedicto Abicair, julgado em 01/12/2009.
18. TJRJ, Apelação Cível 2009.001.14165, Rel. Des. Alexandre Câmara, julgado em 08/04/2009. Trecho extraído do voto do Relator, acompanhado por seus pares.
19. TJRJ, Apelação Cível 2009.001.41528, Rel. Des. Ernani Klausner, DJe 03/09/2009.
20. STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09/03/2010. A situação, note-se, é análoga ao que já ocorre fora do mundo virtual, na prestação de serviços que podem ser manipulados por terceiros para gerar danos a usuários, como no caso da

inscrição nos serviços de proteção ao crédito por dívida contratada com documentação falsa, hipótese que o STJ já decidiu recair dentro da esfera de responsabilidade da instituição financeira contratante, ainda que só tardiamente venha tal instituição a ter conhecimento da falsificação documental: “Tem-se tornado fato corriqueiro a ação de pessoas inescrupulosas especializadas na contratação de cartões de crédito com o CPF de pessoas já falecidas. Esses estelionatários utilizam-se do número do CPF de pessoa falecida para adquirir um cartão de crédito e utilizá-lo até a sua suspensão pelo inadimplemento de faturas. (...) A administradora de cartão de crédito, que normalmente celebra seus contratos via telefone ou internet, sem exigir a presença física do consumidor usuário do cartão de crédito, só toma conhecimento da fraude quando deflagra os procedimentos de cobrança extrajudicial. A jurisprudência desta Corte é tranquila no sentido de que o apontamento indevido do nome de consumidores em órgãos de proteção ao crédito produz danos morais, gerando obrigação de indenizar por quem procede à inscrição”. (STJ, Recurso Especial 1.209.474/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10/09/2013).

21. TJRJ, Apelação Cível 2008.001.04540, Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 25/03/2008.
22. O *Digital Millennium Copyright Act* regulamenta minuciosamente, em seu Título II (denominado ele próprio como *Online Copyright Infringement Liability Limitation*), o procedimento de notificação e contranotificação, além de providências que devem ser seguidas pelos provedores para fazerem jus à limitação de responsabilidade. Ver especialmente a *section 202*, que traz substancial modificação ao § 512 do Capítulo 5 do Título 17 do *United States Code*, compilação das normas federais de caráter geral e permanente.
23. Confira-se, sobre esse aspecto em particular, voto vencedor em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se afirmou que a doutrina do *notice and takedown* desvia-se da tradição jurídica brasileira, para a qual “o dano acontece no momento da publicação, não valendo a tese do douto voto vencido de que a parte autora deveria primeiro pedir a retirada da página, pois essa simples providência não ilide o prejuízo já sofrido, inexistindo em nosso Direito fato ilícito não indenizável” (TJRJ, Apelação Cível 2008.001.56760, Rel. Des. Otávio Rodrigues, j. 03/12/2008).
24. Ver [www.chillingeffects.org](http://www.chillingeffects.org), página oficial do Projeto *Chilling Effects*, iniciativa desenvolvida conjuntamente pela *Electronic Frontier Foundation* e prestigiosas universidades americanas (Harvard, Stanford, Berkeley etc.) com o declarado objetivo de esclarecer o público e evitar que a legislação dos Estados Unidos (especialmente, o sistema do *notice and takedown*) seja utilizada de modo abusivo para “esfriar” o exercício da liberdade de expressão na internet.
25. Ver U.S. Code, Title 17, Chapter 5, Section 512, especialmente Section 512 (c) (3) – sobre os requisitos da notificação –; e Section 512 (g) (2) e (3) – sobre contra-notificação e prazos de atuação.
26. Sobre o tema, seja permitido remeter a SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2014, 5<sup>a</sup> ed., p. 209-215 e 231-243.
27. O § 1º do art. 19 amplia ainda mais esse espaço de defesa ao afirmar que a ordem judicial mencionada no caput do dispositivo “deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”.
28. Sobre o tema, ver item 7.

29. “Art. 5º. (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.
30. Nesse sentido, é de se registrar que o Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, que disciplina o comércio eletrônico, determinou que “os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização: (...) II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato.”
31. V. DERBLI, Felipe, *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, Coleção de teses, 2007.
32. V. TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22. Seja permitido remeter, ainda, a SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
33. A responsabilidade ali não é subsidiária, mas própria e direta, porque deriva da ausência de atuação do provedor após tomar conhecimento do fato. O uso da expressão “subsidiária” deve ser interpretado como mero reforço da ideia de que o provedor aqui está respondendo por conteúdo veiculado por um terceiro, mas tecnicamente se trata de responsabilidade própria e direta, não subsidiária. Para que não haja dúvida, não é necessário que a vítima proponha ação ou tome qualquer atitude em relação ao terceiro – que, frequentemente, sequer pode identificar –, podendo atuar diretamente contra o provedor de aplicações que deixe de indisponibilizar o conteúdo, seja para compeli-lo a fazê-lo, seja para obter a reparação devida pelos danos decorrentes da exposição do material no período que vai da notificação à efetiva retirada.
34. Embora não tenha sido expresso a respeito do caráter extrajudicial, o legislador aludiu ali a mera “notificação”, não cabendo ao intérprete restringir o termo às notificações judiciais, especialmente se comparada à linguagem do art. 21 com aquela empregada no art. 19 da mesma Lei nº 12.965.
35. “Art. 20. (...) Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet, que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização”.
36. Sobre o tema, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *Direitos da personalidade*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 172-174.
37. TJSP, Procedimento Sumário 0192672-12.2012.8.26.0100 (583.00.2012.192672), 1ª Vara Cível – Foro Central Cível, distribuído em 18/09/2012.



# A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro

Fredie Didier Jr.<sup>1</sup>

**RESUMO.** O texto propõe-se a examinar, dogmaticamente, a disciplina normativa do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro.

## 1. Introdução

Os problemas sobre o ônus da prova são universais; desconhece-se ordenamento jurídico que não tente de algum modo resolvê-los.

O novo Código de Processo Civil brasileiro, publicado em 2015, trouxe importantes inovações sobre esse tema<sup>2</sup>. A consagração legislativa expressa da possibilidade de o juiz redistribuir o ônus da prova, caso a caso, muito possivelmente seja inédita e, por isso, possa vir a servir como paradigma para outros países.

Este ensaio dedica-se a apresentar os contornos dogmáticos da disciplina do ônus da prova no Direito Processual Civil brasileiro, estruturado pelo Código de 2015. As referências a “CPC” são ao Direito brasileiro<sup>3</sup>.

## 2. Conceito de ônus da prova. Dimensões (funções) objetiva e subjetiva

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

*Ônus da prova* é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes.

A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada *dinâmica*, porque feita à luz de uma situação concreta.

O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente *quem arca com a falta de prova*; são as chamadas *regras gerais sobre ônus da prova*. Mas essas regras podem

ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções).

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente *a quem* cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em *ônus subjetivo* ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”<sup>4</sup>. “O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*)”<sup>5</sup>.

Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado é o *non liquet*.

A partir daqui entra a *segunda* perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma *regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao final da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em *ônus objetivo*<sup>6-7</sup>.

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (*ônus subjetivo*), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*)<sup>8-9</sup> – o último refúgio para evitar o *non liquet*.

A análise e eventual aplicação das regras do ônus da prova sob essa perspectiva *objetiva* será feita apenas *após* o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento. Somente então o magistrado vai verificar se as alegações de fato estão, ou não, provadas. Quanto àquelas que estão provadas, tem-se entendido que não é determinante, no momento da análise judicial do material probatório, discernir quem produziu a prova trazida aos autos<sup>10</sup>.

Não se deve, porém, minimizar a *importância da função subjetiva* das regras sobre ônus da prova, seja quanto à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto à eventual influência que, sob essa ótica, a análise das provas possa gerar na convicção do magistrado.

Como se verá adiante, exatamente porque as regras de ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão é que eventual redistribuição

desse ônus (com aplicação da redistribuição judicial do ônus da prova) deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo.

Correta, portanto, a lição de Artur Carpes: “se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória –, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva”<sup>11</sup>.

Mesmo, porém, no momento *do julgamento*, o chamado *ônus subjetivo da prova* pode, eventualmente, contribuir para influenciar o convencimento do magistrado.

À luz da presença ou da ausência de prova quanto à determinada alegação de fato, pode não ser de todo irrelevante saber quem, em princípio, deveria tê-la produzido. Flávio Luiz Yarshell lembra, corretamente, que “na mesma medida em que as declarações da testemunha que favoreçam a parte que a arrolou possam eventualmente ser vistas com algum ceticismo decorrente da mencionada origem, declarações prestadas em desfavor da parte que arrolou podem ser tidas como mais rigorosamente isentas e, portanto, dignas de maior consideração”<sup>12</sup>.

Assim, *pode ser* que haja, sim, relevância em analisar se uma prova que está nos autos efetivamente foi carreada por quem, efetivamente, tinha o ônus de trazê-la, ou se uma prova faltante poderia ter sido trazida, com indiscutível facilidade, por uma das partes, ainda que desonerada de fazê-lo. Essa análise pode contribuir para uma leitura do comportamento das partes e para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo, o que, somado a outros elementos colhidos nos autos, pode ser determinante para o acolhimento ou rejeição da sua tese<sup>13</sup>.

### 3. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária

As regras do ônus da prova, em sua *dimensão objetiva*, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, *regras de julgamento*: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato – vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco, caso ela não se produza.

Mas essas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente.

Por essa razão, diz-se que: a) com o *juízo de verossimilhança*, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; b) da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* – e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu convencimento<sup>14</sup>.

## 4. Distribuição legal do ônus da prova

### 4.1 Generalidades

Como dito anteriormente, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo (art. 373, CPC). Segundo a distribuição legislativa, compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor ou réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC).

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

O réu pode defender-se simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor, quando sobre ele, a princípio, não pesa qualquer ônus de prova – sem excluir a possibilidade de contraprova abaixo mencionada. Trata-se da chamada *defesa* direta.

Mas se trouxer *fatos novos* (*defesa indireta*), aptos a modificar o direito do autor, extinguí-lo ou impedir que ele nasça, cabe-lhe o encargo legal de prová-los, afinal de contas é seu interesse que esse direito não seja reconhecido.

A posição do réu é, nesse sentido, até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo autor<sup>15</sup>. Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe – independentemente de qualquer esforço probatório do réu. Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: a) provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo deste direito, eventualmente

alegado; ou b) provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu se limitou a negá-lo, sem aduzir nada de novo, cabe-lhe fazer a *contraprova*, de forma a demonstrar o contrário. A *contraprova* pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato, como para afastar a ocorrência do próprio fato<sup>16</sup>.

O réu pode deduzir três tipos de fatos novos: extintivo, impeditivo ou modificativo do direito afirmado<sup>17</sup>. A prova de todos esses *fatos novos*, que, de alguma forma, abalam o direito afirmado pelo autor, é encargo do réu.

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

Pode ser *conatural* ao direito, já nascendo com ele – ex.: confere-se o direito ou seu exercício até certo termo (determinado por prazo prescricional ou decadencial), cuja ocorrência gera extinção do direito – ou *sucessivo*, posterior ao seu nascimento (ex.: pagamento ou compensação). Mas o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição<sup>18</sup>.

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, naça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

Pode ser *conatural* ao fato gerador – como, por exemplo, o desequilíbrio contratual ou a ausência de boa-fé na conclusão de um negócio – ou a ele *antecedente*, anterior – tal como a incapacidade. Mas, jamais, será sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligado à ausência de requisito de validade do ato gerador.

Chiovenda<sup>19</sup> explica que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

O fato *impeditivo* é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa corrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como a ausência de fatos impeditivos (presença de causa corrente) “são igualmente necessárias à existência do direito”<sup>20</sup>. É o que se observa não só no contexto dos fenômenos jurídicos, como também dos fenômenos naturais, como demonstra o autor italiano já citado:

Constata-se que, no âmbito dos fenômenos jurídicos, se enquadra como fato impeditivo do nascimento de um direito, em regra, a ausência dos requisitos de validade do fato gerador (sempre ato jurídico) e como fato constitutivo do direito a presença dos seus pressupostos de existência.

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

Essa é, porém, apenas a regra geral que estrutura o processo civil brasileiro.

A distribuição do ônus da prova pode ser feita *dinamicamente*, à luz das circunstâncias do caso, ora pelo juiz, ora pelas próprias partes.

#### **4.2 A “inversão ope legis” do ônus da prova**

Há casos em que o legislador altera a regra geral e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova – ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo. Há quem denomine esses casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. É uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação.

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373 do CPC.

Rigorosamente, não há aí qualquer *inversão*<sup>21</sup>; há, tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, excepcionando a regra contida no art. 373 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 373 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

A inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de *presunção legal relativa*. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe a outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu.

Bom exemplo de inversão *ope legis* é o da prova de propaganda enganosa, em causas de consumo.

O art. 38 do Código de Defesa do Consumidor determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina. A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor – o patrocinador da publicidade, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária – fazer a prova.

#### **4.3 Prova diabólica. Prova duplamente diabólica**

A prova diabólica<sup>22</sup> é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência

àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”<sup>23</sup>.

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito”<sup>24</sup>.

Há quem use a expressão para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo<sup>25</sup>.

Sucede que *nem toda prova diabólica se refere a fato negativo* – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica (ex.: certidões negativas emitidas por autoridade fiscal).

Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior*<sup>26</sup>. Em outras palavras, esse “abaixamento do grau de convicção” de que fala o excerto transcrito quer dizer que o magistrado estaria autorizado a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de o onerado dele desincumbir-se.

É o caso da prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*. É o que Marinoni<sup>27</sup> chama de “situação de inesclarecibilidade”. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário (art. 373, § 2º, CPC).

Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas deste seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.

Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.

Assim, se o fato insuscetível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência<sup>28</sup>.

Tome-se o seguinte exemplo, extraído da doutrina de Gerhard Walter<sup>29</sup>. Um nadador iniciante faleceu na piscina de um clube social (de nadadores), de grande profundidade, que jamais fora identificada ou sinalizada como imprópria para os neófitos – como determinam as leis. Seus familiares ajuizaram ação indenizatória em face do clube social sob o argumento de que a vítima morreu afogada. O clube social, em sua defesa, sustenta que o falecimento se deu por um colapso cardíaco ou circulatório, o que é fato natural excludente de nexo de causalidade. Ao longo do processo, constatou-se que nenhum dos fatos (afogamento ou colapso) era passível de prova – sequer por indício –, imperando a dúvida, uma “situação de inesclarecibilidade”. Perceba-se, contudo, que o clube social, ao furtar-se de cumprir seu dever legal de definir a piscina como imprópria para uso de iniciantes, aceitou o risco de causar acidentes deste viés e produzir dano, bem como o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexo de causalidade entre o descumprimento do seu dever de proteção/prevenção (com sinalização devida) e o acidente fatal. Assumiu, pois, o risco da “inesclarecibilidade”, devendo o julgador inverter o ônus da prova, antes da sentença – em tempo de exercer o contraditório – para, em seguida, condená-lo a indenizar a vítima. Parece que, nestes casos, estaria o juiz valendo-se de prova *prima facie*: pauta-se no que usualmente ocorre (máxima de experiência) para presumir o afogamento. Calca-se nas regras de experiência, para se convencer da ocorrência do fato não provado. Talvez aqui se encaixe, com perfeição, a visão de Kazuo Watanabe exposta linhas atrás de que a inversão do ônus da prova nada mais é do que um julgamento por verossimilhança – que é aquele promovido pela prova de primeira aparência ou por verossimilhança ( prova *prima facie*).

#### 4.4 Ônus da prova de fato negativo

*Fato negativo* pode ser objeto de prova.

Atualmente, a ideia de que os *fatos negativos* não precisam ser provados (*negativa non sunt probanda*) há muito já não tem valor<sup>30</sup>. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente.

É preciso distinguir, entretanto, as negativas *absolutas* das *relativas*.

A *negativa absoluta* é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (ex.: jamais usou um “biquíni de lacinho”).

Já a *negativa relativa* é afirmação de um não fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil de perceber quando lembramos dos “álibus” (ex.: na noite do réveillon, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, Bahia).

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos *absolutamente negativos* (negativas absolutas/indefinidas) são insuscetíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição<sup>31</sup>.

Para um fato ser probando, é indispensável que seja ele *determinado*, isto é, identificado no tempo e no espaço. É dessa regra que resulta não ser o fato indeterminado ou indefinido passível de prova. Não é possível, por exemplo, provar que a parte nunca esteve no Município de São Paulo. Nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que ela (a parte) esteve lá.

Em alguns casos, a negativa absoluta e indefinida pode ser provada – ou, ao menos, presumida –, a partir do uso de mecanismos específicos. É possível provar, por exemplo, a inexistência de contas bancárias em nome de determinada pessoa, com uma declaração do Banco Central. Um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes” é a chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais. A viabilidade de demonstração de negativas indefinidas deve-se, sobretudo, ao fato de existirem certos órgãos centralizadores de dados, informações e registros, aptos a atestar fatos deste viés – muitos deles estatais (ex.: Receita Federal, Cartórios de Imóveis etc.). No mais, inegável é a possibilidade de prova de negativa absoluta por confissão extraída em depoimento pessoal.

Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não ida à academia (não fato), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico<sup>32</sup>.

Para Arruda Alvim, neste caso (o das negativas relativas), o ônus da prova será bilateral (de ambas as partes)<sup>33</sup>, o que não parece adequado, pois esse tipo de ônus “compartilhado” não funciona como regra de julgamento. Ora, como deve o juiz julgar a causa se nenhuma das partes se desincumbiu do seu ônus (imposto a ambas)? O ônus de prova tem de ser unilateral.

Assim, neste particular, é preciso distinguir duas diferentes hipóteses.

Quando a parte deduz uma *negativa relativa* como *não fato constitutivo do seu direito*, cabe a ela o ônus de demonstrar indiretamente sua não ocorrência, com a prova do fato positivo correlato. Por exemplo, se um indivíduo pretende afastar judicialmente uma multa de trânsito (direito potestativo), sob o argumento de que não conversava ao telefone, na condução do seu veículo, no dia 12 de novembro de 2007, às 09h00, na

Avenida Otávio Mangabeira (fato negativo), porque estava com seu veículo estacionado, neste mesmo momento, em determinado estacionamento público, em frente à Casa do Comércio (fato positivo), cabe-lhe o encargo de provar, de forma indireta, o fato negativo, com a demonstração do fato positivo que a ele corresponde.

Mas é possível que a parte deduza negativa relativa, em sua defesa, para *desmentir fato constitutivo do direito do seu adversário*; nega o fato trazido pela contraparte, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que demonstra a sua não ocorrência.

O ônus é unilateral e pode o juiz agir de duas diferentes formas: *a)* ou mantém a regra legal de ônus de prova, que impõe ao autor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, CPC) – sendo que, feita a prova pelo autor, só resta ao réu a possibilidade de contraprova; *b)* ou, percebendo que o adversário (réu) tem melhores condições de atender ao encargo probatório, inverte o ônus da prova (na fase de saneamento ou instrução) – distribuindo dinamicamente o ônus da prova, como será visto em item a seguir –, para que ele (réu) prove o contrário, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo (e novo) por ele aduzido.

Imagine-se que o autor afirmou que o réu conduzia seu veículo em alta velocidade na Avenida Anita Garibaldi, na manhã do dia 02 de junho de 2007, e o atropelou (fato positivo constitutivo do seu direito). O réu, em sua defesa, assevera que não estava na condução do seu carro no dia e na hora apontados (fato negativo), pois já o tinha transferido, nesta data, a terceiro (fato positivo correlato)<sup>34</sup>. Aplica-se, como dito, a regra geral (art. 373, I, CPC), cabendo ao autor provar o fato constitutivo do seu direito – o que não exclui a possibilidade de o juiz distribuir dinamicamente o ônus da prova, por considerar que a outra parte tem melhores condições de provar o contrário.

## 5. Distribuição convencional do ônus da prova.

O § 3º do art. 373 do CPC permite que as próprias partes distribuam o ônus da prova mediante convenção<sup>35</sup>, que pode ser firmada antes ou mesmo no curso do processo (art. 373, § 4º).

Tem-se aí típico *negócio jurídico processual*.

A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida.

A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.

É passível de invalidação, entretanto, a convenção sobre ônus da prova quando: *a)* recair sobre direito indisponível da parte (art. 373, § 3º, I); *b)* tornar excessivamente difícil

a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3º, II). Esse negócio jurídico, então, pode ser realizado tanto extrajudicialmente, como judicialmente, após o início do processo.

Bem analisadas essas situações, parece-nos que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito – o que vale para os direitos *disponíveis* ou *indisponíveis*. Sim, porque se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando *mais fácil* para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada<sup>36</sup>. O que o inciso I pretende é evitar que um direito indisponível deixe de ser exercido por dificuldades quanto à prova dos fatos que lhe são subjacentes – caso em que a convenção sobre o ônus da prova poderia representar, por via oblíqua, a própria disponibilidade do direito<sup>37</sup>.

Exemplo de convenção que recai sobre fato ligado a direito indisponível e é, nada obstante, válida: em termo de ajustamento de conduta (negócio jurídico para a solução de problemas relativos aos direitos coletivos), determinada empresa se compromete a adequar o seu processo produtivo às diretrizes de proteção ao meio ambiente, assumindo o ônus de, na hipótese de ser demandada, provar que as providências adotadas e materiais utilizados não agridem o equilíbrio do meio ambiente.

Percebe-se que, no contexto, se discute direito indisponível (direito fundamental ao meio ambiente equilibrado) e a convenção recai sobre fato a ele vinculado (atos de degradação do meio ambiente), mas não compromete o seu exercício – aliás, o facilita.

A convenção sobre ônus da prova é útil exatamente nos mesmos casos em que se permite a distribuição feita pelo juiz, conforme será visto adiante.

O art. 51, VI, Código de Defesa do Consumidor, cuida da nulidade de convenção quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que complementa o disposto no CPC. É como se houvesse um terceiro inciso no § 3º do art. 373 do CPC. Esse dispositivo “não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção, se trouxer prejuízo ao consumidor”<sup>38</sup>.

Uma vez firmada a convenção, e desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz. Aplica-se aqui o disposto no art. 200 do CPC: é desnecessária a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz.

É relevante destacar que as convenções sobre o ônus da prova não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado<sup>39</sup>. Realizado o negócio probatório, permanece a possibilidade de atuação do magistrado, que pode realizar atividade probatória, desde que em seus limites, tendo tal convenção processual influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova, se for o caso.

Tendo em vista essa situação, certa doutrina defende a inoperância da inversão neocial, pois os poderes instrutórios do magistrado prevaleceriam sobre essa convenção, sendo possível ao magistrado determinar a produção das provas ainda que as partes houvessem pactuado diversamente.<sup>40</sup> Ocorre que esse posicionamento doutrinário

encontra-se em desacordo com a lógica probatória: a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova – que, por conta da regra de aquisição processual da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória<sup>41</sup>.

Na verdade, assumindo o referido posicionamento, qualquer modalidade de inversão ou dinamização probatória tornar-se-ia inútil. Em nenhuma das possibilidades de dinamização é impedida a atividade probatória do órgão julgador<sup>42</sup>. Acontece que, havendo essa inversão, há natural modificação na atuação probatória das partes – ônus subjetivo – como também a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus probatório – ônus objetivo –, mas nada dispõe sobre os poderes probatórios do magistrado<sup>43</sup>.

A doutrina brasileira não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos”<sup>44</sup>. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua: “Realmente, é revelador que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de uma ‘teoria dinâmica’ da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prossiga um silêncio – que em certo modo é eloquente – sobre a autonomia das partes para regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos”<sup>45</sup>.

## 6. Distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

### 6.1 Generalidades

O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos, redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de *distribuição dinâmica do ônus da prova* – embora, como já se viu, também seja dinâmica a distribuição feita por convenção das partes. A redistribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício e é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, CPC).

É preciso destacar que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende de decisão do magistrado, seja de ofício, seja a requerimento de uma

das partes. Ou seja, a dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do § 1º do art. 373<sup>46</sup>.

A técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação.

Visa-se ao equilíbrio das partes (art. 7º, CPC): o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo<sup>47</sup>.

O processo deve, ainda, ser adequado às peculiaridades do caso, sempre que a regra geral se revelar com elas incompatível.

O CPC prevê a possibilidade de distribuição do ônus da prova pelo juiz. O Código de Defesa do Consumidor também o faz, para as causas de consumo – e sempre em favor do consumidor; a previsão do CPC não faz distinção em relação ao beneficiário da inversão, que pode ser o autor ou a parte.

Esta regra do CPC é, por isso, uma regra geral. Esse item examinará as duas.

De todo modo, ambas devem observar pressupostos *formais*. Assim, primeiramente serão examinados os pressupostos formais para a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz e, em seguida, os pressupostos materiais, específicos de cada uma das hipóteses.

É importante registrar, finalmente, que a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não se confunde com a norma jurídica que atribui ônus da prova a uma das partes. A segunda é, como se viu, uma norma de julgamento, que serve para que o juiz possa decidir a causa em situações de ausência de prova; a primeira é uma regra que autoriza o órgão julgador a alterar as regras de ônus da prova. Não se pode confundir *a regra que se inverte* com *a regra que autoriza a inversão*. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento<sup>48</sup>.

## **6.2 Pressupostos formais gerais**

A redistribuição do ônus da prova pelo juiz depende da observância de três pressupostos formais.

### **6.2.1 Decisão motivada**

A redistribuição deve ser feita em decisão motivada (art. 373, § 1º, CPC). Embora prevista expressamente no CPC, a exigência de motivação para a decisão que redistribui o ônus da prova é um imperativo do art. 93, IX, da Constituição Federal.

É preciso atentar, ainda, para um aspecto muito importante: as hipóteses normativas que autorizam a distribuição do ônus da prova pelo juiz são recheadas de conceitos jurídicos indeterminados. O inciso II do § 1º do art. 489 do CPC reputa como não fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Interessante, ainda, o posicionamento de Eduardo Cambi que, embora se refira à redistribuição feita em causas de consumo, serve como orientação geral: o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiam ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica<sup>49</sup>.

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados<sup>50</sup>.

### 6.2.2 Momento da redistribuição

O juiz deve redistribuir o ônus da prova *antes de proferir a decisão*, de modo que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Essa exigência está expressamente prevista na parte final do § 1º do art. 373 do CPC, mas é *aplicável a qualquer hipótese de redistribuição judicial do ônus da prova, inclusive nas causas de consumo*.

Trata-se de exigência que prestigia a *dimensão subjetiva* do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório.

O momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde que permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o art. 357, III, CPC.

É bom que fique claro: não é possível a *inversão judicial do ônus da prova* feita na sentença. “Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia”.<sup>51</sup> O processo cooperativo (art. 6º, CPC) exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto<sup>52</sup>.

Por outro lado, exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão judicial do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do autor, é transformar em regra geral aquilo que foi pensado para ser aplicado *caso a caso*; ou seja, é considerar que a possibilidade de inversão feita pelo juiz equivale à distribuição do ônus da prova feita pelo legislador.

Se isso acontecer, a decisão é nula, por violação ao contraditório.

A previsão da parte final do § 1º do art. 373 do CPC encerra, assim, longa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. No Superior Tribunal de Justiça<sup>53</sup>, o tema já havia sido resolvido, no sentido apontado no texto e defendido desde a sua sempre: regra de inversão judicial do ônus da prova é regra de procedimento e, por isso, deve ser aplicada *antes da decisão*<sup>54</sup>. A leitura dessa decisão é imprescindível para a compreensão histórica da discussão<sup>55</sup>.

### 6.2.3 Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa

*A redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora passa a ter o ônus* (art. 373, § 2º, CPC). Trata-se de um pressuposto negativo para a sua aplicação prática.

Exatamente porque a existência de prova diabólica é muita vez o seu principal fundamento, a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber<sup>56</sup>.

Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Estado brasileiro), em ação em que a parte pleiteava a condenação de empresa telefônica à indenização por danos morais pela realização de ligações indevidas de cobrança, recusou a inversão do ônus da prova, sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, argumentou que “seria impossível para o Banco fazer prova da ausência de coação ou ameaça ao demandante”<sup>57</sup>. Em outras palavras, a modificação do ônus da prova não poderia ser feita na hipótese em que tornaria impossível que a outra parte dele se desincumbisse.

Nas hipóteses em que identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização da dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inesclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável<sup>58</sup>.

### 6.3 A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

O § 1º do art. 373 do CPC consagra uma regra geral de *inversão judicial do ônus da prova ou distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz*.

Trata-se de regra que pode ser aplicada *ex officio*, em benefício de qualquer das partes. Mas não pode ser aplicada “para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado”<sup>59</sup>.

Com essa amplitude, é regra sem precedentes no Direito brasileiro.

O CPC consagrou, legislativamente e com aperfeiçoamentos, a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (na Argentina, onde foi bem desenvolvida, chamada de *teoria*

*das cargas probatórias dinâmicas<sup>60</sup>*). No Brasil, a teoria foi bastante desenvolvida e discutida<sup>61</sup> a ponto de haver precedentes judiciais<sup>62</sup> que a aplicavam, independentemente da existência de texto normativo que a embasasse expressamente. Agora, há tratamento normativo expresso.

Além dos pressupostos formais, já examinados, o juiz deverá verificar a ocorrência de ao menos um pressuposto *material*.

*Primeiro pressuposto material – prova diabólica.* O § 1º do art. 373 do CPC autoriza a distribuição do ônus da prova nos casos em que há “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade de cumprir o encargo”. Essa é a hipótese clássica de *inversão judicial do ônus da prova*, reivindicada há muitos anos pela doutrina<sup>63</sup> e aceita pelos tribunais.

*Segundo pressuposto material – maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.* Também é possível a redistribuição judicial do ônus da prova quando, à luz do caso concreto, revelar-se que a obtenção da prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação a outra. Neste caso, a redistribuição do ônus da prova feita pelo juiz visa à concretização da ideia de que o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbrir.

Uma situação clássica em que há maior facilidade probatória é nas ações de responsabilidade civil contra médicos em cirurgias e tratamentos médicos. Nessas situações, especialmente quando há necessidade da discussão acerca da culpa na cirurgia ou no tratamento, em geral, o médico terá maiores condições de demonstrar a regularidade ou não de sua atuação profissional<sup>64</sup>.

A melhor condição de produzir provas é *fato* a ser objeto de prova. Trata-se, porém, de fato que pode ser presumido pela natureza da causa (*prova prima facie*) ou aferido a partir de declarações e documentos constantes nos autos. Entretanto, existem situações em que tal fato terá de ser demonstrado pela parte cuja carga probatória se reduzirá<sup>65</sup>.

A proposta de Danilo Knijnik<sup>66</sup>, pensada para o CPC-1973, que não possuía dispositivo expresso sobre o tema, ajuda muito a compreender o § 1º do art. 373 do CPC e pode ser um ponto de partida doutrinário – embora a redação do dispositivo seja mais elástica do que o posicionamento por ele defendido.

Para o autor, a redistribuição judicial do ônus da prova somente deveria ser cabível nos casos de: a) *hipossuficiência probatória*, quando o adversário da parte goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: médico que detém o prontuário e os exames do paciente); b) *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/collaboração) do seu adversário, sendo que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e só aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

Uma situação que pode ser imaginada é a possibilidade de alteração da situação fática no decorrer do processo provocar uma nova redistribuição dos encargos probatórios.

Ou seja, pode ser que, após realizada a dinamização, a parte que, inicialmente, não detinha condição de arcar com o ônus de provar determinado fato venha a adquiri-lo e a situação contrária, em que a outra parte deixa de possuir a hiper-suficiência probatória que legitimou a dinamização. Nas duas situações, seria viável uma nova redistribuição dos encargos probatórios, desde que haja decisão motivada e a oportunização da parte se desincumbir desse novo ônus<sup>67</sup>.

#### **6.4 A inversão do ônus da prova feita pelo juiz em causas de consumo**

O Código de Defesa do Consumidor autoriza a inversão judicial (*ope judicis*; “por obra do juiz”) do ônus da prova. Este é um dos “casos previstos em lei” a que se refere a primeira parte do § 1º do art. 373, CPC.

O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, permite, em duas hipóteses, que o magistrado inverta o ônus da prova nos litígios que versem sobre relações de consumo: a) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; b) quando o consumidor for hipossuficiente. A redistribuição deve sempre ser feita *em favor do consumidor*.

a) Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras, para, redistribuindo o ônus da prova, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária<sup>68</sup>.

b) Verificando que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória – sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir a prova do quanto alegado<sup>69</sup> –, o juiz deve supor que as alegações do consumidor sejam verdadeiras, determinando que a contraparte passe a ter o ônus da prova contrária.

Em ambos os casos, a inversão é sempre uma decisão do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

Basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos<sup>70</sup>.

A doutrina, que exige sempre a presença da verossimilhança, lembra que a tese de que os pressupostos sejam alternativos não implica a inversão baseada em alegações absurdas. As alegações não se dividem em absurdas e verossímeis. Entre esses dois extremos, há as que geram dúvidas, mas em que se encontra presente uma situação de insuficiência probatória, sendo justificada a inversão do ônus da prova. Caso a alegação seja absurda, o magistrado formará a convicção da inexistência da ocorrência do fato, sequer havendo a necessidade de inversão do ônus da prova, que depende de um estado de dúvida<sup>71</sup>.

## Notas

1. Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, Professor-visitante da Pontifícia Universidad Católica del Perú, Membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual. Mestre (UFBA), Doutor (PUC/SP), Livre-docente (USP) e Pós-doutorado (Universidade de Lisboa). Advogado e consultor jurídico.
2. Art. 373 do Código de Processo Civil brasileiro de 2015: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.
3. A íntegra do CPC brasileiro de 2015 pode ser acessada em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)
4. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.
5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da prova”. *Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75.
6. “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (*ônus objetivo ou material*)”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da prova”. *Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75). “O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *onus probandi* assume real importância na *ausência de prova*: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “As presunções e a prova”. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 61).
7. Flávio Luiz Yarshell, a despeito de utilizar essa terminologia, critica a qualificação do ônus da prova em *subjetivo* e *objetivo*. Em sua opinião, “sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres)” (YARHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da*

*prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 65). Sucedе que, em nosso entendimento, as qualificações *subjetivo* e *objetivo* não têm por escopo determinar se o ônus é atribuído, respectivamente, às partes ou ao juiz. Falar em ônus sob uma perspectiva *objetiva* não implica atribuí-lo ao juiz. O juiz, naturalmente, não tem ônus de provar nada. O ônus de provar, nos moldes descritos pelo legislador, é *das partes*. O que se quer dizer é que as mesmas regras que disciplinam a distribuição do ônus (que as partes têm) de provar devem servir de parâmetro *objetivo* para que o juiz, ao decidir, possa imputar as consequências negativas de eventual ausência de prova de uma alegação de fato à parte que, desde o princípio, tinha o encargo de prová-la.

8. Conferir, sobre a distinção, CARPES, Artur Thompisen. “Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório”. In: *Prova Judiciária. Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34; GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova* – apontamentos. Coleção Temas de Processo Civil. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Coord. Fredie Didier Junior. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p.53.
9. Interessante a correlação do ônus subjetivo e objetivo com os princípios inquisitivo e dispositivo: “Em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz. Assim, no processo penal, é regra, fundada na presunção de inocência, que o juiz deve absolver o réu, não havendo, nos autos, prova da materialidade do crime e da autoria. Nesse sentido, a regra sobre o ônus da prova, nada importando que se trate de processo inquisitorial ou dispositivo. (...) Em sentido subjetivo, a ideia de ônus da prova liga-se mais fortemente aos processos de tipo dispositivo. O ônus da prova é repartido entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Assim como o direito subjetivo se vincula a uma regra de direito objetivo, assim o ônus da prova, em sentido subjetivo, vincula-se a uma regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo). (TESHEINER, José Maria Rosa. “Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão)”. In: MARENINI, Luiz Guilherme. *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 355.
10. Assim, Barbosa Moreira: “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores (...).” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e a prova*. Op. cit., p. 75).
11. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Op. cit., p. 54.
12. YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. Op. cit., p. 64.
13. YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova, Op. cit., p. 62-63.
14. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 619.
15. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 379; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. Admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 324.

16. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 2. Op. cit., p. 380.
17. Conceitos baseados nas lições de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. Op. cit., p. 07 ss.
18. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. Op. cit., p. 08.
19. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. Op. cit., p. 08 e 09.
20. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. Op. cit., p. 10.
21. “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente preveem que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo”. (RODRIGUES, Marcelo Abella. *Ação civil pública e meio ambiente*. Op. cit., p. 208).
22. Também chamada “prova difícil” (Cf. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. “A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 38, v. 222, agosto/2013, p. 149-171).
23. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, n. 31, p. 12.
24. SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*. Op. cit., p. 157.
25. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Op. cit., p. 12.
26. “Outro instrumento de reacção à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o possa aceitar como verificado para, com base nesta conclusão, decidir. Estamos, em cheio, no domínio da *probatio levior*”. (SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*. Op. cit., p. 159).
27. MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2007, p. 7-8.
28. MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 7 e 8.
29. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985, p. 277-278.
30. “Em primeiro lugar, em muitíssimos casos, não se saberia como aplicá-lo. Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual é a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 377). Sobre o tema, ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2003, v. 2, p. 495; GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 70.

31. LOPES, João Baptista de. *A prova no Direito Processual Civil*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2007, p. 32-33; GÓES, Gisele. *Teoria geral da prova*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005, p. 70.
32. Nas *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LIII, § 10, encontrava-se curiosa regra nesse sentido: “Posto que seja regra que a negativa não se pode provar, e por conseguinte se não pode articular, essa regra não é sempre verdadeira, porque bem se pode provar se é coarctada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se é negativa que se resolve em afirmativa e pode-se ainda provar por confissão da parte feita em depoimento”.
33. ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, 8<sup>a</sup> ed., v. 2, Op. cit., p. 495.
34. Para Leo Rosenberg, a prova de não fato não é tão difícil quanto se afirma em nossa doutrina. Basta se comprovar a ocorrência ou não das circunstâncias que falam em favor do fato positivo correlato: “Pero se en algún caso la comprobación de la no existencia de um hecho resultara especialmente difícil, y, en cambio, muy fácil la comprobación de su existencia, el tribunal podrá y deberá tomar la circunstancia de que el adversario no suministra la prueba de la inexistencia y ni siquiera trata de suministrárla, como motivo para declarar lè inexistencia del hecho gracias a su libre apreciación de la prueba”. Mas em nenhum caso, conclui, a dificuldade de fornecer a prova pode levar a uma modificação das regras de ônus de prova, conclusão com a qual não se concorda, como se verá adiante. (*La carga de la prueba*. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002, p. 378).
35. Sobre o tema, conferir o excelente trabalho de Robson Renault Godinho: GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.
36. No mesmo sentido: MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. “Distribuição do ônus da prova por convenção processual”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 240, 2015, p. 410.
37. No mesmo sentido, MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 125.
38. NERY JR., Nelson. *Código de Defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 416.
39. DONOSO, Denis. “A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2007, n. 51, p. 61. O art. 333, do CPC-1973 corresponde ao art. 373, do CPC-2015.
40. SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002, p. 70-71.
41. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. “Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 241, 2015, p. 485.
42. Nesse exato sentido, já afirmou o STJ que “A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz reconhecida no artigo 130 do Código de Processo Civil”. (STJ, REsp 696.816/RJ, 3<sup>a</sup> T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 06.10.2009, publicado DJe de 29.10.2009). O art. 130 do CPC-1973 corresponde ao art. 370, do CPC-2015.
43. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Op. cit., p. 126-127.
44. GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 60.

45. GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova*. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 34.
46. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Op. cit., p. 232-234. De forma semelhante, SILVA, Ricardo Alexandre da. *Dinamização do ônus da prova no projeto do Código de Processo Civil*. DIDIER JR., Freddie et ali (Orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3, p. 552.
47. Neste particular, Manuel Domínguez chama atenção para a necessidade de cautela ao se considerar a facilidade/dificuldade probatória como critério de distribuição. Facilidade e dificuldade são termos que podem prestar-se a abusos, alerta. Sustenta, ainda, que a distribuição judicial deve complementar a distribuição legal, só podendo ser utilizada em casos extremos – em que as regras objetivas sejam inaplicáveis ou conduzam a resultados manifestamente injustos (DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009, p. 122-123).
48. Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, cit., p. 11; MARINONI, Luiz Guillerme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, cit., p. 05-07; KNIJNICK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 182 e 183; CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 343.
49. CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 420.
50. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 202.
51. GIDI, Antônio. “Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, n. 13, p. 38. No mesmo sentido, quanto ao momento da inversão judicial, CAMBI, Eduardo. *A prova civil. Admissibilidade e relevância*, cit., p. 418 segs.; CARPES, Artur Thomsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 40 segs.; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”. In: *Prova judiciária. Estudos sobre o novo Direito Probatório*. Danilo Knijnik (Coord.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212-213; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 217-218; MENDES Jr., Manoel de Souza. “O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 114, 2004, p. 89.
52. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. “A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil”, cit., p. 214; YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93.
53. A Corte Judiciária brasileira responsável pela uniformização da aplicação da legislação federal brasileira.
54. STJ, 2<sup>a</sup> S., EREsp n. 422.778/SP. Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/02/2012, publicado no DJe de 21/06/2012.
55. É importante deixar registrado um rol de alguns autores que defendiam que a *inversão judicial do ônus da prova* pudesse ser feita na sentença – posicionamento que, atualmente, contraria expresso dispositivo de lei: WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 735; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 3<sup>a</sup> ed. São

- Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-84; LOPES, João Baptista. *A prova no Direito Processual Civil*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50-51.; NERY JR., Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 1, p. 217.
56. MIRANDA NETTO, Fernando Gama de Miranda. *Ônus da prova no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184-186.
57. TJRS, Apelação Cível nº 70037339751, 14<sup>a</sup> Câm. Cív. Rel. Des. Dorval Bráulio Marques, j. 26/08/2010.
58. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil, cit., p. 212-213.
59. KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 181; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 947.
60. Sobre a visão argentina, longamente, PEYRANO, Jorge W (org.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzalculzoni, 2004. Manuel Dominguez cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus de prova, tendo em conta a normalidade (o que parece se aproximar da ordinariedade e verossimilhança aferidas com máximas de experiência) e a facilidade probatória. DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Libreria Communitas, 2009, p. 118-119.
61. Sobre o tema, SOUZA, Wilson Alves. “Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas”. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*. Salvador: UFBA, 1999, nº 6; DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. “Distribuição dinâmica do ônus probatório”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 2001, n. 788; CARPES, Artur Thomsen. *Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório*, cit., p. 36 e 37; MARINONI, Luiz Guilherme. “Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo as peculiaridades do caso concreto”. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2007, p. 07; LOPES, João Baptista de. *A prova no direito processual civil*, cit., 51-52; ALVES, Maristela da Silva. “Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil”. Op. cit.; KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 175-179; KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”. In: *Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2005, nº 31; CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. Admissibilidade e relevância. Op. cit, p. 344-346; GODINHO, Robson Renault. “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Marcelo Novelino Camargo (Org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2006; DIDIER Jr., Freddie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. 9<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, v. 2; CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, Op. cit.

62. STJ, 4a T, REsp n. 69.309/SC. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j.18/06/1996, publicado no DJ de 26/08/1996, p. 29-688; STJ, 1<sup>a</sup> T, RMS nº 38.025/BA. Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 23/09/2014; STJ, 3<sup>a</sup> T, REsp nº 1.286.704/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/10/2013, publicado no DJe de 28/10/2013.
63. Para Alexandre Câmara, essa deveria ser a única hipótese: CÂMARA, Alexandre Freitas. “Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução”, cit., p. 14-15.
64. CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Op. cit., p. 103; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 181.
65. BARBERIO, Sérgio José. “Cargas Probatórias Dinâmicas”. In: Cargas Probatórias Dinâmicas. PEYRANO, Jorge W. (Org.). Santa Fé: Rubinzalcuzoni, 2004, p. 102-104.
66. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*, cit., p. 180 ss. Confira-se, também, KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação de senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, cit., p. 946 ss.
67. CREMASCO, Suzana. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, cit., p. 91-93; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 198-200.
68. Note que Kazuo Watanabe entende que não é propriamente caso de inversão do ônus da prova: “O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base nas máximas da experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”. O autor parece equiparar o instituto à *prova prima facie*, ou prova de primeira aparência ou por verossimilhança. (WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998, p. 617.)
69. Para fazer essa análise o juiz deve ponderar fatores como as dificuldades de acesso a informações, dados ou documentação, o grau de escolaridade, sua posição social, seu poder aquisitivo etc.
70. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 326-327; CAMBI, Eduardo. *A prova civil. admissibilidade e relevância*, cit., p. 413. Assim, também, STJ, AgRg no REsp nº 906.708/RO, 3<sup>a</sup> T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19/05/2011, publicado no DJe de 30/05/2011. Em sentido *diverso*, Antônio Gidi, defendendo que a inversão só é autorizada quando presentes ambos os pressupostos – afinal, afirma, é sempre imprescindível que a alegação do consumidor seja verossímil (GIDI, Antônio. “Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor”. Gênesis: *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 1996, nº 03, p. 584.
71. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, cit., p. 129-130.

# O risco mora entre linhas, cores e adornos corporais... e é pouco conhecido pelo consumidor

## The risk lives among lines, colors and body adornments... and it is little known by consumers

Gabriela Reis Paiva Monteiro<sup>1</sup>

**RESUMO:** A prática de tatuagens e *body piercings* vem crescendo no Brasil, sobretudo entre os jovens. Apesar disso, pouca atenção vem sendo dada ao assunto e a percepção que se tem é de que os consumidores brasileiros ainda têm pouco conhecimento sobre os sérios riscos à saúde associados a essas práticas, e sobre os procedimentos de higienização e prevenção adequados. Além da assimetria de informação, a regulação dessas atividades ainda é bastante incipiente no país. Nesse cenário, se torna extremamente relevante o exercício de funções educacionais pela Defensoria Pública e demais órgãos de defesa do consumidor, com vistas a instruir consumidores e reduzir a assimetria de informação no mercado brasileiro de tatuagens e *body piercings*, por meio da implementação de políticas públicas para a conscientização do consumidor sobre os riscos a que está exposto e suas formas de prevenção.

**ABSTRACT:** Tattoo and body piercing activities are increasing in Brazil, especially among young people. Despite this fact, little attention has been paid to this subject and the perception is that Brazilian consumers have little knowledge about the serious health risks related to these practices, as well as about the proper prevention and sanitization procedures that must be implemented. In addition to this information asymmetry that characterizes this market, the regulation of these activities is still underdeveloped in the country. In this context, it is extremely relevant the exercise of educational activities by the Public Defenders Office and other consumers defense bodies with the purposes of educating consumers and reducing the asymmetry of information in the Brazilian market for tattoos and body piercings by means of consumers awareness public polices about risks and related prevention methods.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tatuagem. *Body piercing*. Riscos. Consumidor. Assimetria de informação. Defensoria Pública.

**KEYWORDS:** Tattoo. Body piercing. Risks. Consumer. Asymmetry of information. Public Defenders Office.

## 1. Introdução

O embelezamento e a ornamentação corporal são tendências da sociedade contemporânea<sup>2</sup>. Nesse contexto, tatuagens e *body piercings* se tornam cada vez mais frequentes, populares e disseminados<sup>3</sup>, sobretudo entre adolescentes e adultos jovens<sup>4</sup>.

Mas será que os consumidores desses serviços têm pleno conhecimento dos riscos que envolvem fazer uma tatuagem ou colocar um *piercing*? E mais: será que esses consumidores estão munidos de informações suficientes e claras para escolher o profissional e tomar as precauções necessárias no momento em que decidem contratar esses serviços no Brasil?

O presente trabalho busca analisar, em linhas gerais, o conhecimento dos riscos associados a tatuagens e *body piercings* pelos consumidores desses serviços, concluindo pela necessidade de uma atuação mais ativa das Defensorias Públicas e demais órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) nesse mercado, por meio da elaboração de políticas públicas que visem a instruir consumidores e possibilitar decisões previamente informadas sobre os riscos e cuidados que devem ser tomados ao se submeter a tais procedimentos.

## 2. Um pouco sobre tatuagens e *body piercings*

Tatuagens são imagens estampadas no corpo a partir do depósito de pigmentos insolúveis e permanentes (pretos ou coloridos) na camada interna da pele (a derme), feito, geralmente, por meio de agulhas, que podem perfurar a pele de 80 a 150 vezes por segundo. A palavra *tattoo* (*i.e.*, tatuagem em inglês) é originária da palavra “*tattow*”, registrada no diário de bordo do navegador inglês James Cook, em referência ao som emitido pela técnica de tatuar com dentes de tubarão<sup>5-6</sup>. Já *body piercings* são adornos inseridos no corpo também por meio de perfuração da pele.

Conquanto a ornamentação corporal seja uma prática milenar, durante muito tempo tatuagens e *body piercings* foram associados a grupos sociais considerados marginalizados, como prisioneiros, marinheiros e profissionais do sexo. Na sociedade contemporânea, somente a partir da década de 1960 se iniciou uma transformação no público consumidor dos serviços de tatuagens, que também passaram a ser usados por participantes de movimentos contraculturais, como o *hippie* e o *punk*<sup>7</sup>.

Uma década depois (a partir de 1970), o Brasil também mergulhou na onda das tatuagens. Por aqui, o precursor dessa nova era foi o tatuador Knud Harld Likke Gregersen (1928-1983). Conhecido como “*Tattoo Lucky*”, Knud Gregersen foi um ex-marinheiro de origem dinamarquesa, que se estabeleceu na cidade de Santos (SP), onde ficou famoso por tatuar surfistas<sup>8</sup>.

Hoje, a ornamentação corporal é reconhecida e estudada como uma extensão do indivíduo e de sua personalidade. Nesse contexto, tatuagens e *body piercings* são cada vez mais aceitos e disseminados entre pessoas das mais variadas culturas e classes sociais, em uma substituição progressiva ao preconceito e estigma associados a essas práticas<sup>9</sup>.

Máquinas elétricas de tatuar cada vez mais modernas, novos pigmentos e a facilitação do acesso a esses produtos têm contribuído para a expansão do mercado. Conforme divulgado pela imprensa brasileira em 2012, o Sindicato das Empresas de Tatuagem e *Body Piercing* do Brasil estimava um crescimento de 20% ao ano para o segmento<sup>10</sup>.

Segundo dados coletados em 2013 pelo 1º Censo de Tatuagem no Brasil<sup>11</sup>, das pessoas tatuadas entrevistadas, 48,2% teriam entre 18 e 25 anos, confirmando a percepção de que adolescentes e jovens adultos são os principais consumidores desses serviços no Brasil. Ainda de acordo com esse levantamento, 59,9% desses tatuados seriam mulheres e 61,2% seriam formados ou estariam concluindo o ensino superior, dado que indica que a prática de tatuagem já não é mais restrita a grupos marginalizados ou de menor renda da sociedade brasileira.

### **3. Riscos associados a tatuagens e body piercings**

Conforme a literatura especializada<sup>12</sup>, tatuagens e *piercings* são fatores de risco e portas de entrada para diversos problemas de saúde, como sangramentos, cicatrizes, reações dermatológicas alérgicas, infecções (sífilis e tuberculose, por exemplo) e doenças virais transmitidas pelo sangue e fluidos corporais, como o HIV/AIDS e as hepatites B, C e D.

A pele é o maior órgão de proteção do corpo humano, servindo de barreira à entrada de diversas bactérias e outros microrganismos. Por isso, ao perfurar a pele para fazer uma tatuagem ou colocar um *body piercing*, o indivíduo expõe o seu interior a microrganismos que podem lhe causar uma série de doenças.

Com relação aos problemas dermatológicos que podem ser causados por tatuagens, além de infecções bacterianas, os pigmentos – feitos a partir de sais, metais inorgânicos<sup>13</sup> e preparações orgânicas<sup>14</sup> – têm sido associados a várias dermatoses, cujos tratamentos têm sido pouco efetivos<sup>15</sup>. De acordo com o levantamento feito pela pesquisadora Fernanda Cruz<sup>16</sup>, hoje há vários estudos que apontam para diversas reações aos sais e compostos orgânicos e inorgânicos usados em tatuagens, estando entre as mais comuns aquelas reações causadas pelo pigmento vermelho.

Em 2011, a pesquisadora Bianca Teotonio<sup>17</sup> analisou 12 amostras de tintas de tatuagem encontradas no mercado na cidade de São Paulo (SP). Essas tintas eram de quatro cores diferentes (amarelo, azul, vermelho e preto) e pertenciam a três marcas

distintas, usualmente utilizadas por tatuadores profissionais (Eletrc Ink, Ironwork e Starbrite). Os resultados dessa pesquisa revelaram que os metais mais presentes nessas tintas de tatuagem eram o cobre (Cu), o ferro (Fe) e o zinco (Zn), os quais, em excesso, podem provocar diversos danos ao corpo humano. Por exemplo, o excesso de ferro pode facilitar a entrada no organismo dos bacilos da tuberculose e malária, além de ser um grande ativador de radicais livres, que podem resultar em danos celulares (como aceleração do envelhecimento e câncer, por exemplo). Já o excesso de zinco pode causar inúmeras alterações no organismo, como perda de memória e dificuldades de aprendizado. Por fim, como também apontado pela pesquisadora, o excesso de cobre pode causar doenças respiratórias (asma, por exemplo), além de afetar o sistema imunológico e, ainda, causar epilepsia e espasmos.

A colocação de *body piercings* também pode trazer o risco de diversas infecções, como a celulite e a erisipela, dentre outras infecções graves que podem evoluir para abcessos e, ainda, culminar em deformações corporais e queloides (cicatrizes hipertrofiadas que podem ocorrer após processos inflamatórios intensos). Essas infecções são especialmente comuns nas regiões da cartilagem da orelha e bucal, onde há grandes quantidades de bactéria. Quando se trata de *piercings* na língua, a infecção pode ser ainda muito mais séria, já que esse órgão é altamente vascularizado, o que facilita a propagação da infecção para outros órgãos do corpo humano, como o coração<sup>18</sup>.

Como os instrumentos utilizados para a confecção da tatuagem ou colocação do *body piercing* entram diretamente em contato com o sangue e fluidos corporais, além de infecções bacterianas, doenças virais também podem ser transmitidas, se esses instrumentos forem utilizados em mais de uma pessoa sem a devida esterilização e o emprego das técnicas de assepsia apropriadas.

Com relação a tatuagens, diversos estudos apontam para uma correlação forte entre o ato de tatuar e o risco de contrair hepatites C (VHC) e HIV/AIDS, dentre outras doenças virais. Segundo esses estudos, o risco é maior conforme a extensão e o número de tatuagens feitas pelo indivíduo<sup>19</sup>. Michele Lise aponta que a probabilidade de contágio em caso de agulha infectada é de: 16% para hepatite B (VHB), de 12% para hepatite C (VHC) e de 0,5% para HIV<sup>20</sup>. Contudo, é importante destacar que não só agulhas usadas, mas também tintas e tubos reutilizados podem transmitir doenças virais – o que certamente é pouco conhecido pelos consumidores.

Em 2013, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo e o Instituto de Infectologia Emílio Ribas analisaram as condições de 71 estúdios de tatuagem e *body piercing* da cidade de São Paulo (SP). Esse estudo concluiu que a maior parte dos estabelecimentos não cumpre com requisitos básicos de higiene e biossegurança, colocando em risco “a saúde de seus clientes, dos próprios profissionais tatuadores e da população<sup>21</sup>”. De acordo com a análise, 78% dos estúdios declararam utilizar autoclaves. Porém, desse total, constatou-se que 64% seguiam incorretamente o procedimento,

porque não higienizavam o material antes de colocá-lo no aparelho. O estudo também constatou falhas em procedimentos básicos, como o de lavar as mãos: 70% dos profissionais lavavam as mãos sem as técnicas adequadas e 26% dos profissionais não lavavam sequer as mãos antes de realizar qualquer procedimento, o que aumenta a probabilidade de transmissão de vírus, bactérias e fungos e de desenvolvimento das doenças listadas acima.

No caso de tatuagens, os riscos à saúde não se limitam ao momento em que a mesma é feita. Conforme reportado por Michele Lise, também há “registro de reações no momento da retirada das tatuagens. A quebra das partículas dos pigmentos gera produtos de decomposição que se mostram tóxicos ou até cancerígenos<sup>22</sup>”. Isso sem falar que, em muitos casos, a remoção total da tatuagem não é sequer possível (especialmente no caso de imagens coloridas).

#### **4. O problema da assimetria de informação**

Em razão dos riscos destacados no item anterior e da crescente popularidade de tatuagens e *body piercings* – especialmente entre os jovens –, essas práticas representam evidente risco à saúde pública e, por esse motivo, deveriam ser endereçadas por medidas governamentais de prevenção, sobretudo voltadas à educação dos consumidores desses serviços.

Apesar disso, o que se verifica é que pouca atenção tem sido dada aos comportamentos de risco não tradicionais (*i.e.*, comportamentos não relacionados à atividade sexual) que também podem transmitir HIV/AIDS, VHC e outras doenças, como a colocação de *body piercings* e tatuagens.

O pesquisador Ronald Braithwaite<sup>23</sup> explica que, como relações sexuais são o principal meio de transmissão de HIV entre adolescentes, as atividades preventivas geralmente se concentram na promoção do sexo seguro (por exemplo, por meio de campanhas de educação sexual e de incentivo ao uso de camisinha), sendo dada pouca atenção aos comportamentos de alto risco não relacionados a atividades sexuais. Nesse contexto, conforme constado pelo pesquisador, há pouca informação disponível sobre a correlação entre a prevenção do HIV e tatuagens e *body piercings*.

Estudos apontam que adolescentes, frequentemente, não têm conhecimento razoável sobre todos os riscos à saúde relacionados a tatuagens e *body piercings*, bem como sobre os procedimentos de assepsia e higiene que devem ser adotados pelos estúdios e profissionais liberais prestadores desses serviços, revelando um sério problema de assimetria de informação nesse mercado.

Em 2007, Luca Cegolon<sup>24</sup> realizou pesquisa com estudantes (entre 14 e 22 anos) da região de Vêneto, Itália, com o objetivo de verificar o nível de conhecimento desses alunos sobre os riscos à saúde relacionados a *body piercings* e tatuagens. O estudo

apontou que apenas: 54,38% dos estudantes tinham algum conhecimento razoável sobre doenças infeciosas relacionadas a essas artes corporais; 72,3% tinham conhecimento sobre normas de higiene; e 63,46% consideravam relevante a realização desses serviços em estúdios registrados. A pesquisa também concluiu que o desconhecimento sobre os riscos e normas de higiene é maior entre indivíduos do sexo masculino, que também se revelaram menos preocupados em contratar com estúdios e profissionais registrados. Por fim, o estudo apontou que o conhecimento sobre doenças infeciosas era melhor entre os estudantes matriculados nas séries mais avançadas.

Posteriormente, outros dois estudos foram realizados na Itália, nas regiões de Nápoles e Bari. O primeiro estudo analisou 9.322 estudantes universitários e do ensino médio de Nápoles, revelando que, dentre estes últimos, apenas 79,4% tinham conhecimento sobre os riscos de infecção, e somente 46% sabiam sobre os riscos não relacionados a infecção. Para os estudantes universitários, esses números foram, respectivamente, de 87,2% e 59,1%. O estudo também apontou que somente 3,5% dos estudantes do ensino médio e 15% dos universitários reconheciam os riscos de transmissão de doenças virais e apenas 2% e 3%, respectivamente, tinham conhecimento sobre riscos alérgicos<sup>25</sup>. Já o estudo conduzido com 1.598 estudantes em Bari revelou que somente 78,3% consideravam arriscado fazer um *piercing* ou uma tatuagem. Nesse estudo, o HIV foi indicado como uma possível contaminação por apenas 60,3% dos estudantes. Esse percentual é ainda mais baixo para o conhecimento acerca do risco de transmissão de VHC (38,2%), tétano (34,3%) e VHB (33,7%). Além disso, um grupo de 28,1% dos estudantes declarou não estar ciente da existência de outras complicações, além daquelas relacionadas a infecções<sup>26</sup>.

