

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

VOL.2

COORDENADORES:

Brenda Albuquerque de Souza
Jacqueson Ferreira Alves dos Santos
Machidovel Trigueiro Filho
Roberta Araújo de Souza

AUTORES:

Anna Júlia Falcão Bastos
Brenda Albuquerque de Souza
Camila Lemos Sampaio
Danilo Pinheiro Sousa
Elenilton Pereira Batista
Eliezer Lima da Silva
Felipe de Queiroz Villarroel
Jacqueson Ferreira Alves dos Santos
Jordana Celestino Dourado
Lucas Alves Silva Caland
Machidovel Trigueiro Filho
Marcos Vinicius Ribeiro Gonçalves de Vasconcelos Rodrigues
Mirella Ribeiro Chaves Giansante
Samuel Roberto Carvalho Lima
Valdiane Kess Soares dos Santos
Vanderson Silva Santana
Wilkson Vasco Francisco Lima Barros



TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Vol. 2

Coordenadores:

Brenda Albuquerque de Souza
Jacqueson Ferreira Alves dos Santos
Machidovel Trigueiro Filho
Roberta Araújo de Souza

Autores:

Anna Júlia Falcão Bastos
Brenda Albuquerque de Souza
Camila Lemos Sampaio
Danilo Pinheiro Sousa
Elenilton Pereira Batista
Eliezer Lima da Silva
Felipe de Queiroz Villarroel
Jacqueson Ferreira Alves dos Santos
Jordana Celestino Dourado
Lucas Alves Silva Caland
Machidovel Trigueiro Filho
Marcos Vinícius Ribeiro Gonçalves de Vasconcelos Rodrigues
Mirella Ribeiro Chaves Giansante
Samuel Roberto Carvalho Lima
Valdiane Kess Soares dos Santos
Vanderson Silva Santana
Wilkson Vasco Francisco Lima Barros
Vanderson Silva Santana



Fortaleza-CE
2023

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Os Autores

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo de Sousa

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

SOUZA, Roberta Araújo de; SOUZA, Brenda Albuquerque de; SANTOS, Jacqueson Ferreira Alves dos; Trigueiro Filho, Machidovel; outros

TEMAS ATUAIS DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO VOL. 2

Fortaleza – Ceará. Editoras DINCE, 2023 – 441p. Impresso

Fechamento desta edição: 02.2023

ISBN: [978-85-7872-588-4](#)

DOI: [10.56089/978-85-7872-588-4](#)

1. Direito Público e Privado 2. Temas. I. Estudos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

COORDENADORES

Roberta Araújo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Machidovel Trigueiro Filho

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-Sao Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado seu mandato em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas

seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos 15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduou-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cum Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora, no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal- Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela

Associação Nacional das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

Brenda Albuquerque de Souza

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

SUMÁRIO

Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

ANPP E A FIANÇA PELO DELEGADO DE POLÍCIA, A
NECESSIDADE DE ADEQUAR O PROCESSO PENAL À
LÓGICA..... 13

Lucas Alves Silva Caland

ANÁLISE CRÍTICA DO CASO JAILTON NERY VS BRASIL
SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE
INTERNACIONAL 33

Samuel Roberto Carvalho Lima

POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO PENAL NAS AÇÕES
PENAIIS PRIVADAS..... 51

Mirella Ribeiro Chaves Giansante

DO PARENTESCO NO ORDENAMENTO JURÍDICO 65

Camila Lemos Sampaio

A HUMANIZAÇÃO DO CÁRCERE: EDUCAÇÃO COMO
FATOR ESSENCIAL PARA MUDANÇAS 95

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

O AVANÇO NA FACILITAÇÃO DA EXECUÇÃO DE
TÍTULO (JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL) QUE FIXA
DEVER DE PAGAR ALIMENTOS NO ÂMBITO DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL **143**

Elenilton Pereira Batista

O RESULTADO MORTE NOS CRIMES PATRIMONIAIS **165**

Jordana Celestino Dourado

A TUTELA DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS NO PROCESSO
PENAL BRASILEIRO **199**

Felipe De Queiroz Villarroel

A COISA JULGADA NAS DEMANDAS COLETIVAS DE
DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O RESP
1302596-SP **231**

Danilo Pinheiro Sousa

DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO
EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO..... **261**

**Marcos Vinícius Ribeiro Gonçalves de Vasconcelos
Rodrigues**

O PLURALISMO COGNITIVO COMO MÉTODO
SIMBIÓTICO ENTRE SOCIEDADE CIVIL E ESTADO.... **289**

Brenda Albuquerque de Souza

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA **301**

Eliezer Lima da Silva

LEI nº 14.532/23: A MIGRAÇÃO DA INJÚRIA RACIAL
PARA A LEI DE RACISMO E SUAS IMPLICAÇÕES **319**

Valdiane Kess Soares dos Santos

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA:
ASPECTOS HISTÓRICOS INTRODUTÓRIOS NO DIREITO
COMPARADO **339**

Vanderson Silva Santana

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO À
PRIVACIDADE E DIREITO À SEGURANÇA À LUZ DA
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA **361**

Machidovel Trigueiro Filho

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: APLICAÇÕES
DO DIREITO CONSTITUCIONAL E NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS **409**

Anna Júlia Falcão Bastos

A EFETIVIDADE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS
NOS TERMOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL **433**

ANPP E A FIANÇA PELO DELEGADO DE POLÍCIA, A NECESSIDADE DE ADEQUAR O PROCESSO PENAL A LÓGICA.

***ANPP AND BAIL BY THE CHIEF OF POLICE, THE NEED
TO ADAPT THE CRIMINAL PROCEDURE TO LOGIC.***

Wilkson Vasco Francisco Lima Barros.

RESUMO

O presente trabalho aborda um tema importantíssimo, porém, ainda não debatido pela grande parte da doutrina – de forma espantosa. O processo penal, através de suas intensas alterações legislativas, passou a aumentar as penas das infrações penais, muitas vezes de forma correta, e outras apenas como medidas “politiqueiras” e desproporcionais. Assim, já existia a necessidade de se alterar as possibilidades de fiança pelo Delegado de Polícia. Já estava há muito defasado a fiança somente para infrações penais de até 4 anos de pena máxima. Contudo, com a criação do Acordo de Não Persecução Penal, não é só mais uma urgência, mas sim, uma adequação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e Dignidade da Pessoa Humana. O sistema processual penal está claramente inconstitucional, com uma pessoa presa em flagrante não podendo ter a concessão de fiança pelo Delegado de Polícia, mas, no dia seguinte, recebendo um acordo que o livre do processo penal! O sistema está atuando de forma desarrazoada. Como privar alguém de liberdade se no outro dia pode receber a benesse completa? Estranhamente os órgãos protetores dos Direitos

Humanos ainda não perceberam essa desproporção, sem ADPF no STF pra corrigir uma falha processual grotesca.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal - ANPP; Fiança; Delegado de Polícia; Proporcionalidade; Razoabilidade; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

ABSTRACT

The present work approaches a very important theme, however, not yet debated by the great part of the doctrine – in an amazing way. The criminal procedure, through its intense legislative changes, began to increase the penalties of criminal offenses, often correctly, and others just as “political” and disproportionate measures. Thus, there was already a need to change the possibilities of bail by the Chief of Police. Bail only for criminal offenses of up to 4 years of maximum sentence was long overdue. However, with the creation of the Criminal Non-Prosecution Agreement, it is not just another urgency, but rather, an adequacy of the principles of proportionality, reasonableness and Human Dignity. The criminal procedural system is clearly unconstitutional, with a person arrested in flagrante delicto not being able to be granted bail by the Chief of Police but, the next day, receiving an agreement that frees him from criminal proceedings! The system is acting unreasonably. How to deprive someone of freedom if the next day they can receive the complete benefit? Strangely, the bodies protecting human rights still haven't noticed this disproportion, with no ADPF in the STF to correct a grotesque procedural flaw.

Keywords: Criminal Non-Persecution Agreement - ANPP; Bail; Chief of Police; Proportionality; Reasonableness; Argument of Breach of Fundamental Precept - ADPF.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo buscar demonstrar que, após a inserção do Acordo de Não Persecução Penal no Direito brasileiro, o sistema processual penal entrou em uma desproporcionalidade gritante.

Urge a necessidade de adequar o direito processual penal, sob pena de continuarmos com uma violação à Dignidade da Pessoa Humana sob o viés de desarrazoabilidade entre os métodos despenalizadores da primeira fase da persecução penal (investigativa, em regra, promovida pelas Polícias Judiciárias) e da segunda fase (processual, em regra, promovida pelo Ministério Público).

Inclusive, em tempo de política judiciária de desencarceramento no Direito pátrio (tema a ser aprofundado outro artigo, com análise de seus pontos positivos e negativos e de suas bases verdadeiras e mentirosas), assusta-me não visualizar importantes órgãos na luta por esse rearranjo.

Não vislumbrei atuações da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Ministério Público e nem mesmo das Associações de Delegados (a exemplo da ADEPOL do Brasil) em trazer à tona, debater ou buscar (política ou judicialmente) corrigir tal falha.

Há muito tempo já se fazia a necessidade de se alterar o limite legal de fiança pelo Delegado de Polícia. Em 2011, foi

colocado no Código de Processo Penal, a sua redação atual, permitindo a fiança por tal autoridade jurídica nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Ocorre que cada vez mais (e de forma mais acelerada) as penas máximas e mínimas das infrações penais vão sendo aumentadas pelo Congresso Nacional, sem a devida atualização da limitação citada.

Já existe há bons anos, de forma já desproporcional, a suspensão condicional do processo, possibilitando este benefício há alguns crimes sem, contudo, a possibilidade de fiança pelo Delegado. A título de exemplo, um réu primário comete uma lesão grave durante uma briga ocasional, é preso em flagrante, vai à audiência de custódia (pena máxima de 5 anos¹ – impeditiva de fiança pelo Delegado) com a proposta de suspensão oferecida em seguida.

Com a positivação do Acordo de Não Persecução Penal, agora temos diversos crimes na mesma condição sem razoabilidade.

Ressalte-se que se de um lado temos medidas de desencarceramento impulsionadas pelas jurisprudências do STF e STJ, aliadas às audiências de custódia e às medidas despenalizadoras, do outro temos endurecimentos de penas abstratas.

No meio de ambos os lados, entre a pena abstrata elevada e a análise processual concreta na fase judicial, há o Delegado de Polícia. Só que incoerentemente enclausurado por um limite

¹ Art. 129, § 1º, CP.

que praticamente inviabiliza sua atuação como autoridade jurídica em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Perguntas chaves: a quem interessa essa desproporção? Porque não há debates e ações para revisar a legislação? Porque um sistema desproporcional em tamanha magnitude entre a primeira e a segunda fase da persecução penal?

Com certeza não é interesse da população - o “cliente” do serviço público. Vale a pena relembrar que o processo penal existe não para permitir que o Estado puna os administrados, pelo contrário, é a garantia de um procedimento justo para que o Estado puna sem abusos. Evita-se que o Poder Público haja como o “leviatã”, o controlador social dominador da teoria de Hobbes.

1. DELEGADO DE POLÍCIA COMO O PRIMEIRO GARANTIDOR DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A população enxerga, em sua maioria influenciada pelas mídias, o Delegado de Polícia como o grande “acusador” (em seu sentido popular e não jurídico, obviamente). Ocorre que, juridicamente é o inverso.

O Delegado de Polícia é uma autoridade jurídica imparcial, garantindo investigações impessoais e técnicas, afastando “politicagens” e erros jurídicos. Do contrário, existiriam uma avalanche de Auto de Prisões em Flagrantes relaxados por violações legais de todas as formas e níveis.

Tal entendimento é cristalino e respaldado na Constituição Federal, nas leis, na doutrina majoritária e no STF.

O ministro Celso de Melo² afirmou expressamente que “o Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça”.

É a primeira autoridade a defender os direitos do investigado, o que não se contrapõe a uma investigação e indiciamentos devidos.

David Queiroz³ descreve a verdadeira função do Delegado de Polícia (grifos nossos):

Afigura-se certo que o atual cenário político e jurídico exige uma acoplagem constitucional e convencional da atividade policial, notadamente do Delegado de Polícia, **devendo ser extirpada a visão de investigação policial como máquina repressiva.**

Nesse contexto, a função de um Delegado de Polícia vai muito além da tarefa de prender. **Por ser o primeiro profissional com atribuição legal para realizar análise jurídica dos fatos, o primeiro “juiz” da causa, incumbe ao Delegado de Polícia a preservação do interesse do Estado de proteção dos indivíduos de uma injusta perseguição.**

Aury Lopes Junior preleciona que a efetividade de proteção dos direitos fundamentais depende, em parte, da atividade jurisdicional, responsável por dar ou negar os referidos direitos. **Não é demais afirmar que a proteção dos direitos fundamentais depende, também, da atividade endoprocessual desenvolvida pelo Delegado de Polícia,** pois esse profissional pertence a

² HC 84548/SP.

³ <https://emporiiododireito.com.br/leitura/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor>

atribuição para determinar a lavratura do auto de prisão em flagrante, com o consequente encarceramento do detido, a concessão de liberdade provisória com o arbitramento de fiança, a análise da existência da ilicitude dos elementos informativos etc.

No mesmo sentido, Henrique Hoffmann⁴ detalha brilhantemente (grifos nossos):

O delegado de polícia, na condição de “primeiro garantidor da legalidade e da Justiça”, como afirmou o ministro Celso de Mello, **não pode adotar uma visão monocular que hipertrofie a acusação na mesma medida em que desprestige a defesa**. Deve abraçar postura de tratamento isonômico, cuja pertinência ganha ainda mais destaque se relevarmos a tendência do ser humano de utilizar a técnica heurística para tomar decisões.

Outrossim, considerada que **a instrução preliminar não caracteriza via de mão única, medida que se impõe é a ampliação da participação da defesa no curso do inquérito policial**. O defensor deve ter a oportunidade de se manifestar nos autos do procedimento policial, ainda que após a conclusão das diligências, tendo em conta que não se pode admitir interferências nas atividades policiais em curso (segredo interno), sob pena de total ineficácia do aparelho persecutório à disposição do Estado-Investigação. Destarte, **nada impede a incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa na fase inquisitiva, mesmo que de forma mais tênue do que no processo penal, de maneira a**

⁴ <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>

evitar o estabelecimento de utilitarismo exacerbado que acentue o fosso que separa acusação e defesa.

Desta forma, resta mais que claro a função do Delegado de Polícia: garantir direitos na investigação processual, com todas suas prerrogativas jurídicas. Para tal função, precisa ter a possibilidade de atuar desta forma, com mecanismos próprios e eficazes, conforme se passa a defender a mudança da regulamentação da fiança.

2 – DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) inseriu o ANPP no Direito Brasileiro, sendo um acordo (negócio jurídico) entre o “*Parquet*” e o investigado, dependente de homologação judicial. Cumprido o negócio jurídico pelo investigado, decretará-se a extinção de punibilidade.

Como é o instituto com consequências debatidas fortemente neste estudo, passo a destrinchar suas principais nuances.

Junto a outras medidas despenalizadoras (como suspensão condicional do processo e da pena, transação penal, composição civil) é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Seus requisitos estão no artigo 28-A. Cita-se os principais dispositivos (grifos nossos):

CPP

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado **confessado formal e circunstancialmente** a prática de infração penal **sem violência ou grave ameaça** e com **pena mínima inferior a 4 (quatro) anos**, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, **desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão

consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo **não se aplica** nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for **reincidente** ou se houver elementos probatórios que indiquem **conduta criminal habitual, reiterada ou profissional**, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos **crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar**, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

O Min. Reynaldo Soares da Fonseca⁵, do STJ, inclusive já se manifestou sobre o ANPP, incluindo-o na moderna Justiça Penal Consensual ou Negociada ou Pactual, sendo instrumento para otimização dos recursos públicos e a efetivação da chamada Justiça multiportas, com a perspectiva restaurativa.

Destaque-se o quantum de pena autorizadora do ANPP: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado **confessado formal e circunstancialmente** a prática de infração

⁵ (HC 607003-SC).

penal **sem violência ou grave ameaça** e com **pena mínima inferior a 4 (quatro) anos**”.

Ou seja, enquanto o Delegado de Polícia somente pode arbitrar a fiança em infrações penais com pena **máxima** de 4 anos, o ANPP usa o patamar da pena **mínima** de 4 anos. Cita-se:

CPP

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

A desproporção entre infrações penais sujeitas ao ANPP e à fiança pelo delegado é abismal. Frise-se que o ANPP é realizado pelo Ministério Público, uma autoridade jurídica tal qual o Delegado de Polícia. Isto é, não cabe nenhuma alegação de que essas benesses processuais seriam reserva de jurisdição.

É simplesmente uma desproporcionalidade que deixa sem lógica o processo penal. Uma mesma infração penal tem dois pesos completamente opostos nas duas fases da persecução penal.

3 – DA FIANÇA PELO DELEGADO DE POLÍCIA E SUA INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE

Até 2011, o artigo 322 do CPP previa que o Delegado de Polícia poderia conceder fiança nos casos de detenção ou prisão simples. Era um dispositivo muito defasado na época.

Com sua permissão para crimes com pena máxima de até quatro anos, claramente houve um avanço. Contudo, já está novamente muito aquém. E com o ANPP, tornou o referido dispositivo gritantemente inconstitucional.

Inclusive, o ANPP surge como uma das políticas de desencarceramento, fortalecida e aplicada fortemente no Judiciário, em especial, após a decisão de Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro.

O Estado de Coisas Inconstitucional é um litígio estrutural, com a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional.

Diante disso, o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um Estado de Coisas Inconstitucional, com as penas privativas de liberdade sendo

cruéis e desumanas. Cita-se o resumo do julgado por Márcio Calvacante⁶:

O STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas para execução nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.

Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais Poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados.

Diante disso, o STF, em ADPF, concedeu parcialmente medida cautelar determinando que:

- juízes e Tribunais de todo o país implementem, no prazo máximo de 90 dias, a audiência de custódia;
- a União libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual

6

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677>.

foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798).

Ocorre que, conforme estudo, a principal forma de desencarceramento injusto é pela atuação do Delegado de Polícia.

Sobre os abusos da prisão provisória, a Associação pela Reforma Prisional, Centro de Estudos de Segurança e Cidadania e a Universidade Cândido Mendes, com apoio da *Open Society Foundations*, coordenados pela Socióloga Julita Lemgruber, concluiu estudos sobre os dados sobre a prisão provisória antes e depois do advento da Lei 12.403/2011 (com o Delegado podendo realizar fiança em infrações com penas máximas de até 4 anos).

Cita-se Ruchester Barbosa⁷ explanando brilhantemente sobre a conclusão do estudo em si e a conclusão da solução da melhoria do sistema penal brasileiro (grifos nossos):

Foram estudados 4.859 casos de acusados, os quais se referiam a casos em que havia informação desde a prisão em flagrante até a primeira medida cautelar imposta pelo juiz logo após a distribuição do auto de prisão em flagrante. 2.653 deles (55%) detidos antes e 2.206 (45%) depois da entrada em vigor da Lei 12.403/2011.

Um dos resultados extremamente importantes para o sistema penal, mas que não são divulgados, foi que de 3.672 processos

⁷ <https://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia>.

concluídos em 2013 em (%): 23,4 resultam em regime fechado; 18,7 no semi-aberto; 4,6 em regime aberto; 15,9 outras penas; 7,8 absolvidos; 20,7 outras situações processuais; e 1,4 réu revel.

Outro dado que se destaca é o da liberdade provisória proferida pelo Delegado de Polícia em razão da fixação da fiança. *Antes da lei era de 0,7% e após a lei 12.403/11 foi para 22,4% de liberdades concedidas!* Enquanto a fiança pelo juiz era de 1,0% e aumentou para 1,2% após a lei.

Em outras palavras **76,6% não precisariam ter sua prisão provisória decretada como primeira medida**, o que revela uma desproporção entre a prisão provisória e sua real necessidade com o resultado final do processo, bem como a desproporcional, portanto, inconstitucional, limitação da fiança pelo delegado à pena máxima de quatro anos.

O Critério de liberdade provisória em sede policial revela-se uma solução para o encarceramento, o que denota ser arbitrário o artigo 322 do CPP que limita a somente esta medida cautelar e a crimes punidos com pena máxima de quatro anos, **já que somente 23,4% são condenados a pena de oito anos de prisão, violando, portanto, a redação do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos**, na qual consta que o capturado ou detido será levado sem demora a um juiz *ou outra autoridade* indicada pela lei a decidir sobre sua liberdade, que no Brasil é notadamente o delegado de Polícia.

Imagine-se agora o quadro atual, com uma grande quantidade de pessoas presas em flagrante sem possibilidade de fiança pelo Delegado que tem o ANPP oferecido poucos dias depois – sendo incoerente.

A pessoa foi privada de sua liberdade, para ter um oferecimento do acordo. Gerando, justamente, o efeito inverso do desejado pelas finalidades da criação do ANPP. Em vez de ser uma Justiça Negocial, tornou-se, muitas vezes, em uma “extorsão estatal”, com a pessoa que foi presa aceitando qualquer acordo, a fim de afastar o risco de ser presa novamente – sendo que mesmo que, após todo um regular processo, a chance dela ser condenada a regime fechado é mínima, do contrário não caberia ANPP, seja pelo quantum de pena, seja pelas exceções supra elencadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o narrado, percebe-se claramente a inconstitucionalidade do artigo 322 do Código de Processo Penal. Além de se exigir uma mudança legislativa (muitas vezes lenta), tem-se que cobrar os devidos órgãos (como OAB, MP, Defensoria e ADEPOL do Brasil) ajuizamento de ADPF perante tal dispositivo – não é caso de ADI porque o parâmetro é anterior ao objeto.

Está se retirando dos brasileiros o direito básico a um processo penal lógico e racional. É inadmissível o direito pátrio vigorar com normas que determinam a condução de uma pessoa obrigatoriamente presa perante uma autoridade judicial para a audiência de custódia, mesmo tendo passado por uma outra autoridade jurídica (o Delegado de Polícia) imparcial e com

capacidade técnica, para dias depois uma terceira autoridade jurídica (o promotor) lhe oferecer o ANPP para extinguir completamente o processo penal. Se há os requisitos do ANPP, também tem que caber fiança pelo Delegado. É o mínimo exigido para o sistema processual penal. Corrigir esse déficit é uma adequação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e Dignidade da Pessoa Humana.

Um investigado preso pela primeira vez, por crime de menor relevância, não sendo criminoso habitual – alguns dos requisitos do próprio ANPP e também da concessão de fiança – não pode ter um tratamento de inimigo estatal em um dia e no dia seguinte ser tratado novamente como cidadão detentor de benesses alargadas. Qual a possibilidade dele não aceitar qualquer condição da ANPP? Há liberdade de vontade nessa negociação?

Por óbvio, a título de reforço, se o caso não for de menor relevância, não cabe ANPP, fiança ou qualquer outra benesse, sendo, assim, um caso fora do debate deste estudo.

O serviço público, como seu próprio nome diz, deve servir o povo. Todavia, a existência do ANPP com a limitação inconstitucional da fiança pelo Delegado, torna o processo criminal desarrazoável e viola o direito do administrado.

Basta de lentidões nas regulamentações da fase pré processual da persecução penal! A fase judicial não surge “do nada”, mas sim, deriva de uma investigação prévia. As normatizações devem considerar o sistema conglobantemente.

O ministro Luís Roberto Barroso, em artigo bastante famoso, afirmou que o STF tem uma função iluminista, promovendo, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história. Nada mais que justo e adequado, uma decisão em ADPF, permitindo o equilíbrio entre

as duas fases da persecução penal, iluminando a escuridão da irracionalidade do sistema atual.

REFERÊNCIAS

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Estado de Coisas Inconstitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677>>. Acesso em: 25/02/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Estado de Coisas Inconstitucional. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2022/08/?m=1#:~:text=Prevalence%20que%20%C3%A9%20cab%C3%ADvel%20ANPP,amea%C3%A7a%20ou%20viol%C3%Aancia%20contra%20pessoa.&text=A%20infra%C3%A7%C3%A3o%20penal%20cometida%20deve,a%204%20anos%2C%20n%C3%A3o%20cabe>>. Acesso em: 26/02/2023.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 24/02/2023.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia>>. Acesso em: 27/02/2023.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Fiança pelo delegado não se limita a crimes com penas de até 4 anos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-10/academia-policia-fianca-delegado-nao-limita-crimes-penas-acima-anos#_edn6>. Acesso em: 27/02/2023.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Controle de Convencionalidade pelo Delegado de Polícia. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia/>>. Acesso em: 27/02/2023.

QUEIROZ, David. Delegado de polícia, o primeiro garantidor de direitos fundamentais! Mas quem garante os direitos do garantidor? Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/delegado-de-policia-o-primeiro-garantidor-de-direitos-fundamentais-mas-quem-garante-os-direitos-do-garantidor>>. Acesso em: 27/02/2023.

ANÁLISE CRÍTICA DO CASO JAILTON NERY VS BRASIL SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

CRITICAL ANALYSIS OF THE JAILTON NERY VS BRASIL CASE FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL RESPONSIBILITY

Lucas Alves Silva Caland

RESUMO

O presente artigo trata sobre o caso Jailton Nery vs Brasil, levado até a comissão interamericana de direitos humanos, a fim de exigir uma justa investigação do fato que culminou na morte do adolescente Jailton Nery, apreendido por Policiais Militares no Rio de Janeiro. Consta do caso que o adolescente não foi devidamente apresentado a uma autoridade judicial após a sua apreensão, tendo o seu corpo sido encontrado dias depois no Rio de Janeiro. A doutrina internacional aborda esse caso como um símbolo da necessidade de adoção da audiência de custódia, consistindo na apresentação do preso a uma autoridade judicial, a fim de que haja a devida análise sobre a legalidade da medida restritiva e para que se evite a prática de tortura contra custodiados.

Palavras-chave: Direito Internacional. Responsabilidade Internacional. Audiência de Custódia.

ABSTRACT

This article deals with the Jailton Nery vs. Brazil case, brought before the Inter-American Commission on Human Rights, in order to demand a fair investigation of the fact that culminated in the death of the teenager Jailton Nery, apprehended by Military Police in Rio de Janeiro. It is said that the teenager was not properly presented to a judicial authority after his arrest, and his body was found days later in Rio de Janeiro. International doctrine addresses this case as a symbol of the need for adoption of the custody hearing, consisting of the presentation of the prisoner to a judicial authority, in order to have a due analysis on the legality of the restrictive measure and to avoid the practice of torture against custodians.

Keywords: Customary international law. International responsibility. Against custodians.

INTRODUÇÃO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão” ou “CIDH”) recebeu em 7 de dezembro de 1995, durante a sua visita ao Brasil, uma denúncia do Centro de Defesa Dom Luciano Mendes da Associação Beneficente São Martinho (doravante denominado “Petitionário”) contra a República Federativa do Brasil (doravante denominada “Estado” ou “Estado Brasileiro” ou “Brasil”) pela suposta execução extrajudicial do menor Jailton Neri Fonseca (doravante denominada “Vítima”) por policiais militares do Estado do Rio de Janeiro durante uma operação policial na favela Ramos. Da denúncia se pode inferir fatos que de comprovados verdadeiros constituiriam violações dos artigos

4 (direito a vida), garantias judiciais (artigo 8), direitos da criança (artigo 19) e proteção judicial (artigo 25) da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”).

Por conseguinte, entendeu a comissão por admitir o presente caso, tendo sido atribuído o número 11.634 ao caso. Em março de 1996 a Comissão solicitou o peticionário que completasse a denúncia com informação adicional, de acordo com os artigos 33 do Regulamento da CIDH. O peticionário aportou a informação requerida em 19 de abril de 1996, inclusive cópia da sentença expedida pela Justiça Militar em 12 de março de 1996. Em 14 de junho de 1996, a Comissão requisitou informação ao Estado, o qual solicitou prorrogação do prazo para contestar por duas vezes, em 18 de setembro de 1996 e em 26 de novembro de 1996. Diante da ausência de informações, em 7 de julho de 1998 a CIDH solicitou novamente que o Estado Brasileiro proporcionasse a informação anteriormente solicitada e informou-lhe sobre a possibilidade de aplicação do artigo 42 do regulamento da Comissão. O Estado encaminhou a informação em 17 de agosto de 1998, cuja cópia foi remetida à peticionária em 25 de setembro de 1998. O peticionário não apresentou suas observações finais.

Do relatório acima colacionado a doutrina internacional extrai a necessidade de o indivíduo preso ser apresentado imediatamente a uma autoridade judicial, a fim de se verificar a legalidade da prisão e a ausência de lesões no conduzido, além de se decidir sobre a manutenção ou não da medida restritiva pessoal. Do caso acima citado emanaram-se recomendações ao estado brasileiro, as quais serão estudadas no presente trabalho. Serão analisadas ainda as consequências advindas do caso Jailton Nery, sobremaneira sob a ótica da audiência de custódia, a qual passou a ser adotada recentemente no Brasil, inicialmente pelo

Tribunal de Justiça de São Paulo, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça.

Serão estudadas as diretrizes gerais da responsabilização internacional, os elementos necessários para imputação da responsabilidade, as causas de exclusão da responsabilidade internacional, entre outros aspectos necessários ao entendimento do tema. Nesse contexto, serão colacionados entendimentos da doutrina internacional sobre o tema, além de posições consolidadas na jurisprudência internacional.

O presente trabalho será dividido em três capítulos. O primeiro abordará a responsabilidade internacional e seus elementos. O segundo irá tratar das nuances envolvendo o caso Jailton Nery e das medidas que decorreram de sua análise pela Comissão Interamericana. O terceiro capítulo irá tratar das audiências de custódia enquanto consequência do caso Jailton Nery, eis que o resultado danoso decorreu da não apresentação do adolescente a uma autoridade judicial.

1. RESPONSABILIZAÇÃO E SEUS ELEMENTOS

Inicialmente, cumpre notar que a responsabilização internacional segue as diretrizes gerais da responsabilização civil, mas com ela não se confunde, pois possui alguns traços específicos. Mazzuoli define a responsabilidade internacional como “o instituto que visa responsabilizar determinado estado pela prática de um ato atentatório ao direito internacional

perpetrado contra outro estado, prevendo certa reparação a este último pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu”⁸.

Nesse contexto, há 3(três) teorias acerca da natureza jurídica da responsabilidade internacional, quais sejam: i) teoria subjetiva; ii) teoria objetiva/teoria do risco; e iii) teoria mista, segundo a qual a responsabilidade depende de culpa(negligência) na omissão e independe de culpa ou dolo nos atos comissivos, bastando o liame entre ato ilícito e dano.

Na teoria geral da responsabilidade civil, exige-se que a prática de um ato ilícito, um resultado danoso e um nexo de causalidade entre o ato e o dano. Entre particulares, requer-se ainda o elemento culposo. Excepcionalmente, cumpre notar, será possível a responsabilização civil em casos de ato lícito, a exemplo de ato praticado em estado de necessidade contra agente não causador do perigo.

Segundo Portela, à luz do direito internacional clássico, para que se configure a responsabilidade internacional são necessários três elementos: o ato ilícito, a imputabilidade e o dano⁹.

O ato ilícito é a conduta comissiva ou omissiva que viola norma de Direito Internacional. Cabe ressaltar que o mero dano a um interesse, quando não implique infração de normas internacionais, não é suficiente para caracterizar a responsabilidade internacional. A imputabilidade refere-se à necessidade de que o ato ilícito seja atribuído ao ente a ser responsabilizado. Deve haver, portanto, um vínculo entre a

⁸ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Internacional público: parte geral. P. 184.

⁹ Portela, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado, 8ª ed, p. 385.

violação da norma internacional e seu responsável. A imputabilidade pode ser imediata, correspondendo a uma ação ou omissão do ente estatal, de seus órgãos ou funcionários, ou indireta, quando o ato foi cometido por pessoa natural ou jurídica protegida pelo Estado ou a este vinculado, como um Estado de uma federação.

O dano, por sua vez, é o resultado direto advindo da conduta internacional, podendo ser refletido em particulares. No presente trabalho, por exemplo, estuda-se o caso do adolescente Jailton Nery, o qual foi morto após apreensão realizada por Policiais Militares no Rio de Janeiro, os quais representavam ali o braço estatal. Tem-se, portanto, o resultado danoso refletido em um particular.

Guido Soares, alargando a discussão, registra que a para se configurar um dever de reparação de dano no Direito Internacional, é necessária a ocorrência dos seguintes elementos:

a) Um comportamento em violação de um dever internacional, sempre imputável a um ou mais Estados, denominado ilícito internacional, consistente numa ação ou omissão;

b) A existência de um dano físico ou moral, causado a outros Estados, sua integridade territorial ou a bens a estes pertencentes ou, ainda, a pessoas ou propriedade dos nacionais destes;

c) Um nexo de causalidade normativa entre dano e ilícito, o qual institui um dever de reparar o seu autor e cria ao ofendido um direito subjetivo de exigir uma reparação.¹⁰

¹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 186.

Ademais, importa notar que se torna dispensável o elemento culposos nos casos de atos estatais, a exemplo do caso tratado neste trabalho. Os policiais militares representavam o estado, considerando a adoção da teoria do órgão no ordenamento pátrio, razão pela qual não há que se perquirir culpa nos atos praticados pelos agentes, mas tão somente o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

Nesse contexto, em algumas situações dispensa-se inclusive o nexo de causalidade, adotando-se a teoria do risco integral na responsabilidade civil, como em atos envolvendo terrorismo, danos ambientais e nucleares.

Discute-se na doutrina internacional a possibilidade de responsabilização por atos ilícitos nas situações de abuso de direito, sendo controversa a sua aplicabilidade. Em sua maioria, os doutrinadores alegam que a expressão é vaga e que seu emprego poderia trazer maior insegurança às relações internacionais. No mesmo sentido é a jurisprudência internacional.

Cumprido notar que a responsabilidade pode ser excluída em alguns casos específicos, ainda que estejam presentes os requisitos autorizadores para responsabilização. Entre tais situações, é possível citar a legítima defesa, a retaliação e o estado de necessidade.

O instituto da legítima defesa é amplamente estudado no Direito Penal, não sendo necessárias maiores digressões. No que tange à retaliação, segundo Portela¹¹, tem-se que “é um ato ilícito de outro estado. Normalmente, não é permitida pelo Direito Internacional, mas é admissível quando é uma resposta à violação de normas internacionais por parte de outro ente estatal. Para que

¹¹ Portela, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*, 8ª ed, p. 390

exclua ou atenua a responsabilidade internacional, requer ainda a ocorrência de um dano e deve ser proporcional ao gravame sofrido pelo Estado que recorre à represália.

O estado de necessidade, por sua vez, refere-se a proteção de bem jurídico próprio em face de bem de terceiro, não havendo outra possibilidade senão sacrificar o bem do terceiro para salvar o bem jurídico próprio. Cumpre colacionar que o Esboço de Artigos sobre a responsabilidade de estados por atos ilícitos internacionais, da Comissão Internacional da ONU, previu o estado de necessidade como excludente da ilicitude internacional, desde que não houvesse outro meio para salvaguardar o interesse do Estado.

2- ANÁLISE DO CASO JAILTON NERY E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO PLANO INTERAMERICANO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão“ ou “CIDH”) recebeu em 7 de dezembro de 1995, durante a sua visita ao Brasil, uma denúncia do Centro de Defesa Dom Luciano Mendes da Associação Beneficiente São Martinho (doravante denominado “Petitionário”) contra a República Federativa do Brasil (doravante denominada “Estado” ou “Estado Brasileiro ”ou “Brasil”) pela suposta execução extrajudicial do menor Jailton Neri Fonseca (doravante denominada “Vítima”) por policiais militares do Estado do Rio de Janeiro durante uma operação policial na favela Ramos. Da denúncia se pode inferir fatos que de comprovados verdadeiros constituiriam violações dos artigos 4 (direito a vida), garantias judiciais (artigo 8), direitos da criança (artigo 19) e proteção judicial (artigo 25) da Convenção

Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”).

Por conseguinte, entendeu a comissão por admitir o presente caso, tendo sido atribuído o número 11.634 ao caso. Em março de 1996 a Comissão solicitou o peticionário que completasse a denúncia com informação adicional, de acordo com os artigos 33 do Regulamento da CIDH. O peticionário aportou a informação requerida em 19 de abril de 1996, inclusive cópia da sentença expedida pela Justiça Militar em 12 de março de 1996. Em 14 de junho de 1996, a Comissão requisitou informação ao Estado, o qual solicitou prorrogação do prazo para contestar por duas vezes, em 18 de setembro de 1996 e em 26 de novembro de 1996. Diante da ausência de informações, em 7 de julho de 1998 a CIDH solicitou novamente que o Estado Brasileiro proporcionasse a informação anteriormente solicitada e informou-lhe sobre a possibilidade de aplicação do artigo 42 do regulamento da Comissão. O Estado encaminhou a informação em 17 de agosto de 1998, cuja cópia foi remetida à peticionária em 25 de setembro de 1998. O peticionário não apresentou suas observações finais.

Cumprе notar que o caso não chegou à corte interamericana, razão pela qual está a se tratar de uma responsabilidade hipotética, que ocorreria caso o Brasil não tomasse as medidas necessárias. No âmbito da corte, algumas recomendações foram passadas ao estado brasileiro, a exemplo da completa e imparcial investigação do caso, e da instituição das audiências de custódia.

O peticionário informa que foi aberto inquérito policial n. 601 em 23 de dezembro de 1992 e denunciados quatro policiais pelo Ministério Público nos autos do processo 9630/95. Acrescenta o peticionário que o Conselho Permanente de Justiça Militar proferiu, em 12 de março de 1996, sentença absolutória em que

se aplicou o princípio in dubio pro reu em favor dos policiais acusados, tendo em vista a dúvida quanto a autoria do crime e a impossibilidade de produção de novas provas.

O Estado contestou às alegações feitas pelo peticionário, informando que:

“Segundo informações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, o então adolescente Jailton Neri da Fonseca foi assassinado por ocasião de uma operação executada pela polícia militar desse Estado para reprimir o tráfico ilegal de entorpecentes e prender traficantes que se refugiavam na Favela Ramos”. O Estado acrescenta que “Evidentemente a esmagadora maioria dos habitantes das favelas não são pessoas criminosas ou colaboradores de traficantes. Mas é inegável que a maioria das pessoas utilizadas nas atividades de tráfico ilegal de entorpecentes, no Rio de Janeiro são procedentes dessas favelas. Um número expressivo é recrutado dentre os menores de preferência adolescentes, sobretudo porque são penalmente inimputáveis.”

No caso em análise, toda a instrução e julgamento foi foram feitos por um órgão militar, o que foi questionado pela Comissão, que exige um órgão imparcial para julgar o feito. Com base no exposto, a Comissão expediu relatório determinando que o Brasil tomasse algumas medidas, a exemplo do julgamento imparcial, indenização da família da vítima e instituição da audiência de custódia, tema este que será tratado a seguir.

4- AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Preambularmente, insta citar que o artigo 306 do Código de Processo Penal aduz que “em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública” (BRASIL, 2011). A partir desse momento, o magistrado deveria optar por converter o flagrante em preventiva, relaxar a prisão em flagrante ou determinar a liberdade provisória, impondo algumas condições ao acusado. A prática, no entanto, apontava um juiz distante da causa, com contato remoto, que, por conseguinte, convertia quase que automaticamente o flagrante em preventiva.

Avulta notar, ademais, que essa distância entre o magistrado e o acusado, além de desencorajar a concessão de medidas cautelares substitutivas do flagrante - na figura da liberdade provisória - abria espaço para arbitrariedades de alguns agentes policiais, os quais por vezes usavam de expedientes cruéis para com os presos (a prática de tortura não é algo excepcional). O expediente da audiência de custódia, segundo anota Carlos Weis (2013, s.p.) “aumenta o poder e a responsabilidade dos juízes, promotores e defensores de exigir que os demais elos do sistema de justiça criminal passem a trabalhar em padrões de legalidade e eficiência”.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a apresentação imediata ao juiz, decidiu:

“é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal”, advertindo que “O simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer

pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente” Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 78. No mesmo sentido: Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 01/02/2006, § 87; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 22/11/2005, § 221; Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 07/09/2004, § 118.

Noutro precedente, a Corte IDH, dialogando com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, ressalta que “A pronta intervenção judicial é a que permitiria detectar e prevenir ameaças contra a vida ou sérios maus tratos, que violam garantias fundamentais também contidas na Convenção Europeia (...) e na Convenção Americana”, concluindo, em seguida, que:

Estão em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos como a segurança pessoal, num contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fundo. Sentença proferida em 19/11/1999, § 135.

Nesse contexto, surge a figura das audiências de custódia, as quais terão seus vieses dissecados nas páginas seguintes.

Sobre o tema, convém colacionar a doutrina do grande mestre e inspirador Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 927):

quando a convalidação judicial da prisão em flagrante é feita sem a apresentação do preso em flagrante, ou seja, tão somente com a remessa dos autos do APF à autoridade judiciária, a decisão judicial acaba sendo influenciada exclusivamente pela opinião da autoridade policial e do órgão ministerial, que geralmente se manifestam a favor da conversão em prisão preventiva (ou temporária). Daí a importância da audiência de custódia. A perspectiva de uma visão multifocal sobre a (des)necessidade de manutenção da custódia cautelar proporcionada por essa dialética inicial decorrente do contato imediato entre o juiz e o flagrantado abre os horizontes da cognição judicial, enriquecendo o próprio juízo de convalidação judicial da prisão em flagrante.

De início, cumpre rememorar a crítica feita à prática processualista penal pátria, a qual possui um viés totalmente voltando ao encarceramento, aplicando de forma remota instrumentos cautelares atípicos, os quais poderiam servir sobremaneira no resguardo ao bem jurídico tutelado no caso concreto. Entretanto, talvez pela distância do caso concreto, os magistrados têm feito uma conversão quase que automática do flagrante em preventiva, sem analisar a possível pena a ser aplicada (para o fim de vislumbrar se haverá pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos), olvidando até mesmo das medidas cautelares diversas da prisão constantes do artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nesse ínterim, se fala que a Prisão Preventiva foi automatizada, sendo aplicada de forma dissociada aos critérios necessidade/utilidade/proporcionalidade, muitas vezes destoando

até mesmo dos critérios legais. Ademais, o excesso de prazo é um problema que assola tal modalidade cautelar, tendo em vista que, por vezes, acaba se tornando um cumprimento antecipado de pena. Convém lembrar que, ocasionalmente, a pena aplicada ao fim do processo é restritiva de direitos, tendo cumprido uma “pena” privativa de liberdade durante toda a instrução criminal, a qual dura anos.

Insta discurrir, portanto, sobre a importância das audiências de custódia nesse atual cenário, tendo estas o condão de combater a automatização da prisão preventiva e o desvirtuamento do poder geral de cautela, o qual é consequência direta dessa massificação das prisões cautelares, em especial da prisão preventiva. Tal combate se dará através da aproximação entre magistrado e conduzido, a qual permitirá uma análise mais densa do caso concreto, evidenciando a possibilidade de medidas cautelares diversas da prisão constantes do artigo 319 do CPP ou de medidas cautelares atípicas, as quais são deveras importantes como fontes de inspiração para o legislador pátrio.

Importante frisar, nesse sentido, a função garantista e democrática das audiências de custódia, as quais não podem ser vistas como fontes de obtenção de prova por promotores e magistrados, os quais já possuem inúmeras ferramentas para obtê-las, ao contrário dos agentes delituosos apreendidos e levados aos magistrados, que são, em sua maioria, hipossuficientes e de pouca instrução escolar. Nessa linha, contribui sobremaneira a lição de Aury Lopes Jr.:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para

chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas as regras do devido processo legal” (LOPES JR., 2013, p. 135)

Nesta esteira, adverte Rubens Casara que:

Não se pode esquecer que, ao menos no Estado Democrático de Direito, a função das ciências penais, e do processo penal em particular, é a de contenção do poder. O processo penal só se justifica como óbice e à opressão. O desafio é fazer com que sempre, e sempre, as ciências penais atuem como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal” (CASARA, 2015, p. 74)

Aury Lopes, ainda tratando da Prisão Preventiva, traz à baila uma interessante discussão sobre um eventual impedimento do magistrado que decreta a prisão cautelar, *in verbis*:

a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatória) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória ao decretar-de ofício, a prisão preventiva. É o contraste que se estabelece entre a postura ativa e atuante do inquisidor contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. (LOPES JR., 2013, p. 824)

Os atores judiciais brasileiros parecem ter ouvido Streck ao criarem o instituto das audiências de custódia. Nesse sentido, doutrina: “a solução dos impasses processuais penais passa por

uma resposta dos atores judiciais, que devem ter claro que a resposta não é a única, pode não ser a melhor, simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição”. (STRECK, 2014, p. 433).

Nesse espírito de reforma, surgem as audiências de custódia, propondo uma alteração na sistemática processual penal, em que pese as dificuldades estruturais a serem superadas no início do programa, redemocratizando a relação acusado-juízo, tendo o objetivo outrora utópico de dar uma real efetividade ao processo penal, abstraindo do viés encarcerador do fascista Código de Processo Penal brasileiro. Longe de propor quaisquer das espécies de abolicionismo penal- inviável em um país de dimensões constitucionais com uma miríade de culturas e miscigenação de raças -, mas sim um real entendimento do caráter excepcional das prisões cautelares, uma valorização das medidas cautelares atípicas, as quais têm a maleabilidade necessária para cumprir o que for perseguido caso a caso e o ressurgimento do sistema penitenciário brasileiro- atualmente com o seu caráter ressocializador deveras comprometido com a superlotação e com as escolas do crime ali existentes.

Avulta colacionar, também, que o Supremo Tribunal Federal deu extrema ênfase às medidas cautelares quando do julgamento do “estado de coisas inconstitucional”, impondo como obrigação ao magistrado fundamentar o não cabimento de medidas cautelares diversas da prisão no caso concreto, com o fito de amenizar o quadro de superlotação tão frequente nos presídios brasileiros.

Arremata-se o tema, por conseguinte, rememorando que as audiências de custódia servem como ferramentas para instituição de Políticas Públicas, na medida em que evitam a prática de tortura contra conduzidos e enrijecem o regramento da prisão

preventiva, gerando uma diminuição no fenômeno do caos carcerário aqui já debatido.

CONCLUSÃO

Tratou-se do caso Jailton Nery vs Brasil, tendo sido abordado o tema Responsabilidade internacional de forma hipotética, com o estudo teórico de seus elementos. Em relação ao caso trazido, tem-se que foi levado à análise da Comissão Interamericana, a qual expediu algumas recomendações ao estado brasileiro.

Nesse contexto, as recomendações foram obedecidas, razão pela qual o caso não foi levado à Corte Interamericana. Entre as diretrizes cumpridas pelo Brasil, tem-se a justa investigação e instrução do feito, com a identificação dos autores, com a consequente indenização à família da vítima.

A doutrina trata o presente caso com símbolo da necessidade das audiências de custódia, as quais foram introduzidas com certo no ordenamento jurídico brasileiro. Tratou-se da origem e das nuances que cercam o tema, ainda de difícil aplicação no território brasileiro.

Por ter o estado brasileiro cumprido as recomendações, não houve maiores consequências advindas do fato, no âmbito internacional. Abordou-se, ainda, de forma genérica, o tema responsabilidade internacional, com as diretrizes gerais da responsabilidade civil e causas excludentes de responsabilidade, sob a ótica da doutrina e jurisprudência internacionais.

REFERÊNCIAS

- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador, Juspodivm, 2015.
- LOPES JR. Aury. **O difícil caminho da audiência de custódia**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-dificil-caminho-da-audiencia-de-custodia-por-aury-lobes-jr-e-alexandre-morais-da-rosa>. Acesso em: Junho de 2020.
- _____, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado – incluindo noções de direitos humanos e comunitário**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Savaira, 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2015
- VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- WEIS, Carlos. **Trazendo a realidade para o mundo do direito**. Informativo Rede Justiça Criminal. 5. ed. Ano 03/2013.

POSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAS PRIVADAS.

POSSIBILITY OF CRIMINAL TRANSACTION IN PRIVATE CRIMINAL ACTIONS.

Samuel Roberto Carvalho Lima

RESUMO

O artigo que segue tem como tema a impossibilidade de transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo, em virtude ausência de expressa previsão legal. O objetivo do trabalho é perquirir quem é o legitimado a propor o instituto despenalizador. Para tanto, utilizou-se a metodologia bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Transação penal, crimes de menor potencial ofensivo, juizado especial criminal, ação penal privada.

ABSTRACT

The article that follows has as its theme the impossibility of criminal transaction in crimes of lesser offensive potential, due to the absence of express legal provision. The objective of the work is to inquire who is legitimated to propose the decriminalizing institute. For that, the bibliographic and jurisprudential methodology was used.

Keywords: Criminal transaction, crimes of minor offensive potential, special criminal court, private criminal action.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal deve reprimir apenas os comportamentos que não puderem ser reprimidos pelos outros ramos do Direito (princípios da intervenção mínima).

Como *ultimo ratio* que é, o Direito Penal (princípio da subsidiariedade) só deve agir se demais ramos se demonstrarem insuficientes a combater o ilícito. É que, dentre as suas sanções está a privação da liberdade (Código Penal, art. 32, I). Trata-se de uma das mais severas penas. Talvez, seja superada apenas pena de morte, prevista excepcionalmente na Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “a”.

Nessa ótica, criou-se alguns institutos despenalizadores: composição civil dos danos (lei 9.099/95, art. 74), transação penal (art. 76) e suspensão condicional do processo (art. 89).

Com relação a transação penal a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099) faculta sua aplicação apenas às ações penais públicas incondicionadas. Dessa forma surge grande celeuma com relação a possibilidade de aplicação do instituto às ações privadas. Estariam, então, a transação afastada dos crimes condicionados¹².

¹ Cléber Masson classifica os crimes em condicionados e incondicionados. Estes são aqueles em que a instauração da persecução penal é livre.

Em virtude da relevância do tema, abordar-se-á a transação penal em crimes de Ação Penal Privada e Ação Penal Pública condicionada à representação.

1. DESENVOLVIMENTO

A transação penal possui previsão constitucional:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - **juizados especiais**, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, **permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (grifou-se)

Este dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 9.099/95 que disciplina sobre os juizados cíveis e criminais. Transação é um acordo de vontades mediante o qual as partes envolvidas encerram ou evitam uma lide. Essa ideia é bastante corriqueira e perserguida no processo civil. Para o processo penal ela foi transportada, exigindo-se, no entanto, uma série de critérios em virtude da natureza dos direitos envolvidos. Antes de adentrar no tema, é necessário que se explique a fase

Aqueles, por sua vez, exigem uma condição objetiva de procedibilidade, por exemplo, representação do ofendido.

preliminar do procedimento sumaríssimo, a qual pode, ou não, culminar na transação penal.

1.1. FASE PRELIMINAR DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI 9.099/95, ART. 69 A 76).

Ao tomar conhecimento de infrações de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não seja superior a dois anos (Lei 9099, art. 61), a autoridade policial elaborará termo circunstanciado.

Este, dirigido pelo princípio da informalidade que rege os juizados, é elaborado de forma mais simples que o Inquérito Policial. Deve conter as declarações do autor do fato, vítimas e testemunhas. É que, apesar da informalidade, é preciso que se investigue, visto que, se não houver indícios mínimos, não será o caso de transação penal e sim de arquivamento. E, só pode haver o desarquivamento caso surjam novas provas, nos termos da súmula 524 do Supremo Tribunal Federal: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”.

Nesse sentido, o enunciado 73 do Fórum Nacional de Juízes Estaduais: “o juiz pode deixar de homologar transação penal em razão de atipicidade, ocorrência de prescrição ou falta de justa causa para a ação penal, equivalendo tal decisão à rejeição da denúncia ou queixa”.

Neste diapasão, correndo falta de justa causa ou a ausência de qualquer outro elemento essencial que ocasionaria a rejeição da denúncia ou queixa, o magistrado deve rejeitar a homologação da transação penal.

Sendo possível, a autoridade policial encaminhará, imediatamente, ao juizado o autor do fato, a vítima e o termo circunstanciado. Se o autor comparecer ao juizado, ou assumir o compromisso de comparecer, não lhe será imposta prisão em flagrante nem lhe será exigida fiança (Lei 9.099, art. 69, parágrafo único).

Capez explicita que, ao chegar ao juizado, se o membro do Ministério Público perceber que o fato não caracteriza infração de menor potencial ofensivo, o autor do fato deve retornar a delegacia onde será lavrado o auto de prisão em flagrante ou, se cabível, arbitrada a fiança.

A audiência será realizada de imediato, ou então, será designada data da qual todos sairão desde logo cientes (Lei 9.099, art. 70). Deverão estar presentes o membro do Ministério Público, o autor do fato, a vítima, eventuais responsáveis civis, advogado(s) e o juiz togado ou conciliador (arts. 72 e 73).

Na audiência, dois institutos despenalizadores podem ocorrer: composição civil dos danos ou transação penal. A principal diferença reside que aquela é um acordo entre autor do fato e ofendido, enquanto esta, é um acordo entre autor do fato e membro do Ministério Público.

Nesse sentido, Capez afirma que a conciliação é um gênero, da qual são espécies a composição e a transação penal.

1.2. COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS (LEI 9.099, ART. 72)

Trata-se de um instituto despenalizador, a ser aplicado em fase pré-processual, haja vista que ainda não há

oferecimento de denúncia ou queixa. Está delineada no artigo 72 da Lei 9.099/95, a seguir transcrito:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

A presença de eventuais responsáveis civis é de fundamental importância, uma vez que ele integrarão o acordo. Tendo em vista que a composição civil é um acordo de vontades, o não comparecimento do ofendido impede sua realização.

Ocorrendo acordo, ele será homologado pelo juiz e terá eficácia de título executivo, podendo ser executado no juízo cível (Lei 9.099, art. 74). Um ponto que merece destaque é que o acordo homologado, a depender do tipo de ação penal pode acarretar a renúncia ao direito de queixa ou de representação.

Art. 74 (...)

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Desta feita, antes de se analisar a questão é preciso de perquirir os tipos de ação penais, as quais podem ser ação penal pública incondicionada (regra), ação penal pública condicionada à representação, ação penal pública condicionada à requisição do

Ministro da Justiça (CPP, art. 24; CP, art. 100, §1º) e ação penal privada (CP, art. 100, *caput*).

Tratando-se de ação penal privada e ação penal pública condicionada à representação, a composição dos danos, além de gerar título executivo acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação e, conseqüente, extinção da punibilidade (CP, art. 107, V).

Nesse momento, surge uma outra consequência: a extinção da punibilidade aos coautores (CPP, art. 49):

Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

Assim, nestes dois tipos de ações, a composição civil dos danos põe fim a seara civil e penal de responsabilização. Tratando-se de ação penal pública incondicionada, presentes os requisitos, o Ministério Público proporá a transação penal.

1.3. TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal é um dos institutos despenalizadores da Lei 9.099 e visa reprimir o ilícito penal com sanções diversas da pena privativa de liberdade.

Possui como requisitos: a) crime cuja pena privativa de liberdade seja até dois anos (art. 61); b) crime de ação pública incondicionada ou condicionada a representação desde que tenha havido a representação e não tenha ocorrido sua renúncia; c) o fato não ser tido praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher (STJ, súmula 536; Lei 11.340/2006, art. 41); d)

não ter sido o autor do fato condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; e) não ter sido beneficiado, anteriormente, num prazo de 5 anos, por anterior transação penal; f) indicarem os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e g) os motivos e circunstâncias demonstrarem que a transação será suficiente.