Com relação ao Brasil, não foram encontrados estudos indicativos do grau de conhecimento do cidadão brasileiro (em qualquer idade e nível de escolaridade) sobre (i) os riscos à saúde relacionados *body piercings* e tatuagens e (ii) os procedimentos de higienização que devem ser adotados pelos estúdios e profissionais liberais prestadores desses serviços. Todavia, é importante destacar que a ausência dessas informações e até mesmo de dados públicos básicos sobre o número e o perfil de brasileiros com tatuagens e *body piercings*<sup>27</sup> é, por si só, um indicativo da pouca relevância que se tem dado ao tema e aos consumidores desses serviços no Brasil.

A essa situação se soma o fato de que não há uma lei federal no país que imponha práticas padronizadas para o segmento, o que pode prejudicar o conhecimento do consumidor acerca dos procedimentos adequados de assepsia e biossegurança que deve exigir ao se tatuar ou colocar um *body piercing*. Nesse sentido, a própria constatação de que diversos estúdios não cumprem com procedimentos básicos de higienização já é um indicativo do desconhecimento de tais técnicas pelos consumidores, que não estão capacitados para verificar e exigir a adoção dos procedimentos adequados por esses prestadores de serviços.

## 5. A rasa regulação de estúdios e profissionais liberais de tatuagens e body piercings no Brasil

Como visto acima, tatuagens e *body piercings* podem causar sangramentos, cicatrizes e reações alérgicas intensas, além de serem a porta de entrada para diversas doenças virais e bacterianas graves. Por esses motivos, essas práticas deveriam ser tratadas como uma questão de saúde pública no Brasil, com a instituição de procedimentos padrões obrigatórios de assepsia e biossegurança a serem cumpridos pelos estúdios e profissionais liberais e, principalmente, com a implementação de medidas para a instrução dos consumidores quanto aos riscos à saúde associados a esses serviços e às técnicas que podem ser exigidas para a sua prevenção.

Apesar disso, o que se verifica é que a regulação dessas atividades no país é extremamente rasa, especialmente no que diz respeito à adoção de medidas preventivas relacionadas à informação e instrução de consumidores quanto aos riscos oriundos dessas práticas.

No Brasil, não há uma lei federal que enderece essas atividades<sup>28</sup>. Alguns municípios e estados até editaram normas locais para regular determinados aspectos dos estabelecimentos de *piercing* e tatuagens. Esse é o caso, a título de exemplo, dos estados de São Paulo (Lei Estadual nº 9.828/1997), Espírito Santo (Lei Estadual nº 10.128/2013) e Rio de Janeiro (Lei nº 2.907/1998).

Contudo, a análise dessas leis e de suas respectivas regulamentações (quando aplicáveis) revela que não houve uma preocupação do legislador com a efetiva instrução dos consumidores quanto aos riscos à saúde relacionados à colocação de *body piercings* e tatuagens, nem quanto aos procedimentos de assepsia que o consumidor pode e deve exigir do estúdio ou profissional liberal para evitar tais riscos. Quando muito, essas leis apenas impõem ao estabelecimento comercial ou profissional liberal, um dever genérico de informação sobre os riscos decorrentes da execução desses procedimentos, nos moldes do próprio Código de Defesa do Consumidor (arts. 3º, III; 8º; 9º; e 31). Não são definidos, na legislação, os mecanismos pelos quais deve ser feita a instrução dos consumidores (por exemplo: distribuição de panfletos; afixação de cartazes informativos na porta de entrada e balcão dos estabelecimentos; utilização obrigatória de termo de ciência a ser lido e assinado pelo consumidor antes da prestação do serviço; inserção de informação em qualquer material de divulgação do estabelecimento e/ou profissional; custeio campanha publicitária informativa etc.).

A legislação estadual do Rio de Janeiro, por exemplo, apenas proíbe estabelecimentos comerciais, profissionais liberais ou qualquer outra pessoa que aplique tatuagens ou adornos (brincos, argolas e alfinetes que perfurem a pele ou membro do corpo humano) de realizarem tal procedimento em menores de idade. Nesse estado, a Lei Estadual nº 5.986/2011 até institui uma “campanha permanente de esclarecimento

e prevenção do contágio de hepatite dos tipos B e C”, mas a mesma não é voltada para a instrução de consumidores, mas apenas de profissionais de salões de beleza, estúdios de tatuagem e demais estabelecimentos congêneres. No que diz respeito à instrução do próprio consumidor, apenas recentemente foi publicada a Lei Estadual nº 7.225/2016, mas que se limita a obrigar os estabelecimentos comerciais a afixarem cartazes informando que a aplicação de tatuagem impede a doação de sangue pelo período de um ano.

Sem a devida instrução, consumidores seguem, cada vez mais, fazendo tatuagens e *body piercings* sem o pleno conhecimento dos riscos que essas atividades oferecem à sua saúde, e sem tomar nem poder exigir as devidas precauções. Já os estúdios, como visto, seguem adotando (quando adotam) os procedimentos de assepsia que bem entendem, tornando esse segmento, no Brasil, um prato cheio para a disseminação de doenças e de problemas para a saúde do consumidor<sup>29</sup>.

## 6. Conclusão

Como visto, a prática de tatuagens e *body piercings* vem crescendo no Brasil, especialmente entre os adolescentes. A percepção que se tem, no entanto, é de que há um verdadeiro problema de assimetria de informação nesse mercado: os consumidores têm pouco conhecimento sobre os riscos à saúde associados a essas práticas e procedimentos de higienização adequados, não estando em condições de exigir de estúdios e profissionais liberais que adotem as técnicas preventivas apropriadas.

Apesar disso, como também exposto, a regulação dessas atividades ainda é bastante rasa e incipiente no país, especialmente no que diz respeito à educação dos consumidores sobre os perigos desses serviços.

É nesse cenário – de inércia e omissão dos Poderes Legislativo e Executivo – que se torna extremamente relevante a atuação dos órgãos de defesa do consumidor na qualidade de “educadores”. Tendo as funções institucionais de promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, e de exercer a defesa dos direitos do consumidor (art. 4º, III e VIII, Lei Complementar nº 80/1994), a Defensoria Pública pode contribuir, junto aos demais órgãos do SNDC, para a instrução dos consumidores, com vistas a reduzir a assimetria de informação que marca o mercado brasileiro de tatuagens e *body piercings*, e garantir uma decisão plenamente informada pelo consumidor antes de sua submissão a esses procedimentos. Portanto, defende-se aqui o exercício, pela Defensoria Pública, de um papel educacional mais ativo na promoção do direito à saúde nesse mercado, por meio da implementação de políticas públicas que visem a conscientização do consumidor sobre os riscos a que está exposto e suas formas de prevenção<sup>30-31</sup>.

## 7. Referências

ALVES, Cleber Francisco. Defensoria Pública e educação em direitos humanos. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *Uma nova Defensória Pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar nº 132/09*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRAITHWAITE, Ronald et al. Tattooing and body piercing among adolescent detainees: Relationship to alcohol and other drug use. *Journal of Substance Abuse* 13 (2001) 5–16. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S089932890100061X>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

CEGOLON, Luca et al. Body piercing and tattoo: awareness of health related risks among 4,277 Italian secondary school adolescents. *BMC Public Health* 2010 10:73. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20163712>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

CRUZ, Fernanda André Martins et al. Reações aos diferentes pigmentos de tatuagens: relato de dois casos. In: *Bras. Dermatol.* Rio de Janeiro, vol. 85, n. 5, p. 708-711, Oct. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S036505962010000500019&lng=en&cnrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S036505962010000500019&lng=en&cnrm=iso)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

FONSECA, Andrea Lissett Perez. Tatuar e ser tatuado: Etnografia da Prática Contemporânea da Tatuagem. Estúdio: Experience Art Tattoo. Florianópolis, SC. Disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/divu/colab/d28-aperez.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

GALLÈ, Francesca et al. Awareness of health risks related to body art practices among youth in Naples, Italy: a descriptive convenience sample study. *BMC Public Health* 2011 11:625. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21819558>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Emílio Ribas e Secretaria da Saúde apontam alto risco de saúde em estúdios de tatuagem e piercing. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=231441&cc=5021&q=emilio-ribas-e-secretaria-da-saude-apontam-alto-risco-de-saude-em-estudios-de-tatuagem-e-piercing>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

HELMENSTINE, Anne Marie. Tattoo ink química. Disponível em: <<http://chemistry.about.com/library/weekly/aa121602a.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

JAVARI, Siavash et al. Tattooing and the risk of transmission of hepatitis C: a systematic review and meta-analysis. *International Journal of Infectious Diseases* 14 (2010) e928–e940.

Disponível em: <[http://www.ijidonline.com/article/S1201-9712\(10\)02422-7/pdf](http://www.ijidonline.com/article/S1201-9712(10)02422-7/pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

LISE, Michele et al. Tatuagem: perfil e discurso de pessoas com inscrição de marcas no corpo. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0365-05962010000500006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962010000500006)>. Acesso em: 09 jun. 2016.

MARQUES, Toni. Questão de pele: pinturas indígenas, cicatrizes dos escravos, moda de marinheiros. A tatuagem fez história no Brasil. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/questao-de-pele>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

MENDONÇA, Branca Lapolla e SILVA, Monica Mateus da. Motivação e Representações Simbólicas no Comportamento de Tatuar-Se: Um Estudo Analítico. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/jung/download/Relatorio\\_pesquisa.pdf](http://www.pucsp.br/jung/download/Relatorio_pesquisa.pdf)>.

OLIVETTE, Cris. Estúdio de tatuagem deixa preconceito de lado e se transforma em um bom empreendimento. Disponível em: <<http://pme.estadao.com.br/noticias/noticias,estudio-de-tatuagem-deixa-preconceito-de-lado-e-se-transforma-em-um-bom-empreendimento,1681,0.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

PINHEIRO, Pedro. Body piercing | perigos e complicações. Disponível em: <<http://www.mdsauder.com/2008/10/piercing.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

QUARANTA, Alessia et al. Body piercing and tattoos: a survey on young adults' knowledge of the risks and practices in body art". BMC Public Health 2011 11:774. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3196715/>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

RODRIGUEZ, Luciana da Silva e CARRETEIRO, Teresa Cristina Othenio Cordeiro. Olhares sobre o corpo na atualidade: tatuagem, visibilidade e experiência tátil. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/seerpsicsoc/ojs2/index.php/seerpsicsoc/article/view/3816>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

SILVA, Bruna Cristina Daminelli. A tatuagem na contemporaneidade. Disponível em: <<http://www.bib.unesc.net/biblioteca/sumario/000043/000043A1.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

TEOTONIO, Bianca Ligramante. Determinação de metais presentes em tintas usadas para tatuagem. Disponível em: <[http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/qui/bianca\\_ligramante.pdf](http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/qui/bianca_ligramante.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA. Tattooing linked to higher risk of hepatitis C, study finds. ScienceDaily. Disponível em: <[www.sciencedaily.com/releases/2010/08/100806125506.htm](http://www.sciencedaily.com/releases/2010/08/100806125506.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.

## Notas

1. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC-Rio (2015). Graduada em Direito pela FGV Direito Rio (2012), com bolsa da Fundação Faz Diferença (2010-2012). Advogada, com experiência nas áreas de Antitruste/Concorrencial, Anticorrupção e Compliance e Direito Regulatório.
2. RODRIGUEZ, Luciana da Silva e CARRETEIRO, Teresa Cristina Othenio Cordeiro. “Olhares sobre o corpo na atualidade: tatuagem, visibilidade e experiência tátil”. Disponível em: <<http://www.ufrrgs.br/seerpsicsoc/ojs2/index.php/seerpsicsoc/article/view/3816>>. Acesso em: 06 jun. 2016.
3. Diversos trabalhos reportam a percepção de que *body piercings* e tatuagens são cada vez mais populares no Brasil. Todavia, esses trabalhos geralmente não se referem a pesquisas ou dados com os números indicativos desse movimento. Apesar de o crescimento da popularidade de tatuagens e *piercings* no Brasil também ser reconhecido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não foram encontrados dados oficiais públicos sobre o número e o perfil das pessoas com modificações corporais no país após pedidos feitos à referida agência e ao Ministério da Saúde por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (E-SIC). Também não foram encontradas informações oficiais públicas sobre os estabelecimentos que prestam esse tipo de serviço. Esse fato, por si só, é um indicativo de que o tema deve ser melhor estudado no Brasil, especialmente em razão de envolver questões de saúde pública, como será visto ao longo deste trabalho.
4. BRAITHWAITE, Ronald e outros. “Tattooing and body piercing among adolescent detainees: relationship to alcohol and other drug use”. Journal of Substance Abuse 13 (2001) 5–16. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S089932890100061X>>. Acesso em: 06 jun. 2016.
5. SILVA, Bruna Cristina Daminelli. “A tatuagem na contemporaneidade”. Disponível em: <<http://www.bib.unesc.net/biblioteca/sumario/000043/000043A1.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.
6. “O termo passou a ser adotado depois que o inglês James Cook conheceu *in loco* a sofisticada tradição desenvolvida na Polinésia, em fins do século XVIII. Lá, os nativos usavam espinhas de peixe finíssimas, ou ossos de passarinho, para perfurar a pele e injetar um pigmento feito à base de carvão e ferrugem. O navegador registrou o costume em seu diário de bordo: ‘Homens e mulheres pintam o corpo. Na língua deles, chamam isso de tatau. Injetam pigmento preto sob a pele de tal modo que o traço se torna indelével’”. A palavra taitiana era uma onomatopéia do som feito durante a execução da tatuagem. Veio daí a versão em inglês: *tattoo*”. MARQUES, Toni. “Questão de pele: pinturas indígenas, cicatrizes dos escravos, moda de marinheiros. A tatuagem fez história no Brasil”. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/questao-de-pele>>. Acesso em: 08 jun. 2016.
7. SILVA, Bruna Cristina Daminelli. A tatuagem na contemporaneidade. Disponível em: <<http://www.bib.unesc.net/biblioteca/sumario/000043/000043A1.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2016.

8. MARQUES, Toni. “Questão de pele: pinturas indígenas, cicatrizes dos escravos, moda de marinheiros. A tatuagem fez história no Brasil”. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/questao-de-pele>>. Acesso em: 08 jun. 2016. Para mais informações, ver também: FONSECA, Andrea Lissett Perez. “Tatuar e ser tatuado: etnografia da prática contemporânea da tatuagem”. Estúdio: experience art tattoo – Florianópolis, SC. Disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/divu/colab/d28-aperez.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2016.
9. Nesse sentido, por exemplo, a pesquisa conduzida por Gordon B. Forbes com um grupo de estudantes universitários (*college students*) com modificações corporais (tatuagens e *body piercings*) concluiu que esses estudantes vêm de contextos familiares e sociais e têm experiências similares àquelas de estudantes sem modificações corporais. As únicas diferenças relevantes são que os estudantes com modificações corporais tendem a assumir mais riscos (*risk-taking*) e serem menos conformados do aqueles sem modificações corporais. FORBES, Gordon B. “College students with tattoos and piercings: motives, family experiences, personality factors, and perception by others. *Psychological Reports*, 2011, 89, 774-786. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11824749>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
10. OLIVETTE, Cris. “Estúdio de tatuagem deixa preconceito de lado e se transforma em um bom empreendimento”. Disponível em: <<http://pme.estadao.com.br/noticias/noticias,estudio-de-tatuagem-deixa-preconceito-de-lado-e-se-transforma-em-um-bom-empreendimento,1681,0.htm>>. Acesso em: 10 jun 2016.
11. O 1º Censo da Tatuagem foi realizado em 2013 pela revista *Superinteressante*, da Editora Abril, que coletou dados de 80 mil participantes no Brasil para traçar o perfil do brasileiro tatuado. Esses dados se encontram disponíveis em: <<http://super.abril.com.br/comportamento/1o-censo-de-tatuagem-do-brasil-resultados>>. Acesso em: 8 jun. 2016.
12. BRAITHWAITE, Ronald e outros. “Tattooing and body piercing among adolescent detainees: relationship to alcohol and other drug use”. *Journal of Substance Abuse* 13 (2001) 5–16. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S089932890100061X>>. Acesso em: 6 jun. 2016.
13. Por exemplo, o mercúrio é utilizado na cor vermelho; o cromo, na cor verde; o manganês, na cor lilás; o cobalto, na cor azul; o cádmio, na cor amarelo; e o hidrato de ferro, na cor ocre/marrom. Helmenstine alerta, contudo, que é comum a mistura de elementos para que se alcance o tom desejado pelo fabricante, de modo que diversos elementos podem ser encontrados em uma mesma cor de tinta. HELMENSTINE, Anne Marie. *Tattoo ink Química*. Disponível em <<http://chemistry.about.com/library/weekly/aa121602a.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
14. Por exemplo, o sândalo e o pau-brasil, que dão origem a pigmentos de cor avermelhada.
15. CRUZ, Fernanda André Martins et al. “Reações aos diferentes pigmentos de tatuagens: relato de dois casos. In: *Bras. Dermatol.*, Rio de Janeiro, v. 85, n. 5, p. 708-711, Oct. 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S036505962010000500019&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S036505962010000500019&lng=en&nrm=iso)> Acesso em: 11 jun. 2016.
16. Idem.
17. TEOTONIO, Bianca Ligramante. “Determinação de metais presentes em tintas usadas para tatuagem”. Disponível em: <[http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/qui/bianca\\_ligramante.pdf](http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/qui/bianca_ligramante.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016.
18. PINHEIRO, Pedro. “Body piercing | perigos e complicações”. Disponível em: <<http://www.mdsaudade.com/2008/10/piercing.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

19. JAVARI, Siavash e outros. “Tattooing and the risk of transmission of hepatitis C: a systematic review and meta-analysis”. *International Journal of Infectious Diseases* 14 (2010) e928–e940. Disponível em: <[http://www.ijidonline.com/article/S1201-9712\(10\)02422-7/pdf](http://www.ijidonline.com/article/S1201-9712(10)02422-7/pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2016. Também nesse sentido, conferir: UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA. “Tattooing linked to higher risk of hepatitis C, study finds”. ScienceDaily. Disponível em: <[www.sciencedaily.com/releases/2010/08/100806125506.htm](http://www.sciencedaily.com/releases/2010/08/100806125506.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2016.
20. LISE, Michele et al. “Tatuagem: perfil e discurso de pessoas com inscrição de marcas no corpo”. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0365-05962010000500006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962010000500006)>. Acesso em: 9 jun. 2016.
21. GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Emílio Ribas e Secretaria da Saúde apontam alto risco de saúde em estudos de tatuagem e piercing. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/snoticias/lenoticia.php?id=231441&cc=5021&q=emilio-ribas-e-secretaria-da-saude-apontam-alto-risco-de-saude-em-estudos-de-tatuagem-e-piercing>>. Acesso em: 10 jun. 2016.
22. LISE, Michele et al. “Tatuagem: perfil e discurso de pessoas com inscrição de marcas no corpo”. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0365-05962010000500006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0365-05962010000500006)>. Acesso em: 09 jun. 2016.
23. BRAITHWAITE, Ronald e outros. “Tattooing and body piercing among adolescent detainees: Relationship to alcohol and other drug use”. *Journal of Substance Abuse* 13 (2001) 5–16. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S089932890100061X>>. Acesso em: 6 jun. 2016.
24. CEGOLON, Luca et al. “Body piercing and tattoo: awareness of health related risks among 4,277 Italian secondary school adolescents”. *BMC Public Health* 2010 10:73. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20163712>>. Acesso em: 09 jun. 2016.
25. GALLÈ, Francesca et al. “Awareness of health risks related to body art practices among youth in Naples, Italy: a descriptive convenience sample study”. *BMC Public Health* 2011 11:625. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21819558>>. Acesso em: 09 jun. 2016.
26. QUARANTA, Alessia et al. “Body piercing and tattoos: a survey on young adults’ knowledge of the risks and practices in body art”. *BMC Public Health* 2011 11:774. Disponível em: <[http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3196715](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3196715/)>. Acesso em: 09 jun. 2016.
27. Para fins do presente trabalho, por meio do e-SIC, foram solicitadas informações à Anvisa e ao Ministério da Saúde sobre: (i) perfil e características dos brasileiros que têm *piercing* e tatuagens (idade, sexo, escolaridade, condição social, raça, etc.); (ii) estatísticas sobre doenças contraídas pela realização de *piercings* e tatuagens; (iii) número de estabelecimentos de *piercings* e tatuagens no Brasil; e (iv) medidas que têm sido implementadas pelo governo para controle dessas atividades. A Anvisa informou não possuir os dados solicitados e orientou o encaminhamento do pedido ao Ministério da Saúde. Este, por sua vez, ainda não respondeu à consulta realizada até a presente data.
28. A Anvisa, por meio da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 55/2008, apenas trata do registro obrigatório dos produtos, acessórios, aparelhos e agulhas utilizados no procedimento de pigmentação artificial permanente da pele (tatuagens e maquiagens definitivas, por exemplo). Em 2007, em parceria com o Instituto de Defesa do Consumidor (Idec), a Anvisa lançou o “Guia Didático sobre Vigilância Sanitária” que incluiu um breve capítulo

sobre estabelecimentos de tatuagem e *piercings*. A Anvisa também lançou a “Referência Técnica para o Funcionamento dos Serviços de Tatuagem e *Piercing*”. Contudo, como se trata apenas de orientações, estúdios de *piercings* e tatuagens e profissionais liberais não estão obrigados a seguir tais normas.

29. Confirmando a premente necessidade de se regular essas atividades em nível nacional, em consulta à página eletrônica da Câmara dos Deputados, foram localizados, pelo menos, seis projetos de lei em tramitação, que tratam da regulação de estabelecimentos de *piercings* e tatuagens e/ou das profissões de *piercer* e tatuador. São eles: PL nº 1.444/2007, PL nº 2.104/2007; PL nº 4.298/2012, PL nº 6.505/2013; PL nº 2.065/2015 e PL nº 2.716/2015.
30. Função educacional semelhante já vem sendo desempenhada por diversas Defensorias Públicas no Brasil (inclusive pelo Núcleo de Defesa do Consumidor – Nudecon, da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro) no que diz respeito, por exemplo, à educação financeira de consumidores.
31. Sobre a função institucional da Defensoria Pública na educação em direitos humanos, conferir ALVES, Cleber Francisco. “Defensoria Pública e educação em direitos humanos”. In: SOUSA, José Augusto Garcia de. *Uma nova defensória pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar nº132/09*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 199-216.

# Da necessária despatrimonialização da reparação dos danos morais

## The need for non pecuniary compensantion for moral damages

Pedro González Montes de Oliveira<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo faz um cotejo entre o atual estado de evolução do direito civil, que se diz constitucionalizado, repersonalizado, e as formas de reparação dos danos morais. Analisa-se a evolução do reconhecimento e proteção dos direitos da personalidade. Constata-se prevalecer na prática judiciária a tutela reparatória exclusivamente pecuniária das lesões a direitos da personalidade, os danos morais. São apontados os efeitos nocivos dessa prevalência, bem como as vantagens da reparação não pecuniária, que encontra respaldo na legislação atual. Conclui-se pela maior efetividade da tutela específica dos direitos da personalidade, que resgatando o seu caráter humanitário.

**ABSTRACT:** This article makes a comparison between the current status of the civil law and the compensation for moral damage. Are pointed out the harmful effects of the practice currently adopted, which gives preference to monetary compensation. On the other hand, the specific repairing, with non pecuniary compensation, could be a solution for more effective jurisdictional provision.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da personalidade. Dignidade humana. Danos morais. Reparação não pecuniária. Tutela específica. Despatrimonialização.

**KEYWORDS:** Moral Damages. Non pecuniary compensation. Specific repairing.

### 1. Introdução

O discurso teórico acerca dos direitos da personalidade, por vezes, contrasta com a forma como tal categoria de interesses é tutelada pelo Poder Judiciário. Isso porque, a despeito de seu caráter extrapatrimonial, no mais das vezes a lesão a esses direitos recebe uma resposta estritamente patrimonial, mediante a entrega de dinheiro à vítima.

Há, pois, um verdadeiro contrassenso. Por um lado, a doutrina ressalta a importância desses interesses para a garantia da dignidade da pessoa humana, invocando a incidência do art. 1º, III, da Constituição Federal. Por outro, cada vez mais os danos resultantes da ofensa a direitos da personalidade – os danos morais – são encarados de

forma excessivamente pragmática pelos operadores do direito, reduzindo-os a meras cifras monetárias que se confundem com os próprios interesses violados.

Ademais, em uma via observa-se o crescimento na consciência desses direitos, haja vista o aumento no número de demandas em que se pleiteia indenização por danos morais. Entretanto, os grandes litigantes parecem não se sentir efetivamente desestimulados a causar novos danos, persistindo na prática de atos lesivos à personalidade, a despeito das condenações pecuniárias que lhes são impostas.

É preciso, pois, pensar em novas formas de se reparar a lesão a direitos da personalidade a fim de que a tutela jurídica desses interesses seja compatível com sua importância teórica para o direito civil. Nesse sentido, tem crescido na doutrina e na jurisprudência o movimento de despatrimonialização da reparação dos danos morais.

## 2. Os direitos da personalidade e a dignidade humana

A despeito de sua origem remontar à construção da doutrina alemã e francesa da segunda metade do século XIX, os chamados *direitos da personalidade* adquiriram maior destaque somente após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>2</sup>. Naquele momento histórico, a preservação da espécie humana tornou-se uma preocupação global, revelando-se um contexto adequado para o resgate dessa teoria.

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como aqueles “atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”<sup>3</sup>. Dizem respeito à esfera extrapatrimonial do indivíduo – não aferível economicamente – tutelando os atributos, os bens jurídicos inerentes à condição humana tais como a vida, a integridade psicofísica, a imagem, o nome, a honra, a privacidade, entre outros.

Dante de sua especial natureza, não são passíveis de taxação exauriente<sup>4</sup>, apresentando rol aberto que pode variar de acordo com o tempo e o contexto social. Isso porque, tais interesses evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, imprevisíveis pelo legislador. O conceito torna-se, pois, elástico, abrangendo um número ilimitado de hipóteses<sup>5</sup>.

Os direitos da personalidade são, assim, o instituto jurídico mais diretamente voltado à proteção da pessoa, encontrando-se no centro do direito civil<sup>6</sup>. Sua lógica fundante é a tutela da dignidade humana<sup>7</sup>, uma vez que compreendem os aspectos indispensáveis à vida digna.

Não é demais destacar que a *dignidade humana* atualmente é considerada a mola mestra de todos os sistemas jurídicos civilizados<sup>8</sup>, sendo apontada como a verdadeira razão de ser do Direito<sup>9</sup>. Nesse diapasão, a personalidade é tida não como um direito, mas sim um *valor* – o valor máximo do ordenamento<sup>10</sup>.

O Código Civil de 1916 não tratava dessa categoria de direitos, sendo certo que à época de sua elaboração ainda se discutia doutrinariamente acerca da sua existência, vez que alguns afirmavam que não seria possível que o titular do direito subjetivo fosse ao mesmo tempo objeto desse direito<sup>11</sup>. A sua positivação no Brasil veio com a Constituição Federal de 1988, com as previsões constantes do art. 5º, V e X, além do art. 1º, III – que elege a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Assevera-se, aliás, que o texto constitucional teria previsto uma *cláusula geral de tutela da personalidade*, a fim de permitir a proteção de direitos da personalidade que não encontrem previsão expressa no ordenamento. É conhecida a doutrina de Gustavo Tepedino nesse sentido:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento<sup>12</sup>.

O Código Civil de 2002, por sua vez, dedicou um capítulo inteiro aos direitos da personalidade, compreendido entre os arts. 11 e 21. Trata-se da primeira menção específica do legislador brasileiro a tal categoria<sup>13</sup>. A despeito de trazer uma disciplina tímida e deficitária<sup>14</sup>, teve o mérito de tratar expressamente do direito ao próprio corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade, o que indubitavelmente contribui para o debate acadêmico sobre a matéria.

Além disso, trouxe duas cláusulas gerais, contidas nos arts. 12 e 21, que atuam como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no art. 1º, III, da Constituição da República<sup>15</sup>, tornando ainda mais concreta a proteção prevista a partir do texto constitucional<sup>16</sup>. Tais cláusulas têm, igualmente, o mérito de atrair também para o âmbito infraconstitucional<sup>17</sup> a tutela de direitos da personalidade não positivados expressamente.

Deveras, os direitos da personalidade são essencialmente pluridisciplinares<sup>18</sup>, isto é, não pertencem exclusivamente ao campo do direito privado, nem unicamente ao direito público. Em verdade, a personalidade exige uma tutela ampla, superando a *summa divisio* do direito<sup>19</sup>, devendo ser proporcionada em relação ao ordenamento globalmente considerado<sup>20</sup>. Destarte, a conjugação de dispositivos da Constituição com os do Código Civil é medida salutar e necessária a fim de tutelar adequadamente a dignidade humana, operando-se uma leitura civil-constitucional.

De fato, a pluridisciplinaridade enriquece o estudo da matéria. Gera, todavia, pequenas diferenças quanto ao enfoque e as denominações empregadas para os direitos destinados à proteção da pessoa. No direito internacional utiliza-se comumente a expressão *direitos humanos*, independentemente do tratamento interno de cada Estado. Já *direitos fundamentais* é o termo mais usual no direito constitucional, designando os direitos humanos que se encontram positivados explicita ou implicitamente nas Constituições. Por sua vez, a designação *direitos da personalidade* – preferida no direito civil – diz respeito à parcela desses direitos que se refiram a atributos essenciais à condição humana e que exigem especial proteção no campo das relações entre particulares<sup>21</sup>.

Uma última colocação se revela importante nesse tópico. *Todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade*<sup>22</sup>. Isso porque há direitos fundamentais que visam a tutelar aspectos externos ao indivíduo, tais como o direito de propriedade ou o direito de greve, não sendo considerados, assim, indispensáveis à sua definição enquanto pessoa.

### **3. Da tutela dos direitos da personalidade e o dano moral**

A tutela dos direitos da personalidade exige a previsão de instrumentos processuais amplos e diferenciados. Isso porque, como acima destacado, a pessoa humana pode se projetar em seu meio social de incontáveis maneiras. Consequentemente, inúmeras também são as formas possíveis de lesão e ameaça aos direitos da personalidade. Por isso, o direito processual – como instrumento de efetividade do direito material que é – deve prever diferentes meios de tutela jurisdicional visando à efetiva proteção dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, o art. 12, *caput*, do Código Civil de 2002, traz a já referida cláusula geral de tutela da personalidade em âmbito infraconstitucional. Prevê o dispositivo a *tutela preventiva* desses direitos – permitindo que se cesse a ameaça de lesão – bem como a *tutela resarcitória* – para os casos em que o dano já se verificou. Outrossim, a fim de garantir uma tutela integral da personalidade, deixa clara a possibilidade de utilização de outras sanções previstas em lei, tais como as estabelecidas em âmbito penal e administrativo<sup>23</sup>.

De fato, a tutela da pessoa não poderia se limitar à tradicional técnica do resarcimento do dano, até mesmo em razão do comando constitucional lançado no art. 5º, XXXV, que determinada que nenhuma *ameaça a direito* seja excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Nesse diapasão, a tutela preventiva assume relevo, devendo o ordenamento reunir esforços a fim de evitar o dano e tornar possível a realização efetiva das situações existenciais<sup>24</sup>. Não obstante, haja vista o escopo do presente trabalho, focar-se-á neste tão somente o estudo da tutela resarcitória.

A lesão a qualquer dos direitos da personalidade gera o chamado *dano moral*<sup>25</sup>. Não se deve confundir esse com a dor, sofrimento, vexame ou humilhação, que são meras

consequências do ato lesivo e não o direito violado<sup>26</sup>. De fato, a relação entre os dois institutos é tão estreita que há quem afirme que “não há outras hipóteses de danos morais além das violações aos direitos da personalidade”<sup>27</sup>.

O reconhecimento da indenizabilidade do dano moral é relativamente recente em nosso ordenamento. Esta já vinha sendo admitida pela doutrina majoritária antes do advento da Constituição Federal de 1988. Todavia, somente com a sua positivação no art. 5º, V e X da Lei Maior é que a jurisprudência passou a admiti-la de forma tranquila, a despeito de o Código Civil de 1916 jamais tê-la vedado<sup>28</sup>. Superada essa discussão, a principal problemática passou a ser o estabelecimento de formas e limites para a indenização<sup>29</sup>.

Ocorre que os direitos da personalidade dizem respeito à esfera extrapatrimonial do indivíduo, logo, a lesão a esses direitos não é passível de apreciação econômica. Surge, assim, uma grande dificuldade em se estabelecer uma justa reparação pelo dano, visto que ele é inestimável.

O meio mais comum de reparação, pois, tem sido o arbitramento de uma indenização em dinheiro pelo juiz. Diante da ausência de parâmetros legais claros para a fixação desse valor, a doutrina<sup>30</sup> busca estabelecer diversos critérios para auxiliar o magistrado a alcançar uma condenação equitativa, o que muitas vezes não é obtido na prática. As dificuldades são inúmeras.

Entretanto o dinheiro não é a única via. Em verdade, o dano moral pode ser compensado também por meio não pecuniário, caso seja de interesse do lesado. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência vêm desenvolvendo formas de *reparação específica dos danos morais* tais como a retratação pública, a retratação privada, a veiculação de notícia da decisão judicial, a obtenção do resultado prático equivalente, entre outros.

Esclareça-se, desde já, que tais meios não excluem a indenização pecuniária, vez que a reparação específica pode não ser suficiente para reparar todo o dano, devendo ser complementada com dinheiro<sup>31</sup>. Nessa hipótese, todavia, a quantia entregue ao lesado assumirá papel claramente secundário, meramente suplementar. Isso porque os meios não pecuniários, no mais das vezes, têm maior efetividade na satisfação do lesado e na pacificação do conflito<sup>32</sup> do que a indenização clássica.

Todavia, lamentavelmente na prática judicial continua a prevalecer a compensação dos danos morais exclusivamente por meio do pagamento de um valor arbitrado em dinheiro<sup>33</sup>. Tal prevalência, contudo, se revela inadequada diante do atual quadro de evolução do direito civil.

#### **4. Da inadequada prevalência da reparação exclusivamente pecuniária dos danos morais**

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – que elegeu como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza – a pessoa

humana e, pois, os valores existenciais, foram alçados ao vértice do ordenamento jurídico brasileiro. Aquela passou a ser o valor que conforma todos os ramos do direito<sup>34</sup>.

Dante desse quadro, não há dúvida de que proceder a uma releitura do direito civil à luz da Constituição – tal como proposto pela metodologia civil-constitucional<sup>35</sup> – implica uma “despatrimonialização” dos seus institutos tradicionais<sup>36</sup>. Fala-se então em “repersonalização” do direito civil, de modo que a pessoa é recolocada no núcleo do direito privado, relegando o patrimônio a plano secundário, a papel de coadjuvante<sup>37</sup>. A pessoa humana, mais do que simples titular de bens, direitos e obrigações, torna-se o centro epistemológico do direito civil, que passa a ter como finalidade a afirmação de sua dignidade<sup>38</sup>. As relações existenciais predominam sobre as patrimoniais<sup>39</sup>. O *ser* prevalece sobre o *ter*.

Não obstante, paradoxalmente, insiste-se em realizar a proteção dos direitos da personalidade pela mesma lógica patrimonialista dos direitos de cunho econômico. Isto é, da mesma maneira que a ofensa a um bem material resulta no pagamento de uma importância pecuniária como forma de resarcimento, a lesão a um interesse não patrimonial também recebe normalmente uma resposta estritamente patrimonial. Trata-se de uma inversão de valores, pois se o dano é de natureza imaterial, a sua reparação não pode ser puramente material<sup>40</sup>.

É preciso separar a lógica proprietária da lógica da pessoa humana. A necessidade de tutela integrada da pessoa humana, que é o valor máximo do ordenamento, não admite tal limitação. Demanda, assim, obrigatoriamente uma tutela especial, diferenciada. Não se deve admitir que receba a mesma proteção conferida ao patrimônio, que é essencialmente secundário. Afinal, “quando se dá a mesma dignidade ao principal e ao acessório, deprecia-se o que de fato é relevante”<sup>41</sup>.

Deveras, a reparação exclusivamente monetária dos danos morais é claramente inadequada e insuficiente. Isso porque a ofensa a bens imateriais tão caros aos seres humanos como os direitos da personalidade não encontra reparação na pecúnia. Dinheiro traz alento e colabora para a aquisição de bens materiais, mas não restaura os valores pessoais atingidos, nem reestabelece a situação que existiria caso a lesão não tivesse ocorrido. Tanto que compensa, mas jamais ressarcir<sup>42</sup>.

Esse, porém, não é o único problema. Há ainda outros efeitos nocivos que decorrem da predominância da reparação em dinheiro.

O primeiro deles é o que podemos chamar de “mercantilização” dos danos morais. Isto é, em uma sociedade capitalista em que impera, muitas vezes, a lógica de mercado, baseada em custos e benefícios típica da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham<sup>43</sup>, as indenizações por violação a direitos da personalidade são contabilizadas pelas grandes companhias como “custos”. Assim, uma vez constatado que determinado produto ou serviço fornecido aos consumidores é defeituoso e tem potencial para causar danos a esses, é avaliado o investimento necessário para a correção do problema frente ao valor

das indenizações normalmente pagas. Ocorre que muitas vezes o valor dessas últimas se revela menor do que o gasto necessário para evitar as lesões.

Alguns precedentes evidenciam que, por vezes, agentes econômicos optam por conscientemente manter a prática lesiva na hipótese em que a soma das condenações judiciais não supera o investimento necessário para evitar os danos<sup>44</sup>. A indenização, que deveria ser excepcional, torna-se mera taxa operacional<sup>45</sup>, mais uma linha na tabela de custos.

O caso Ford Pinto<sup>46</sup> é paradigmático nesse sentido. Durante os anos 1970, o Ford Pinto era um dos carros compactos mais vendidos nos Estados Unidos. Ocorre que por um erro de projeto o seu tanque de combustível estava sujeito a explodir em caso de colisão traseira. Mais de quinhentas pessoas morreram quando seus automóveis pegaram fogo e diversas outras sofreram queimaduras graves. Cientes do problema, os executivos da Ford realizaram uma análise de custo e benefício para avaliar se o investimento necessário para corrigir o projeto compensava financeiramente as vantagens obtidas em vidas salvas e ferimentos evitados. Concluíram, porém, que os onze dólares necessários para a colocação de um dispositivo que tornava o tanque de combustível mais seguro não faziam frente aos possíveis ganhos. Quando o estudo da Ford veio a público sofreu veemente repúdio.

O dinheiro como remédio universal, pois, permite o entendimento de que a violação a direitos da personalidade é permitida a todos aqueles que estejam dispostos a pagar o “preço” correspondente. Assim, quem tem patrimônio suficiente poderia causar dano moral à vontade<sup>47</sup>. Vida, honra, imagem, integridade física e psicológica, tudo é transformado em moeda corrente.

A filosofia mercantilizadora dos interesses existenciais tem contaminado o próprio Judiciário, que lida muitas vezes com os danos morais de forma excessivamente pragmática. Nas audiências de conciliação, a vítima comumente é estimulada a encerrar o litígio aceitando uma quantia inferior à pleiteada, e que é oferecida pelo proposto da parte ré sem qualquer constrangimento ou desagravo. A “composição” do litígio se assemelha a um ato de comércio no qual o causador do dano confirma sua superioridade econômica e social ao “pagar” pelo dano causado. A vítima, ao invés de se sentir protegida, deixa o Fórum com sensação de desamparo e descrença na Justiça, mais humilhada do que entrou ao se render a tudo isso<sup>48</sup>.

Outro efeito negativo da práxis dominante é a “precificação” dos atributos humanos<sup>49</sup>. Isto é, visando a alcançar certa uniformidade no valor das condenações, é comum que tribunais e juízes singulares realizem um “tabelamento” das indenizações por danos morais. Com efeito, cada juízo estabelece, segundo seus critérios, um valor-padrão para as condenações dos casos mais comuns de lesão a interesses existenciais. Forma-se uma tabela oficial na qual em uma coluna são lançadas as lesões mais corriqueiras (ex: inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, revista íntima abusiva, recusa a

cobertura de tratamento médico etc.) e na outra os valores da indenização correspondente (ex: dois mil reais, trinta salários-mínimos, dez mil reais etc.). Assim, para todos os casos semelhantes aquele juiz ou tribunal fixa o mesmo valor de indenização.

Esse “tabelamento”, aliás, é conhecido pelos maiores litigantes – a própria Administração Pública, bancos, seguradoras, institutos de previdência, prestadoras de serviços públicos (principalmente de telefonia) e planos de saúde<sup>50</sup>. A padronização das indenizações, pois, acaba por facilitar o cálculo dos custos pela atividade mal desenvolvida, favorecendo a lógica utilitarista.

Ocorre que a padronização vai contra a própria essência do dano moral, que se produz de forma distinta em cada sujeito. Reflete, assim, as particularidades do indivíduo atingido, de modo que não está sujeito a critérios matemáticos ou predeterminados<sup>51</sup>. Afinal, uma lesão na perna gera dano maior a um jogador de futebol do que a um pianista, ao passo que uma lesão nas mãos produz o resultado inverso. Todavia, com a estandardização são desconsideradas as peculiaridades do caso concreto, que acaba decidido por uma sentença-modelo que confere uma resposta padrão para todas as lesões que aparetam ser semelhantes.

O último efeito nocivo da reparação dos danos morais exclusivamente com dinheiro é o incentivo a propositura de demandas fúteis<sup>52</sup>, que visam ao lucro fácil. Independentemente da discussão se há ou não uma “indústria do dano moral”, é inegável que por vezes surgem pedidos de indenização motivados por sentimentos puramente mercenários, supostamente causados por fatos banais do cotidiano. Alguns apontam que o problema estaria no elevado valor das condenações ou nos chamados *punitive damages*. A principal causa, porém, é a associação dos danos morais a entrega de um valor em dinheiro<sup>53</sup>, o que sem dúvida estimula a ganância.

Há verdadeiro desvio de finalidade nessas demandas. O foco deixa de ser a proteção do direito lesado, passando a recair sobre a sanção a ser imposta. O interesse do demandante não é na tutela da sua personalidade, mas sim na indenização a ser-lhe entregue. O estado patológico importa mais do que o exercício do direito em si.

Por outro lado, o receio de que demandas dessa natureza se proliferem – dando azo a um suposto “enriquecimento sem causa” – inibe o Poder Judiciário de impor condenações monetárias mais expressivas. Fecha-se, assim, o ciclo de ineficácia dessa modalidade de reparação.

Em resumo, pode-se dizer que a reparação unicamente em pecúnia estimula as ações mercenárias, gera sentenças sem valor social e insatisfação na vítima, que não tem seus anseios atendidos<sup>54</sup>. Ademais, é certo que não se pode alforriar o agente que pretende causar um dano mediante o simples pagamento de uma indenização, que é secundária e impotente para reprimir os valores da alma<sup>55</sup>. Impõe-se, portanto, a revisão da forma de se indenizar o dano moral. O dinheiro não pode mais ser visto como a única solução.

Afinal, conforme afirmou a Corte Suprema de Justiça da Argentina: “A consciência da própria dignidade não se silencia nem se satisfaz com indenizações pecuniárias (...). A crua noção anglo-saxônica de vindicar a honra [ou qualquer outro direito da personalidade] *by getting cash* já mostrou que é insatisfatória para muita gente decente”<sup>56</sup>.

## 5. Reparação específica (não pecuniária) dos danos morais: previsão legal, possibilidades e vantagens

A despeito da lamentável preferência pela indenização pecuniária na prática forense atual, em verdade o direito material brasileiro sempre aceitou a dupla forma de resarcimento: o resarcimento na forma específica e a indenização em dinheiro. De fato, nem o Código Comercial, tampouco o Código Civil de 1916, previam que a indenização deveria ser precipuamente em dinheiro<sup>57</sup>.

Aliás, autores como José de Aguiar Dias<sup>58</sup> já defendiam que a reparação natural ou específica deveria preferir à indenização pecuniária sempre que possível, já que aquela corresponderia melhor ao fim de restaurar.

O problema, portanto, não estava no direito material<sup>59</sup>, mas talvez na “monetização” dos direitos – ideia liberal segundo a qual qualquer obrigação poderia ser convertida em valores pecuniários – e na ausência de técnicas processuais adequadas à efetivação da tutela específica<sup>60</sup>.

Esse último entrave foi resolvido com o advento, primeiro, do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e, em seguida, dos arts. 461 e 461-A, do Código de Processo Civil de 1973. Os mesmos estabeleceram a preferência pela tutela específica das obrigações frente à sua conversão no equivalente pecuniário, além de preverem meios eficazes para garantir o seu cumprimento *in natura* ou o resultado prático equivalente, como a fixação de multa periódica pelo juiz ou qualquer outra medida que se faça necessária. Fala-se, assim, em atipicidade dos meios executivos<sup>61</sup>.

Frise-se que, apesar de os aludidos dispositivos referirem-se expressamente à “obrigação”, a doutrina entendia que os mesmos eram aplicáveis não apenas às obrigações *stricto sensu*, mas também ao dever de reparar danos, inclusive os de natureza extrapatrimonial. Afirmava-se que, de fato, sequer seria necessária lei nesse sentido, vez que a prioridade à tutela específica decorre do próprio direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional<sup>62</sup>.

Outrossim, dizia-se ser ilógico limitar a tutela específica ao direito das obrigações. Afinal, o dinheiro não pode ter um papel mais importante nas relações existenciais do que aquele que desempenha nas relações patrimoniais, nas quais é subsidiário. Desse modo, seria absurdo querer restringir a tutela dos interesses mais relevantes da ordem jurídica a instrumento de menor amplitude e efetividade<sup>63</sup>. Ademais, é certo que as

questões atinentes à personalidade devem ser enfrentadas tendo em conta o ordenamento globalmente considerado<sup>64</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015, pois, eliminou qualquer dúvida sobre o ponto. Isso porque os arts. 536, § 5º e 537, § 5º trazem a previsão de adoção do procedimento de cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de *obrigação* de fazer e de não fazer para as sentenças que reconheçam *deveres* de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional. A substituição é salutar, vez que o conceito de dever é mais amplo, incluindo os de natureza não obrigacional, a exemplo do dever de reparar danos morais. Assim, pelo regime atual não há distinção procedural alguma entre o cumprimento de obrigação e o de dever de natureza não obrigacional<sup>65</sup>.

A tutela reparatória específica dos danos morais, pois, pode ser compreendida como a aquela que visa a reparar o dano através de um meio diferente do dinheiro. Inclui, assim, tanto a reparação *in natura* quanto a reparação através de um meio não pecuniário. Seu objetivo é estabelecer uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido<sup>66</sup>. Destarte, atende com maior efetividade ao princípio da reparação integral.

Sublinhe-se que em outros ramos, como no direito ambiental, a aplicação de meios não pecuniários de reparação é a regra. Nesse sentido, afirma a doutrina especializada que em caso de dano ambiental “em primeiro lugar, deve-se buscar a recomposição do meio ambiente danificado, o tanto quanto for possível. Apenas e tão somente na hipótese de não ser possível recompor o meio ambiente em ‘nível’ próximo ao que era anteriormente ao dano, possibilita-se a reparação em pecúnia”<sup>67</sup>.

Assim, nada impede a aplicação da tutela específica para a reparação de danos a direitos da personalidade, que são, igualmente, imateriais. A mesma lógica está presente em ambos os campos. Sempre que possível deve-se preferir a compensação não pecuniária. As formas de essa se efetivar são muitas, variando de acordo com o interesse lesado e as peculiaridades do caso concreto.

A retratação pública, por exemplo, pode se revelar um meio particularmente interessante de reparação, em especial nas ofensas à honra. Famoso caso trazido por Giselda Hironaka<sup>68</sup> bem ilustra o seu potencial. Trata-se de episódio ocorrido por volta dos anos de 1960, com a atriz francesa Brigitte Bardot. Em demanda reparatória por danos morais, requereu a mesma que o causador da lesão fosse condenado a pagar um franco a título de indenização. Tendo sido o réu condenado, aquele único franco fora entregue à atriz em evento que contou com a presença da imprensa de todo o mundo, dando ampla divulgação ao fato. O valor da indenização, porquanto, era meramente simbólico, vez que a reparação fora obtida por outro meio. Conclui a referida autora que o “desiderato almejado, certamente, foi melhor alcançado dessa forma”<sup>69</sup>.

A retratação pública, frise-se, pode ter proporções menores sem que seu escopo seja perdido. Veja-se, nessa linha, demanda julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do

Rio de Janeiro<sup>70</sup> na qual uma consumidora teve sua honra lesada ao ser injustamente acusada de furto por um funcionário de um supermercado, que a puxou pelo braço e revirou sua bolsa ao sair do estabelecimento. O fato ocorreu já na rua, contando com a presença de outros clientes daquele comércio, além de transeuntes. No caso, a pedido da autora, o Tribunal condenou o supermercado não só a pagar indenização monetária por danos morais, mas também a publicar em jornal de circulação local nota de reconhecimento da abordagem injusta.

Sublinhe-se que nada impede que a retratação pública em hipóteses de lesão à honra se dê de outras formas, como a extensão de faixa ou placa na porta do local em que o fato se verificou com pedido de desculpas e/ou reconhecimento da injustiça cometida. Trata-se de solução interessante quando a lesão ocorre em grupos sociais restritos, como pequenas comunidades ou vizinhanças, no ambiente de trabalho, em escolas ou universidades, entre outros. O local de afixação do cartaz, faixa ou placa, tempo de permanência e o seu tamanho podem ser determinados na sentença, devendo ser proporcionais à extensão do dano.

O atual estágio da tecnologia permite, inclusive, que a retratação se proceda por meios eletrônicos. Lícito seja feita, assim, através do envio de mensagem de texto para o telefone celular da pessoa lesada. Em se tratando de grandes companhias, a retratação ainda pode ser publicada no sítio eletrônico da ofensora e/ou em seus perfis mantidos em redes sociais na internet. Igualmente, o tempo de exposição e o destaque a ser dado à publicação podem ser estabelecidos pelo juiz.

Aliás, o instrumento no qual a retratação é lançada pouco importa desde que seu objetivo seja alcançado. Este subscritor já teve a oportunidade de atuar profissionalmente em demanda na qual a vítima, difamada por sua vizinha, contentou-se com a redução a termo – na própria assentada da audiência de conciliação – do reconhecimento formal da ré de que os fatos divulgados não eram verdadeiros. O acordo incluiu, ainda, autorização expressa da demandada e do juiz para que a autora exibisse cópia da assentada a qualquer pessoa que ela desejasse ou que a questionasse acerca do episódio. A satisfação da vítima com a solução alcançada era visível em seu rosto.

O aludido mecanismo pode ser empregado, ainda, em face de outros tipos de lesão, como as ocorridas no bojo de relações de consumo. Em outra demanda julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>71</sup>, a concessionária de energia elétrica foi condenada a, além do pagamento de indenização em dinheiro, veicular na fatura a ser enviada ao usuário retratação reconhecendo a falha no serviço e com pedido formal de desculpas pelo dano causado. O defeito consistia na interrupção da prestação com base em cobrança indevida e sem prévia comunicação ao consumidor. Decerto que a sentença poderia determinar que a retratação fosse repetida nos meses seguintes, em quantidade compatível com a extensão da lesão<sup>72</sup>.

Já em demanda julgada no Estado de Alagoas<sup>73</sup>, a sentença condenou uma instituição bancária a se desculpar publicamente com um consumidor, por tê-lo feito esperar por mais de cinquenta minutos na fila aguardando atendimento. As desculpas foram lançadas em letras garrafais, dispostas em um cartaz afixado ao lado dos caixas na agência em que se deu o fato, com um metro de cumprimento por cinquenta centímetros de altura, conforme determinado na decisão.

Igualmente, a publicação da sentença ou de resumo da mesma nos órgãos de imprensa tem escopo semelhante e poder dissuasivo similar. Pode ser empregada quando a retratação não for possível ou quando os fatos tenham sido divulgados anteriormente, de maneira distorcida<sup>74</sup>. Tem a desvantagem, todavia, de eventualmente seu texto não ser acessível ao público em geral em razão da linguagem utilizada na decisão.

Em verdade, haja vista a atipicidade dos mecanismos de obtenção da tutela específica, os meios não pecuniários de reparação podem ser infinitos. Isto é, desde que na hipótese concreta se revele adequada a reparar o dano imaterial infligido, o juiz pode impor ao réu o cumprimento de qualquer fazer, não fazer ou entrega de coisa com essa finalidade.

Assim, a vítima de *bullying*, além da reparação pecuniária poderia ter custeado pelo ofensor o seu tratamento psicológico, pelo tempo que se fizer necessário, por determinação do juiz. O consumidor que tenha adquirido uma geladeira ou um televisor com defeito e aguardado tempo irrazoável para o conserto poderia ser compensado pela entrega de um aparelho topo de linha, sem prejuízo de indenização monetária complementar.

Igualmente, falhas na prestação de serviços públicos como de telefonia fixa, celular, internet ou televisão a cabo, poderiam ser reparadas através da condenação ao fornecimento do serviço por meio de pacote superior ao contratado – ampliando-se a franquia de minutos, de transferência de dados, a velocidade de conexão, ou a quantidade de canais – sem qualquer custo para o consumidor, além de eventual compensação financeira e retratação na fatura. Ou ainda, se alguém perde o show de seu cantor internacional favorito por atraso ou cancelamento de um voo, a companhia aérea poderia ser condenada a custear a viagem e estadia para a próxima apresentação do artista, independente do local em que ocorra, bem como ingresso com visão privilegiada.

Os exemplos acima bem demonstram o potencial da reparação não pecuniária, que pode assumir as mais diversas feições de acordo com o caso concreto. O efeito psicológico dessas medidas sobre a vítima do dano moral é evidente e inegável, e sem os efeitos nocivos da reparação exclusivamente monetária. A tutela específica, pois, é muito mais eficiente do que “uma quantia de dinheiro entregue friamente por um preposto do réu no ambiente quase secreto de uma sala de audiências”<sup>75</sup>. Ou pior, paga através de depósito em conta bancária judicial, que é levantado pelo ofendido através de mandado de pagamento após enfrentar longa fila no banco.

Não há dúvida, pois, de que a tutela específica protege de maneira mais adequada os direitos da personalidade. Deveras, o resarcimento na forma específica do dano extrapatrimonial é o único remédio que permite que esse não seja monetizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação<sup>76</sup>.

Ademais, a tutela específica atende melhor à teoria do desestímulo, inibindo a conduta do ofensor sem a necessidade de se atribuir à vítima uma determinada quantia de natureza jurídica e estimativa duvidosas<sup>77</sup>, como ocorre nos chamados *punitive damages*. Por fim, supera o contraditório binômio “lesão existencial-reparação pecuniária”<sup>78</sup>, melhor se adequando à visão repersonificada e constitucionalizada do direito civil.

## 6. Conclusão

1. Os direitos da personalidade encontram-se no centro do direito civil. Visam à proteção da dignidade humana e, nesse sentido, influenciam todo o regramento civil-constitucional. A personalidade não é um direito, mas sim o valor máximo do ordenamento.

2. Por envolverem a proteção da pessoa humana, os direitos da personalidade são essencialmente pluridisciplinares. Sua proteção deve envolver o ordenamento jurídico globalmente considerado, o que demanda o estabelecimento de instrumentos diferenciados de tutela jurisdicional.

3. Nesse sentido, o ordenamento prevê diferentes formas de tutela da personalidade, assumindo relevo a tutela resarcitória, que atua quando a lesão a direito da personalidade já se verificou – o chamado dano moral. Uma vez assentada a sua indenizabilidade, a questão passou a ser as formas e os limites para a indenização.

4. A reparação exclusivamente pecuniária dos danos morais – atualmente o meio mais comum de reparação – revela-se inadequada, vez que segue a lógica proprietária, reparando-se dano imaterial com instrumento puramente material. Ademais, tem como efeitos nocivos a “mercantilização” dos danos morais; admitir a concepção de que a causação de lesões é admitida para quem está disposto a pagar o preço; o tabelamento das indenizações, fixando-se preço aos atributos humanos e ignorando as peculiaridades de cada caso; além do incentivo à propositura de demandas mercenárias.

5. Por outro lado, nada no ordenamento brasileiro determina a preferência pela indenização em dinheiro. Ademais, o direito material sempre admitiu a dupla forma de resarcimento: pelo equivalente em dinheiro e na forma específica. Com o advento de instrumentos processuais adequados – art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil de 1973 e arts. 536 a 538 do Código de Processo Civil de 2015 – definitivamente abriu-se caminho para a tutela jurisdicional específica dos danos morais.

6. Assim, destacam-se como meios de tutela específica dos danos morais a retratação pública, a retratação privada, a veiculação de notícia da decisão judicial, a obtenção

do resultado prático equivalente e qualquer outro meio atípico idôneo à obtenção da reparação adequada.

7. Percebe-se, assim, que a tutela específica é muito mais eficiente, vez que, além de não sofrer das mazelas da indenização monetária, possui melhor potencial dissuasivo no agressor, bem como um efeito psicológico satisfatório maior na vítima. Trata-se, pois, de uma verdadeira retomada de rumo, resgatando o caráter humanitário dos direitos da personalidade e, pois, dos danos morais.

## 7. Referências

AMARAL, Flávia. “Agência bancária expõe faixa com ‘desculpa’ a cliente por espera em fila”. *Tribuna Hoje*. Maceió, 01 set. 2011. Disponível em: <[www.tribunahoje.com](http://www.tribunahoje.com)>. Acesso em: 02 abr. 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do código civil de 2002”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51-85.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2004.001.8323, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Gilberto Dutra Moreira, julgado em 18 maio 2004. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2009.001.22993, Primeira Câmara Cível, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho, julgado em 09 jun. 2009. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em: 20 out. 2014.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CASTRO, Leonardo; PINTO, Isabel Elaine. Indenização eficaz: a despatrimonialização da reparação pode ser a solução. BDJur, Brasília, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16075>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 100 maiores litigantes – 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2014.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11<sup>a</sup> ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DODENA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 51-73.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSI, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)>. Acesso em: 24 set. 2014.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil*: o direito civil-constitucional em concreto. 2<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 23-37.

\_\_\_\_\_. Danos morais e direitos da personalidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 18 set. 2014.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

MAGATÃO, Karina da Silva. Tutela resarcitória específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 75, p. 80-114, jul./set. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 50. p. 71-116, abr./jun. 2004.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. “O conceito de dano moral nas relações de trabalho”. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342.

\_\_\_\_\_. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-148.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 05-24.

\_\_\_\_\_. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 205-219.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25-62.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.

## Notas

1. Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (PPGS-D-UFF). Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp/Rede LFG. Professor da FESUDEPERJ. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.
2. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 48.
3. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 26.
4. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.
5. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 127; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 55.
6. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do código civil de 2002. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.
7. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 60.
8. JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29
9. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 151.
10. PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 764; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 53.

11. LOTUFO, Renan. Op. cit., p. 47; DODENA, Danilo. Os direitos da personalidade no código civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 57-60.
12. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 54.
13. DODENA, Danilo. Op. cit., p. 51.
14. Para um estudo crítico do regramento contido no Código Civil cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. Op. cit., p. 125-129; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12 e *passim*; JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 123-129; CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 92-101 e *passim*.
15. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 40-41.
16. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 272.
17. ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Op. cit., p. 55-58.
18. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4445>>. Acesso em: 18 set. 2014, p. 2.
19. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Op. cit., p. 41 e 52.
20. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 762.
21. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. cit., p. 13; LÔBO, Paulo. *Danos morais e direitos da personalidade*. Op. cit., p. 3.
22. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. cit., p. 14.
23. CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 94-95 e 124.
24. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 768.
25. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Op. cit., p. 8; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. cit. p. 16; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 150.
26. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Op. cit. ,p. 8; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. cit., p. 17; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 150; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 77; CANTALI, Fernanda Borghetti. Op. cit., p. 115-116.
27. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. Op. cit., p. 8. A afirmação, todavia, sofre críticas de MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 332-334. Para uma análise das diversas correntes acerca do conceito de dano moral cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. O conceito de dano moral nas relações de trabalho. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-conceito-de-dano-moral-nas-relacoes-de-trabalho/>>. Acesso em: 02 abr. 2015, p. 3-10.
28. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

29. VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 203.
30. Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 206-211; CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 88- 91.
31. MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 50, abr./jun. 2004, p. 105.
32. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.
33. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op. cit., p. 19.
34. MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 11.
35. Para o estudo das premissas da metodologia civil-constitucional cf. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 569-597; TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 1-23; MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. Op. cit., p. 3-20; SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.
36. SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. Op. cit., p. 19.
37. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 29. Destaque-se que a adjetivação é vista com cautela pelos próprios defensores do direito civil-constitucional, sendo a mesma empregada apenas para realçar o trabalho árduo do intérprete. Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Op. cit., p. 22-23.
38. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 62.
39. MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Op. cit., p. 319.
40. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 151.
41. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56.
42. JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 222.
43. Sobre o utilitarismo de Jeremy Bentham conferir: SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 48-63.
44. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 207.
45. CASTRO, Leonardo; PINTO, Isabel Elaine. Indenização eficaz: a despatrimonialização da reparação pode ser a solução. BDJur, Brasília, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16075>>. Acesso em: 19 ago. 2014, p. 2.
46. Os fatos são relatados por SANDEL, Michael J. Op. cit., p. 57-59.
47. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 207.
48. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 208.
49. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 208-209.
50. Conforme CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “100 maiores litigantes – 2012”. Brasília, 2012. Disponível em: <[www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2014.
51. VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 34.

52. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 210.
53. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 210.
54. CASTRO, Leonardo; PINTO, Isabel Elaine. Op. cit., p. 3.
55. JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 222.
56. ARGENTINA. Corte Suprema de Justiça. Recurso E64XXIII, julgado em 07 jul. 1982 *apud* JABUR, Gilberto Haddad. Op. cit., p. 223.
57. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 102.
58. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11<sup>a</sup> ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 985-987.
59. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 103-104.
60. MAGATÃO, Karina da Silva. Tutela resarcitória específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 75, p. 80-114, jul./set. 2010, p. 88.
61. MAGATÃO, Karina da Silva. Op. cit., p. 89.
62. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 105.
63. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 214-215.
64. PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 762.
65. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 656.
66. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 106.
67. FURLAN, Anderson; FRACALOSSI, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 105.
68. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <[www.flaviotartuce.adv.br](http://www.flaviotartuce.adv.br)>. Acesso em: 24 set. 2014, p. 26.
69. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Op. cit., p. 26.
70. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2004.001.8323, Nona Câmara Cível, Relator: Desembargador Gilberto Dutra Moreira, julgado em 18 maio 2004. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em: 15 nov. 2014.
71. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2009.001.22993, Primeira Câmara Cível, Relator: Desembargador Maldonado de Carvalho, julgado em 09 jun. 2009. Disponível em: <[www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br)>. Acesso em: 20 out. 2014.
72. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 212.
73. AMARAL, Flávia. “Agência bancária expõe faixa com ‘desculpa’ a cliente por espera em fila”. *Tribuna Hoje*. Maceió, 01 set. 2011. Disponível em: <[www.tribunahoje.com](http://www.tribunahoje.com)>. Acesso em: 02 abr. 2015.
74. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 213.
75. SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 212.
76. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 426.
77. FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 151.
78. A expressão é de SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. Op. cit., p. 211.

# **Penal, Processo Penal e Execução Penal**



# A execução provisória da pena e o princípio constitucional da presunção de inocência: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 126.292

Bruna de Paiva Canesin<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como ponto central a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292, que possibilitou a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, em flagrante violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

**ABSTRACT:** The present essay intends to analyse the decision of the Supreme Court in the Habeas Corpus 126.292, which enabled the provisional execution of criminal condemnatory verdict, in flagrant violation of the presumption of innocence.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal e Processual Penal. Execução provisória da pena. Princípio constitucional da presunção de inocência.

**KEYWORDS:** Criminal Law and Criminal Procedure. Provisional execution of the verdict. Presumption of innocence.

## 1. Introdução

A Constituição da República consagrou, no rol de direitos fundamentais, o princípio da presunção de não-culpabilidade, ao afirmar que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (art. 5º, LVII).

Perceba que o estado de inocência do acusado se mantém durante todo o processo, somente se desconstituindo se houver o trânsito em julgado da decisão condenatória, após o devido processo legal<sup>2</sup>.

Com base nisso, a doutrina majoritária proscreve a execução provisória da pena, salvo para beneficiar o réu, antecipando os benefícios da execução penal<sup>3</sup>.

Apesar de oscilante, essa foi a posição dominante nos tribunais superiores, como se verificará em seguida.

## 2. Evolução jurisprudencial

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendia que, por força do artigo 637 do Código de Processo Penal<sup>4</sup>, que não previa o efeito suspensivo aos recursos excepcionais, seria possível a execução provisória da pena, conforme se verifica do julgado transscrito:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. NÃO-CONFIGURAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. *A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo (...)* (STF, HC 91675, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 04/09/2007).

No entanto, em que pese a ausência de efeito suspensivo, não poderia uma norma infraconstitucional prevalecer sobre a Constituição, que expressamente veda o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado.

Por conta disso, pouco tempo depois, a Corte Constitucional alterou o seu entendimento no julgamento do HC 84.078, de 05 de fevereiro de 2009.

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. *A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.* 2. *Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.* 3. *A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.* 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso *a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.* 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal,

*se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados não do processo penal. (...)* (STF, HC 84078 / MG, Rel. Min. Eros Grau, Pleno, j. em 05/02/2009).

Tal orientação jurisprudencial foi bastante aclamada, pois veio ao encontro da doutrina majoritária.

Mas, se por um lado, efetivou-se o princípio constitucional da presunção de inocência, por outro deu margem à utilização dos recursos com mero intuito procrastinatório, incentivando aquilo que, pejorativamente, ficou conhecido como “indústria de recursos”, com vistas a adiar o trânsito em julgado da sentença condenatória e, consequentemente, o início da execução da pena.

Criou-se, assim, um cenário preocupante de impunidade, não só pela demora até a ocorrência do trânsito em julgado<sup>5</sup>, mas, principalmente, pela possibilidade de incidência da prescrição da pretensão executória, haja vista que, após a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis, o próximo marco interruptivo da prescrição darse-ia pelo início do cumprimento da pena, o que não se verificaría enquanto algum recurso estivesse pendente de julgamento<sup>6</sup>.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na sessão realizada em 17 de fevereiro de 2016, “julgou inconstitucional o próprio texto constitucional”<sup>7</sup>, ao decidir que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação não viola o princípio constitucional da presunção de inocência:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. *A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.* 2. Habeas corpus denegado.

Ao assim proceder, a Corte Constitucional promoveu uma mudança de paradigma, superando o precedente assentado desde o julgamento do HC 84.078, de 05 de fevereiro de 2009.

A decisão gerou candente discussão no meio doutrinário. Se é festejada por diminuir o cenário de impunidade, é igualmente repudiada por violar o texto constitucional, revelando um inegável e indesejável retrocesso nas garantias processuais penais e um ativismo judicial sem limites, como se passará a demonstrar.

### 3. Análise dos fundamentos do HC 126.292

#### 3.1. Equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da jurisdição penal

O Supremo Tribunal Federal, com a decisão em comento, buscou ponderar o princípio da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas dos acusados, mas também da sociedade.

Pelo princípio da presunção de inocência, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória<sup>8</sup>.

Dessa forma, no sistema acusatório, cabe ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, demonstrar que o acusado, presumidamente inocente, é culpado dos fatos imputados na inicial<sup>9</sup>. E a presunção relativa só é desconstituída com o julgamento em definitivo, que ocorre quando não cabe mais recurso ordinário, especial ou extraordinário.

Essa é a premissa constitucional: o princípio da presunção de inocência condiciona o reconhecimento da culpa ao trânsito em julgado da condenação. Assim, não se admite a antecipação do cumprimento da pena, haja vista que, inexoravelmente, acarretaria a antecipação da culpa, em flagrante violação a um dos axiomas do garantismo penal, qual seja *nulla culpa sine iudicio*<sup>10</sup>.

Se a execução da pena é nula antes da formação do juízo de certeza acerca da condenação, mostra-se por demais temerário executar a pena antes do trânsito em julgado.

Isso porque a antecipação do cumprimento da pena, se reformada posteriormente, possui efeitos deletérios e indeléveis. Basta imaginar a situação do réu condenado em segunda instância que, após interpor um recurso extraordinário, tem a decisão invalidada pelo Supremo por violação da ampla defesa, situação frequente nos tribunais superiores. Sobretudo se, após a produção da prova que lhe foi negada pelas instâncias ordinárias, restar comprovada sua inocência.

Gilmar Mendes chegou a afirmar, em sua obra, que “de qualquer sorte, toda providência ou restrição que importe em antecipação da condenação ou de sua execução parece vedada pelo legislador”<sup>11</sup>. Não obstante a posição doutrinária, o Ministro seguiu o voto do Relator, de onde consta o seguinte trecho:

“Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional

autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”.

A Corte Suprema, partindo da premissa de que não existem direitos absolutos, mitigou o princípio constitucional da não-culpabilidade ao realizar juízo de ponderação com os demais valores constitucionais em questão. Buscou-se, com isso, compatibilizar o referido princípio com o *jus puniendi* estatal, que vinha sendo obstado pela “indústria dos recursos” penais, com o fito de impedir o cumprimento da pena, gerando um panorama de impunidade e descrédito da jurisdição penal.

Deve-se salientar, entretanto, o caráter pragmático da decisão, tendo em vista que questões de ordem prática se sobreponham à correta hermenêutica constitucional.

Confira-se, por oportuno, uma passagem do voto vencedor:

“Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias”.

Note-se que, por mais legítimos que sejam os anseios sociais, em especial quando visam a combater a impunidade, há que se ficar atento para não respaldar legislações penais de emergência (quiçá jurisprudências) em prejuízo dos direitos fundamentais, sobretudo diante de questões afetas à dignidade da pessoa humana, como é o direito à liberdade.

Ao pretender efetivar a função jurisdicional penal, o que é louvável, o Supremo ultrapassou seus limites de guardião da Constituição, atuando como legislador positivo, em clara afronta ao princípio da separação de poderes.

### ***3.2. Exaurimento das questões fático-probatórias nas instâncias ordinárias. Ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais***

O Supremo Tribunal Federal consignou, no precedente, que se houver, “*em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de*

*reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado”.*

Isso se dá porque é nas instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fato e provas.

É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate de matéria fática probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito.

Em seguida, confira-se: “Os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, à preservação da higidez do sistema normativo”.

Quando há a confirmação da condenação pelo tribunal de segundo grau, a matéria fático-probatória é resolvida, restando preclusa. Ainda que seja possível a interposição de recurso extraordinário ou recurso especial e, apesar de eles impedirem o trânsito em julgado, o Supremo passou a admitir a execução provisória da pena, com a consequente expedição da guia de recolhimento à prisão.

Segundo o Ministro Luiz Fux, como as instâncias superiores não possuem competência para rever os fatos, apenas para analisar as questões de direito, o substrato fático da demanda teria alcançado o trânsito em julgado com a decisão das instâncias inferiores. E como os recursos excepcionais não possuem efeito suspensivo, como regra, a decisão condenatória estaria definitivamente julgada, estando apta a ser executada.

Mas quando alguém efetivamente passa a ser considerado culpado? De acordo com a Suprema Corte, a partir da condenação por órgão colegiado de segunda instância já é possível falar-se em culpado, haja vista que eventual recurso excepcional se limitará a discutir questões de direito, estando precluso o substrato fático. Ou seja, a partir dessa decisão, seria possível falar em culpa sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, o que é frontalmente contrário ao texto constitucional que prevê o princípio da presunção de inocência. Tem-se assim uma interpretação *contra legem*, o que não se pode admitir, sobretudo quando advém da mais alta corte do país, cuja função precípua é justamente a guarda da Constituição.

Nesse sentido, Renato Brasileiro:

Ora, se o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao acusado como se já houvesse sido condenado, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, é evidente que não se admite uma execução provisória da pena pelo simples fato de o recurso ser (ou não) dotado de efeito suspensivo<sup>12</sup>.

Não se ignora que a hermenêutica constitucional é campo fértil para as mais variadas interpretações do direito positivo. Mas há que se ater a certos limites.

Conforme ensina Marcelo Novelino:

Há dois limites a serem observados na utilização da interpretação conforme: o sentido claro do texto legal e o fim contemplado pelo legislador. Não é permitido ao intérprete contrariar o sentido literal da lei (interpretação contra legem), nem o objetivo inequivocamente pretendido pelo legislador com a regulamentação, pois a finalidade da lei não deve ser desprezada<sup>13</sup>.

Resta cristalino, portanto, que a decisão proferida no HC 126.292 do Supremo Tribunal Federal, ao se basear na ausência de efeitos suspensivo dos recursos excepcionais para permitir o cumprimento antecipado da pena, ultrapassou o limite da interpretação conforme, violando, em última análise, o princípio constitucional da presunção de inocência.

### ***3.3. Analogia à Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/10)***

Outro argumento utilizado pelos ministros reside na aplicação analógica da LC nº 135/10 que, expressamente, consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferida por órgão colegiado.

A Lei da Ficha Limpa é produto dos anseios sociais na luta contra candidaturas por pessoas sem idoneidade para o exercício do cargo eletivos. No entanto, cumpre esclarecer que o âmbito de aplicação das normas em comento é absolutamente distinto. A permissão de produção de efeitos da condenação em segunda instância antes do trânsito em julgado em matéria eleitoral não possui os efeitos deletérios da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Vale lembrar que o recurso aos métodos de integração da norma só será possível caso exista lacuna no ordenamento jurídico, podendo o magistrado se socorrer, dentre outros meios, da analogia. Mas, para tanto, é necessário que a “situação constitucionalmente relevante não prevista”<sup>14</sup> na moldura fática seja semelhante ao outra

contemplada pelo ordenamento jurídico (onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito).

Ao analisar as situações enfrentadas pelo Supremo no julgamento da Lei da Ficha Limpa e no HC 126.292, resta evidente a diferença ontológica do âmbito de proteção das normas, o que resulta na equivocada a utilização da analogia no caso concreto.

#### **4. Críticas ao HC 126.292**

A recente decisão proferida no HC 126.292, aclamada por parcela da doutrina, não está imune a críticas, provocando acesos debates na doutrina abalizada.

##### ***4.1. Inegável e inquietante ativismo judicial e jurisprudência defensiva***

De fato, o Supremo Tribunal Federal foi além da sua função jurisdicional de guarda da Constituição, atuando como legislador positivo, em flagrante violação do princípio da separação de poderes.

O ativismo judicial, em especial da Corte Suprema, vem gerando polêmica a respeito do papel do Poder Judiciário na atual ordem constitucional.

Em algumas situações, a atuação da Corte tem se mostrado garantidora de direitos, em especial exercendo um papel contramajoritário relevante. Em outros casos, como no presente, o STF vem ultrapassando o limite de intérprete da Constituição, muitas vezes contrariando o texto constitucional expresso.

Confira-se, por oportuno, as palavras de Lenio Luiz Streck:

Pois bem, essa decisão, até mesmo por parte de seus fundamentos, é um exemplo de ativismo judicial: não há fundamento jurídico constitucional que a sustente. Alguém poderá dizer que há argumentos muito bons e consistentes; votos bem escritos, que levantam questões importantíssimas para a República e que abrem espaço para debates interessantíssimos. Com certeza, compartilho da mesma opinião. Entretanto, o STF errou. Reescreveu a Constituição e aniquilou garantia fundamental<sup>15</sup>.

A fixação do precedente em discussão é um exemplo desse ativismo desmedido. Se a sociedade clama pelo fim da impunidade, gerada pela “indústria de recursos” penais, cabe aos representantes do povo, via Poder Legislativo, alterar o ordenamento jurídico pátrio. Não pode o Supremo, cujos ministros não possuem legitimidade democrática, pretender alterar o texto expresso da Constituição.

Comentando sobre a questão, Aury Lopes Jr:

O STF não pode ‘criar’ um novo conceito de trânsito em julgado, numa postura solipsista e aspirando ser o marco zero de interpretação. Esse é um exemplo claro e inequívoco do que é dizer-qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, de forma autoritária e antidemocrática<sup>16</sup>.

Ora, com o julgado em tela, não resta dúvida de que o Supremo Tribunal Federal, ao pretender dar interpretação conforme à Constituição, violou a semântica do próprio texto. Isso porque pretendeu antecipar o trânsito em julgado das questões fático-probatórias para o momento imediatamente posterior a decisão condenatória proferida pela segunda instância, ainda que o texto constitucional seja claro ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

A par do ativismo, é de todo evidente que essa decisão se insere na linha do que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”<sup>17</sup>, que tem o intuito de barrar o processamento dos recursos excepcionais para diminuir o acúmulo de processos nos tribunais superiores.

Sobre a questão, fica o alerta de Marcos Paulo Dutra: “Se uma das intenções foi esta, vaticino que não surtirá efeito, pois os Ministros não atentaram para o terreno mais profícuo à interposição dos recursos especial e extraordinário: aplicação da pena, que vem a ser um dos maiores abismos entre o que as cortes superiores pregam e as inferiores praticam”.

Note-se que não é o simples fato da preclusão do substrato fático da decisão, como quer o Ministro Luiz Fux, ou da ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, que faz com que a decisão se torne definitiva. Não mesmo.

Como é sabido, os recursos aos tribunais superiores muitas vezes alteram o panorama que se desenhava até então, absolvendo o condenado, anulando decisões não fundamentadas, violadoras da ampla defesa e do contraditório. Ricos são os exemplos, inclusive, de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício pelas cortes superiores diante das ilegalidades observadas nas instâncias inferiores.

Outro questionamento que se coloca, ainda sem solução, foi feito pelo Ministro Marco Aurélio: “Se a decisão de primeira instância for absolutória, e a da segunda instância, condenatória, cabe assim mesmo a execução provisória?”<sup>18</sup>.

Por conta disso, ao interpretar a Constituição, o seu guardião deve, não só observar os limites semânticos do texto, mas, sobretudo, atentar-se para ser um instrumento de efetivação das garantias constitucionais, e não o contrário, como se observou do HC 126.292.

#### **4.2. Presunção de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal**

O art. 283 do Código de Processo Penal dispõe que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade

judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Embora o julgamento do HC 126.292 não tenha tratado do dispositivo supracitado, revela-se com ele absolutamente incompatível.

Se ninguém pode sofrer a prisão-pena senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, como pode pretender o Supremo admitir o cumprimento da pena antes de a decisão tornar-se definitiva? E isso engloba o julgamento de todos os recursos inerentes ao devido processo legal, nele incluídos os recursos excepcionais, sob pena de violar-se, a um só tempo, o princípio da ampla defesa e da presunção de inocência, valores tão caros em um Estado Democrático de Direito.

A solução para a omissão do julgado está no princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Como as normas jurídicas são presumidamente constitucionais, em não havendo a declaração, sequer incidental, de sua inconstitucionalidade, forçoso é concluir que o art. 283 do Código de Processo Penal mantém-se hígido e plenamente válido<sup>19</sup>.

Ademais, por se tratar de decisão *inter partes* e sem efeito vinculante, conforme salientou o Ministro Celso de Mello, “os juízes e tribunais da República poderão perfeitamente entender de forma diversa”<sup>20</sup>.

Portanto, face à ausência de vinculação da decisão do HC 126.292, é de bom tom que as instâncias ordinárias continuem a seguir o entendimento firmado no HC 84.078, chancelado pela doutrina majoritária pátria.

#### **4.3. Aumento do encarceramento**

Ao admitir a possibilidade de cumprimento antecipado da pena, o Supremo desejou do seu efeito implacável: o aumento da população carcerária no país, um dos temas mais sensíveis da atual política criminal.

O Brasil teve um aumento na população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos e, atualmente, conta com 622.202 mil presos, sendo o quarto país que mais prende no mundo. Esses são os dados divulgados pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2016.

A decisão no HC 126.292 não se mostrou consentânea com a atual preocupação do Supremo Tribunal Federal acerca da questão carcerária.

Na ADPF 347/MC “o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos”<sup>21</sup>. Nesta oportunidade, a Corte determinou, em até 90 dias, a regulamentação da audiência de custódia.

Na ADI 5.240, o Plenário julgou constitucional o Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP, que regulamentou audiência de custódia, que nada mais é do que o direito da pessoa presa em flagrante de ser conduzida, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que irá analisar se os direitos fundamentais dessa pessoa foram respeitados, se a prisão em flagrante foi legal ou se deve ser relaxada e se a prisão cautelar deve ser decretada ou se o preso poderá receber a liberdade provisória ou medida cautelar diversa da prisão<sup>22</sup>.

Nessa esteira, recentemente, o Supremo editou a súmula vinculante nº 56, que diz: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado *em regime prisional mais gravoso*, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”<sup>23</sup>.

Tudo isso demonstra que a Corte Constitucional, já não sem demora, voltou seus olhares à população carcerária e ao estado de coisas inconstitucional em que se encontram os presídios brasileiros, efetivando e resguardando direitos e garantias fundamentais dos mais vulneráveis.

Nota-se, assim, que o julgamento do HC 126.292 foi na contramão não só do que vinha decidindo o STF sobre a impossibilidade de execução provisória da pena, mas, principalmente, do conjunto de decisões que refletem uma preocupação e uma necessidade de minimizar o encarceramento em massa.

## 5. Como superar o entrave do HC 126.292

A partir da fixação desse crítico precedente, a doutrina passou a se debruçar sobre possíveis formas de superar o entrave criado pelo Supremo ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Duas soluções processuais foram ventiladas: a concessão de medida cautelar para obter efeito suspensivo nos recursos excepcionais, bem como na impetração do remédio constitucional do *habeas corpus*.

Transcreve-se trecho do voto vencedor do HC 126.292:

“Medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou especial são instrumentos inteiramente adequados e eficazes para controlar situações de injustiças ou excessos em juízos condenatórios recorridos. Ou seja: havendo plausibilidade jurídica do recurso, poderá o tribunal superior atribuir-lhe efeito suspensivo, inibindo o cumprimento de pena. Mais ainda: a ação constitucional do *habeas corpus* igualmente compõe o conjunto de vias processuais com inegável aptidão para controlar eventuais atentados aos direitos fundamentais decorrentes da condenação do acusado. Portanto, mesmo que exequível provisoriamente a sentença penal contra

si proferida, o acusado não estará desamparado da tutela jurisdicional em casos de flagrante violação de direitos”.

A fim de evitar as consequências danosas para o condenado, em caso de eventuais equívocos das instâncias ordinárias, é admissível o requerimento de suspensão da execução provisória da pena, via medidas cautelares de outorga de efeito suspensivo ou mesmo do *habeas corpus*.

Mas é preciso fazer um alerta. É possível que, mesmo com o uso desses instrumentos, o erro na condenação e no cumprimento da pena antecipado se mantenha. Neste caso, temos uma prisão ilegal, que deve ser reparada. Se não é possível devolver o tempo de encarceramento, necessário se faz indenizar em pecúnia. Mas qual o valor capaz de recuperar uma prisão ilegal? Como reparar uma reputação abalada por uma condenação injusta?

Assim escreveu Aury Lopes Jr.:

(...) execução antecipada da pena de prisão é absolutamente irreversível e irremediável em seus efeitos, ao contrário do que ocorre no processo civil. É impossível devolver ao imputado o ‘tempo’ que lhe foi tomado se ao final o STJ/STF anular *ab initio* o processo, reduzir sua pena, alterar o regime de cumprimento, enfim, acolher o recurso. Recordemos Carnelutti, quando dizia que uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal era exatamente essa: enquanto o processo civil se ocupa do ‘ter’, o processo penal lida como o ‘ser’<sup>24</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, ao tratar da possibilidade de o réu preso provisoriamente pedir indenização ao Estado em caso de absolvição posterior, assim aduziu: “Interessa à sociedade, por exemplo, colocar um inocente na cadeia, se vier a ser reformada a sentença condenatória?”, para em seguida vaticinar: “Mil vezes culpados soltos do que um inocente preso”<sup>25</sup>.

## 6. Conclusão

O julgamento do HC 126.292, pelo Supremo Tribunal Federal, tem por mérito conferir efetividade à jurisdição penal, minimizando o cenário sistêmico de impunidade resultante da “indústria de recursos”.

Ocorre que, em assim fazendo, a Corte Suprema aniquilou um dos princípios constitucionais mais caros aos seres humanos: a presunção de sua inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

E mais: “julgou inconstitucional o próprio texto constitucional”, ultrapassando qualquer barreira aceitável da hermenêutica constitucional.

Atuou como legislador positivo, em clara demonstração de um perigoso e ilimitado ativismo judicial.

Como derradeiro, fica a reflexão: “se você aceita que o STF ultrapasse os limites semânticos da Constituição para uma decisão que lhe agrada, amanhã o que você dirá se a decisão, igualmente ativista e indo além dos tais limites, não lhe agradar?”<sup>26</sup>. Os fins justificam os meios?

## 7. Referências

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio, <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/183372768/nem-moro-nem-mora-certeza-do-castigo-sem-demora>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

LOPES JR., Aury, <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*: volume único, 4<sup>a</sup> ed. Salvador: Ed. Juspodim, 2016.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro, Forense: 2002.

NOVELINO, Marcelo, *Manual de Direito Constitucional*, 9<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense; 2014.

STRECK, Lenio Luiz, <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

*Revista Consultor Jurídico*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decados-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>>, Acesso em: 19.08.2016.

## Notas

1. Defensora Pública do Estado de Mato Grosso. Pós graduação em Direito Processual Civil e Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduação na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj.

2. Constituição da República, art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
3. Enunciado de Súmula 716 do STF: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.
4. Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.
5. O mais emblemático foi o Caso Pimenta Neves, que matou sua colega de trabalho Sandra Gomide e, depois de esgotar todos os recursos, demorou mais de 11 anos para iniciar o cumprimento da pena de prisão. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/183372768/nem-moro-nem-mora-certeza-do-castigo-sem-demora>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
6. Art. 117 – O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984). IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007). V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 01/04/1996).
7. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>, Acesso em: 19 ago. 2016.
8. Constituição da República, art. 5º, LVII. Em sentido semelhante, art. 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.
9. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
10. FERRAJOLI, Luigi, *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
11. MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
12. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*: volume único, 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodim, 2016.
13. NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense; 2014.
14. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
15. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
16. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
17. MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
18. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decanos-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
19. Consequentemente, se esse dispositivo não foi declarado inconstitucional, então houve o quê? Interpretação do instituto da prisão provisória à luz da CF? Mais: esse novo entendimento não deu azo a uma súmula vinculante. E nem poderia, mesmo que tivesse oito votos, porque a CF é clara, em seus limites semânticos, no sentido de que são necessárias várias decisões (reiteradas!). Portanto, na medida em que não é cabível a tese da abstractalização (objetivização) do controle difuso (a Recl. 4.335 virou uma SV) porque, no caso, nem declaração de inconstitucionalidade houve, não caberá reclamação da decisão

- de um tribunal que resolva não aplicar a nova posição do STF (<<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>,. Acesso em: 19 ago. 2016).
20. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decanos-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
21. CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (STF, Pleno, ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j., 09/09/2015).
22. O STF entendeu que esse provimento é constitucional porque não inovou na ordem jurídica, mas apenas explicitou conteúdo normativo já existente em diversas normas da CADH e do CPP. Por fim, o STF afirmou que não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes porque não foi o provimento conjunto que criou obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP. Disponível em: <<https://dizerdireitodotnet.files.wordpress.com/2015/09/info-795-stf.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
23. “3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou ‘casa de albergado ou estabelecimento adequado’ (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.” (RE 641320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 11/05/2016, *DJe* de 08/08/2016).
24. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

25. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/decanos-supremo-comentam-virada-jurisprudencia-corte>>. Acesso em: 19 ago.2016.
26. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

# A (in)execução penal: o dilema da apreciação da progressão de regime no estado do Rio de Janeiro

## The criminal (non-)enforcement: the dilemma about assessment of the regime progression in Rio de Janeiro state

Cesar Henrique Ferreira Lima<sup>1</sup>  
Ketlyn Chaves de Souza<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente ensaio possui a finalidade de abordar os entraves na apreciação do direito à progressão de regime no âmbito da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, bem como a atuação da Defensoria Pública, por intermédio do Núcleo do Sistema Penitenciário (Nuspen). Tratar-se-á do descolamento entre os diplomas legislativos e a prática. Desse modo, busca-se delinear os fatores e as lamentáveis consequências da irrazoável lentidão na verificação dos pressupostos para concessão do benefício em tela. Por fim, almeja-se traçar possíveis soluções para que o apenado não seja ainda mais sancionado pela deficitária estrutura.

**ABSTRACT:** This article has the purpose of addressing the obstacles in assessing the right to regime progression within the Criminal Executions Court of the state of Rio de Janeiro, as well as the performance of the Public Defender, through the core of the Penitentiary System (Nuspen). This text will treat detachment between the legislative and practice. Thus, it seeks to establish the factors and the regrettable consequences of the unreasonable delays in the verification of the conditions for granting this benefit. Finally, it aimed to outline possible solutions to the convict is not further sanctioned by the loss-making structure.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução penal. Progressão de regime. Vara de Execuções Penais. Defensoria Pública. Nuspen.

**KEYWORDS:** Penal execution. Regime progression. Criminal Executions Court; Public Defense; Nuspen.

### 1. Introdução

De mitos e fantasias alimenta-se o imaginário popular sobre as prisões. Nossas ideias flutuam entre a existência de hotéis cinco estrelas e de pedaços do inferno, enquanto os cárceres se enchem cada vez mais de pessoas,

muitas das quais pedem uma segunda ou terceira oportunidade que lhes permita situar-se de modo diferente perante o mundo.<sup>3</sup>

As palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, direcionam nossas reflexões acerca do sistema penitenciário brasileiro. As mazelas verificadas nas galerias das unidades prisionais e as dificuldades no âmbito da prestação jurisdicional aos apenados perfazem uma triste realidade.

Os obstáculos são inúmeros e surgem já no momento de constatação da profundidade dos desafios a serem encarados pelo poder público<sup>4</sup>. Em primeiro lugar, as estatísticas e dados atualizados acerca do arranjo institucional são pontos que tornam opaco o enfrentamento da questão haja vista a desmedida carência.

Apesar disso, com a colaboração da Coordenação do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro mostrou ser possível minorar essa celeuma. Nesse sentido, para encontrar caminhos que viabilizem a resolução de um dilema se faz necessária, inicialmente, a elaboração de seu diagnóstico.

A temática do presente ensaio está fincada no âmbito da Execução Penal. Essa área de estudos abarca inúmeros assuntos de expressiva relevância. Desse modo, optamos por restringir o objeto à progressão de regime, prevista no artigo 112 da Lei nº 7.210/84, mais conhecida como LEP.

O instituto da progressão de regime compreende um processo escalonado de cumprimento de pena, a partir da verificação dos requisitos objetivos e subjetivos dos detentos<sup>5</sup> e a competência para a apreciação pertence à Vara de Execuções Penais. O ensaio se propõe a abordar alguns dos dilemas acerca da prestação jurisdicional, bem como a atuação da Defensoria Pública, instituição essencial à justiça.

Por último, trataremos de possíveis caminhos para que o retorno do apenado ao convívio social seja mais harmônico e efetivo, conforme as previsões legais.

## **2. Finalidade da execução penal e o descolamento entre teoria e a realidade**

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) foi elaborada com o escopo de promover, através da aplicação da pena, a ressocialização dos apenados, com foco na prevenção da reincidência criminal<sup>6</sup>. Consoante afiança o art. 1º, vejamos:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado<sup>7</sup>.

Tal finalidade, na prática, diga-se de passagem, demonstra-se deturpada<sup>8</sup>. Esse quadro decorre, peremptoriamente, das mazelas do sistema penitenciário brasileiro, quais sejam: celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças, ausência de água potável e de produtos higiênicos básicos, além da burocratização e afogamento das Varas de Execuções Penais.

Nesse sentido, acerca da efetivação dos dispositivos previstos na LEP, o professor Rodrigo Roig, em um de seus escritos, faz a seguinte afirmação:

Apesar de dotados de uma cristalina obviedade, alguns dispositivos precisam ser exaustivamente lembrados a determinados operadores do direito. Caso contrário, são simplesmente olvidados. E vilipendiados. [...]<sup>9</sup>.

Por tais razões, no ano de 2015, foi ajuizada a ADPF nº 347<sup>10</sup> que resultou no reconhecimento da existência do “estado de coisas inconstitucional”<sup>11</sup> no sistema penitenciário brasileiro. A decisão do STF possibilita que as violações inerentes ao cárcere ganhem visibilidade, em busca da tomada de medidas práticas visando melhorias<sup>12</sup>. Por outro lado, é imprescindível que as ações sejam fiscalizadas em prol de efetivas mudanças<sup>13</sup>.

Embora o “estado de coisas inconstitucional” tenha sido declarado, ainda há muito a ser feito. Lamentavelmente, há um descolamento entre as previsões legislativas e o cotidiano nas galerias prisionais. Por conseguinte, conforma-se verdadeiro drama humanitário e um atentado à legalidade, pressuposto basilar do Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, faz-se necessário problematizar tal abismo. Há inúmeros desafios sobre esta temática. Sem pretensão de esgotar o tema, iremos restringir o objeto do ensaio ao instituto da progressão de regime.

### **3. Um instituto específico: a progressão de regime**

No sistema penal brasileiro, não há sanção perpétua, de finalidade unicamente repressiva e caráter exclusivamente expiatório<sup>14</sup>. Nesse cenário, com o objetivo de promover o progressivo retorno ao convívio social, o cumprimento da pena privativa de liberdade ocorre em três regimes: o fechado, o semiaberto e o aberto.

Conforme definição legal<sup>15</sup>, considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Nesse panorama, a Lei nº 7.210/84, em seu art. 112<sup>16</sup>, prevê a chamada progressão de regime de cumprimento de pena, concedendo ao preso a *oportunidade* de,

gradativamente, voltar a conviver em sociedade. Assim, a pena privativa de liberdade, é executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso<sup>17</sup>.

Tal “oportunidade” possui natureza de direito público subjetivo<sup>18</sup> e, por conseguinte, é exigível do Estado sempre que preenchidos, de modo simultâneo, os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão<sup>19</sup>.

No que concerne à progressão do regime fechado para o semiaberto, considera-se requisito objetivo o cumprimento de 1/6 da pena no regime inicial<sup>20</sup>. Já o requisito subjetivo diz respeito ao mérito do condenado, ou seja, à sua capacidade de se adequar a um regime menos rigoroso que é aferido através do atestado de bom comportamento.

Acerca de seu deferimento, será tratado no próximo tópico. Ressalta-se que a legislação vigente é clara ao elencar os pressupostos para a concessão. Contudo, na prática, muitos desafios precisam ser vencidos, em especial, no que concerne às questões de deficiência estrutural dos órgãos públicos envolvidos, conforme veremos a seguir.

### ***3.1. A atuação do Juízo da Execução Penal do Rio de Janeiro e a consequente frustração dos apenados***

Conforme se depreende do art. 66, III, b, da LEP<sup>21</sup>, compete ao juiz da execução decidir sobre a progressão de regime. Essa competência não é exercida de modo satisfatório no âmbito da justiça fluminense. A problemática é decorrente de inúmeras razões, dentre elas, o atraso na apreciação dos pedidos.

No ano de 2016, há aproximadamente 50 mil<sup>22</sup> detentos no sistema carcerário do estado do Rio de Janeiro. A estrutura é de sobremaneira deficitária, pois “a conta não fecha”. Vejamos: uma única Vara de Execução Penal com aproximadamente 120 mil<sup>23</sup> processos e apenas seis juízes, leia-se, novamente: s-e-i-s<sup>24</sup> juízes. Sendo um titular e cinco auxiliares. Através de um simples cálculo matemático verifica-se que são 20.000 processos para cada magistrado<sup>25</sup>.

No que concerne ao direito à progressão de regime, verifica-se junto à Coordenação do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que, em dezembro de 2015, mais de mil<sup>26</sup> pedidos estavam com a apreciação atrasada. A despeito de o art. 196, da LEP estabelecer o prazo de *três dias* para apreciação, alguns estavam à espera de julgamento desde janeiro de 2015.

Esses dados confirmam a lentidão da prestação jurisdicional, violando, frontalmente o art. 5º, LXXVIII, da CFRB<sup>27</sup>. Nessa toada, salienta-se que o atraso na apreciação do benefício de progressão de regime provoca no encarcerado a sensação de indignidade e surpresa, pois ao mesmo tempo em que, historicamente, o instituto propaga que deve existir uma gradativa<sup>28</sup> readaptação do “delinquente” à sociedade, a ausência de estrutura do Estado<sup>29</sup> o afasta dela. Nesse sentido, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos preconizam o dever ser:

A prisão e outras medidas que resultam na separação de um criminoso do mundo exterior são dolorosas pelo próprio fato de retirarem à pessoa o direito de autodeterminação, por a privarem da sua liberdade. Logo, o sistema penitenciário não deve, exceto pontualmente por razões justificáveis de segregação ou para a manutenção da disciplina, agravar o sofrimento inerente a tal situação<sup>30</sup>.

Mais uma vez, é lastimável reconhecer a discrepância entre o plano normativo e o descriptivo. As questões jurídicas reverberam em uma maior degradação do indivíduo, em especial, aqueles cumpriram os requisitos para a concessão do direito à progressão de regime e este não foi efetivado.

#### **4. A atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro na Execução Penal**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma expressiva ampliação no rol dos componentes das funções essenciais à justiça. Nesse panorama, a Defensoria Pública ganha relevo como instituição crucial para o alcance do acesso à justiça em nosso país.

Nas palavras de José Afonso da Silva: “é justo reconhecer que a Constituição deu um passo importante, prevendo em seu art. 134<sup>31</sup>, a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional”<sup>32</sup>. Contudo, a consolidação<sup>33</sup> da entidade está sujeita ao dispêndio de recursos e, assim, tal solidificação encontra-se em andamento.

No Estado do Rio de Janeiro, a Defensoria Pública detém importante atuação nas mais diversas áreas<sup>34</sup>. A instituição se subdivide em uma série de núcleos<sup>35</sup>, e almeja-se, com esta especialização do trabalho, um atendimento mais eficiente e direcionado aos que não possuem recursos para financiar advogados.

No âmbito da Execução Penal, a Defensoria atua através do Núcleo do Sistema Penitenciário (Nuspen). Esta seção é voltada para a assistência jurídica dos indivíduos que se encontram no cumprimento de sanções de natureza penal, em especial, aos condenados a penas privativas de liberdade e medidas de segurança. Tal atribuição é amparada pela Deliberação do Conselho Superior da Defensoria Pública nº 80 de 2011<sup>36</sup>.

As atribuições do Nuspen concentram-se nas questões atreladas ao cumprimento de pena, como, por exemplo: a progressão de regime, o livramento condicional, o indulto, a remição de pena por trabalho ou estudo, a comutação, entre outros<sup>37</sup>. Conforme exposto no item 2 (*infra*), nos deteremos à progressão de regime.

A ação da Defensoria Pública possui alguns percalços e entraves para o alcance de uma assistência jurídica adequada. A título de exemplo, o núcleo conta com 36 Defensores Públicos em atuação e, em contrapartida, há aproximadamente 50 mil<sup>38</sup> detentos no sistema prisional do estado do Rio de Janeiro.

A comparação entre estes dois quantitativos demonstra que as tarefas a serem executadas pelo Nuspen são imensas, enquanto os elementos básicos para o seu desenvolvimento, como, por exemplo, a força de trabalho humano, não se evidencia como ideal. Apesar das dificuldades fáticas, os esforços se direcionam para defesa dos direitos fundamentais dos presos, tão olvidados<sup>39</sup> na seara da execução penal.

Nesse panorama, a despeito dos dilemas estruturais, a inércia não é a postura adotada pelo Nuspen. Desse modo, em vista da irrazoável demora da apreciação de milhares de pedidos de benefícios, entre eles, os de progressão de regime<sup>40</sup>, em dezembro de 2015, a Defensoria Pública impetrou cerca de cinco mil *habeas corpus*.

Com o objetivo de sanar o constrangimento ilegal devido ao excesso de cumprimento do prazo estabelecido, tal feito, para além dos resultados jurídicos, tão caros, também almejou a repercussão midiática acerca da postura do juízo da Execução Penal do Estado do Rio de Janeiro.

Os principais veículos de comunicação noticiaram a empreitada<sup>41</sup>, embora, em muitos casos, o foco tenha se dado acerca de um contingente mínimo de presos que seriam considerados de alta periculosidade<sup>42</sup>. Tal atitude mascara um ímpeto criminalizante e encarcerador que viola as previsões legais. Em oposição, se apresentam as palavras do coordenador de Defesa Criminal, Emanuel Queiroz em entrevista ao G1, que demonstram a finalidade da Defensoria Pública:

A ação da Defensoria Pública busca, simplesmente, o cumprimento da lei, em especial do artigo 196 da Lei de Execuções Penais, o qual estabelece o prazo de três dias para análise dos requerimentos que tratam de tal matéria. Há mais de 5 mil pedidos efetivados na Vara de Execuções Penais há meses, alguns sem apreciação desde janeiro de 2015, situação de total ilegalidade. A lentidão da prestação jurisdicional da VEP data de anos, não havendo qualquer iniciativa do Tribunal de Justiça em mudar esse estado de coisas para lá de ilegal<sup>43</sup>.

Na fala de Rodrigo Pacheco, 2º Subdefensor Público Geral do Estado: “Reivindicar direitos legalmente consagrados – ignorados por uma estrutura judiciária caótica – é o papel da Defensoria Pública, instituição vocacionada à defesa dos direitos humanos”<sup>44</sup>. Desse modo, o compromisso da instituição com o Estado Democrático de Direito é claramente uma bandeira empenhada pela Defensoria Pública.

## **5. Perspectivas de mudanças: por um sistema penitenciário racional**

Embora a tramitação do benefício de progressão de regime se revele bastante caótica, medidas importantes estão sendo tomadas em vista de minorar e até mesmo sanar

diversas problemáticas. Dessa maneira, as críticas precisam ser feitas, para o aprimoramento da prestação jurisdicional; contudo, tais apontamentos devem vir, de preferência, amparados em propostas efetivamente aplicáveis à realidade.

A informatização dos processos representa um caminho importante para propiciar maior celeridade aos procedimentos. Nessa lógica, a medida demanda um contingente expressivo de recursos, a presença de funcionários com qualificação, cuidados na transferência de dados dos autos, assim como tempo para a realização dessa árdua tarefa.

Nos idos do ano de 2010, a instalação do sistema da VEP virtual trazia esperança de que o processamento dos pedidos realizados, em face da respectiva Vara, se daria de modo mais célere. Naquele momento, afirmara-se que as datas da progressão de regime seriam geradas automaticamente pelo sistema e o peticionamento seria desnecessário. Nas palavras do Desembargador Luiz Zveiter:

O sistema da VEP Virtual vai, por exemplo, avisar automaticamente ao juiz da VEP quando chegar a data para uma progressão de regime. O juiz, então, vai avaliar o mérito carcerário e decidir ou não pela progressão, por exemplo, de um regime fechado para um semiaberto<sup>45</sup>.

A despeito das afirmações anteriores, “o aviso automático” não foi constatado na realidade. Ademais, a demora na resposta dos pedidos agravou-se, como ficou evidente no cenário da litigância estratégica realizada pela Defensoria Pública, no final de 2015.

Dentro de uma lógica de informatização do Poder Judiciário, em julho de 2015<sup>46</sup> foi implementado o Projudi na Vara de Execução Penal do Rio de Janeiro. Dessa maneira, as cartas de execução de sentença passaram a ser informatizadas. Esta iniciativa, diante do número de processos da Vara em destaque, passara a depender de um imenso esforço.

Esse momento de transição fez piorar<sup>47</sup> ainda mais a demora no processamento dos benefícios. Em março de 2016, foi posto fim à utilização de processos físicos na VEP, sem ainda contar com a informatização de todas as peças dos cerca de 120 mil processos. Com este acontecimento, a prestação jurisdicional se tornou ainda mais morosa. Contudo, acredita-se que efeitos positivos poderão ser alcançados em longo prazo.

Além das questões da migração dos processos para o âmbito virtual, a melhoria na infraestrutura do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública representa um caminho fundamental a ser percorrido no que concerne à assistência jurídica aos apenados e seus familiares.

Nesse sentido, a resolução nº 09 de 13 de novembro de 2009<sup>48</sup> do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, pode funcionar como um guia essencial para a canalização de recursos, tanto financeiros, quanto humanos.

Este ato normativo apresenta de forma detalhada algumas propostas no âmbito dos estabelecimentos prisionais brasileiros e outras instituições a eles atreladas. Em seu primeiro artigo, impõe-se a proporção de cinco presos para cada agente penitenciário.

No art. 2º, a resolução apresenta um extenso rol acerca dos profissionais que devem atuar junto ao sistema prisional. Utiliza-se como parâmetro o contingente de quinhentos presos. Dessa forma, é importante analisar a tabela abaixo, referente aos números em um cenário ideal.

<b>Profissional</b>	<b>Quantidade adequada para cada 500 presos</b>
Médico Clínico	01
Enfermeiro	01
Auxiliar de Enfermagem	01
Odontólogo	01
Auxiliar de Consultório Dentário	01
Psicólogo	01
Estagiário de Psicologia	06
Assistente Social	01
Estagiário de Assistente Social	06
Defensor Público	03
Estagiário de Direito	06
Terapeuta Ocupacional	01
Pedagogo	01
Nutricionista	01

Estes números confirmam, mais uma vez, a discrepância entre as situações concretas e o cenário ideal. Em relação ao contingente de defensores públicos, percebe-se que o número ideal seria de três para cada quinhentos presos. Em relação ao Nuspen, é essencial frisar que atuam apenas 36 profissionais para 50 mil apenados. Dessa maneira, para cerca de 1.400 presos tem-se um Defensor Público. Esse número é muito distante das previsões da resolução citada.

Em face dos diagnósticos e dos caminhos para possíveis soluções apresentadas, torna-se primordial ter como guia a racionalidade e a objetividade no processamento dos pedidos. Tal comportamento deve ter como finalidade precípua a promoção de uma reintegração do apenado ao convívio social, tão distante do cenário atual.

## 6. Considerações finais

O presente texto, longe da pretensão de ser um oráculo para os dilemas da execução penal e, especificamente, da concessão da progressão de regime, teve como objetivo apresentar alguns dos principais impasses acerca do assunto.

Neste tema, é preciso reconhecer que há ainda muito mais questionamentos do que respostas, mas, nem por isso, os operadores do direito podem se eximir de discuti-lo. Uma execução penal pautada em valores democráticos é essencial para a sobrevivência do convívio social. Desse modo, a prestação jurisdicional nessa seara precisa se coadunar com tais pressupostos.

Nessa perspectiva, as deficiências estruturais representam um entrave e podem ser minoradas através do empenho de esforço e direcionamento de recursos financeiros. Ademais, a própria sociedade necessita compreender que o encarceramento em si não resolve a criminalidade como se fosse mágica.

O compromisso com os princípios constitucionais deve ser livre das paixões e de um intento punitivista desmedido. Sendo assim, o ideário dworkiniano de igual respeito e consideração<sup>49</sup> passará a ser uma realidade mais tangível aos apenados.

## 7. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Revan, março de 2007.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. "As misérias da Execução Penal" (parte 1). Canal de Ciências Criminais, Porto Alegre, 27 de maio de 2015. Disponível em: <<http://canalciencias-criminais.com.br/artigo/as-miserias-da-execucao-penal-parte-1/>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

CLÈVE, Clêmerson Merlin. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Mutirão carcerário. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carceralio.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carceralio.pdf)> Acesso em: 03 ago. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MOREIRA, Egon Bockman; CÂMARA, Heloisa. "Quem pode dar cabo deste estado de coisas?" *Gazeta do Povo*, 29/09/2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/quem-pode-dar-cabo-deste-estado-de-coisas-2vz9g0a4fd4hj1yjq4pswibpw>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra. Almedina, 2006.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Ensaio sobre uma execução mais racional e redutora de danos. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view-File/1373/1163>>. Acesso em: 04 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 614.

SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano. "A progressão de regime no sistema prisional do Brasil: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado". 2001. Dissertação de Mestrado (Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, convênio com Universidade do Extremo Sul Catarinense, SC.

## Notas

1. Graduando em Direito na Faculdade de Direito da Uerj. Estagiário no Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2015/2016).
2. Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da Uerj. Estagiária no Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (2015/2016).
3. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Mutirão carcerário. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carceralario.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carceralario.pdf)> Acesso em: 03 ago. 2016.
4. A professora Ana Paula de Barcellos, ao estudar a questão do controle da ação pública, explicita a dificuldade na obtenção de dados, como se lê: “A dificuldade em obter informação desestimula o controle social na medida em que impõe ao indivíduo eventualmente interessado em desempenhar esse controle um custo enorme, de tempo e esforço, na busca por dados.” Disponível em: <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-papeis-direito-constitucional-fomento-controle-socia-democratico.pdf>> Acesso em: 14 ago. 2016.
5. Nas palavras do professor Cezar Roberto Bitencourt: “A Reforma Penal adotou, como se constata, um sistema progressivo de cumprimento de pena, que possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor. Possibilita ao condenado ir conquistando paulatinamente a sua liberdade, ainda durante o cumprimento de pena, de tal maneira que a pena a ser cumprida não será sempre e necessariamente a pena aplicada.”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 525.
6. O item 13 da Exposição de Motivos da LEP assevera: “Contém o art. 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunhão social. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>> Acesso em: 04 ago. 2016.
7. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> Acesso em: 04 ago. 2016.
8. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “Mutirão carcerário. Raio-X do Sistema Penitenciário Brasileiro”. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carceralario.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carceralario.pdf)> Acesso em: 03 ago. 2016.
9. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. “Ensaio sobre uma execução mais racional e redutora de danos”. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1373/1163>> Acesso em: 04 ago. 2016.
10. “A ADPF nº347 foi protocolada pelo PSOL, no dia 27/05/2015, mediante representação dos advogados integrantes da Clínica Uerj Direitos e distribuída para o Ministro Marco Aurélio Mello. A ação tem como objetivo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, buscando determinar a adoção de diversas providências no sentido de sanar as lesões a preceitos fundamentais que decorrem de condutas comissivas e omissivas do poder público no tratamento da questão prisional no país. O julgamento da ação encontra-se suspenso após o deferimento parcial do pedido

- cautelar”. Disponível em: <<http://uerjdireitos.com.br/adpf-347-estado-de-coisas-inconstitucional-no-sistema-penitenciario/>> Acesso em: 12 ago. 2016.
11. “A ADPF-347 vale-se da tese do “Estado de Coisas Inconstitucional”, originalmente utilizada pelo Tribunal Constitucional Colombiano para proteção de direitos fundamentais em situações de violação estrutural”.
  12. O deferimento do pedido cautelar quanto à obrigação da realização das audiências de custódia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385>> Acesso em: 19 ago. 2016. As audiências de custódia já são uma realidade no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/29310?p\\_p\\_state=maximized](http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/29310?p_p_state=maximized)> Acesso em: 19 ago. 2016.
  13. Por meio de uma visão crítica acerca do “estado de coisas inconstitucional”, os professores Clémerson Clève e Bruno Lorenzetto apresentam as seguintes reflexões: “Há um sério risco de que o Judiciário, caso venha a adotar o “Estado de Coisas Inconstitucional” de maneira menos cuidadosa, perca sua legitimidade para atuar como provocador dos outros Poderes, diante de uma constatação futura da ineficácia de suas medidas. A alternativa para isso precisa ser continuação do monitoramento, o prolongamento e a avaliação periódica das medidas, além, por óbvio, da manutenção dos espaços de deliberação”. In: CLÈVE, Clémerson Merlin. *Governo democrático e jurisdição constitucional* / Clémerson Merlin Clève, Bruno Meneses Lorenzetto, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 233.
  14. Ao refletir sobre a finalidade do direito penal, o professor Nilo Batista expõe: “Conhecer as finalidades do direito penal, que é conhecer os objetivos da criminalização de determinadas condutas praticadas por determinadas pessoas, e os objetivos das penas e outras medidas jurídicas de reação ao crime, não é tarefa que ultrapasse a área do jurista, como às vezes se insinua”. In: BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11<sup>a</sup>ed., março de 2007, p. 23.
  15. Art. 33, § 1º, do Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> . Acesso em: 04 ago. 2016
  16. Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm)> . Acesso em: 04 ago. 2016
  17. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.
  18. Retomando as ideias de Jellinek, o professor Jorge Reis Novais, apresenta a teoria dos direitos subjetivos públicos, em sua obra Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Nessa perspectiva, se lê: “esta doutrina considera o Estado e os particulares – igualmente considerados como sujeitos de direitos – titulares de posições subjectivas”.
  19. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal teoria crítica*, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 313.
  20. No âmbito dos crimes hediondos, previstos na Lei nº 8.072/90, a progressão se dá após o cumprimento de 2/5 da pena, se o condenado é primário, e 3/5 da pena, se o condenado é reincidente. Vale ressaltar aqui que essa é uma novidade do direito penal brasileiro, pois até março de 2007 não era possível progredir de regime nos crimes hediondos. Para um aprofundamento do tema, sugerimos a leitura da op. cit. *Execução penal teoria crítica*, do professor Rodrigo Duque Estrada Roig.



de constitucionalidade do art. 68 do Código de Processo Penal, até que a Defensoria pudesse se estruturar para suprir de maneira adequada a demanda que naturalmente se mostraria crescente.

34. Como exemplo, é possível citar o acolhimento pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de um pedido da Defensoria Pública que buscou a implementação de medidas para solucionar a superlotação e problemas na estrutura do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Outro caso é o engajamento da instituição na preservação da comunidade da Vila Autódromo, na região de Jacarepaguá, no Rio de Janeiro, por meio do Núcleo de Terras e Habitação (NUTH). Ademais, é possível citar a participação decisiva para o recebimento dos salários dos servidores estaduais, ao longo do ano de 2016. Tais situações provam que a Defensoria Pública é uma entidade com cada vez mais destaque na seara da preservação de direitos básicos e de democratização do acesso ao Poder Judiciário.
35. Dados obtidos junto ao site da instituição. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/Institucional/areas-atuacao>. Acesso em: 12 ago. 2016.
36. Artigos 1º e 2º da Deliberação CS/DPGE N.º 80/2011 - Toda pessoa privada de liberdade e seus familiares têm direito ao atendimento jurídico gratuito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.
37. A insalubridade verificada na maioria das prisões do estado do Rio de Janeiro também faz crescer a demanda por atendimento médico-hospitalar dos apenados. O requerimento desta assistência, em muitos casos, conta com a iniciativa do NUSPEN, por meio de ofícios encaminhados para a direção das unidades prisionais. Além disso, a atuação volta-se também para atendimentos e esclarecimentos aos familiares dos apenados.
38. Dados obtidos junto à Coordenação do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.
39. A professora Mariana Cappelari nos apresenta uma importante reflexão acerca dos estudos da Execução Penal: “Comecemos, então, pelo esquecimento. Não tive a oportunidade de, ao cursar a Faculdade de Direito, contar com uma disciplina específica de Execução Penal. Aliás, ao que sei, quase a totalidade dos cursos jurídicos existentes no País (não vou generalizar, pois existem exceções) não possuem a disciplina de Direito da Execução Penal”.
40. Conforme salientado no item 2.1 (infra).
41. <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/defensoria-do-rj-apresenta-lista-com-cinco-mil-pedidos-de-habeas-corpus.html>.
42. Conforme se depreende no noticiário. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/lista-de-5-mil-habeas-corpus-contem-300-presos-perigosos-no-estado-do-rio>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
43. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-12-10/defensoria-publica-pede-liberdade-para-cerca-de-cinco-mil-presos-no-rio.html>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
44. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-12-10/defensoria-publica-pede-liberdade-para-cerca-de-cinco-mil-presos-no-rio.html>>. Acesso em: 19 ago. 2016.
45. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,MUL1452427-5606,00.html>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

46. Tal implantação foi divulgada, por exemplo, no endereço eletrônico da OAB-RJ: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/92495-tj-implantara-sistema-projudi-na-vep-no-proximo-dia-27>>.
47. Dados obtidos junto à Coordenação do Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro.
48. Disponível em: <[http://cgj.tjsc.jus.br/direitoshumanos/execucaopenal/servicos/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n.%2009\\_2009.pdf](http://cgj.tjsc.jus.br/direitoshumanos/execucaopenal/servicos/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n.%2009_2009.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.
49. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



# A legitimação da defesa para requerer a interceptação telefônica. Um avanço ao método do contraditório no projeto de reforma do CPP

Denis Sampaio<sup>1</sup>

**RESUMO:** Trata o artigo sobre o Projeto de Reforma do CPP que pretende normatizar a legitimação da defesa para requerer a interceptação telefônica. Iniciativa que se amolda à nova perspectiva do método do contraditório visto não apenas como garantia formal de isonomia entre as partes, mas sim como garantia substancial de produção probatória e efetiva formação da decisão penal. Neste contexto, torna-se simbólico o aniversário de duas décadas da Lei nº 9.296/96 em que traça o procedimento das interceptações telefônicas e o afastamento, em seu art. 3º, da legitimação da defesa para a obtenção desta prova. Essa simples ausência indica que a defesa apenas tem uma função de participação no contexto probatório e que garante, apenas formalmente, o contraditório. Consequentemente, o direito à prova e a efetiva contribuição não são observados, seja na referência normativa em questão, seja no atual Código de Processo Penal. Nossa pretensão segue na reflexão sobre a garantia do direito à prova como parâmetro constitucional para que surta reflexos à legitimação da decisão penal, para além do efeito da isonomia formal entre as partes. Nesse linha, vimos com bons olhos a reforma do CPP neste propósito em que se torna congruente à possibilidade da investigação defensiva e o reconhecimento do direito à prova penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interceptação telefônica. Legitimidade da defesa. Efetivo contraditório. Direito à prova penal.

**SUMÁRIO:** 1) Introdução. 2) Sujeitos legitimados para requerer a interceptação telefônica. 3) A visão clássica da colaboração das partes no processo penal. 4) Efetiva participação dos atores processuais como necessária alternância da cultura processual pelo método do contraditório. 5) O resultado do esforço entre a produção de efeitos – o direito à prova no processo penal. 6) Conclusão: a análise da regra do contraditório para o Projeto de Reforma do CPP. 7) Bibliografia.

## 1. Introdução

A Lei nº 9.296/96 completa neste ano (2016) duas décadas, ainda com intermináveis discussões sobre sua aplicabilidade e limites. Contemporâneo ao período de vigência da referida lei, surge o avanço tecnológico, especialmente com o advento e difusão da internet, tornando o meio de comunicação mais disponível para todos,

alterando significativamente a forma de atuação, seja no contexto individual e social. Da mesma forma, e não teria como se afastar desta afirmativa, a forma de prática de crimes novos e antigos, bem como os meios de obtenção de informações e provas para a análise dessas práticas.

O real problema da sociedade contemporânea é saber como lidar com esses progressos, facilidades e a dinâmica entre o privado e o coletivo, com o resguardo da intimidade e privacidade e a possibilidade das suas rupturas. São reflexos complexos e limites reais em que a democracia tem que lidar de forma madura e segura para que esses avanços não se tornem pontos desestruturantes da proteção e dignidade humana.

Como já afirmado, diversos são os pontos ainda em discussão seja na doutrina ou na jurisprudência quanto à aplicabilidade, os efeitos e limites constitucionais sobre o tema. Minha reflexão se resume à análise, não exauriente e apenas para aguçar o debate, sobre um ponto de destaque no projeto de reforma do CPP, que incorpora as normas sobre a interceptação telefônica.

Refiro-me, especialmente, à possibilidade de a defesa requerer a interceptação telefônica para efeitos do exercício do direito à prova, em contextualização com a garantia da ampla defesa e contraditório, para além do equilíbrio entre as partes, mas sim como parâmetro de formação da prova e influência na decisão penal.

Segue o singelo artigo para o desenvolvimento da discussão sobre a expressa legitimação normativa da defesa para o requerimento de interceptação telefônica, como meio de assegurar o direito à prova penal, com o fortalecimento simbólico do contraditório efetivo.

## **2. Sujeitos legitimados para requerer interceptação telefônica**

Conforme preceitua o art. 3º da Lei nº 9.296/96, são legitimados para requerer a interceptação das comunicações telefônicas a autoridade policial, na investigação criminal, e o Ministério Público, seja na investigação quanto na instrução processual<sup>2</sup>.