Esses requisitos são avaliados pelo membro do Ministério Público. Ressalta-se que há, nessa circunstância, um afastamento do rigor do princípio da obrigatoriedade que rege as ações penais pública. É o que a doutrina convenciou chamar de princípio de obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada.

Quanto aos requisitos, primeiramente, a quantidade de pena aplicada em abstrato é relevante a fim de que se possa ou não enquadrar o crime como de menor potencial, nos parâmetros definidos no artigo 61 da Lei 9.099. E só, então, caso o fato seja enquadrado em tipo penal cuja pena máxima é igual ou inferior a dois anos, pode-se aplicar a transação penal.

Pela redação literal do artigo 76 da Lei 9.099, a transação penal só pode ser aplicada à ação penal pública incondicionada ou condicionada à representação. Pela relevância do tema, transcreve-se o citado dispositivo:

Art. 76. **Havendo representação** ou tratando-se de **crime de ação penal pública incondicionada**, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Percebe-se que a lei, propositalmente, excluiu a transação penal nas ações privadas. Mas porque ela o fez se a

finalidade da lei é despenalizar? Seriam às ações privadas mais graves que às públicas incondicionadas?

Rememora-se que no procedimento delineado pela Lei, a transação não é o primeiro ato. Ela é precedida de uma anterior fase na delegacia, na qual a autoridade policial lavrará o Termo Circunstanciado. Em seguida esse será enviado ao juizado, onde ocorrerá uma audiência preliminar e, tentar-se-á a composição civil dos danos. Ocorrendo esta, há renúncia ao direito de queixa (Lei 9.099, art. 74, parágrafo único) e consequente extinção da punibilidade.

Ora, a lei presumiu que o ofendido realizaria um acordo com o autor do fato e encerraria o processo. Problema surge quando a composição civil não ocorre. É que, não se efetivando, o processo chega à fase de transação penal, a qual aparentemente não é aceita pela Lei 9.099.

Sobre a celeuma doutrinária, Avena a delinea com maestria:

Discute-se acerca da possibilidade de proposta de transação penal quando se trata de crime de ação privada. Majoritariamente tem-se aceito como viável sua ocorrência, sendo que, para uma primeira corrente, quem possui legitimidade para sua dedução é o Ministério Público, sob o fundamento de que o particular não pode transacionar penas. Outra posição compreende ser do ofendido essa legitimação, alegando-se, nesse caso, que sendo este o titular exclusivo da ação penal, descabe ao Ministério Público interferir mediante a elaboração de proposta de transação penal com o autor do fato que, se por ele aceita e cumprida, impedirá o desencadeamento do processo criminal. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não apenas se entende possível a proposta de transação penal nos crimes de ação privada exclusiva, como, ainda, sustenta-se a legitimidade do ofendido para esse fim. Independentemente da posição adotada, é certo que, não formulada a proposta de transação penal pelo

ofendido ou pelo Ministério Público, descabe ao juiz procedê-la de ofício.

O autor deixa claro, que a maioria da doutrina aceita a transação penal nas ações privadas. Sustenta ainda que sua propositura deve se dar pelo ofendido. Penso que não. Se o ofendido tivesse interesse na despenalização, teria realizado a composição civil dos danos, o que não ocorreu. Um segundo ponto, se o juiz divergir do Ministério Público quanto à possibilidade de transação penal, utiliza-se por analogia a súmula 696 do Supremo, que determina a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

STF, súmula 696: reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.

CPP, art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Ora, se a prerrogativa de propor o acordo for do ofendido, não será possível a utilização analógica do artigo 28, uma vez que não há hierarquia entre vítima de Procurador Geral da República. Dessa forma, entender que o ofendido é a parte

legítima a propor a transação penal é prejudicial por demais ao réu.

Ademais, o ofendido não possui conhecimentos e experiência jurídica necessários para avaliar o preenchimento dos requisitos da transação penal, em especial, a mensuração de medida necessária e suficiente, de acordo com o fato praticado.

Assim, nessa sistemática, a persecução penal e os benefícios despenalizadores ficam a mercê do ofendido. Por essa razão, entendo que a transação penal, ainda que nas ações privadas, deve ser proposta pelo Ministério Público.

Essa solução possibilita o controle por parte do juiz que pode se utilizar analogicamente do artigo 28 do Código de Processo Penal. Ademais, a política despenalizadora pretendida pela lei não ficaria a mercê do ofendido.

No entanto, essa não é a orientação dada pela maioria da doutrina. Segundo Fábio Roque a transação penal em crime de ação penal de iniciativa privada cabe ao próprio ofendido ou seu representante legal. Nesta hipótese, o Ministério Público seria fiscal da lei, podendo opinar sobre a proposta, mas não oferecê-la.

Pelos argumentos elencados, reputo que a melhor solução é permitir que o Ministério Público ofereça a proposta de transação de penal.

CONCLUSÃO

Diante do exposto percebe-se que o Direito Penal está se reestruturando e fortalecendo os institutos despenalizadores. A

Lei 9.099-95 ao dispor sobre transação penal versou apenas sobre ações penais públicas incondicionadas e condicionadas a representação.

Interpretando o dispositivo a doutrina e jurisprudência entendem que é possível a transação penal, em crimes de ação privada. Todavia, apesar do titular da ação penal ser o ofendido, em virtude da avaliação dos requisitos impostos à concessão do benefício, suas condições devem ser impostas pelo Ministério Público.

Nessa linha de raciocínio, o interesse público não fica a mercê de interesses particulares.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. **Processo Penal – Parte Geral**. Juspodivm: Salvador, 5. ed, 2016.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: esquematizado**. Forense. São Paulo, 6ª. ed, 2014.

BRASIL. **Código Penal. Decreto –lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

_____. **Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689**, de 3 de outubro de 1941.

_____. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. Saraiva: São Paulo, 23. ed, 2016.

MASSON, Cléber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1.** Método: São Paulo, 9ª ed. ver., atual. e ampl.2015.

ROQUE, Fábio e outros. **Legislação Criminal para Concursos.** Juspodivm: Salvador, 2016.

<http://www.dicio.com.br/transacao/>

DO PARENTESCO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

KINSHIP IN THE LEGAL ORDER

Mirella Ribeiro Chaves Giansante

Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes,
advogada inscrita na Ordem dos Advogados -
Seccional Sergipe sob n. 6.524, pós graduanda em
Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade
Social da Bahia. Aprovada no Concurso Público
Da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado
de Acre. Email: mirellarcg@yahoo.com.br

RESUMO

A evolução dos indivíduos que compõe a sociedade é parte indissociável da história. No início, a família era patriarcal e, assim, imperava o poder ditatorial do homem sobre os membros que a integravam. Mulheres não tinham direitos, quiçá poderes. Com forte influência da religião, a família passou a ser constituída apenas pelo casamento. Não havia possibilidade de dissolução, salvo morte de um dos consortes. Com a modificação dos parâmetros, advento da Revolução Industrial, a exclusividade da figura masculina foi declinando. No Brasil houve influência, principalmente, das famílias canônicas. Diversas foram as Constituições que vigoraram, entretanto, o grande marco da proteção humana ocorreu apenas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A igualdade entre as pessoas, a impossibilidade de discriminação e a solidariedade social foram essenciais na compreensão do que seja família e,

consequentemente, do parentesco. A norma constitucional traz que todos são parentes. O Código Civil de 2002 pormenorizou três modalidades de parentesco, as formas de relação, contagem e seus efeitos. Parentesco natural, civil e por afinidade. O primeiro determina que os indivíduos se interligam pela consanguinidade. Já o segundo a relação ocorre por vínculos civis que não seja o vínculo biológico. Por fim, o terceiro parentesco advém da relação matrimonial ou da união estável constituída. O vínculo é designado por linhas retas, maternas e paternas, ascendente e descendente, e linhas transversais, também conhecida linha colateral. A contagem é realizada por meio de graus, iguais ou desiguais. A delimitação do parentesco e seus efeitos são essenciais não apenas aos Direito de Família, como também em outras searas. São influenciados pelo parentesco o Direito Processual Civil, o Eleitoral e o Penal.

Palavras-chave: Família; Evolução; Parentesco; Modalidades; Contagem; Efeitos.

ABSTRACT

The evolution of the individuals that make up society is an inseparable part of history. In the beginning, the family was patriarchal and, thus, the man's dictatorial power prevailed over the members that integrated it. Women had no rights, perhaps powers. With a strong influence of religion, the family started to be constituted only by marriage. There was no possibility of dissolution, except for the death of one of the consorts. With the modification of the parameters, advent of the Industrial Revolution, the exclusivity of the male figure began to decline. In Brazil there was influence, mainly, of the canonical families. There were several Constitutions that were in force, however, the great landmark of human protection occurred only with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

Equality between people, the impossibility of discrimination and social solidarity were essential in understanding what family is and, consequently, of kinship. The constitutional norm states that all are relatives. The Civil Code of 2002 detailed three modalities of kinship, the forms of relationship, counting and its effects. Natural, civil and affinity relationship. The first determines that individuals are interconnected by consanguinity. The second, the relationship occurs through civil ties other than the biological bond. Finally, the third kinship comes from the matrimonial relationship or from the established stable union. The bond is designated by straight lines, maternal and paternal, ascending and descending, and transverse lines, also known as the collateral line. The count is performed by means of degrees, equal or unequal. The delimitation of kinship and its effects are essential not only to Family Law, but also in other fields. Civil, Electoral and Criminal Procedural Law are influenced by kinship.

Keywords: Family; Evolution; Kinship; Modalities; Score; Effects.

INTRODUÇÃO

Os seres humanos vivem em constante evolução e com fortes influências externas ou típicas do momento em que se vive. Com o instituto da família e do parentesco não poderia ser diferente, razão pela qual é de suma importância compreender a interligação e o atual tratamento do parentesco.

A antiguidade influenciou a formação das primeiras famílias brasileiras, com traços marcantes das canônicas. Foi na Constituição Republicana de 1891 que houve o reconhecimento da família pelo casamento civil, já que os republicanos almejavam

a concretização da política na vida privada. O Código Civil de 1916 albergou, dentre outros, regramentos para o instituto do matrimônio.

O progresso e a ascensão somente advieram com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse novo compilado de normas, que constitui a base na sociedade e o ápice parâmetro das demais normas infraconstitucionais, concedeu ampla e especial proteção à família, tendo como alicerce a Dignidade da Pessoa Humana e a Solidariedade Social.

Agregada a essa evolução, o Código Civil de 2002 emergiu para regulamentar, com fulcro nos preceitos constitucionais, a família e outros institutos, resguardando, ainda mais, os indivíduos da sociedade.

Família e parentesco são institutos diferenciados, mas complementares, sendo que esse erradia suas principais interferências naquele e, foi através da evolução da família que se pode chegar na compreensão do que sejam parentes.

Cada tipo de parentesco tem uma matriz diferenciada. O parentesco natural tem como base a consanguinidade, enquanto que o parentesco por afinidade tem por base a relação matrimonial ou da união estável constituída e, por fim, o parentesco civil, é fundado nas demais hipóteses de parentesco quando não presente o vínculo biológico, cumprindo, desse modo, a norma constitucional de igualdade de direitos e proibição à discriminação.

Desse modo, o presente artigo científico visa analisar as modalidades de parentesco, sendo o objetivo geral a busca dos esclarecimentos sobre a evolução da família e sua influência, justamente, no parentesco e, como objetivo específico o aprofundamento, trazendo suas especificidades e efeitos atualmente vigente.

Utilizou-se o método dedutivo de abordagem, partindo-se da visão antiga da família e a evolução da legislação, para a mais específica que é a análise do instituto do parentesco, trazendo as modalidades exigentes, sua forma de contagem e efeitos que imperam, cujos levantamentos foram bibliográficos e materiais jurídicos extraídos da internet.

Há 3 (três) seções neste artigo, sendo que a primeira se refere à família na antiguidade, a segunda no Brasil, com suas progressões até a Constituição Federal de 1988 e a terceira abarca, especificadamente, sobre o parentesco, suas modalidades, forma de contagem e consequências para as demais searas do Direito.

1. DA FAMÍLIA NA ANTIGUIDADE

Na época da Roma Antiga, o indivíduo que ocupava o mais elevado posto familiar era o *pater familia* (chefe de família). Apenas a figura masculina conquistava essa colocação, sendo que sua autoridade era exercida como uma verdadeira ditadura e sobre todos os membros do núcleo.

Imperava o princípio da autoridade sobre as famílias romanas, tendo cada membro um respeito incondicional e uma obediência rigorosa ao *pater familia*, consolidando-se como um ser supremo e constituindo uma sociedade patriarcal.

As regras sociais, severas à época, davam liberdade ao *pater* de optar pela vida ou morte de seus subordinados, inclusive dispor sobre seus filhos ou até mesmo renunciar, voluntariamente, à sua esposa e sem necessidade de fundamentação.

Denota-se que a mulher não possuía liberdade e era imediatamente subordinada ao *pater família*, com obediência às suas decisões e respeito aos seus poderes. Mesmo com o falecimento do Chefe de Família, seus eventuais direitos continuavam estorvados, pois a transmissão era apenas para outra figura masculina.

Os preceitos romanos do *pater família* ainda desempenharam uma influência na época do sistema feudal – Idade Média – mas com novas acepções, já que a religião, por meio do Cristianismo e da Igreja Católica, instaurou-se como peça fundamental para o amoldamento da família canônica, conforme pondera Pablo Stolze Gangliano e Rodolfo Pamplona Filho (2022, p.50).

Nessa fase, o único matrimônio considerado válido era o religioso, trazendo o Direito Canônico a regulamentação, inclusive as hipóteses de impedimento, tal como ponderou o doutrinador Arnold Waldo (2004, p.05):

[...] O direito canônico constituiu o quadro dos impedimentos para a realização do casamento, abrangendo causas baseadas numa incapacidade (idade, diferença de religião, impotência, casamento anterior), num vício do consentimento (dolo para obter o consentimento matrimonial, coação ou erro quanto à pessoa do outro cônjuge) ou numa relação anterior (parentesco, afinidade)¹³.

Apenas a morte era causa de rompimento do matrimônio. Era vedada a dissolução unilateral, pois a união era um sacramento de Deus e o alicerce da família, sendo raramente

¹³ WALDO, Arnold. **O Novo Direito de Família**. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.05

permitida a separação de corpos nos casos graves, tais como “adulterio, a heresia, tentativas de homicídios ou sevícias de um cônjuge em relação ao outro” (WALDO, 2004. p. 15) e desde que houvesse autorização do bispo.

Com a evolução e advento da Revolução Industrial, outras concepções emergiram, com amparo nas necessidades da época, desestabilizando o preceito exclusivo da figura masculina como chefe de família.

2. DA FAMÍLIA BRASILEIRA E SUAS EVOLUÇÕES

A família brasileira foi influenciada pelas romanas, entretanto, a maior preponderância foi das canônicas. Na época da colonização não havia a prevalência desse instituto, já que o objetivo dos homens lusos era econômico (extração do pau brasil). Entretanto, com a estabilização das famílias portuguesas no território brasileiro, iniciou a constituição de diversas famílias coloniais, miscigenadas ou não.

O instituto da família não foi albergado na primeira Constituição Brasileira, ano de 1824, sendo retratada apenas na Constituição Republicana de 1891, cujos preceitos expunham que o matrimônio civil era o único válido, conforme expõe lições de Paulo Lôbo:

[...]Na constituição de 1891 há um único dispositivo (art. 72, §4º) com o seguinte enunciado: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Compreende-se a exclusividade do casamento civil, pois os republicanos desejavam concretizar a política de secularização da vida privada, mantida sob o controle da igreja oficial e do

direito canônico durante a colônia e o império. [...] (2009, p.06)¹⁴

O Código Civil de 1916 foi instituído no ordenamento sob a vigência dessa Constituição, recepcionando diversas regras do Direito Canônico, em especial quanto aos impedimentos, nulidades, anulabilidades e indissolubilidade do vínculo.

A Constituição de 1934 dispôs um capítulo para o instituto da família (artigo 107), consagrou seu modo de constituição por meio do casamento indissolúvel e afirmando que ao Estado competia o estabelecimento das condições de chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, tratando, pela primeira vez, sobre o reconhecimento dos filhos naturais.

Com a ditadura, emergiu a Constituição do ano de 1937, a qual trouxe a igualdade entre os filhos naturais e os legítimos (LÔBO, 2009, p. 06). Mesmo com a modificação do quadro político, a família não foi alvo de grandes normatividades pela Constituição de 1946. As Constituições dos anos de 1967 e 1969 mantiveram que o casamento era a única maneira de constituição familiar, indesatável.

Essas visões somente foram alteradas com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual concedeu proteção especial à família, com alicerce na Dignidade da Pessoa Humana, ora fundamento do Estado e indispensável ao desenvolvimento do indivíduo no seio familiar.

O dia 05/10/1988 foi o início da grande evolução dos indivíduos e, conseqüentemente, da progressão do seio social. Diversas legislações ordinárias emergiram para amoldar às

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.21.

normas à realidade vivenciada, sendo uma delas o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.806/2002), que substituiu o Código Civil de 1916 e trouxe regulamentação ampla à família.

O instituto família, nos termos doutrinados por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 40-41)¹⁵, trasladou-se de um padrão patriarcal, patrimonial, hierarquizada, matrimonializada e de reprodução, onde o ter era mais importante que o ser, para “um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado”, cujo escopo precípua é a “solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.”

O reconhecimento da união estável, da monoparentalidade, da família socioafetiva e homoparental como entidades familiares, a preocupação com o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo e o caráter instrumental da família para proteção e crescimento do ser humano, demonstram a existência de uma família contemporânea em completa evolução.

O Código Civil abarcou todas as acepções de família, desde a mais restrita até a mais ampla, ante as suas múltiplas facetas que se adaptam a cada situação vivenciada pelo indivíduo e o núcleo de pessoas a ele interligado, tendentes ao desenvolvimento humano, independentemente de celebração de casamento.

A Dignidade da Pessoa Humana e a Solidariedade Familiar são os princípios basilares e norteadores da família por

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito de civil: direito da família**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. v.6.

ser nessas relações onde estão os mais variados vínculos entre os indivíduos.

Maria Helena Diniz¹⁶ (2009, p.23) assevera que a dignidade humana “constitui base da comunidade familiar (biológica ou socioafetiva), garantido, tendo como parâmetro a afetividade, o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros [...]”.

Já Pablo Stoze e Rodolfo Pamplona¹⁷ (2011, p. 93) aduzem que a solidariedade familiar desencadeia o amparo que o ser humano necessita, por meio da assistência recíproca entre todos os integrantes da família, sempre norteado pelo princípio basilar da dignidade humana.

Desse modo, a família contemporânea ou pós-moderna, nada mais é do que uma “entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, tendo como diploma legal regulamentador a Constituição da República de 1988” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 83).

3. DO PARENTESCO

3.1 NOÇÕES GERAIS

Parentesco e a família são institutos diferenciados, os quais não se confundem, mas se interligam. Paulo Lôbo *apud*

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol.5: direito de família. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁷ GANGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, direito de família. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2011, p. 644) esclarece a distinção dos institutos afirmando que “para o direito, o parentesco não se confunde com família, ainda que seja nela que radique suas principais interferências, pois delimita a aquisição, o exercício e o impedimento de direitos variados, inclusive no campo do direito público”.

De forma mais clara, Cristiano Farias e Nelson Rosendal (2013, p. 609) destacam que o núcleo familiar é formado através da reunião, social, de indivíduos, enquanto que o parentesco tem o vínculo natural, podendo ser através da biologia ou de outros modos.

Em razão da dicção principiológica constitucional do novo entendimento acerca da família, o instituto do parentesco necessitou adaptar-se à contemporaneidade imposta, não podendo mais ser compreendido apenas com o sustentáculo da biologia, em razão de existirem outras formas de vínculo entre os indivíduos:

[...] A profunda transformação sofrida pelo direito de família no século XX atingiu intensamente a noção de parentesco, que se desprende da exclusividade dos vínculos biológicos para passar a abranger novas modalidades, calcadas não apenas nos vínculos de afinidade e vínculos civis gerados por adoção, mas também no reconhecimento dos vínculos de socioafetividade.¹⁸ (SCHREIBER, 2022, p. 926).

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 5.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022

Desse modo, para Pontes de Miranda *apud* Carlos Roberto Gonçalves¹⁹, “*parentesco* é a relação que vincula entre si pessoas descendem umas das outras, ou de autor comum (consanguinidade), que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece, por *fictio iuris*, entre o adotado e o adotante” (grifos do autor).

Com o mesmo direcionamento, Pablo Stoze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 643) asseveram que o parentesco é, em verdade, “uma relação jurídica, calcada na afetividade e reconhecida pelo Direito entre pessoas integrantes do mesmo grupo familiar, seja pela ascendência, descendência ou colateralidade, independentemente da natureza (natural, civil ou por afinidade)”.

Nesse passo, três são as modalidades de parentesco admitidas no ordenamento jurídico, nos termos dos artigos 1.593 e 1.595 do Código Civil: parentesco natural ou consanguíneo; parentesco civil e parentesco por afinidade.

Importante asseverar que parte da doutrina sustenta a desnecessidade de classificação do parentesco, com base na própria Constituição Federal, a qual não admite “qualquer distinção qualificativa ou diferença no reconhecimento de direito aos parentes. [...] todos são *parentes*, submetidos a uma sistemática em que se pretende realçar o desenvolvimento de cada um” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.618) (grifo dos autores).

Apesar das classificações do parentesco, fato é que elas não divergem dos preceitos constitucionais, estando o Código Civil em total consonância com a Constituição Federal:

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 3: Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das Sucessões. Coord. Pedro Lenza. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

[...] É significativa, nesse particular, a expressão empregada pelo art. 1.593 do Código Civil, ao distinguir o parentesco em natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou “outra origem”, termo voltado a abranger hipóteses as mais variadas, como adoção, a paternidade socioafetiva ou a paternidade derivada da concepção mediante utilização de material genético alheio. (SCHREIBER, 2022, p. 926).

[...] Com efeito, a partir da clareza solar da norma constitucional, não se tolera qualquer distinção qualificativa ou diferença no reconhecimento de direitos aos parentes. Carlos Roberto Gonçalves também entende que, malgrado o dispositivo codificado (art. 1.593) preceitue que o parentesco é natural ou civil, “sob o prisma legal não pode haver diferença entre parentesco natural e civil, especialmente quanto à igualdade de direitos e proibição de discriminação. *Devem todos ser chamados apenas de parentes.* (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 1302) (grifos do autor).

3.2 DOS EFEITOS ORIUNDOS DO PARENTESCO

Em ampla visão, o parentesco impulsiona diversas consequências no ordenamento jurídico, não se restringindo ao campo do direito civil, mas transpondo-se, também, ao direito processual cível, penal e eleitoral

Na seara cível, os parentes detêm direitos sucessórios, determina o poder familiar, a obrigação alimentar e os

impedimentos matrimoniais, conforme Cristiano Chaves, Felipe Braga e Nelson Rosenvald²⁰:

[...] ele impõe *impedimentos matrimoniais* (proibindo a celebração de casamento entre determinadas pessoas ligadas pelo parentesco), instaura o poder familiar e gera o dever de prestar alimentos. Já no âmbito do direito sucessório, confere *direito à herança*.

Em sede familiarista, ainda, é possível falar em regulamentação de *guarda e visita* entre parentes. (2021, p. 1301)

No âmbito do direito processual cível, os efeitos decorrentes do parentesco abrangem o impedimento de ser testemunha (art. 447, §2º, CPC) e de citação nos 7 (sete) dias seguintes ao falecimento do consorte ou companheiro ou parente do citando (art. 224, II, CPC), além de acarretar a suspeição do juiz, serventuário de justiça ou dos membros do Ministério Público (arts. 144 e 146, CPC) e a capacidade ativa de promover interdição (art. 747, II, CPC).

Para o direito Eleitoral, o vínculo pode originar em inelegibilidade do candidato (art. 14, § 7º, CF/88), sendo, inclusive, matéria de vedação ao nepotismo, Súmula Vinculante 13, e para o direito Penal, o parentesco ocasiona a aplicação de agravante da pena ou, até mesmo, exclusão dos crimes patrimoniais.

Especificadamente no que tange ao parentesco por afinidade, urge destacar que a lei atribui apenas certos

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. Manual de Direito Civil - Volume único. 6 ed. Ver, ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2021

impedimentos, sem exaltar, em regra, qualquer direito ou obrigação, conforme lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2013, p. 623): “[...] de acordo com a regra textual do Código Civil, os afins não podem reclamar alimentos e, tampouco, direitos hereditários [...]”. Apesar disto, há quem sustente a possibilidade do parentesco por afinidade gerar obrigação alimentar com base na solidariedade social e familiar.

3.3 DO PARENTESCO NATURAL

Conforme dita Flávio Tartuce²¹ (2013, p.1187), parentesco natural é “aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou *de sangue*, por terem origem no mesmo *tronco comum*” (grifos do autor).

Denota-se que o parentesco natural nada mais é do que o parentesco consanguíneo, cujos indivíduos são interligados por vínculo biológico, “sejam descendentes umas das outras, sejam oriundas de um mesmo tronco ancestral. Podem ser provenientes de relacionamentos sexuais ou de técnicas de fertilização assistida” (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 1302).

3.3.1 DA REGRA DE CONTAGEM

O vínculo consanguíneo é designado por linhas e sua contagem ocorre por meio de graus. Por sua vez, as linhas são reta

²¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. único.

(ascendente e descendente, materna e paterna) e colateral (ou transversal), sendo todas provenientes do mesmo tronco comum (árvore genealógica).

Iniciando pela linha reta, o art. 1.591 do CC aduz que “são parentes em linha reta as pessoas que estão uma para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, sendo a contagem instituída pelo art. 1.594, “contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações”, destacando que não há limitação nessa relação de parentesco, ou seja, ela é infinita.

A ascendência é caracterizada a partir do momento em que “se sobe da pessoa considerada para os seus antepassados (do pai para o avô etc). Toda pessoa, sob o prisma de ascendência, tem duas linhas de parentesco: linha paterna e linha materna” (GONÇALVES, 2011, p. 312).

Já a descendência é visualizada em sentido contrário da ascendência, pois parte-se da pessoa considerada “para seus descendentes (do pai para o filho, do avô para o neto e assim por diante)” (MONTEIRO; SILVA, 2012, p.419).

De forma didática, Flávio Tartuce²² (2022, p. 1358-1359) explicita a visualização desse vínculo linear e a sua contagem:

[...] Para facilitar a visualização da matéria é sempre interessante pensar em si mesmo – denominado, para fins didáticos, como *eu* -, nas relações que se mantém com os componentes da própria família. Vejamos, na linha reta ascendente:

²² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 12ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2022. v. único.

- O parentesco entre *eu* e meu pai é de primeiro grau na linha reta ascendente;
- O parentesco entre *eu* e meu avô é de segundo grau na linha reta ascendente;
- O parentesco entre *eu* e meu bisavô é de terceiro grau na linha reta ascendente;
- E assim sucessivamente até o infinito...

Na linha reta descendente:

- O parentesco entre *eu* e meu filho é de primeiro grau na linha reta descendente;
- O parentesco entre *eu* e meu neto é de segundo grau na linha reta descendente;
- O parentesco entre *eu* e meu bisneto é de terceiro grau na linha reta descendente;
- E assim sucessivamente até o infinito...

Já a colateralidade (ou linha transversal) está disposta no artigo 1.592 do Código Civil, definindo-se como sendo aquelas “pessoas que provêm de um tronco comum, *“sem descenderem uma da outra”*. É o caso de irmãos, tios, sobrinhos e primos” (GONÇALVES, 2011, p. 313) (grifos do autor).

A contagem também ocorre em graus, entretanto, de modo peculiar, *“deve-se subir ao máximo, até o parente comum, para depois descer e encontrar o parente procurado. [...]”* (grifos do autor), conforme expõe Flávio Tartuce (2013, p.1190) (2022, p. 1359).