Deve ser observado que o dispositivo em questão não contempla a legitimação da defesa requerer a medida de interceptação telefônica, seguindo um modelo de colaboração defensiva no procedimento de produção probatória (contraditório sobre a prova) e não um método de participação e influência efetiva da defesa, a partir do direito à prova pelo seguimento do método do contraditório substancial (contraditório prova à prova).

Por outro lado, a reforma do CPP através do art. 249 indica expressamente a possibilidade da defesa em requerer a interceptação telefônica<sup>3</sup>.

Segue o PL 8.045/2010 com referência condigna ao método do contraditório a partir do direito à prova, o que não se confunde com carga probatória defensiva. São conceitos e características diversas em que a primeira caracteriza-se pela coerência com o parâmetro de inocência; a segunda, com clara ruptura a essa garantia fundamental.

A leitura da proposta do art. 249 do projeto de reforma do CPP deve estar coligada aos anseios de maior atuação defensiva – repita-se, a partir do direito à prova penal e não violação da carga da prova no processo penal –, na medida em que torna-se coerente com a defesa na participação da formação da prova penal, seguindo pela possibilidade de investigação defensiva (art. 13 do PL 8045/2010).

Porém, para que este projeto de reforma não permaneça apenas em um sentido simbólico, devemos observar a necessária alteração teórica e prática sobre o método do contraditório no processo penal.

### **3. A visão clássica da colaboração das partes no processo penal**

O sistema criminal caracteriza-se por sua integração. Por isso, qualquer interferência no direito substancial surtirá efeitos na esfera processual penal, e vice e versa. A essas referências, o aspecto sociólogo e criminológico estão inseridos. Por isso, importante adequar o sistema criminal ao nosso modelo de feição democrática inerente ao Estado Constitucional e repensar a estrutura metodológica imposta ou recepcionada pelo processo penal moderno.

Fazendo alusão histórica, pode-se afirmar que, concomitante às ideias criminológicas da escola positiva sobre o sistema penal como atributo de defesa social, o reflexo se tornou constante no processo penal em que as regras de interferência aos atos decisórios do juiz penal não seriam bem vistas. Com isso, cria-se a possibilidade de limitação ao rito processual e uma versão judicial com amplos e ilimitados poderes para a realização de uma intensa repressão criminal.

Um dos reflexos à alteração processual, em concordância com a ideologia do Estado à época, é a presença do discurso pela descoberta da verdade, a partir da normatização de investigação oficiosa ou produção probatória por parte do juiz, fundada na redução à instrumentalidade das formas e na eficácia processual. A partir da concepção tradicional de processo como relação jurídica, com a característica básica do processo jurisdicional e consequente fortalecimento do poder de valoração livre, inclusive com os elementos de prova produzidos pelo próprio julgador, cria-se uma independência ao diálogo das partes, ou seja, com a imagem de um juiz livre à busca de uma verdade, produzindo provas e afastado de regras de valoração probatória. A consequência é focada na redução da atuação das partes na formação da prova e da decisão penal<sup>4</sup>, tornando o contraditório efetivo uma perda de tempo, já que o juiz é dotado de um natural talento intuitivo, nas palavras de Cordero<sup>5</sup>.

Pior quando o contraditório serve como discurso da instrumentalidade processual para fundamentar a colaboração de todos os interessados no eficaz resultado do processo. Essa colaboração, que tende a possuir um escudo democrático, apenas reduz significativamente um controle intersubjetivo pela efetiva participação das partes na

influência da decisão penal, quando a comunicação é conduzida por aquele que possui o autocontrole e o reconhecimento social e jurídico de autocompreensão de todos os significados envolvidos na discussão processual<sup>6</sup>.

Assim, diante da perspectiva clássica do processo penal, mantém-se estabelecida uma liberdade decisória em detrimento ao diálogo e ao efetivo contraditório entre todos os atores processuais, podendo o julgador penal, inclusive nos dias atuais, fundamentar sua decisão sem que haja abordagem sobre todos os pontos de referência realizado pelas partes, com ênfase à defesa.

Ou seja, a clássica e atual perspectiva do processo penal ainda se caracteriza pela jurisdição como o instrumento metodológico e central, seguindo por uma visão unilateral em que um dos vértices do ultrapassado triângulo processual<sup>7</sup> segue no ponto mais elevado pela figura do juiz.

A tentativa de atualização do modelo processual (penal) pelo Estado Constitucional impõe a reanálise da sua cultura e adequação a um esquema de efetiva e equilibrada divisão de funções, caracterizando-o com uma perspectiva pluralista em que não seria cabível a concentração de poderes por parte de um ator processual sem a participação e real influência de todos os envolvidos na discussão processual (penal).

#### **4. Efetiva participação dos atores processuais como necessária alternância da cultura processual pelo método do contraditório**

Partamos de uma premissa básica: o processo penal possui conteúdo ideológico e político. Essa afirmativa coliga os fins e a forma de atuação processual com a ideia sociológica deste instrumento de busca de saber. Transcede, portanto, os interesses individuais e alberga todo o universo axiológico da sociedade contemporânea.

Por isso, para que alcancemos a moderna caracterização do contraditório como regra processual destinado à participação, controle e influência do ato de poder (decisão), há necessidade da recepção de elementos democráticos que consubstancie o processo penal como atividade dialogal em busca de conhecimento. O reconhecimento desses pressupostos leva ao encontro da caracterização das sociedades contemporâneas e seu confronto com os deveres e direitos dos cidadãos na metodologia participativa da vida social e política. Por isso, a dimensão democrática e social não deve ser minimizada à representatividade, até porque reflete uma visão antiga e formal da democracia<sup>8</sup>. A legitimidade pela representatividade já se mostrou eivada de vícios e reflete apenas um discurso de transmissão de argumentos de autoridade e de assentimento de atos normativos reconhecidos pela validade do direito, pois edificado por políticos eleitos a partir de regras<sup>9</sup>, que apenas gera a legitimação pelo símbolo institucional.

Portanto, a vivificação de direitos e garantias fundamentais e sociais se traduz, contemporaneamente, na tentativa real de participação, cooperação e deliberação

entre todos os envolvidos na seara pública, não havendo redução quanto às questões judiciais que, em ponto delicado, quiçá reconhece o fator representativo eivado pelo povo. Consequência desta afirmativa, ou na possibilidade de introdução de referências sobre a teoria da sociedade contemporânea<sup>10</sup>, diz respeito à necessidade de participação de todos os envolvidos na questão judicial<sup>11</sup>, em especial aqueles que realizam o diálogo processual.

A característica pluralista e contemporânea da atividade pública e, portanto, uma visão de responsabilidade democrática tem como ponto de origem a teoria da justiça de Rawls em que propunha uma rationalidade deliberativa e não apenas de legitimidade representativa<sup>12</sup>. No entanto, Rawls trabalha no plano da subjetividade racional, o que traduz na aferição da competência e confiança da pessoa que irá decidir<sup>13</sup>, reduzindo a força da comunicação e do controle intersubjetivo.

Em um plano mais amplo, o âmago do processo democrático, nas palavras de Habermas, não está apenas na democracia representativa, mas sim na legitimação dos atos através do processo de política deliberativa intersubjetiva<sup>14</sup>, o que surte efeitos na questão da legitimidade do ato decisório apenas pela característica da sua institucionalização ou no reconhecimento de instrumentos destinados à participação igualitária pelos atores processuais, muito embora também caracterizada por sua interdependência.

O que se propõe é a substituição de um modelo liberal constituído pelo contrato social e voltado a forma exclusivamente de compromissos de interesses, para um modelo pluralista de argumentação e de deliberação para a tomada de decisões<sup>15</sup>, sem que alcancemos, no processo penal, qualquer defesa ao mito da solidariedade processual que não encontraria proximidade à boa fé processual, mas apenas uma referência romântica e utópica do processo<sup>16</sup>.

Nesse ponto, a teoria do discurso racional<sup>17</sup> deve ser caracterizada pelo fator ético de comunicação e cooperação em todas as searas políticas e sociais<sup>18</sup>. Para esse conjunto, no entanto, devem seguir pela situação ideal de discurso, com a referência à igualdade de participação e oportunidade dos envolvidos e, em especial, ausência de privilégios na sua fala<sup>19</sup>, ou seja, torna-se importante aprimorar os instrumentos e condições do debate e da discussão.

A necessidade de contribuir, participar e criticar nas atividades públicas e sociais, são referências que podem ser introduzidas no contexto processual penal a partir da teoria do discurso, na medida em que as deliberações devem ser realizadas de forma argumentativa, reguladas pela troca de informações e argumentos entre os envolvidos (as partes processuais), caracterizadas pela deliberação pública e inclusiva<sup>20</sup>, que visam seguir a comparticipação e não apenas a colaboração na formação da decisão penal<sup>21</sup>. O que caracteriza este viés é a presença de argumentos substanciais moldurados pela lógica do diálogo e pelo princípio da participação em que leva ao reconhecimento da motivação racional e do processo democrático<sup>22</sup>.

Essa proposta segue na superação do modelo processual penal centrípeto em que reconhece o Estado como único capaz de realização de fonte legítima de poder, servindo o envolvimento das partes nesse diálogo como mera colaboração, com vista à formação do modelo processual penal centrífugo que tem assento na democracia participativa, deliberativa e cooperativa<sup>23</sup>.

A evolução do contraditório e seu reconhecimento pela moderna caracterização da vivência democrática do processo judicial, deve ser reconhecida pelo conceito de aprimoramento dos métodos e condições do debate<sup>24</sup>, para almejar sua função de formação de conhecimento, de busca da verdade processual<sup>25</sup> e, portanto, para o exercício de influência<sup>26</sup> e estruturação da decisão penal como instrumento de compreensão dos argumentos probatórios expostos na dialética processual.

Nesse contexto, o princípio (direito) da prova contrária ganha endereço na medida em que as partes devem possuir espaços para a falsificação<sup>27</sup> das hipóteses adversas, estabelecendo um contexto positivo ao estatuto epistemológico no processo penal, não apenas na forma de expressão dos elementos de prova, mas para influenciar sobre a produção dos seus efeitos e, portanto, na possibilidade de alcance da verdade dita processual<sup>28</sup>.

O que se espera do processo penal e sobre a análise do método probatório não é a caracterização de um solipsismo judicial, mas um diálogo e confronto entre as partes na dinâmica da formação genética<sup>29</sup> da prova e da decisão penal<sup>30</sup>. Mas, o problema é endereçado pela dificuldade de realização concreta do contraditório<sup>31</sup>, o que surtirá reflexos na justificação da decisão final.

Podemos exemplificar no Direito Continental um exemplo de alteração legislativa (penal) que tentou reservar ao contraditório sua característica substancial e real valor constitucional<sup>32</sup>. Tratou a reforma constitucional e processual italiana garantir o contraditório uma identificação mais condizente com a dinâmica de um processo democrático<sup>33</sup>. Por isso, um contraditório efetivo ou em senso forte<sup>34</sup>.

Reconhece-se que uma das principais diferenciações entre o processo com viés inquisitivo para o acusatório diz respeito à atuação mais substancial das partes. Por isso, na defesa intransigente de Vassalli em busca de um processo democrático, refere-se a característica fortemente conotada segundo a lógica acentuada do processo de partes<sup>35</sup>. Pretendeu-se a intervenção mais ativa da acusação e defesa no momento de formação da prova (contraditório para a prova) e não uma atividade de argumentação da prova já pré-constituída (contraditório sobre a prova)<sup>36</sup>.

O traço importante desta mudança, foi afastar as partes como atores figurantes ou coadjuvantes da discussão processual – fundados apenas no direito à expressão e à informação –, para entregá-las uma função mais ativa, a partir, e principalmente da formação da prova como consectário direto de uma visão mais funcional do contraditório em relação ao modelo anterior.

Na realidade, o que se indica é a presença da regra do contraditório não apenas como simples isonomia entre as partes na discussão processual<sup>37</sup>, bem como sua caracterização a partir da referência informação-reação, podendo postular por provas, oferecer alegações e impugnar eventuais decisões judiciais, verdadeiros atos de expressão. Pretende-se uma análise moderna sobre a regra do contraditório que garanta uma maior intervenção argumentativa das partes, a partir da prova contrária, seguindo um método falsificacionista e de participação ativa no debate processual. Por isso, diante da fragilidade democrática de mera informação e possibilidade de atuação, a regra do contraditório deve ser vista como *método de conhecimento*<sup>38</sup>, regra de formação da prova penal<sup>39</sup> e de coprodução da decisão<sup>40</sup>.

O contraditório como isonomia processual<sup>41</sup> apenas endossa a necessidade de estabelecimento de regras dispostas à criação da imprescindível presença das partes e o respeito ao ideal de igualdade<sup>42</sup>, que nada mais reforça do que o próprio conteúdo instrumental do contraditório<sup>43</sup>, a partir da formação concreta de comunicação e participação para a formação de um conteúdo epistemológico e não apenas um reforço à defesa da argumentação retórica das partes. Por outras palavras, o método do contraditório substancial tenta afastar a característica da prova como elemento de retórica para se valer de um método de efetiva formação de conhecimento e de comparticipação na decisão penal.

Essa advertência pode indicar a mudança da cultura processual penal quando reflete a necessidade de garantir uma ampliação na atuação das partes, trazendo a possibilidade do afastamento do julgador como uma figura “onipotente”, sem que haja uma divisão de responsabilidade entre todos os envolvidos. A formação da prova, portanto, estará afeta às partes e, excepcionalmente, ao juiz, criando reais responsabilidades a cada ator processual. Por outro lado, a decisão penal não pode ser vista como ato de exclusiva identificação do convencimento por parte do julgador, mas sim a conjugação da participação (influência) das partes na sua formação.

Por isso, o reconhecimento do sistema acusatório “forte” (para afastar a vertente ilusória “puro”), dar-se-á com a ingerência da defesa em atuar maisativamente na possibilidade de contribuir com a investigação, do contraditório como princípio formador da prova<sup>44</sup>. Ou seja, a introdução da regra do contraditório como formação da prova indica, efetivamente, a valorização e ampliação de um sistema democrático de participação em que se torna necessária a simbolização com rupturas autoritárias.

O interessante nessa linha de reflexão é que a simples divisão de funções, a discussão e críticas quanto à gestão da prova pelo juiz ou sua atuação mais ativa no processo penal (por exemplo, decretando prisões de ofício), por si só, não garante a efetividade de um sistema democrático.

Da mesma forma, a defesa de um livre convencimento e da instrumentalidade processual não soluciona diversos problemas de carência constitucional ao processo

penal. Precisamos de mais. Talvez, a necessidade da observação de uma cultura processual penal caracterizada pela comparticipação, a partir de reais valores de equidade, na dinâmica da influência e na formação da decisão penal, levará a uma forma mais coerente com os modelos constitucionais.

## **5. O resultado do esforço entre a produção de efeitos – o direito à prova no processo penal**

As últimas características apontadas marcam a ressalva realizada pela doutrina e jurisprudência do direito à prova e à redução ao tema do ônus da prova e não um direito previsto em âmbito constitucional. A proeminência da figura do juiz a partir do sistema do livre convencimento, não como modelo de afastamento das provas legais mas como norte para decidir e não se vincular ao esforço probatório realizado pelas partes, a economia processual, o dogma da verdade real e algumas outras questões de marca inquisitória, realçaram e identificam um desvalor na atividade das partes quanto a influência da formação da decisão penal<sup>45</sup>.

Por isso, um dos métodos que ratificamos corresponder ao principal ponto de apoio ao regular percurso epistêmico diz respeito a previsão normativa do contraditório, como reserva a garantia da efetividade do direito à prova, oriundo de um processo dialético em que as partes possuirão, de fato, maior força probatória e argumentativa para a real influência na decisão penal<sup>46</sup> e que esse percurso esteja devidamente reconhecido e simbolizado quando diante do juízo justificatório. Nessa linha, a afirmativa de que o direito probatório se exaure nas garantias formais da isonomia das partes, na possibilidade de informação e reação frente aos atos processuais, na vedação da prova ilícita etc., não traduzem o exaurimento da força constitucional do direito à prova. A salvaguarda do direito à prova, para além de um ônus probatório, deve caracterizar-se como uma das garantias processuais inseridas no texto constitucional<sup>47</sup>.

Na realidade, a discussão tem seu início nas questões epistemológicas do processo penal em consonância com as convenções internacionais que protegem direitos humanos<sup>48</sup>. A partir daí, ratifica-se que a questão probatória não mais deve ser vista como mero interesse ou ônus das partes na corroboração dos enunciados fáticos em seu benefício, mas sim como verdadeiro direito<sup>49</sup>.

Nesse contexto, o método do contraditório não pode ser reconhecido apenas como um torneio retórico de argumentação das partes, ainda que possuam as mesmas condições nessa atividade. Deve-se creditar o direito à prova como elemento adequado ao método do contraditório em que as partes possuem a responsabilidade (para a acusação) e a possibilidade como atribuição (para a defesa) sobre a formação do objeto da prova, dos elementos da prova e a influência na decisão penal.

Consequentemente, o direito à defesa de se defender provando deve ser visto em seu aspecto positivo, isto é, o reconhecimento de que a atividade da defesa na postulação e produção da prova não se esgota apenas à refutação das pretensões acusatórias, mas sim assegurado amplamente na forma do direito à prova, sobre o contexto da prova argumentada (e não da argumentação sobre os elementos de prova), e no agir concretamente como a influência de um pronunciamento judicial dirigido como regra de proteção ao inocente<sup>50</sup>.

Se não mais trabalhamos com o critério absoluto de busca da verdade, bem como uma ampla liberdade de convencimento do julgador através do seu protagonismo em detrimento à atividade das partes (em alguns pontos de autoconvencimento, repita-se), este se torna um importante direito subjetivo, na medida em que as partes exercerão relevante função para levar a juízo todos os elementos probatórios de falsificabilidade e verificabilidade das afirmações expostas.

Essa imposição constitucional (do direito à prova) cria um campo prático e evidência o momento de falsificação da hipótese acusatória com relevante valor no método de valoração probatória e no raciocínio decisório<sup>51</sup>.

Consequentemente, a defesa do modelo de corroboração e refutação das hipóteses postas em discussão não teriam sentido nem conteúdo se não fossem reforçadas por um efetivo contraditório e a possibilidade de regras específicas para este reconhecimento em contato direto ao direito constitucional à prova.

## 6. Conclusão: a análise da regra do contraditório para o Projeto de Reforma do CPP

Para concluirmos a presente reflexão, devemos pensar que o atual CPP brasileiro não traça expressamente o direito à prova, mas faz referência ao ônus probatório em seu art. 156. Na mesma linha, fixa as amplas possibilidades de atuação de ofício pelo julgador, seguindo o mote de protagonismo judicial. Nada mais que reduzir o parâmetro do contraditório e o direito à prova.

O Projeto de Lei nº 8.045/2010 (oriundo do PL 156/2009) que versa sobre a reforma integral do CPP, tenta estabelecer a modernização da regra do contraditório como elemento de formação da prova com objetivo de influência na decisão penal.

Em seu artigo terceiro, aponta que *todo o processo penal realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a efetiva manifestação do defensor técnico em todas as fases do procedimento.*

Seguindo a linha do equilíbrio das partes na dinâmica processual, dispõe que *será facultado ao investigado, por meio do seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor da sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas*<sup>52</sup>.

Prescreve, ainda, o art. 165 do PL que *as provas serão propostas pelas partes*. Excepcionalmente, aponta o seu parágrafo único que *será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes* (grifamos). O conteúdo da referência diz respeito ao direito à prova e a atuação judicial foca na dúvida sobre as provas e não sobre os fatos.

No entanto, acreditamos que o Projeto de Lei ainda se mostra tímido quanto à regra do contraditório, justamente pela permanência do protagonismo judicial.

Para concluirmos, devemos refletir sobre o novo e seus efeitos na visão da vivificação da ciência jurídica. Talvez, para que consigamos avançar e tornar o processo penal democrático, torna-se necessária uma maior expressão normativa quanto à participação das partes em toda a dinâmica processual penal, em especial na efetiva e reconhecida influência dos atores processuais na formação da prova e da decisão penal.

Neste ponto, reafirmamos que o exemplo da legitimação da defesa em requerer a interceptação telefônica no projeto de reforma do CPP indica, expressamente, a necessidade de converter o processo penal brasileiro em um modelo de contribuição da parte defensiva, para o método de influência e participação advinda do parâmetro do contraditório para a formação da prova e da decisão penal, em consonância com o direito à prova e a garantia constitucional de proteção do inocente.

## 7. Referências

BETTIOL, Rodolfo. La formazione della prova nel contraddittorio. A chi spetta il diritto? In: *Scritti in memoria di Giuliano Marini*. A cura di Sergio Vinciguerra e Francesco Dassano. Napoli: Scientifiche Italiane, 2010, p. 77-84.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Fasc. 2, 2005, p. 449-464.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Niterói: JusPodivm, 2013.

CANZIO, Giovanni. Prova scientifica, ragionamento probatório e libero convincimento del giudice nel processo penale. In: *Rivista Diritto Penale e Processo* nº 10, 2003, p. 1193-1200.

\_\_\_\_\_. Il giusto processo nello statuto della corte penale internazionale tra common law e civil Law. In *Questione Giustizia*, nº 6, 2004, p.1285-1292.

CASARA, Rubens R.R. e MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmáticas e Críticas: Conceitos Fundamentais*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo e ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. II, 1993, p. 434-492.

\_\_\_\_\_. *Il diritto delle prove penali*. Carlotta Conti e Paolo Tonini. (Org.) Milano: Giuffrè, 2012.

CORDERO, Franco. Diatribe sul processo accusatorio. In: *Ideologie del Processo Penale*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 201-230.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRISTIANI, Antonio. *Guida alle indagini difensive nel processo penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

CUNHA, José Manuel Damião da. *O caso julgado parcial. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002.

DE LUCA, Giuseppe. Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, vol. II, p. 1255-1276.

DIAS, Augusto Silva. <<Delicta in Se>> e <<Delicta Mere Prohibita>>. Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FALLONE, Antonino. *Il processo aperto*: Il principio di falsificazione oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale. Milano: Giuffré, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. In: *Diritti fondamentali*. Un dibattito teórico. A cura di Ermanno Vitale. Roma: Laterza, 2002, p.121-178.

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: *La prova nel dibattimento penale*. 4ª ed. Torino: Giappichelli, 2010, p. 317- 410.

FONSECA, Tiago Abud da. *Interceptação telefônica. A devassa em nome da lei*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

FRIGO, Giuseppe. Un passo verso il recupero del contraddittorio per la prova. In: *Diritto penale e processo*, fasc. 5, 1988, p. 633-641.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *A motivação das decisões penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

GORDON, Thomas F. e WALTON, Douglas. Proof burdens and standards. In: *Argumentation in Artificial Intelligence*, I. Rahwan and G. Simari (Eds.). Springer-Verlag: Berlin, 2009 p. 236-260.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. Trad. Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade II*. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verdade e justificação. Ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

\_\_\_\_\_. Lo standard probatorio dell’al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione. In: *Cassazione Penale*, nº 11, 2006, p. 3869-3884.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell’imputato*. Zanichelli, 1979.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

MATTA, Luiz Otávio de Souza. A democracia participativa e a Defensoria Pública. In *Revista de Direito da Defensoria Pública*, vol. 21, 2006, p. 207-225.

MENDES, Paulo de Sousa. Os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal de Cabo Verde. In: *Direito Processual Penal de Cabo Verde. Augusto Silva Dias e Jorge Carlos Fonseca*. (Coord.) Coimbra: Almedina, 2009, p. 163-200.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NOBILI, Massimo. Il nuovo “diritto delle prove” ed un rinnovato conceito di prova. In: *Legislazione Penale*, nº 3. 1989, p. 395-400.

ORLANDI, Renzo. L’attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè. Anno XLI, fasc. 2, Aprile-giugno, 1998, p. 452-508.

PARSONS, Talcott. On the concept of influence. In: *The public opinion quarterly*, vol. 27, nº 1, 1963, p. 37-62.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Fasc. 3, 1998, p. 673-681.

PISAPIA, Gian Domenico. Un nuovo modello di processo. In *Legislazione Penale*, 1989, nº 1, p. 77/80.

\_\_\_\_\_. Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. II, 1993, p. 03-20.

POPPER, Karl. La scienza normale e i suoi pericoli. In: *Critica e crescita della conoscenza*. A cura di Imre Lakatos e Alan Musgrave. Trad. Giulio Giorello. Milano: Feltrinelli, 1984.

\_\_\_\_\_. O mito do contexto. In: *Em defesa da ciência e da racionalidade*. Trad. Paula Taipas. Reimpressão. Lisboa: Edições 70, 2009.

\_\_\_\_\_. *Os dois problemas fundamentais da Teoria do Conhecimento*. Trad. Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2013, p. XXXIII.

PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAGNOTTI, Simona Carlotta. Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica. In: *Processo Penale e Constituzione*. Milano: Giuffrè, 2010.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do Direito Procedimental. In: *Revista Tempo Brasileiro*, nº 138, 1999.

SILVA, Filipe Carreira da. *Espaço público em Habermas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2002.

SPAGNHER, Giorgio. Giuliano Vassalli e l'evoluzione del Processo Penale. In: *Cassazione Penale*, nº 12, dec. 2011, p. 4535/4543.

TARUFFO, Michele. Tres observaciones sobre 'por qué un estándar de prueba subjetivo y ambíguo no es un estándar', de Larry Laudan. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. In: *Doxa*, nº 28, 2005, p. 114-126.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.

TONINI, Paolo. Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 48. 2004, p. 194-214.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Procedura Penale*. 12<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VASSALI, Giuliano. Il diritto alla prova nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano: Giuffrè. Anno XI, 1968, p. 03-59.

## Notas

1. Defensor Público do Rio de Janeiro. Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Universidade Clássica de Lisboa/PT. Mestre em Ciências Criminais e Criminologia pela Universidade Cândido Mendes (Ucam). Visiting Student na Università di Bologna/Itália. Professor de Processo Penal na Pós Graduação em Processo Penal e Garantias Fundamentais na Associação Brasileira de Direito Constitucional. Professor convidado na pós-graduação em Ciências Criminais na Ucam. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Membro Honorário do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB). Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito da Defensoria Pública. Autor de livros e artigos. Conferencista.
2. Não adentraremos na importante questão sobre a violação ao sistema acusatório, bem como a quebra da imparcialidade do julgador, quando o legislador autoriza a determinação da interceptação telefônica de ofício. Sobre o tema, PRADO, Geraldo. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do superior tribunal de justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 56. Nossa foco diz respeito à atuação das partes. Sabemos, no entanto, que essa possibilidade e prática além de clara ruptura com a proposta de um modelo democrático, enfraquece sobremaneira o método do contraditório.
3. A ausência da legitimidade defensiva no atual diploma que regulamenta o procedimento de interceptação telefônica já fora criticado pela violação à isonomia por STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: constituição – cidadania – violência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 62-63; FONSECA, Tiago Abud da. *Interceptação telefônica. A devassa em nome da lei*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008, p. 107-108.
4. Neste sentido, NOBILI, Maximo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 462. Gerando efeitos devastadores ao direito de defesa e o direito de ser julgado sobre a base de um modelo menos rígido sobre legítimos modos de obtenção e exclusão probatória. Cf. DE LUCA, Giuseppe. *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Processo Penale*, 1992, vol. II, p. 1269. As referências podem ser vistas na prática jurisprudencial. Neste sentido, “malgrado a argumentação defensiva, indubitável que dentro do sistema de avaliação da prova acolhido pelo processo penal brasileiro, vige a livre convicção motivada ou livre convencimento motivado (CPP, art. 155), de modo que o julgador não fica adstrito às alegações das partes, mas ao conjunto de provas angariado no feito”. (Recurso em Sentido Estrito nº 0002319-60.2012.8.12.0017, 2<sup>a</sup>. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 13/10/2014).
5. Que em condições menos exóticas se chama livre convicção. CORDERO, Franco. “Diatribe sul processo accusatorio”. In: *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966, p. 219.
6. Esse tema permanece em ampla discussão na doutrina brasileira, justamente pela defesa da instrumentalidade processual para o alcance da sua efetividade. Neste contexto, e na defesa da participação ativa do julgador como atributo democrático, advoga Dinamarco que “essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo. E falar em

*participação* significa, no direito processual moderno, falar também no *ativismo judiciário*, que é a expressão da postura participativa do juiz – seja através das iniciativas probatórias, seja da efetiva assunção do comando do processo, seja do *diálogo* a que o juiz tradicional se recusa". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 132.

7. Sobre o mito do triângulo processual ver CUNHA, José Manuel Damião da. *O caso julgado parcial*. Questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória. Porto: Publicações Universidade Católica, 2002, p. 249.
8. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 358. Estabelece-se um modelo dual, não apenas com a estrutura da formação de vontade institucionalizada, mas também com a noção de esfera pública composta de arenas políticas informais caracterizadas pelo diálogo e a lógica do discurso. Cf. SILVA, Filipe Carreira da. *Espaço público em habermas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2002, p. 148.
9. Conceito voluntarista de validade normativa, cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade II*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 13-14.
10. Tema que leva a uma análise sobre tensão entre a atual sociedade de risco, alheia à necessária interação e solidariedade de todos os envolvidos e a sociedade de cooperação em que possui como característica básica a formação de uma justiça distributiva e o reencontro com as formas de participação da vida social e política, nas expressões de DIAS, Augusto Silva. <<Delicta in Se>> e <<Delicta Mere Prohibita>>. *Uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*. Coimbra: 2008, p. 629, 633.
11. Tema que transcende atualmente o envolvimento tradicional das partes na situação processual para fomentar a participação de personagens externos ao caso penal, como pode ser observado pela possibilidade de realização de audiências públicas na hipótese de demandas que extravasem o interesse subjetivo da questão penal. (art. 983, § 1º, NCPC).
12. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímol Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 461.
13. *Idem*, p. 462-463.
14. HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Op. cit., p. 18.
15. E na continuação da reflexão, Habermas aponta que "a chave desta concepção consiste precisamente no fato de que o processo democrático institucionaliza discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação as quais devem fundamentar a suposição da racionalidade para todos os resultados obtidos conforme o processo." *Idem*, p. 27, o que indica uma referência binária ao conceito de democracia deliberativa. De um lado, o plano formal e institucionalizado da democracia e do outro, os domínios informais e discursivos para a formação de opinião. SILVA *Espaço público em habermas*. p. 148-149.
16. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e Sistematização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 70.
17. Nas palavras de Habermas, "a teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação – que são institucionalizados juridicamente – os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de

- aplicação do direito levam a resultados racionais". HABERMAS. *Direito e democracia*. Op. cit., p. 153.
18. Esclarecemos que a teoria do agir comunicativo de Habermas e a teoria do discurso apenas segue como tentativa de reconhecimento de instrumentos para a garantia de fixação da regra do processo dialógico. Não seguimos na defesa inconteste, pois alcançaríamos um outro problema na conclusão: a defesa da teoria da verdade consensual, que sofre diversas críticas ao ponto de ser reconhecida como uma ficção teórica. Cf. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 4<sup>a</sup> ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 414. Porém, nos parece interessante, para o contexto das concepções da prova e da regra do contraditório, um olhar mais focado à intersubjetividade de processos de compreensão, que são caracterizados por procedimentos democráticos.
  19. Somado, ainda, a liberdade de expressão, veracidade e ausência de coação. KAUFMANN. *Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 410.
  20. HABERMAS. *Direito e democracia*. Op. cit., p. 29.
  21. Para além da participação social reconhecida no Tribunal do Júri brasileiro, um exemplo relevante que vem sendo posto em prática diz respeito à habilitação de terceiros interessados como *Amicus Curiae* perante o Supremo Tribunal Federal, em que oxigena sobremaneira as discussões e elenca importantes argumentos para além dos limites subjetivos da demanda. Há uma participação social em que se rediscute o papel desenvolvido pelos personagens na dinâmica processual, trazendo toda a carga ideológica e política para dentro do processo penal. A ampliação da discussão dar-se-á pelo artigo 138 NCPC, a partir da regulamentação da possibilidade de habilitação do *Amicus Curiae* perante juízo monocrático ou perante Tribunal local.
  22. HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 136. O que fornece elementos para definir o sentido da verdade de modo "procedural" a partir da práxis argumentativa e, portanto, um procedimento destinado à consideração sensata de todas as vozes e contribuições relevantes. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 46-47. O processo democrático somente se mostra legítimo quando apoiado no princípio do discurso, autorizando fluxos de informações pela contribuição e argumentos dos participantes na esfera pública, segundo a obra de Habermas. Cf. SIEBENEICHLER, Flávio Beno. "Uma filosofia do Direito Procedimental". In: Revista Tempo Brasileiro nº138, 1999, p. 162.
  23. CASARA, Rubens R. e MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmáticas e Críticas: Conceitos Fundamentais*, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 322. Em forma mais ampla, na referência as tutelas coletivas e a efetividade da participação nas decisões como característica da democracia participativa, MATTA, Luiz Otávio de Souza. *A democracia participativa e a Defensoria Pública*. In: Revista de Direito da Defensoria Pública, vol. 21, 2006, p. 207-225.
  24. HABERMAS. *Direito e democracia*. Op. cit., p. 27. E não apenas pela presença de um melhor argumento, como seguem as críticas à teoria do discurso racional de Habermas. Cf. KAUFMANN. *Filosofia do Direito*. Op. cit., p. 411.
  25. PICARDI, Nicola. "Il principio del contraddittorio". In: *Rivista di Diritto Processuale*. Fasc. 3, 1998, p. 681.

26. Neste sentido, Cabral observa o contraditório como a compreensão do direito de influência, expressão da democracia deliberativa no processo, em que fornece elementos para interferência nos atos decisórios do Estado a partir de discussões argumentativas. Cf. CABRAL. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. p. 456 e seguintes. CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Coisa julgada e preclusões diâmicas*. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Niterói: JusPodivm, 2013, p. 316 e seguintes.
27. A teoria falsificacionista de Karl Popper é reconhecida como uma das principais referências à epistemologia moderna, a partir da crítica ao contexto científico e o abandono da indução por enumeração. O pensamento falsificacionista de Popper é caracterizado pela necessidade de identificação de um método de crítica e refutação de teorias científicas em que são postas à prova a partir do empenho de sua falsificação. Este método influenciou na evolução do pensamento filosófico do racionalismo crítico, na medida quando afirmava ser a “ciência essencialmente crítica”, consistente no controle da conjectura pela crítica. POPPER, Karl. “La scienza normale e i suoi pericoli”. In: *Critica e crescita della conoscenza*. A cura di Imre Lakatos e Alan Musgrave. Trad. Giulio Giorello. Milano: Feltrinelli, 1984, p. 126. Como o próprio Popper fez referência, o método falsificacionista não corresponde a uma técnica empírica da ciência, nem mesmo um dogma, mas sim uma recomendação filosófica – uma tese da meta-ciência, nas suas palavras. Cf. POPPER, Karl. *Os dois problemas fundamentais da Teoria do Conhecimento*. Trad. Antonio Ianni Segatto. São Paulo: Unesp, 2013, p. XXXIII), para a aferição sobre a veracidade de uma teoria, através da refutação das suas falhas, por isso, nas palavras de Popper, o critério de refutabilidade ou falsificabilidade pode ser também chamado de critério de testabilidade. POPPER, Karl. *O mito do contexto*. Em defesa da ciência e da racionalidade. Trad. Paula Taipas. Reimpressão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 150. Por isso, Popper se descreve como um “absolutista falibilista”: falibilista porque ele nega que possamos ter qualquer método garantido de adquirir conhecimento, absolutista porque insiste que há uma coisa como a verdade objetiva à qual a investigação científica aspira.” HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Trad. Cesar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: Unesp, 2002, p. 163.
28. Neste sentido, FALLONE, Antonino. Il processo aperto: Il principio di falsificazione oltre ogni ragionevole dubbio nel processo penale. Milano: Giuffrè, 2012, p. 217/218.
29. Expressão de BETTIOL, Rodolfo. *La formazione della prova nel contraddittorio. A chi spetta il diritto?* In Scritti in memoria di Giuliano Marini. A cura di Sergio Vinciguerra e Francesco Dassano. Napoli: Scientifiche Italiane, 2010, p. 80.
30. IACOVELLO, Francesco Mauro. *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*. In: Cassazione Penale. 2006, n. 11, p. 3.875. O que traduz na importância de análise quanto à atuação e atribuição de todos os sujeitos processuais. Para o tema MENDES, Paulo de Sousa. Os sujeitos processuais no novo código de processo penal de cabo verde. In: DIAS, Augusto Silva e FONSECA, Jorge Carlos (Coord.). *Direito processual penal de Cabo Verde*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 163 e seguintes.
31. Como ilustra ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*. Zanichelli, 1979, p. 79.
32. Neste sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo e ZAGREBELSKY, Vladimiro. “Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica”. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. II, 1993, p.480/482; PISAPIA, Gian

Domenico. "Il nuovo processo penale: esperienze e prospettive." In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. II, 1993, p. 05/06. Construiu-se, portanto, um código de visão acusatória, indicando que tanto a acusação quanto a defesa teriam um maior relevo processual para além da imputação e resistência, criando uma aproximação interessante de índole mais dialogal, próximo ao esquema acusatório com raízes no modelo da *common law* (SAGNOTTI, Simona Carlotta. *Il contraddittorio: una riflessione filosofico-giuridica*. In *Processo Penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 342) em que constitui o direito das partes de contribuir na formação dos elementos que são utilizados pelo juiz para decidir a causa penal. Mas, houve uma reação direta da magistratura em que começou a observar a perda de "pseudo-poder" dos juízes na direção da prova, deixando para a acusação e, em alguns pontos à defesa, essa responsabilidade. Consequentemente, a cultura inquisitória é parcialmente restabelecida pela Corte constitucional italiana, que parte de um inédito "princípio da não dispersão da prova" (Corte Costituzionale, Sent. 225/1992) através da afirmação de que o único fim do processo penal é a busca da verdade, retornando à ampliação de poderes instrutórios realizados pelo juiz, "educados numa cultura que faz do juiz penal o dominus da prova", restabelecendo o discurso da busca da verdade dita real como fator preponderante ao processo penal.

33. Com essa conotação de partes, afastou o legislador daquele país qualquer indicação normativa sobre "liberdade" e "verdade" pelo julgador. Cf. NOBILI, Massimo. "Il nuovo 'diritto delle prove' ed un rinnovato conceito di prova". In: *Legislazione Penale*, nº 3. 1989, p. 397. Figurando em um processo com estrutura geral de um novo "processo di parti" que se destaca nitidamente do modelo inquisitório anterior. Cf. PISAPIA, Gian Domenico. "Un nuovo modello di processo". In *Legislazione Penale*, 1989, nº1, p. 77.
34. CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Carlotta Conti e Paolo Tonini (org.). Milano: Giuffrè, 2012, p. 35.
35. SPAGNHER, Giorgio. Giuliano Vassalli e l'evoluzione del Processo Penale. In: *Cassazione Penale*, nº 12, dec. 2011, p. 4.538.
36. Neste sentido, importante reflexão sobre a questão da prova científica é realizada por CANZIO, Giovanni. *Prova scientifica, ragionamento probatório e libero convincimento del giudice nel processo penale*. In *Diritto Penale e Processo* n. 10, 2003, pp. 1193/1200, em especial na pág. 1200. Da mesma forma, FRIGO, Giuseppe. *Un passo verso il recupero del contraddittorio per la prova*. In *Diritto Penale e Processo*. Fasc. 5, 1988, pp. 633/641.
37. Devemos refletir no contraditório como uma referência que transcende o interesse das partes, servindo também como garantia de juízo e norte para uma política processual participativa, na medida em que estabelece uma técnica de formação e avaliação idônea a confirmar ou a afastar uma hipótese deduzida na dinâmica processual (FERRUA, Paolo. *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*. In: *La prova nel dibattimento penale*. 4ª. ed. Giappichelli: Torino, 2010, p. 320) Nada mais que o princípio da falsificação em sentido instrumental condicionado à efetivação do princípio da prova contrária.
38. TONINI, Paolo. "Direito de defesa e prova científica: novas tendências do processo penal italiano". Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 48. 2004, p. 202.
39. Cf. CONTI. *Il diritto delle prove penali*. Op. cit., p. 36.
40. Neste sentido, CABRAL. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Op. cit., p. 316.

41. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 128 e seguintes.
42. Importante análise sobre o tema da igualdade no processo penal pode ser visto em COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, em especial p. 89 e seguintes.
43. Neste sentido, reconhecendo que um princípio geral de igualdade é insatisfatório, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 36-37. Até porque, não se endereça apenas a caracterização lógico-formal de uma garantia fundamental, devendo ser ampliado qualquer grau de aplicação, reconhecimento e conteúdo para que se alcance seu efeito substancial. Cf. FERRAJOLI, Luigi. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. In: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. A cura di Ermanno Vitale. Roma: Laterza, 2002, p. 132 e seguintes.
44. Quanto maggiore è il contraddittorio, tanto meglio potrà essere accertata la Verità In: TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 12<sup>a</sup> ed. Milano: Giuffrè, 2011, p. 9.
45. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 63.
46. Retorna-se à ideia do processo democrático a partir do método ideal de deliberação e da coesão da atividade comunicacional para a tomada de decisão. HABERMAS, *Direito e democracia*. Op. cit., p. 31.
47. Nesta linha, GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 400 e seguintes.
48. Na esteira da Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 1948, em que proclamou que “toda a pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa” (art. 11, n.1), basta analisar a força normativa do art. 6º, nº 3, d, da Convenção Europeia de Direitos do Homem (“todo o acusado tem o direito de inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de acusação, e obter o comparecimento e inquirição das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as de acusação”) e do art. 14, § 3º, alínea e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (que reserva as garantias mínimas em favor da pessoa acusada dentre elas a “de inquirir ou fazer inquirir as testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as de acusação”), para entender que o “direito à prova”, em que reserva às partes na dinâmica processual o direito de provar todas suas alegações, dando realce ao exercício da ampla e concreta defesa em exercer o direito de defender-se provando, não prescreve apenas um ônus. Da mesma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, incorporada no direito brasileiro em 1992 pelo Decreto 678 de 6 de novembro, aponta que toda a pessoa acusada de delito é reconhecido o poder de inquirir as testemunhas de acusação, bem como obter o comparecimento de testemunhas de defesa, em igualdade de condições.
49. CRISTIANI, Antonio. *Guida alle indagini difensive nel processo penale*. G. Giappichelli Editore: Torino, 2001, p. 13.
50. Em sentido semelhante, GOMES FILHO. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 67.
51. Em sentido semelhante, IACOVIELLO, Francesco Mauro. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 217.
52. No entanto, ao contrário do projeto original, restabelece a característica da inquisitividade deste procedimento, quando dispõe no parágrafo 5º. deste dispositivo que o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

# Devolução em dobro do tempo ilegalmente preso: uma solução para diversos abusos

## Returning in double illegal jailed time: a solution for several abuses

José Roberto Sotero de Mello Porto<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho busca fundamentar o cabimento da tese consistente da compensação em dobro do prazo ilegalmente preso, no Direito Penal. Utilizam-se argumentos principiológicos e legais, apresentando-se, também, a atual compreensão acerca do tema na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**ABSTRACT:** This study aims to support the appropriateness of double compensation consistent thesis by the time illegally jailed, in criminal law. Are used principles and legal arguments, presenting also the current understanding of the topic in the jurisprudence of the Supreme Court.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tempo de prisão ilegal. Compensação. Devolução em dobro. Superlotação carcerária.

**KEYWORDS:** Illegal jail time. Compensation. Double return. Prison overcrowding.

### 1. Introdução

A tarefa do advogado – e, particularmente, do Defensor Público – no processo criminal é, sabidamente, hercúlea. A afirmação de que o sistema é unidirecional, voltado apenas à condenação, está longe de ser uma falácia ou um exagero. De fato, não raras vezes, a defesa técnica acaba por ter que se lamentar, recolhendo-se à sua impotência, ainda que jamais deixe de se inquietar.

É justamente esse gosto amargo que motiva esta reflexão. Recentemente, em uma audiência em continuação, na seara infracional, terminada a oitiva das testemunhas, e verificado que os adolescentes já se encontravam internados provisoriamente por mais de 45 dias (na verdade, há 49), foi pleiteada a soltura dos mesmos. Uma situação absolutamente corriqueira que, caso se observasse a legislação e a jurisprudência, poderia ser resolvida de maneira tranquila. Não é, contudo, o que acontece na prática.

O Ministério Público, de pronto, retrucou, sustentando que o prazo legal do artigo 108 do Estatuto não era peremptório, que a instrução já estava terminando, passando à fase de alegações finais e, afinal de contas, não haveria prejuízo. Lamentavelmente, os

adolescentes permaneceram internados, sem qualquer sustentação legal. Há, portanto, que parar para pensar: tal escancarado abuso restará indiferente?

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, conquistado a duras penas (e esse comentário está longe de ser histórico; é, antes, uma constatação dos tempos esquisitos por que passamos). O preço para tal “é módico, estando ao alcance de todos: o respeito irrestrito à lei e à Constituição”<sup>2</sup>. Goste-se ou não.

O caso concreto descrito, infelizmente, constitui mera metonímia do que vem sucedendo de maneira reiterada na praxe forense. Quando nos voltamos ao Direito Penal, a conjuntura ganha traços muito mais críticos, de modo que é possível desenhar um extensíssimo rol de situações caracterizadoras de ilicitude na custódia, provisória ou derradeira, de um sem número de cidadãos. Urge, portanto, diversificar as teses defensivas, buscando um mínimo de justiça.

Sem mais divagações, parece possível propor uma solução prática para tais abusos, os quais escandalizam em maior ou menor medida: a devolução do tempo ilicitamente apreendido em dobro, caso venha a ocorrer definitiva condenação. Tal proposta, *prima facie contra legem*, está distante de contrastar com o ordenamento pátrio, nele se respaldando por meio dos princípios que consagra e pela legislação, bem como na jurisprudência mais atenta a tais disposições.

## 2. Fundamentos principiológicos

Um primeiro grupo de argumentos autorizadores da tese ventilada reside nos princípios. Tais linhas mestras do ordenamento merecem especial concretização quando se trata do Direito Penal.

Isso porque, em tal seara, a lide ganha contornos específicos: é presumida *de per si*, isto é, surge da própria natureza da relação, haja vista que apenas ao Estado é dado retirar bem jurídico tão caro ao sujeito de direito como a sua liberdade. Nasce, pois, uma pretensão punitiva a ser exercida pelo órgão acusador em face de um autêntico vulnerável, o acusado.

A disparidade de forças fica, por demais, evidente. Sabedor disso, quis o constituinte refrear o ímpeto punitivo, desenhandos limites expressos na Carta Constitucional de 1988<sup>3</sup>, outorgando-lhe o *status* de constituição garantista, o que se justifica pela conjuntura política especialmente vivenciada nas décadas que a antecederam.

Para a dogmática penal, o princípio da legalidade recebe relevância ímpar. Por meio dele, fica evidente a diferença que existe em relação aos atos realizados pelos particulares: na autonomia da vontade do Direito Civil, tudo aquilo que não for proibido deve ser considerado lícito, ao passo que, em se tratando de intento estatal, apenas o que for autorizado expressamente por lei (em sentido material) poderá ser praticado<sup>4</sup>.

Trocando em miúdos, apenas poderá o Estado punir se o fizer nos ditames autorizados pela norma jurídica. Caso o faça além desses limites, incorrerá em atitude ilícita, não amparada pelo Direito<sup>5</sup>.

Sucede, porém, que é exatamente isso que se percebe no atual estágio do sistema carcerário pátrio. Do ponto de vista prático, qualquer constrição da liberdade vem se mostrando ilegal, na medida em que viola exigências expressamente delineadas pela Lei de Execuções Penais<sup>6</sup> e por diploma supralegal<sup>7</sup>. A própria jurisprudência pátria já reconhece, hoje, o “Estado de Coisas Inconstitucional” existente, como se verá mais abaixo. De maneira direta, igualmente sangra o princípio constitucional da vedação das penas de caráter cruel ou degradante (artigo 5º, XLVII, e).

Nessa esteira, tendo em vista que as garantias fundamentais se prestam a proteger o cidadão (*in casu*, o acusado) e a limitar o Estado, não consistindo em benesses por este último concedido, mas sim em direitos públicos subjetivos<sup>8</sup>, encontra-se um grande espaço deixado pela lei, em favor do réu. Tal lacuna – que, na realidade, constitui regra geral – pode ser perfeitamente preenchida pelo julgador em particular, de modo a satisfazer com perfeição a individualização da pena (artigo 5º, XLVI), que garante uma reprimenda penal na exata necessidade externada pela conduta.

Percebe-se, então, que o primeiro aspecto que supostamente afastaria o cabimento da devolução em dobro, a falta de previsão legal para tanto, é, na realidade, um argumento a favor. No Direito Penal, não é necessário que haja autorizações para a atuação estatal senão em desfavor do réu<sup>9</sup>. Outrossim, na Execução Penal, sob pena de se retornar à vetusta concepção administrativista desse ramo<sup>10</sup>, impedindo a efetivação de direitos por meio do acomodado argumento de que “não há lei que autoriza”.

Também a própria unidade do Direito serve de reforço para a tese defendida, em uma perspectiva metapositiva. É a mais comezinha lição jurídica que os diversos ramos são mera construção doutrinária, da qual se lança mão para facilitar sua esquematização didática<sup>11</sup>, sem jamais perder a sua finalidade precípua.

Inegável, portanto, que existe um verdadeiro diálogo dentro dessa encyclopédia jurídica, do qual é possível (e até recomendável) que se extraiam consequências de uma disciplina para outra, permitindo alcançar uma cada vez mais coerente visão sistêmica. Com base nisso, podemos trazer, por meio da analogia autorizada pelo *supra* mencionado princípio da legalidade em seu viés do *nulla poena sine lege scripta*, comandos originalmente destinados ao Direito Privado.

Explico: a ideia de que a mora traz consigo seus consectários é de simples compreensão no ramo civilista. Contudo, o que se tem verificado é que, ironicamente na seara mais delicada do Direito (o princípio da *ultima ratio* é outro daqueles que se aprende *ab initio* em qualquer escola jurídica), o adimplemento no termo traz consigo juros. Em outras palavras: diante das masmorras medievais que conservamos no Brasil,

por mais que o condenado pague no dia, paga mais do que deve. E isso, logicamente, não tem qualquer sentido.

Trazendo para o campo mais prático, necessitamos construir soluções críveis para os absurdos que se passam noite e dia nos processos criminais (nos infracionais idem, por conta dos valores que lhe são peculiares e, com força normativa, do Princípio da Legalidade na forma como enunciado pelo claríssimo e tão ignorado art. 35 da Lei nº 12.594/2012: “não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto”).

Assim, sem buscar respostas utópicas que menos colaboram para o debate do que o enriquecem, mostra-se perfeitamente possível importar, do Direito Civil, as mais básicas lições de reparação de danos ilicitamente sofridos – isto é, as prisões cautelares sem amparo legal ou, posteriormente, tornadas sem fundamento, diante da absolvição.

Com efeito, o fato de os particulares estarem custodiados sob o resguardo do Estado motiva, no campo da responsabilidade civil administrativa, respostas firmes dos tribunais, asseverando, entre outras hipóteses, que o suicídio perpetrado dentro de estabelecimentos prisionais é causa de indenização objetiva para os familiares do falecido. Nada mais correto.

Precisamos, contudo, ir além. A compensação financeira não pode ser a única saída, e, portanto, a saída cômoda, para os excessos cometidos. Urge construir um expediente que melhor interesse ao cidadão, quando a conjuntura concreta assim demonstrar. A *restitutio* impende ser da maneira mais efetiva e próxima do dano. Por que razão de batermos patamares indenizatórios mais ou menos justos se podemos encontrar uma compensação pragmaticamente mais rica?

Abre-se, pois, a estrada da “indenização” em tempo de prisão, em uma futura condenação. A metanorma da razoabilidade, porém, traz consigo uma provocação ulterior: essa ideia já existe na detração, sem gerar espécie em razão de simplesmente compensar o tempo cautelarmente recolhido no prazo de privação definitiva da liberdade. A hipótese que motiva a presente inquietude, porém, é diferente: existe uma restrição à liberdade a título provisório que excede os parâmetros legais de forma bem objetiva. A mera detração desse tempo, em caso de uma prenunciada procedência do pedido acusatório, não se afigura suficiente. Caso contrário, descumprir-se-ia a lei sem qualquer punição.

Esse quadro motiva concluir que outra lição civilista deve ser importada ao campo penal: a devolução em dobro das quantias cobradas (e pagas) sem fundamento. Afinal, se “quem paga mal paga duas vezes” é um adágio medular no Direito Civil, como não sê-lo no Direito Penal? E mais: na hipótese inversa, se se cobra mal, a legislação que rege as relações entre particulares já traz a receita, no artigo 940 do Código Civil<sup>12</sup>.

Também o código consumerista alberga comando nesse sentido, em seu art. 42, parágrafo único<sup>13</sup>. A aproximação, aqui, é ainda maior, vez que a hipossuficiência é a

tônica, revelando um vínculo diagonal entre as partes, pouco destoante do que sucede na pretensão punitiva.

Perante tal sistemática, é plenamente possível ultrapassar a aparente falta de normatividade para a tese defendida. Realisticamente, a densidade que se espera dos princípios constitucionais deve, no Direito Penal, se dar de maneira facilitada e direta. Uma pseudoresistência, baseada no princípio da legalidade penal, seria carente de fundamento: o ditame não é *nullum beneficium sine lege*.

A importação integrativa dos referidos comandos para a relação entre o particular e o Poder Público, em última análise, ajuda a preencher o ordenamento, em suas aparentes lacunas<sup>14</sup>, consistindo em autêntico *argumentum a simili*<sup>15</sup>. Há, inclusive, argumento positivo para tal, na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 4º<sup>16</sup>.

Não se trata, de certeza, nem de interpretação analógica nem de interpretação extensiva, mas de cristalina analogia, uma vez que absolutamente inexistente norma específica para o caso em questão, qual seja, a maneira de compensação da prisão ilegal *in natura*.

Finalizando estas breves linhas acerca dos fundamentos principiológicos que robustecem a tese, é valioso trazer à baila os princípios da humanidade e da dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>, fundamentos da República e, como tal, de qualquer atividade pelo Estado praticada<sup>18</sup>. Compensar a ilicitude cometida, antecipando a reintegração social do condenado, nada mais é do que densificá-lo.

### **3. Fundamentos legais**

Aparentemente contrariando o tópico anterior, passa-se à avaliação positiva da existência de amparo legal para a devolução em dobro pretendida.

Não será possível abrir mão da analogia explicitada acima, mas pode-se reconhecer que o ordenamento permite, em alguma medida menos direta, que o juiz reduza a pena, diante de circunstâncias que, a seu ver, justifiquem tal atuar. Falamos do art. 66 do Código Penal.

A referida cláusula permissiva da atenuação genérica da punição não é exclusiva do sistema pátrio. Na realidade, encontramos sem dificuldade comandos análogos nos códigos italiano<sup>19</sup> e português<sup>20</sup> (enquanto outros países, como na Argentina, não há previsão genérica<sup>21</sup>).

Trata-se de um dos comandos mais desconsiderados em matéria de dosimetria da pena. É praticamente folclórica sua aplicação, o que é motivo de consternação para a Defesa, deixando de serem levados em conta um enorme número de aspectos, saindo a frieza dos autos em direção à realidade concreta do apenado. Em nosso ordenamento, aliás, o magistrado pode implementar a diminuição que considerar pertinente<sup>22</sup> – o que significa dizer que encontraríamos, aqui, uma autorização legal para uma espécie de perdão judicial *sui generis*, aplicável a todos os delitos.

Existe, na combinação do referido instituto, com o dever de motivação oriundo do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, um inegável ônus argumentativo para o magistrado, cabendo-lhe se pronunciar acerca de todas as circunstâncias do caso concreto que se afigurem relevantes, especialmente aquelas mencionadas pelas alegações defensivas. Nessa linha, por exemplo, já entendeu a Corte de Cassação italiana<sup>23</sup>.

Exemplos clássicos na doutrina mais garantista de teses cabíveis no instrumento em comento são a cocalpabilidade<sup>24-25</sup>, com inegável caráter de valoração compensatória<sup>26</sup>, ou mesmo a reincidência<sup>27</sup>.

Nada mais razoável do que inserir também o tempo ilegalmente preso (ou até hipóteses menores de restrição da liberdade, com medidas alternativas mal deferidas), como circunstância apta a diminuir a retribuição da sentença vindoura, na razão proposta neste trabalho (isto é, dois dias diminuídos a cada dia erroneamente acautelado). Existe essa margem na lei para que o juiz assim atue.

Outro dispositivo que pode ser trazido em reforço é o art. 387 § 2º do Código de Processo Penal<sup>28</sup>. Com sua adição, na reforma de 2012<sup>29</sup>, o juiz de conhecimento, ao prolatar sentença, deverá levar em conta o tempo provisoriamente preso para fins de fixação de regime inicial. A rigor, não se diz como será feito o cômputo mencionado (o que, aliás, vem gerando considerável celeuma doutrinária e pretoriana), permitindo que o pedido se faça já nos moldes aqui defendidos.

É interessante mencionar, nessa seção, que existem projetos de lei a respeito da matéria. Veja-se o PLS 513/2013, que visa reformar a normativa da execução penal, incluindo, entre outros, o art. 186-A<sup>30</sup>, positivando o instituto de detração compensatória. Caso aprovado, o desvio de execução consistente em cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o contido no título executivo implicará em dois dias a menos de pena (caso condenado ao regime semiaberto) e três dias, se dessesse estar acautelado em regime aberto.

No mesmo ímpeto legislativo, resta vedada a superlotação (como se o amplo rol de garantias constitucionais já não bastasse para extrair tão óbvia conclusão), impondo-se que se realizem mutirões carcerários quando for atingido o número máximo de reclusos em um estabelecimento, bem como se abrandem os requisitos para a progressão e outros “benefícios”<sup>31</sup>, positivando o princípio do *numerus clausus*<sup>32</sup>.

Além disso, vale lembrar que, em sobrevindo ilegal prisão, o próprio constituinte já desenhou a resposta, no art. 5º, inciso LXXV da Carta Constitucional formalmente em vigor: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Por óbvio, uma leitura inicial do dispositivo leva a crer que se destinaria apenas aqueles que, após cumprirem sua condenação criminal, permanecem reclusos, sem título executivo algum. Seguramente que é uma interpretação segura do comando. Mas, não só.

Também em sucedendo uma custódia sem amparo normativo far-se-á jus à indenização referida. Na realidade, a *ratio* merece ampliação, sempre em favor do

particular: o direito de liberdade é dos mais basilares em quase todo ordenamento, especificamente no Ocidente, e não pode ser descartado de maneira irresponsável. É o próprio *caput* do art. 5º que, após enunciar o direito à vida, estampa com protagonismo essa conquista liberal.

Assim sendo, a atuação estatal negligente, nesse aspecto, justifica a extensão da indenizabilidade, abarcando também casos em que a ilícita restrição ao “ir e vir” acontece de forma incidental ao processo de conhecimento, não ao seu cabo. Nada mais lógico, na realidade: se há dano, nexo causal e culpa, deve haver reparação.

Importa concluir, portanto, que, antes de afastar a tese, a legislação vigente a alberga, através dos referidos comandos autorizadores para o órgão decisório.

#### **4. Atual estágio jurisprudencial**

Venturosamente, os tribunais pátrios, notadamente o Supremo Tribunal Federal, vêm bem compreendendo o estado do sistema penitenciário. Percepção essa que é condição *sine qua non* para um julgamento mais atento à realidade fática, em especial da população mais vulnerável.

Recentemente, nossa corte de vértice teve a oportunidade de decidir reiteradamente sobre temas atinentes à execução da pena, não tanto como fenômeno jurídico, senão como mazela social. Ninguém consegue negar que vivemos um autêntico e inegável estado de coisas *inconstitucional*<sup>33</sup>, conforme reconhecido no ainda em curso julgamento da ADPF 347 pela própria Suprema Corte.

Na petição inicial<sup>34</sup>, traziam-se alguns pedidos cautelares bastante pragmáticos, como, por exemplo, a motivação expressa por parte do magistrado ao afastar uma cautelar diversa da prisão, a obrigação de priorizar a aplicação de penas restritivas de direitos, a possibilidade de abrandamento dos prazos para reconhecimento dos direitos subjetivos do apenado no curso da execução penal e, o mais relevante para os fins desta reflexão, o reconhecimento do poder-dever do juiz ao abater do tempo de pena total aquele já cumprido em condições mais gravosas do que a lei autoriza. Embora em sede cautelar a decisão do colegiado tenha se revelado tímida, a unânime percepção da conjuntura estrutural, com amplo debate acerca da angústia que esta gera, é um passo à frente.