Dissonante à contagem de graus em linha reta, na colateral há limite até o 4º grau, sendo que não é possível existir parentesco colateral de primeiro grau, “porque quando contamos

uma geração ainda estamos na linha reta” (GONÇALVES, 2011, p. 314), sendo seu mínimo de segundo, referente aos irmãos.

Mais uma vez, o doutrinador Flávio Tartuce (2022, p. 1359) elucidou a contagem de forma totalmente didática, sendo de fácil compreensão:

[...] Vejamos, utilizando o *mim* como parâmetro:

- O parentesco entre *mim* e meu irmão é colateral de segundo grau igual. Sobe-se um até o pai e desce-se um até encontrar o irmão. Os irmãos podem ser bilaterais (mesmo pai e mesma mãe) ou unilaterais (mesmo pai ou mesma mãe). Sendo o pai o mesmo os irmãos são *unilaterais consanguíneos*; sendo mesma mãe os irmãos são *unilaterais uterinos*.

- O parentesco entre *mim* e meu sobrinho é colateral de terceiro grau desigual. Sobe-se um até o pai, desce-se um até o irmão e mais um até encontrar o sobrinho.

- O parentesco entre *mim* e meu sobrinho-neto é colateral de quarto grau desigual. Sobe-se um até o pai e desce-se um até encontrar o irmão, mais um até o sobrinho e mais um até encontrar o sobrinho-neto.

- O parentesco entre *mim* e meu tio é colateral de terceiro grau desigual. Sobe-se um até o pai e mais um até o avô. Depois, desce-se um até encontrar o tio. Deve-se ter cuidado, pois o erro mais comum é subir até o pai em casos tais. Ledo engano, pois o parente comum é o avô.

- O parentesco entre *mim* e meu primo é colateral de quarto grau igual. Sobe-se um até o pai e mais um até o avô. Depois, desce-se um até o tio e mais um até o primo. Esse é o chamado coloquialmente *de primeiro grau*, que na verdade é colateral de quarto grau.

- Por fim, o parentesco entre *mim* e meu tio-avô é colateral de quarto grau desigual. Lembre-se que o tio-avô é o irmão do avô. Sobe-se um até o pai, um até o avô e mais um até o bisavô (parente comum). Em seguida, desce-se um até o tio-avô.

Esclarece-se que a dicotomia utilizada pelo autor supra, de igual ou desigual, leva-se em consideração a distância, ou seja, se a distância que separa do tronco comum é a mesma:

[...] A linha *colateral* pode ser:

- Igual: como no caso de irmãos, porque a distância que os separa do tronco comum, em número de gerações, é a mesma;
- Desigual: como no caso de tio e sobrinho, porque este se encontra separa do tronco comum por duas gerações e aquele por apenas uma; (GONÇALVES, 2022, p. 545) (grifos do autor)

Por fim, consigna-se que o ordenamento traz outras limitações ao parentesco colateral, tais como “(i) os alimentos só podem ser cobrados, entre colaterais, até o segundo grau (...); (ii) os impedimentos matrimoniais (CC, art. 1.521, IV) somente alcançam os parentes transversais até o terceiro grau (...); (iii) o direito sucessório entre colaterais é reconhecido aos parentes ligados até o quarto grau (...)”. (FARIAS; ROSENVALD, 2022, p. 1300).

3.4 DO PARENTESCO CIVIL

O parentesco civil é àquele “fundado nas demais hipóteses de parentesco, quando não presente o vínculo biológico. É o parentesco decorrente da adoção, da filiação socioafetiva, dentre outras hipóteses” (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p. 619).

Complementando o entendimento, Washignton de Barros e Regina Beatriz (2012, p. 417) sustentam que “o parentesco civil não se restringe mais às relações de consanguinidade e de adoção, alcançando um novo tipo de parentesco, baseado nos avanços biotecnológicos, referentes à reprodução humana artificial ou assistida”.

É essa modalidade que faz cumprir os preceitos constitucionais de impossibilidade de distinção e tratamentos discriminatórios entre os parentes, trazendo o art. 1.593 do CC, justamente, que o parentesco civil é decorrente “de outra origem”.

O vínculo do parentesco e a contabilização por graus aplicados ao parentesco natural também são aqui utilizados. (FARIAS; ROSENVALD, 2013, p.622).

De bom alvitre mencionar, que o ordenamento não alberga nesta modalidade ou em qualquer outra o chamado parentesco espiritual, “derivado das qualidades de padrinho ou madrinha e afilhado, cuja existência o direito canônico sempre reconheceu” (GOLÇALVES, 2022, p. 540).

3.5 DO PARENTESCO POR AFINIDADE

O vínculo que se estabelece unicamente pelo casamento ou união estável entre o cônjuge ou companheiro e à família do outro é chamado de afinidade, cuja previsão normativa encontra-se no art. 1.595 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 537) consigna que “*afinidade* é o vínculo que se estabelece entre um dos cônjuges ou companheiro e os parentes do outro (sogro, genro, cunhado, etc). A relação tem seus limites traçados na lei e não ultrapassa esse plano, pois não são entre si parentes os afins de afins”.

Apesar da sua existência ser por imposição legal e a Constituição Federal vedar discriminações, alguns doutrinadores sequer reconhecem essa modalidade como forma de parentesco.

Destaca-se, por ser oportuno, que não há parentesco entre os cônjuges e companheiros, existindo entre eles uma relação de conjugalidade ou companheirismo, sendo a afinidade gerada em relação à família do outro consorte:

[...] O cônjuge e o companheiro não são considerados parentes no direito brasileiro. Curiosamente, tornam-se parentes por afinidade dos ascendentes, descendentes e irmãos do seu consorte, mas não há entre cônjuges ou companheiros relação de parentesco. Há relação de conjugalidade ou companheirismo. (SCHREIBER, 2022, p. 927)

O Código Civil traz, no §1º, art. 1595, limitação do parentesco nessa modalidade, cuja fronteira resume-se aos ascendentes, descendentes e irmãos do cônjuge ou companheiro.

Por essa dicção, verifica-se que os afins possuem uma simetria no vínculo por linhas e contagem por graus, conforme o parentesco natural, “bastando projetá-lo no espelho para se ter a disciplina do parentesco por afinidade. Com isso, o parentesco por afinidade será determinado em linha *reta* ou em linha *colateral/transversal*.” (FARIAS; ROSENVALD, 2021, p. 1302).

Percebe-se, assim, que na linha reta ascendente ou descendente, materna ou paterna, haverá afinidade, em primeiro grau, entre sogro e nora, sogra e genro, padrasto e enteada e madrastra e enteado; em segundo grau entre o cônjuge ou companheiro e os avós, entre outros, pois a linha reta é infinita, tal como no natural.

Já na linha colateral, de acordo com a legislação, a afinidade é limitada apenas ao segundo grau, correspondente ao irmão do outro consorte ou, como comumente conhecido, cunhado.

Assevera-se que o divórcio, a dissolução da união estável e o falecimento do cônjuge ou companheiro acarretam o rompimento da afinidade na linha colateral, persistindo, ao revés, na linha reta e, conseqüentemente, o impedimento matrimonial:

[...] o parentesco por afinidade em linha reta (exempli gracia, sogro, e nora ou padrasto e enteada) não se dissolve, sequer com o divórcio ou mesmo com o óbito de uma das pessoas envolvidas. Tal situação tem como desiderato confirma a regra de impedimento matrimonial (CC, art. 1.521) entre parentes por afinidade em linha reta (...).

Diferentemente, na linha *transversal*, a afinidade cessa com o falecimento de um dos cônjuges ou convivente ou mesmo com a dissolução do casamento ou da união estável em vida. O casamento entre quem foi cunhado, anteriormente (após a dissolução das núpcias) não está proibido, sendo factível. (FARIAS; ROSENVALD. 2021, p. 1303).

Colaciona-se decisão do STJ, 3ª, Turma, REsp 1346013-MG, Informativo n. 571, onde a Corte reconheceu a legitimidade do parente afins para propor ação de interdição, conforme resumo explicativo do Dizer o Direito²³:

Para que a curatela seja instituída, é necessária a instauração de um processo judicial, de jurisdição voluntária, regulado pelos arts. 1.177 a 1.186 do CPC 1973 (arts. 747 a 758 do CPC 2015). Esse processo é iniciado por meio de uma ação de interdição.

O rol dos legitimados para propor ação de interdição está descrito no art. 1.177 do CPC 1973 (art. 747 do CPC 2015). Esse rol é preferencial?

NÃO. A ordem de legitimados para o ajuizamento de ação de interdição NÃO é preferencial.

O inciso II do art. 1.177 do CPC 1973 (art. 747 do CPC 2015) fala em “parente”. Isso abrange também os parentes por afinidade? SIM. Qualquer pessoa que se enquadre no conceito de parente do Código Civil é parte

²³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A ordem de legitimados para o ajuizamento de ação de interdição NÃO é preferencial**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d8ad9beba48de682e6accacba8cdbe2d>>. Acesso em: 17/02/2023

legítima para propor ação de interdição. Como afinidade gera relação de parentesco (art. 1.595 do CC), nada impede que os afins requeiram a interdição e exerçam a curatela. (CAVALCANTE, Márcio André Lopes).

Em outro julgado, o STJ reafirma a afinidade como parentesco e a importância dos seus efeitos à família:

TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO DE BENS. UNIÃO ESTÁVEL. BENS E DIREITOS EM NOME DO COMPANHEIRO (CONVIVENTE). EQUIPARAÇÃO À FIGURA DO CÔNJUGE. POSSIBILIDADE.

[...]

3. O art. 226, § 3º, da Constituição Federal determina que para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

4. "A união estável, assim como o casamento, produz efeitos jurídicos típicos de uma entidade familiar: efeitos pessoais entre os companheiros, dentre os quais se inclui o estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade, e efeitos patrimoniais que interessam não só aos conviventes, mas aos seus herdeiros e a terceiros com os quais mantenham relação jurídica."(REsp 1516599/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 02/10/2017).

5. A dinâmica da realidade social exige do intérprete da norma a constante adequação entre o texto da lei e a realidade dos fatos para garantir que as relações jurídicas originadas ou decorrentes da união estável produzam resultados

iguais ou semelhantes às situações análogas derivadas do casamento.

6. Não se pode, por outro lado, vislumbrar a equiparação entre cônjuge e companheiro apenas na seara dos direitos, mas também na dos deveres, sob pena de ganhar força a tese de que ao primeiro (o cônjuge) restrições são impostas e ao segundo (o companheiro) isso não acontece, quando deveria ocorrer (se ele é equiparado àquele no tocante aos direitos).

7. A expressão cônjuge constante do § 1º do art. 64 da Lei n. 9.532/1997 deve ser interpretada em sua acepção mais ampla, incluindo, para fins de arrolamento de bens, também a figura do companheiro.

8. Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento.

(AREsp n. 249.923/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 9/6/2020, DJe de 29/6/2020.)

Desse modo, a afinidade é enquadrada como parentesco, seja no Código Civil, seja em relação aos preceitos constitucionais vigentes, com suas peculiaridades e limites instituídos pela lei.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve a finalidade de aclarar acerca do tratamento jurídico concedido ao parentesco na atualidade e o

impacto da evolução da família na sua concepção e desdobramentos.

O progresso da família, agregado a promulgação da Constituição Federal de 1988, realizou transmutação das acepções de família e as modalidades de parentesco. A preocupação com o ser humano e sua manutenção no seio social, fizeram com que o instituto família fosse, e ainda é, aberto, multifacetário, descentralizado, cujo matrimônio não é a peça fundamental para sua constituição.

Independentemente da forma de entrelace dos indivíduos, eles são parentes, seja oriundo da biologia ou mesmo atinentes às relações de adoção, técnicas assistidas de reprodução e socioafetividade. Não se olvida da afinidade que, apensar de ser repudiada por alguns, integra, dentro dos limites legais, a cadeia de parentesco, já que os preceitos constitucionais vedam qualquer espécie de discriminação.

Assim, as relações de parentesco estão alicerçadas pelos princípios constitucionais da dignidade humana e solidariedade social e familiar e pelo Código Civil estão subdivididas em (i) parentesco natural ou consanguíneo; (ii) parentesco civil e (iii) parentesco por afinidade.

O parentesco natural é o existente entre pessoas que descendem uma das outras ou possuem vínculo biológico oriunda de um mesmo tronco comum. Por sua vez, o parentesco civil é o mais amplo – justamente para albergar os preceitos constitucionais – relacionando-se às hipóteses em que o vínculo biológico não está presente, ou seja, adoção, filiação socioafetiva, entre outros.

Por fim e não menos importante, o parentesco por afinidade, verificado quando da constituição familiar pelo casamento ou união estável, cônjuge ou companheiro

estabelecem liames vinculatórios com os membros familiares do outro consorte.

O estabelecimento do parentesco é essencial ante aos afeitos que ele possui em diversos campos do Direito, não se restringindo a seara cível, como também ao processo civil, eleitoral e penal.

Destaca-se que a sociedade está cada vez mais em evolução e, conseqüentemente, o instituto da família e o parentesco, devendo o Direito acompanhar as inovações para albergar o máximo possível de proteção aos indivíduos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp n. 249.923/SC. Agravante: Fazenda Nacional. Agravado: Maristela Korbes. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 29 de junho de 2020. Disponível em

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202305153. Captado em 18 de fevereiro de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A ordem de legitimados para o ajuizamento de ação de interdição NÃO é preferencial**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d8ad9beba48de682e6accacba8cdbe2d>>. Acesso em: 17/02/2023;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito de civil: direito das famílias**. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. v.6.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Braga. ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil - Volume único**. 6 ed. Ver, ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

GANGLIANO, Pablo Stoze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, direito de família. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

. **Novo curso de direito civil**, direito de família. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**; volume 6. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

. **Direito civil 3: responsabilidade civil – direito de família – direito das sucessões**. Coord. Pedro Lenza. 9 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil 2: direito de família**. 42ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. v. único.

. **Manual de direito civil**. 12ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2022. v. único

Vade Mecum. 36 ed. Rideel, 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

WALDO, Arnold. **O novo direito de família**. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A HUMANIZAÇÃO DO CÁRCERE: EDUCAÇÃO COMO FATOR ESSENCIAL PARA MUDANÇAS

THE HUMANIZATION OF PRISON: EDUCATION AS AN ESSENTIAL FACTOR FOR CHANGES

Camila Lemos Sampaio

RESUMO:

Em nosso cotidiano percebemos o aumento da violência em todo o país e nos deparamos com diversos questionamentos sobre a segurança pública brasileira. Esta pesquisa preocupa-se com a prevenção e repressão da criminalidade. Demonstra-se que o sistema atual não é capaz de cumprir sua função essencial de ressocializar. Mudanças são necessárias para que nosso país não se entregue aos criminosos. A superlotação das penitenciárias, a falta de cumprimento às leis de execução penal e aos direitos do preso não tornam nosso país capaz de vencer o crime. Não se busca a extinção do crime, pois não tratamos de utopia. Busca-se a diminuição, o cumprimento das funções sociais do Estado. A crise carcerária vivenciada na atualidade está tornando o país em situação de risco, estando nas piores colocações nos índices de progresso social. Esse alto índice de criminalidade alcança o turismo interno e externo que diminuiu devido ao temor em relação às diversas regiões do país. Após essa explanação, buscou-se apresentar uma solução que poderá diminuir esse índice que está em ascensão, falou-se da educação nas prisões brasileiras como meio de transformar esses brasileiros sem nenhuma

expectativa real, sem esquecer-se da educação anterior ao crime que poderá diminuir essa população carcerária.

Palavras-chave: Criminalidade. Crise carcerária. Execução Penal. Políticas Públicas. Educação.

ABSTRACT

In our daily lives we notice the increase in violence across the country and we are faced with several questions about Brazilian public security. This research is concerned with the prevention and repression of crime. It demonstrates that the current system is not capable of fulfilling its essential function of resocializing. Changes are necessary so that our country does not give in to criminals. The overcrowding of penitentiaries, the lack of compliance with the laws of criminal execution and the rights of the prisoner do not make our country capable of overcoming crime. The extinction of crime is not sought, as we are not dealing with utopia. The reduction, the fulfillment of the social functions of the State is sought. The prison crisis experienced today is putting the country at risk, being in the worst positions in the social progress indexes. This high crime rate affects domestic and foreign tourism, which declines due to fears in relation to the different regions of the country. After this explanation, an attempt was made to present a solution that could reduce this rate that is on the rise, talking about education in Brazilian prisons as a means of transforming these Brazilians without any real expectations, without forgetting the education prior to crime that could reduce this prison population.

Keywords: Criminality. Prison crisis. Penal execution. Public policy. Education.

E os homens imunizados contra o crime, cidadãos de um novo mundo, contarão as crianças do futuro estórias absurdas de prisões, celas, altos muros de um tempo superado.

Cora Coralina

INTRODUÇÃO

Nas pesquisas sobre o índice de violência, o Brasil, por repetidas análises fora apontado como um dos líderes, posição preocupante para todos os nossos brasileiros. Inúmeras notícias são veiculadas, todos os dias, seja em jornais, rádio ou televisão sobre a constante violência e criminalidade em nosso país.

Os brasileiros costumam culpar as autoridades policiais, o Código Penal e a justiça, esquecendo-se dos motivos de base que acarreta a marginalização do cidadão que outrora buscou chances de participar da sociedade e por não encontrar se viu diante de opções mais fáceis e rápidas de desfrutar de nosso sistema capitalista.

Se desde crianças, todos tivessem oportunidades de educação e os outros direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, violência e crime seriam as últimas opções para esta parcela da população que é deixada à margem pelo Estado. E ao invés de punir e tentar remediar a situação já existente, porque não prevenir?

Diferentemente do que a maioria da nação acredita, nosso sistema penal é completo, nossas leis e consequentes penas são rígidas, mesmo assim, não sendo suficientes para intimidar os

delinquentes. Se a prisão é o meio encontrado pelo Estado de amedrontar a prática de crime e à ressocializar o delinquente, qual o motivo de ex-preso ainda continuar no mundo da criminalidade? O preso que cumpre sua pena, possui bom comportamento e atinge os objetivos pretendidos para ser posto, novamente, na vida em sociedade, por muitas vezes, busca não reincidir, mas diante das circunstâncias do meio em que vive, por se ver discriminado, sem conseguir trabalho, sem moradia e sem condições financeiras, não enxerga outra saída e pratica outros crimes para sua própria subsistência.

Aumento de pena, detenção exacerbada não seriam capaz de alterar a situação vivenciada em nosso país, considerada alarmante. As penas de reclusão e detenção, além das menores de multa e restrição de direitos, não transformam os criminosos, que ao contrário, tornam se, em muitos casos piores, por serem misturados a outros que praticaram condutas mais lesivas. As prisões causam danos sociais irreparáveis ao tornar o cidadão desprezado pela sociedade devido o cumprimento de sentença na esfera criminal.

Nosso Código Penal, pelo princípio da intervenção mínima, trata apenas de bens jurídicos relevantes, atuando somente quando os demais ramos do Direito revelaram-se incapazes de dar a tutela devida a esses bens de grande expressividade na vida do indivíduo e da própria sociedade. Portanto, é de interesse do Estado mudar nosso quadro atual.

Diante do exposto, esse artigo estabelece a relação entre o nível educacional e a criminalidade. Justifica o fato de a sanção penal não ser capaz de intimidar e ao contrário, ainda ocorrer e com grande número de casos de reincidência por autor. Diserta ainda sobre a educação e sua capacidade de revogar tacitamente crimes por número irrelevante de incidência. Além de analisar a

educação capaz de diminuir drasticamente o índice de criminalidade no Brasil.

Neste diapasão, procuramos investigar sobre um tema bastante atual e preocupante para a população brasileira, a criminalidade. Os países com maior índice de instrução são considerados com menor criminalidade como o inverso é verdadeiro, os países com menor instrução são os que lideram o *ranking* de práticas tuteladas pelo Direito Penal. Não estamos na busca de eliminar por completo o crime, pois bem como disse Émile Durkheim, crime é normal em toda a sociedade, sendo anormal a sua existência e mórbida o seu excesso. Diante de fatos percebemos o quanto a educação é formadora de caráter moral e, portanto capaz de mudar a realidade no Brasil.

Portanto, o objetivo geral será analisar a educação como fator fundamental e alterador da situação de criminalidade brasileira, expondo o tipo de educação transformadora e capaz de sobrepor ao Código Penal e suas penas. Já os objetivos específicos serão de obter informações relacionadas ao fato e aos motivos de países com melhor índice educacional serem desenvolvidos e gozar de baixa criminalidade; justificar o fato de a sanção penal ser meio de intimidação à ocorrência do crime, mas não ter efetividade na prática e verificar os motivos do alto número de reincidência mesmo após o cumprimento da sanção que deveria ressocializar; constatar se a educação é capaz de servir de base para a revogação, mesmo que tácita, de crimes, indicando o tipo de educação para a mudança da criminalidade em nosso país.

No que se refere aos aspectos metodológicos, baseia-se em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa. Com relação à tipologia desta pesquisa é bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas,

imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise.

Já com relação à utilização da abordagem dos fatos é pura, à medida que tem como único fim a ampliação dos conhecimentos e qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio. Há interpretação de fenômenos e atribuição de significados. E quanto aos objetivos a pesquisa é descritiva, posto que busca descrever, explicar, classificar, esclarecer e interpretar fenômeno observado. Exploratória, objetivando aprimorar as ideias através de informações sobre o tema em foco.

No primeiro capítulo, aborda-se o surgimento do cárcere, sua finalidade e a apresentação da criminalidade no cenário brasileiro.

No segundo capítulo, discute-se sobre as formas de prevenção e repressão da criminalidade com a influência da educação.

No terceiro capítulo, trata-se as pesquisas de Mariana Lobo nas penitenciárias cearenses e falou se sobre as tentativas de mudanças no sistema carcerário.

A razão deste presente trabalho espelha-se na demonstração de que a criminalidade está em ascensão e as medidas de repressão não estão sendo suficientes. O sistema penal brasileiro precisa de mudanças e a que está sendo defendida é a educação.

1 O CRIME E O CÁRCERE

Durante o curso de Direito somos levados à ideia de punir àqueles que transgridam a lei, sem nos preocuparmos com os motivos que levaram a prática do crime. Leigos e nós mesmos já nos deparamos com situações em que achávamos que aprisionar, trancar em celas, seria a solução para diminuir a criminalidade no país. Inúmeras vezes apontamos pessoas que deveriam estar “detrás das grades” por terem cometido algum delito, mas após este estudo muitos *tabus* sobre prisões serão quebrados.

A criminologia é uma ciência empírica, ou seja, baseia-se na observação, nos fatos; e interdisciplinar. Estuda o crime, o delinquente, a vítima e o controle social do delito. Esta ciência busca prevenir o crime com o estudo do delinquente e seus fatores sociais. A criminologia, na visão dos autores Augusto de Sá e Sérgio Salomão (2008, p.264), “é um saber empírico que tem por objeto o estudo do crime e do controle social, assim como dos sujeitos afetados pelo sistema do controle ou que nele atuam”.

Como ciência empírica, a criminologia busca a reintegração do preso à sociedade de forma a buscar políticas ressocializadoras. Antonio García-Pablos de Molina e Luís Flávio Gomes citam em seu livro, *Criminologia* (2006, p.313), a distinção entre as classificações de prevenção “primária”, “secundária” e “terciária” na quais serão base por certos momentos, conceituando-os adiante.

O crime é a violação da lei penal incriminadora, ou seja, de uma norma jurídica. O crime existe desde o início da civilização, quando os homens criaram regras de convivência para viver em sociedade. Quando as regras eram quebradas, este seria considerado criminoso.

Antes da Revolução Industrial preocupava-se apenas com a criminalidade individual ou com grupo de pessoas de forma isolada. Após esta fase, com a globalização e as novas tecnologias, o Direito começou a se preocupar com a criminalidade coletiva, pois muitos crimes passaram a ter repercussão mundial.

Augusto de Sá e Sérgio Salomão (2008, p.217) descrevem a criminalidade de massa como aquela que surge em decorrência da desigualdade social na sociedade moderna e consumista praticados pelos criminosos oriundos das classes menos favorecidas economicamente. Segundo esses organizadores, a forma de controle social utilizada hoje em dia, principalmente no Brasil, é o controle social formal, sendo a prisão uma pena básica. A solução proposta por Alessandro Baratta, Eugenio Raul Zaffaroni e Antonio Beristain é a diminuição tanto qualitativa quanto quantitativa do encarceramento, abrindo os muros da prisão para a sociedade e fortalecendo os que lá estão, minimizando, dessa forma, os efeitos da prisionização. (SÁ; SALOMÃO, 2008, p.257)

1.1 O surgimento do cárcere

Na Idade Antiga o cárcere era visto com finalidade assecuratória, não deixar os culpados fugirem do seu julgamento, das atitudes que eram por eles consideradas como crimes, passíveis de punição. (GUZMÁN, 1976). Os locais que serviam de cárcere poderiam ser os mais diversos possíveis, pois não havia presídios ou nenhum local específico.

Já na Idade Média o cárcere não era comum, pois a pena em caso de delitos graves eram as corporais e até mesmo a pena de

morte. O uso da prisão como meio de punição surgiu no século XV com os sacerdotes indisciplinados que eram enclausurados em mosteiros para repensar suas atitudes e melhorar seu comportamento. Com a "peste negra" surgiram inúmeros problemas para as civilizações como a miséria, a fome e diversas situações que ocasionaram a mendicância e o consequente aumento da criminalidade obrigando o surgimento das prisões como meio de intimidação e repressão.

Na Idade Moderna, por volta do século XVI, a construção dessas penitenciárias foram significativas devido ao aumento da criminalidade decorrente dos acontecimentos da Idade Média. A primeira "penitenciária" construída no mundo foi o Hospício de San Michel, em Roma, na qual punia jovens transgressores, chamada de Casa de Correção. Assim, as penitenciárias nasceram e começaram a ser utilizadas como forma de penalizar os delinquentes e por consequência as penas "físicas" que eram essências foram se extinguindo.

A construção da primeira prisão brasileira foi determinada pela Carta Régia do Brasil em 1769, sendo escolhido o Rio de Janeiro para sua localização. Apenas em 1935 foi estabelecida, no Código Penitenciário da República, a função de não apenas punir, mas o dever de recuperar o detento.

1.2 A criminalidade no cenário brasileiro

A criminalidade está em crescimento no atual cenário brasileiro. O sistema prisional brasileiro é o quarto maior do mundo em número de pessoas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Defendemos a ideia das prisões como última *ratio legis*, ou seja, última opção de punir o criminoso.

Constantemente temos notícias de crimes que acontecem ao nosso redor e por diversas vezes bem perto de nós, mas o que aconteceu com a sociedade? Estamos rodeados de criminosos? O Brasil não tem futuro? Perguntamo-nos todos os dias, onde vamos parar? Mas você já se questionou os caminhos que o Brasil tomou para estarmos nesse cenário, quais as políticas do governo que podem trazer mudanças e maior segurança pública?

Medo é a palavra mais utilizada pelos brasileiros ao falarmos de criminalidade. Nas conversas não é raro escutarmos a nostalgia quanto ao tempo que se podia andar nas ruas sem se preocupar com a violência que nos ronda. Fala-se do tempo que podiam ter portas abertas, filhos brincando nas ruas sem maiores aflições. Diversas são as histórias que ouvimos com as sondagens da opinião pública. Sérgio de Lima e Liana de Paula (2006, p.151) descrevem exatamente o que passam nossos brasileiros:

Cada um em particular tem uma história a ser contada. Já foi vítima de furto dentro do transporte coletivo, já foi assaltado em via pública, já teve sua residência arrombada, seus filhos já tiveram de entregar tênis e blusões à porta das escolas ou nos pontos de ônibus, seu veículo particular foi furtado ou roubado e encontrado, alguns dias depois, completamente transfigurado, sem motor, sem pneus, aparelho de som e outras peças de elevado valor no mercado de equipamentos usados. Quando não foi protagonista imediato desses fatos, ouviu falar com certa intimidade: a vítima foi o vizinho, o parente, uma personalidade pública, que se torna familiar através da proximidade no tempo e no espaço que nos proporcionam a imprensa escrita e a mídia eletrônica. O rumor não lhes é estranho. O crime avizinha-se.

Em 05 de abril de 2014 uma reportagem no site da G1 (online) apresentou o relatório do índice de Progresso Social (IPS) elaborado pela organização sem fins lucrativos, Social Progress Imperative²⁴, e divulgado no dia anterior (04) no qual o Brasil obtém nota de 37,50 pontos de um total de 100,00 adquirindo posto de 11º país mais inseguro do mundo. Neste diapasão sucessões de reportagens foram apresentadas sobre a alarmante criminalidade em nosso país. Diante dessa realidade nos vemos obrigados a repensar, temos que "endurecer" nossas leis, aumentar o número de penitenciárias, aumentar as penas de reclusão e detenção?

Existem diversas discussões sobre o assunto, mas o que aqui se apresenta é justamente o NÃO para todas as perguntas anteriores. Minha visão segue os mesmos valores do renomado autor César Barros Leal (2010, p. 59):

Os centros de reclusão se transformaram em espaços de amontoamento, opressão e autogoverno onde os homens se coisificam (passam a ser coisa da administração), se insensibilizam, se animalizam, adquirindo - numa convivência forçada entre guardados e guardiões, primários e reincidentes, provisórios e sentenciados, do foro comum e do foro federal, presos fáceis, difíceis e impossíveis - os hábitos, os contatos e as destrezas que haverão de afiançar-

²⁴ Social Progress Imperative. É uma rede de parceiros e pesquisa e instituições acadêmicas, grupos de reflexão, com fins lucrativos e organizações privadas sem fins lucrativos, e organizações internacionais de desenvolvimento com objetivo de facilitar o feedback, a pesquisa local aprendizagem e ação, além de identificar as políticas instituições, estruturas legais e mecanismos de financiamento que poderão levar ao progresso social mais eficaz e eficiente.

lhés o retorno ao delito tão logo sejam excarcerados.

A prisão não traz pontos positivos, não faz o preso repensar suas atitudes, mas, ao contrário, pode trazer sérios prejuízos ao seu comportamento futuro. Em sua viagem virtual ao interior dos cárceres, César Barros Leal (2010, p.85) descreve a situação dos presos:

Se não tiver sorte de arribar a uma ilha de graça num oceano de dor e desgraça - porque ela de fato existe - cruzarei provavelmente as portas de um estabelecimento decrépito, superlotado, promíscuo, onde, sob a vigilância de pessoas habitualmente sem preparação e corrompidas, serei somente um algarismo, um João-ninguém, e vegetarei sem tratamento individualizado (o que simboliza a falência do sistema), desprovido de adequada assistência material, médica, social, religiosa e jurídica, sem trabalho, sem ter acesso a qualquer atividade educativa, sem direito a remir minha pena, sem separação dos presos iracundos, perversos, homicidas, sequestradores, estupradores, delinquentes de luva e colarinho branco, usuários e traficantes de drogas, numa mistura flagrantemente contrárias às leis (idílicas, a juízo de Elias Neuman), cuja invocação é risível por sua clamorosa inoperância.

A população que clama por aumento das prisões, por endurecimento das penas, por cárcere a todos os infratores é a mesma que nunca entrou em uma cela, não sentiram o odor daquelas pessoas confinadas no mesmo ambiente, não sabem o seu cotidiano nem como são tratados. A criminalidade não será diminuída nem tão pouco extinta com o modelo atual de sistema.

1.3 Finalidades do Sistema Prisional

Falamos da superlotação do cárcere, da finalidade da criminologia e da atual situação criminal brasileira, mas afinal qual a finalidade do encarceramento? O sistema prisional brasileiro possui três objetivos: proteger o público, deixando os aprisionados; punir e reabilitar. (LIMA; PAULA, 2006, p. 23).

Analisando esses objetivos, percebemos que a finalidade do encarceramento não está sendo cumprida e o sistema brasileiro é ineficaz. A proteção, o primeiro objetivo, é quebrada com as organizações criminosas que se formam ou continuam dentro das prisões brasileiras. A ausência quase que total do Estado permite a presença de facções de forma explícita nas penitenciárias, comandando o crime organizado. O PCC²⁵, facção criminosa, é bastante forte nas prisões brasileiras, capaz de comandar os detentos dentro das penitenciárias. Não é raro ao entrarmos nas cadeias brasileiras, o nome desta facção escrito nas paredes e até em locais bastante visíveis. Já o Comando Vermelho comanda o crime organizado principalmente no Estado do Rio de Janeiro, mostrando ao governo que eles podem comandar o crime mesmo dentro de organizações do Estado na qual deveriam combater essas práticas.

Já a função de punir é desviada para castigos cruéis, penas desumanas e condições deploráveis ao ser humano. Punir deveria estar relacionada à mudança das atitudes morais daquele que transgrediu uma norma jurídica. A punição que percebemos nas

²⁵ Primeiro Comando da Capital é a maior organização criminosa do Brasil. Fundado na casa de Custódia de Taubaté, São Paulo, em 1993. Atua principalmente no estado de São Paulo, mas está presente em quase todos os estados brasileiros.

cadeias brasileiras seriam a falta de assistência médica necessária, falta de alimentos ou de alimentos considerados conservados, falta de saneamento básico, falta de estrutura mínima de sobrevivência, além de castigos de maus tratos e violência física. Essa forma de punir faz o ser humano repensar sobre sua atitude ou se revoltar contra o sistema? A resposta não é necessária por estar implícita.

Diante da realidade desses dois objetivos, o terceiro nem seria necessário ser comentado, reabilitar o preso nessas condições seria mesmo possível? As taxas de reincidência entre 65% e 80% (LIMA; PAULA, 2006 p. 23) nos mostram o quanto nossas prisões não estão sendo eficazes e o quanto nosso sistema é frágil, sendo manipulado pelas facções que se mostram uma válvula de escape aos presos que consideram o Estado um vilão.

Se objetivos são ineficazes, qual a verdadeira finalidade do sistema prisional? O intuito do presente estudo monográfico não está relacionado à abolição do sistema carcerário, mas relacionado ao fim de obedecer aos objetivos, cumpri-los para tornar essas penitenciárias não apenas um centro de amontoamento de pessoas.

O Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) foi criado em 07 de janeiro de 1994 com o objetivo de abastecer as penitenciárias brasileiras com recursos para melhoramento e aperfeiçoamento. As receitas são provenientes de multas judiciais e loterias estaduais e federais. Mas se nossas penitenciárias não possuem essa mínima estrutura, onde esses recursos estão sendo implantados?

Uma CPI²⁶, na qual teve início em agosto de 2007 e se estendeu até junho de 2008, com participação de 22 deputados foi

²⁶ Comissão Parlamentar de Inquérito. Trata-se de investigação comandada pelo Poder Legislativo para apurar denúncia.

realizada com objetivo de percorrer as cadeias brasileiras na qual constatarem a falta de saneamento básico e uma estrutura mínima de humanização para os presos brasileiros. Lugares que parecem com buracos vivem presos amontoados convivendo com o lixo e com o esgoto. Constataram também que muitos dos presos já deveriam ter sua liberdade, seja por cumprimento total da pena ou ilegalidade da prisão, mas por falta de advogados e defensores públicos continuam em situação de irregularidade. Muitos desses presos nem foram julgados, nem sequer entraram no fórum, mas juízes e promotores não os visitam para tomar as devidas providências.

Muitos dos encarcerados relatam as histórias de que advogados visitam apenas para o pagamento dos honorários e por inúmeras vezes desaparecem. Vivem em meio ao lixo, não são fornecidas roupas e produtos de higiene pessoal, contestam os maus tratos constantes, violando a Lei de Execução Penal²⁷.

Segundo o artigo 10 dessa lei para prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, o Estado tem o dever de dar assistência ao preso e ao internado. a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado. Seguindo a leitura para os próximos artigos sabemos que essa assistência é material; à saúde; jurídica; educacional; social; religiosa. Sobre a assistência material deve se ser fornecido, ao preso e ao internado, alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Segue se no artigo 40 a imposição de todas as autoridades a respeito da integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios. Já com relação ao direito dos presos podemos analisar o artigo 41: alimentação suficiente e vestuário; atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição do pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o

²⁷ Lei nº 7.210 de 11 de julho de 198, a LEP, como é conhecida, foi criada com objetivo de tratar da garantia e dos deveres atribuídos aos presos.

trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; entrevista pessoal e reservado como advogado; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; chamamento nominal; igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; audiência especial com o diretor do estabelecimento; representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; e atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Esses direitos não são reconhecidos em nossas cadeias.

Em uma reportagem de Fátima Souza, repórter da Rede Record, intitulado de “O Grito das prisões” sobre a CPI do Sistema Carcerário, ela demonstra a sabedoria dos deputados em relação à gravidade de muitos dos delitos praticados por essa enorme população carcerária, deixaram pais sem filhos, filhos órfãos, roubaram, agrediram, estupraram, traficaram e causaram dor á diversas famílias, mas o objetivo nunca foi de cessar com as penitenciárias, nem libertá-los, compreendem que merecem estar onde estão, mas preocupam se com o futuro desses presos, com o que serão se saírem desse “buraco” humano sem a devida ressocialização. Acreditam que a mudança e a devida aplicação de verbas públicas serão necessárias para mudar a nossa situação agravante.

Nessa CPI foram ouvidos juízes, promotores, secretários, agentes penitenciários e entidades ligadas ao sistema carcerário sendo discutidas as situações e problemas de cada Estado. E depois de quase 8 anos nenhum desses problemas foram

solucionados. As pessoas esquecem que esses presos vão sair dessas cadeias e quem diz que eles merecem isso, esquecem o que eles se tornarão com o sentimento de revolta contra o Estado com que saem desse sistema.

Existem quatro “presídios modelo” no país:

- 1) **Penitenciária Federal de Catanduvas**
Trata-se da primeira penitenciária federal. Criada em maio de 2006, notabilizou-se por receber diversos traficantes de drogas do Rio de Janeiro.
- 2) **Penitenciária Federal de Campo Grande**
Assim como Catanduvas, a penitenciária de Campo Grande foi idealizada para receber criminosos de alta periculosidade.
- 3) **Penitenciária Federal de Porto Velho**
Terceira penitenciária do tipo no País, possui uma área de 12,7 mil metros quadrados, divididos em quatro alas.
- 4) **Penitenciária Federal de Mossoró**
Última penitenciária federal construída no País, a unidade de Mossoró é a única do tipo na região Nordeste.

Eles abrigam os líderes de facções criminosas e os que possuem alto grau de periculosidade, mas por o custo ser bastante elevado, não são comuns, sendo quase três vezes mais elevados.

A CISPE – Coordenadoria de Inclusão Social do Preso e do Egresso – foi criada em 23 de agosto de 2012 com o decreto nº 30.983 da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado do Ceará com missão de colaborar para a ressocialização do preso e melhorar a condição de vida desses presos após o cumprimento da pena. Mas onde estão essas entidades quando eles saem dessas penitenciárias que não o acompanham? Elas estão mesmo sendo um suporte? A resposta nem sempre é a esperada.

2 PROGRAMAS DE RESSOCIALIZAÇÃO: EDUCAÇÃO COMO FATOR FUNDAMENTAL

Ao analisarmos os índices de criminalidade e reincidência todos os fatores apontam ao baixo grau de escolaridade, além de percebermos que a falência do Estado com as políticas sociais também aponta como causadoras do aumento desses índices. Neste capítulo tomaremos como base os índices do Estado do Ceará, coletado pela Secretaria de Justiça e Cidadania (Sejus) e a Universidade Federal do Ceará (UFC), estando como representantes a secretária da Justiça e Cidadania, Mariana Lobo Botelho Albuquerque, e os organizadores Walberto Silva dos Santos, professor adjunto III da UFC; Cássio Adriano Braz de Aquino, professor associado, coordenador acadêmico e vice-diretor do centro de humanidades da UFC; e Celina Amália Ramalho Galvão Lima, professora associada da UFC, coordenadora acadêmica, pesquisadora e vice-coordenadora do Laboratório de Estudos da Violência (LEV).

Acreditam esses representantes e coordenadores na ineficiência da execução penal e defendem outros meios de ressocialização. Ocupando o quarto lugar no *ranking* mundial em número de detentos, a criminalidade brasileira tem se tornado o assunto mais debatido na atualidade por amedrontar a população brasileira. Se a educação é um direito humano identificado na Constituição Federal de 1988 e presente da Lei de Execução Penal como direito do preso, qual o motivo de não ser levado tão a sério?

O fator preocupante não se limite ao fato dos presos não terem acesso à educação, mas não terem qualquer espécie de norma que regule essa educação aos carcerários. Neste capítulo iremos identificar diversas respostas dos

questionamentos sobre educação no cárcere nas quais identificaremos a total precariedade de nosso sistema.

2.1 O papel da educação na formação do indivíduo

Antes de defendermos a educação nas prisões brasileiras, devemos identificar qual a verdadeira importância dessa educação. Ora, desde o nascimento, os genitores procuram ensinar as crianças a perceberem o que é o correto, ou seja, procuram ensinar não absolutamente qual caminho deverá ser seguido, mas a percepção de identificar as condutas apropriadas, capazes de alcançar um juízo de valor para tomarem suas próprias decisões.

A educação é responsável pela formação do indivíduo de uma forma geral. Se seus pais ensinarem desde o seu nascimento que determina conduta não é decorosa, você não se sentirá a vontade praticando aquela conduta, como se sua essência não se permite. Mas que tipo de educação estamos à falar? Apenas aquela obtida no seio familiar? A resposta correta seria NÃO.

A educação pode ser obtida de diversas formas, seja pela família como meio mais simples e ao mesmo tempo eficaz, seja pela escola, pela sociedade, por órgãos públicos ou qualquer entidade capaz de influenciar o ambiente que nos rodeia. A educação estimula a pensar sobre nossos atos, sobre a sociedade em que vivemos e sobre os reflexos de tudo que nos rodeia. E ao mesmo tempo, nos permite ter esperanças de um futuro melhor para nós e nossas famílias.

Se não tivéssemos esperanças de dias melhores, se não tivéssemos o que temer por nossas famílias, se não pudéssemos mudar nosso destino, se precisássemos de comida para nossos

entes queridos, você não seria capaz de roubar, furtar? Podemos enumerar diversos crimes que por necessidade muitas pessoas são levadas a cometer. Não estamos justificando, mas mostrando o quanto nossas políticas públicas são falidas.

Os carcerários são esquecidos e deixados à mercê de suas próprias políticas, nas quais, como já vimos, as facções criminosas comandam. Apesar de o tema da falta da educação ser percebido pelos órgãos públicos responsáveis pelo controle das prisões, problemas urgentes ou violações de direitos humanos, como tortura ou superlotação, se tornam o foco de medidas urgentes. (SCARFÓ, 2010, p.24). Educação em prisões.

Educação pode ser a palavra-chave do momento para equilibrar as desigualdades sociais. Mas qual o motivo de a população não frequentar escolas, não ter motivos que os levem à aprender?

“A educação, direito de todos e **dever do Estado** e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (Artigo 205 da Constituição Federal de 1988, grifo nosso)

Para Delzair Amâncio da Silva no Livro Educação em Prisões, 2010, o Estado é um dos grandes responsáveis, senão o maior deles, por toda deformação de conduta que leva ao crime. Afirmar ainda, que os grandes *déficits* na alfabetização, ou seja, a baixa escolaridade da população, além de piores postos de trabalho, piores condições de moradia e saúde, quando existem, é característica do perfil de pessoas que superlotam as prisões brasileiras. É nesse sentido que Delzair (2010, p. 30) afirma que “o Estado existe para garantir o acesso de todos aos serviços essenciais. Sendo a educação elemento fundamental do processo

de construção da cidadania, sua tarefa e o seu projeto político não podem ser contrários a isso, tampouco deixá-la à revelia.”.

Ainda sobre educação, percebemos que alguns autores acreditam nela como forma de libertação da subserviência como Vagner Paulo da Silva (2010, p.31):

Para revertermos ou minimizarmos essa situação é preciso mostrara às pessoas envolvidas a importância da educação como ferramenta de mudanças profundas, a partir das quais possamos olhar para esta ferida e tocá-la, até expurgar seus pus... Será esta a maneira para cicatrizar e começar um tratamento onde uma parte não comprometa o todo: É olhar para a educação como chave que abre as portas da liberdade.

2.2 A influência da educação como prevenção e repressão da criminalidade

Em uma audiência pública (14 de março de 2013) para tratar da reforma do Código Penal, Juarez Cirno dos Santos, jurista brasileiro, responde questionamentos e afirma que as prisões não reduzem a criminalidade, ou seja, não cumprem as funções declaradas de correção do indivíduo, mas isto não apenas no cenário brasileiro, acredita ele que em nenhum lugar do mundo ela cumpriria essas funções.

A população brasileira além de superlotada possui alto índice de reincidência, provando assim, todos os argumentos ora discutidos da falência de políticas públicas e da própria função

das prisões e das penas em nosso sistema. Mas de que forma a educação poderia influenciar a criminalidade?

Como forma de prevenção, a educação seria bem mais eficaz. Educar é a ação de promover a educação, que compreende todos os processos, institucionalizados ou não, que visam transmitir determinados conhecimentos e padrões de comportamento a fim de garantir a continuidade da cultura de uma sociedade. Educar é estimular, desenvolver e orientar as aptidões do indivíduo, de acordo com os ideais de uma sociedade determinada. Ou seja, é aperfeiçoar e desenvolver as faculdades físicas, intelectuais e morais. Autor Desconhecido, texto retirado da internet.

A educação engrandece o indivíduo, deixando o evidentemente com maior poder de reflexão, com o poder de auto-mudança. Crianças, geralmente de situações econômicas desfavoráveis, não frequentam escolas e tendem a analisar a sociedade com a influência de pais, amigos e parentes. Mas a visão dessas pessoas já não está desgastada? Esses pais, em sua maioria, também não frequentaram escolas e tendem a ver o Estado como opressor e os valores distorcidos. Educação da escola é fundamental. Professores experientes mostram como formar suas opiniões.

Se essas crianças não vão às escolas, além dos pais, temos as influências de amigos que também não frequentam esses locais e já estão no crime por não acreditarem em um futuro melhor. Outros estão no “mundo” das drogas, da marginalização. A prevenção vem justamente para fortificar o indivíduo, o fazer refletir, não o deixar influenciar. Se o Estado não educa, o meio no qual ele está inserido o transforma. A educação não é apenas um direito, mas necessária para o cidadão, como assim fala Moacir Gadotti (2010, p. 41):

Quando falamos de educação, já não discutimos se ela é ou não necessária. Parece óbvio, para todos, que ela é necessária para a conquista da liberdade de cada um e o seu exercício da cidadania, para o trabalho, para tornar as pessoas mais autônomas e mais felizes. A educação é necessária para a sobrevivência do ser humano. Para que ele não precise inventar tudo de novo, necessita apropriar-se da cultura, do que a humanidade já produziu. Se isso era importante no passado, hoje é ainda mais decisivo, numa sociedade baseada no conhecimento.

Prevenir é a base para uma sociedade mais organizada. Com relação aos que estão à margem da sociedade o que nos resta é reeducar. Ora, se os presos se achassem motivados á frequentar escolas dentro das cadeias e se elas fossem realmente eficazes, o tempo desses indivíduos seria bem melhor aproveitado. Se ao invés de perderem tempo com o crime, todos trabalhassem durante o dia e estudasse no período noturno, ao voltar para suas celas não teriam vontade de planejar fugas, crimes, rebeliões e nem queimar colchões, mas como pessoas normais iriam descansar para começar um novo dia no dia seguinte.

Educação pode ser a base, mas não é completa se não seguida de mudanças políticas e sociais. Assim como comenta Moacir Gadotti (apud MONCADA, 2010, p. 42):

O direito à educação não pode ser desvinculado dos direitos sociais. Os direitos humanos são todos interdependentes. Não podemos defender o direito á educação sem associá-lo aos outros direitos. A educação que o FME defende não está separada de um

projeto social, da ética e dos valores da diversidade e da pluralidade.

Ainda sobre as mudanças políticas, Roberto da Silva, (2010, p. 47) comenta:

O atual perfil da população prisional no Brasil aponta evidências que sugerem dever ser a prisão uma instância que ajude no processo de socialização incompleta a que foram submetidos seus atuais habitantes, pois falharam a religião, a família, a escola, a comunidade, a sociedade, o Estado e o mercado de trabalho em proporcionar condições de desenvolvimento digno e integral para crianças e adolescentes que precocemente encontram nas práticas delituosas formas mais rápidas de satisfazer necessidades insatisfeitas. Isso significa que a prisão deve ser, sobretudo, um lugar seguro para quem precisa viver ali, e que a cultura prisional vigente precisa ser imediatamente substituída por uma cultura pedagógica que ofereça condições para o amadurecimento pessoal, o despertar das potencialidades humanas e o desenvolvimento de habilidades e capacidades valorizadas socialmente.

Mas se por um lado a educação transforma e desenvolve a capacidade de reflexão, por outro pode trazer risco ao Estado, tornando aquele “lixo humano” amontado em pessoas capazes de mudar a nossa realidade, de utilizar o conhecimento adquirido para impor seus direitos nesses estabelecimentos em que habitam. Será que isso seria interessante ao Governo Brasileiro?

2.3 A educação e sua capacidade de mudança no cenário brasileiro

Segundo fontes e notícias que sempre visualizamos no mundo virtual, as prisões são os hotéis mais caros do mundo. Enquanto trabalhadores batalham dias e noites para receber um salário mínimo e pagar seus impostos, os “hóspedes” das prisões retiram dos cofres brasileiros quantias absurdas para serem mantidos e “ressocializados”. Mas se muitos deles reclamam da falta de alimentos, da falta de vestimentas e de produtos higiênicos, além da falta de educação e saúde, onde estão sendo aplicados esses valores exorbitantes?

Podemos iniciar este capítulo com o exemplo dos Estados Unidos onde o aumento da escolaridade teve um impacto positivo na diminuição da criminalidade, estimando-se que o crescimento, ao nível nacional, das taxas de conclusão do ensino médio se refletiria num número menor de homicídios e agressões, com uma economia de milhões de dólares. (BARROS LEAL, 2010, p. 65).

Ora, sabemos que o preso (excetuando-se o provisório) perde sua cidadania, seu direito ao voto, mostrando o de todas as formas que ele está fora da sociedade em que vive. Será isso uma boa visão para aquele que nem pode ao menos escolher o Governo que o dirige indiretamente? César Barros Leal (2010, p. 97):

Prisões onde se paga pela lealdade e se compra a passagem a determinadas áreas, a localização em lugares mais cômodos ou mais seguros, a peça para a visita conjugal, os serviços médicos, odontológicos, psicológicos e psiquiátricos, os aparelhos eletrônicos, as chamadas telefônicas, os cobertores de cama, as faxinas (fainas de asseio) e a liberação de sanções.

Ora, antes de falarmos de mudanças em nosso Código Penal porque não começarmos com a prática do que já está escrito em nossos Códigos. Sigo a visão de Rogério Sanches sobre a limitação do encarceramento aos crimes de maior potencial ofensivo, mas ainda no mesmo pensamento desse autor, os crimes de menor e médio potencial não deveriam necessitar dessa medida de forma banal para que não tivéssemos o quadro de superlotação enfrentada na atualidade.

O Código Penal Brasileiro é de 1984, bastante desatualizado para a nossa sociedade que está em constantes avanços tecnológicos e espaciais. Muitos dos crimes nem constam em nosso Código, sendo interpretados de forma geral para crimes específicos, quando não somos obrigados a recorrer às leis especiais. O Código Penal vigente é bastante elitista se o analisarmos, podemos perceber a diferença com relação ao furto se reparado o dano que terá uma pena de forma diminuída com relação à sonegação tributária que se paga integralmente extingue a punibilidade. Percebe a diferenciação do nosso Sistema Penal Brasileiro? São dessas mudanças políticas que também estamos a defender.

A educação nas prisões é nove vezes mais cara que o gasto por aluno em escolas normais, além ser inferior em qualidade. A educação é uma “arma” fundamental que o governo brasileiro não aplica com eficiência. Diante da fragilidade da educação prisional nos perguntamos, ela não seria capaz de mudar o pensamento, as atitudes e o próprio governo? Talvez muitos líderes tenham medo dessa tal educação que faz o ser humano ter um pensamento libertador, de insatisfação com a política atual. Esses líderes que possuem medo da educação preferem as pessoas influenciáveis ou ignorantes para que sejam manipuladas ou na pior das hipóteses que se calem diante do governo. Seguimos o

pensamento de Marizangela Pereira de Lima (2010, p. 93) “a sociedade precisa fazer algo; se não for pensando nos direitos dos que estão presos, que seja pelo menos para sua própria proteção”.

De forma genérica podemos perceber que existem dois grupos em relação aos crimes contra o patrimônio: possuem aqueles crimes de oportunidade, pela facilitação do meio nos quais sem policiamento e segurança pública veem oportunidade de subtrair bens alheios com facilidade; existem também, em maioria de casos, os crimes cometidos por pessoas que geralmente não possuem nenhuma qualificação de vida, que moram nas ruas e que foram esquecidas pelo Governo e pelas políticas públicas. Analisando as formas de alteração do Código Penal com a educação podemos perceber que as pessoas que não apenas frequentam a escola, mas aproveita os ensinamentos adquire maior capacidade de reflexão com as pessoas em que convive, adquire a consciência da prática de condutas corretas. Este capítulo deveria ser apresentado sobre educação e mudanças, mas não podemos esquecer-nos de todas as outras políticas públicas e isolar a educação.

A ideia de educação em prisões não é recente, mas é pouco aplicada. Os professores não são de qualidade, o ensino é precário, as verbas são desviadas e os professores ali empregados geralmente não fazem seu papel de forma correta. A educação poderia também alterar os índices de reincidência. Ora ocupados com os ensinamentos, o aprendizado e até o trabalho, reincidência não faria parte dos planos desse condenado. Se os presos são incentivados ao trabalho e ao estudo para remição da pena, esses deveriam ser de qualidade e de forma a interessá-los de forma cotidiana.

Para comprovarmos a capacidade de mudança na educação podemos analisar gráficos nos quais esses encarcerados possuem o mínimo ou não possuem nenhum nível de instrução.

Nesses gráficos podemos analisar também a falta de emprego por essas pessoas que praticam condutas criminosas e o estado civil em sua grande maioria é solteiro. Esses danos refletem a pouca preocupação com família, com futuro e com religião. A educação formal, aquela realizada por entidades educacionais é fundamental, mas não podemos esquecer-nos da educação informal, aquela recebida por familiares, pela igreja, pela sociedade em que rodeia.

Seguimos o mesmo pensamento de Foucault (2008, p. 221):

A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos; 38% dos que saem das casas centrais são condenados novamente e 33% são forçados; de 1828 a 1834, de cerca de 35.000 condenados por crime, perto de 7.400 eram reincidentes (ou seja, um em cada 4,7 condenados); em mais de 200.000 contraventores, quase 35 mil o eram também (1 em cada 6); no total, um reincidente para 5,8 condenados; em 1831, em 2.174 condenados por reincidência, 350 haviam saído dos trabalhos forçados, 1.682 das casas centrais. E o diagnóstico torna-se cada vez mais pesado ao longo de toda monarquia de julho: em 1835, contam-se 1.486 reincidentes em 7.223 condenados criminosos; em 1839, 1.749 em 7.858; em 1844, 1.821 em 7.195. Entre os 980 detentos de Loos havia 570 reincidentes e, em Melun, 745 dos 1.088 prisioneiros. A prisão, consequentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos...