No tocante à corriqueira ausência de vagas no estabelecimento penal adequadamente previsto no título condenatório, mencione-se o Recurso Especial 641.320/RS, decidido em sede de Repercussão Geral<sup>35</sup>. Atentou-se, com excelência, que “por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada” e que “não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade”<sup>36</sup>.

Seguindo a mesma linha, encontra-se pendente de (mais do que provável) aprovação a proposta de súmula vinculante número 56 (“A falta de estabelecimento penal

adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”), abeirando-se eficácia *erga omnes* e vinculante ao entendimento.

Ainda mais próximo à tese defendida neste trabalho está o Recurso Extraordinário 580.252/MS, especificamente o excepcional voto-vista do Ministro Luis Roberto Barroso. No centro do debate está a indenizabilidade dos danos morais sofridos pelo preso ante a superlotação e as condições assombrosas do encarceramento pelos quais passou. O tribunal entendeu, também na sistemática da Repercussão Geral, pela evidente possibilidade de reparação, mas o mencionado ministro foi além.

Percebendo que o mero implemento da compensação pecuniária não bastaria para garantir perfeita solução e, antes disso, poderia conduzir o atualmente moribundo Estado à ruína financeira. Dessa maneira, como sustentado neste artigo, apenas subsidiariamente a indenização se daria em dinheiro<sup>37</sup>.

Lamentável, entretanto, o parâmetro adotado pelo *decisum*: remição de um dia de pena a cada três a sete dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana. Dois pontos são muito questionáveis.

O primeiro: a própria proporção. Se, para o trabalho e o estudo, a lei estabelece a relação de um dia remido a cada três de atividade, como entender que para a sobrevivência em situação degradante haja necessidade de mais? O princípio da proporcionalidade, em seu viés estrito (regra da ponderação), indicaria solução exatamente oposta. Isso porque, entre trabalhar ou estudar e ver seus direitos rasgados parece existir claramorosa preferência, de qualquer ser racional, por uma daquelas duas atividades.

Ou seja, em linhas simples: se é melhor trabalhar ou estudar, como podem esses afazeres exigirem menos para a compensação do que as condições atentatórias? O correto seria adotar parâmetro mais benéfico neste último caso, exigindo-se menos do que os três dias adotados pelo legislador no art. 127 da Lei de Execuções Penais. Na pior das hipóteses, seria a razão de um dia remido a cada dois vividos nas masmorras do sistema prisional. Tal seria a saída mais técnica, a rigor.

Ademais, também soa criticável ignorar os parâmetros legais existentes no ordenamento<sup>38</sup>, como defendido no item 2 deste trabalho. Novamente, pecou o Supremo na proporcionalidade: se um consumidor pode receber em dobro o que pagou por cobrança indevida, o que se poderia dizer de um apenado?

O segundo aspecto diz respeito ao próprio *gap* deixado pela tese: como determinar a necessidade entre os três ou os sete dias em condições atentatórias? Existiria uma tabela, levando em consideração o número de companheiros na cela, o nível do fedor, a frequência com que se tem acesso à água, a temperatura dos galpões?

Não bastaria o princípio do *favor rei* para indicar, sempre, a exigência mínima – que, como afirmado, já é mais do que elevada? Totalmente absurdos, por tudo isso, os parâmetros apresentados.

De todo modo, há que se aplaudir o estágio alcançado pela jurisprudência de topo brasileira. Seguramente, há margem para a implementação da construção ora defendida, bem como tantas outras cotidianamente sustentadas pela Defesa técnica.

## 5. Aspectos práticos

### 5.1 *Hipóteses autorizadoras da compensação em dobro*

Cumpre, de modo a trazer a tese para a prática corrente de tantos defensores – públicos ou privados –, elencar, exemplificativamente, casos em que soa recomendável levantar a presente tese.

Diz-se que o rol é aberto porque qualquer violação de direitos é capaz de tornar uma prisão ilegal. E, em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é um bem dos mais preciosos (apenas o direito à vida lhe é superior), sendo possível sua constrição tão somente na medida permitida pela lei, em sentido material, cujo descumprimento é sinônimo da ilicitude do acautelamento.

Portanto, não apenas quando existirem parâmetros objetivos para o tempo de prisão (aspecto quantitativo dos abusos) terá incidência a tese, mas também quando o título prisional estiver corrompido no cotejo com as exigências do próprio ordenamento (aspecto qualitativo da abusividade).

Como exemplos de vícios quantitativos, podemos mencionar, inicialmente, os prazos legalmente previstos. É o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, em se tratando de ato infracional que autorize internação provisória, onde há dilação máxima de quarenta e cinco dias, prevista no artigo 108<sup>39</sup>, pacificamente compreendido como improrrogável<sup>40</sup>.

Na mesma linha, os limites temporais para a prisão temporária, que ostenta natureza autofágica, conforme o art. 2º, parágrafo 7º da Lei nº 7.960/89<sup>41</sup>.

Na realidade, qualquer demora de natureza administrativa, burocrática, na liberação do preso com alvará de soltura expedido, autoriza a compensação *in natura*, no mesmo processo ou em outro ao qual eventualmente também responda, caso sobrevenha condenação. O mosaico aqui perfaz-se com o art. 37, parágrafo 6º da própria Constituição. Na realidade, como observado *supra*<sup>42</sup>, tal foi a *ratio* da edição da Lei nº 12.736/12, ao inserir o art. 387, parágrafo 2º, no Código de Processo Penal.

Não deixa de constituir prazo objetivo a decretação de prisão preventiva para assegurar a instrução criminal, uma vez que esta tem prazo para encerrar, seja adotando-se os números eventualmente previstos em leis específicas<sup>43</sup>, seja no aguardo da oitiva das testemunhas supostamente ameaçadas ou do interrogatório do réu, na pior das hipóteses. Jamais depois disso.

Do mesmo modo, as alegações de excesso de prazo acolhidas pelo órgão julgador superior, por meio de relaxamento de prisões provisórias ilegais. Antes que se

argumente que tal entender geraria enorme impacto nos processos, é fulcral ter em mente que os juízes de piso devem ostentar maior consciência e prudência ao decretar custódias preventivas, bem como ao deferir diligências probatórias por parte da acusação, mesmo tendo sido esta negligente, quando poderia ter providenciado as provas anteriormente, se levasse a sério o caráter da *ultima ratio* da prisão.

Partindo para hipóteses de vícios qualitativos dos decretos prisionais, encontramos as decisões carentes de motivação adequada. Na realidade, o moderno estágio do Direito Processual Contemporâneo, inaugurado pelo novo diploma processual civil, deve se refletir também no processo penal. Isso porque, antes de extinguir o livre convencimento motivado, o novo Código de Processo Civil parece tê-lo inaugurado, ou ao menos delineado, no art. 489, parágrafo 1º<sup>44</sup>.

O dispositivo, que nada mais faz do que explicitar o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da Constituição Federal), é prontamente aplicável nos feitos criminais, constituindo autêntica garantia do cidadão (no caso, o acusado), e não liberdade do magistrado. Tanto assim que o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, enviou ofício ao Advogado Geral da União, com projeto de modificação do diploma processual penal, filiando-o à jurisprudência constitucional, de maneira a tornar cada vez mais excepcional a prisão anterior ao trânsito em julgado<sup>45</sup>.

De qualquer maneira, mesmo hoje se pode sustentar que a não aplicação das cautelares diversas da prisão cabíveis, cujo uso é prioritário, eivaria de nulidade o decreto prisional, conforme ditame do artigo 282, parágrafo 6º do Código de Processo Penal<sup>46</sup>.

Já no bojo da execução definitiva da pena, qualquer desvio de execução mereceria a devolução em dobro do tempo em que a prisão revelou-se mais gravosa do que o autorizado pela coisa julgada. É o que se batizou de detração compensatória<sup>47</sup>. Diante da atual conjectura dramática do sistema penitenciário, pode-se sustentar esse raciocínio para qualquer custódia.

Um avanço nesse sentido foi o decreto de indulto de 2015, que previu nova hipótese de incidência para aqueles que tenham sido vítima do crime de tortura<sup>48</sup>. É possível sustentar a ilegalidade da prisão *in toto*, quando suceder tortura por sua ocasião, lançando mão de analogia do artigo 15 da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes da ONU (1984), que eiva de nulidade qualquer prova obtida por esses meios escusos<sup>49</sup>.

Seguramente, não terminam por aí os casos de ilegalidades de prisões. Contudo, tais espécies, elencadas nesse primeiro momento, possibilitam ter em mente o amplitude do tema e sua abrangência.

## **5.2 Instrumentos hábeis para o pleito e órgãos competentes para a apreciação**

Último aspecto prático a merecer atenção diz respeito à maneira de realizar o pedido cuja procedência se defende. Diversos momentos processuais ensejarão meios diferentes.

Em se tratando de feito ainda não sentenciado, advindo a ilicitude da própria custódia cautelar, caberá ao próprio juiz de conhecimento realizar a compensação, sempre em dobro, quando da sentença. Tal permissão é extraída do artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 42 do próprio diploma repressor.

Por outro lado, em sendo o caso de cumprimento definitivo de pena, o pedido, também por simples petição, deverá ser dirigido ao juiz da execução, conforme artigo 66, III, c (detração e remição da pena), e VI (zelar pelo correto cumprimento da pena) da Lei de Execuções Penais<sup>50</sup>.

Não há impedimento, ainda, para que o Tribunal determine a referida compensação, ao analisar *habeas corpus*, concedendo a ordem, mesmo que de ofício (art. 654, parágrafo 2º do Código de Processo Penal). Afinal, trata-se de matéria de direito, por mais que haja necessidade de mediata análise fática, que, por ser notável e inquestionável, dispensa dilação probatória.

## 6. Conclusões

Encerrado este breve trabalho, conclui-se pela completa aplicabilidade da tese no ordenamento pátrio atual. Em linhas gerais, foram abordados os seguintes aspectos:

1. Os fundamentos principiológicos para a compensação em dobro, notadamente o princípio da legalidade, que, por não proibir, autoriza sua implantação; o princípio da humanidade, frontalmente violado diuturnamente pelo atual sistema carcerário brasileiro; e o princípio da individualização da pena, que é homenageado pela devolução em dobro, garantindo correta reprimenda penal.
2. Os fundamentos legais, especialmente o art. 66 do Código Penal, que permite que o magistrado, mais próximo às peculiaridades do caso concreto, reduza o *quantum* de pena a um patamar justo, bem como a garantia constitucional da indenização pelo tempo preso além do fixado na sentença.
3. A menção ao atual estado de compreensão da jurisprudência nacional, fundamentalmente do Supremo Tribunal Federal, acerca da temática social e estrutural da execução penal, em sede de Recursos Extraordinários decididos na sistemática da Repercussão Geral.
4. Aspectos práticos referentes à tese, como diversas hipóteses em concreto nas quais sua implementação se mostraria recomendável, como forma, inclusive, pedagógica, no sentido de conscientizar os juízes e promotores de justiça do caráter de *ultima ratio* ostentado pela prisão, e também os instrumentos hábeis a provocar os órgãos competentes para decidir acerca da devolução em dobro.

A bem da verdade, o mais correto seria chamar a tese de compensação em dobro, afastando o termo “devolução”, ante as peculiaridades dos direitos ofendidos. Afinal de contas, no Direito Penal, cada minuto tomado à força pelo Estado jamais será devolvido ao particular, no sentido próprio da palavra. Optou-se por apelidá-lo, ainda no título deste trabalho, com o mesmo *nome iuris* utilizado pelo Direito Civil e pelo Direito do Consumidor, como forma de demonstrar a correção da lição segundo a qual quem pode o mais, pode o menos.

Fundamental é perceber que, na tarefa cotidiana de Defensor público, em uma dinâmica unidirecional como a verificada, diversas soluções, todas elas autorizadas pelo ordenamento jurídico, são construídas. Esta última, cujas linhas gerais tentou-se traçar, consiste na importação do brocado latino do *dum pendet, rendet* para o Direito Processual Penal. Oxalá, tenha sido suficientemente convincente.

## 7. Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERVINI, Raúl. El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana. In: *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano 24, nº 25, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana? In: BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México: Fontamara, 2006.

MELLO, Marco Aurélio. Congresso atropela legislação ao não pagar supersalários. *Consultor Jurídico*, 27 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/marco-aurelio-congresso-atropela-legislacao-nao-pagar-supersalarios>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 31<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. Revista Liberdades. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4<sup>a</sup> ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SAVIGNY, F. C. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Utet, 1886, vol.1, seção 42.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: volume 1: parte geral. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## Notas

1. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Privado (Ucam). Mestre em Direito Processual (Uerj).
2. MELLO, Marco Aurélio. Congresso atropela legislação ao não pagar supersalários. *Consultor Jurídico*, 27 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/marco-aurelio-congresso-atropela-legislacao-nao-pagar-supersalarios>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
3. Logicamente, os princípios constitucionais não foram inaugurados em 1988, mas indubitablemente revestiram-se de especial protagonismo. Buscando garantir à tese um aspecto pragmático, leva-se em conta o atual estágio do ordenamento.
4. “Esse preceito, ao incidir sobre o Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Donde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delitosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito”. FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997, p. 222-223.
5. Por vezes, contudo, o referido princípio é muito mal compreendido, como ocorreu no julgamento, pelo Plenário do Supremo, do EP 12 ProgReg-AgR/DF, em que se “criou” um novo requisito para a progressão de regime: o adimplemento da multa imposta na condenação, ao arrepião das exigências do artigo 112 da LEP.
6. A título de exemplo, veja-se o artigo 88 da Lei nº 7.210/1984: “Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados)”.
7. Verificam-se disposições descumpridas nos mais diversos instrumentos protetivos internacionalmente confeccionados, como as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos da ONU (1955); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); Conjunto de Princípios para a Proteção de todas

as Pessoas Submetidas a qualquer Forma de Detenção ou Prisão (1988); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU (Resolução 39/46, adotada pela ONU em 1984 e ratificada pelo Brasil em 1989); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, da OEA (1985); Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (Resolução da ONU nº 45/111, de 1990); Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (Resolução da ONU n. 47/133, de 1992); Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok – 2010).

8. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana?”. In: BULYGIN, E. *El positivismo jurídico*. México: Fontamara, 2006, p. 47.
9. “Este axioma consiste na essencial tutela do indivíduo mediante possíveis iniquidades do Poder Judiciário, demandando, em última análise, que a atuação discricionária do magistrado jamais se dê em desfavor do sentenciado. A ausência ou obscuridade de contornos legais a determinados critérios de medição da pena não podem ser supridos pelo aplicador de forma gravosa, mas tão somente de modo tendente à minimização da afetação (violência seletiva) destinada ao acusado, por ser este o dever jurídico constitucional imposto pela Constituição e assegurado pela legalidade”. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da Pena: limites, princípios e novos parâmetros*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75-76.
10. “A índole administrativa pressuporia, pois, que a execução não poderia nunca pertencer ao direito processual penal: este terminaria com o trânsito em julgado da sentença.” CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 164.
11. “Sublinhamos, novamente, a necessidade de se considerar todo ramo do Direito como espécie de um gênero comum. Antes, de ser adjetivo, público, privado, penal, civil, o conjunto de normas expressa o substantivo Direito. Assim, cada ramo do Direito Positivo, além de possuir caracteres próprios, participa das propriedades inerentes à árvore jurídica”. NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 349.
12. “Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas (...), ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado”.
13. “Art. 42. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.
14. “De fato, o que procuramos estabelecer é sempre a unidade: a unidade negativa com a eliminação das contradições: a unidade positiva como preenchimento das lacunas”. SAVIGNY, F. C. *Sistema del diritto romano attuale*. Torino: Utet, 1886. v.1, seção 42, p. 267.
15. “A decisão sobre a semelhança dos casos cabe ao intérprete. E, sendo assim, cabe ao intérprete decidir se, em caso de lacuna, ele deve aplicar a norma geral exclusiva, e, portanto, excluir o caso não previsto pela disciplina do caso previsto, ou aplicar a norma geral inclusiva, e, portanto, incluir o caso não previsto na disciplina do caso previsto. Na primeira hipótese diz-se que usa o *argumentum a contrario*; na segunda, o *argumentum a simili*.” BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 278.
16. Assim reza o Decreto-Lei nº 4.657/42: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.
17. “La dignidad del hombre radica: a) en que posee la luz del entendimiento y la capacidad de distinguir y de elegir; ello, por ser un ser éticamente libre, y b) en su sociabilidad, la

capacidad de libre vinculación al orden ético social de la comunidad. Esa dignidad corresponde, de modo igual, a todos los hombres, tanto a aquel que consideramos respetuoso de la ley como al que decidiera apartarse por completo de la comunidad, vivir al margen de la sociedad e incluso oponerse frontalmente al orden de esta. No existe razón para negar que una decisión semejante sea expresión de un hombre éticamente libre. Estos sujetos 'disidentes', 'afuncionales', deben también ser reconocidos como personas responsables y tratados como tales, es decir, de acuerdo a su intrínseca dignidad humana". CERVINI, Raúl. "El derecho penal del enemigo y la inexcusável vigencia del principio de la dignidad de la persona humana". *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, ano 24, nº 25, p. 96, 2012.

18. "Argumento decisivo contra a falta de humanidade das penas é, ao contrário, o princípio moral do respeito à pessoa humana, enunciado por Beccaria e por Kant com a máxima de que cada homem, e por conseguinte também o condenado, não deve ser tratado nunca como um 'meio' ou 'coisa', senão sempre como 'fim' ou 'pessoa'. Não é só, e, sobretudo, não é tanto por razões econômicas, senão por razões morais ligadas àquele princípio, quaisquer que sejam as vantagens ou desvantagens que dele possam derivar, que a pena não deve ser cruel nem desumana; e os princípios são tais precisamente porque não se aderem ao que em cada caso convenha. Isso quer dizer que, acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que este argumento tem um caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes". FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 318.
19. "Art. 62 bis: Attenuanti generiche – Il giudice, indipendentemente dalle circostanze prevedute nell'art. 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate, in ogni caso, ai fini della applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62".
20. Merece destaque a possibilidade de a circunstância suceder ao crime, como no nosso art. 66: "Artigo 72. Atenuação especial da pena 1 – O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena. 2 – Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes: a) Ter o agente actuado sob a influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência; b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida; c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados; d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta.

3 – Só pode ser tomada em conta uma única vez a circunstância que, por si mesma ou conjuntamente com outras circunstâncias, der lugar simultaneamente a uma atenuação especialmente prevista na lei e à prevista neste artigo”.

21. Não há propriamente uma atenuante genérica, mas uma espécie de homicídio privilegiado apto a afastar a prisão perpétua do art. 80, em seu parágrafo 12: “Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º. Cuando en el caso del inciso 1º de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima”.
22. Note-se que, por expressa previsão legal, na Itália a diminuição advinda das atenuantes como um todo só pode reduzir a pena até o máximo de 1/3.
23. “La sentenza di primo grado aveva infatti negato la concessione delle attenuanti generiche in applicazione del nuovo testo dell’art. 62 bis cod. pen. La difesa aveva proposto appello su questo punto, eccependo che la decisione del giudice di primo grado era erronea perché la nuova formulazione del terzo comma dell’art. 62 bis cp (che impedisce di prendere in considerazione la sola incensuratezza dell’imputato), entrata in vigore dopo il fatto per cui è processo, non era applicabile nella specie. Aveva anche ricordato che la meritevolezza, o meno, delle generiche non può mai essere data per scontata o per presunta, sì da dar luogo all’obbligo per il giudice, ove ritenga di escluderla, l’imputato ficcarne sotto ogni possibile profilo l’affermata insussistenza. Inoltre, sempre con l’atto di appello, la difesa aveva diffusamente evidenziato tutte le ragioni e gli specifici elementi che, a suo parere, imponevano la concessione delle attenuanti generiche” (Corte di Cassazione, sezione III Penale

Sentenza 27 gennaio – 23 febbraio 2015, n. 7914. Disponível em: <<http://www.sentence-cassazione.com/sentence-cassazione-2015/testo-sentenza-meritevolezza-attenuanti-generiche-adequata-motivazione>>. Acesso em: 22 ago. 2016).

24. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*, vol. 1: parte geral. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.715.
25. O Superior Tribunal de Justiça reconhece que a atenuante genérico não se limita à hipótese de cumplicabilidade: “RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CORTE A QUO QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUVE QUEBRA DE SIGILO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE INOMINADA. ART. 66 DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RESTRINGIU SUA APLICAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE COCULPABILIDADE. ATENUANTE ABERTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA RELEVANTE PELO JULGADOR. ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME E AINDA QUE NÃO PREVISTA EM LEI. DOUTRINA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. ATENUANTE FACULTATIVA. 1. Tendo concluído o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, que o recorrente não teve o seu sigilo bancário quebrado e que as irregularidades constatadas advieram da análise de relatórios pertencentes à Caixa Econômica Federal, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. 2. Ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui

arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante. 3. De maneira oposta ao que acontece com as agravantes, que devem obediência ao princípio da taxatividade e que não podem ser interpretadas extensivamente em prejuízo do réu, as circunstâncias atenuantes, por serem aplicadas em benefício do réu, permitem a construção de textos genéricos que deem liberdade para que o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto, reduza a pena do réu, de forma que melhor atenda ao princípio da individualização da pena. 4. Apesar de reconhecer que a citada atenuante inominada não está vinculada à teoria da cocalpabilidade, não perfilho do entendimento do recorrente de que ela seja obrigatoria, uma vez que o julgador deverá analisar o caso concreto e verificar se a circunstância é relevante in casu, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena. 5. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1394233/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 16/05/2016).

26. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2005. p. 266.
27. ZAFFARONI; PIERANGELI. Op. cit., p. 716.
28. “Art. 387. § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.
29. A exposição de motivos da lei reformadora, aliás, é um bom exemplo de hipótese de aplicação da compensação proposta: “(3) Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida. (4) Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair a pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente. (5) Atualmente, o Código Penal em seu art. 42, expressamente prevê que será computada na pena privativa de liberdade o tempo de prisão provisória, administrativa e o de internação no Brasil e no estrangeiro sendo necessário que tal previsão, também conste no Código de Processo Penal. (6) O que se almeja no presente projeto, portanto, é que o abatimento da pena cumprida provisoriamente possa ser aplicada, também, pelo juiz do processo de conhecimento que exarar a sentença condenatória conferindo maior celeridade e racionalidade ao sistema de justiça criminal, evitando a permanência da pessoa presa em regime que já não mais corresponde à sua situação jurídica concreta”.
30. “Art. 186-A (inclusão). Nos casos em que o cumprimento da pena se der em regime diverso daquele fixado na sentença, o condenado terá direito a uma detração compensatória pelo desvio de execução sofrido na proporção de 2 (dois) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do semiaberto, e 3 (três) dias de efetivo cumprimento de pena a cada dia em que permanecer em regime diverso do aberto”. O quadro comparativo com a atual Lei nº 7.210/84 está disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=147821&c=RTF&tp=1>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

31. “Art. 114-A (inclusão). É vedada a acomodação de presos nos estabelecimentos penais em número superior à sua capacidade. § 1º Sempre que atingido o limite será realizado multíão carcerário pela Corregedoria respectiva. § 2º Havendo preso além da capacidade do estabelecimento o Juízo de Execução deverá antecipar a concessão de benefícios aos presos cujo requisito temporal esteja mais próximo”.
32. Para ímpar lição sobre o tema, ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. “Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*”. *Revista Liberdades*. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº15, p. 104-120, São Paulo, jan.-abr. 2014.
33. O termo é inspirado nas decisões da Corte Constitucional da Colômbia, nas sentencias SU-559, de 6/11/1997, T-068, de 5 de março de 1998, SU-250, de 26/5/1998, T-590, de 20/10/1998, T-525, de 23/7/1999, todas elas reveladoras de violações estruturais a direitos fundamentais cuja solução demandaria um esforço conjunto de diversos setores e dos três poderes, e que, se a solução fosse buscada no Judiciário, seria capaz de sufocá-lo.
34. Página 69 da petição inicial, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher.jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4783560>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
35. Na ocasião, o Pretório Excelso fixou a seguinte tese: “a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como ‘colônia agrícola, industrial’ (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto; art. 33, § 1º, alíneas ‘b’ e ‘c’); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida prisão domiciliar ao sentenciado”.
36. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 38. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310034651&ctipoApp=.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
37. A seguinte tese restou afirmada, em Repercussão Geral: “O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para resarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente”.
38. Também o direito alienígena traz melhor parametricidade. Cite-se o art. 24 do Código Penal da Argentina: “La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco”.

39. “Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias”.
40. Veja-se, por exemplo, no Superior Tribunal de Justiça, o HC 192.563/ES, e, no Supremo Tribunal Federal, o HC 93.784/PI.
41. “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. § 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva”.
42. Ver nota 29.
43. Em mais um juízo de proporcionalidade, é razoável entender que o parâmetro positivado pela Lei 12.850/13, em seu artigo 22, parágrafo único (“A instrução criminal deverá ser encerrada em prazo razoável, o qual não poderá exceder a 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período, por decisão fundamentada, devidamente motivada pela complexidade da causa ou por fato procrastinatório atribuível ao réu”), pode ser erigido ao *status* de regra geral. Afinal, os crimes tratados pela norma específica revestem-se de inegável maior reprovabilidade.
44. “Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.
45. O artigo 310 passaria a ter, como parágrafo 2º, o seguinte comando: “A prisão preventiva sómente poderá ser decretada depois de afastada, fundamentadamente, a possibilidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Oficio00152014GP.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
46. “Art. 282. § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.
47. Como mencionado no item 3, existe projeto de lei buscando sua positivação (PLS 513/13).
48. “Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: XIX – condenadas a pena privativa de liberdade que, até 25 de dezembro de 2015, tenham sido vítimas de tortura, nos termos da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, com decisão transitada em julgado, praticada por agente público ou investido em função pública no curso do cumprimento da sua privação de liberdade”.
49. “Artigo 15 – Cada Estado-partes assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada”.
50. Como, aliás, foi reconhecido pelo Supremo, na tese fixada no RE 580.252/MS.



# **Absolvição do réu ou cassação da sentença: a ordem de apreciação e de exposição das matérias em sede de apelação no processo penal**

## **Acquittal of defendant or cassation of the verdict: the sequences of appreciation and exposition in procedures of criminal appeal**

William Akerman Gomes<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo cuida da ordem de apreciação dos erros de julgamento e de procedimento no âmbito da apelação criminal, que não tem sido observada na prática dos Tribunais e nos gabaritos dos concursos públicos, bem como da sequência em que tais matérias devem ser apontadas pela defesa técnica em seu recurso.

**ABSTRACT:** This paper addresses the order in which errors of judgment and procedure should be considered in criminal appeal. The instructions have been neglected by courts, public exams templates, as well as by technical defense in its appeals.

**PALAVRAS-CHAVE:** Apelação. Criminal. Ordem. Apreciação. Absolvição. Nulidades.

**KEYWORDS:** Appeal. Criminal. Order. Appreciation. Absolution. Nullities.

### **1. Introdução**

A prática dos tribunais no que tange à análise dos recursos<sup>2</sup> em sede processual penal tem sido marcada, a nosso sentir, por um desvio de perspectiva.

À revelia de diversas lições de Direito Processual Penal, já tão difundidas e compreendidas, e da própria – e questionável – teoria geral do processo, os tribunais, ao julgarem recursos em face de sentenças ou mesmo de acórdãos que se pronunciam sobre o mérito da demanda penal, insistem em denominar de *preliminares matérias atinentes aos vícios de procedimentos verificados ao longo do trâmite processual*.

E – o que é mais importante e grave – insistem em apreciar tais questões antes de decidirem acerca da *absolvição<sup>3</sup>* do réu, mesmo quando os vícios de procedimento foram suscitados pela própria defesa<sup>4</sup>.

Por outro lado, do mesmo mal parece padecer a *atuação da defesa técnica em sede recursal*, que, ao combater as sentenças e acórdãos, com frequência suscita, em *primeiro lugar*, as matérias de cunho processual, relacionadas aos *erros de procedimento* verificados, designando-as também de *preliminares*. Apenas *a seguir*, adentrando ao que, de forma restritiva, denomina de “mérito” do recurso, expõe as razões pelas quais pretende

*a absolvição do acusado*, o que, pelos motivos adiante articulados, constitui evidente inversão da correta ordem de apresentação das matérias.

Na gênese desse fenômeno, poder-se-ia identificar uma conjunção de fatores, desde a forma como o ensino do Direito Processual Penal está moldado nos cursos de graduação, partindo sempre da teoria geral do processo – que nem sempre encontra o vértice comum a todas as searas –, até o modo como estruturado o Poder Judiciário nacional – já que os juízes acabam por reproduzir no tribunal o raciocínio desenvolvido ao longo de anos de carreira em primeiro grau de jurisdição.

Em meio a isso, também ganha relevo a maneira como as bancas de concursos têm formulado as questões e estabelecido os seus gabaritos<sup>5</sup>, reafirmando e difundindo o desvio óptico a nosso juízo existente.

Não pretendendo atacar as causas do fenômeno, mas tão somente lançar luzes sobre o tema, debruçamo-nos, doravante, sobre o verdadeiro objeto do presente ensaio: *a correção da ordem de apreciação das questões submetidas ao tribunal havendo recurso de quaisquer das partes, bem como da ordem de exposição das matérias nos apelos da defesa técnica*.

## **2. As questões preliminares e o mérito do recurso na prática dos tribunais e nos gabaritos dos concursos**

Malgrado seja tão conhecida quanto irretocável a lição de que *o mérito do recurso não se confunde com o mérito do processo*<sup>6</sup> e, por conseguinte, de que *as questões que funcionam como preliminares no processo não mantêm essa característica em sede recursal*, a ausência de rigor na aplicação de tais conceitos causa relevantes distorções e graves prejuízos na seara processual penal.

No estado atual da ciência processual, é indiscutível a noção de que *as preliminares recursais dizem respeito apenas aos seus requisitos de admissibilidade. Todo o mais diz respeito ao mérito do recurso ou às questões de ordem pública, conhecíveis de ofício pelo órgão julgador*.

Colhendo as sempre preciosas lições do ilustre mestre Barbosa Moreira, dessa vez sobre a relação de preliminariedade, perfeitamente aplicáveis ao processo penal, tem-se o seguinte:

Cabendo a qualificação de “prejudiciais” às questões de cuja solução dependa o teor ou o conteúdo da solução de outras, reservar-se-á a expressão “questões preliminares” para aquelas de cuja solução vá depender a de outras, não no seu *modo de ser*, mas no seu próprio *ser*; isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento à solução de outras, *sem influírem, no segundo caso, no sentido em que estas outras hão de ser resolvidas*<sup>7</sup>.

Sublinhe-se, por fundamental, que, a fim de classificar as questões como preliminares, debruçou-se o renomado jurista sobre a *relação* entre elas existente *em dado contexto processual*, e não sobre as suas características intrínsecas, porquanto sua categorização variará conforme se alterem as configurações de tais *relações*.

Assim, por preliminar, devem-se entender as questões prévias (ditas subordinantes) que, *em dado contexto processual*, condicionam a apreciação de outra posterior (ditas subordinadas), mas cuja decisão não influencia no teor da decisão da questão seguinte.

Nessa linha, em sede recursal, conforme já sublinhado, funcionam como preliminares tão somente os requisitos de admissibilidade. Aliás, o próprio Barbosa Moreira já assinalava tal dicotomia, consoante se extraí, entre outras obras, do famigerado artigo “Que significa ‘não conhecer’ de um recurso”:

Para bem responder à pergunta do título, deve-se começar por lembrar que o recurso – como aliás todo ato postulatório – *pode ser objeto de apreciação judicial por dois ângulos perfeitamente distintos: o da admissibilidade e o do mérito*. Ao primeiro deles, trata-se de saber se é possível dar atenção ao que o recorrente pleiteia, seja para acolher, seja para rejeitar a impugnação feita à decisão contra a qual se recorre. Ao outro, cuida-se justamente de averiguar se tal impugnação merece ser acolhida, porque o recorrente tem razão, ou rejeitada, porque não a tem. É intuitivo que à segunda etapa só se passa se e depois que, na primeira, concluiu ser admissível o recurso; sendo ele inadmissível, com a declaração de inadmissibilidade encerra-se o respectivo julgamento, sem nada acrescentar-se a respeito da substância da impugnação. *Semelhante relação entre os dois juízos permite caracterizar o primeiro como preliminar ao segundo*<sup>8</sup>.

Especificamente no Direito Processual Penal, com a costumeira precisão e no mesmo diapasão, leciona o eminentíssimo Paulo Rangel, *in verbis*:

*Preliminar no recurso é a análise dos requisitos do juízo de admissibilidade (intrínsecos e extrínsecos). Por isso falamos em admissibilidade dos recursos. É admissível o recurso? A resposta a essa pergunta é sempre preliminar à questão de mérito. Assim, depois que verificamos que o recurso é admissível, vamos analisar se o recorrente merece ou não o que pede. Ora, se o recorrente pede para o tribunal anular a sentença porque proferida por juiz incompetente e o tribunal, verificando ser o recurso admissível (juízo de admissibilidade positivo), passa a analisar o mérito, a questão da incompetência do juiz é mérito no recurso*<sup>9</sup>.

Dessa forma, ninguém duvida de que a incompetência – para utilizarmos o exemplo dado pelo professor e desembargador Paulo Rangel – funciona como preliminar no processo, mas constitui mérito do recurso.

Todavia, em vez de se partir dessa noção – de que tanto as preliminares do processo como o seu mérito estão no mesmo plano em sede recursal, já que consubstanciam o mérito do recurso –, o que se vê na prática dos tribunais e até nos gabaritos dos disputados concursos públicos é a análise pelos julgadores e a exposição nas peças recursais pela defesa técnica *primeiramente das matérias atinentes às nulidades processuais, como se questões prévias fossem, a que, inclusive, insistem em chamar de “preliminares”*, ao arrepio da dogmática processual penal.

A fim de elucidar o que ora se afirma, analisamos, de início, hipótese em que, julgando apelação que interpusemos, *requerendo – ao contrário do que rotineiramente se observa – primeiramente a absolvição do recorrente e, apenas subsidiariamente, a cassação da sentença*<sup>10</sup>, o e. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apreciou, em primeiro lugar, o pleito de anulação e, apenas a seguir, o pedido absolutório.

Em nossas razões recursais, a matéria foi apresentada observando a seguinte ordem:

## II – DA NECESSÁRIA ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA INIDONEIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS

A absolvição em razão da fragilidade do conjunto probatório trazido aos autos é medida que se impõe.

Com efeito, em momento algum, o recorrente assumiu a prática das condutas de tráfico ilícito de entorpecentes e a testemunha Andrea foi firme em afirmar que jamais vira o apelante vendendo drogas. [...]

À conta de tais fundamentos, demonstrada a inexistência de provas idôneas acerca da prática de tráfico ilícito de entorpecentes, faz-se imperiosa a absolvição da recorrente quanto ao delito do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

## III – DA NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO ACUSADO E DA INEXISTÊNCIA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DA INADEQUAÇÃO DO RITO ADOTADO

Acaso não absolvido o recorrente, do que apenas se cogita por hipótese, impõe-se a anulação do feito desde a AIJ, inclusive.

[...]

À conta de tais fundamentos, deve-se reconhecer a nulidade absoluta do processo desde o oferecimento da denúncia, por inadequação do rito adotado, em lugar do ordinário, ou, subsidiariamente, desde a audiência de instrução e julgamento, a fim de que o recorrente seja citado, a denúncia recebida e o processo retome o seu curso legal (art. 5º, LIV, da CF).

IV – DA DOSIMETRIA PENAL – DO EXCESSO NO AUMENTO OPERADO NA PRIMEIRA FASE – DA APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 À ESPÉCIE – DA NECESSÁRIA REDUÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS) EM RAZÃO DESSA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Na hipótese de se manter o édito condenatório, do que apenas se cogita à luz do princípio da eventualidade, é evidente que o aumento da pena levado a efeito na primeira fase da dosimetria mostra-se desarrazoado e excessivo [...].

E os pedidos foram formulados no apelo da maneira seguinte:

À conta do exposto, o recorrente, através da Defensoria Pública, espera e confia que o recurso será conhecido e provido, a fim de que:

1) *seja absolvido das imputações iniciais*, em razão da ausência de provas hígidas da traficância, nos termos do art. 386, VII, do CPP;

2) *subsidiariamente, seja anulado o feito desde o oferecimento da denúncia ou desde a AIJ, inclusive*, pela flagrante violação ao devido processo legal apontada acima;

3) ainda subsidiariamente, caso subsista o decreto condenatório, o que se admite à luz do princípio da eventualidade:

3.1) seja reduzido o aumento levado a efeito na primeira fase, por se mostrar excessivo;

3.2) seja realizada a redução máxima relativa à causa de diminuição domiciliada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, aplicável retroativamente à espécie;

3.3) seja fixado o regime aberto para cumprimento da reprimenda penal, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP c/c art. 387, § 2º, do CPP, c/c art. 59 do CP, ou, na pior das hipóteses, o regime semiaberto; e

3.4) seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

Todavia, mesmo diante de tal ordenação das razões e dos pedidos, o TJERJ, em acórdão cuja ementa a seguir se colaciona, manteve a tradicional sequência de apreciação das matérias ora criticada, iniciando o julgamento pela matéria atinente ao erro de procedimento e designando-a, inclusive e impropriamente, de “preliminar”:

Apelação Criminal nº 0008977-74.2006.8.19.0063 (2006.063.008.875-6)

Apelante: José Carlos de Paula Lima – D.P.

Apelado: Ministério Público/RJ.

Relator Desembargador Sidney Rosa da Silva.

APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 12 DA LEI Nº 6.368/1976 – RECURSO DEFENSIVO QUE BUSCA, EM PRELIMINAR, A NULIDADE ABSOLUTA DO FEITO POR FALTA DE CITAÇÃO, PELO NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, POR INADEQUAÇÃO DO RITO, E AINDA, PELA ILICITUDE DAS PROVAS, EIS QUE SE DERAM EM RAZÃO DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS – EM SEDE MERITÓRIA, PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO DO APELANTE TENDO EM VISTA SUA NEGATIVA DE AUTORIA, O DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA DE DEFESA, DEVENDO SER AFASTADO OS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO QUE DETÊM INTERESSE EM SUA CONDENAÇÃO – SUBSIDIARIAMENTE, REQUER O REDIMENSIONAMENTO DA PENA, COM A REDUÇÃO DA FRAÇÃO UTILIZADA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, EIS QUE EXCESSIVA; APLICAÇÃO MÁXIMA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS; FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO, OU SEMIABERTO, PARA O CUMPRIMENTO DA PENA, E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – PRELIMINARES QUE SE REJEITAM, DANDO-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO – 1. Preliminares que se rejeitam. Das peças dos autos verifica-se que foi procedida à citação do acusado por Carta Precatória, sendo posteriormente recebida a Denúncia, oportunidade em que foi designada a AIJ na qual não foi observada a presença do acusado para oitiva das testemunhas, ainda que devidamente requisitada por seu Defensor, ensejando, então, o Acórdão proferido por esta Colenda 7ª Câmara Criminal, que anulou o feito desde a mencionada AIJ. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, da chamada “denúncia anônima”, com objetivo de fazer cessar a situação de flagrância em que se encontrava o acusado, de guarda de substância entorpecente sem autorização legal ou regulamentar. 3. *DO MÉRITO.* 4. *Autoria e Materialidade bem definidas diante do conjunto probatório apresentado, com ênfase no material apreendido, e nos depoimentos prestados em Juízo, sob o crivo do contraditório, das testemunhas de acusação, os policiais militares que efetivaram a diligência na residência do Acusado José Carlos, nada constando que desabone suas narrativas. Aplicação da Súmula nº 70 do e. TJRJ.* 5. Afastamento da fração utilizada a título de exasperação da pena-base, eis que não justificada, firmando a pena-base em seu mínimo legal. 6. Possibilidade de aplicação da lei mais benéfica quanto à causa de diminuição de pena, desde que atendidos os requisitos impostos pela norma. 7. Apelante José Carlos que não atende aos requisitos objetivos impostos pela norma, eis que diante da qualidade e do quantitativo de droga apreendido, assim como das demais provas dos autos, verifica-se que o mesmo se dedica a

atividades criminosas, não fazendo jus ao redutor do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 8. Redimensionamento da pena, firmando-a, ao final, em 03 anos de reclusão, regime inicial aberto para o cumprimento de pena, e pagamento de 50 DM no VUM, substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo douto Juízo da Execução. 9. Deixa-se de determinar a expedição do respectivo Alvará de Soltura em favor do Apelante José Carlos, tendo em vista que o mesmo responde solto ao presente feito. (Grifos nossos)

Na hipótese, como se nota, a Corte sequer observou a ordem apresentada na peça recursal, invertendo-a como se tivesse, necessariamente, que analisar a matéria ligada à nulidade antes do pleito absolutório e como se a nulidade efetivamente funcionasse como preliminar mesmo em sede recursal (inclusive assim a designou incorretamente, como visto).

Outrossim, seguindo essa mesma ordem de apreciação das matérias têm-se diversas outras Cortes de Justiça<sup>11</sup>, e até mesmo, consoante se observa a seguir, os Tribunais Superiores:

APELAÇÃO CRIMINAL – COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RATIONE MUNERIS (ART. 102, I, B, CRFB) – PRELIMINARES. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO LEGISLATIVO PARA PROCESSTAR O PREFEITO POR CRIME DE RESPONSABILIDADE – INÍCIO DO PROCESSO POSTERIOR AO FIM DO MANDATO – AUSENTE NULIDADE – CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA – PRAZO PARA CUMPRIMENTO EXAURIDO – JULGAMENTO AUTORIZADO (ART. 222, § 2º, CPP) – NÃO OFERECIMENTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – REQUISITOS DO ART. 89 DA LEI Nº 9.099/1995 – EXISTÊNCIA DE PROCESSO CRIMINAL PENDENTE – INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO – PRECEDENTES – MÉRITO – CRIME DEFINIDO NO ART. 1º, XIII, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 – NOMEAÇÃO DE SERVIDOR QUE CONTRARIOU DISPOSIÇÃO DE LEI MUNICIPAL – ALEGAÇÃO DE ERRO QUANTO À ILCITUDE DO FATO – ATOS ADMINISTRATIVOS PREVIAMENTE PRATICADOS COM POTENCIALIDADE DE DETERMINAR O ERRO – AUSENTE DEMONSTRAÇÃO DE UNIÃO DE DESÍGNIOS DO PREFEITO COM OS DEMAIS AGENTES POSSIVELMENTE ENVOLVIDOS – ELEMENTOS COLHIDOS NO CURSO DA INSTRUÇÃO QUE REFORÇAM A DÚVIDA, NÃO AFASTADA POR OUTRAS PROVAS – APELO PROVIDO – ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ART. 386, VI, DO CPP. [...] 14. Apelação à qual se dá provimento, para absolver o Apelante, nos termos do art. 386,

VI, do Código de Processo Penal. (AP 595, Relator(a): Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/11/2014, Acórdão Eletrônico DJe-027, divulgado em 09/02/2015, publicado 10/02/2015.

APELAÇÃO DEFENSIVA – RÉUS DENUNCIADOS NOS ARTS. 214, 298 E 219, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CPM – ALEGADAS INTEMPESTIVIDADE RECURSAL E NULIDADE DO FEITO NÃO VERIFICADAS – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – Na contagem dos prazos processuais exclui-se o dia de início e inclui-se o dia final, prorrogando-se o prazo para o primeiro dia útil seguinte, tratando-se de feriado ou final de semana. Preliminar de intempestividade que se rejeita. Unâнимe. A garantia do promotor natural tem por escopo afastar a figura do acusador de exceção, situação que não ficou configurada no presente caso. Preliminar de nulidade por violação ao princípio do promotor natural rejeitada, à unanimidade. No mérito, os fatos descritos na exordial restaram devidamente comprovados nos autos. O primeiro réu imputou falsamente aos seus pares fato definido como crime, sabendo serem inverídicos, bem como desacatou superior hierárquico diante da escolta. O segundo réu propalou por meio da mídia fatos ofensivos à dignidade e capazes de abalar o crédito das Forças Armadas e a confiança que essas merecem do público. Recurso defensivo desprovido. Maioria. (STM, AP: 631820087110011 DF 0000063-18.2008.7.11.0011, Rel. Francisco José da Silva Fernandes, julgado em 20/03/2012, publicado em 30/05/2012, Vol: Veículo: DJE)

RECURSO ESPECIAL – PENAL – VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – VIA INADEQUADA – ART. 239 DO ECA – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA – SÚMULA Nº 284/STF – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS NºS 282 E 356/STF E 211/STJ – FUNDAMENTO INATACADO – SÚMULA Nº 283/STF – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA Nº 7/STJ – EMENDATIO LIBELLI – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – [...] 7. Em se tratando apenas de emendatio libelli, e não de mutatio libelli, não é necessária a abertura de vista à defesa, pois o réu se defende dos fatos, e não da capituloção jurídica a eles atribuída na denúncia. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. Vencido parcialmente o Relator, que acolhia a preliminar de inépcia da denúncia. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto do Sr. Ministro Relator, vencido na preliminar de inépcia da denúncia, em voto-vista regimental, no mérito, conhecendo parcialmente do recurso

especial e, nessa parte, negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Assusete Magalhães e pelo Sr. Ministro Og Fernandes, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. (REsp 1095381/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 01/10/2013, DJe 11/11/2013).

Além da praxe jurisdicional destacada e já largamente disseminada, ressaltamos que *os gabaritos propostos pelas bancas de concursos públicos igualmente indicam que, mesmo em recurso da defesa, a matéria atinente às nulidades processuais deveriam ser apresentadas antes das razões para a absolvição.*

Com tal impropriedade, há muito transposta da prática judiciária para os gabaritos das provas, também nos deparamos enquanto escrevíamos as obras de Direito Penal<sup>12</sup> e, especialmente, de Processo Penal<sup>13</sup> da Coleção Provas Discursivas e Comentadas, da Editora JusPodivm.

De sorte a ilustrar o que afirmamos e na mesma linha dos diversos acórdãos mencionados, tem-se, por exemplo, o critério de correção utilizado no concurso para Defensor Público do Distrito Federal, realizado em 2013 pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos (CESPE):

1 – Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos) – 0,00 a 1,00

2 – Desenvolvimento do tema

2.1 – *Das nulidades:* nulidade do auto de prisão em flagrante; ausência de defesa preliminar; ausência do réu à audiência de instrução e julgamento; nulidade da sentença pela ofensa ao princípio da identidade física do juiz – 0,00 a 7,00

2.2 – Do mérito: ausência de provas judiciais suficientes para sustentar a condenação por tráfico ilícito de entorpecentes; não configuração do crime de associação para o tráfico de entorpecentes; não configuração do crime de corrupção de menores – 0,00 a 7,00

2.3 – Da aplicação da pena: ausência de maus antecedentes; aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; regime inicial e da substituição da pena privativa de liberdade – 0,00 a 7,00

2.4 – *Dos pedidos de anulação:* anulação do processo a partir do oferecimento da denúncia por ausência de defesa preliminar e colocação do réu

em liberdade para responder novamente ao processo; anulação do processo a partir da audiência de instrução, devido à ausência do réu e colocação do réu em liberdade para a renovação da instrução; anulação da sentença condenatória por ofensa aos princípios da identidade física do juiz – 0,00 a 3,00

2.5 – *Dos pedidos de absolvição do réu*: de todos os crimes por total ausência de provas colhidas em juízo, e em razão de a condenação ter ocorrido com base exclusivamente em provas inquisitoriais obtidas na fase policial sem as garantias do contraditório e da ampla defesa; do crime de associação para o tráfico de entorpecentes por total ausência de provas quanto à efetiva presença de vínculo associativo entre ele e o adolescente que participou dos fatos; do crime de corrupção de menores em razão da não ocorrência de corrupção do adolescente – 0,00 a 2,00  
[...]<sup>14</sup>.

Digno de nota que, *embora reproduzida a incorreção relativa à ordem de apresentação das matérias*, sugerindo, como apontamos neste artigo, que os vícios ensejadores de nulidade<sup>15</sup> devem ser ventilados antes das razões para a absolvição do réu, ao menos desta vez o chamado espelho de prova não denominou de “preliminares” as matérias que se relacionam aos erros de procedimento, optando por designá-las de “nulidades” – já que de preliminares efetivamente não se trata.

Todavia, se ali apenas a impropriedade terminológica não ocorreu, em outros espelhos, desta vez extraídos dos gabaritos das provas subjetivas para Defensor Público do Estado do Acre e para Defensor Público da União, aplicadas em 2012 e 2015, respectivamente, ambas também pelo CESPE, o termo “preliminares” foi uma vez mais incorretamente empregado:

1 – Apresentação e estrutura textual (legibilidade, respeito às margens e indicação de parágrafos)

2 – Desenvolvimento do tema

2.1 – *Razões de apelação* (CPP, art. 600, caput)

2.2 – Preliminares: ausência do laudo toxicológico definitivo<sup>16</sup>; não oitiva de uma testemunha de defesa; inadequação do rito da Lei nº 11.343/2006: condenação com base apenas em provas colhidas na fase policial.

2.3 – *Mérito: absolvição de Robert do crime de tráfico (CPP, art. 386, V e VI); pedido de desclassificação, para ambos os réus, do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 para o art. 28 da mesma Lei; absolvição de ambos os réus do crime de roubo (CPP, art. 386, IV e V).*

2.4 – Fixação das penas de reclusão e de multa no crime de roubo; impugnação da pena-base acima do mínimo legal (CP, art. 59); aplicação da

atenuante da confissão espontânea para ambos os réus (CP, art. 65, III, d) [...].<sup>17</sup>

Espera-se que o candidato desenvolva a peça processual de acordo com o que se segue. 1 Peça processual: razões de apelação (CPP, art. 600). 2 Endereçamento: Tribunal Regional Federal. 3 Prazo em dobro: 27 de janeiro de 2015. Vide art. 600 do CPP c/c art. 44, I da LC 80/1994. 4 *Preliminar*: Incompetência da Justiça Federal. Nulidade absoluta. Violação ao patrimônio de agência franqueada dos Correios. Competência da Justiça Estadual. Precedentes do STJ 5 *Preliminar*: violação do art. 263 do CPP c/c princípio da ampla defesa e garantia de constituição de advogado de confiança. 6 *Preliminar*: falha na defesa técnica. Súmula nº 523 do STF. Defesa dativa deixou de adotar medidas processuais necessárias para salvaguardar a primeira oportunidade de contraditório, bem como de produção probatória em favor dos acusados. 7 *Preliminar*: nulidade do interrogatório conjunto dos acusados. Violação do art. 191 do CPP. 8 *Mérito*: atipicidade da associação criminosa, dada a inaplicabilidade da modificação do art. 288 do CP promovida pela Lei nº 12.850/2013. 9 *Mérito*: desclassificação do art. 157, § 3º, do CP para art. 157, caput, do Código Penal, dado o desejo de participação em crime menos grave, nos moldes do art. 29, § 2º, do CP. 10 *Mérito*: circunstância atenuante da confissão (art. 65, III, d, CP) para ambos, e da menoridade para João (art. 65, I, CP). 11 *Mérito*: causa de redução da pena para João, nos termos do art. 29, § 1º, do CP, dada a participação de menor importância. 12 *Mérito*: impugnação ao concurso formal de crimes de latrocínio em razão de o único patrimônio atingido pertencer à empresa pública (STF HC 75006-1/SP). 13 *Pedidos*: inicialmente, conhecer a peça, em razão de atendimento aos requisitos formais de admissibilidade, e julgar procedente a apelação, para, preliminarmente, declarar a nulidade de todos os atos processuais desde o recebimento da denúncia, em razão da incompetência absoluta, ou, a caso assim não se entenda, desde a desconstituição do advogado particular constituído pelos acusados e da indevida nomeação do defensor dativo, bem como dos atos de instrução processual e sentença. No mérito, pedir a absolvição dos acusados no que se refere ao crime previsto no art. 288 do CP, bem como a desclassificação da conduta imputada<sup>18</sup>.

Nesse contexto, algumas indagações devem nortear o presente artigo:

1) Recorrendo a defesa, buscando não apenas a absolvição do réu, senão também a anulação da sentença em razão de erro de procedimento que prejudica a defesa, em que ordem deve o Tribunal analisar os pleitos recursais?

2) A ordem de apreciação das matérias exige que haja pedido expresso de absolvição formulado pela defesa em seu recurso (ou até mesmo pela acusação, quando na defesa dos interesses do acusado)?

3) No que tange à atuação da própria defesa técnica, deve o apelo defensivo expor as razões relativas aos erros de procedimento antes das atinentes à absolvição?

4) Por fim, havendo recurso da acusação, exclusivo ou não, a ordem de apreciação das matérias pelo tribunal se modifica?

### **3. A ordem de apreciação e de exposição das matérias que constituem o mérito do recurso**

Procurando solucionar as questões formuladas, em atenção à primeira e principal indagação, haverá os que dirão – apesar do patente equívoco da afirmação – que o Tribunal não chegaria a apreciar as razões ou os fundamentos para a absolvição, porque reconheceria antes a nulidade, que constitui preliminar. Nada mais inexato!

A correta análise da questão deve ter origem na premissa assentada anteriormente de que as preliminares em sede recursal se relacionam tão somente ao seu juízo de admissibilidade. Ultrapassada a admissibilidade e conhecido, portanto, o recurso, *todo o mais constitui análise de mérito*, estando as matérias atinentes aos erros de procedimento e aos erros de julgamento no mesmo plano de apreciação.

Em um passo adiante, deve-se reconhecer que, entre as diversas questões contidas no mérito do recurso, há também uma ordem a ser observada, já que ninguém duvida de que a análise da dosimetria penal necessariamente sucede o juízo de condenação do acusado.

A doutrina, ao tratar dos recursos, transparece, porém, não dar o devido relevo à ordem de apreciação das matérias em sede recursal, o que, indubitavelmente, contribui para as imprecisões descritas anteriormente.

Eugenio Pacelli, por exemplo, em sua reconhecida obra, aduz tão somente que “mérito do recurso também é diferente do mérito da ação penal, ainda que muitas vezes o seu objeto seja o mesmo”, e destaca que “o mérito do recurso é o pedido que nele se contém, por meio do qual se delimita a quantidade e a qualidade da matéria a ser apreciada”<sup>19</sup>.

Embora enfatize a distinção já exposta entre o mérito do recurso e o mérito da ação, o autor não enfatiza o fato de que o pleito de nulidade do processo constitui mérito do recurso, como já assinalado, tampouco apresenta uma ordem para apreciação das matérias, evitando, por exemplo, uma equivocada anulação da sentença em razão de vício de procedimento que prejudica a defesa quando possível a absolvição do réu.

Ademais, boa parte da doutrina sequer se dedica ao tema, limitando-se a tratar, de forma esquematizada e apartada, da admissibilidade e, posteriormente, do objeto e das características de cada um dos recursos em espécie.

Com o mérito de solucionar a questão, mas, a nosso juízo, sem retificar o equívoco metodológico quanto à *sequência* de apreciação das matérias, o já tantas vezes citado Paulo Rangel ensina que, na hipótese de haver vício de procedimento e de julgamento,

não havendo recurso do Ministério Público contra a decisão, e, consequentemente, tendo transitada em julgado para a acusação, e *havendo recurso exclusivo do réu, o tribunal está autorizado a reconhecer a nulidade, porém, entendendo que a condenação está em desacordo com o direito, desde já, absolver o réu em vez de declarar nulo o processo. O princípio do favor rei deve ser chamado à colação para autorizar a decisão absolutória do tribunal*<sup>20</sup>. (Grifo nosso).

Malgrado concordemos que o tribunal deve absolver o acusado nesse caso, não nos parece que se trate de uma *inversão na conclusão* do julgamento. Tampouco nos parece que, para tanto, se exija o trânsito em julgado para a acusação, *data maxima venia*.

Em verdade – e este é o ponto nevrálgico –, a absolvição se impõe exatamente porque, *diante do recurso defensivo, o tribunal aprecia primeiramente se deve absolver o acusado de todas as imputações formuladas e, apenas concluindo pela impossibilidade de fazê-lo, é que deve analisar se cassa ou não a sentença em razão de error in procedendo que prejudique a defesa*.

Se tanto as questões relacionadas à absolvição como as atinentes às nulidades constituem o *mérito do recurso e, portanto, estão no mesmo âmbito de cognição*, e é certo que a ordem de sua apreciação pelos Tribunais não deflui de uma suposta e inexistente relação de preliminariedade entre elas, tal sequência deve ser extraída da sistemática das nulidades, da lógica subjacente ao sistema recursal em sede processual penal, estampada na Súmula do STF, Verbete nº 160, e dos princípios processuais de estatura constitucional.

Nessa linha intelectiva, a sistemática das nulidades prevista no CPP, iluminada pelo brocado *pas de nullité sans grief*, por si só, já impede o reconhecimento de qualquer nulidade decorrente de vício de procedimento que prejudique a defesa *quando possível absolver o réu de todas as imputações formuladas*.

Sobre o tema, estatui o Digesto Processual Penal, *in verbis*: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar *prejuízo* para a acusação ou para a defesa”.

Ademais, o próprio CPC ainda em vigor reforça o ora exposto, *in verbis*:

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

E a mesma disposição vem repetida no NCPC, *in verbis*:

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Assim, em sede processual penal, tendo o *error in procedendo* contrariado os interesses da defesa, não pode o tribunal conhecer primeiramente desse vício sem analisar, antes, a possibilidade de absolvição do acusado, já que, por óbvio, quando possível a absolvição<sup>21</sup> do réu de todas as imputações, não haverá prejuízo para a defesa, que terá obtido o resultado favorável, a despeito do erro de procedimento verificado<sup>22</sup>.

E, nesse ponto, uma anotação se faz necessária: a possibilidade de absolvição do acusado deve ser apreciada *mesmo que não tenha sido requerida no recurso de quaisquer das partes*<sup>23</sup>.

Ainda que não constitua objeto do recurso da defesa ou da acusação, deve o réu ser absolvido *ex officio* pelo Tribunal, uma vez submetido o feito à sua apreciação pela irresignação recursal, já que, como consabido, possível a concessão de *habeas corpus* de ofício pelo Tribunal<sup>24</sup>.

Sobre o tema, também é consolidado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O art. 617 do Código de Processo Penal veda, *tão somente, a reformatio in pejus, sendo admissível a reformatio in mellius na hipótese em que o Tribunal a quo, ao julgar o recurso da acusação, reconheceu a insubsistência do conjunto probatório e absolveu o réu, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal*<sup>25</sup>.

Demais disso, a respaldar a ordem de apreciação ora indicada, deve-se ter em consideração a inteligência da Súmula do STF, Verbete nº 160, segundo a qual “é nula a decisão do Tribunal que acolhe, *contra o réu*, nulidade não arguida no recurso da

acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”<sup>26</sup>, combinada às garantias processuais do réu, a incluir o próprio princípio do *favor rei*.

Nessa senda, se é assente o entendimento de que a nulidade não suscitada no recurso da acusação (e que a prejudique) *não pode ser conhecida de ofício* pelo Tribunal *contra o réu*, como preconiza a citada Súmula do STF, Verbete nº 160, com maior razão, sob pena de se inibir o pleno exercício do direito de defesa, não se pode sustentar que, diante de recurso defensivo pugnando pela absolvição – em razão de *error in judicando* – e pela anulação – em decorrência de *error in procedendo* – possa o Sodalício proceder à anulação da sentença mesmo que deva absolver o recorrente.

Se assim o fosse, haveria desestímulo a que a defesa ventilasse em seu recurso as matérias atinentes aos eventuais erros de procedimento constatados, a fim de não despertar a atenção do órgão judicial *ad quem* para a possibilidade de cassação da sentença, o que, por óbvio, não se pode admitir.

Em outras palavras, caso se permitisse a anulação da sentença mesmo diante de hipótese de absolvição, o recorrente que não alegasse a nulidade ocorrida estaria em uma situação jurídica de maior vantagem – já que, nessa hipótese, como já sedimentado (Súmula do STF, Verbete nº 160), a nulidade não poderia ser reconhecida contra o réu<sup>27</sup> – do que aquele que a indicasse nas razões recursais e pretendesse a anulação, além da absolvição, o qual correria o risco de, a prevalecer a ordem de análise das matérias atualmente seguida pelos tribunais, ver o provimento judicial ser anulado, com a retomada da marcha processual, em vez de obter, desde logo, a absolvição de todas as imputações, com a reforma da sentença.

Logicamente tal raciocínio redundaria em clara violação ao exercício da *ampla defesa*.

Em síntese, *antes de apreciar o vício de procedimento que prejudica a defesa, dando ensejo à anulação do feito, forçoso analisar a prova dos autos com o escopo de concluir se é possível a absolvição do acusado*.

E mesmo que *não haja pleito de absolvição no recurso interposto pela defesa ou pela acusação, impende seja tal possibilidade analisada pelo Tribunal*, que, como já dito e ressaltado, pode conceder ordem de *habeas corpus* de ofício.

Por derradeiro, uma última hipótese deve ser analisada, já que até esse momento cuidamos dos casos em que há recurso apenas da defesa. Havendo *recurso da acusação, exclusivo ou não*, o único caso em que um erro de procedimento deve ser analisado antes mesmo dos fundamentos para absolvição do réu – o que *não constitui exceção* ao que anteriormente se expôs, mas, ao revés, representa corolário do que aqui sustentado – se verifica quando *a cassação da sentença seja objeto do apelo da acusação, que exponha erro de procedimento que tenha prejudicado o exercício da persecução penal em juízo, ou, para usar a expressão do próprio Código de Processo penal, tenha prejudicado a acusação*.

Nesse caso, por intuitivo, se se alega que a atividade persecutória não foi exercida de forma plena, torna-se precipitada a análise do conjunto probatório com o escopo de concluir

pela absolvição ou não do acusado, já que a acusação, uma vez afastado o erro de procedimento, pode modificar o quadro fático-probatório e até jurídico até então desenhado.

Dessa forma, em casos tais, a análise da possibilidade de anulação da sentença em razão do vício de procedimento que prejudica a acusação, e não a defesa, antes de se apreciar a própria absolvição, deflui igualmente da racionalidade subjacente ao sistema recursal em sede processual penal.

Mas, frise-se, como decorre da própria Súmula do STF, Verbete nº 160, exige-se que o vício tenha sido *submetido ao Tribunal por força do efeito devolutivo, em recurso da acusação que requeira a cassação da sentença*, sendo *vedado o seu conhecimento de ofício pelo julgador*, sob pena de afronta à proscrição da *reformatio in pejus* (art. 617 do CPP).

De forma a ilustrar o que se expõe acerca da correta ordem de apreciação das matérias em sede recursal, elaboramos o quadro sinótico a seguir:

MÉRITO DO RECURSO	Ordem de apreciação	Matéria a ser apreciada	Quando pode ser analisada	Fundamento
	Primeiro	Vício de procedimento que prejudica a acusação	Apenas quando constituir objeto do recurso da acusação	Vedaçāo à <i>reformatio in pejus</i> , Súmula do STF, Verbete nº 160, e princípio do <i>tantum devolutum quantum appellatum</i> (art. 599 do CPP)
	Segundo	Absolvição do réu	Em qualquer hipótese, mesmo que não seja objeto do recurso da defesa ou da acusação	CPP, art. 654, § 2º, e princípio do favor rei
	Terceiro	Vício de procedimento que prejudica a defesa e enseja nulidade absoluta	Em qualquer hipótese, mesmo que não seja objeto do recurso da defesa ou da acusação	CPP, art. 654, § 2º, e princípio do favor rei
		Vício de procedimento que prejudica a defesa e enseja nulidade relativa	Apenas quando constituir objeto do recurso da defesa	Princípio do <i>tantum devolutum quantum appellatum</i> (art. 599 do CPP)

Os demais aspectos contidos no recurso relativos à dosimetria e regime inicial de cumprimento, que também constituem o *mérito do recurso*, seguem a sistemática já consolidada e, por óbvio, são analisados após e caso se decida pela condenação do acusado.

#### 4. Conclusão

Retomando as questões propostas no início deste ensaio, a fim de se consolidar o que foi exposto, devem ser destacadas as seguintes conclusões.

A) Recorrendo a defesa, buscando não apenas a absolvição do réu, senão também a anulação da sentença em razão de erro de procedimento que prejudica a própria defesa,

a correta ordem de apreciação das matérias consiste em que *o pleito absolutório de todas as imputações seja analisado antes do pleito de anulação*.

B) No que tange à outra indagação formulada – se tal ordem dependeria de pedido expresso formulado pela defesa em seu recurso (ou até mesmo pela acusação, quando na defesa dos interesses do acusado) –, é certo que, *mesmo que a absolvição não tenha sido pretendida, havendo recurso de quaisquer das partes*, deve o Tribunal analisá-la e *sempre antes de apreciar eventual erro de procedimento que tenha causado prejuízo à defesa*.

Aliás, *o próprio error in procedendo que prejudica a defesa, desde que constitua nulidade absoluta, pode ser reconhecido de ofício pelo Tribunal*, não necessitando ter sido objeto do apelo.

Portanto, tal ordem independe do fato de haver recurso em que o pleito absolutório e até mesmo o de cassação em razão de nulidade absoluta constituam o seu objeto.

C) No que pertine à *atuação da defesa técnica*, ao arrazoar e formular os pedidos nos recursos interpostos, ao contrário do que rotineiramente se vê na prática jurisdicional e nos gabaritos dos concursos, *deve, em primeiro lugar, expor as razões para a absolvição do réu e assim requerê-la. Apenas na eventualidade de não se acolher o pleito de absolvição de todas as imputações feitas, formulado em sede principal na peça recursal, pretender a anulação da sentença, sempre de forma subsidiária*.

Também em seguida, não havendo a absolvição de todas as imputações e não sendo anulada a sentença, ainda subsidiariamente, requerer a reforma do *decisum* no que tange aos aspectos relacionados à dosimetria penal.

*Demais disso, nos recursos manejados, deve a defesa abandonar o emprego, de forma incorreta, do termo “preliminares” para designar os vícios de procedimento que a prejudiquem, que, frise-se, apenas serão expostos após as razões para a absolvição.*

*Nesse particular, também os gabaritos propostos nos concursos públicos reclamam os mesmos ajustes.*

D) Por derradeiro, em caso de *recurso da acusação*, exclusivo ou não, logicamente as matérias atinentes à absolvição do réu e ao reconhecimento de nulidade absoluta que prejudique a defesa devem ser analisadas na mesma ordem indicada (porque a absolvição deve anteceder a anulação a pretexto de salvaguardar os interesses do réu).

Somente quando o Ministério Público apontar *erro de procedimento que tenha prejudicado a acusação* (e não o réu) – matéria que somente pode ser apreciada pelo Tribunal no contexto do *efeito devolutivo*, como objeto do seu recurso –, tal erro e eventual anulação da sentença dele decorrente se apresentarão como antecedente lógico à absolvição, já que, uma vez afastado o vício verificado ao longo do feito, poderá a acusação lograr êxito no pleito condenatório eventualmente fracassado.

Portanto, a única matéria que antecede a análise da absolvição, como já assentado, se liga a eventual erro de procedimento ensejador de nulidade que tenha *prejudicado a acusação*. E tal análise, repise-se, não pode ser realizada fora das hipóteses em que

constitua objeto do recurso da própria acusação, sob pena de violação à vedação à *reformatio in pejus*, consagrada no art. 617 do CPP (Súmula do STF, Verbete nº 160).

Em resumo, quando a acusação houver recorrido pretendendo a anulação da sentença por vício de procedimento que lhe tenha prejudicado, cuidará o Tribunal, em primeiro lugar, dessa matéria.

A seguir (ou, não havendo recurso da acusação *com esse objeto*, em primeiro lugar) – como também já elucidado no quadro apresentado –, cuidará da absolvição do réu, tendo sido suscitada ou não por quaisquer das partes, e, logo após, de erro de procedimento que tenha prejudicado a defesa, como indicado no quadro acima.

## 5. Referências

AKERMAN, William; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; GOMES, Roberto. *Coleção provas discursivas respondidas e comentadas – Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2015.

\_\_\_\_\_ et al. *Coleção provas discursivas respondidas e comentadas – Direito Penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BLAJCHMAN, Miguel (Org.). *Questões discursivas: direito processual penal*. Rio de Janeiro: Questões Discursivas, 2014.

CESPE/UnB. Defensoria Pública da União. Disponível em: <[http://www.cespe.unb.br/concursos/dpu\\_14\\_defensor/arquivos/grupo\\_2\\_padroes\\_de\\_respostas\\_definitivo.pdf](http://www.cespe.unb.br/concursos/dpu_14_defensor/arquivos/grupo_2_padroes_de_respostas_definitivo.pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1965.

MIRABETE. *Código de processo penal interpretado*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa ‘não conhecer’ de um recurso. *RJ 224*, jun. 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões prejudiciais e coisa julgada. Tese de concurso para a docência livre de direito judiciário civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 14<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 14<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, vol. 4, 2013.

## Notas

1. Especialista em Direito Público. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro (DPE/RJ). Ex-Procurador do Estado do Paraná (PGE/PR). Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Integrante da banca de penal e processo penal do concurso para residência jurídica da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Autor de obras jurídicas voltadas para concursos pela Editora JusPodivm.
2. A fim de delimitar o objeto do presente artigo, talvez ainda sem contornos rígidos, é certo que as considerações seguintes, além de se aplicarem à apelação, se relacionam aos embargos infringentes e de nulidade e aos recursos excepcionais que lhes sucedam, bem como aos recursos previstos na primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri. Não se aplicam, entretanto, à apelação prevista no art. 593, III, do CPP, pelo seu regime jurídico diferenciado instituído pelo próprio Texto Maior.
3. No contexto deste artigo, o termo deve ser relacionado às hipóteses de negativa de autoria e materialidade, mais benéficas ao réu e que têm o condão de vincular as esferas administrativa e civil.
4. Já tendo nos deparado com as questões abordadas neste ensaio ainda nos primeiros anos de estudo, cotidiana e novamente nos defrontamos com tais temas ao combatermos as decisões judiciais no exercício do cargo de Defensor Público perante diversos juízos com competência criminal no Estado do Rio de Janeiro. Apenas abarcando a competência Criminal, já atuamos nas 5<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup> e 26<sup>a</sup> Varas Criminais da Capital, 1<sup>a</sup> Vara Criminal/Júri de Belford Roxo, 2<sup>a</sup> Vara Criminal de Duque de Caxias, 1<sup>a</sup> Vara Criminal de São João de Meriti, Vara Criminal/Júri de Macaé, 2<sup>a</sup> Vara Criminal de Campos dos Goytacazes, 2<sup>a</sup> Vara Criminal de Volta Redonda, 1<sup>a</sup> Vara Criminal/Júri de Resende, 2<sup>a</sup> Vara Criminal de Resende, 1<sup>a</sup> Vara Criminal/Júri de Itaperuna, 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Varas de Três Rios, 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Varas de Japeri, 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> Varas de Bom Jesus do Itabapoana, 2<sup>a</sup> Vara de São Fidélis, 2<sup>a</sup> Vara de São João de Barra, Vara Única de Paty do Alferes, Vara Única de Paraty, Vara Única de Conceição de Macabu, Vara Única de Quissamã, Vara Única de Cordeiro, Vara Única de Bom Jardim, Vara Única de Itatiaia, Vara Única de Porto Real, Vara Única de São Francisco do Itabapoana e Vara Única de Italva/Cambuci.

5. Por natural, tais exames disseminam e consolidam a prática que ora se aborda de forma crítica.
6. Sobre o tema, leciona Pacelli por todos que “uma coisa é o juízo de admissibilidade do recurso, e outra é o juízo de mérito do recurso. No primeiro, examina-se o seu conhecimento; no segundo, o seu provimento, ou não. E mais: mérito do recurso também é diferente do mérito da ação penal, ainda que, muitas vezes, o seu objeto seja o mesmo. O mérito do recurso é o pedido que nele se contém, por meio do qual se delimita a quantidade e a qualidade da matéria a ser apreciada, quando, então, poderá ou não coincidir exatamente com o mérito da ação penal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 801).
7. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões prejudiciais e coisa julgada”. Tese de concurso para a docência livre de direito judiciário civil apresentada à congregação da Faculdade de Direito da UFRJ. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 22.
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa ‘não conhecer’ de um recurso, *RJ 224*, jun. 1996, p. 1.
9. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 744.
10. E nesta mesma ordem, como se vê já a seguir, foram apresentados os temas: primeiro as razões que conduziriam à absolvição e, apenas a seguir, os motivos que ensejariam a anulação do processo.
11. “APELAÇÃO CRIMINAL – DIRIGIR SOB O EFEITO DE SUBSTÂNCIA PSICOATIVA QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA – MACONHA – DESACATO – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – INVÁVEL – PROVAS ROBUSTAS – TESTEMUNHAS – LAUDO PERICIAL – APLICAÇÃO ISOLADA DE PENA DE MULTA – REPRIMENDA INADEQUADA – PRELIMINAR REJEITADA – RECURSO DESPROVIDO – 1. Em matéria processual penal prevalece o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara nulidade, seja esta relativa ou absoluta, sem a efetiva ocorrência de prejuízo, ou, ainda, quando o ato processual não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. 2. O delito de conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de substância psicoativa que determine dependência é de perigo abstrato, sendo satisfatória para sua caracterização que se constate que o motorista conduziu veículo automotor após o consumo de substância psicoativa, o que está provado por testemunhas e prova pericial. 3. A conduta do réu que, consciente e deliberadamente, desrespeita e ofende policial militar no exercício de suas funções amolda-se com perfeição ao tipo penal do desacato (art. 331 do Código Penal). 4. Inadequada a aplicação isolada da pena de multa quando esta não é capaz de cumprir com as funções de repressão e prevenção do crime, ensejando a impunidade do réu. 5. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido”. (TJDF, APR: 20090111229728, Rel. Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª T.Crim., J. 13.11.2014, Publ. Dje 24.11.2014, p. 121)

“APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO ATIVA – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA PELA REJEIÇÃO DO PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA – REJEIÇÃO – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – PALAVRA DOS POLICIAIS – VALIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, REJEITADA PRELIMI-

NAR – Não há nulidade na decisão do magistrado que indefere o pedido de instauração de incidente de dependência toxicológica, quando observar a inexistência de indicativos suficientes de comprometimento da higidez mental do acusado, mesmo que este se declare usuário de drogas.” (TJMG, APR 10701120180925001/MG, Relª Márcia Milanez, Câmaras Criminais/6ª Câmara Criminal, J. 25.02.2014, Publ. 06.03.2014)

“Apelação criminal. Preliminar. Nulidade. Denúncia que deixa de requerer condenação. Falta de interesse. Inexistência de prejuízo à defesa. Mérito. Insuficiência de provas. 1ª apelação improvida. 2ª apelação provida. A ausência de pedido de condenação na exordial acusatória não inquia de nulidade o feito, porquanto, sendo esta nulidade de natureza relativa, indispensável a demonstração de prejuízo à defesa, o que não se observa nos autos. A não formulação de requerimento de condenação também não aponta falta de interesse, porquanto se encontra este bem demonstrado, em consonância com a função constitucional do Parquet, nos argumentos aduzidos na inicial. O conjunto probatório existente nos autos dá a certeza do envolvimento do 1º apelante no empreendimento delituoso anunciado na exordial acusatória. O mesmo, contudo, não se pode afirmar com relação ao 2º apelante. É que, consoante depoimentos testemunhais colhidos na instrução criminal, bem como de escala de serviço juntada aos autos, o referido apelante estava de plantão na noite em que o crime ocorreu. Assim, nega-se provimento à 1ª apelação e dá-se provimento à 2ª apelação, absolvendo-se o 2º apelante.” (TJMA, APR: 247832004/MA, Rel. Mário Lima Reis, julgado em 30/05/2006, São Luís)

“Apelação Criminal. Preliminares. Falta de Fundamentação da Sentença. Incorректa. Ausência de Defesa ao Recorrente Não Acolhimento. Reconhecimento fotográfico. Matéria de mérito. Latrocínio. Caracterização. Circunstâncias Judiciais Corretamente Analisadas. Apelo desprovido. 1ª Preliminar – Inexiste nulidade na sentença que oferece exposição sucinta da acusação e da defesa e indicação dos motivos em que se fundou a decisão. Inteligência do art. 381 do CPP. 2ª Preliminar – Não há que se falar em defesa deficiente quando o causídico, dentro das possibilidades que lhe oferece o processo, com réu revel, cumpre satisfatoriamente sua missão. 3ª Preliminar – matéria que se confunde com o mérito. 4º Mérito. Delito devidamente caracterizado e materialidade consubstanciada pelo laudo de fls. 18. Reconhecimento fotográfico que merece guarida, vez que não existem nos autos elementos a desmerecer sua credibilidade. Decisão condenatória que não se fundou apenas no reconhecimento.” (TJES, APR: 19039000211/ES 19039000211, Rel. Adalto Dias Tristão, j. 29/10/2003, Primeira Câmara Criminal, Publ. 10/11/2003).

12. AKERMAN, William et al. *Coleção provas discursivas respondidas e comentadas* – Direito Penal. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
13. AKERMAN, William; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; GOMES, Roberto. *Coleção provas discursivas respondidas e comentadas* – Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2015.
14. BLAJCHMAN, Miguel (Org.). *Questões discursivas*: direito processual penal. Rio de Janeiro: Questões Discursivas, 2014, p. 73.
15. Não desconhecemos que boa parte da doutrina sustenta que a nulidade não seria tecnicamente uma sanção, mas o próprio vício do ato. Todavia, tal controvérsia não constitui o objeto do presente artigo e, por isso, não pretendemos marcar posição, adotando, de forma rigorosa, esta ou aquela corrente sobre o tema.

16. Isso, sem considerar que há diversos julgados indicando que a ausência do laudo definitivo não ensejaria a anulação do feito, mas a absolvição do réu, em razão da ausência de provas da materialidade delitiva.
17. BLAJCHMAN, Miguel. Op. cit., p. 83.
18. Disponível em: <[http://www.cespe.unb.br/concursos/dpu\\_14\\_defensor/arquivos/grupo\\_2\\_padroes\\_de\\_respostas\\_definitivo.pdf](http://www.cespe.unb.br/concursos/dpu_14_defensor/arquivos/grupo_2_padroes_de_respostas_definitivo.pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2015.
19. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Op. cit., p. 801.
20. RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 743.
21. Em relação à significação do termo absolvição, como já assentado, deve ser relacionada às hipóteses de negativa de autoria e materialidade, mais benéficas ao réu e que têm o condão de vincular as esferas administrativa e civil. Todavia, se é certo que tais situações, embora encontradiças na prática, talvez não sejam as mais comuns, não menos certo é o fato de que ainda mais raramente o réu manifesta interesse em recorrer de uma decisão absolutória apenas com o escopo de alterar a fundamentação do *decisum* e obter a vinculação das demais esferas (relativamente independentes).
22. Se as formas estabelecidas pela lei não são um fim em si mesmas, mas instrumentais, visando a proteger algum interesse, deve-se sempre verificar se o ato atingiu o seu fim ou malferiu o interesse de uma das partes, causando-lhe prejuízo (RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 707-708).
23. Nesse sentido, é firme a jurisprudência pátria, citando-se, por todos os julgados, os seguintes: "APELAÇÃO – TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO POR LESÃO GRAVE, TENTATIVA DE ESTUPRO – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL, EM QUE SE REQUER O RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO DO ROUBO QUALIFICADO POR LESÃO CORPORAL GRAVE – PROVIMENTO – AUSÊNCIA DE RECURSO DA DEFESA – PROVA COLIGIDA NOS AUTOS QUE SE REVELA RESTRITA, DUVIDOSA E INSUFICIENTE A ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO QUANTO AO CRIME DE ESTUPRO – APLICAÇÃO DA REFORMATIO IN MELLIIUS – ABSOLVIÇÃO – Agente que, simulando portar arma, invadiu residência, e determinou as vítimas, pai e filha, que lhe entregassem dinheiro e cartões. Durante a empreitada criminosa falou que estupraria a vítima, causando reação no pai, iniciando-se uma luta corporal, que redundou em grave lesão na vítima. A vítima mulher conseguiu buscar socorro, interrompendo a empreitada criminosa. Consumação do roubo qualificado por lesão corporal grave. O delito de roubo qualificado pela lesão corporal grave é crime complexo, composto por dois elementos constitutivos, que isoladamente constituem figuras penais autônomas, um crime contra a pessoa e um crime contra o patrimônio. Nos crimes complexos a tentativa só ocorre quando os delitos que o compõem permanecem na forma tentada. No caso em exame, o crime de lesões corporais graves se consumou enquanto a subtração patrimonial restou na forma tentada. Assim, há de reputar-se plenamente caracterizado o momento consumativo da conduta praticada pelo apelado. Da absolvição do acusado. Não obstante a ausência de recurso defensivo, não há como ratificar a sentença prolatada pelo MM. Juiz a quo, na medida em que a prova produzida pelo Ministério Público revelou-se restrita, duvidosa e insuficiente a ensejar um decreto condenatório quanto ao aventado crime. As provas apontam que o recorrido sequer iniciou qualquer ato executório para a prática do crime de estupro, apenas falou que a estupraria. O recurso exclusivo do Ministério Público não tem o condão de impedir a absolvição, em razão da possibilidade de aplicação do

princípio da reformatio in mellius em nosso sistema processual penal. Recurso a que se dá provimento. Absolvição de ofício do acusado por insuficiência de provas, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, quanto ao crime de estupro”.

“APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP) – RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO PRETENDENDO A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA E O AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL – ANÁLISE, DE OFÍCIO, DO CONJUNTO PROBATÓRIO UTILIZADO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – RÉ QUE TELEFONOU PARA A VÍTIMA E PROFERIU AMEAÇAS – INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DO TIPO PENAL – AUSÊNCIA DE TEMOR DA VÍTIMA – APLICAÇÃO DA REFORMATIO IN MELLUS – CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA ABSOLVER A ACUSADA – PREJUDICADO O RECURSO”.

24. Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, vol. 4, 2013. p. 512; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 978; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 1965. p. 276; MIRABETE. *Código de processo penal interpretado*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1590.
25. REsp 753.396/RS, Rel<sup>a</sup> Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 11/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 281.
26. Mesmo em relação às nulidades ditas absolutas, como a decorrente da incompetência do juízo, incide o verbete em destaque: “*Informativo nº 298 Título* Verbete 160 da Súmula e Nulidade Absoluta *Processo HC 80263 Artigo* Concluído o julgamento de *habeas corpus* em que se impugnava, por ofensa ao Verbete 160 da Súmula do STF (‘É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de ofício’), decisão do STJ que mantivera acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o qual, acolhendo a preliminar de incompetência absoluta do juízo estadual suscitada no parecer do Ministério Público perante aquela Corte – e não suscitada pelas partes na apelação e nas contrarrazões ao recurso –, anulara a sentença absolutória proferida pela justiça estadual, determinando o processamento dos autos na justiça federal (v. *Informativo 237*). O Tribunal, por maioria, entendendo que o conceito de nulidade disposto no Verbete 160 comprehende a nulidade absoluta da sentença proferida por juiz incompetente, deferiu em parte a ordem de *habeas corpus* para assentar que não cabia ao Tribunal de origem concluir pela incompetência da justiça comum e para determinar que se prossiga no julgamento de mérito da apelação do Ministério Público. Vencido o Min. Moreira Alves, que indeferia o pedido. HC 80.263-SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, 20/02/2003. (HC 80263). Também neste julgado, do Pretório excelso, o termo preliminar foi equivocadamente empregado, como destacado ao longo do texto, por se tratar de um recurso apreciado pela Corte, e não de ação penal originária”.
27. Nesse sentido, Norberto Avena ressalta a inexistência de efeito translativo na apelação no que pertine à possibilidade de contrariar os interesses do réu, restringindo tal possibilidade apenas aos casos de reexame necessário (art. 7º da Lei nº 1.521/1951). (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1201).



# PEÇAS PROCESSUAIS



# **Representação de inconstitucionalidade da Lei nº 5.165/2015 do Município de Volta Redonda, que veda a implantação da “ideologia de gênero” nos estabelecimentos de ensino municipais<sup>1</sup>**

André Luís Machado de Castro

Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da DP/RJ - NUDEDH

**RESUMO:** Trata-se de petição inicial de ação de Representação de Inconstitucionalidade, cujo objeto é a Lei nº 5.165/2015, do município de Volta Redonda, que pretendeu vedar a chamada “ideologia de gênero” no ensino municipal. Volve-se a ação constitucional contra o vício de iniciativa do diploma legislativo, uma vez que, por tratar de atribuição da Secretaria municipal de Educação – órgão do Poder Executivo – haveria de ser iniciada pelo chefe do executivo municipal. No aspecto material, a peça analisa ainda o conceito de “ideologia de gênero” trazido pela lei impugnada, e contrasta esta pejorativa expressão com as inúmeras teorias científicas dos campos da Sociologia e da Filosofia que investigaram o sistema sexo/gênero. Desvelado o conteúdo da norma jurídica em cheque, passa-se ao cotejo dos objetivos pretendidos pelo legislador com a Constituição do Estado do Rio de Janeiro e, ainda, com a Constituição da República de 1988. Sustenta-se a incompatibilidade material da norma com o modelo republicano de Estado, baseado nos princípios do pluralismo político e da laicidade. Por fim, foi exposta a frontal colisão entre o diploma legislativo municipal e o princípio constitucional da igualdade, no seu aspecto estrutural. Além de constituir a primeira representação de inconstitucionalidade da história da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, a petição concretiza a atuação da instituição em prol de uma política educacional pela diversidade e igualdade de gênero.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inconstitucionalidade. Lei. Municipal. Ideologia. Gênero.

---

1. Trata-se da primeira Representação de Inconstitucionalidade ajuizada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, tendo sido a petição inicial elaborada pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos – NUDEDH. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou procedente a Representação, conforme acórdão reproduzido logo após o texto da inicial.

# **Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro/RJ**

O Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro vem, com fulcro no art. 162 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, nos arts. 104 e seguintes do Regimento Interno do TJRJ, propor Representação de Inconstitucionalidade (com pedido de medida cautelar) da Lei Municipal de nº 5.165/2015, do município de Volta Redonda, com espeque nos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

## **1. Da lei municipal impugnada**

A presente representação tem por finalidade ver declarada inconstitucional, à luz da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, da Lei nº 5.165/2015 do município de Volta Redonda, que apresenta o seguinte texto:

A Câmara municipal de Volta Redonda aprova e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º - Fica vedada a implantação da política de ideologia de gênero nos estabelecimentos de ensino do município de Volta Redonda.

Art. 2º - A Secretaria municipal de Educação regulamentará a presente lei no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a sua aprovação.

Art. 3º - Revogam-se as disposições em contrário.

Originalmente apresentada à Câmara de Vereadores do município de Volta Redonda como o Projeto de Lei nº 054/2015, a legislação impugnada veio à tona em meio aos trabalhos de elaboração do Plano Municipal de Educação de Volta Redonda para o decênio 2015-2024.

O projeto, apresentado pelo presidente da Câmara de Vereadores, teve a seguinte justificativa:

Tal proposição tem por objetivo atender a diversas reivindicações de lideranças e cidadãos da nossa cidade, que vêm demonstrando apreensão e contrariedade com as diretrizes, metas e estratégias dos Planos de Educação, que visam introduzir na educação brasileira a possibilidade de ensinar, a partir dos três anos de idade, que não existe diferença entre homem e mulher, a revelia da grande maioria da população brasileira

(...)

A ideologia de gênero afirma que o homem e a mulher não diferem pelo sexo, mas pelo gênero, e que este não possui base biológica, sendo apenas uma construção socialmente imposta ao ser humano, através da família, da educação e da sociedade. Afirma ainda que o gênero, em vez de ser imposto, deveria ser livremente escolhido e facilmente modificado pelo próprio ser humano. Ou seja, que ao contrário do que costumamos pensar, as pessoas não nascem homens ou mulheres, mas são elas próprias condicionadas a identificarem-se como homens, como mulheres ou como um ou mais dos diversos gêneros que podem ser criados pelo indivíduo ou pela sociedade. Deveria ser considerado normal passar de um gênero a outro e o ser humano deveria ser educado, portanto, para ser capaz de fazê-lo com facilidade, libertando-se da prisão em que o antiquado conceito de sexo o havia colocado”.

Acompanhou ainda o projeto apresentado uma “Carta sobre ideologia de gênero” subscrita pelo Bispo da Diocese de Barra do Piraí e Volta Redonda.

Depois da tramitação em regime de urgência e preferência, o projeto foi *integralmente vetado* pelo Prefeito municipal de Volta Redonda, no entanto, restou o veto do chefe executivo, derrubado pelos vereadores na Sessão Ordinária realizada em 13 de agosto de 2015, o que culminou na promulgação da lei pelo presidente da Câmara de Vereadores do município de Volta Redonda, aos 20 de agosto de 2015.

## **2. Da inconstitucionalidade por vício de iniciativa**

Numa análise superficial do diploma legislativo vergastado, constatamos, de plano, vício de iniciativa, uma vez que o processo que culminou na sua promulgação não obteve o art. 112, § 1º, II, d, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispõe:

Art. 112 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:

I - fixem ou alterem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;

II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;

- b) servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;
- c) organização do Ministério Público, sem prejuízo da faculdade contida no artigo 172 desta Constituição, da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública;
- d) *criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo.* (Grifos nossos).

A citada regra constitucional, não obstante esteja referida aos projetos de iniciativa privativa do Governador do Estado, aplica-se, por simetria, ao Chefe do Executivo dos Municípios, uma vez que a *ratio* da disposição é a preservação da independência e harmonia dos Poderes da República.

Nesse sentido, inclusive, a Lei Orgânica do Município de Volta Redonda, embora não constitua parâmetro para o controle de constitucionalidade do ato aqui atacado, contém norma de teor semelhante:

Art. 53. Compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa das leis que versem sobre:  
(...)

IV – criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração direta e indireta do Município.

Ao estipular diretrizes para a política educacional do município, exercendo direta interferência sobre o Plano Municipal de Educação, a Lei nº 5.165/2015, de iniciativa do presidente da Câmara de Vereadores, inegavelmente impôs atribuições à Secretaria de Educação de Volta Redonda. A leitura do art. 2º da citada lei deixa evidente a indevida ingerência sobre o órgão do executivo, uma vez que atribui à Secretaria municipal de Educação a regulamentação da proibição contida no art. 1º, no prazo de sessenta dias.

Para compreensão da relevância do princípio da Separação dos Poderes na ordem constitucional brasileira e, por conseguinte, das regras que disciplinam a iniciativa legislativa privativa do chefe do executivo, basta fitar o art. 2º da Constituição da República de 1988, reproduzido, por simetria, no art. 7º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Com *status* de cláusula pétreia, esse princípio constitui-se num dos fundamentos da ordem política brasileira e sua ofensa há de ser veementemente contida pelo controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a jurisprudência pacífica e reiterada do Egrégio Supremo Tribunal Federal tem proclamado a inconstitucionalidade das Leis Municipais eivadas de vício

de origem como o aqui examinado - quando deflagrado o processo legislativo por iniciativa parlamentar em matérias que envolvem a atribuição de órgãos do Executivo Municipal:

ARE 826671 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO  
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
Relator(a): Ministra ROSA WEBER  
Julgamento: 25/11/2014  
Órgão Julgador: Primeira Turma  
Publicação 10/12/2014

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. CRIAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO PARA ÓRGÃO DO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO RECONHECIDO NA ORIGEM. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. SÚMULA 280/STF. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 1º/10/2013. O entendimento adotado pela Corte de origem, nos moldes do que assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal. *Na esteira da jurisprudência desta Corte, padece de inconstitucionalidade formal lei de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos da Administração Pública.* Entender de modo diverso demandaria análise da legislação infraconstitucional local apontada no apelo extremo, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido.

RE 395912 AgR / SP - SÃO PAULO  
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
Relator(a): Ministro DIAS TOFFOLI  
Julgamento: 06/08/2013  
Órgão Julgador: Primeira Turma  
Publicação 20-09-2013

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Competência do relator para negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível. *Lei municipal de iniciativa parlamentar. Introdução de matéria no conteúdo programático das escolas das redes municipal e privada de ensino. Criação de atribuição.*

Professor. Curso de formação. Regime do servidor. Aumento de despesa. *Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Prerrogativa do chefe do Poder Executivo.* Precedentes.

1. É competente o relator (arts. 557, caput, do Código de Processo Civil e 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para negar seguimento “ao recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

2. *Ofende a Constituição Federal a lei de iniciativa parlamentar que cria atribuições para órgãos públicos e que trata do provimento de cargos e do regime jurídico dos servidores públicos, uma vez que, no caso, cabe ao chefe do Poder Executivo, privativamente, a deflagração do processo legislativo.*

3. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de padecer de inconstitucionalidade formal a lei de iniciativa parlamentar que, ao tratar de tema relativo a servidores públicos, acarreta aumento de despesa para o Poder Executivo.

4. Agravo regimental não provido.

Não resta outra conclusão senão a inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei Municipal nº 5.165/2015, por ofensa aos arts. 7º e 112, § 1º, inciso II, “d”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como ao art. 2º da Constituição da República de 1988.

### **3. Das inconstitucionalidades no aspecto material**

Não bastasse o vício formal acima apontado, sob o filtro material da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o teor da Lei nº 5.165/2015 do município de Volta Redonda também resulta contrastante com os princípios e regras contidos no parâmetro constitucional, o que recomenda a censura judicial do ato legislativo.

Como se observa da redação do art. 1º da Lei nº 5.165/2015, a finalidade do legislador municipal foi a vedação da adoção da “política de ideologia de gênero” no ensino municipal.

Antes mesmo de examinarmos o conteúdo do ato legislativo à luz das normas da Constituição Estadual, faz-se necessária breve investigação do significado da expressão “ideologia de gênero”.

#### **3.1 O mito da “ideologia de gênero”**

Os grupos religiosos que têm se posicionado, por todas as assembleias legislativas e câmaras de vereadores do país, contrariamente à inserção nas diretrizes educacionais para a valorização e respeito à diversidade sexual e para a superação das desigualdades de gênero,

utilizam-se, de forma pejorativa e inconsistente da referida expressão, com o intuito de designar a ideia de “mistificação”, “ilusão”, “inversão da realidade” que pretensamente seria promovida com a adoção de uma política educacional pela igualdade e diversidade.

Argumenta-se que a dita “ideologia de gênero” nas escolas, ensinaria a “desconstrução da realidade” e incitaria a “destruição de valores sagrados como a vida e a família”, ao “afirmar para todas as pessoas que não existe uma identidade biológica em relação à sexualidade”<sup>2</sup>.

Todavia, o emprego de semelhante concepção, que é pano de fundo da promulgação da Lei nº 5.165/2015, revela o total desconhecimento dos estudos de gênero e sexualidade presentes no meio acadêmico, na temática do direito internacional dos direitos humanos e nos movimentos sociais desde pelo menos os anos 1950, quando se passou a distinguir os conceitos de sexo e gênero, de forma a *desnaturalizar* a associação do feminino com as características de fragilidade ou submissão – associação esta que até hoje serve para justificar preconceitos<sup>3</sup> e desigualdades.

A problematização do par sexo/gênero no campo da sociologia voltou-se contra os mecanismos da dominação patriarcal e pretendeu distinguir características naturalmente adquiridas (sexo biológico) daquelas culturalmente construídas (gênero), uma vez que historicamente os papéis sociais e psicológicos imputados como naturais se prestaram à negação da dignidade e cidadania às mulheres.

E, de forma ainda mais profunda que o feminismo clássico, a filosofia contemporânea presente, por exemplo, em Judith Butler e Beatriz Preciado questiona as próprias categorias “homem/mulher” e “heterossexualidade/homossexualidade” enquanto dados da natureza e contesta essas identidades fixas e imutáveis, admitindo a hipótese de não haver uma condição original “biologicamente verdadeira” do ser humano.

Não existem, segundo Butler, apenas dois, mas sim uma multidão de sexos, que não são definidos pela anatomia, mas sim por códigos culturais, daí sua crítica radical do “sexo” como condicionador de papéis sociais ou de desejo sexual<sup>4</sup>.

- 
2. Veja-se o artigo de autoria do Cardeal Orani João Tempesta, Arcebispo da Arquidiocese de São Sebastião do Rio de Janeiro, disponível em <<http://arqrio.org/formacao/detalhes/771/nova-ameaca-da-ideologia-de-genero>>. Acesso em: 25 jan. 2016, 18h22.
  3. BUTLER, Judith P. In: RODRIGUES, Carla. Estudos Feministas. Florianópolis, 13(1): 216, janeiro-abril/2005, p. 179. A autora, a fim de exemplificar a carga de preconceitos que envolve, até os dias de hoje, a condição feminina, cita a afirmação do diretor da Universidade de Harvard, Lawrence H. Summers, em conferência no ano de 2005, de que as diferenças biológicas entre os sexos poderiam explicar por que poucas mulheres são bem-sucedidas nas ciências e nas matemáticas (notícia publicada no New York Times e transcrita no jornal O Globo, na p. 31, 19/01/2005).
  4. BORRILLO, Daniel. “Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias”. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 39, jul/dez 2011, p. 27-51

Semelhantes reflexões permitiram, inclusive no campo do Direito – marcado, via de regra, pelo impermeável formalismo – o questionamento da hierarquização de indivíduos em função do sexo e da sexualidade.

Se os conceitos subjacentes à própria norma jurídica se sujeitam a uma análise desnaturalizadora e crítica dos elementos históricos que resultaram na sua produção, passa a ser possível relativizá-los e propor definições muito mais amplas e justas<sup>5</sup>.

O instituto da família, por exemplo, incorporado historicamente à norma jurídica sob uma perspectiva sacralizadora da sexualidade humana, funcionalizado à reprodução da espécie, ganhou novo significado quando compreendido, à luz da Constituição da República de 1988 e do novo Direito das Famílias, como *locus* de realização da dignidade humana e do afeto.

Agora não mais restrita ao sentido unívoco de uma moral hegemônica, a constituição da família pode ser compreendida como espaço de exercício de afeto por pessoas humanas, seja qual for a forma de sexualidade por elas adotada, sem que o Direito privilegie ou repudie uma moral sexual particular<sup>6</sup>.

Em que pesem os amplos avanços proporcionados à cidadania da mulher e da população LGBT pelos questionamentos trazidos pelas correntes filosóficas e sociológicas que controvertem os sentidos de “sexo”, “gênero” e “sexualidade”, o emprego dos estudos de gênero/sexualidade nas políticas educacionais tem sido duramente questionado por iniciativas como a Lei Municipal nº 5.165/2015, sob o argumento de que representaria risco à “moralidade”, à “sacralidade” da família etc.

- 
5. BORRILLO, Daniel. “Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias”, In: Direito, Estado e Sociedade, nº 39, jul/dez 2011, p. 31.
  6. Veja-se, por exemplo, o julgamento da ADI 4277, pelo Supremo Tribunal Federal (Julgamento em 05/05/2011), de cuja ementa (Rel. Min. Carlos Ayres Britto) destacamos o seguinte trecho: “A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotómica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

### **3.2. Da inconstitucionalidade do fim buscado pela norma municipal: a moral individual pode ser objeto de proteção jurídica? A preservação da sacralidade de um modelo familiar é compatível com a moldura constitucional?**

Estabelecidos os contornos da temática tratada pela lei municipal aqui posta em cheque, devemos submetê-la ao controle de constitucionalidade de caráter material, a fim de aferir sua compatibilidade com os fins previstos na Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Da justificativa apresentada pelo presidente da Câmara Municipal de Volta Redonda e dos demais documentos constantes do processo de tramitação do PL054/2015, infere-se claramente que o objetivo do legislador municipal foi a *defesa dos valores naturais e cristãos* (vide justificativa apresentada ao projeto), *evitar a destruição da família natural constituída por um pai, uma mãe e seus filhos* (vide carta ao processo legislativo, subscrita pelo Bispo da Diocese de Barra do Piraí e Volta Redonda), isto é, *a proteção jurídica de uma determinada moral sexual, familiar e religiosa*.

Faz-se necessário, então, inquirir se, à luz dos princípios constitucionais positivados, a finalidade visada pela Lei nº 5.165/2015 do município de Volta Redonda se mostra consentânea com a norma de hierarquia superior.

Do Título I da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, extraímos os princípios fundamentais em que assenta a ordem jurídica no plano estadual.

Como decorrência do *modelo republicano, baseado no pluralismo político*, adotado pela própria CRFB/1988 e reproduzido na Constituição Estadual (art. 1º, *caput*, inciso V e parágrafo único, CRFB/88, e arts. 2º e 5º, CERJ) bem como do consequente postulado da *laicidade estatal*, não é dada ao Estado na vigente ordem constitucional a imposição de quaisquer convicções ou modo de vida aos cidadãos e cidadãs, que são livres para a realização das escolhas íntimas e privadas em busca de sua felicidade.

Ao revés, como ensinam os insignes constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonçalves Branco, a expressão “pluralismo político” traduz o *direito fundamental à diferença*:

Embora a Constituição brasileira, assim como tantas outras, utilize a expressão pluralismo agregando-lhe o adjetivo político, fato que à primeira vista poderia sugerir tratar-se de um princípio que se refere apenas a preferências políticas e/ou ideológicas, em verdade, a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na polis, ou seja, um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural, entre outras –, um valor fundamental, portanto, cuja essência Arthur Kaufmann logrou traduzir em frase de rara felicidade: *não só, mas também*.

Dessarte, falar em pluralismo político significa dizer que, respeitadas as poucas *restrições estabelecidas na própria Lei Fundamental* – pois nesse terreno é imperativa a reserva de Constituição –, o indivíduo é livre para se autodeterminar e levar a sua vida como bem lhe aprovou, imune a intromissões de terceiros, sejam elas provenientes do Estado, por tendencialmente invasor, ou mesmo de particulares<sup>7</sup>. (Grifos nossos).

Daí resulta a patente inconstitucionalidade da *imposição de uma determinada convicção moral ou religiosa em matéria de gênero ou sexualidade*, tal qual pretende o ato legislativo aqui impugnado. Em sentido frontalmente contrário, o Estado moderno se baseia na ideia de neutralidade ética, como se deduz dos princípios constitucionais acima mencionados, e deve abster-se de promover ou rechaçar uma moral sexual<sup>8</sup>.

Desta feita, é *irrefutável* o vício substantivo que inquia a Lei Municipal em questão, haja vista a inconstitucionalidade do *fim pretendido pela norma*, em face do que preceituam os arts. 2º e 5º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como o art. 1º, *caput*, inciso V, e parágrafo único da CRFB/88.

### ***3.3 Da ofensa ao princípio constitucional da igualdade no aspecto estrutural (direito de antidiscriminação). Da política pública educacional pela diversidade e igualdade de gênero como imperativo constitucional***

É possível ainda apontar a desconformidade do ato legislativo objeto da presente representação em face da Constituição Estadual à luz do princípio constitucional da igualdade, na sua dimensão estrutural (*direito de antidiscriminação*).

De acordo com a filósofa norte-americana Nancy Fraser, as compreensões sobre justiça (e igualdade) podem ser esquematizadas segundo dois paradigmas distintos. Sob o paradigma da redistribuição, relacionado com a estrutura econômica da sociedade, as medidas de caráter universalista e igualitário se mostram adequadas para remediar situações de desigualdade, por meio do restabelecimento de condições de materiais de vida adequadas para todos os cidadãos.

Por outro lado, no paradigma do reconhecimento, que diz respeito a padrões sociais de representação, situações de dominação cultural que geram a invisibilidade e a subordinação e o menosprezo permanente por determinados grupos de cidadãos (tais

- 
7. BRANCO, Paulo Gustavo Gonçalves; COELHO, Inocêncio Mártires e MENDES, Gilmar Ferreira; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 156.
  8. BORRILLO, Daniel. Por una teoría queer del derecho de las personas y las familias. In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 39, jul/dez 2011, p. 34.

como as mulheres e os homossexuais), são exigidas do Estado medidas diferenciadoras e particularistas, capazes de combater a injustiça cultural ou simbólica e romper com a situação perene de estigmatização destes grupos de pessoas<sup>9</sup>.

Concebe-se, pois, modernamente, que o princípio constitucional da igualdade não se esgota no modelo liberal-individualista, que apenas veda distinções irrazoáveis dos cidadãos perante a lei.

Isso porque a concepção individualista de igualdade – que permite a diferenciação, desde que adequada ao critério da razoabilidade – não tem em conta o pertencimento do indivíduo a um grupo historicamente discriminado e não se mostra, portanto, suficiente para vencer cenários de desigualdade estrutural (permanente submissão e exclusão de certos grupos sociais – tal qual as mulheres e os homossexuais em nossa sociedade)<sup>10</sup>.

E a Constituição da República de 1998, em seu art. 3º, inciso IV<sup>11</sup>, seguida pela Constituição do Estado do Rio de Janeiro, na disposição dos arts. 5º e 9º, § 1º<sup>12</sup>,

- 
9. FRASER, Nancy. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. In: RIOS, Roger Raupp. Direitos Fundamentais e Justiça – Ano 6, nº 18, p. 169-177, jan./mar. 2012.
  10. SABA, Roberto. “(Des)igualdad estructural”. In: Revista Derecho y Humanidades, nº 11, Faculdade de Direito da Universidade do Chile, 2005.
  11. Constituição da República de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

12. Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

“Art. 5º – O Estado do Rio de Janeiro, integrante, com seus municípios, da República Federativa do Brasil, proclama e se compromete a assegurar em seu território os valores que fundamentam a existência e a organização do Estado Brasileiro, quais sejam: além da soberania da Nação e de seu povo, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político; tudo em prol do regime democrático, de uma sociedade livre, justa e solidária, isenta do arbítrio e de preconceitos de qualquer espécie.”

“Art. 9º – O Estado do Rio de Janeiro garantirá, através de lei e dos demais atos dos seus órgãos e agentes, a imediata e plena efetividade dos direitos e garantias individuais e coletivos, mencionados na Constituição da República, bem como de quaisquer outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota e daqueles constantes dos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil. § 1º – Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição”.

agasalhou amplamente a ideia de combate à desigualdade estrutural, uma vez que elencou como objetivo fundamental da República Brasileira a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” e livre de preconceitos de “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, além de erigir como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CRFB/88 e art. 8º da CERJ).

Como decorrência lógica dos objetivos traçados pelo constituinte, a implantação de uma política educacional capaz de transformar mentalidades e práticas, de forma a romper com estereótipos presentes na cultura dominante não é somente um fim constitucionalmente legítimo, mas antes um imperativo resultante da Lei Fundamental.

Não há dúvida de que as discriminações de gênero, étnico-racial e por orientação sexual, bem como a violência resultante desses processos são produzidas e reproduzidas em todos os espaços da vida social brasileira, inclusive a escola.

É oportuno lembrar que em levantamento recente da organização não governamental Transgender Europe – rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero –, apurou-se que o Brasil é o país que mais mata transexuais e travestis no mundo<sup>13</sup>.

Outro triste dado estatístico, constante do 2º Relatório sobre Violência Homofóbica (2012) aponta que, no ano de 2012, observou-se um aumento de 46,6% no registro de violações de direitos de pessoas homossexuais, em relação ao ano anterior<sup>14</sup>.

Além disso, estimativa feita pelo Mapa da Violência 2015 revela que a violência contra as mulheres segue vitimando milhares de brasileiras diariamente. Dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013, 50,3% foram cometidos por familiares, sendo a maioria desses crimes (33,2%) cometidos por parceiros ou ex-parceiros. Isso significa que a cada sete feminicídios, quatro foram praticados por pessoas que tiveram ou tinham relações íntimas de afeto com a mulher<sup>15</sup>.

Dante deste gravíssimo cenário, o rumo apontado pela Constituição Estadual e própria Lei Fundamental brasileira é justamente o oposto ao preconizado pela Lei Municipal nº 5.165/2015 de Volta Redonda, que, ao vedar a discussão dos conceitos

- 
13. Noticiado aos 13 de novembro de 2015 pela EBC Agência Brasil. Publicação disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-11/com-600-mortes-em-seis-anos-brasil-e-o-que-mais-mata-travestis-e>>.
  14. Segundo informação oficial da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>. Acesso em: 26 jan. 2016, 19h.
  15. Segundo dados oficiais sobre homicídios de mulheres no Brasil disponíveis em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 26 jan. 2016, 19h.

de gênero e sexualidade no âmbito da escola, impossibilita o enfrentamento da violência contra as mulheres, contra pessoas homossexuais e outros grupos estigmatizados socialmente, no campo da injustiça cultural ou simbólica.

Em face de todo o exposto, há de ser reconhecida a inconstitucionalidade material do citado diploma legislativo, haja vista a afronta às normas contidas no arts. 8º e 9º, § 1º, da Cerj, bem como dos arts. 1º, inciso III, e 3º, inciso IV, CRFB/88.

#### **4. Da medida cautelar**

Diane do prazo de sessenta dias previsto no ato legislativo (art. 2º da Lei Municipal nº 5.165/2015) para sua regulamentação e, portanto, aplicação prática na esfera da educação municipal, mostra-se essencial a concessão de medida cautelar na forma do art. 105 do Regimento Interno do TJRJ, a fim de suspender imediatamente a presunção de validade da perniciosa norma, sob pena de dano irreparável na prestação do serviço público de educação de qualidade, direito fundamental dos municípios de Volta Redonda, assegurado no art. 206, inciso VII, da CRFB/88.

Ademais, a aproximação do início do ano letivo de 2016 impõe, com maior fundamento, a suspensão da eficácia do ato normativo, sob pena de inviabilizar a construção de política educacional pela diversidade e igualdade de gênero pela Secretaria municipal de Educação do Município de Volta Redonda no corrente ano, o que causará dano irreparável a toda a população, especialmente aos usuários dos serviços públicos de educação e aos grupos sociais vítimas de discriminação.

A plausibilidade da tese jurídica aqui sustentada está ancorada nos inúmeros dispositivos constitucionais apontados supra, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referida no item II.

#### **5. Dos pedidos**

Ante o exposto, requer o Defensor Público Geral do Estado, admitida a presente Representação de Inconstitucionalidade:

- i) sejam notificados o prefeito e o presidente da Câmara de Vereadores do município de Volta Redonda, a fim de prestarem informações;
- ii) seja deferida medida cautelar, nos termos do art. 105, RITJRJ, com efeitos *ex tunc*, com a consequente suspensão imediata da eficácia da Lei nº 5.165/2015 do município de Volta Redonda;
- iii) a intimação da Procuradoria Geral do município de Volta Redonda para manifestar-se nos termos do art. 104, § 2º, RITJRJ;
- iv) seja, ao final, julgado procedente o pedido pelo Colendo Órgão Especial, declarando-se, com eficácia *ex tunc* e efeitos *erga omnes*, a inconstitucionalidade da Lei nº

5.165/2015 do município de Volta Redonda, diante da contrariedade aos arts. 2º; 5º; 7º; 8º; 9º, § 1º; 112, § 1º, inciso II, “d”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como aos arts. 1º, caput, incisos III e V e parágrafo único, 2º; 3º, inciso IV, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2016.

André Luís Machado de Castro  
Defensor Público Geral do Estado



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

Representante: EXMO SR DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO DO RÍO DE JANEIRO

Representado: CAMARA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA

LEGISLACAO: LEI Nº 5.165/2015 DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA

Relator: Des. **MALDONADO DE CARVALHO**

## ACÓRDÃO

**EMENTA:** REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IDEOLOGIA DE GÊNERO. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. LEI Nº 5.165/2015 QUE VEDA A IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA DE IDEOLOGIA DE GÊNERO NOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO NO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. COMPETENCIA LEGISLATIVA. VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACOLHIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 1 A completa vedação à divulgação e ao estudo da “ideologia de gênero” exerce verdadeira censura e ofensa à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento e o saber, o que se mostra inadmissível no âmbito plural e isonômico do Estado Democrático de Direito. 2. Na formulação da política educacional devem ser respeitadas as diversidades de valores, crenças e comportamentos existentes na sociedade, razão pela qual a proibição pura e simples de determinado conteúdo pode comprometer a missão institucional da escola de se constituir como espaço de formação da pessoa humana. 3. Por um lado, temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, e, por outro, o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimento ou reproduza as desigualdades.

PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação por Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000, em que é Representante o **EXCELENTÍSSIMO SENHOR DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO**



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-  
60.2016.8.19.0000

DO RIO DE JANEIRO, e Representado a CÂMARA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA.

**ACORDAM** os Desembargadores que integram a Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria, em julgar procedente a Representação, declarando-se a inconstitucionalidade material da Lei nº 5.165/2015, do Município de Volta Redonda nos termos do voto do Relator, vencidos os Exmos. DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO, DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO, DES. BERNARDO MOREIRA GARCEZ NETO, DES. ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO, DES. ODETE KNAACK DE SOUZA, DES. JOSE CARLOS VARANDA DOS SANTOS e DES. FRANCISCO JOSE DE ASEVEDO. Na questão da inconstitucionalidade formal, ficaram vencidos os DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES E DES. CELSO FERREIRA FILHO que a pronunciavam, rejeitada pela maioria.

Trata-se de representação de inconstitucionalidade arguida pelo EXCELENTÍSSIMO SENHOR DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em face da Lei nº 5.165, de 20/08/2015, do Município de Volta Redonda, que veda a implantação da política de ideologia de gênero nos estabelecimentos de ensino do Município de Volta Redonda.

Aduz o representante, em síntese, que há vício de iniciativa no diploma legislativo vergastado, uma vez que o processo que culminou na sua promulgação não observou o art. 112, § 1º, II, d, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que prevê que “a iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo; que a citada regra constitucional, não obstante esteja referida aos projetos de iniciativa privativa do Governador do Estado, aplica-se, por simetria, ao Chefe do Executivo dos Municípios, uma vez que a *ratio* da disposição é a preservação da independência e harmonia dos Poderes da República; que a Lei Orgânica do Município de Volta Redonda estabelece em seu art. 53 que, verbis, “compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa das leis que versem sobre: (...) IV – criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração direta e indireta do Município”; que ao estipular diretrizes para a política educacional do Município, exercendo direta



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

interferência sobre o Plano Municipal de Educação, a Lei nº. 5.165/2015, de iniciativa do Presidente da Câmara de Vereadores, inegavelmente impôs atribuições à Secretaria de Educação de Volta Redonda; que a leitura do art. 2º da citada lei deixa evidente a indevida ingerência sobre o órgão do executivo, uma vez que atribui à Secretaria Municipal de Educação a regulamentação da proibição contida no art. 1º, no prazo de sessenta dias; que o princípio da Separação dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República de 1988, reproduzido, por simetria, no art. 7º, da Constituição Estadual, constitui-se num dos fundamentos da ordem política brasileira e sua ofensa há de ser veementemente contida pelo controle de constitucionalidade, argumentando, por fim, que, não bastasse o vício formal apontado, sob o filtro material da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o teor da Lei nº. 5.165/2015, do Município de Volta Redonda também resulta contrastante com os princípios e regras contidos no parâmetro constitucional, o que recomenda a censura judicial do ato legislativo.

O Presidente da Câmara Municipal de Volta Redonda, às fls. 33/46, presta informações, sustentando que a lei em questão não padece de vício de iniciativa, inexistindo violação ao art. 112, § 1º, II, "d", da Constituição do Estado; que a norma não cria nem extingue secretaria ou órgão da Administração Pública, pugnando pela interpretação restritiva da iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para propor Projeto de Lei; que in existe, igualmente, inconstitucionalidade material, já que a lei municipal está de acordo com o princípio republicano, o pluralismo e a isonomia, tendo em conta que visa coibir a imposição de uma única convicção ou modo de vida aos cidadãos, denominada "ideologia de gênero"; que há legitimidade do parlamento, enquanto representantes do povo, para dispor sobre a matéria, apontando que legislações semelhantes foram editadas em outros entes da federação.

O Prefeito do Município de Volta Redonda, por sua vez, presta informações às fls. 50/56, informando que o Projeto de Lei nº 054/2015, que deu origem à lei nº 5165/2015, foi por ele vetado, uma vez que "o tema em questão denominado 'ideologia de gênero' é matéria sensível que depende de ampla discussão pelo Poder Público e pela população, pois esbarra em princípios constitucionais como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, inexistindo, também, a invasão do Poder Legislativo na competência exclusiva do Poder Executivo, as dispor sobre as políticas de sua rede de educação.



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-  
60.2016.8.19.0000

O Ministério Público, oficiando no feito, opina pela procedência da representação (fls. 74/82).

A Procuradoria Geral do Estado pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da norma em questionamento, ressaltando que deve ser observado o disposto no artigo 358, incisos I e II, da Constituição Estadual, que assim dispõe: "Compete aos Municípios, além do exercício de sua competência tributária e da competência comum com a União e o Estado, previstas nos artigos 23, 145 e 156 da Constituição da República: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber; que se reconhece aos municípios a competência legislativa para "suplementar" a legislação federal e a estadual, "no que couber", mas sempre levando-se em conta que essa competência atua no espaço reservado ao estrito interesse local; que compete à União, privativamente, legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, não havendo como o município legislar em sentido contrário nem avançar em matérias de caráter geral, mormente quando prevista no art. 22 da Constituição Federal; que além do prejuízo à repartição de competências e à unidade do sistema, haveria o risco de distinções indevidas entre os estudantes brasileiros, a partir de aspectos meramente locais; que a Lei do Plano Nacional de Educação (PNE) – Lei nº 13.005/2014 – silencia a respeito do tema, apesar dos recentes e calorosos debates em torno de sua frustrada tentativa de inclusão na norma federal (fls. 83/86).

Às fls. 88/92, nova manifestação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, reiterando todos os fundamentos e pedidos da petição inicial, formulando requerimento para que seja deferido o acautelamento, na Secretaria desse E. Órgão Especial, da mídia contendo registro de áudio da audiência pública, realizada em 14 de julho de 2015, na Câmara de Vereadores do Município de Volta Redonda, em que se discutiu o Plano Municipal de Educação e a juntada de outros documentos.

É o relatório.

A lei questionada possui a seguinte redação:

LEI MUNICIPAL Nº 5.165



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

EMENTA: FICA VEDADA A IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA DE IDEOLOGIA DE GÊNERO NOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA

A Câmara Municipal de Volta Redonda aprova e eu, em conformidade com os art. §§ 1º e 8º do Artigo 60 da Lei Orgânica Municipal, promulgo a seguinte Lei:

Artigo 1º - Fica vedada a implantação da política de ideologia de gênero nos estabelecimentos de ensino do Município de Volta Redonda.

Artigo 2º - A Secretaria Municipal de Educação regulamentará a presente Lei no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a sua aprovação.

Artigo 3º - Revogam-se as disposições em contrário.

Volta Redonda, 20 de agosto de 2015.

PAULO CÉSAR LIMA CONRADO  
Presidente

Na verdade, a causa de pedir se encontra edificada sobre dois fundamentos: (i) vício formal, por afronta aos artigos. 7º e 112, § 1º, inciso II, "d", da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e art. 2º da Constituição da República; (ii) inconstitucionalidade material, por afronta às normas contidas nos artigos 8º e 9º, § 1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

### **I. DO VÍCIO DE INICIATIVA**

De se destacar, de pronto, que em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade da legislação municipal, o paradigma de confronto é a Constituição Estadual, que, como é cediço, é provida de eficácia normativa, ainda que se limite, sobre determinados temas, a reproduzir dispositivos da Constituição da República.

Por certo, e como assim doutrina o Desembargador JESSE TORRES, "na estrutura federativa brasileira, os estados-membros e os municípios não dispõem de autonomia ilimitada para organizarem-se. Aos entes federados, por simetria, impõe-se a observância dos princípios e regras gerais de organização adotados pela União. Os estados-membros e os municípios obrigam-se a reproduzir, em suas Leis Maiores, o princípio da separação dos



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Órgão Especial



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

Poderes, bem como a efetivamente respeitá-lo no exercício de suas competências" (CE/89, art. 7º).