Assim continua Foucault (2008, p.222):

A prisão não pode deixar de fabricar delinquentes. Fabrica-se pelo tipo de existência que faz os detentos levarem: que fiquem isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade...; queremos que a prisão eduque os detentos, mas um sistema de educação que se dirige ao homem pode ter razoavelmente como objetivo agir contra o desejo da natureza? A prisão fabrica também delinquentes impondo aos detentos limitações violentas; ela se destina a aplicar as leis, e a ensinar o respeito por elas; ora, todo o seu funcionamento se desenrola no sentido do abuso do poder.

Encarceramento deveria ser a última opção para esses contraventores. Poderíamos falar do dispositivo de acompanhamento, as tornozeleiras, nas quais muitos não estariam em estado degradante como os que nossas prisões têm a oferecer. Muitos criminosos que deveriam estar em celas separadas por crimes menos graves são misturados, com essas medidas alternativas, não estaríamos os colando em escolas do crime e no submundo como as cadeias nos quais são depositados. Poderíamos mudar o futuro de muitos jovens e trazer a ressocialização ao plano real.

3 HUMANIZAÇÃO DO CÁRCERE: MUDANÇAS NO SISTEMA

O sistema carcerário brasileiro necessita de mudanças urgentes para que não sejamos cúmplices de um futuro sem esperanças, onde as cadeias apenas aumentam de número e não cumprem sua função social. E algum dia as cadeias deram resultados positivos? Elas surgiram para abolir as penas corporais e criar um ambiente ressocializador, adequado para mostrar ao transgressor da lei o quão sua prática é repreendida pelo Estado e capaz de tirar sua liberdade. Diante de crimes mais brandos poderiam ser aplicados substitutos penais, até citado anteriormente como a pulseira eletrônica, bastante falada na atualidade. O sistema penal não pode mais continuar a amontoar pessoas em celas e cubículos de forma a degradar a humanidade.

As pessoas que convivem diariamente com a dor, o sofrimento, a falta de amor, a falta da esperança e a falta de dias melhores e o descaso do Estado não serão capazes de sair dessas cadeias que mais parecem depósito de lixo como a capacidade de serem pessoas melhores, de pensarem no próximo, de cumprir os deveres de uma vida em sociedade. Na maioria dos casos, elas saem com rancor, ódio, desprezo das pessoas e incrédulo do Estado por ser esquecido dentro do ambiente hostil que habitou.

Poderíamos mudar isso? Poderíamos ser capazes de mudar o destino dessas pessoas que por diversos motivos se viu no “mundo” do crime ou que entrou nele de forma voluntária? A resposta é positiva para todos os questionamentos. Nós poderíamos mudar o futuro dos nossos jovens e da nossa população carcerária. Nós devemos isso há nós mesmos porque não sabemos quem serão as próximas vítimas dessas pessoas.

3.1 Um breve percurso pelas cadeias cearenses: o Censo Penitenciário 2013/2014

Em um estudo realizado no período de abril de 2013 a abril de 2014, Mariana Lobo, na época secretária da Justiça e Cidadania do Estado do Ceará, mostrou no Censo Penitenciário do Ceará, uma publicação de 143 páginas, o retrato do preso médio cearense. Dentre esses dados foram observadas a falta de escolaridade de forma alarmante e todas as demais funções sociais que deveriam ser cumpridas pelo Estado.

Nesse estudo foram ouvidas 12.040 (doze mil e quarenta) pessoas encarceradas, de acordo com o censo não foram utilizados dados preexistentes nos órgãos oficiais. Esse censo deu a oportunidade de muitos penitenciários, sejam em regime fechado, provisórios e condenados e em regime semiaberto intramuros contarem sua história antes e após a prisão. Foram visitadas todas as unidades prisionais do Estado do Ceará: três institutos penais, cinco casas de privação, três penitenciárias, um hospital, um instituto psiquiátrico e 134 cadeias Públicas e distritos policiais.

Figura 1: DISTRIBUIÇÃO DOS DETENTOS POR UNIDADE PRISIONAL

Unidade Prisional	n	%
Instituto Penal Professor Olavo Oliveira (IPPOO II)	657	5,5
Casa de Privação Provisória de Liberdade Des. Francisco Leal (CPPL CAUCAIA)	1.065	8,8
Casa de Privação Provisória de Liberdade Agente Luciano Andrade Lima (CPPL I)	1.099	9,1
Casa de Privação Provisória de Liberdade Professor Clodoaldo Pinto (CPPL II)	982	8,2
Casa de Privação Provisória de Liberdade Professor Jucá Neto (CPPL III)	1.049	8,7
Casa de Privação Provisória de Liberdade Agente Elias Alves da Silva (CPPL IV)	1.093	9,1
Instituto Penal Paulo Sarasate (IPPS)*	297	2,5
Penitenciária Francisco Hélio Viana de Araújo (PACATUBA)	596	5,0
Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa (IPF)	426	3,5
Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC)	459	3,8
Penitenciária Industrial Regional de Sobral (PIRS)	527	4,4
Hospital Geral e Sanatório Penal Professor Otávio Lobo	36	0,3
Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes	76	0,6
Cadeias Públicas	3.678	30,5
Total	12.040	100

Fonte: Censo Penitenciário do Ceará, 2013/2014.

Analisados em sexo foram observados que 95,2% dos presos são do gênero masculino, percebendo um predomínio de homens que infringem a lei. A idade média para homens foi de 30,2, enquanto para as mulheres foi de 31,1. A nacionalidade foi quase unânime, brasileira, obtendo apenas 0,1% de pessoas provenientes do Continente Europeu. Com relação à religião, a maioria declarou se católica (43,9%), enquanto um percentual de 25,6% declarou se evangélica. Podemos destacar o valor expressivo de 28% que declarou não possuir nenhuma religião.

Com relação à sexualidade, 95,8% dos homens declararam ser heterossexuais, enquanto o percentual de mulheres foi de 75%. Com relação à autodeclaração da pele, prevaleceu o pardo e o indígena, seguido do amarelo ou asiático, do branco e, por fim, do negro. Essa autodeclaração não mostrou vínculos entre os tipos de crime mais cometidos. Já sobre o estado civil percebemos que a situação de conjugalidade (36,2% em união estável e 12,2% casados) supera o percentual de solteiros com 47,1%. Na situação prisional dos detentos, percebeu-se que 2,5%

não sabem sobre sua situação, sendo 49,7% provisórios e 42,5 apenados.

Ao serem analisados os gráficos percebe-se que os entrevistados do gênero masculino, em sua maioria, estão envolvidos com crimes contra o patrimônio (5.527), já nos crimes contra a pessoa totalizam 2.907 detentos e os relacionados a entorpecentes são 2.267. Já com relação ao sexo feminino percebe-se que crime de entorpecentes tem maior número de detentas (334) enquanto os crimes contra o patrimônio são de 163 e contra a pessoa de 59. Abrindo um parêntese sobre os crimes cometidos no sexo masculino, percebemos, claramente, a falta do Estado com a população cearense. Ora, crimes contra o patrimônio vêm da falta de políticas sociais e assim, percebemos que nosso país pode ter futuro, educação continua como enfoque para essa mudança.

Com relação à renda familiar mensal declarada pelos respondentes, percebeu-se que a concentração de crimes estava relacionada às faixas com renda menor que um salário até dois salários-mínimos. Observemos os artigos da Lei de Execução Penal:

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais.

[...]

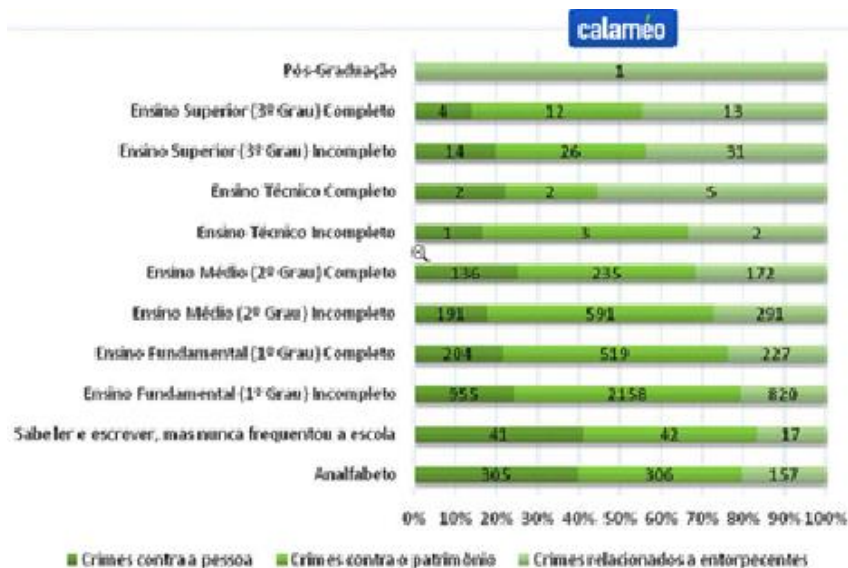
Art. 41 - Constituem direitos do preso:

VII - assistência material, à saúde, **jurídica**, educacional, social e religiosa; (grifo nosso).

Mesmo diante de essa Lei ser promulgada desde 1984, notou-se que 22,3% das pessoas recolhidas declararam não possuir assistência jurídica. Já as transferências nos presídios cearenses não são comuns como demonstraram as pesquisas. Por outro lado, a reincidência é comum já que 55,1% declararam possuir uma ou mais reentradas no sistema prisional, principalmente no sexo masculino. 56% dos homens declararam a reincidência e apenas 37% das mulheres estão no mesmo perfil.

Voltando ao assunto do nível de escolaridade, os dados obtidos são entristecedores, pois 88,2% da população carcerária não estudam nas unidades prisionais. Enquanto 10,4% da população carcerária masculina aderiram à formação escolar no sistema prisional, 40% das mulheres, quatro vezes maior, estão classificadas no mesmo grupo. Dos 12.040 participantes da pesquisa, a maioria declarou possuir apenas o Ensino Fundamental (1º grau) Incompleto (52,5%).

Figura 2: TIPO DE CRIME E ESCOLARIDADE



Fonte: Censo Penitenciário do Ceará, 2013/2014.

Ao serem questionados sobre os motivos para evasão do ensino médio os principais fatores foram não terem interesse por não gostar dos estudos seguido do fator necessidade da procura de emprego. Ainda no censo, constataram que os índices de escolaridade mais baixos são dos encarcerados que advêm de origens familiares com rendas mais baixas. A pesquisa deste Censo liderado por Mariana Lobo foi bastante intenso e pode ser encontrado no site da Secretaria da Justiça e Cidadania e revelam a situação prisional cearense, mas que está contida em todos os presídios brasileiros. Diante de tantas respostas que podemos observar e tantas estratégias que podem ser traçadas com esses dados, porque o Estado continua paralisado? Não há fundamento para qualquer resposta.

3.2 A contextualização do trabalho no cárcere

Se muito falamos do nível de escolaridade, das mudanças que pode trazer a educação, façamos um breve comentário sobre o trabalho no ambiente carcerário. De acordo com a Lei de Execução Penal, cada três dias de trabalho pode remir um dia de pena. Diante desse benefício, quais os motivos que levam aos detentos não se interessarem com o trabalho dentro das cadeias? Falemos um pouco do Censo Penitenciário do Ceará de Mariana Lobo, os índices revelaram que 85,7% dos entrevistados nunca realizaram nenhuma atividade laboral dentro do presídio.

O trabalho engrandece o ser humano, o torna útil para a sociedade e para si mesmo, tornando o autor de seu próprio destino. O trabalho dentro das penitenciárias pode alterar o comportamento dos presos brasileiros. O ócio traz diversos prejuízos já que possuem tempo suficiente para planejarem fugas, crimes e outras barbaridades dentro ou fora das cadeias. O que deve ser observado é o interesse dos presos nas atividades, ofertando palestras, oficinas, encontros e mostrando as áreas que eles podem se identificar e seguir após o período de cumprimento da pena.

O trabalho é um tipo de controle social dentro das cadeias. A remição da pena pelo trabalho é bastante vantajosa para os presidiários, além da diminuição, torna o tempo mais rápido para aqueles que esperam por sua liberdade e por uma mudança de vida. Como dito em outro capítulo anterior, com a ocupação do dia, o presidiário que trabalha e estuda não conseguirá ao final do dia planejar infrações dentro das cadeias ou fora delas. A escola do crime, como são consideradas as penitenciárias brasileiras, deixaram de existir para dar lugar aos verdadeiros centros de ressocialização, capazes de transformar pessoas que entregues ao “mundo” do crime em pessoas como novos interesses.

Se construído esse alicerce dentro das cadeias, os presos saíram de suas celas e enfrentarão o mundo com uma expectativa de crescimento e capazes de conseguir empregos em sua área de preferência já que estaria sendo aperfeiçoado dentro desse lugar que atualmente mais parece um depósito humano.

3.3 Os substitutos penais e as possíveis mudanças

Por onde anda o Estado? Perguntam a maioria da população encarcerada ou não. A população reclama da violência, querem mais presídios. Os encarcerados, por outro lado, reclamam das torturas, dos maus-tratos, das grandes organizações criminosas que controlam a massa carcerária, o descumprimento da Lei de Execução Penal. A CPI ora já citada, investigou a sistema dessas penitenciárias, apurou as denúncias dos presidiários, apontou soluções e alternativa em 2008 e nenhuma mudança foi observada em mais de sete anos.

Dentro desse estudo, do dossiê da CPI, do Censo Penitenciário do Ceará e das demais pesquisas observamos que as cadeias são lugares onde apenas pessoas de baixa renda e com pouca ou nenhuma influência convivem. Os influentes com crimes do mais alto escalão raramente o processo termina ou são condenados. Então, cadeia é lugar para “pobre”? Em muitos dos casos, sim.

As penitenciárias não devem ser abolidas, não estamos defendendo esta ideia. Mas devem ser igualitárias e fonte ressocializadora. Devem cumprir o que o Estado deixou faltar à população nas políticas sociais, mas também devem ser a última forma de punir. Michel Foucault (2009b, p. 258) tece o seguinte comentário sobre o fracasso das prisões:

Deveríamos então supor que a prisão, e de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar as transgressões das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. Em resumo, a penalidade não ‘reprimiria’ pura e simplesmente as ilegalidades; ela as ‘diferenciaria’, faria sua ‘economia’ geral. E se podemos falar de uma justiça, não é só porque a ou a maneira de aplicá-la serem aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial das ilegalidades por intermédio da penalidade faz parte desses mecanismos de dominação. Os castigos legais devem ser recolocados numa estratégia global das ilegalidades. O ‘fracasso’ da prisão pode sem dúvida ser compreendido a partir daí.

De acordo com relatório do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional – e extraído do dossiê da CPI de 2008, o gasto mensal com o sistema penitenciário totaliza R\$ 3.604.335.392,00 (três bilhões, seiscientos e quarenta milhões, trezentos e trinta e cinco mil, trezentos e noventa e dois reais). Diante desse valor exorbitante nos perguntamos, onde estão sendo aplicados esses valores que saem dos nossos cofres públicos?

Constam nas Regras da ONU²⁸:

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Internacional formada por países que se reuniram, voluntariamente, para preservar a paz e o desenvolvimento mundial. Nasceu oficialmente em 24 de outubro de 1945 e atualmente possui sede oficial em New York, USA.

Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos, incluindo instrução religiosa. A educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração especial atenção. No mesmo sentido, tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do País, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, a sua formação. Devem ser proporcionadas atividades de recreio e culturais em todos os estabelecimentos penitenciários em benefício da saúde mental e física dos reclusos. (ONLINE)

A total falta de assistência social aos presos dificulta o processo ressocializadora, além de aumentar a crise carcerária atualmente vivenciada. Os que saem desse sistema não possuem rumo, trabalho ou esperança. O que resta é a busca da sobrevivência, sendo deixados à mercê do destino. Sem documentos, sem residência, sem expectativas, sem ao que socorrer, sem acompanhamento do Estado e sem oportunidades, à quem clamar? As políticas devem ser voltadas também ao retorno do preso à sociedade para que não haja tantas reincidências como estamos a assistir.

Ao analisarmos o art. 26 da Lei de Execução Penal podemos extrair o significado de egresso como aquele liberado definitivo por um prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento ou o liberado condicional, durante o período de prova. No art. 25 da mesma lei observamos a obrigatoriedade de assistência ao egresso na orientação e apoio para reintegração à vida em liberdade e na concessão de alojamento e alimentação pelo prazo de dois meses. Ora, a lei é clara. Os egressos que necessitarem serão amparados pelo Estado para prevenir outros crimes e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Nossas leis são completas e possíveis de entendimento por maioria da população. Podemos encontrar os direitos e deveres do encarcerado, mas o problema está ao colocarmos em prática todos esses artigos de lei. Temos verbas o suficiente para prevenir e remediar, temos leis que amparam e punem nossos transgressores. O que nos falta?

A resposta está nos transgressores ocultos, aqueles que não estão nas cadeias e nem sequer respondem processos. São aqueles que nos tiram nossas verbas e mudam o destino de nossos jovens. Um país com políticas públicas que funcionam, com crianças nas escolas, com trabalho e oportunidades não seria uma sociedade utópica nem comunista, mas seria uma sociedade menos violenta, habitado por pessoas que poderiam escolher um destino ou uma prisão.

As mudanças não poderiam ser instantâneas, mas ao buscar cumprir as políticas sociais, a função ressocializadora das penitenciárias poderia mudar o destino de muitas pessoas, até das vítimas de nosso país.

Assim é o retrato de nossas cadeias brasileiras, mas tudo descrito neste estudo não encontra-se apenas em nossas terras, muitos países vivem o caos da superlotação carcerária. Diante de todo o estudo exposto até o presente momento afirmamos a ideia da educação. Educar é prevenir, educar é ressocializar. Educação vem da família, vem da rua, vem da sociedade, vem da escola, vem dos amigos, vem do meio social. Não sejamos ignorantes em falar de uma educação formal como primordial, falemos da educação do ser humano em geral, em mostrar um futuro, em cumprir as políticas públicas para que essas pessoas não necessitem buscar o que o Estado faliu. Quantas mães, quantos pais, quantas famílias ainda vão ser sacrificadas por um Governo que rouba sua própria população e ainda joga esses criminosos em uma escola de marginalização?

Não basta querer novas penitenciárias, novas tipificações de crimes, queremos mais segurança, queremos esperança, queremos paz. O que a população clama não é apenas justiça é mudança, mudança para um futuro que estar por vir.

CONCLUSÃO

O aumento da criminalidade deixa em alerta toda a população brasileira que se sente prisioneira em seu próprio Estado. Notícias são veiculadas todos os dias na imprensa, na televisão e nas redes sociais. Não estamos seguros ao chegar em casa, não estamos seguros ao sair nas ruas. Temos a quem socorrer com um Estado tão omissivo? Onde estão sendo empregados nossos impostos? As políticas públicas não estão sendo cumpridas, segurança não é a palavra do momento.

Por diversos momentos deixamos de sair de nossas casas com temor aos assaltos e à violência. O que antes só seria possível em horários noturnos, hoje é comum em horários matinais. E perguntamos quem está realmente encarcerado? Neste presente estudo relacionou-se as ideias de políticas públicas cumpridas e em especial a educação como forma de diminuir e prevenir a crescente criminalidade. Levou-se como base estudos apontados sobre o baixo índice de escolaridade entre os encarcerados e sua falta de expectativas para o futuro com a possível saída das penitenciárias.

Mudanças nas penitenciárias são objetivos para estagnar essa crise da superlotação carcerária. Nossas leis não necessitam ser endurecidas, não necessitam de mudanças drásticas, elas devem ser cumpridas. A Lei da Execução Penal é completa, mesmo após 31 anos não é cumprida de forma integral em nosso

sistema. Defende-se a minimização do Direito Penal como forma de não colaborarmos para a crescente “escola do crime” que tem se tornado as cadeias brasileiras.

A educação traz mudanças, expectativas ao ser humano. Buscar um futuro melhor, saber conviver em sociedade torna nossos brasileiros menos propensos ao crime. Seja a educação formal, aquela que se aprende na escola; seja a educação familiar, aquela que os pais podem ensinar; seja uma educação pela sociedade. Busca-se a mudança do país. Queremos melhorar nosso ranking em Progresso Social. Queremos educação para os jovens brasileiros e para os brasileiros jovens.

Quem não tem uma história para contar de roubo, furto, violência, seja em casa, com o vizinho ou um parente próximo? Quem não escondeu seus pertences dentro próprio carro? Quem não temeu ruas sem movimentação? A população brasileira tem muitos relatos à contar, mas muitos estão errados ao pedirem cadeia a todos esses infratores. Colocar um ladrão com um estuprador, com um homicida ou com um traficante não irá melhorar nosso cenário.

Os objetivos do cárcere, como apresentados por Lima e Paula não estão sendo cumpridos, então qual a justificativa dessa superlotação? Punir não é sinônimo de violência, não é sinônimo de maus tratos. Punir é ressocializar, é fazer o infrator refletir sobre sua conduta tornando capaz de discernir sobre sua atitude reprovável. É neste momento que a educação deve ser bastante difundida. Ela transforma, nos faz refletir.

Existem penitenciárias modelo em nosso país, mas que consomem três vezes mais recursos públicos. Se em uma cadeia “normal” são gastos, por presidiário, valores superiores ao salário mínimo ganho pelo cidadão comum, essas penitenciárias modelo são o que chamamos de absurdo. Imagine esse valor implantado

na educação, nas políticas públicas, seríamos um país menos violento e com um índice de educação bastante elevado.

Não podemos deixar as facções criminosas moldarem esses presos, não devemos deixá-los à mercê dos maíores fortes, podemos mudar o Brasil. O Estado precisa mudar o sistema carcerário. Não apenas as leis, mas a sua aplicação. A ideia da educação não é recente, mas também não é aplicada corretamente. Poderíamos prevenir com educação de qualidade e ao mesmo tempo reprimir com políticas educacionais dentro das cadeias.

Analisando o Censo Penitenciário do Ceará, realizado por Mariana Lobo, obtivemos várias certezas de que o grupo populacional com menor índice de educação são mais propensos ao crime. Não se defende a abolição das penitenciárias, mas a sua mudança. Defende-se a utilização do cárcere àqueles infratores com maior potencial de lesividade. Se essas pessoas que estão em cadeias tivessem dias lotados de trabalho e noites de estudo não estariam com tempo livre o suficiente para planejar fugas, brigas e violência dentro do presídio. Estariam cansados, como os cidadãos comuns, para começar um novo dia no dia seguinte.

E se desde crianças todos tivessem oportunidades de educação e todos os outros direitos fundamentais à vida não estaríamos com esse caos de violência que estamos vivenciando. Muitos leigos dizem que matar esses criminosos seria a solução, mas porque algo tão drástico se nosso governo deveria cuidar dessa parte da população que não segue as leis? Queremos mudanças para o nosso povo, não exterminá-lo.

Neste diapasão, percebe-se a falta de capacidade de ressocialização na penitenciária, portanto enfatiza-se que a educação é um meio para diminuir a violência, seja ela no modo repressivo, seja no modo defensivo. Segurança também deve fazer parte das políticas públicas e para isso a violência deve ser minimizada. Devemos pensar no futuro desses infratores porque

“os apenados hoje estão contidos, amanhã poderão estar ‘contigo’” – escrita em um presídio do Nordeste segundo o deputado Domingos Dutra, relator da comissão na CPI do Sistema Carcerário.

REFERÊNCIAS

BARROS LEAL, César. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: viagem pelos caminhos da dor**. 1. ed. 2009 1. reimpressão Curitiba: Juruá, 2010.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. São Paulo: Saraiva, 2010.
<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152465/pages/47763762>> Acesso em: 29 nov. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208742/pages/96557588>> Acesso em: 29 nov. 2014.

BRASIL. Código de Processo Penal. In: **Vade Mecum OAB e concursos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Constituição (1988). In: **Vade Mecum OAB e concursos**. 5. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Lei de Execução Penal In: **Vade Mecum OAB e concursos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRISSON, Luc; PRADEAU, Jean-François. **As Leis de Platão**. 1. ed. Brasil: Loyola, 2012.

CEARÁ. Efetivo dos presos. Secretaria da Justiça e Cidadania. 2010. Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/gestao-penitenciaria/39/70>> Acesso em: 14 abr 2015.

COORDENADORIA DE INCLUSÃO SOCIAL DO PRESO E EGRESSO. Secretaria da Justiça e Cidadania. 2013; Disponível em: <<http://www.sejus.ce.gov.br/index.php/ressocializacao/59/1312>> Acesso em 02 maio 2015.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução Raquel Ramallete. 35. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. 288 p.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da violência nas prisões**. Tradução Raquel Ramallete. 37. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis: Vozes, 2009b.

G1 MUNDO. São Paulo, 05 abr. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/04/brasil-e-o-11-pais-mais-inseguro-do-mundo-no-indice-de-progesso-social.html>> Acesso em 02 maio 2015.

GADOTTI, Moacir. A educação como direito. In: YAMAMOTO, Aline et al (Orgs.) **Educação em Prisões**. São Paulo: AlfaSol: Cereja, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. São Paulo: Barueri, 2004.

LIMA, Celina Amália Ramalho Galvão; SANTOS, Walberto Silva dos; AQUINO, Cássio Adriano Braz de. (Orgs.) 2014. Fortaleza: 2014.

LIMA, MARIZANGELA P. de. A educação no contexto do cárcere. In: YAMAMOTO, Aline et al (Orgs.) **Educação em Prisões**. São Paulo: AlfaSol: Cereja, 2010.

- LIMA, Renato Sérgio de; PAULA, Liana de.(Orgs.) **Segurança Pública e violência: o Estado está cumprindo seu papel?** São Paulo: Contexto, 2006.
<http://unifor.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/8572443452/pages/_1>
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. Tradução e seleção de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2013.
- OLIVEIRA, P.M.; MORAIS, E. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2001.
- QUATRO PRESÍDIOS FEDERAIS no Brasil. In: PORTAL BRASIL. 2012. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2012/04/conheca-as-estruturas-dos-quatro-presidios-federais>> Acesso em: 14 abr 2015.
- RASCOVSKI, Luiz. **Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado**. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502190276/pages/86087379>> Acesso em: 29 nov. 2014.
- REFORMA DO CÓDIGO PENAL. Audiência Pública. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=90mFIO5yiR8>> Acesso em: 02 maio 2015.
- ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n 790, ago. 2001.
- SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Orgs). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522467082/pages/56659872>>. Acesso em: 29 nov. 2014.
- SANCTIS, Fausto Martin de. **Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141780/pages/47817762>> Acesso em: 29 nov. 2014.

SCARFÓ, Francisco. O papel (ou responsabilidade) da sociedade civil na garantia dos direitos educativos das pessoas encarceradas. In: YAMAMOTO, Aline et al (Orgs.) **Educação em Prisões**. São Paulo: AlfaSol: Cereja, 2010.

SILVA, Delzair Amâncio de. Responsabilidade sobre a educação nas prisões: Estado e sociedade civil. In: YAMAMOTO, Aline et al (Orgs.) **Educação em Prisões**. São Paulo: AlfaSol: Cereja, 2010.

SILVA, Roberto da. Há perspectiva de humanização das prisões? In: YAMAMOTO, Aline et al (Orgs.) **Educação em Prisões**. São Paulo: AlfaSol: Cereja, 2010.

SILVA, Vagner Paulo da. A educação liberta da subserviência. In: YAMAMOTO, Aline et al (Orgs.) **Educação em Prisões**. São Paulo: AlfaSol: Cereja, 2010.

THE IMPERATIVE. Social Progress Imperative. 2014. Disponível em: <<http://www.socialprogressimperative.org/about/the-imperative>> Acesso em: 14 abr 2015.