Aliás, "na via concentrada de controle da constitucionalidade das leis municipais, o paradigma de contraste é a constituição do respectivo estado-membro. Vício de iniciativa ocorre sempre que houver intromissão do Legislativo na definição da estrutura e das atribuições do Poder Executivo, dependentes que são de leis de iniciativa privativa do Chefe deste".<sup>1</sup>

Com efeito, dispõe o artigo 112, §1º, II, 'd', da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – CERJ, com a nova redação que lhe foi dada pelo art. 12, da Emenda Constitucional nº 53, de 26/06/2012. (D.O. de 27/06/2012) que, *verbis*, "A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que: II - disponham sobre: (...) d) criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 145, caput, VI, da Constituição.

Sobre o tema, aliás, o Supremo Tribunal Federal, em sede de REPERCUSSÃO GERAL, firmou o entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão taxativamente previstas no art. 61 da Constituição, que trata da reserva de iniciativa de lei do Chefe do Poder Executivo, razão pela qual não se permite interpretação ampliativa para abranger matérias além daquelas relativas ao funcionamento e estruturação da Administração Pública, mais especificamente, a servidores e órgãos do Poder Executivo.

Confira-se:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO. DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016. ARE 878911 RG / RJ - RIO DE JANEIRO. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RELATOR MINISTRO GILMAR MENDES. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade

<sup>1</sup>Representação por inconstitucionalidade nº 0061984-92.2014.8.19.0000. Órgão Especial, TJRJ.



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

estadual. Lei 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro. Instalação de câmeras de monitoramento em escolas e cercanias. 3. Inconstitucionalidade formal. Vício de iniciativa. Competência privativa do Poder Executivo municipal. Não ocorrência. Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos. 4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso extraordinário provido.

Nesse mesmo sentido são também os seguintes julgamentos: ADI 2.672, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Redator p/ acórdão Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJ 10.11.2006; da ADI 2.072, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe 2.3.2015; e da ADI 3.394, Rel. Min. EROS GRAU, DJe 215.8.2008.

De fato, e como bem sevê, a lei impugnada não dispõe especificamente sobre a organização e funcionamento da administração municipal, criação de cargos, funções ou empregos públicos e servidores, da mesma forma que não cria secretarias e órgão da administração pública, mas tão somente veda a implantação da política de ideologia de gênero nos estabelecimentos de ensino do Município de Volta Redonda, atribuindo à Secretaria Municipal de Educação a regulamentação da proibição nela imposta.

Na verdade, apesar de reconhecer-se que a competência para legislar sobre as “diretrizes e bases da educação nacional” é privativa da União, nos termos do art. 22, XXIV, da Constituição Federal, que prevê, ainda, no art. 24 que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX – “educação, cultura, ensino e desporto”, certo é que a Lei Federal nº 13.005, de 25 de junho de 2014, ao aprovar o Plano Nacional de Educação, determina, expressamente, em seu art. 8º, que, *verbis*, “os Estados, Distrito Federal e Municípios deverão elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes metas e estratégias previstas neste PNE, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta lei”.

Daí a conclusão de que não há a alegada violação ao art. 112, § 1º, II, “d”, c/c art. 145, VI, ‘a’, ambos da Constituição do Estado, razão pela qual



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-  
60.2016.8.19.0000

não há que falar em afronta ao princípio da separação, independência e harmonia dos Poderes (art. 7º, da constituição Estadual), como assim apregoa o representante.

## **2. DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

### **2.I. INTRODUÇÃO**

Para melhor exame da norma impugnada, agora sob prisma da inconstitucionalidade material, necessário se faz indicar, sob a ótica doutrinária, o que apregoam aqueles que se debruçam científicamente sobre o tema.

Enquanto o sexo se refere a uma condição orgânica que nos define como homem ou mulher, o gênero é o conjunto de propriedades atribuídas social e culturalmente em relação ao sexo dos indivíduos.

O conceito gênero só surgiu porque se tornou necessário mostrar que muitas das desigualdades às quais as mulheres eram e são submetidas na vida social, são decorrentes da crença de que nossa biologia nos faz pessoas inferiores, incapazes e merecedoras de mais ou menos direitos.

Busca-se, dessa forma, não negar o fato de que possuímos uma biologia, mas afirmar que ela não deve definir nosso destino social.

Originalmente, as reflexões acerca da influência da sociedade e da cultura, no conjunto das definições que nos dizem o que é “ser homem”, e o que é “ser mulher”, se iniciaram nas ciências sociais e humanas, como sociologia, história, filosofia e antropologia, mas, hoje, os estudos de gênero se constituem num campo multidisciplinar, composto por várias abordagens e presentes em todas as ciências – naturais, exatas, jurídicas, saúde, comunicação, esporte e etc.

Hoje, a bem da verdade, os estudos de gênero se aproximam também das discussões com outras identidades, como raça-etnia, classe social, religião, nacionalidade, condição física, orientação sexual etc., sendo, por isto, chamados de estudos de interseccionalidade, o que permite explicar os sujeitos



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-  
60.2016.8.19.0000

LGBT e TRANS, na medida em que discutem, por exemplo, a identidade de gênero e o uso do nome social.

Por conseguinte, a perspectiva de gênero está na base dos novos direitos humanos e na justificativa das políticas de amparo às mulheres que repercute nas discussões acerca do conceito de vida e das leis sobre direitos sexuais e reprodutivos, aborto e população LGBT.

A discussão dos planos municipais e estaduais de educação, como é do conhecimento geral, provocou protestos em plenários de Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas de todo o País, isso porque bancadas evangélicas se posicionaram favoráveis e grupos pró-diversidade se colocaram contrários ao veto de iniciativas que tratavam de igualdade, identidade de gênero, orientação sexual e sexualidade nas escolas.

A polêmica vem desde 2014, quando durante a tramitação no Congresso Nacional do PNE (Plano Nacional de Educação), que dita as diretrizes e metas da educação para os próximos dez anos, a questão de gênero foi retirada do texto.

Na ocasião, as bancadas religiosas afirmaram que essas expressões valorizavam uma "ideologia de gênero", corrente que deturparia os conceitos de homem e mulher, destruindo o modelo tradicional de família, sendo que o PNE também incluía temas como número de alunos por sala, remuneração de professores e repasse de verbas para a educação, mas a questão de gênero acabou dominando a discussão.

O texto vetado colocava como meta, *verbis*, "a superação de desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual", sendo que o PNE aprovado, porém, não fez qualquer menção às duas últimas questões – gênero e orientação sexual –, delegando para Estados e Municípios a decisão de incluí-las ou não em seus planos.

Apesar de ter vencido o prazo anteriormente concedido no dia 26 de junho, algumas cidades e Estados ainda não aprovaram seus planos, a exemplo de Limeira, no interior paulista, cujo Plano Municipal de Educação



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-  
60.2016.8.19.0000

ainda passará por audiências públicas para ser encaminhado para votação dos vereadores.

Movimentos pró-direitos humanos e direitos LGBT consideram a inclusão do debate de gênero nas escolas fundamental para combater a discriminação e a violência física e psicológica de gênero contra lésbicas, gays, transexuais e mulheres, e afirmam ser papel do Estado promover, através da educação, o respeito à diversidade.<sup>2</sup>

O principal postulado dos ideólogos da teoria de gênero é o de que masculino e feminino são meras construções sociais e que independem do sexo biológico de cada indivíduo, razão pela qual cada pessoa poderia, inclusive, mudar sua opção de “gênero” ao longo da vida.

Uma das fontes mais citadas para explicar a teoria de gênero é SHULAMITH FIRESTONE, para quem “as diferenças genitais entre os seres humanos já não importariam culturalmente”.

Nessa toada, como sinaliza JUDITH BUTLER<sup>3</sup>, “o gênero é uma construção cultural; por isso não é nem resultado causal do sexo, nem tão aparentemente fixo como o sexo (...) homem e masculino poderiam significar tanto um corpo feminino como um masculino; mulher e feminino tanto um corpo masculino como um feminino”.<sup>4</sup>

Os estudiosos que se dedicam a análise e discussão do tema, ressaltam, ainda, que a expansão da ideologia de gênero teve início na Conferência sobre as Mulheres, realizada em Pequim, em 1995.

A jornalista norte-americana e participante daquela conferência DALE O'LEARY<sup>5</sup>, destacou naquela oportunidade que o evento resultou em orientações para que governos de todo o mundo incorporassem a “perspectiva de gênero” em todo programa e em toda a política, em cada instituição pública e privada.

<sup>2</sup> <http://educacao.uol.com.br/noticias/2015/08/11/o-que-e-a-ideologia-de-genero-que-foi-banida-dos-planos-de-educacao-afinal.htm>

<sup>3</sup> *The Dialectic of Sex*, de 1970.

<sup>4</sup> *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, de 1990.

<sup>5</sup> *The Gender Agenda*. 1997 (Discussão do Gênero – em tradução livre).



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

Em sua crítica, DALE lamenta que uma decisão com esse alcance tenha se dado sem a prudência de se explicar às pessoas a natureza dessa agenda, e afirma que essa descrição foi proposital, uma vez que. “A Agenda de Gênero navega nas comunidades não como um navio elevado, mas como um submarino, determinado em revelar-se tão pouco quanto possível”, diz a escritora.<sup>6</sup>

## **2.2. DO EXAME DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL**

Dispõe o art. 306, da Constituição Estadual, que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e a formação do cidadão; o aprimoramento da democracia e dos direitos humanos; a eliminação de todas as formas de racismo e de discriminação; o respeito dos valores e do primado do trabalho; à afirmação do pluralismo cultural; a convivência solidária a serviço de uma sociedade justa, fraterna, livre e soberana”.

Dispõe, ainda, a Carta Estadual, no art. 307, que, *verbis*, “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, vedada qualquer discriminação; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino”.

Da mesma forma, prevê o art. 5º, inciso IX, da Constituição da República, a “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Na verdade, a completa vedação à divulgação e ao estudo da “ideologia de gênero” exerce verdadeira censura e ofensa à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento e o saber, o que se mostra inadmissível no âmbito plural e isonômico do Estado Democrático de Direito.

<sup>6</sup> <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/confusao-em-torno-do-termo-comecou-ha-vinte-anos-na-onu-8tv1tze6lvuxy7iv7s6hv9ltx>



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

Por certo, o Plano Municipal de Educação não se limita apenas às crianças, alcançando também jovens e adultos atendidos pela rede de ensino, uma vez que cabe a escola, ambiente de ensino e responsável pela formação ética e cultural do indivíduo, manter o diálogo e a informação com os pais, alunos e sociedade civil, todos num único objetivo, o de promover o bem geral, através de uma educação inclusiva, participativa.

Fato é que se, por um lado, o Plano Nacional de Educação – PNE<sup>7</sup> retirou do seu texto o termo “ideologia de gênero”, por outro, deixou de fazer, quando poderia, qualquer menção no sentido de coibir, em sentido amplo, o estudo de gênero nas escolas, optando pela autonomia dos Municípios no exame e discussão sobre o tema.

Aliás, a controvérsia foi objeto de destaque na apresentação do Plano Nacional de Educação 2014-2024, como assim pontuado: “A mais ruidosa polêmica diz respeito à alteração da diretriz que previa a superação das desigualdades educacionais (inciso III do art. 2º do substitutivo da Câmara). O Senado alterou esse dispositivo, retirando a ênfase na promoção da “igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual”, expressão substituída por “cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação”.

Logo, adotar-se posição proibitiva à informação e ao diálogo, chancelaria tratamento discriminatório, criando entraves à promoção da cidadania e a igualdade, em afronta a Constituição do Estado e a Constituição Federal.

Inconteste, pois, que a Câmara Municipal de Volta Redonda, ao editar a referida norma jurídica, vedando a implantação da política de ideologia de gênero nos estabelecimentos de ensino do Município de Volta Redonda, violou, de uma só tacada, o princípio constitucional da igualdade no aspecto estrutural (direito a não discriminação), o direito fundamental à diferença, o modelo republicano do Estado brasileiro, baseado no pluralismo político, e o princípio da laicidade estatal.

---

<sup>7</sup> Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências, publicada no Diário Oficial da União 1 (edição extra), de 26 de junho de 2014.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Órgão Especial



Representação de Inconstitucionalidade nº 0007584-60.2016.8.19.0000

Daí, como assim sinaliza o Ministério Público, “vislumbra-se a existência de vício material, por conta da vedação, de maneira peremptória da denominada “ideologia de gênero” (fls. 80).

Demais a mais, e como faz ver mais uma vez a dnota Procuradoria de Justiça, *verbis*, “o art. 307 da Constituição estadual, no inciso VI, informa que o ensino público será orientado pelo princípio da gestão democrática, com a participação da sociedade na formulação da política educacional”, razão pela qual, *verbis*, “devem ser respeitadas as diversidades de valores, crenças e comportamentos existentes na sociedade. Contudo, a proibição pura e simples do conteúdo pode comprometer a missão institucional da escola de se constituir como espaço de formação da pessoa humana” (fl. 81).

Por fim, e como doutrina o Professor Catedrático da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra doutor BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, *verbis*, “Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

À vista do exposto, julga-se procedente a Representação para declarar a inconstitucionalidade material da Lei nº 5.165/2015, do Município de Volta Redonda, com efeitos *ex tunc*, nos termos da fundamentação supra.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2017.

Desembargador **MALDONADO DE CARVALHO**  
Relator

## ÓRGÃO ESPECIAL

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0007584-60.2016.8.19.0000

REPRESENTANTE: EXMO SR DEFENSOR PÚBLICO  
GERAL DO ESTADO DO RIO DE  
JANEIRO

REPRESENTADO: CÂMARA MUNICIPAL DE VOLTA  
REDONDA

DES. VENCIDO: GABRIEL ZEFIRO

## VOTO VENCIDO

Divergi da maioria conforme os seguintes fundamentos.

O tema sob análise é permeado por inúmeras polêmicas.

Afinal, o que quis dizer a Lei nº 5.165 de Volta Redonda com “*política de ideologia de gênero*”?

O desconhecimento da comunidade jurídica sobre alguns conceitos dos movimentos feministas e da teoria *queer* tem sido a grande razão para a balbúrdia quando se discute a ideologia de gênero. Para compreender o tema, serão expostos, de forma didática e detalhada, alguns desses conceitos.

De todas as críticas que os movimentos feministas<sup>1</sup> formulam, interessa aqui aquela que afirma existirem dois

<sup>1</sup> Melhor falar em movimentos feministas, no plural, porquanto há várias correntes de pensamento feminista e não apenas um. Exemplo: Feminismo Radical, Feminismo Liberal, Feminismo Marxista, Feminismo *Queer*,

estereótipos de comportamento cogentes para os indivíduos na sociedade: o do homem patriarcal heteronormativo<sup>2</sup>, agressivo, assertivo, valente, e da mulher submissa, frágil, passiva, maternal, recatada e doméstica.

Segundo a crítica feminista, esses estereótipos – que também serão criticados pela teoria *queer*, como será exposto adiante – atenderiam a um sistema social patriarcal, criado para controlar a capacidade reprodutiva de mulheres, que estaria baseado na hierarquia entre indivíduos, diferenciados pelo sexo.

O ponto central da crítica está numa suposta distinção entre gênero e sexo. Defende-se que o conceito de sexo seria puramente biológico, ou seja, o sexo anatômico. Ao passo que o de gênero seria o papel social que cada indivíduo desempenha na sociedade, papel esse traçado em razão de uma hierarquia entre os sexos. Ou seja, seria uma construção sócio-ideológica que distingue indivíduos e define seus poderes, direitos, deveres e limitações em função do sexo.

Assim é que se tornou célebre a frase de Simone de Beauvoir: “*ninguém nasce mulher: torna-se mulher.*”, que continua: “*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*”<sup>3</sup>.

---

Feminismo Interseccional. Para saber mais, vide: <http://pandoralivre.com.br/2015/08/26/entenda-os-diferentes-feminismos/>.

2 “Heteronormatividade (do grego *hetero*, “diferente”, e norma, “esquadro” em latim) é um termo usado para descrever situações nas quais orientações sexuais diferentes da heterossexual seriam marginalizadas, ignoradas ou perseguidas por práticas sociais, crenças ou políticas. Isto inclui a ideia de que os seres humanos recairiam em duas categorias distintas e complementares: macho e fêmea; que relações sexuais e maternais seriam normais somente entre pessoas de sexos diferentes; e que cada sexo teria certos papéis naturais na vida. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Heteronormatividade>.

<sup>3</sup> BEAUVIOR, Simone de. O Segundo Sexo. A experiência vivida. Vol. 2. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 2016. 3<sup>a</sup> Ed. Pág.11.

Muito embora não falando ainda em gênero, o nome do livro, “O Segundo Sexo”, não foi escolhido à toa. Nele já está resumida a crítica central: a mulher não seria o primeiro, mas o segundo gênero – a casta inferior, numa relação de dependência e submissão ao homem.

A autora é considerada uma das precursoras do Feminismo Radical cuja ideia principal se assenta na noção de que fatores sociais, políticos e históricos condicionariam o que se entende por feminilidade: a mulher seria o resultado da imposição de tais fatores em sua personalidade.

Assim, para Beauvoir, a identidade feminina seria moldada pelo que a sociedade espera e exige da mulher. Nesse sentido, desde pequena, a menina aprenderia a renunciar sua autonomia, para ajustar-se ao que lhe seria ensinado como sendo adequado a uma mulher ser, agir e pensar. Ela se espelharia, primeiramente, na mãe, obediente à vontade do marido e do pai, e depois, nas demais mulheres, educadoras, babás, que reproduziriam a mesma submissão ao homem adulto e também ao próprio menino.

Adentrando a seara do simbólico psicanalítico, a autora defende que o sexo do menino seria valorizado e sentido como um personagem: para o menino, ele joga, brinca com o pênis, ao passo que a menina brinca de boneca. As mulheres não atribuiriam o mesmo valor ao próprio sexo, porquanto tudo que diz respeito ao seu genital seria secreto. Assim, o menino cresceria, reconhecendo sua superioridade, sua força e seu poder.

O entendimento de Beauvoir tem sido aprofundado por diversas correntes do feminismo<sup>4</sup> contemporâneo que tenta

<sup>4</sup> É bom esclarecer que os movimentos feministas distinguem os termos *feminismo* e *femismo*. Feminismo corresponderia à doutrina que luta pelos direitos das mulheres, sobretudo sua dignidade, para que sejam tratadas como ser autônomo e livre, ampliando sua participação nos centros de poder e tomada de decisão na sociedade, em situação de igualdade com os homens. Já o femismo corresponderia ao inverso do machismo,

apontar situações do cotidiano em que os estereótipos de comportamento seriam reforçados e reproduzidos na educação de meninas e meninos.

E justamente o ponto mais importante para entender a ideologia de gênero está em saber o que esses movimentos querem dizer com esses estereótipos.

Na infância, pesquisas demonstrariam que pais e mães de recém-nascidos acodem mais rapidamente o choro de seus bebês do sexo feminino do que do sexo masculino. Sustentam que a diferença decorreria da crença de que bebês do sexo feminino seriam mais frágeis. Então, desde os primeiros dias de vida, o menino já seria condicionado a conviver com suas angústias e suportá-las, pois o comportamento dos pais reforçaria a mensagem de que o choro não lhes resolveria as necessidades. Enquanto, no caso da menina, transmitiria a mensagem de que basta chorar que alguém irá atender suas vontades e protegê-la.<sup>5</sup> A proteção especial às meninas, dificultando-lhes aprender a lidar com o medo e a angústia, seria a primeira etapa do treinamento para a dependência.

Segundo outra pesquisa com crianças de ambos os sexos, com idade entre 20 a 24 meses, pais reforçariam a passividade nas filhas através da forma como participam de suas brincadeiras: meninos seriam deixados sozinhos brincando. Pais atuariam como espectadores neutros. Mas, com meninas, elogios e críticas seriam mais frequentes, sem que os pais as deixassem sozinhas. Meninos receberiam mais reações positivas ao brincarem com blocos de armar e negativa, se com bonecas; e meninas, reações positivas se com bonecas ou se pedissem ajuda ou se assistissem passivamente à televisão; e negativas, se saltassem, corressem, subissem em alguma

---

ou seja, seria a estrutura de ideias e costumes em que a mulher seria superior ao homem e que se basearia em preconceitos contra o gênero masculino.

<sup>5</sup> DOWLING, Colette. O Complexo de Cinderela. Tradução Amarylis Eugênia F. Mazzzi. Ed. Melhoramentos. São Paulo. 2012.

coisa. Concluem que o resultado dessa interferência seria o retardamento das meninas no aprendizado de aptidões motoras.<sup>6</sup>

Esse atraso seria incorporado ao seu psicológico, traduzido como a sensação de incapacidade. Isso porque a noção do *eu posso* ou *eu não posso*, na vida em geral, dependeria, antes de tudo, da experiência de dominar o corpo e transformar intenções em realidade, mediante movimentos físicos no espaço.<sup>7</sup>

Afirmam ainda que, com o passar dos anos, essas diferenças de comportamento tenderiam a se acentuar. Meninas incorporariam, desde cedo, a crença de que ninguém espera delas que tenham aptidões atléticas e, assim, suporiam que sua inaptidão seria inata. Essas crenças seriam reforçadas pelos mitos, pela cultura popular, por religiões e, às vezes, até mesmo pela ciência, como a medicina e a psicologia.

O mito da fragilidade feminina, segundo sustentam, teria sido influenciado pela medicina, ao condenar a prática de esportes para mulheres, sob pena de prejudicarem seu aparelho reprodutor, que, entendia-se, atrofaria.<sup>8</sup> Médicos e escritores agiam sinceramente convencidos de possuírem base científica para tais recomendações ou proibições.

Essa influência, que perdurou até final do século passado, explicaria por que, durante tanto tempo, mulheres foram proibidas de participar dos Jogos Olímpicos, tendo sido admitidas definitivamente em todas as modalidades esportivas somente no recente ano de 2012.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> DOWLING, Colette. O Mito da Fragilidade. Ed. Rosa dos Tempos. Tradução Ruy Jungmann. Rio de Janeiro. 2001. Pág. 75.

<sup>7</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>8</sup> *Idem. Ibidem.* Pág. 37.

<sup>9</sup> Disponível em: <http://nodeoito.com/mulheres-nas-olimpiadas/>.

Assim, defendem que o estereótipo da feminilidade vai sendo moldado, em torno do culto à beleza, da fragilidade, da doçura. Isso explicaria por que roupas femininas costumam ser mais apertadas que as masculinas, dificultando-lhes os movimentos e sexualizando seu corpo, como objeto de admiração do homem.

Além disso, mulheres e meninas seriam instadas a ser sorridentes, cuidadosas com as palavras para não magoar os sentimentos alheios e suportar mais o que as incomoda. No caso deles, seriam estimulados a ser independentes, racionais, assertivos, e mesmo, a se impor, de modo que, para o homem, seria um demérito aproximar-se das características atribuídas ao gênero feminino (Ex.: você é um homem ou uma mulherzinha?).

Nesse passo, a psicologia também teria influenciado a formação desses estereótipos, uma vez que a mulher que fugisse ao comportamento apropriado logo era diagnosticada como histérica. A histeria feminina foi considerada uma patologia que teria como causa o útero, quando a mulher passasse longos períodos sem ter filhos.<sup>10</sup> Hoje, superada essa fase da psicologia, remanesceria no senso comum a associação das expressões de raiva de uma mulher ao seu ciclo reprodutivo ou à sua sexualidade, como forma de a estigmatizar e humilhar.

Para as correntes feministas, esses estereótipos também irão atingir os transexuais, como será dito adiante, porquanto a construção do gênero não se limitaria à determinação de papéis sociais, mas sim produziria corpos.

Chegam a afirmar que a normatização sobre o corpo seria tão profunda na sociedade capitalista que seria estimulada a mudança de sua natureza para atender a esses estereótipos.

---

<sup>10</sup> LARA, Bruna de et all. Meu Amigo Secreto. Feminismo Além das Redes. Coletivo Não Me Khalo. Rio de Janeiro. 2016. Edições de Janeiro. Pág. 20.

Observe-se a quantidade absurda de cirurgias estéticas entre as mulheres. Seios, nádegas, cinturas, sendo adequadas ao “gosto” masculino, no mais das vezes estimulado pela indústria que se ceva dos excessos com a preocupação da beleza corporal.

Para essas correntes feministas, os dados alarmantes indicariam que as críticas de Beauvoir ainda se fariam atuais, ao reconhecer a desvalorização do sexo feminino. Afinal, a procura excessiva pela intervenção cirúrgica indicaria uma insatisfação muito grande da população feminina com seu corpo.

É nesse sentido que afirmam que corpos têm sido fabricados: o padrão estético corresponderia a essa forte cobrança social de que todos ajustem seus corpos ao estereótipo.

Assim, estaria correta a tese de que o machismo estrutural afastaria a mulher de sua própria natureza para se tornar o próprio gênero formatado.

É nesse contexto do pensamento crítico que, na década de 1990, surge o feminismo *queer* ou a teoria *queer*, a partir dos estudos de Judith Butler, registrados em seu livro Problemas de Gênero.

*Queer* é um termo inglês que designaria todo tipo de transviado.

Segundo a aludida obra, a classificação binária de gêneros (feminino ou masculino) seria insuficiente para designar todas as formas de relação com o sexo, pois não abrangeia outras categorias como os transexuais, os travestis ou aqueles que se identificam simultaneamente com o gênero feminino e masculino (não binários). O gênero mulher, tal como formulado pelas outras correntes feministas, igualmente reproduziria formas de opressão, já

que excluiria identidades que não se conformariam ao modelo dual clássico.<sup>11</sup>

Assim, essa corrente propõe a reformulação do conceito de mulher. Haveria duas espécies de mulher: a mulher *cis*, aquela que se identifica com o gênero correspondente ao seu genital de nascimento, e a mulher *trans*, aquela que não se identifica com o gênero associado ao genital com o qual nasceu. Bastaria a autodeclaração como mulher para um indivíduo dever ser identificado como tal.

Atualmente, a questão do transgênero é tratada como doença no Brasil. Corresponde às patologias catalogadas como transtorno de identidade sexual (CID 10. F.64) e englobam, entre outras, a hipótese do transexual e do travesti.<sup>12</sup>

O transexualismo ou também chamado de disforia de gênero corresponde a um sentimento de profundo descontentamento com o sexo anatômico e o forte desejo de ser aceito em sociedade como se possuísse as características do sexo oposto, desejando, inclusive, modificar o sexo por meio de cirurgia e ingestão hormonal.<sup>13</sup>

Por sua vez, a hipótese do travesti caracteriza-se pelo fato de o paciente usar vestimentas do sexo oposto, de modo a satisfazer a experiência temporária de pertencer ao outro sexo, mas sem desejo de alteração sexual mais permanente ou de uma transformação cirúrgica.<sup>14</sup>

Registre-se que essas características nada dizem respeito à orientação sexual do paciente. Este pode ser heterossexual

<sup>11</sup> Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-issotensoes-entre-vivencias-e-universidade/>

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60\\_f69.htm](http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f60_f69.htm)

<sup>13</sup> Idem. Ibidem.

<sup>14</sup> Idem. Ibidem.

ou homossexual, ou mesmo, bissexual, porquanto a patologia diz apenas quanto à aceitação ao seu corpo.

Desde 2008, o Sistema Único de Saúde brasileiro realiza cirurgias de mudança de sexo em pacientes diagnosticados com transexualismo.<sup>15</sup> O tratamento também envolve a ingestão de hormônios para adequar o corpo ao sexo desejado.

A Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013, do Ministério da Saúde, disciplina o procedimento médico-hospitalar e exige que o paciente seja maior de 18 anos de idade, porquanto é certo que o tratamento importa em malefícios à saúde e mudanças corporais definitivas.

A tal ideologia de gênero a que se refere a Lei nº 5.165 não corresponde às correntes feministas, em geral, mas sim à essa corrente do feminismo *queer*, que luta para que crianças diagnosticadas precocemente com a disforia de gênero possam receber tratamento hormonal já na infância ou na adolescência.

É evidente que a lei não está vedando nas escolas o debate sobre violência doméstica, sobre direito de igualdade, respeito às mulheres, aos homossexuais, transexuais e todas as demais minorias, sobre prevenção à gravidez, doenças sexuais, e até mesmo, sobre críticas ao machismo estrutural, razão pela qual não se verifica qualquer ofensa ao direito à igualdade, à diferença, ao princípio republicano, ao pluralismo político ou mesmo a laicidade estatal.

A lei quer tão somente impedir que crianças ingenuamente sejam convencidas de que a mudança de sexo é

<sup>15</sup> Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>

solução segura, quando, na verdade, o tratamento com ingestão hormonal implica esterilidade e mutilações definitivas.

Por que, então, a aludida lei – ao proibir nas escolas essa discussão, que não é mais apenas de gênero, mas sim de saúde – deve ser sim aprovada no exame de constitucionalidade?

Ora, considerando os interesses políticos que o tema envolve, parece evidente que a discussão em sala de aula extrapola o mero debate acadêmico. Veja que o legislador de Volta Redonda não teme essa discussão em igrejas ou em hospitais – locais mais apropriados para se cuidar de doenças – mas sim em escolas, pois é lá onde estão as crianças, o futuro alvo da militância *queer*.

Mas a resposta a essa pergunta não é tão óbvia quanto parece. É preciso dizer um pouco mais.

Os próprios movimentos feministas criticam a teoria *queer*, porquanto acreditam que a não autoaceitação do indivíduo ao seu corpo e o desejo de ser aceito em sociedade com suas características pessoais, sem ter que se ajustar a estereótipos, são decorrentes exatamente das mesmas opressões vividas por mulheres.

Nesse sentido, a transexual e militante do movimento LGBTT, Esther Pereira, ressalta que, no que a medicina chama de transtorno, há, em boa parte, um descontentamento de caráter subjetivo e social, exacerbado pela intensa discriminação que o paciente sofre dentro e fora da clínica médica, no âmbito familiar, profissional, tudo porque sua personalidade não é aceita no convívio em sociedade.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Disponível em: <http://www.transversus.com.br/cid10-texto.html>

Por outro lado, o critério da autodeclaração como suficiente para identificar uma mulher tem sido questionado até mesmo pelas próprias feministas, pois afirmam que a teoria *queer* transforma em privilégio cisgênero aquilo que, segundo elas, sempre foi e continua sendo a causa de sua opressão: a capacidade reprodutiva<sup>17</sup>; promovendo um esvaziamento de suas reivindicações.

Concluem, pois, que a solução não estaria em uma cirurgia de mudança de sexo, que significaria sair de um estereótipo para recair em outro, mas sim em romper tais estereótipos.

Nos Estados Unidos, onde o tratamento cirúrgico de pessoas transgênero é realizado há décadas, a Associação Americana de Psiquiatria, em 2012, declarou que “*a qualidade das evidências relativas à maior parte dos aspectos do tratamento em todos os subgrupos era baixa.*” Em 2004, a revisão de mais de 100 estudos médicos internacionais de transexuais operados não encontrou “evidências científicas robustas de que a cirurgia de mudança de sexo é clinicamente eficaz.”<sup>18</sup>

Chega-se a afirmar que, assim como não se oferece lipoaspiração a um paciente anoréxico, não se deveria oferecer cirurgia de mudança de sexo a um transexual.<sup>19</sup>

A crítica à teoria *queer* revela-se ainda mais contundente quando se observa que as taxas de suicídio de transexuais continuam alarmantes mesmo após a mudança

---

<sup>17</sup> O feminismo radical sustenta que enquanto mulheres não detiverem o poder de decisão sobre a interrupção da gravidez não terão plenas as suas dignidade e autonomia. Embasam este entendimento nas elevadas taxas de morte de mulheres em clínicas clandestinas de aborto, ignoradas pelos poderes públicos que, chefiados por homens, ditariam regras machistas, como a criminalização do aborto, que desprezariam seus direitos fundamentais.

<sup>18</sup> Disponível em: <http://notifam.com/pt/2016/50-anos-de-mudanca-de-sexo-transtornos-mentais-e-muitos-suicidios/>

<sup>19</sup> Disponível em: <http://portalc7.com/mundo-curioso/a-epidemia-de-suicidios-entre-transg-neros-uma-trag-dia-silenciosa-cirurgias-de-mudan-a-de-sexo-s-o-realizadas-pelo-sus-desde-2008/>

cirúrgica, o que indicaria a ineficácia do tratamento para solucionar um problema de ordem psicológica e psiquiátrica.<sup>20</sup>

O autor e conferencista Walt Heyer, que realizou, por duas vezes, cirurgias de mudança de sexo, comenta, em seu *site* construído para apoiar transexuais que se arrependem da cirurgia, que os “*os ativistas transgêneros estão tão ocupados pressionando por novas leis de proteção que ignoram a taxa de suicídio de 31%*”.<sup>21</sup>

Nos demais países, a discussão revela-se ainda mais polêmica, senão perigosa, quando se toma ciência de que a cirurgia tem sido oferecida em países onde a homossexualidade é punida com pena de morte, como alternativa à pena capital, que é o caso do Irã<sup>22</sup>, muito embora, como se viu, a orientação sexual nada tenha que ver com aceitação ao corpo.

Nesse contexto, o que se observa desse imenso debate é que ele não é levado a cabo de forma inteligente e proativa, pois qualquer posicionamento que se insurja no sentido de frear as reivindicações dos movimentos LGBT, *queer* etc. logo é tachado de transfóbico, machista ou homofóbico.

A medicina já mostrou que é suscetível de cometer equívocos e pode estar cometendo mais um, ainda mais considerando que o tratamento oferecido atende, mais uma vez, ao interesse econômico das indústrias de cirurgias plásticas e farmacológica.

A explanação acima tem por finalidade demonstrar a complexidade do tema. Há como discuti-lo nas escolas primárias e secundárias com eficácia relevante? Ou a discussão se limitará aos

<sup>20</sup> *Idem. Ibidem.*

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.sexchangeregret.com/Things-Ive-Learned>

<sup>22</sup> Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141105\\_iran\\_gays\\_hb](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141105_iran_gays_hb)



rasos argumentos da propaganda irresponsável de grupos que discutem as estrelas a olhar para o chão?

A conclusão a que se chega, considerando todo o contexto acima esmiuçado, é que a escolha legislativa em limitar o debate consiste numa decisão de natureza eminentemente política.

E, em matéria de política, não cabe ao Poder Judiciário intervir, salvo em casos de manifesta violação a direitos ou princípios constitucionais, o que não é o caso, sob pena de ofensa, aí sim, ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes (artigo 2º da CRFB), razão pela qual a lei é constitucional.

É como voto.

Rio de Janeiro, 17 de abril de 2017.

---

**DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO**



# **Petição inicial da ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública em defesa dos aposentados e pensionistas que tiveram, por decreto do governador, o pagamento de seus benefícios previdenciários referentes ao mês de março/2016 postergados para o mês de maio/2016**

Daniel Lozoya Constant Lopes

Elisa Costa Cruz

Fábio Amado de Souza Barretto

José Aurélio de Araújo

Lívia Miranda Müller Drumond Casseres

Samantha Monteiro de Oliveira

**RESUMO:** Trata-se da petição inicial da ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública em defesa dos 137 mil aposentados e pensionistas que recebem mais de dois mil reais líquidos de seus respectivos benefícios previdenciários e tiveram o pagamento de seus proventos e pensões pagos pelo Rioprevidência referente à competência de março/2016, com o pagamento anteriormente previsto para o décimo dia útil de abril, postergado para maio/2016. A ação foi resultado de trabalho articulado entre vários núcleos especializados: direitos humanos (Nudedh), idosos (Neapi), pessoas com deficiência (Nuped), criança e do adolescente (Cdedica) e fazenda pública (Nufaz), tendo em vista a amplitude e transversalidade dos atingidos pelo decreto do governador em exercício. Na petição, preliminarmente acentuou-se a legitimidade ativa para atuação defensorial em defesa de aposentados e pensionistas, que, privados de sua renda, ficam em situação de vulnerabilidade. No mérito, argumentou-se que a decisão administrativa de postergação do pagamento da verba alimentar violava a dignidade humana, pois colocava em risco o mínimo existencial dos beneficiários e de suas famílias. Alegou-se que houve uma subversão das prioridades constitucionais e legais, na medida em que idosos, crianças e adolescentes deveriam gozar de preferência, bem como uma quebra da isonomia, pois o pessoal da ativa não foi atingido. A tutela antecipada foi deferida e o arresto de centenas de milhões de reais realizado, possibilitando o pagamento dos proventos e das pensões ainda em abril. Foi uma atuação histórica da Defensoria Pública de ampla repercussão, exaltando a relevância social da atuação coletiva e da independência da instituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Aposentados e pensionistas. Ação Civil Pública. Arresto.

**Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da <sup>3</sup> Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital/RJ**

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, inscrita no CNPJ sob o nº 01.700.151/0001-15, com sede na Avenida Marechal Câmara, nº 314, Centro, Rio de Janeiro, RJ, com lastro no art. 5º, XXXV e LXXIV, e art. 134, *caput*, da Constituição da República, art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85, art. 4º, VII, VIII, X e XI, da Lei Complementar nº 80/94 e art. 179, *caput*, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, vem ajuizar a presente ação civil pública (com pedido de medida liminar) em face do fundo único de previdência social do Estado do Rio de Janeiro – Rioprevidência –, pessoa jurídica de direito público com natureza autárquica, inscrita no CNPJ sob o nº 03066219/0001-81, com sede na Rua da Quitanda, nº 106, Centro, Rio de Janeiro, RJ CEP 20091-005, e do Estado do Rio de Janeiro, pessoa jurídica de direito público interno, a ser citado na Rua do Carmo, nº 27, 13º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP 20011-900, aduzindo para tanto os fundamentos de fato e de direito a seguir expendidos.

**1. Da gratuidade *ope legis***

Em razão do disposto no art. 18 da Lei nº 7.347/85, é dispensado o adiantamento de custas na ação civil pública.

**2. Da legitimidade extraordinária da Defensoria Pública para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu***

Cuida a presente demanda dos direitos dos mais de *137 mil aposentados e pensionistas* do Estado do Rio de Janeiro, que, diante do recente Decreto nº 45.628/2016, editado pelo Chefe em exercício do Poder Executivo Estadual, *tiveram seu pagamento referente à competência de março de 2016 adiado para o dia 12 de maio de 2016, o que acarreta mais de quarenta dias de atraso e expõe os cidadãos a condições extremas de vulnerabilidade.*

Dada a situação de fato que dá ensejo à pretensão aqui deduzida, é possível afirmar que estão em jogo os direitos individuais homogêneos dos aposentados e pensionistas que auferem mais do que R\$ 2.000,00 (dois mil reais), grupo este majoritariamente composto por *pessoas idosas* e que conta ainda expressivo número de *pessoas com deficiência e pessoas com graves enfermidades* (entre pensionistas e aposentados por invalidez), as quais estarão, até dia 12 de maio de 2016, privadas de recursos *alimentares* para fazer frente às despesas mais essenciais de seu cotidiano, tais como alimentação, remédios e demais custos com a manutenção e tratamento da saúde, moradia etc. Compõem ainda

esse grupo, *crianças e adolescentes* pensionistas do Estado do Rio de Janeiro, cujo direito à proteção integral estará violado pelo não recebimento da parcela remuneratória.

Daí a plena legitimidade da Defensoria Pública para postular em juízo a tutela dos direitos individuais homogêneos dos aposentados e pensionistas, *dada a evidente situação de extrema vulnerabilidade em que se encontram*.

Não bastasse a existência de expressivo número de pessoas idosas, pessoas com deficiência e com graves enfermidades, além de crianças e adolescentes no grupo de cidadãos aqui tutelados, é fundamental notar que *absolutamente todos os aposentados e pensionistas privados de pagamento de seus proventos estão em situação de vulnerabilidade circunstancial*, uma vez que lhes foi subtraída qualquer condição econômica de acessar a justiça por recursos próprios.

Vale lembrar que, nos moldes traçados pela vigente Constituição da República, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional nº 80/2014, que modificou a redação do art. 134 da Carta Magna, a atuação da Defensoria Pública é pautada pelo critério da *vulnerabilidade*, capaz de atingir toda a sorte de *necessitados*, e não no mero pressuposto da hipossuficiência econômica, o que lhe autoriza amplamente a promover a ação coletiva, qualquer que seja a natureza do direito coletivo envolvido.

Sobre o conceito de vulnerabilidade, é relevante trazer à tona as “Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade”<sup>1</sup>, que incluem no conceito de pessoas em condição de vulnerabilidade aquelas que “por razão de sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico” (Seção 2<sup>a</sup>, alínea 1).

No plano infraconstitucional, além do rol expresso constante do art. 5º da Lei nº 7.347/85, encontramos sólido fundamento normativo na própria Lei Orgânica da Defensoria Pública (Lei Complementar nº 80/1994, alterada pela Lei Complementar nº 132/2009), a amparar a legitimidade extraordinária irrestrita da instituição na defesa dos grupos vulneráveis.

É o que se extrai do art. 4º do citado diploma:

- 
1. Documento elaborado por um grupo de trabalho constituído no seio da Conferência Judicial Ibero-Americana, na qual também participaram a Associação Ibero-Americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Inter Americana de Defensores Públicos (AIDEF) e a Federação Ibero-Americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA): “1. – Conceito das pessoas em situação de vulnerabilidade (3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de Justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico”.

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XI – exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, *do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado.*

Portanto, a tutela jurídica dos necessitados no sistema normativo vigente, estabelecido pela CRFB/88 e pela Lei Orgânica da Defensoria Pública, compreende quaisquer grupos que não disponham de capacidade de mobilizar por si sós recursos e estruturas para a defesa em juízo de seus próprios interesses, encontrando barreiras sociais e organizacionais para agir, ainda que de natureza episódica ou circunstancial como é a falta de pagamento de verbas alimentares, essenciais para a sobrevivência<sup>2</sup>.

Oportunas as lições do ilustre Defensor público do Estado de São Paulo Tiago Fensterseifer em sua obra *Defensoria Pública, Direitos Fundamentais e Ação Civil Pública*:

*O conceito de pessoas em condição de vulnerabilidade não difere substancialmente do conceito de pessoas necessitadas, especialmente se tomamos o seu sentido mais amplo, de acordo com o entendimento sustentado por nós, não se restringindo, portanto, apenas à perspectiva econômica. É certo que, muitas vezes, a carência econômica estará ainda acompanhada de outras causas de vulnerabilidade, tornando ainda maior a responsabilidade do Estado – e, portanto, da Defensoria Pública – de atuar no sentido de atender e tutelar os direitos de tais pessoas.<sup>3</sup>*

(Grifos nossos)

Na mesma obra, encontramos referência ao entendimento esposado pelo Ministro Antonio Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 931.513, no qual versou sobre o conceito de sujeitos hipervulneráveis:

- 
2. Digno de nota o brilhante parecer da eminente processualista civil da USP, Dra. Ada Pellegrini Grinover, prolatado nos autos da ADIN nº 3943, no qual a doutrinadora magistralmente descreve o conceito de “vulnerabilidade organizacional” disponível em <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>>, consulta realizada em 14 abr. 2016, 11h28.
  3. FENSTEREIFER, Tiago. Defensoria Pública, direitos fundamentais e ação civil pública: a tutela coletiva dos direitos fundamentais (liverais, sociais e ecológicos dos indivíduos e grupos sociais necessitados). São Paulo, Saraiva, 2015, p. 64.

“A categoria ético-política e também jurídica dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de *sujeitos hipervulneráveis*, entre os quais se destacam por razões óbvias as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental. (...) Na ação civil pública, em caso de dúvida sobre a legitimação de agir de um sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações p. ex. –, sobretudo *se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana*, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte.”<sup>4</sup>. (Grifos nossos)

E não há dúvida de que o atual contexto de carência econômica imposta pelo adiamento do pagamento dos proventos *por mais de quarenta dias* impõe aos idosos, pessoas com deficiência e pessoas com graves enfermidades, crianças e adolescentes que são aposentados e pensionistas no Estado do Rio de Janeiro uma condição de *hipervulnerabilidade*. Isso porque, não bastassem suas delicadas condições etárias e físico-mentais, a administração pública, por meio do Decreto nº 45.628/2016 lhes submete a um estado de total indignidade, *ao lhes despojar do mínimo existencial*.

Por último, merece nota o unânime entendimento firmado pelo STF no recentemente julgamento da ADI 3943<sup>5</sup>, no qual a Corte proclamou a *legitimidade ampla da Defensoria Pública para promover a tutela coletiva de direitos*, sem necessariamente atender ao critério econômico da hipossuficiência, consolidando a atuação da instituição, na esteira do que dispõe a Lei Orgânica da carreira, com as modificações introduzidas pela Lei Complementar nº 132/09, e do que dispõe a Emenda Constitucional nº 80/14, como instituição vocacionada à promoção dos direitos humanos e à defesa das pessoas em situação de vulnerabilidade.

Oportuno, ainda, trazer a lume recente julgado do c. Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública na promoção de Ação Civil Pública na tutela de idosos em face de aumento abusivo de planos de saúde, em que se reafirmou a possibilidade da atuação defensorial na defesa coletiva de direitos fundamentais dos idosos, mesmo aqueles segurados com planos de saúde privados, em razão da vulnerabilidade em razão da idade e da hipossuficiência organizacional e jurídica de grupos socialmente vulneráveis. Confira-se a ementa do julgado:

#### EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA

- 
4. STJ, REsp 931.513/RS, 1<sup>a</sup> Seção, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 25/11/2009, In: FENSTEIFER. Op. cit., p. 69-70.
  5. ADI 3943/DF, Rel. Ministra Carmen Lúcia, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, j. 07/05/2015.

PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. Controvérsia acerca da legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos de consumidores idosos, que tiveram seu plano de saúde reajustado, com arguida abusividade, em razão da faixa etária.

2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o direito fundamental tutelado está entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII (“Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”): “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

4. “A expressão ‘necessitados’ (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros - os miseráveis e pobres -, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, ‘necessitem’ da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada

de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana” (REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

5. O Supremo Tribunal Federal, a propósito, recentemente, ao julgar a ADI 3943/DF, em acórdão ainda pendente de publicação, concluiu que a Defensoria Pública tem legitimidade para propor ação civil pública, na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, julgando improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado contra o art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, alterada pela Lei nº 11.448/2007 (“Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: ... II - a Defensoria Pública”).

6. Embargos de divergência acolhidos para, reformando o acórdão embargado, restabelecer o julgamento dos embargos infringentes prolatado pelo Terceiro Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública para ajuizar a ação civil pública em questão.

(EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra. Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 21/10/15, publicação DJE 13/11/15)

Destacamos, derradeiramente, afirmação emblemática da relatora, eminente Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, na ADI 3943:

A ninguém comprometido com a construção e densificação das normas que compõem o sistema constitucional do estado democrático de direito interessa alijar aqueles que, às vezes, têm no Judiciário sua última esperança, pela impossibilidade de ter acesso por meio dessas ações coletivas.

### **3. Da legitimidade passiva do Rioprevidência e do Estado do Rio de Janeiro**

A ação é promovida em face do Rioprevidência, autarquia responsável pelo pagamento de inativos e pensionistas, em litisconsórcio passivo com o Estado do Rio de Janeiro, em função de o ente federativo ser responsável solidário pelo pagamento de benefícios, a teor do art. 1º, § 3º da Lei nº 3.189/1999 (com redação dada pelo art. 34, da Lei nº 5.260/2008).

#### **4. Da publicação do Decreto Estadual nº 45.628/2016 e da violação do mínimo existencial necessário à sobrevivência digna dos aposentados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro**

Nos últimos meses, vem se agravando a trágica crise financeira em que está mergulhado o Estado do Rio de Janeiro, o que tem ensejado a propositura de diversas ações judiciais, de caráter coletivo e individual, destinadas a assegurar o pagamento de salários, repasse de duodécimos das instituições dotadas de autonomia e o pagamento de proventos de aposentadorias e pensões.

Contudo, no último dia 12, foi editado decreto pelo chefe do executivo em exercício com o seguinte conteúdo (Decreto nº 45.628/2016):

DECRETO Nº 45.628 DE 12 DE ABRIL DE 2016  
DISPÕE SOBRE O PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS  
DOS SERVIDORES INATIVOS E PENSIONISTAS DO ESTADO DO RIO DE JA-  
NEIRO REFERENTE AO MÊS DE COMPETÊNCIA MARÇO 2016.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em exercício, no uso das atribuições constitucionais e legais, CONSIDERANDO o déficit do Fundo de Previdência do Estado do Rio de Janeiro e a necessidade do Tesouro Estadual,

DECRETA:

Art. 1º - O pagamento referente à competência março 2016, dos servidores inativos da Administração Estadual Direta e Indireta e dos pensionistas previdenciários do Estado do Rio de Janeiro que recebam benefícios previdenciários superiores a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) líquidos, será creditado até 12 de maio de 2016.

Art. 2º - A Secretaria de Estado de Fazenda e a Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão adotarão as medidas pertinentes ao cumprimento do disposto neste Decreto.

Art. 3º - Este Decreto entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2016.

FRANCISCO DORNELLES

A justificativa apresentada, de que a postergação do pagamento por até 42 (quarenta e dois) dias se dava em razão do déficit do Fundo Único de Previdência do Estado do Rio de Janeiro e da necessidade do Tesouro Estadual não merece acolhida, considerando-se o prazo do último recebimento dos benefícios pelos aposentados e pensionistas, o que *acarretará aproximadamente sessenta dias sem qualquer pagamento de verba alimentar.*

Tal situação não pode perdurar, eis que se afigura *desumana* para os que sofrem o *irrazoável e cruel* atraso em suas verbas alimentares e, acima de tudo ofensivo do *mínimo existencial* da pessoa humana, uma vez que alcança precipuamente pessoas em situação de vulnerabilidade: idosos, menores de dezoito anos, pessoas com deficiência e pessoas com enfermidades graves.

Dante da *extrema gravidade dos fatos narrados*, justifica-se a intervenção imediata do Poder Judiciário no sentido de compelir os réus a efetuar o pagamento dos proventos em atraso, sob pena de se proceder ao arresto das verbas necessárias para tanto nas respectivas contas bancárias e demais medidas necessárias ao cumprimento da ordem judicial.

## **5. Dos fundamentos legais e constitucionais que garantem a prioridade absoluta dos idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes – critério de discriminação inconstitucional**

Tendo em conta a natureza alimentar das verbas devidas pelos Réus, ao que se soma a vulnerabilidade da imensa maioria do grupo de pessoas aqui tuteladas (idosos, pessoas com deficiência, pessoas com enfermidades graves, crianças e adolescentes), *não há qualquer espaço de discricionariedade do administrador público* na garantia do pagamento dos benefícios.

Por outro lado, não há que se falar em reserva do possível, uma vez que, em que pese o cenário de crise, o que se percebe é a total discrepância nas escolhas administrativas feitas pelo Estado, que, como é fato notório e divulgado exaustivamente pela mídia: i) anunciou o repasse de vultosa quantia, na cifra de R\$ 39 milhões para socorrer à Supervia em razão de dívida com a Light, conforme noticiado, entre outros, pelo portal R7; ii) anunciou gastos em publicidade na cifra de R\$ 53 milhões, que devem ser somados ao valor, exorbitante e despropositado, de R\$ 1,5 bilhões gastos com publicidade ao longo dos governos Cabral e Pezão, conforme noticiado no *Estadão*, cumprindo observar que a previsão inicial de gastos para o ano de 2016 era de R\$ 14 milhões, conforme noticiado pelo jornal *O Globo*, que informou, ainda, a existência de licitação em curso objetivando contratar 6 (seis) empresas de publicidade, com previsão de gastos de R\$ 120 milhões; iii) promoveu reforma no Palácio Guanabara, gastando a singela quantia de R\$ 19 milhões, conforme noticiado pelo portal R7; iv) promoveu a reforma do Palácio Laranjeiras, residência oficial sem uso, iniciada no ano de 2012, ao custo de R\$ 39 milhões, sendo mantida recentemente licitação para reforma da área externa do citado Palácio, no valor de R\$ 2,4 milhões, conforme notícia da *Veja Rio*; v) concedeu, no ano de 2014, desconto fiscal de IPVA para as empresas concessionárias de ônibus, sendo recentemente a lei declarada inconstitucional pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, conforme noticiado no jornal *Extra*; vi) concedeu isenções fiscais

renunciando receita de R\$ 6,208 bilhões, no ano de 2014, com estimativa de renúncia de R\$ 7,073 bilhões, R\$ 7,673 bilhões e R\$ 8,313 bilhões para os anos de 2016, 2017 e 2018, respectivamente, como noticiado no jornal *O Dia*, chamando atenção o fato de que em março de 2015, quando a crise econômica já dava sinais, o Estado financiou R\$ 760 milhões para Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), por meio de créditos do ICMS, para expansão de nova unidade em Pirai, cidade natal do Governador Luiz Fernando Pezão, onde foi prefeito; vii) permitiu o descarte de materiais cirúrgicos novos que se encontravam abandonados em depósito da Secretaria Estadual de Saúde. Além disso, cumpre observar que, recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme anunciado por seu presidente, Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, ciente do grave momento em que o Estado se encontra, emprestou com recursos próprios a quantia de R\$ 400 milhões ao Executivo, em dezembro de 2014, bem como a quantia de R\$ 6,9 bilhões, com recursos dos depósitos judiciais, em maio de 2015.

Ademais, os réus não têm implementado qualquer solução para a crise financeira que se agrava dia após dia, depositando sobre sua população, seus servidores, aposentados e pensionistas todo o ônus de suportar as consequências de suas escolhas trágicas.

Vale dizer que, apesar de não haver dispositivo legal ou constitucional que imponha uma data específica para o pagamento dos benefícios, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 82, § 3º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, é certo que o Supremo Tribunal Federal fixou o *princípio da razoabilidade* (art. 5º, inciso LIV, CRFB/88) como parâmetro a nortear o prazo de pagamento<sup>6</sup>.

Na citada ação direta de inconstitucionalidade, entendeu a Suprema Corte pela procedência do pedido, ao fundamento de que não seria razoável o pagamento dos vencimentos até o décimo dia útil do mês trabalhado, uma vez que isso importaria em pagamento adiantado sem que se tivesse alcançado sequer a metade do mês.

Ora, se não se mostra razoável o pagamento antecipado, *com muito mais razão é inadmissível o pagamento de proventos com 42 dias de atraso*, o que significa quase dois meses sem a percepção de qualquer verba.

É cediço que os créditos alimentares em nosso ordenamento jurídico gozam de prioridade, não havendo justificativa legítima para sua preterição, como estabeleceu o Ministro Lewandowski em recente decisão na qual se debruçou *sobre a atual condição financeira do Estado do Rio de Janeiro (17/02/2016)*:

Com efeito, conforme assentei por ocasião da decisão que proferi na SL883/RS, o salário do servidor público trata-se de verba de natureza alimentar, indispensável para a sua manutenção e de sua família.

---

6. ADI 247/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgada pelo Tribunal Pleno em 17/06/2002.

Acrescentei, nessa linha, ser absolutamente comum que os servidores públicos realizem gastos parcelados e assumam prestações e, assim, no início do mês, possuam obrigação de pagar planos de saúde, estudos, água, luz, cartão de crédito etc. Como fariam, então, para adimplir esses pagamentos, uma vez que o salário seria pago fora do prazo usual? Quem arcaria com a multa e os juros, que, como se sabe, costumam ser exorbitantes, da fatura do cartão de crédito, da parcela do carro, entre outros?

Afirmei, por isso, acreditar que o legislador, não por outro motivo, na Lei de Recuperação Judicial, elencou no topo das classificações dos créditos as verbas derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. Por seu caráter alimentar, elas possuem preferência no pagamento dos créditos.

Dessa forma, em que pesem as alegações do Estado do Rio de Janeiro de que, para o enfrentamento da crise financeira, está promovendo as medidas necessárias para regularizar as finanças públicas, inclusive gastos públicos, penso não ser possível deixar de tratar dos salários dos servidores como verbas *prioritárias*<sup>7</sup>.

Por outro lado, é oportuno lembrar que o Estado Réu anunciou diversos calendários de pagamento. De início, a Secretaria de Planejamento, em conjunto com a Secretaria de Fazenda, publicou a Resolução Conjunta nº 485, aos 18/12/2015. Desde então, diversos outros atos administrativos que importaram em atrasos ainda maiores no calendário, culminando no Decreto nº 45.593/2016, publicado no dia 09/03/2016 que fixou como data de pagamento o décimo dia útil do mês.

Não obstante tenha aprazado o pagamento da competência do mês de março de 2016 para o décimo dia útil, o Estado Réu, violando a *previsibilidade, a segurança jurídica, e a confiança legítima* dos aposentados e pensionistas, editou novo ato administrativo surpreendendo os aposentados e pensionistas e prorrogando para o mês de maio o seu pagamento.

O princípio da confiança legítima é consectário do princípio da segurança jurídica e decorre, portanto, diretamente do Estado de Direito. Objetivamente, impõe a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos normativos ou de efeitos concretos, ainda que antijurídicos, desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa, protegendo-se direitos fundamentais. Reproduzimos a seguir as valiosas lições de Humberto Ávila:

---

7. MC na SL 968/RJ, Rel. Ministro Presidente, decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski em 19/02/2016.

A atuação da Administração – como foi visto na parte relativa aos fundamentos do princípio da segurança jurídica – deve ser leal, séria e justificada de um lado, e respeitosa relativamente ao exercício dos direitos fundamentais de outro. Dentro desse quadro normativo deve ser solucionada a questão de saber se a Administração pode anular, desde o início, ou revogar, para frente, atos normativos, atos administrativos ou, mesmo, práticas administrativas que tenham criado alguma vantagem para os contribuintes.

Cumpre ressaltar ainda que *a privação de verbas alimentares* de idosos, pessoas com deficiência, pessoas com doenças graves, crianças e adolescentes por dois meses fere de morte a *dignidade humana* (art. 1º, III, CRFB/88), em razão de *verdadeira discriminação* da Administração Pública na gestão da crise financeira.

Com efeito, o tratamento diferenciado dos cidadãos é admitido pela Constituição da República, a fim de assegurar o princípio da igualdade material, *desde que se dê em critérios constitucionalmente admitidos, sempre preservando o mínimo existencial*. Todavia, ao estabelecer no Decreto 45.628/2016 a ausência de pagamento da imensa maioria de aposentados e inativos, o Executivo *criou critério de discriminem unconstitutional e discriminatório*, eis que incompatível com o objetivo de redução das desigualdades e erradicação de todas as formas de discriminação, plasmado no art. 3º, incisos I, III e IV da CRFB/88.

Considerando-se que o grupo de pessoas eleito para sofrer o tratamento mais gravoso é *justamente aquele que devia ser protegido com prioridade pelo administrador público*, sua escolha viola de forma acintosa a Constituição da República.

Vale lembrar que a Carta Magna assegura prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente, nos termos do art. 227, CRFB/88, acolhendo a mesma doutrina constante da Convenção dos Direitos da Criança.

Quanto à pessoa idosa, é garantida pelo art. 230, CRFB, sua dignidade, bem-estar e o direito à vida digna. Já a Lei nº 10.741/03, em seu art. 3º, estabelece o dever do Estado de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação etc., o que compreende, inclusive *a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção do idoso*.

Por sua vez, a lei brasileira de inclusão, Lei nº 13.146/2015, impõe ao Estado o dever de garantir, com prioridade à pessoa com deficiência a efetivação de diversos direitos, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação e à moradia, a teor de seu art. 8º.

É importante frisar, por fim, que, diante do cenário de grave crise, o Decreto 45.628/2016 importaria na situação de serem devidas *duas competências (março e abril)* no mês de maio de 2016, projetando-se um cenário de *provável glosa de um dos meses em aberto*, aprofundando-se o inadimplemento.

## 6. Da tutela provisória de urgência

A urgência do provimento jurisdicional para o resguardo do sustento e dignidade dos aposentados, pensionistas e suas famílias é evidente. Além disso, o constante risco a que estão sujeitos diante da privação de suas condições de subsistência, preservação de sua saúde, moradia etc., impõe-se a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, a fim de evitar danos irreparáveis, nos termos do art. 300, CPC.

Por outro lado, o *fumus boni juris* exsurge dos amplos fundamentos jurídicos acima expostos, além da farta prova documental acostada à presente exordial, inclusive da *folha de pagamento dos aposentados e pensionistas do mês de fevereiro/2016*, que demonstra a quantia necessária a ser eventualmente arrestada por este juízo em caso de descumprimento da ordem judicial (R\$ 1.066.383.319,96, somatório dos valores devidos a inativos e pensionistas).

Não bastasse a previsão geral do art. 300, CPC, autoriza a concessão de medida antecipada o art. 12 da Lei nº 7.347/85.

Vale apontar recentes julgados prolatados no contexto da crise financeira do Estado do Rio de Janeiro que têm promovido a *devida garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos* face à gestão inadequada da crise financeira por parte da Administração Pública:

Autos nº 0029307-35.2016.8.19.0001

(Autor: SINDJUSTIÇA, Órgão Julgador: 9ª Vara de Fazenda Pública, data da decisão 29/01/2016)

Teor da decisão: “Considerando a premente urgência do caso e a inexistência, até o momento, de resposta do sistema BACENJUD, DETERMINO A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PENHORA NAS CONTAS DO REQUERIDO, a ser cumprida por oficial de justiça COM URGÊNCIA nos Bancos Bradesco, Banco do Brasil, Itaú e Caixa Econômica. Quanto aos primeiros dois bancos, deverá o sr. Oficial de Justiça cumprir o mandado nas agências que se encontram neste Fórum Central. O bloqueio deverá ser efetuado em quaisquer contas de titularidade do requerido com saldo disponível, VEDADA A INCIDÊNCIA DA CONSTRIÇÃO SOBRE VERBAS DESTINADAS À SAÚDE, EDUCAÇÃO E SEGURANÇA PÚBLICA. Preferencialmente, o bloqueio deverá incidir sobre contas de titularidade dos seguintes números de CNPJ: 42.498.600/0001-71 (Governo do Estado do Rio de Janeiro) e 42.498.675/0001-52 (Secretaria de Estado de Fazenda). A quantia bloqueada deverá ser transferida IMEDIATAMENTE para a conta corrente de titularidade do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Banco Bradesco, agência 6246, c/c 88.000-0, CNPJ 28.538.734/0001-48. Cumpra-se com urgência”.

(Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Caetano E. da Fonseca Costa, julgado em 30/03/2016).

Teor da decisão: Configurado o descumprimento da liminar deferida pelo exaurimento do prazo concedido, sem a transferência em cifra suficiente a cobrir o valor da folha de pagamento do pessoal da Defensoria Pública, determino as seguintes providencias: 1º) Proceda-se ao arresto do quantitativo indicado a fl. 28, de R\$ 44.891.757,33 (quarenta e quatro milhões, oitocentos e noventa e um mil, setecentos e cinquenta e sete reais e trinta e três centavos), na conta especificada pela Defensoria Pública, desde que comprovado não se tratar de depósitos vinculados a serviços públicos essenciais de saúde, educação e segurança pública, na esteira do que se decidiu no processo nº 0029307-35.2016.8.19.0001 pelo Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública deste ERJ. 2º) Uma vez bloqueada essa quantia, proceda-se à sua transferência imediata para a conta corrente da Defensoria Pública especificada a fl. 28. Registro que a verba aqui perseguida tem caráter alimentar, porque destinada ao pagamento da folha de pessoal da Defensoria Pública. 3º) Não cumprida a transferência até as 16h de hoje, expeça-se Ofício ao MP porque entendo suficientemente concretizada a ilicitude não só pelo descumprimento de ordem judicial, mas igualmente pela presença de atos de improbidade administrativa por parte da Autoridade Coatora, por retardar ou deixar de praticar dolosamente o repasse do “duodécimo” à Defensoria Pública (art. 11 inciso II da Lei nº 8.429/92), atentando contra a autonomia e a independência da Impetrante, resultando, o que é pior, na violação direta dos pilares do nosso Estado Democrático de Direito, prejudicando o exercício e a efetivação dos direitos fundamentais de nossa Carta Política vigente. 2 Cumpra-se em regime de urgência.

## 7. Dos pedidos

Ante todo o exposto, requer a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro:

1. a concessão da *antecipação dos efeitos da tutela provisória de urgência requerida, inaudita altera pars*, para, determinar aos réus, *no prazo de 24 horas*, o pagamento dos proventos relativos à competência de março de 2016 de todos os aposentados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro atingidos pelo Decreto nº 45.628/2016, sob pena de:
  - i.a) Arresto da quantia de R\$ 1.066.383.319,96, correspondente à folha de pagamento dos aposentados e pensionistas nas contas bancárias dos Réus, a fim de que se proceda ao pagamento dos benefícios em atraso;

2. a citação dos réus, na pessoa de seus representantes legais, para oferecer contestação;
3. a intimação do ilustre representante do Ministério Público para intervir no feito;
4. ao final, a procedência integral dos pedidos formulados, a fim de condenar, definitivamente, os Réus à obrigação de pagar os proventos relativos à competência de março de 2016 dos aposentados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro atingidos pelo Decreto Estadual nº 45.628/2016, no prazo de 24 horas, sob pena de, em caso de descumprimento da ordem judicial:
  - iv.a) Arresto da quantia de R\$ 1.066.383.319,96, correspondente à folha de pagamento dos aposentados e pensionistas (vide documento anexo) nas contas bancárias dos Réus, a fim de que se proceda ao pagamento dos benefícios em atraso.

Protesta-se, por fim, pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente, pericial, testemunhal, depoimento pessoal dos representantes legais dos réus e documental superveniente.

Por fim, atribui a parte autora da causa o valor de R\$ 1.066.383.319,96 (um bilhão, sessenta e seis milhões, trezentos e oitenta e três mil, trezentos e dezenove reais e noventa e seis centavos).

Rio de Janeiro, 14 de abril de 2016.

Fábio Amado de Souza Barreto  
Defensor Público - Coordenador do Núcleo de Defesa da Pessoa com Deficiência

Lívia M. Müller Drumond Casseres  
Defensora Pública - Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos

Elisa Costa Cruz  
Defensora Pública - Subcoordenadora da Cdedica

Daniel Lozoya Constant Lopes  
Defensor Público - Coordenador do Núcleo Especialde Atenção à Pessoa Idosa

Samantha M. de Oliveira  
Defensora Pública - Coordenadora do Núcleo de Fazenda Pública

José Aurélio de Araújo  
Defensor Público - Núcleo de Fazenda Pública



# **Apelação contra sentença extintiva em ação de embargos de terceiros: violação dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada em desfavor da Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã e proteção constitucional da cultura quilombola**

Daniel Lozoya Constant Lopes  
Fábio Amado de Souza Barreto  
Lívia M. Müller Drumond Casseres  
Pedro González Montes de Oliveira  
Roberta Fraenkel

**RESUMO:** Trata-se de recurso interposto contra decisão exarada pela 8ª Vara Cível da Comarca da Capital, no bojo de processo de execução movido pelos condomínios vizinhos à Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã, localizada no bairro da Lagoa da cidade do Rio de Janeiro. Este processo executivo está em andamento há mais de 15 anos, tendo sido originalmente decorrente de condenação de três réus, integrantes da comunidade, dos quais dois já faleceram. Apesar de o manto da coisa julgada se impor somente *inter partes*, a execução em questão recorrentemente atinge pessoas que não tiveram oportunidade de integrar a relação processual, lançando mão de suas garantias e direitos constitucionalmente assegurados, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório. Sendo assim, a pretexto de execução continuada de um título executivo, toda a comunidade Sacopã vem sendo restringida em seus modos de vivência tradicionais, típicos de grupos remanescentes de quilombos – em frontal desacordo com a proteção que recai sobre essa população, tanto no âmbito nacional, quanto internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Quilombo. Sacopã. Comunidades. Tradicionais. Racismo.

**Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro**

Autos nº 0008223-75.2016.8.19.0001

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, já qualificada nos autos mencionados em epígrafe – por intermédio do seu Núcleo contra a Desigualdade Racial (Nucora) –, irresignada diante da sentença de extinção do processo sem resolução do mérito de fls. 126/129, vem interpor o presente recurso de apelação, com fulcro nos arts. 1.009 e seguintes da Lei nº 13.105/2015, utilizando-se das prerrogativas de

intimação pessoal e prazo em dobro conferidas ao Defensor Público pelo art. 128 da Lei Complementar nº 80/1994 e pelo Novo Código de Processo Civil (CPC).

Apresentam-se a seguir as razões recursais e requer-se sua remessa ao Egrégio Tribunal de Justiça, independentemente de juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1.010, § 3º do CPC.

## Razões de Recurso de Apelação

Autos nº 0008223-75.2016.8.19.0001

Apelante: DEFENSORIA PÚBLICA

Apelados: CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CAMBURI; CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CIDADE DA GUARDA; e CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO LAGOA AZUL II

Egrégio Tribunal,  
Colenda Câmara Cível,

Insurge-se a Defensoria Pública contra a sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 8ª Vara Cível da Comarca da Capital, que extinguiu os embargos de terceiros ajuizados pelo Núcleo Contra a Desigualdade Racial *sem apreciação do mérito*, com base em suposta *ausência de interesse processual*. Conforme será demonstrado a seguir, a sentença combatida merece reforma.

Há de se frisar que a irresignação é tempestiva e merece ser conhecida. Como cediço, o ordenamento jurídico pátrio confere aos órgãos da Defensoria Pública as prerrogativas de intimação pessoal e de contagem de prazos em dobro – art. 186 c/c art. 183, § 1º do CPC e art. 128, inciso I, da Lei Complementar nº 80/94.

Desse modo, considerando que a Defensoria Pública, *in casu*, teve ciência da sentença aos 30/06/2016 – data da intimação pessoal por meio de vista pessoal dos autos –, é certo que o início da contagem para a interposição de recurso teve como termo inicial o dia 1º de julho de 2016 e, nos termos do art. 219 do novo Código de Processo Civil, o termo *ad quem* é o dia 29/08/2016, considerando-se a suspensão dos prazos processuais no período dos Jogos Olímpicos, de acordo com o que determina a Resolução TJ/OE/RJ nº 43/2015, bem como o Aviso Conjunto AVISO TJ/CGJ nº 05/2016, além do feriado municipal decretado em 22/08/2016 pelo Decreto nº 41.867/16 (publicado no D.O.M. aos 22/06/2016).

Por outro lado, por tratar-se de ação de natureza *coletiva*, a gratuidade judiciária decorre da própria lei (a teor do art. 18 da Lei nº 7.347/85) e foi expressamente reconhecida na respeitável sentença recorrida, razão pela qual há de ser acolhida por esta egrégia Câmara a dispensa de preparo recursal. Presentes, pois, todos os requisitos de admissibilidade da irresignação, passemos ao seu objeto.

## 1. Breve relatório processual

A Defensoria Pública, enquanto substituto processual dos integrantes da Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã (Família Pinto), ajuizou embargos de terceiro em face dos apelados visando à *suspensão do processo de execução* em trâmite nos autos nº 0097933-54.1989.8.19.0001. Como pedido dos embargos de terceiro, postulou-se ainda a expedição de mandado de manutenção na posse em favor dos substituídos.

O pedido deduzido nos embargos de terceiro fundamentou-se na ocorrência de *turbação judicial* da posse exercida coletivamente pelo referido povo tradicional no imóvel sito à Rua Sacopã nº 250, cujo domínio também é reconhecido oficialmente como pertencente aos quilombolas pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Portaria de Reconhecimento de domínio expedida pelo INCRA nº 506 de 19 de setembro de 2014 – fls. 79).

Esclarece-se na petição inicial dos embargos de terceiros que, por meio da prática de atos pretensamente dirigidos à execução do julgado prolatado na ação principal (obrigação de não fazer imposta a três pessoas físicas: os réus José Luiz Pinto Junior, Eva Manoela da Cruz e Maria Laudelina de Freitas), *todos os trinta membros integrantes do Quilombo – terceiros em relação àquela relação processual – têm sido constantemente submetidos a constrangimentos de ordem moral e material e impedidos de exercer de forma plena a posse* sobre o território já reconhecido pelo Incra como de seu legítimo domínio.

É de se frisar que a decisão que motivou o ajuizamento dos embargos de terceiro, datada de 14/12/2015 (fl. 39) deferiu pedido dos condomínios nos autos principais no sentido de que fosse retirada *faixa publicitária* que anuncia atividades culturais de jongo, capoeira e dança promovidas pelo Quilombo Sacopã e impôs ainda a *proibição de realização das ditas atividades*.

Chama atenção o fato de que, não obstante o título executivo judicial só tivesse eficácia contra os Réus da ação de obrigação de não fazer – as Sras. Eva Manoela da Cruz e Maria Laudelina de Freitas, já falecidas, e ainda o Sr. José Luiz Pinto Jr. –, o juízo da 8ª Vara Cível determinou no *decisum* a proibição realização do jongo, capoeira, dança e demais atividades culturais no imóvel, sob pena de “responsabilização pessoal e penal de *seus organizadores e demais envolvidos*” (vide fl. 39).

Verifica-se, assim, que a decisão judicial no bojo do processo executivo estendeu seus efeitos para além das partes do processo e afetou ainda *os usos tradicionais que toda a Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã faz de seu território*, afetando, inegavelmente, a *posse coletiva* exercida por todo este grupo social.

Uma vez ajuizados os embargos, sobreveio o despacho de fl. 118, em que o juízo da 8ª Vara Cível da Comarca da Capital determinou a emenda à inicial, a fim de que fosse “esclarecido o interesse/adequação da demanda, bem como a legitimidade da Defensoria Pública”.

Em fls. 119 a 122, foi exaustivamente demonstrada a adequação do meio de defesa da posse eleito, bem como o interesse no julgamento dos embargos de terceiro. Em síntese, a tese da parte embargante repousa no entendimento de que *a decisão proibitiva dos usos tradicionais do território quilombola (tais como a prática do jongo, da capoeira e da cozinha grupal), executada nos autos principais, é incompatível com o pleno exercício da posse coletiva pela Comunidade Quilombola.*

Assim, a demanda foi finalmente *admitida* e o juízo determinou, em fl. 123, a citação dos então embargados para apresentação de contestação, após o que apreciaria o pedido de liminar. Todavia, os Embargados se mantiveram inertes, transcorrendo *in albis* o prazo de resposta (vide certidão de fl. 125, verso).

Diante disso, às fls. 124/125, a Defensoria Pública requereu o reconhecimento da revelia e a aplicação da presunção de veracidade às alegações constantes da petição inicial – o que não foi apreciado pelo juízo.

Ao final, em 31 de maio de 2016, a parte autora foi surpreendida com decisão extintiva dos embargos de terceiro, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual, nos termos do art. 485, inciso VI, CPC.

## 2. Do mérito recursal

### ***2.1 Da existência de interesse processual no ajuizamento de embargos de terceiro: da inequívoca turbação judicial***

O entendimento adotado pelo juízo de origem para determinar a extinção dos embargos de terceiro não encontra amparo nas regras processuais vigentes.

Examinemos o cerne da fundamentação da sentença recorrida (fls. 126 a 128):

A fls. 230/241 dos autos principais, nos quais são partes os condomínios embargados, como autores, e Eva Manoela da Cruz, Maria Lau-delina de Freitas e José Luiz Pinto Júnior, como réus, foi proferida sentença que julgou procedentes os pedidos formulados naquela exordial, no sentido de que os réus abstêmham-se de exercer os comércios ilegais praticados no terreno situado nos fundos do prédio nº 250 da Rua Sacopã. Fundamentou-se a sentença na disciplina dos direitos de vizinhança, tendo em vista o desassossego e insegurança provocados na localidade pela prática do comércio diurno proveniente do conserto de automóveis, realização noturna de shows artísticos e exploração de restaurante e bar, por parte dos réus.

Nesse ponto, assinala-se que os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada que recai sobre a referida sentença, impõem que, ao comando que dela exurge,

*submetam-se tão somente aqueles que participaram do trâmite processual, dentro das balizas daquilo que foi procedente nos termos pedidos.*

Nesse diapasão, registre-se, por oportuno, os exatos termos do art. 506, NCPC, correspondente ao que previa o art. 472, CPC/73, ‘a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros’.

Certo é, portanto, que *os atos praticados nos autos principais têm como único escopo dar efetividade à sentença proferida, só podendo, assim, atingir a esfera jurídica daqueles que deles fizeram parte*, no caso, devidamente individualizados. O fato de terceiros não poderem ser atingidos pelo comando da aludida decisão judicial, entretanto, não lhes confere, a *contrario sensu*, os direitos coletivos que nos presentes Embargos se afirma ter, cuja tutela carece de apreciação em via própria, que foge à alçada da estreita via eleita.

*A ausência de ato judicial constitutivo*, que gera esbulho, turbação ou mesmo ameaça ao exercício da posse pela embargante, revela a falta de interesse processual, que leva à extinção do feito sem resolução do mérito, como reza a lei processual civil (fl. 127). (Grifos nossos).

É evidente que o raciocínio tecido no *decisum* é falacioso, uma vez que se apoia justamente na ineficácia da coisa julgada perante terceiros, mas conclui, ao revés, pela ausência de turbação judicial na decisão que prejudica diretamente os interesses dos membros da Comunidade Remanescente de Quilombo, estranhos à relação jurídico-processual.

Chega-se, assim, à ilógica conclusão de que não haveria interesse processual no manejo da defesa possessória, apesar de a sentença recorrida reconhecer, paradoxalmente, que o ordenamento processual civil vigente não admite que a coisa julgada estenda seus efeitos para a esfera jurídica de terceiros.

Não é demais repisar que a decisão objeto dos embargos de terceiro *textualmente impõe efeitos a pessoas estranhas ao processo*, o que foi desprezado pelo julgador de primeira instância:

*Intime-se, portanto, a parte ré para que retire a faixa de fls. 1.090 em cinco dias, sob pena de multa diária de R\$ 50,00 (cinquenta reais), bem como se abstenha de realizar as atividades nela descritas, sob pena de responsabilização pessoal e penal de seus organizadores e demais envolvidos*” (fl. 39). (Grifos nossos).

Ora, é evidente que somente os réus na ação de obrigação de não fazer (Sras. Eva e Maria Laudelina – já falecidas – e Sr. José Luiz Pinto Júnior) poderiam ser atingidos pelo cumprimento da sentença judicial que lhes proibiu a prática de atividades comerciais.

Contudo, a execução deste comando judicial concreto tem atingido de forma flagrante o direito de terceiros, uma vez que, em sede de execução, o juízo da 8ª Vara Cível determinou de expressamente a responsabilização de *qualquer pessoa envolvida nas atividades culturais* realizadas no imóvel, o que alcança toda a Comunidade do Quilombo Sacopã, em vez de cingir-se às partes obrigadas na relação processual em que foi formado o título executivo.

Importante questão que se coloca ainda é a qualificação de atividades culturais de uma comunidade remanescente de quilombo como de caráter “comercial”, ponto que será melhor abordado no item II.C, *infra*.

Assim, embora os fundamentos legais invocados pela sentença apelada se mostrem absolutamente corretos, a conclusão apresentada pelo julgador *não é coerente com os elementos constantes dos autos*, uma vez que despreza exatamente a característica da decisão embargada que não é compatível com as normas processuais civis acerca da eficácia da coisa julgada (art. 506, CPC<sup>1</sup>).

Como destacado pelo próprio julgador de piso, os limites da coisa julgada – subjetivos e objetivos – implicam a imposição de seus termos tão somente àqueles que participaram do trâmite processual, exercendo em toda a plenitude o seu *direito de ampla defesa e contraditório* (art. 5º, incisos LIV e LV, CRFB/88).

Nessa esteira, a previsão legal dos embargos de terceiro pode ser interpretada como verdadeira garantia do cidadão de que decisões judiciais de cuja gênese não tenha participado, em processo dialético, possam lhe tolher a liberdade em suas mais diversas formas.

Inequívoca, portanto, a existência de *turbação judicial*, haja vista que as proibições e penas cominadas na ação principal afetam e se mostram incompatíveis com a *posse coletiva do território* exercida pelo conjunto de indivíduos que compõem o “Quilombo Sacopã” e que desfrutam de *proteção constitucional*, inclusive quanto aos usos que dele fazem.

É relevante lembrar que o Novo Código de Processo Civil prevê de forma literal em seu art. 674 que *o terceiro possuidor é parte legítima e interessada* para requerer ao Judiciário que obste a interferência indevida decorrente de execução da qual não faça parte<sup>2</sup>.

Ademais, além de mencionar a posse, no *caput*, e a propriedade, no § 1º do art. 674, a lei processual civil admite a oposição de embargos de terceiro na situação de o

- 
1. Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.
  2. Art. 674. Quem, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro proprietário, inclusive fiduciário, ou possuidor.

embargante ter qualquer *direito incompatível com o ato constitutivo*<sup>3</sup>, como é o caso dos autos, no qual o livre uso do imóvel situado na Rua Sacopã nº 250, inclusive no exercício das práticas culturais e tradicionais dos povos quilombolas – tais como o jongo, a capoeira, a dança e a cozinha comunitária – tem sido obstado por força de decisão judicial que impõe penas e proibições gerais e irrestritas aos integrantes do Quilombo Sacopã, apesar destes jamais terem figurado como partes na ação de obrigação de não fazer.

A amplitude da redação adotada pelo legislador, segundo a doutrina processual, sugere inclusive, sejam abrangidas pela possibilidade de manejo de Embargos de Terceiros outras situações, tais como as de direitos sobre bens imateriais, a exemplo do assentado no REsp 67059/PR, em que se afastou constrição judicial incidente sobre cotas sociais<sup>4</sup>.

De tal modo, inegável o *interesse processual* dos trinta membros da Comunidade Quilombola Sacopã em impedir que a execução de um vetusto julgado prolatado contra três pessoas físicas (dentre as quais permanece apenas o Sr. José Luiz Pinto Jr. no polo passivo – a teor da desistência homologada quanto às rés falecidas, vide fls. 50 a 52) estenda seus efeitos em face de todo um grupo social, que não teve oportunidade de intervir em nenhum momento na formação da coisa julgada.

Vale lembrar a lição da doutrina a respeito do conceito de interesse processual:

A ideia do interesse de agir, também chamado de interesse processual, está intimamente associada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação da máquina jurisdicional. Cabe ao autor demonstrar que o provimento jurisdicional pretendido será capaz de lhe proporcionar uma melhora em sua situação fática, o que será suficiente para justificar o tempo, a energia e o dinheiro que serão gastos pelo Poder Judiciário na resolução da demanda<sup>5</sup>.

Ora, dada a nítida afetação de sua esfera jurídica pela execução de decisão judicial sobre a qual não lhes foi dado o direito de contraditório e ampla defesa, é evidente que *existe utilidade-necessidade* por parte da coletividade do Quilombo Sacopã em se

- 
3. A redação ampla sugere, inclusive, a possibilidade de manejo de embargos de terceiro em outras situações, como as de direitos sobre bens imateriais, como decidido pelo STJ no REsp 67059/PR, no qual o bem disputado se constituía em cotas sociais de uma sociedade empresária.
  4. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo, 1<sup>a</sup> ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1010.
  5. NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. Manual de direito processual civil, volume único, 8<sup>a</sup> ed., Salvador, Editora Juspodvm, 2016, p. 74.

socorrer da via judicial para ver afastada a constrição que os atinge e praticar livremente as atividades das quais depende a autossustentabilidade da comunidade quilombola e que integram o seu patrimônio cultural.

Não há que se falar tampouco em ausência de *interesse-adequação*, uma vez que os pedidos formulados nos embargos são perfeitamente aptos a produzir a melhora da situação fática dos membros do Quilombo Sacopã, que verão afastados os obstáculos ao exercício pleno dos usos tradicionais que fazem de seu território, livres de qualquer intervenção judicial ou policial.

A sentença recorrida se mostra, com isso, claramente violadora de diversos direitos e garantias fundamentais, tais como o direito de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CRFB/88), o instituto da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, CRFB/88), as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, CRFB/88), além da própria legislação processual civil, especialmente no que toca aos efeitos da coisa julgada (art. 506, CPC), à previsão dos embargos de terceiro (art. 674, CPC).

## ***2.2. Da confusão entre interesse processual e mérito. Do princípio da primazia da resolução de mérito sob a ótica do processo cooperativo***

Noutro giro, faz-se necessário destacar que a decisão proferida pelo juízo de primeira instância viola frontalmente as linhas mestras colocadas em vigor pelo novo Código de Processo Civil, no que tange à primazia da resolução do mérito, de forma *justa e efetiva*, em contraponto à extinção dos processos sem resolução de mérito.

No caso vertente, a petição inicial (fls. 02/117) foi considerada hígida após a apresentação de esclarecimentos solicitados pelo juízo – às fls. 119/122 – ou seja, foram considerados preenchidos, ao menos *prima facie*, os pressupostos processuais e condições da ação – quando da ordem de citação aos embargados, constante de fls. 123.

Todavia, *sem que houvesse resposta dos réus* alegando vícios processuais (vide certidão de fl. 125, verso), sobreveio a sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito por falta de interesse processual, em verdadeira “*decisão surpresa*”, em frontal colisão com a marcha processual já em curso.

Tal conjuntura revela que a decisão judicial ora combatida não privilegiou o *modelo cooperativo* vigente atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o órgão jurisdicional deixou de arcar com o ônus de cooperação com as partes ao comportar-se de maneira contraditória, como brilhantemente explicitado pelo insigne processualista Freddie Didier Jr:

Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire*

*contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado.<sup>6</sup>

De fato, após ter admitido a petição inicial e determinado a manifestação dos embargados na pessoa de seus advogados (fl. 123) para apreciação do pedido de medida liminar – o que revela terem sido consideradas preenchidas as condições da ação e pressupostos processuais –, o juízo da 8ª Vara Cível desprezou o fato da revelia dos réus (certidão de fl. 125, verso) e o pedido de presunção de veracidade das alegações da parte autora (petição de fl. 124) e prolatou sentença extintiva fundada no art. 485, VI, CPC.

Apesar de ter visivelmente adentrado o mérito da causa – ao considerar não haver turbação judicial a ser combatida – o julgador também não oportunizou à parte autora a produção de provas (consoante faculta o art. 679 do CPC) e, por consequência, privou a apelante da faculdade de influenciar seu convencimento.

Como resultado da postura adotada, apesar da inércia dos embargados, tem-se um provimento jurisdicional incompatível com a fase processual atingida e que frustra a expectativa da parte autora de ver resolvida a lide, em violação flagrante dos arts. 4º e 6º do novo Código de Processo Civil, que dispõem:

Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Posto isso, é de rigor que este Egrégio Tribunal reforme a sentença de primeiro grau e, nos termos do que dispõe o art. 1.013, § 3º, inciso I, do Código de Processo Civil, decida *desde logo o mérito* para suspender a execução judicial que prejudica os direitos de toda a Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã, bem como expedir mandado de manutenção na posse, consignando-se expressamente no mandado a proteção do *livre uso do imóvel* por seus membros, na forma tutelada constitucionalmente, inclusive no que diz respeito às práticas tradicionais quilombolas (oficinas de jongo, capoeira, dança e música afro-brasileira, cozinha grupal etc.), assim como a vedação de que sejam cumpridas ordens judiciais de constrição nos autos nº 0097933-54.1989.8.19.0001 que não digam respeito única e exclusivamente à pessoa do Sr. José Luiz Pinto Júnior.

---

6. DIDIER JR., Fredie. “Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. In: Revista de Processo: RePro, vol. 36, n. 198, p. 213-225.

### ***2.3. Da ofensa à proteção constitucional do patrimônio material e imaterial das comunidades remanescentes de quilombos. Racismo institucional que há de ser afastado pelo Egrégio TJRJ***

Superadas as questões processuais, é necessário que nos debrucemos sobre o objeto da demanda propriamente dito, que reside no prejuízo causado aos *usos tradicionais* que a Comunidade Sacopã coletivamente faz de seu território, em razão de reiteradas decisões judiciais no cumprimento de sentença de autos nº 0097933-54.1989.8.19.0001, nos quais os quilombolas *não são partes* (à exceção do Sr. Jose Luiz Pinto e das já falecidas Sras. Maria Laudelina de Freitas e Eva Manoela da Cruz).

Sob o escudo da coisa julgada, vem sendo promovido verdadeiro asfixiamento das práticas tradicionais de toda a comunidade, que constituem o fundamento de sua existência enquanto grupo étnico-racial de trajetória histórica própria, sendo certo que tais atividades gozam de proteção constitucional (arts. 215 e 216 da CRFB/88 e arts. 2º, 3º, 4º e 5º, da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 5.051/2004).

Os condomínios vizinhos, autores da ação principal e aqui embargados, utilizam-se há décadas do Poder Judiciário para sufocar o grupo tradicional, sob o pretexto da prática de atividades que confrontariam com as normas de sossego e vizinhança, impedindo-os, assim, de gozar de direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante dos cidadãos, além de criar o sério risco de erosão de seus valores e costumes.

Lamentavelmente, o cumprimento da sentença que impõe a obrigação de não fazer consistente puramente *na abstenção do exercício de atividades comerciais* tem recebido um significado alargado para alcançar *toda e qualquer atividade cultural* promovida pelo quilombo, o que tem causado grave mácula à preservação da ancestralidade e memória das tradições negras naquele espaço territorial, num flagrante contexto de *racismo institucional* – e aqui utilizamo-nos do conceito presente na obra de Arivaldo Santos de Souza:

A noção de Racismo Institucional foi fundamental para o amadurecimento teórico-político do enfrentamento do racismo. Ao fazer referência aos *obstáculos não palpáveis que condicionam o acesso aos direitos por parte de grupos vulnerabilizados*, o conceito de Racismo Institucional refere-se a *políticas institucionais que, mesmo sem o suporte da teoria racista de intenção, produzem consequências desiguais para os membros das diferentes categorias raciais*<sup>7</sup>. (Grifos nossos).

7. SOUZA, Arivaldo Santos de. Racismo Institucional: para compreender o conceito. In: Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores Negros, vol. 1, nº 3, nov. 2010-fev. 2011, p. 77-87.

Não obstante o Quilombo Sacopã (Família Pinto) tenha sido reconhecido como Comunidade Remanescente de Quilombo pela Fundação Cultural Palmares (Certidão de Autorreconhecimento de fl. 49) e, posteriormente, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, por meio da Portaria nº 506/2014 (fl. 79), tenha reconhecido e declarado o domínio da comunidade sobre o imóvel de 6.404,17m<sup>2</sup> situado na Rua Sacopã, nº 250A, Lagoa, nesta cidade, é certo que os negros resistentes da Família Pinto têm encontrado infindáveis obstáculos ao exercício de direitos *há seis gerações* – estudos apontam para a existência de vínculos dos quilombolas de Sacopã com o seu território desde, pelo menos, 1939, quando o patriarca Manoel Pinto Jr. se fixou no local<sup>8</sup>.

O Relatório Social de fls. 31 a 37, subscrito pela ilustre assistente social Thalita Thomé dos Santos, integrante da Equipe Técnica Especializada do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, deixa claro que a própria existência do Quilombo Sacopã envolve um processo de resistência social e ideológica às violências simbólicas e ao racismo.

É crucial assinalar que a vivência da comunidade no local não se resume meramente à moradia, mas configura espaço de preservação de *práticas tradicionais enraizadas em seu modo de ser no mundo* e que reforçam seus vínculos interpessoais enquanto coletividade dotada de características únicas:

É através do sentimento de pertencimento a um grupo e a um território que ocorre a manifestação da identidade étnica e da territorialidade, cujas construções ocorrem através do relacionamento dos grupos quilombolas com outros grupos sociais. Os conceitos de identidade étnica e territorialidade são fundamentais e inter-relacionados no estudo das comunidades quilombolas.

O Quilombo Sacopã é constituído por membros familiares, com laços consanguíneos ou por afetividade. *É através da relação entre território e parentesco que os membros do quilombo dão continuidade à luta pelo direito de ocupar a terra e transmitem para as gerações futuras os conhecimentos adquiridos de seus antepassados.*

Gusmão (1995) apud Schmitt, Turatti e Carvalho (2002) argumenta que a presença e o interesse dos brancos e negros sobre um mesmo espaço físico e social revelam (...) aspectos encobertos (submissão e dependência) das relações raciais. Historicamente, os segmentos sociais (negros, indígenas e mulheres) que reivindicam direitos e o reconhecimento de suas identidades ocupam posições de carência e subordinação.

8. MAIA, Patrícia Mendonça de Castro. Ladeira Sacopã, 250: um parque, um quilombo, um conflito socioambiental na Lagoa Rodrigo de Freitas. In: Revista Vitas, n. 01, set. 2011, p. 02.

Borges (1996) apud Schmitt, Turatti e Carvalho (2002) sustenta que a submissão é sustentada por representações sociais que justificam a inferioridade estrutural do grupo minoritário, nos quais podemos identificar forte disposição racista. *Tal fato é concretizado através do impedimento judicial da realização de atividades relacionadas à cultura negra, como o jongo, o samba e as manifestações culturais diversas.* (Relatório Social, fl. 35-36). (Grifos nossos).

Dentro desse contexto, atividades culturais como danças (jongo e capoeira), cultivo de alimentos e a cozinha grupal são fundamentos de socialização intrinsecamente ligados ao modo de vida peculiar dessa comunidade, que faz jus à proteção constitucional de suas manifestações culturais dispensada pela Constituição da República, bem como pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Além disso, a Carta Magna de 1988, sob o pílolo da dignidade da pessoa humana e da pluralidade sociocultural, estabelece que constituem o patrimônio material e imaterial do Brasil todos os bens que informam os diferentes grupos da sociedade, incluindo-se nesse rol as formas de expressão e os modos de criar, fazer e viver (art. 216, I e II).

Portanto, a turbação judicial provocada pela decisão embargada – que textualmente determina a “responsabilização *pessoal e penal* de todos os organizadores e envolvidos” (fl. 39) nas oficinas de jongo, capoeira, dança etc. – é claramente atentatória não só das garantias processuais dos apelantes, mas também e sobretudo *da proteção constitucionalmente garantida às suas práticas imemoriais*.

Merecem referência as normas contidas na Convenção nº 169/OIT (Decreto Presidencial nº 5.501/04) e na Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto nº 6.040/07), como se lê a seguir:

#### Convenção nº 169/OIT

##### Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.

2. *Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.*

##### Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.

2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

#### Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) *deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;*  
c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

#### Artigo 8º

1. *Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.*

2. Esses povos deverão ter o *direito de conservar seus costumes e instituições próprias*, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

#### Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, *os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.*

2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais:

Art. 1º As ações e atividades voltadas para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais deverão ocorrer de forma intersetorial, integrada, coordenada, sistemática e observar os seguintes princípios:

XIV – *a preservação dos direitos culturais, o exercício de práticas comunitárias, a memória cultural e a identidade racial e étnica.*

Art. 2º A PNPCT tem como principal objetivo promover o desenvolvimento sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, com ênfase no reconhecimento, fortalecimento e garantia dos seus direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, com respeito e valorização à sua identidade, suas formas de organização e suas instituições.

Face ao exposto, a mais recente decisão de constrição judicial – objeto dos embargos de terceiro ajuizados pela apelante –, que determinava a retirada de faixa com informações acerca de oficinas a serem realizadas pela comunidade Sacopã e cominava penas a todos os seus membros, simboliza e constitui o ápice de todas as violações dos direitos humanos fundamentais vinculados ao exercício da posse coletiva pelos membros desse grupamento.

Diante disso, espancada qualquer dúvida acerca da legitimidade da Defensoria Pública como substituto processual extraordinário e da existência de interesse processual consistente no ânimo de remover a turbação judicial em curso, é de rigor o conhecimento e provimento da presente apelação no sentido de reformar o julgado recorrido integralmente, *suspendendo-se a execução nos autos principais e expedindo-se mandando de manutenção na posse coletiva em favor da Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã, consignando-se de forma expressa a proteção às suas práticas culturais.*

### **3. Dos pedidos**

Ante todo o acima expedito, pugna a Defensoria Pública:

1. Seja o presente recurso de apelação recebido nos efeitos *devolutivo e suspensivo*, nos termos do art. 1.012 do CPC;

2. Com a vinda das contrarrazões dos apelados, seja julgado *procedente o recurso de apelação* visando à reforma da sentença vergastada, determinando-se:

(i) *a suspensão do processo executivo* que tramita nos autos nº 0097933-54.1989.8.19.0001, diante da constrição da posse coletiva e dos usos tradicionais que os membros da Comunidade Remanescente de Quilombo Sacopã fazem de seu território e

(ii) e a expedição de *mandado de manutenção na posse* em favor da Comunidade em face dos Condomínios apelados, fazendo esse Egrégio TJRJ constar expressamente do *mandado a proteção do livre uso do imóvel por seus membros, na forma tutelada constitucionalmente, inclusive no que diz respeito às práticas tradicionais quilombolas (oficinas de jongo, capoeira, dança e música afro-brasileira, cozinha grupal etc.).*

3. Com a procedência dos pedidos, a condenação dos apelados ao pagamento de custas judiciais e honorários advocatícios, estes a serem revertidos em favor do Centro de Estudos Jurídicos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 05 de julho de 2016.

Daniel Lozoya Constant Lopes

Fábio Amado de Souza Barreto

Lívia M. Müller Drumond Casseres

Pedro González Montes de Oliveira

Roberta Fraenkel

#### 4. Referências

DIDIER JR., Freddie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Revista de Processo: RePro*, vol. 36, n. 198, p. 213-225.

MAIA, Patrícia Mendonça de Castro. Ladeira Sacopã, 250: um parque, um quilombo, um conflito socioambiental na Lagoa Rodrigo de Freitas. *Revista Vitas*, n. 01, set. 2011, p. 2.

NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, volume único, 8<sup>a</sup> edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 74.

SOUZA, Arivaldo Santos de. “Racismo Institucional: para compreender o conceito”. In: *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores Negros*, vol. 1, n. 3, nov. 2010-fev. 2011, p. 77-87.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1<sup>a</sup> edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1010.



# ***Habeas corpus para combater a ausência de audiência de custódia***

Eduardo Januário Newton

**RESUMO:** Trata-se da petição inicial da ação de *habeas corpus* que obteve o paradigmático reconhecimento da nulidade da prisão processual, quando não realizada a audiência de custódia. A nulidade processual se pautou nos pactos internacionais de Direitos Humanos – Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – que prescrevem a necessidade de realização da audiência de custódia. O indeferimento do pedido de relaxamento de prisão, o que motivou o ajuizamento da ação de *habeas corpus*, demonstra o desconhecimento de alguns atores jurídicos dos instrumentos internacionais de promoção dos direitos humanos. A partir do reconhecimento, que foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da audiência de custódia, bem como o que veio a ser decidido na ADPF nº 347, necessário se faz continuar a provocar o TJRJ sobre as ilegalidades das prisões processuais que são decretadas sem a realização das audiências de custódia, uma vez que se encontram restritas à comarca da Capital.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Habeas corpus*. Audiência de custódia. Ilegalidade.

## **Exmo. Sr. Dr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**

Eduardo Januário Newton, brasileiro, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, matrícula nº 969.600-6, vem, com lastro nas disposições constitucionais e legais vigentes, em especial o contido no artigo 5º, incisos LIV e LXV e §§ 2º e 3º, Constituição da República, artigo 7º, 5, Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (Decreto nº 678/92) e artigo 9º, 3, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592/92), ajuizar a presente ação de *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de (.....) mantido indevidamente no cárcere cautelar por ordem do r. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de São Gonçalo – autos do processo nº (.....) – sendo, por essa razão, apontado como autoridade coatora, a partir dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir delineados.

## 1. Dos fatos e dos fundamentos jurídicos

O ora paciente, em 25 de setembro de 2014, teve, inicialmente por ordem de autoridade policial que foi referenda pela autoridade coatora, a sua liberdade ambulatória cerceada em razão de *suposto* cometimento de condutas, que, *em tese*, se amoldariam aos tipos penais previstos no art. 33 c/c art. 40, incisos IV e VI, Lei de Drogas e art. 35 c/c art. 40, incisos IV e VI, Lei de Drogas.

A conversão da prisão em flagrante se materializou por decisão judicial proferida, em 02 de outubro passado, pela autoridade coatora.

Para o deslinde da presente demanda, é importante, desde já, frisar que a autoridade coatora, *até o presente momento*, não travou qualquer contato visual com a figura do paciente.

Diante dessa realidade, no dia 13 de novembro passado, a defesa técnica do paciente requereu o relaxamento da prisão, uma vez que a audiência de custódia não foi realizada.

Nesse instante, mesmo diante do risco de se tornar repetitivo, nas linhas que se seguem, são transcritos os argumentos que lastrearam o pedido de relaxamento da prisão:

1. O ora requerente teve, em 25 de setembro de 2014, a sua liberdade ambulatória restringida, por ordem de autoridade policial, em razão de suposto cometimento de conduta, que, em tese, se amoldaria ao tipo penal previsto nos artigos 33 c/c art. 40, incisos IV e V e 35 c/c art. 40, incisos IV e VI, todos da Lei 11.343/2006, na forma do art. 69 do Código Penal.
2. Muito embora o requerente se encontre privado de sua liberdade ambulatória desde então, *até o presente momento*, não foi realizada a audiência de custódia, que tem previsão legal no ordenamento jurídico vigente.
3. A despeito do brocardo jurídico apontar que o conhecimento da lei pelo magistrado é dado inexorável – *iuria novit curia*, justifico nas linhas que se seguem a existência da previsão da referida audiência.
4. A República brasileira é signatária de 2 (dois) importantes tratados internacionais de direitos humanos: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo importante frisar que ambos os documentos internacionais foram devidamente internalizados por meio, respectivamente, do Decreto nº 678/92 e 592/92.

5. Para a presente exposição, mostra-se importante destacar dois dispositivos contidos nas citadas normas internacionais sobre direitos humanos.
6. O artigo 7º, 5, Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica – é enfático em afirmar que o preso deve ser conduzido sem demora à presença da autoridade judicial.
7. Por sua vez, o artigo 9º, 3, Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos aponta também para a necessidade de apresentação da pessoa privada de liberdade, e sem demora, para a autoridade judicial.
8. Essa apresentação do preso à autoridade judicial é comumente conhecida como audiência de custódia.
9. No âmbito do sistema americano de direitos humanos, conforme relata Aury Lopes Júnior e Caio Paiva, mesmo diante da ausência de norma interna específica, os estados nacionais vieram a ser condenados diante da falta de audiência de custódia, *in verbis*:
10. “Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais. Já decidiu a Corte IDH, também, que *a audiência de custódia é – igualmente – essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física*, advertindo *estar em jogo, ainda, tanto a liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal*, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal”<sup>1</sup>. (Grifo nosso).
11. Ademais, não se pode ignorar o status dos referidos tratados internacionais de direitos humanos: a supralegalidade, que veio a ser reconhecida em manifestação oriunda do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: ‘Direito Processual. Habeas Corpus. Prisão civil do depositário infiel. Pacto de São José da Costa Rica. Alteração de orientação da jurisprudência do

---

1. LOPES JÚNIOR, Aury & PAIVA, Caio. “Audiência de custódia aponta para a evolução civilizatória do processo penal”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>.

STF. Concessão da ordem. 1. A matéria em julgamento neste *habeas corpus* envolve a temática da (in)admissibilidade da prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico brasileiro no período posterior ao ingresso do Pacto de São José da Costa Rica no direito nacional. 2. Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados, sem reserva, pelo Brasil, no ano de 1992. *A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.* 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, § 2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no *caput* do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, consequentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. 4. *Habeas corpus* concedido.<sup>2</sup> (Grifo nosso).

12. Nesse instante, é importante colacionar o entendimento adotado pelo professor Gustavo Badaró, *in verbis*:

2. O direito de a pessoa presa ser conduzida, sem demora, perante um juiz, tem aplicação imediata no caso de prisão em flagrante delito ou depende de lei regulamentadora?

R.: Novamente, a resposta é positiva. Os direitos fundamentais previstos em tratados internacionais e regionais de direitos humanos, assim como os previstos na Constituição Brasileira e, no caso específico, a regra da primeira parte do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos é norma autoaplicável, com conteúdo definido e

---

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 96.967 julgado, em 11/11/2008, pela 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie.

especificamente passível de imediata aplicação pelo Poder Judiciário no caso concreto.

3. No caso de resposta positiva ao segundo quesito, qual a consequência do não cumprimento da garantia de que a pessoa presa seja conduzida, sem demora, perante um juiz?

R.: A prisão em flagrante que for convertida em prisão preventiva, com inobservância do art. 7(5) da Convenção Americana de Direitos Humanos, por não ser realizada a chamada “audiência de custódia”, com oitiva pessoal do preso pelo juiz, será ilegal e, como toda e qualquer prisão ilegal, deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária, como garante o inciso LXV do caput do art. 5º da Constituição.<sup>3</sup> (Grifo nosso).

13. E que não se invoque a observância do contido no artigo 306, Código de Processo Penal como elemento apto a superar a realização da audiência de custódia. A própria Corte Americana de Direitos Humanos, ao apreciar o caso ‘Tibi versus Equador’, decidiu pela impossibilidade de o papel substituir a presença da pessoa privada de liberdade, *in verbis*:

“Este Tribunal estima necesario realizar algunas precisiones sobre este punto. En primer lugar, los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e inmediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. *El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente*”.<sup>4</sup> (Destaquei)

14. Como consequência da ausência da audiência de custódia, a prisão do requerente se mostra ilícita, o que justifica o presente pedido de *relaxamento*

---

3. BADARÓ, Gustavo. Parecer disponível em: <[http://iddd.org.br/parecer\\_audienciaCustodia\\_Badaro.pdf](http://iddd.org.br/parecer_audienciaCustodia_Badaro.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2014.

4. Sentença de 7 de setembro de 2004, disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

*da sua prisão*, conforme estabelece o artigo 5º, inciso LXV, Constituição da República. (Destques no original).

Como forma de viabilizar a garantia do contraditório, a autoridade coatora determinou a intimação do Estado-acusação para, querendo, se manifestar.

Além de se mostrar titular da ação penal pública, segundo o disposto no artigo 127, *caput*, Constituição da República, o Estado-acusação deve(ria) atuar também na defesa da ordem jurídica vigente.

Para o presente caso, a defesa da ordem jurídica deveria o Estado-acusação apontar para o descumprimento do ordenamento e, assim, reconhecer a ilegalidade, o que justificaria o relaxamento.

Porém, não foi essa a postura adotada pelo Estado-acusação, que se manifestou nos seguintes termos:

Inicialmente, cabe destacar que o Código de Processo Penal não prevê a necessidade de realização de qualquer audiência pessoal entre o magistrado e o detido, não estando esta ausência de previsão em desacordo com qualquer tratado internacional.

Apenas exige o Pacto de San José da Costa Rica que o preso seja apresentado para autoridade judicial, não fixando qualquer prazo para esta ocorrência e nem afirmado que antes dessa audiência a medida é ilegal. Até porque, *absolutamente contrário a realidade exigir que cada detido seja apresentado de imediato a um magistrado, pois certamente este não conseguiria exercer outra atividade no exercício de seu cargo além desta.* (Grifo nosso).

No que se refere ao realismo jurídico existente na manifestação ministerial, deve-se somente recordar que *eventual* incapacidade estatal não deveria limitar o gozo de qualquer direito fundamental.

Afora isso, há, e de maneira clara, o mais completo desconhecimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a questão referente à audiência de custódia.

Considerando a hipótese de que o caso apresentado para a autoridade coatora (*Tibi vs. Equador*) não tenha sido apresentado em versão traduzida, o que poderia prejudicar a compreensão, o impetrante colaciona outro julgado sobre o tema, sendo que este já se encontra na língua portuguesa.

Eis o caso López Álvarez *vs.* Honduras no idioma oficial:

Em conformidade com o artigo 7.5 da Convenção e com os princípios de controle judicial e imediação processual, *a pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou autoridade judicial competente. Isso é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e de outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O simples conhecimento judicial de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia; o detido deve comparecer pessoalmente e prestar declaração perante o juiz ou autoridade competente.*<sup>5</sup> (Grifo nosso).

Causa, ainda, profunda espécie a manifestação do Estado-acusação, que despreza, e por completo, a existência do controle de convencionalidade.

Sobre esse ponto, é relevante transcrever a lição proferida por Valério de Oliveira Mazzuoli:

*(...) é possível concluir que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm índole e nível de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente material (o que chamamos de 'status de norma constitucional'), quer seja tal hierarquia material e formal (ao que se nomina de 'equivalência de emenda constitucional').*

Disso resulta que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigma de controle da *produção normativa doméstica*. Tal é o que se chama de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso) (...).<sup>6</sup> (Grifo nosso).

Assim, caso a autoridade coatora tivesse se valido da manifestação ministerial, haveria motivos suficientes para demonstrar o desacerto da postura decisória; no entanto, o caso foi mais grave, uma vez que toda a argumentação apresentada pela defesa técnica foi solenemente ignorada.

Eis a decisão apresentada pela autoridade coatora ante o pedido de relaxamento motivado pela ausência de audiência de custódia, *in verbis*:

A defesa postulou o requerimento de relaxamento da prisão preventiva dos acusados (.....) sob o argumento de ofensa à ampla defesa em razão da

5. Sentença disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-direito-liberdade-pessoal?related=1>>.

6. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2013, p. 78.

proibição de requisição de réus presos para entrevista para fins de elaboração da resposta preliminar. Não assiste razão à defesa. Dispõe a Resolução nº 45 do TJ/RJ que é vedada a requisição de presos por órgãos do Poder Judiciário a qualquer unidade de custódia, salvo para realização de audiências. As entrevistas reservadas de presos com as defesas serão realizadas somente nas dependências da carceragem, exceto aquelas que sejam necessárias durante o ato da audiência. Tal medida se impõe para segurança de todos os que circulam nos Fóruns, a fim de se evitar e prevenir acontecimentos como os recentes, amplamente divulgados pela mídia, que tiveram como consequência a morte de inocentes. Nessa ordem de ideias, verifica-se que a Defensoria Pública não está impedida de entrevistar-se com os presos para elaboração da referida peça processual, devendo fazê-lo, porém, em local próprio. A instituição da Defensoria Pública possui órgãos em todos os níveis do Poder Judiciário e nas cadeias públicas/penitenciárias do Estado, inclusive dispõe de Núcleo no interior dos presídios, local adequado para as entrevistas necessárias à elaboração da resposta preliminar. Trata-se de ônus da Defensoria Pública, órgão do Poder Executivo, que deve comparecer aos locais de custódia para as entrevistas que pretender. *O Tribunal de Justiça deste Estado, por questões de segurança e para dar maior celeridade aos processos criminais, editou a Resolução 45 de 2013 onde é vedada a requisição de presos para entrevistar-se com o Defensor público.* Ora, se existe órgão da Defensoria Pública em todas as cadeias do estado, não há qualquer prejuízo para o réu em entrevistar-se com o referido defensor e o mesmo realizar a defesa técnica, ou, este último transmitir os dados para o defensor em exercício perante o Juízo no qual o réu está sendo processado. Em tempos de internet, não se admite que os órgãos da Defensoria Pública não se comuniquem, muito menos em se tratando do direito à liberdade. Por fim, cabe ressaltar que a referida Resolução foi declarada constitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça deste Estado, entendimento que é seguido por esta Magistrada face as razões expostas no acórdão da lavra do Desembargador Nildson Araújo. Do exposto, indefiro o requerimento de relaxamento de prisão. (Grifo nosso).

Com o devido respeito, a autoridade coatora indeferiu o relaxamento em razão de outro pedido, que foi apresentado em defesa preliminar, mas ignorou e, por completo, o pedido de relaxamento ante a ausência de audiência de custódia.

Quiá por desconhecimento sobre a audiência de custódia, o pedido sequer foi apreciado pela autoridade coatora.

Dante dessa possibilidade, recorre-se ao material produzido pela *Rede de Justiça Criminal*, que se encontra disponível na rede mundial de computadores:

*O que é?* É a obrigatoriedade da apresentação do preso perante um juiz no prazo de 24 horas após a prisão, garantindo o contato pessoal entre eles.

*Para que serve?* A realização de uma audiência presencial logo após a prisão é a forma mais eficiente de verificar a legalidade e a necessidade da decretação da prisão preventiva ou da aplicação de uma medida cautelar alternativa à prisão, além de viabilizar o imediato diagnóstico e combate de práticas extorsivas, maus tratos e tortura, no momento da abordagem policial ou logo depois dela, por agentes do Estado.

*Qual a importância?* O controle imediato e efetivo da legalidade, necessidade e adequação da prisão provisória é uma forma eficiente de combater injustiças e reduzir o altíssimo índice de 42% de presos aguardando julgamento. Além disso, a audiência de custódia traria diversos impactos positivos, como a redução da superlotação carcerária o que resultaria na melhoria das condições de vida dos apenados.

*O que acontece hoje?* O artigo 306 do Código de Processo Penal prevê o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão cautelar, ou seja, o juiz forma seu convencimento com base apenas nos papéis. O contato pessoal da pessoa presa com o juiz acontece meses após a prisão, somente no dia da audiência de instrução e julgamento (Grifo nosso).

E como forma de repudiar qualquer tentativa de imputar o caráter meramente doutrinário da audiência de custódia, vale a pena colacionar o seguinte trecho da entrevista concedida pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito Titular da 1<sup>a</sup> Vara do Júri de Campinas (SP), Dr. José Henrique Rodrigues Torres, que já realiza a referida audiência:

Eu não inventei nada. Eu apenas estou dando cumprimento a uma norma prevista expressamente em um tratado internacional ratificado pelo Brasil e em plena vigência.

E cabe a mim, como juiz, garantir o direito do preso ser apresentado ao juiz, sem demora, como determina o Pacto.

(...)

*RJC: Algum caso, em especial, o marcou?*

JHT: Houve um caso de homônima. Um homem foi preso e, ao ser realizada a audiência de custódia, foi possível verificar que ele e o réu

tinham o mesmo nome. O homem preso por equívoco foi colocado em liberdade imediatamente, se a audiência de custódia não tivesse sido realizada, esse homem teria ficado preso por muito tempo, injustamente<sup>7</sup>. (Destaquei).

Dante de todas as considerações realizadas, não resta qualquer margem de dúvida de que o paciente é, atualmente, submetido a prisão ilegal, uma vez que não foi realizada audiência de custódia.

O Texto Constitucional, no que se refere às prisões ilegais, é claro em afirmar a necessidade do relaxamento diante dessa situação. Em assim sendo, postula o impetrante pelo relaxamento da prisão do paciente.

## **2. Da comprovação dos requisitos exigidos para a concessão da tutela de urgência**

Para a concessão da tutela de urgência, mister se faz a comprovação cumulativa dos dois requisitos concebidos pela doutrina e jurisprudência pátrias.

A plausibilidade jurídica, que é tida como primeiro requisito para obtenção da tutela de urgência, é aferida em toda argumentação apresentada no bojo desta petição inicial.

E não se pode menosprezar um aspecto importante: a decisão ilegal, que manteve a prisão do paciente, não enfrentou a tese defensiva sobre o seu caráter contrário ao direito ante a ausência de audiência de custódia.

Por outro lado, as dantescas condições do sistema prisional são, por si só, suficientes para demonstrar o real perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional.

Como argumento de reforço, não se pode olvidar da confissão de alto funcionário do Executivo Federal, mais especificamente o atual Ministro da Justiça, sobre o sistema prisional brasileiro.

Eis a notícia veiculada em diversos canais da mídia:

O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou ontem que, se tivesse que passar muitos anos preso numa penitenciária brasileira, preferiria morrer. A afirmação foi feita em palestra a empresários em São Paulo, em que Cardozo foi perguntado se concordava com a adoção da pena de morte no Brasil. Ele disse ser contrário à pena capital e afirmou que as cadeias do país têm condições 'medievais', por não possibilitarem a reinserção social: '*Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão*

---

7. Disponível em: <[https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/11/boletim\\_07jurisprudencia\\_rjc\\_0511\\_web.pdf](https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/11/boletim_07jurisprudencia_rjc_0511_web.pdf)>.

*nossa, eu preferia morrer*', disse em palestra promovida pelo Grupo de Líderes Empresariais (Lide).

O ministro citou problemas que as penitenciárias do país ainda enfrentam, como a violência entre detentos, o que leva à morte de internos: '*Infelizmente, os presídios no Brasil ainda são medievais. E as condições dentro dos presídios brasileiros ainda precisam ser muito melhoradas. Entre passar anos num presídio do Brasil e perder a vida, talvez eu preferisse perder a vida, porque não há nada mais degradante para um ser humano do que ser violado em seus direitos humanos*', disse Cardozo, que se referiu à vida nas cadeias como 'desrespeitosa', 'degradante' e 'não dignificante'<sup>8</sup>. (Destaquei)

Caso o E. Relator entenda que o objeto da medida cautelar confunde-se com o próprio mérito desta ação constitucional, a título subsidiário, postula pela determinação à autoridade coatora de apresentar a devida fundamentação sobre a legalidade da prisão do paciente mesmo sem ter sido realizada a audiência de custódia.

Na verdade, não se pode olvidar um outro importante aspecto da decisão ilegal proferida pela autoridade coatora, qual seja, há nítida violação ao disposto no artigo 93, inciso IX, Constituição da República, uma vez que não foi fundamentada a decisão.

Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Luiz Streck demonstram o preciso conhecimento jurídico, que foi olvidado pela autoridade coatora:

Há uma decisão do Supremo Tribunal Federal (MS 24.268/04 – Ministro Gilmar Mendes) da qual, embora diga respeito ao direito administrativo, é possível retirar uma autêntica homenagem ao preceito/princípio que obriga a fundamentação/motivação das decisões judiciais, com base na jurisprudência do 'Bundesverfassungsgericht', demonstrando que as partes têm os seguintes direitos: (a) direito de informação ('Recht auf Information'), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; (b) direito de manifestação ('Recht auf Äusserung'), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; (c) direito de ver seus argumentos considerados ('Aufnahmefähigkeit und Aufnahmefähigkeit') para contemplar as razões apresentadas. O acórdão incorpora, ainda, a doutrina de During/Assmann, ao sustentar que o dever de conferir atenção ao direito das partes

8. Ministro prefere morte a ficar preso no Brasil. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/100183563/ministro-prefere-morte-a-ficar-preso-no-brasil>>. Acesso em: 4 nov 2014.

não envolve apenas a obrigação de tomar conhecimento, mas também de considerar, seria e detidamente, as razões apresentadas<sup>9</sup>.

Ora, Excelência, o desprezo à argumentação sobre a ausência da audiência de custódia revela que não foram consideradas *séria e detidamente* as razões apresentadas pela defesa técnica do paciente, o que aponta para a vulneração do artigo 93, inciso IX, Constituição da República.

Em assim sendo, a título subsidiário, a título de liminar, postula o impetrante pela determinação à autoridade coatora de apreciar o pedido de relaxamento da prisão, a partir da tese da ilegalidade da prisão ante a ausência de audiência de custódia.

### 3. Dos pedidos

Em face de todo o exposto, postula o impetrante:

1. Pela concessão da ordem de *habeas corpus*, no sentido de reconhecer a ilegalidade da prisão suportada pelo paciente, uma vez que não foi realizada, mesmo após devida provocação defensiva, audiência de custódia, conforme determina o artigo 7º, 5º, Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, também, o artigo 9º, 3º, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;
2. Pela admissão da documentação que acompanha a presente petição inicial, até mesmo como forma de superar eventual alegação que aponte para a necessidade de dilação probatória; e,
3. Pela intimação do E. Defensor público em exercício junto a esse Colendo Colegiado para, querendo, apresentar memoriais escritos, realizar sustentação oral, acompanhar a sessão de julgamento, interpor recursos e adotar quaisquer outras medidas que entender cabíveis.

Pede deferimento.

São Gonçalo, 28 de Novembro de 2014.

Eduardo Januário Newton  
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

---

9. MENDES, Gilmar Ferreira & STRECK, Lênio Luiz. "Comentários ao artigo 93". In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. & STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1324.



Este livro foi composto em Adobe Caslon Pro, sobre papel offset 63g/m<sup>2</sup> para o miolo  
e cartão duplex 250g/m<sup>2</sup> para a capa, em abril de 2018.

Além da exploração de temas mais clássicos, a *Revista*, em seus sortidos artigos, fala sobre hipervulneráveis no mercado de consumo, mulheres em situação de violência doméstica, pessoas com deficiência, mães em situação de rua e presos com a dignidade violada, bem como sobre a aplicação, internamente, de tratados de direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana.

Já na seção de peças processuais figuram a defesa de aposentados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro, a tutela de comunidade remanescente de quilombo e a luta histórica pela implementação das audiências de custódia. Também poderá ser consultada a primeira representação de inconstitucionalidade intentada pela Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, combatendo com êxito lei que vedou a “ideologia de gênero” em estabelecimentos de ensino municipais.



**DEFENSORIA PÚBLICA**  
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



Centro de Estudos Jurídicos  
Defensoria Pública - RJ