O AVANÇO NA FACILITAÇÃO DA EXECUÇÃO DE TÍTULO (JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL) QUE FIXA DEVER DE PAGAR ALIMENTOS NO ÂMBITO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE PROGRESS IN FACILITATION OF THE EXECUTION OF DEBT (JUDICIAL OR EXTRAJUDICIAL) THAT ESTABLISHES THE DUTY TO PAY AMOUNT IN THE SCOPE OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos²⁹

RESUMO

Após a obtenção de título executivo idôneo, o alimentando tem a opção de executar o referido título de maneira fácil, célere e satisfativa em razão das novidades procedimentais que surgiram no bojo do Código de Processo Civil de 2015. Se o credor quiser, pode ele optar pelo procedimento comum. No entanto, existe um procedimento especial de execução de título alimentício no CPC de 2015, bem como, dentro deste procedimento especial, existem técnicas executivas específicas criadas para dar mais facilidade na execução, podendo o credor escolher a que melhor lhe convier e lhe for mais adequada. Não bastasse as opções facilitadas previstas expressamente no âmbito processual, a jurisprudência dos tribunais superiores vêm no sentido de facilitar, mais ainda, a satisfação do credor de alimentos, tudo em vista de dar celeridade,

²⁹Bacharel em direito na UFMA, e-mail: jacqueson4@yahoo.com.br

o que é perfeitamente compreensível, pois, “quem tem fome tem pressa”. A presente obra tem enfoque eminentemente processual em sede de execução.

Palavras-chave: Execução. Satisfação. Celeridade. Adequação.

INTRODUÇÃO

A constituição Federal 1988 estabelece direitos e garantias fundamentais do ser humano. Afirma a carta magna de 1988 que a república federativa do Brasil tem, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). O direito a uma alimentação adequada é corolário da dignidade da pessoa humana, alimentação que não compreende, em regra, somente o direito à alimentação para fins de nutrição corporal, mas também para a dignidade como um todo com as necessidades básicas de educação, vestimenta, transporte, saúde, dentre outros.

No entanto, de nada vale o direito material posto se não tivermos um normativo processual eficiente para dar-lhe eficácia satisfativa. Nesse sentido, nasce a importância fundamental de normas que garantam com presteza, celeridade e eficácia a real satisfação do direito aos alimentos posto na norma material. Dentre as garantias fundamentais de índole processual que aqui cabe mencionar, podemos apontar o princípio acesso à justiça e da celeridade. Ademais, também sem menos importância, devemos destacar a atuação dos tribunais superiores, acompanhados pelos tribunais pátrios das unidades federativas, que fixam importantes decisões com vistas a facilitar a execução de títulos alimentícios, conforme se explana doravante.

2. A AÇÃO DE ALIMENTOS COMO MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

A Lei nº 5.478/68 regulamenta a ação de alimentos e seu procedimento especial de cobrança, com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, uma vez que de nada adianta ser estipulado um direito material sem que haja uma norma processual eficaz que garanta sua satisfação.

Assim, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, dispositivo que é uniforme com o que preconiza o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 3º. Verifica-se que a legislação infraconstitucional procurou garantir, por meio de normas processuais de índole fundamental, o exercício do direito de ação por meio da garantia do acesso à justiça.

O direito a um processo justo é balizado pela Constituição Federal de 1988 que em seu art. 5º, LIV preconiza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, dispositivo este que garante o devido processo legal, bem como garante aos litigantes o direito ao contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), norma não à toa repetida no art. 9º do CPC/2015.

3. NATUREZA DIFERENCIADA DO CRÉDITO ALIMENTÍCIO

Direito de natureza extrapatrimonial que é, os alimentos têm tratamento diferenciado no âmbito jurídico pátrio.

Algumas características básicas dos direitos extrapatrimoniais lhes são aplicáveis.

A primeira delas que podemos citar é a irrepetibilidade. Assim, o credor de alimentos tem a garantia da irrepetibilidade dos valores recebidos a título de alimento. Irrepetibilidade, nada mais é do que a sua tradução literal: não se pode repetir os alimentos. Assim, ainda que, eventualmente, venham a ser julgados improcedentes os pedidos de alimentos, os valores já pagos não poderão ser reembolsados pelo alimentado, pois se presume, de maneira absoluta, que o credor que a seu favor é estipulado alimento não tem condições de se manter, quanto mais, de devolver valores pagos que servira para o alimentar. Logo, trata-se de uma segurança dada ao credor de alimentos que, uma vez pagos, não se pode exigi-los de volta. É o teor de súmula do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

Súmula 621/ST: “Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade.”

Também se pode falar da indisponibilidade, uma vez que o credor não pode renunciar aos alimentos. Da mesma forma, o crédito alimentício é insuscetível de compensação e penhora, conforme prevê o art. 1.707 do Código Civil. Senão vejamos o prescrito: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.”

Vale ressaltar que a jurisprudência pátria é no sentido de, excepcionalmente, caber renúncia aos alimentos em casos de divórcio e/ou dissolução de união estável quando o ex-cônjuge é maior e capaz. É o que preconiza o Superior Tribunal de Justiça no bojo do RESP 701.902/SP. Senão vejamos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ACORDO HOMOLOGADO. CLÁUSULA DE RENÚNCIA A ALIMENTOS. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE ALIMENTOS POR EX-CÔNJUGE. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA.

- A cláusula de **renúncia** a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é **válida e eficaz**, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo.

- Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. 3ª TURMA. 15.09.2005) (grifo nosso).

Outra característica que vale a pena mencionar é a imprescritibilidade do direito aos alimentos. No entanto, a pretensão de executar alimentos já fixados em título executivo judicial ou extrajudicial prescreve em dois anos. É o que dispõe o art. 206, § 2º, do Código Civil, a saber, “em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.”

Existem outras características aplicáveis aos alimentos, mas que não serão citados aqui, pois refogem ao objetivo desta obra.

4. NÃO SE APLICA AOS ALIMENTOS O PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO PELO MEIO MENOS GRAVOSO

Amplamente difundido nos procedimentos das execuções, o princípio da execução pelo meio menos gravoso está previsto no art. 805 do Código de Processo Civil da seguinte forma: “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.”

Tal princípio, como dele se vê, apregoa que, quando da execução, deve-se eleger o meio menos gravoso e ofensivo ao executado. Trata-se de norma processual de índole garantidora dos direitos fundamentais do executado, resguardando-lhe a dignidade e o mínimo existencial para si, sua família e negócios, caso os tenha.

Porém, no que se diz respeito à execução de alimentos, tal princípio não se aplica. Aqui se aplica, em verdade, o princípio da máxima efetividade do crédito alimentício que autoriza, inclusive, a prisão civil do devedor de alimentos. É o que preconiza a Constituição Federal de 1988, senão vejamos Art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A prisão civil é consequência drástica prevista em nosso ordenamento jurídico como medida excepcionalíssima. Nenhuma outra espécie de prisão civil é autorizada (lembrando que o STF vedou a prisão civil do depositário infiel). A prisão por dívida de alimentos também é autorizada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, tamanha é a importância que se dá ao adimplemento do crédito alimentício. É o que dispõe o item

7.7 do referido tratado internacional, nos seguintes termos: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados da autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

6. APLICAÇÃO DE DOIS PROCEDIMENTOS NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS: O COMUM E O ESPECIAL

Ao credor de alimentos o ordenamento jurídico brasileiro põe à disposição dois procedimentos para a execução: o comum previsto no CPC a partir do art. 520, bem como os procedimentos especiais para o cumprimento de decisões judiciais que fixam alimentos (art. 528 do CPC em diante) e para a execução de título extrajudicial cujo objeto é o crédito alimentício (art. 911 a 913 do CPC). Tudo isso tem uma finalidade: a facilitação da execução, bem como oferecimento de meios e procedimentos que melhor se adequem ao exequente.

Interessante frisar que acordos efetuados no âmbito do Ministério Público, Defensoria Pública ou mesmo entre advogados e escriturados em cartório, podem figurar como títulos executivos extrajudiciais aptos a serem executados perante o judiciário, sendo desnecessário homologação judicial para a validade e exigibilidade dos referidos títulos extrajudiciais.

No entanto, uma observação se faz importante. Trata-se da impossibilidade de se cumular os procedimentos comuns e especial simultaneamente para fins de execução de alimentos, uma vez que traria prejuízo para a defesa do devedor, bem como traria tumulto ao processo de execução. Caso opte pelo procedimento comum, o exequente não poderá requerer a prisão

civil do devedor. É o que dispõe o art. 528, § 8º, do CPC. Senão vejamos:

“§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaiando a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.”

7. OPÇÕES PROCEDIMENTAIS DENTRO DO PROCEDIMENTO ESPECIAL

Concentraremos, a partir de agora, nas técnicas executivas estipuladas no procedimento especial do Código de Processo Civil e traçaremos, especificamente, as viabilidades procedimentais que podem ser adotadas pelo credor.

Com vistas a dar maior celeridade na execução (provisória ou definitiva) de alimentos, o CPC/2015 estipula prazo exíguo para o devedor pagar, dizer que já pagou ou justificar a impossibilidade de pagar. Veja:

“Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo.”

Para ver seu crédito adimplido, o exequente deve requerer ao juiz, como dito da redação acima colacionada. Ao

requerer o cumprimento do título, cabe ao exequente “escolher” a técnica que mais se adequa à sua necessidade e ou às possibilidades do executado. Falaremos, a partir de agora, de cada uma delas:

7.1 Possibilidade de descontos nos rendimentos

A primeira dessas técnicas executivas à disposição do credor é a do desconto nos rendimentos para as dívidas vencidas e vincendas. A observação necessária ao julgador é que esse desconto não pode ultrapassar 50% dos rendimentos do executado, pois se trataria de gravame muito severo a ser cumprido, o que desestimularia o devedor e, talvez, causasse efeito reverso: o estimularia, até mesmo, a abandonar sua fonte de renda periódica. Prevendo isso, se estipulou como limite o patamar de 50% dos rendimentos. Vale ressaltar que o acima exposto era o que se tinha fixado em jurisprudência do excelso e egrégio Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. RECURSO ESPECIAL. DÉBITO VENCIDO NO CURSO DA AÇÃO DE ALIMENTOS. VERBA QUE MANTÉM O CARÁTER ALIMENTAR. DESCONTO EM FOLHA. POSSIBILIDADE. 1. Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante. Desse modo, a obrigação alimentar tem a finalidade de preservar a vida humana, provendo-a dos meios materiais necessários à sua digna manutenção, ressaíndo nítido o evidente interesse público no seu regular adimplemento. 2. Por um lado, a Súmula 309/STJ, ao orientar que "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução

e as que se vencerem no curso do processo", deixa límpido que os alimentos vencidos no curso da ação de alimentos ostentam também a natureza de crédito alimentar. 3. Por outro lado, os artigos 16 da Lei 5.478/1968 e 734 do Código de Processo Civil prevêm, preferencialmente, o desconto em folha para satisfação do crédito alimentar. Destarte, não havendo ressalva quanto ao tempo em que perdura o débito para a efetivação da medida, não é razoável restringir-se o alcance dos comandos normativos para conferir proteção ao devedor de alimentos. Precedente do STJ. **4. É possível, portanto, o desconto em folha de pagamento do devedor de alimentos, inclusive quanto a débito pretérito, contanto que o seja em montante razoável e que não impeça sua própria subsistência.** 5. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. REsp 997515 / RJ, 4ª Turma, julgado em 18/10/2011)

O julgado acima serviu de divisor de águas de tamanha importância que virou texto expresso de lei no CPC de 2015. Senão vejamos:

“Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§ 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§ 2º O ofício conterá o nome e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito.

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.”

Como se vê, o desconto não está restrito a folha de pagamento. Pode ser aplicado a “rendimentos” que o executado obtenha periodicamente. Assim, por exemplo, pode haver desconto com base em aplicações de qualquer espécie (ex. bolsa de valores). Tudo isso com vistas a facilitar a obtenção do crédito por parte do exequente, bem como, por outro lado, facilitar, também, o pagamento por parte do devedor que pode, perfeitamente, procurar o juízo competente para indicar qual a melhor forma de saldar seu débito.

7.2 Possibilidade de penhora, inclusive de bem de família

Outra possibilidade, de acordo com o CPC de 2015, de execução dos créditos alimentícios é a penhora de valores existentes em poder do executado, inclusive de bem de família. É o que dispõe o art. 3º, III, da Lei 8.009/90, senão vejamos:

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

...

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;”

Vale ressaltar que se a penhora recair sobre bem imóvel de atual ex-cônjuge em comunhão parcial de bens em união estável, por exemplo, pode o cônjuge atingido pela medida embargar como terceiro. É o que preconiza a Súmula 134 do Superior tribunal de Justiça: “embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.”

7.3 Possibilidade de prisão civil do devedor

A medida mais drástica no cumprimento de decisões judiciais (provisórias ou definitivas) ou de títulos extrajudiciais cujo objeto sejam alimentos, sem dúvida, à prisão civil do devedor.

Como dito mais acima, está autorizada em sede constitucional (art. 5º, LXVII), bem como na legislação infraconstitucional, sendo o que consta do art. 528, §º 3º, conforme abaixo:

“§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.”

Conforme já falado anteriormente, a prisão civil do devedor é hipótese excepcionalíssima de cobrança. A prisão é decretada simplesmente como forma de coagir o devedor a adimplir o débito. Logo, essa prisão tem natureza coativa. Isso

significa que se o devedor pagar a dívida no curso do prazo da prisão (prevista para ser decretada no prazo de um a três meses), deverá ele ser posto em liberdade imediatamente.

Vale ressaltar que não se exige que o credor faça “escalada” de procedimentos, ou seja: requeira primeiro o desconto em rendimentos, depois a penhora e, somente por último, requeira a prisão do devedor. Não! A prisão pode ser a primeira técnica executiva a ser escolhida pelo credor. Como dito anteriormente, o credor é quem escolhe a técnica.

Do disposto acima surge uma dúvida: e se o devedor for preso e não pagar? Fica ele liberado da dívida? A resposta é não. Deve ele ser solto e outras técnicas serem aplicadas. No entanto, admite-se que, caso a dívida permaneça, o devedor possa vir a ser preso novamente, mas, desta vez, por período distinto de dívidas. Assim, por exemplo, se ele foi preso por dívidas referentes aos meses de janeiro a março e ficou preso nos meses de abril a junho, pode vir a ser preso em agosto pelas dívidas de abril a julho (pois não pagou). É o que já decidiu o STJ no âmbito do HC 39.902/MG. Veja:

HABEAS CORPUS. DIVERSAS EXECUÇÕES DE ALIMENTOS. DECRETADA PRISÃO DO DEVEDOR. CUMULAÇÃO DE PRAZO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. RENOVAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. CABIMENTO. Em execução de alimentos proposta pelo procedimento descrito no art. 733 do CPC, o decreto prisional expedido contra o devedor abrange todas as prestações alimentícias que se vencerem, no curso do processo, até o cumprimento do prazo de prisão estabelecido no decreto. Propostas sucessivas execuções de alimentos, todas pelo procedimento do art. 733 do CPC, mostra-se inviável o cumprimento cumulativo dos decretos prisionais, expedidos em cada um dos processos, pois, nesta hipótese, estaria configurado bis in idem, considerando que as prestações que se vencerem no curso da primeira execução e, portanto, abrangidas

pelo primeiro decreto prisional serão, justamente, o objeto das execuções posteriores. O cumprimento cumulativo dos decretos prisionais expedidos em processo distintos frustra a finalidade da prisão que deve ser decretada, excepcionalmente, apenas como meio de coagir o devedor a adimplir o débito alimentar e não como mecanismo de punição pelo não pagamento. **No entanto, nosso ordenamento jurídico não veda a possibilidade de o juiz, renovar, no mesmo processo de execução de alimentos, o decreto prisional, após analisar a conveniência e oportunidade e, principalmente, após levar em conta a finalidade coercitiva da prisão civil do alimentante.** (STJ, 3ª TURMA HC 39902 / MG, julgado em 18.03.2006). (grifo nosso).

Vale ressaltar que a prisão civil somente pode ser decretada em relação à dívida atual, compreendida esta aquela entre os três meses anteriores à propositura da demanda e as que vencerem no curso do processo até o momento da decretação da prisão. É o que prevê o § 7º do art. 528 do CPC, senão vejamos:

“§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

Tal norma também é teor de súmula do Superior Tribunal de Justiça, conforme se vê abaixo:

“SÚMULA 309/STJ: O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

Outro ponto que merece destaque é o fato de que pode ser título hábil a servir de base para a decretação da prisão civil do devedor títulos extrajudiciais como ainda que não homologados judicialmente. É o que já decidiu o Superior Tribunal no bojo do REsp. 1.117.639/MG. Da mesma forma, há a possibilidade de servir como título hábil a se decretar a prisão civil do devedor medida protetiva decretada no âmbito da Lei Maria da Penha. É o que decidiu o STJ no bojo do RHC 100.46/MG.

O devedor, se não pagar, deve justificar a absoluta impossibilidade de não o fazer. É o que preconiza o art. 528, § 4º do CPC, senão vejamos o que diz o § 2º: “Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.”

Importante ressaltar que o STJ tem entendimento que o fato de o devedor estar desempregado não justifica a impossibilidade de pagamento de forma absoluta. É o que consta do RHC 29.777/MG.

8. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE TÉCNICAS EXECUTIVAS ALIMENTÍCIAS

Como visto acima, o credor tem a possibilidade de “escolher” a melhor técnica executiva para obter seu crédito. No entanto, surge uma pergunta: é possível cumular técnicas executivas na busca da satisfação do crédito alimentício?

Por muito tempo a jurisprudência e doutrina seguiu vacilante a respeito do tema. No entanto, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, após muito debater acerca da possibilidade ou não, firmou precedente no sentido de ser possível

a cumulação das técnicas executivas nos mesmos autos, desde que seja uma faculdade a ser exercida pelo credor, não pode causar prejuízo à defesa, bem como não cause tumulto processual. Veja:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OPÇÃO PELO RITO DA PRISÃO CIVIL (CPC/2015, ART. 528, § 3º). SUSPENSÃO DE TODA PRISÃO DE DEVEDOR DE ALIMENTOS NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL, ORDENADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TANTO EM REGIME FECHADO, COMO EM REGIME DOMICILIAR, ENQUANTO DURAR A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. ADOÇÃO DE ATOS DE CONSTRIÇÃO NO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR, SEM CONVERSÃO DO RITO. POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO NA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDO EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A questão controvertida nos autos consiste em saber se, enquanto durar a impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, em razão da pandemia do coronavírus, é possível a determinação de penhora de bens em seu desfavor, sem que haja a conversão do rito da prisão para o da constrição patrimonial.

...

3.1. Se o devedor está sendo beneficiado, de um lado, de forma excepcional, com a impossibilidade de prisão civil, de outro é preciso evitar que o credor seja prejudicado com a demora na satisfação dos alimentos que necessita para sobreviver, pois ao se adotar o entendimento defendido pelo ora recorrente estaria impossibilitado de promover quaisquer medidas de constrição pessoal (prisão) ou patrimonial, até o término da pandemia.

3.2. Ademais, tratando-se de direitos da criança e do adolescente, como no caso, não se pode olvidar que o nosso ordenamento jurídico adota a doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, nos termos

do art. 227 da Constituição Federal. Dessa forma, considerando que os alimentos são indispensáveis à subsistência do alimentando, possuindo caráter imediato, deve-se permitir, ao menos enquanto perdurar a suspensão de todas as ordens de prisão civil em decorrência da pandemia da Covid-19, a adoção de atos de constrição no patrimônio do devedor, sem que haja a conversão do rito.

4. Recurso especial desprovido.” (REsp. 1.930.593/MG 3ª Turma/STJ).

É bem verdade que os fatos acima estão ligados à impossibilidade de prisão civil (seja em cela de presídio ou domiciliar) e se referem ao período pandêmico. No entanto, o referido julgado representa quebra de paradigmas e pode, perfeitamente, ser aplicado a casos em que a efetiva satisfação do crédito não se efetive. Logo, mesmo após ser preso, pode o devedor sofrer constrição de bens por efeito de penhora, vedada a conversão de rito (do comum para o especial e vice-versa). Vele a pena lembrar que o art. 528, § 8º veda conversão do rito comum (caso este seja o rito primeiro escolhido pelo credor) em especial. Logo, se o credor optar em primeira mão pela penhora, não caberá mais a prisão do executado. No entanto, o contrário não é verdadeiro: caso se opte pela prisão civil, pode-se cumular com a penhora caso a prisão, mesmo de pois de cumprida, não resolva a satisfação do crédito. Neste caso, o STJ impõe condições: não pode trazer prejuízo à defesa, bem como não pode causar tumulto processual, como visto acima. O risco de causar prejuízo à defesa e tumulto processual advém dos fatos de os ritos procedimentais serem diversos. Exemplo: o prazo para o executado se defender no rito especial (prisão) é de 3 dias. Já na penhora (rito comum) é de 15 dias úteis. Assim, o juiz da causa deve ficar atento para não ocorrer prejuízo à defesa, nem tampouco comprometer a transparência, lisura e rapidez processo causando-lhe tumulto.

9. OUTRAS OPÇÕES PROCEDIMENTAIS PARA O CREDOR

Além dos ritos e técnicas acima elencadas, existem outras possibilidades de o credor exercer sua busca pela satisfação do crédito alimentício. Veremos algumas delas.

9.1 Possibilidade de protesto da decisão judicial

Esta é uma possibilidade que já está estampada no art. 528, § 1º, do CPC. Veja:

“§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput , não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará **protestar o pronunciamento judicial**, aplicando-se, no que couber, o disposto no [art. 517](#).”

Detalhe que vale ressaltar é que essa decisão judicial pode até mesmo ser uma decisão provisória.

Ademais, os tribunais pátrios vêm decidindo pelo protesto e inscrição do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, o que tem forte poder de coação ao pagamento da dívida alimentícia. É o que decidiu o TJSP no AgInstr. 990100886657

9.2 Medidas atípicas de apoio

O novo Código de Processo Civil trouxe importante dispositivo que dá efetividade às decisões judiciais com busca em, realmente, satisfazer o direito estampado nos títulos judiciais, buscando sempre a primazia do mérito. Trata-se do art. 139, IV, do CPC, que diz:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

...

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;”

Esse dispositivo estampa o que a doutrina vem chamando de “poder geral de efetivação”, dando ao juiz poderes para fazer valer suas decisões, determinando medidas atípicas de forma a coagir o devedor/réu a adimplir a obrigação verificada no decreto judicial. Logicamente que o juiz fica limitado pela proporcionalidade da medida, bem como à existência de possibilidade (ex. verificar a existência de bens, valores etc) de o devedor arcar com o que foi estipulado nesse sentido, há decisões determinando a suspensão de passaporte ou mesmo CNH do devedor com vistas a compeli-lo a pagar a dívida.

Sem dúvidas e uma ferramenta bastante versátil e eficaz na condução de processos alimentares. No entanto, se vislumbra eventual possibilidade de abusos na decretação dessas medidas atípicas. Por conta disso, foi protocolada ação no Supremo Tribunal Federal questionando a constitucionalidade

desse dispositivo. Trata-se da ADIn 5941/DF, de relatoria do Min. Luís Fux, pendente ainda de julgamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foram explanadas teses acerca das possibilidades colocadas à disposição do credor de alimento com ênfase a se estudar as facilidades evoluídas no ordenamento jurídico e na jurisprudência pátria com vistas à satisfação do crédito. Conclui-se que a evolução legislativa e jurisprudencial proporcionou avanço na rápida e efetiva satisfação do crédito alimentício, sobretudo, por conta da sua natureza e necessidade. É um campo vasto a ser explorado e, certamente, o entendimento dos tribunais, sobretudo, vai fazer com que a busca pela real efetividade das medidas alimentícias evolua para garantir a real satisfação creditória com rapidez.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-

lei/Del3689.htm. Acesso em: 5 dez. 2022. Brasília, DF: Senado, 1941.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 1969.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 997.515-RJ**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Pesquisa de jurisprudência, acórdão, 15 janeiro 2016. Disponível em <<http://redir.stj.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>>. Acesso em 15 janeiro 2023.

_____. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 1.930.593/MG**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Pesquisa de jurisprudência, acórdão, 09 de agosto 2022. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=resp+1930593&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em 16 janeiro 2023.

_____. Superior Tribunal Federal. **RHC nº 29.777-MG**, Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, Pesquisa de jurisprudência, acórdão, 15 janeiro 2016. Disponível em <<http://redir.stj.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>>. Acesso em 15 janeiro 2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1., 22. ed. Salvador: Juspodium, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** v.1., 35. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil.** v. 2., 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

O RESULTADO MORTE NOS CRIMES PATRIMONIAIS

THE RESULT OF DEATH IN PROPERTY CRIMES

Elenilton Pereira Batista³⁰

RESUMO

Os crimes dolosos contra a vida são processados e julgados pelo Júri, por outro lado os crimes patrimoniais são processados e julgados pelo Juízo Comum. O presente trabalho analisará se os crimes de Latrocínio (art.157, § 3º, II, do CP), Extorsão Qualificada pela Morte (art. 158, §§ 2º e 3º, ambos do CP) e de Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pela Morte (art. 159, § 3º, do CP) são processados e julgados pelo juízo comum ou pelo Júri, assim, será ponderado se o legislador deu mais importância à vida ou ao patrimônio, também será analisado se os referidos tipos têm natureza de hediondez ou não. Com a problemática, verificou-se a necessidade de se realizar este estudo para

³⁰ Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - SJPI. Graduado pela Universidade Paulista – UNIP/Campinas/2015. Fui Sargento do Exército Brasileiro (EsSA), Assistente em Ciência e Tecnologia do Ministério da Ciência Tecnologia e Inovação, Técnico Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão – TRE/MA. Aprovado nos concursos públicos para os cargos de Magistratura do Estado do Maranhão (1ª e 2ª fases), Ministério Público do Estado do Ceará (1ª e 2ª fases), Defensor Público do Estado do Piauí (1º Fase), Técnico do MPU, Analista Judiciário do TRE/MA, Analista Judiciário do TJ/PI e Analista Judiciário do TRF 1.

demonstrar a posição adotada hoje no Ordenamento Jurídico Pátrio.

Palavras-chave: Crimes Patrimoniais. Competência. Morte.

ABSTRACT

Intentional crimes against life are prosecuted and judged by the Jury, on the other hand, property crimes are prosecuted and judged by the Common Judgment. The present work will analyze whether the crimes of Latrocínio (art.157, § 3º, II, of the CP), Extortion Qualified by Death (art. 158, §§ 2º and 3º, both of the CP) and Extortion Through Kidnapping Qualified by Death (art. 159, paragraph 3, of the CP) are processed and judged by the common court or by the Jury, thus, it will be considered whether the legislator gave more importance to life or property, it will also be analyzed whether the referred types have a hideous nature or no. With the problem, there was a need to carry out this study to demonstrate the position adopted today in the Brazilian Legal System.

Keywords: Property Crimes. Competence. Death.

INTRODUÇÃO

Os tipos penais de Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do CP), de Extorsão Qualificada pela Morte (art. 158, §§ 2º e 3º, ambos do CP) e de Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pela Morte (art. 159, § 3º, do CP) são todos crimes complexos, pois lesam mais de um bem jurídico penalmente tutelados. Dessa forma, os delitos em estudo protegem, principalmente, o

patrimônio, a liberdade de locomoção e a vida, mas todos eles são crimes contra o patrimônio, inclusive são processados e julgados pela justiça comum e não pelo Tribunal do Júri.

Assim, o latrocínio é o “roubo qualificado pela morte: art. 157, § 3º, II, do CP”. “O roubo qualificado pela morte é também denominado de latrocínio, termo utilizado tradicionalmente para designar a forma mais grave do roubo, isto é, ‘o crime de matar para roubar’, ou ‘matar roubando’. Cuida-se de crime complexo, pois resulta da fusão dos delitos de roubo (crime-fim) e homicídio (crime-meio), e pluriofensivo, já que ofende dois bens jurídicos, quais sejam o patrimônio e a vida humana” (MASSON, 2010, p.395).

Existem duas formas de extorsão qualificada pela morte, uma do § 2º, do art. 158, e outra da parte final do § 3º, do mesmo artigo, sendo aquela com pena de 20 a 30 anos, e esta com pena de 24 a 30 anos. Inicialmente, iremos analisar o tipo penal da extorsão simples, nos termos do art. 158, *caput*, do CP, e a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima (art. 158, § 3º, primeira parte) e, posteriormente, analisaremos a forma qualificada pela morte, dos §§ 2º e 3º, parte final. A forma simples se consuma com o emprego de violência ou grave ameaça, e a qualificada do § 2º, por sua vez, consuma-se somente como o emprego de violência física, já a do § 3º, parte final, diz que o crime se consuma, quando da restrição da liberdade da vítima (sequestro-relâmpago ou “saidinha”) resultar em morte.

A forma qualificada de extorsão mediante sequestro pela morte está tipificada no § 3º, do art. 159, do Código Penal, com a pena maior do que o delito de latrocínio (20 a 30 anos), pois a mesma é de reclusão, de 24 e quatro a 30 anos, “*in verbis*”:

“Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

§ 2º - Se do fato (...);

§ 3º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos”.

Como percebemos, a pena desse delito, assim como a pena da extorsão mediante restrição da liberdade da vítima qualificada pela morte são os delitos com maior pena privativa de liberdade prevista pelo ordenamento jurídico pátrio.

Na constituição Federal de 1988, é reconhecida a instituição do Júri, com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e, no mesmo sentido, art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, ainda hoje, assenta-se como garantia constitucional, como um dos “sintomas” da democracia.

O doutrinador Bonfim (2012, p.280) advoga sobre as vantagens do Júri à democracia dizendo que “o julgador não é um; suas decisões podem não ser uniformes, por não guardarem a rigidez do homem de pedra, na imutabilidade de sua postura; são vários os juízes, mutantes ainda mais, pela variação alvitada em face dos alistamentos e sorteios”; completando esse pensamento, o professor Gonçalves (2013, p. 487) diz que “a participação popular nos julgamentos criminais como instrumento de tutela de direitos individuais assenta-se na convicção de que o magistrado profissional aprecia os casos com maior rigidez e menos benignidade, ao passo que o jurado mostra-se mais receptivo e simpático a argumentos e circunstâncias de caráter extrajurídico”.

Por fim, os delitos em estudos são todos crimes contra o patrimônio, e não contra a vida, sendo alocados geograficamente no Título II, dos Crimes Contra o Patrimônio, Capítulo II. Dessa forma, as consequências de processamento e julgamento não ocorrerem pelo Tribunal popular, mas sim pelo

juízo comum, nos termos da Súmula nº 603 do STF “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri”. Apesar da súmula referir-se ao latrocínio, é perfeitamente aplicável às outras formas qualificadas dos delitos contra o patrimônio qualificado pelo resultado morte, Gonçalves (2011, p.369) e (MASSON (2010, p.398) têm o mesmo entendimento sobre o tema.

DESENVOLVIMENTO

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como o presente trabalho tem por finalidade analisar os crimes patrimoniais qualificados pelo resultado morte, quais sejam o Roubo Qualificado pelo Resultado Morte (Art. 157, § 3º, II, do CP), Extorsão Qualificada pelo Resultado Morte (Art. 158, § 3º, parte final, do Código penal de 1940) e por fim, Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pelo Resultado Morte (Art. 159, § 3º, do Código penal de 1940), então iremos estudá-los sistematicamente.

Todos esses delitos estão geograficamente no título II, dos Crimes contra o patrimônio, mas como se verifica, o resultado morte está qualificando cada delito em estudo.

Sobre o conceito de patrimônio penalmente tutelado, vida e morte temos que, no tratamento legal dos crimes contra o patrimônio o conteúdo do patrimônio no direito penal não coincide integralmente com o direito civil, pois nem todo ilícito civil patrimonial é também ilícito penal ou crime patrimonial, assim a coisa integrante do patrimônio individual pode não ter

valor pecuniário, valor de troca, comercial, mas apenas valor exclusivo de uso do proprietário, de afeição, de estima, etc.. Por outro lado, para o direito civil só são patrimoniais os direitos e obrigações de valor econômico. Assim, ocorre lesão ao patrimônio quando houver a diminuição do mesmo, sendo que esta diminuição é a principal característica da lesão patrimonial. Não podemos nos esquecer de que é necessário que ocorra a ilicitude, que se verifica na discordância da vítima, dessa forma, não existe crime patrimonial com a aceitação da vítima. Assim, o ilícito patrimonial só pode ocorrer sobre o patrimônio alheio.

No tratamento sobre a vida, temos que ela é um bem jurídico individual e social, cada indivíduo tem o direito de gozá-la e desfrutá-la, incumbindo ao Estado assegurar as condições de sua existência, igualmente é um bem social e por isso indisponível pelo indivíduo.

Trata-se de direito supraestatal, inerente a todos os homens e aceito por todas as nações, imprescindível para a manutenção e para o desenvolvimento da pessoa humana, porém não é direito absoluto, excepcionado pela Constituição Federal em caso de guerra declarada.

Em relação à morte penalmente tutelada, temos que é aquela que traz a destruição da vida humana, por outro homem, ou a extinção da vida de um homem por outro. Assim, a morte ocorre com a paralisação da função cardíaca e da respiratória –, a morte biológica – que resulta da destruição molecular – e a morte cerebral – que ocorre com a paralisação das funções cerebrais. O critério legal proposto pela medicina é a chamada morte encefálica.

Assim, os delitos patrimoniais qualificados pela morte, são crimes complexos, pois lesam mais de um bem jurídico penalmente tutelados. Desse modo, os delitos em estudo

protegem, principalmente, o patrimônio e a vida, mas todos eles são crimes contra o patrimônio.

1.2 ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE

O art. 157, § 3º, II, do Código Penal descreve que: “se da violência (...) resulta morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, e multa”. “A morte da vítima é a qualificadora máxima deste crime” (BITENCOURT, 2012, p.130), pois os limites da pena privativa de liberdade instituídos para o roubo simples (próprio ou impróprio), quais sejam mínimo de 4 e máximo de 10 anos de reclusão, são alterados em abstrato para no mínimo 20 e no máximo 30 anos.

Essa qualificadora aplica-se tanto ao roubo próprio (*caput*) quanto ao roubo impróprio (§ 1º), indistintamente. “Somente é possível a incidência das qualificadoras quando o resultado agravador emana da violência praticada contra a vítima da subtração ou qualquer outra pessoa (exemplo: segurança do banco, marido da mulher assaltada etc.). O texto legal é taxativo: ‘se da violência resulta...’. Trata-se da violência à pessoa (violência física), que não abrange a grave ameaça (violência moral), nem a violência imprópria, prevista no *caput* do art. 157 do Código Penal pela fórmula “ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência” (MASSON, 2010, p. 395).

“O resultado agravador da morte, para fins de caracterização do roubo qualificado, pode ter sido provocado dolosa ou culposamente. O roubo qualificado, portanto, é crime qualificado pelo resultado, mas não necessariamente preterdoloso” (MASSON, 2010, pp. 395 e 396).

O roubo qualificado pela morte é também denominado de latrocínio, termo utilizado tradicionalmente para designar a forma mais grave do roubo, isto é, ‘o crime de matar para roubar’, ou ‘matar roubando’. Cuida-se de crime complexo, pois resulta da fusão dos delitos de roubo (crime-fim) e homicídio (crime-meio), e pluriofensivo, já que ofendem dois bens jurídicos, quais sejam o patrimônio e a vida humana (MASSON, 2010, p. 397).

Por se tratar de crime complexo, pois resulta da fusão dos delitos de roubo (crime-fim), e homicídio (crime-meio), aquele já foi explicado anteriormente, e este será explicado sucintamente, estando-o tipificado no *caput*, do art. 121, do Código Penal, “*ipsis litteris*”:

“Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos”.

Gonçalves (2011, p. 72) diz que “o homicídio consiste na eliminação da vida humana extrauterina provocada por outra pessoa. A vítima deixa de existir em decorrência da conduta do agente. Este pode realizar o ato homicida pessoalmente, ou atirando um animal bravo contra a vítima, ou até mesmo valendo-se de pessoa inimputável, como no caso de convencer uma criança a jogar veneno no copo da vítima”.

A eliminação da vida não acarreta na automática tipificação do crime de homicídio. Capez (2014, p. 21) descreve que “o objeto material do homicídio é a pessoa sobre quem recai a ação ou omissão. O objeto jurídico é o direito à vida”.

Relembrando que a palavra “latrocínio” não foi mencionada uma vez sequer pelo Código Penal brasileiro, mas estava taxativamente descrito no art. 1º, *caput*, II, da Lei 8.072/90, porém, a palavra latrocínio foi suprimida pela alteração

legislativa promovida pela Lei n.º 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

“Historicamente, o termo “latrocínio” foi uma criação doutrinária, que rapidamente passou a ser empregado pelos magistrados, em todas as instâncias do Poder Judiciário. Essa situação se manteve por longos anos, perdurando até a entrada em vigor da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos, que em seu art. 1.º, inciso II, refere-se expressamente ao latrocínio como o delito previsto no art. 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal. A partir daí, tal denominação, outrora uma simples alcunha, foi legalmente acolhida. Atualmente o roubo seguido de morte, ou latrocínio, consumado ou tentado, é crime hediondo. Como se sabe, o direito pátrio segue um critério legal para a definição dos crimes revestidos da nota da hediondez: é hediondo o delito legalmente considerado hediondo. E esta tarefa, hoje em dia, é desempenhada pela Lei 8.072/1990, especificamente pelo seu art. 1º” Masson (2010, p. 397).

Masson explica que “o legislador nacional preferiu inserir o latrocínio no Título II da Parte Especial do Código Penal, relativo aos Crimes contra o Patrimônio, pois apesar de atingir bem jurídico de relevo (a vida), considera-se crime contra o patrimônio, uma vez que a ofensa àquela é um meio para a violação do direito patrimonial da vítima. De fato, tem-se um crime complexo agravado pelo resultado”.

Nada obstante, existem doutrinadores que discordam da localização do delito no campo reservado à proteção do patrimônio. Aliás, o celebrado penalista italiano Francesco Carrara defendia a alocação do latrocínio entre os crimes dolosos contra a vida, por ser um homicídio com fito de lucro.

Sobre a alocação do delito de latrocínio e competência para processo e julgamento, temos que a competência não é do Júri, mas sim do juízo singular, inclusive foi editada a Súmula

603 do Supremo Tribunal Federal, que descreve “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do Tribunal do Júri”, dessa forma dá a entender que o legislador deu mais importância ao patrimônio do que a vida Humana.

Em relação às características do delito em estudo, sabemos que somente se tipifica quando, no contexto do roubo, a morte é produzida em razão do emprego da violência à pessoa (violência física). O emprego da violência física deve ser intencional, ou seja, doloso contra pessoa, a qual produz a morte da vítima, dolosa ou culposamente. Note-se: a violência é dolosa, ao passo que o resultado morte pode ser doloso ou culposo, ou até mesmo preterdoloso. Caso, contudo, a violência empreendida contra a vítima, que causa sua morte, for culposa, não se pode falar em latrocínio, mas em roubo (simples ou circunstanciado) em concurso formal com homicídio culposo.

“A caracterização do latrocínio depende de dois requisitos cumulativos, quais sejam: (a) o agente, durante o roubo, deve empregar intencionalmente a violência à pessoa; e (b) existência de relação de causalidade entre a subtração patrimonial e a morte, isto é, a violência à pessoa há de ter sido utilizada em decorrência da prática do roubo, seja para possibilitar a subtração (exemplo: matar alguém para subtrair seus bens), ou para, após a subtração do bem, garantir a posse da coisa (exemplo: matar alguém para fugir com o bem roubado), ou, finalmente, para assegurar a impunidade do roubo (exemplo: matar a vítima para não ser posteriormente reconhecido)” Masson (2010, pp. 399 e 400).

Nucci (2008, p.748) nos ensina que “a violência empregada para o roubo é apta a causar a morte de qualquer pessoa, e não somente da vítima. Assim, se um dos autores atira contra o ofendido, mas termina matando quem está passando pelo local, comete latrocínio. O mesmo se diga se o marginal desfere tiros contra a polícia que chega no momento do assalto ou contra

a vítima, matando outra comparsa”, e “se o ladrão efetua um disparo de arma de fogo ou outro golpe qualquer para matar a vítima da subtração patrimonial ou alguma pessoa a ela ligada, mas, por erro na execução, acaba matando seu comparsa, o crime é de latrocínio, pois ocorreu o instituto da *aberratio ictus* (CP, art. 73), e o agente deve ser responsabilizado como se tivesse praticado o crime contra a pessoa que desejava atingir” (Masson 2010, p. 400). A violência empregada trouxe o resultado “morte”, não necessariamente do ofendido, pois o direito protege a vida humana, e não somente a vida da vítima do crime patrimonial.

Com relação à consumação e à tentativa, é possível que uma delas se aperfeiçoe e a outra, não. Se do roubo violento, tentado ou consumado, ocorrer o resultado morte, haverá latrocínio consumado. Caso não sobrevenha o resultado morte, haverá latrocínio tentado.

Em relação ao latrocínio e a pluralidade de mortes, se no contexto de um roubo, voltado contra um único patrimônio, duas ou mais pessoas são mortas, há um só crime de latrocínio. É o que se dá quando um assaltante, exemplificativamente, mata todos os moradores de uma casa para subtrair os bens que lá se encontram” Masson (2010, pp. 404 e 405).

Assim, as outras mortes são levadas em consideração na dosimetria da pena, nos termos do art. 59, caput, do Código Penal. Gonçalves (2011, pp. 369 e 370) seguindo esse raciocínio diz que “quando duas ou mais pessoas são mortas, mas apenas um patrimônio é lesado, a doutrina e a jurisprudência dominantes são no sentido de que há crime único. O argumento é de que, por ser o latrocínio um crime complexo, que surge da soma da morte com a subtração, só se configura dois latrocínios quando ocorrerem duas mortes e duas lesões patrimoniais.

Porém, o próprio Cleber Masson faz remissão a um julgado do STJ dizendo que “as instâncias *a quo* decidiram que os agentes

desejavam praticar mais de um latrocínio, tendo em cada um deles consciência e vontade, quando efetuaram os disparos contra as vítimas. Assim, aplica-se o concurso formal impróprio entre os delitos de latrocínio (art. 70, parte final, do CP), pois ocorreram dois resultados morte, ainda que tivesse sido efetuada apenas uma subtração patrimonial”.

Em relação ao Latrocínio e o concurso de agente temos que “se, no contexto do roubo, praticado em concurso de pessoas, somente uma delas tenha produzido a morte de alguém – vítima da subtração patrimonial ou terceiro –, o latrocínio consumado deve ser imputado a todos os envolvidos na empreitada criminosa, como consectário lógico da adoção da teoria unitária ou monista pelo art. 29, *caput*, do Código Penal” (MASSON, 2010, p. 406).

“Caso, todavia, fique provado que um deles quis participar de crime menos grave (apenas do roubo), pois expressamente disse aos comparsas antes do crime que não queria que ninguém atirasse, responderá apenas pelo roubo, nos termos do art. 29, § 2º, do Código Penal, podendo sua pena ser aumentada em metade por ser previsível o resultado” (GONÇALVES, 2011, pp. 373 e 374), trata-se do instituto da cooperação dolosamente distinta.

Uma situação interessante trazida pela doutrina é a indagação Roubo e latrocínio: concurso material ou crime continuado?

“E, nesse ponto, roubo e latrocínio não se confundem. Aquele viola o patrimônio e a integridade física (quando praticado com violência) ou a liberdade individual (se cometido com grave ameaça), enquanto este ofende o patrimônio e a vida humana. Tais crimes pertencem ao mesmo gênero, mas não são da mesma espécie. (...) ausentes os requisitos exigidos pelo art. 71, *caput*, do Código Penal, não há crime continuado entre roubo e latrocínio. Opera-se, no caso, autêntico concurso material. É

também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça” Masson (2010, pp. 406 e 407).

Por fim, “quando a morte é decorrente da grave ameaça utilizada pelo roubadador, a conduta não se enquadra no tipo penal do art. 157, § 3º, II, do CP, respondendo o agente por roubo em concurso formal com homicídio culposo. Ex: vítima que morre de ataque cardíaco em razão de ameaça perpetrada pelo assaltante. Essa conclusão é inevitável, porque o art. 157, § 3º, II, do CP, diz que há latrocínio, punido com reclusão de 20 a 30 anos, e multa, se da violência empregada (durante e em razão do roubo) resulta morte” (Gonçalves, 2015, p. 53).

1.3 EXTORSÃO QUALIFICADA PELO RESULTADO MORTE

Existem duas formas de extorsão qualificada pela morte, uma do § 2º, do art. 158, e outra da parte final do § 3º, do mesmo artigo, sendo aquela com pena de 20 a 30 anos e esta, com pena de 24 a 30 anos. Inicialmente, iremos analisar o tipo penal da extorsão simples, nos termos do art. 158, *caput*, do CP, e a extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima (art. 158, § 3º, primeira parte) e, posteriormente, iremos analisar a forma qualificada pela morte, dos §§ 2º e 3º, parte final. A forma simples se consuma com o emprego de violência ou grave ameaça, e a qualificada do § 2º, por sua vez, consuma-se somente como o emprego de violência física, já a do § 3º, parte final, consuma-se, quando da restrição da liberdade da vítima (sequestro-relâmpago ou “saidinha”) resultar em morte. Verificaremos que a primeira forma de extorsão qualificada pela morte deixou de ser crime hediondo, porém, a segunda forma, passou a ser crime hediondo, tendo em vista alteração legislativa

promovida pela Lei 13.964/2019, e por fim, por se tratarem de crimes contra o patrimônio e não contra a vida, os referidos crimes, assim como o latrocínio, são da competência do juiz singular, e não do Tribunal do Júri.

1.3.1 EXTORSÃO SIMPLES

A extorsão simples está tipificada no art. 158, do Código Penal, com a seguinte rubrica, “*in verbis*”:

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Segundo Capez (2014, p. 358) “a extorsão é crime complexo, pois tutela-se, sobretudo, a inviolabilidade patrimonial e secundariamente, objetiva-se a tutela da vida, a integridade física, a tranquilidade e a liberdade pessoal”. Sobre o caráter complexo do delito, Bitencourt (2012, p. 142) nos ensina que “os bens jurídicos protegidos na criminalização da extorsão, que também é crime complexo, a exemplo do crime de roubo, são a liberdade individual, o patrimônio (posse e propriedade) e a integridade física e psíquica do ser humano. Constata-se que a extorsão pode produzir uma multiplicidade de resultados: de um lado, a violência sofrida pela vítima, que se materializa no constrangimento físico ou psíquico causado pela conduta do sujeito ativo; de outro lado, a causação de prejuízo alheio, em razão da eventual obtenção de indevida vantagem econômica”.

Em relação à consumação da extorsão simples, Gonçalves nos ensina que “a Súmula 96 do Superior Tribunal de Justiça cuida do tema dispondo que “o crime de extorsão consuma-se independentemente da obtenção da vantagem indevida”. Nesse mesmo sentido, Masson (2010, p.419) diz que “a extorsão é crime formal e instantâneo. Consuma-se no momento em que a vítima, depois de sofrer a violência ou grave ameaça, realiza o comportamento desejado pelo criminoso, isto é, faz, deixa de fazer ou tolera que se faça algo, ainda que em razão de sua conduta o agente não obtenha a indevida vantagem econômica”.

Masson (2010, p. 412) ensina que “a extorsão, ao contrário do roubo, não pode ser praticada mediante violência imprópria, por ausência de previsão legal nesse sentido. A simples leitura do tipo penal revela a inexistência da fórmula genérica contida no art. 157, *caput*, do Código Penal, qual seja “ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”.

O referido autor faz menção a inadmissibilidade de continuidade delitiva entre roubo e extorsão, pois com tantas diferenças, não se pode falar em continuidade delitiva, nos moldes do art. 71 do Código Penal, entre roubo e extorsão. Não se trata de crimes da mesma espécie, pois estão previstos em tipos penais diversos, e seus modos de execução são distintos. Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ. 5ª Turma. HC 435.792/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 24/05/2018. STF. 1ª Turma. HC 114667/SP, rel. org. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgado em 24/4/2018 (Info 899).

1.3.2 EXTORSÃO QUALIFICADA PELO RESULTADO MORTE (ART. 158, § 2º, DO CÓDIGO PENAL)

Depois de feita uma análise sobre a extorsão simples, passaremos ao estudo da Extorsão Qualificada pela Morte, que está prevista no art. 158, § 2º, do Código Penal, o qual contém a seguinte redação: “aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior”. Este dispositivo refere-se ao roubo qualificado pela lesão corporal ou pela morte. Igualmente como ocorre no roubo, esta qualificadora só se aplica quando a morte decorre da violência empregada para a prática da extorsão. Nos expressos termos da lei, dessa forma, percebe-se que a qualificadora segue a mesma regra do roubo qualificado pela morte, ou seja, “não se podendo, pois, falar em extorsão qualificada quando cometida com grave ameaça” (MASSON, 2010, p. 423).

A extorsão qualificada pela morte, consumada ou tentada, da mesma forma que o latrocínio, até a alteração pela Lei n.º 13.964/2019, também era crime hediondo, nos termos do art. 1º, inciso III, da Lei 8.072/1990, “*ipsis litteris*”:

“Art. 1º. São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: III - extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2º) ”.

A extorsão qualificada, assim com a extorsão simples, é crime complexo, pois atinge liberdade individual, o patrimônio (posse e propriedade) e a integridade física e, no caso da qualificada, a vida do ser humano.

A consumação da extorsão qualificada pela morte, ocorre com a efetiva morte da vítima, tratando-se de crime material, caso

contrário, dependendo do caso concreto, o delito seria de tentativa, ou até mesmo a figura simples, que é crime formal.

Em relação ao sujeito ativo do delito em estudo, segue a mesma regra da extorsão simples, ou seja, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum, porém, em relação ao sujeito passivo é a pessoa destinatária da violência física, que venha a óbito.

Por se tratar de crime contra o patrimônio e não contra a vida, “o crime de extorsão com morte da vítima, assim como o latrocínio, é da competência do juiz singular, e não do Tribunal do Júri” (CAPEZ, 2014, p. 362).

Interessante observação é em relação à pena aplicada à forma da extorsão qualifica pela morte, do § 2º, do art. 158, que é a mesma pena do roubo qualificado pela morte, ou seja, é uma pena de 20 a 30 anos, “*in verbis*”:

“Art. 158. § 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

Art. 157. § 3º - Se da violência resulta (...) morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, e multa”.

Surge então uma dúvida, seria essa pena de 20 a 30 anos, tanto do latrocínio, quanto da extorsão qualificada pela morte, do § 2º, do art. 158, a maior pena do ordenamento jurídico brasileiros? A resposta é negativa, pois veremos mais adiante que existem mais dois tipos penais em que a penal mínima é de 24 anos e a máxima é de 30 anos.

2.1.1. Extorsão Mediante Restrição da Liberdade da Vítima (Sequestro Relâmpago) Qualificada pela Morte (art. 158, § 3º, do Código Penal)

Além da forma qualificada pela morte descrita no § 2º, do art. 158, do Código penal, temos também a extorsão qualificada pela morte tipificada no art. 158, § 3º, também do mesmo diploma legal. A pena desta forma qualificada diferencia-se da pena daquela, passando de 20 a 30 anos, para 24 a 30 anos. Esse tipo penal recebe o nome de extorsão mediante restrição da liberdade da vítima (conhecido como sequestro-relâmpago ou “saidinha”) qualificada pela morte.

2.1.1.1. Sequestro Relâmpago

A forma simples do sequestro-relâmpago (que também é uma forma qualificada da extorsão, porém, não há lesão, tampouco morte), é modalidade criminosa na qual o agente constrange a vítima, com o emprego de violência à sua pessoa ou grave ameaça seguida da restrição da sua liberdade, como forma de obter indevida vantagem econômica. É facilmente constatável, portanto, que este crime, além de atentar contra o patrimônio alheio, também viola a liberdade de locomoção, e, no caso da forma qualificada pela morte, viola a vida, senão vejamos:

“ Art. 158. § 3º - se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; (...)”.

Capez (2014, p. 362) conceitua o “sequestro relâmpago” como “o agente restringe a liberdade de locomoção da vítima, conduzindo-a até caixas eletrônicas, a fim de obrigá-la a entregá-lhe o cartão magnético e a fornecer-lhe a senha, para sacar o numerário”.

A doutrina traz diferenças entre o sequestro-relâmpago e a extorsão mediante sequestro, dizendo que “o sequestro-relâmpago, nome popular pelo qual o crime de extorsão com restrição da liberdade restou consagrado, não pode ser equiparado à extorsão mediante sequestro (CP, art. 159), uma vez que não há privação, mas restrição da liberdade. Como se sabe, na extorsão mediante sequestro a vítima é colocada no cárcere, e sua liberdade é negociada com o pagamento de indevida vantagem como condição ou preço do resgate; no sequestro-relâmpago, por sua vez, não há encarceramento da vítima nem a finalidade de recebimento de resgate para sua soltura, mas sim o desejo de obter, em face do constrangimento, e não da privação da liberdade, uma indevida vantagem econômica” (MASSON, 2010, pp. 423 e 424).

2.1.1.2. Sequestro Relâmpago Qualificado pela Morte (Parte Final, do art. 158, § 3º, do Código Penal)

Passemos a análise da forma qualificada pela morte da extorsão mediante restrição da liberdade da vítima, tipificada no art. 158, § 3º, do Código Penal, “*ipsis litteris*”:

“Art. 158. § 3º - Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, (...) se resulta (...) morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, (...) § 3º(...).

Art. 159. § 3º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos”.

“Cuida-se, nessa parte final, de crime remetido, pois o tipo penal se reporta às penas previstas em outros dispositivos legais” (MASSON, 2010, p. 423).

Percebe-se que “o resultado agravador deve recair sobre a pessoa sequestrada. De fato, se a (...) morte for suportada por outra pessoa que não a vítima da extorsão mediante restrição da liberdade, haverá concurso material entre o crime definido pelo art. 158, § 3º, do Código Penal e homicídio (doloso ou culposo). Exemplificativamente, se o criminoso dolosamente mata o segurança da vítima, a ele serão imputados os crimes de extorsão mediante a restrição da liberdade da vítima e homicídio qualificado pela conexão (CP, art. 121, § 2º, inc. V)” (MASSON, 2010, p. 426).

Outro exemplo seria no caso do agente que prive a liberdade de locomoção visando obrigar a vítima a entregar-lhe o cartão magnético e a fornecer-lhe a senha, para sacar o numerário em agências bancárias, responde pela extorsão nas condições do art. 158, § 3º, parte final, caso advenha o resultado morte, por um disparo de arma de fogo, ou um golpe de faca, assim a pena de 24 a 30 anos.

Masson (2010) ainda acrescenta que “no tocante ao resultado morte, é indiferente à sua caracterização tenha sido ele provocado a título de dolo ou de culpa. Em qualquer hipótese a

qualificadora será aplicável. Se a morte (...) for produzida por caso fortuito, força maior ou culpa de terceiro, não se aplicam as qualificadoras. É o que se extrai do art. 19 do Código Penal: “pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”. Exemplo: A vítima, que estava dominada pelo criminoso, é morta por um raio durante o trajeto para a agência bancária” (MASSON, 2010, p. 426).

Em relação à hediondez do referido tipo penal, existem doutrinadores que defendiam a tese, inclusive bem convincente, de que não seria crime hediondo por não está incluso no rol exaustivo do art. 1.º da Lei 8.072/1990, senão vejamos:

Mas o legislador pecou ao não incluir a extorsão mediante a restrição da liberdade da vítima no rol exaustivo do art. 1.º da Lei 8.072/1990, que também deveria ter sido modificado pela Lei 11.923/2009. E, se o legislador não o fez, a lacuna não pode ser suprida pelo magistrado ou por qualquer outra pessoa, sob pena de restar violado o comando normativo emitido pelo art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Como se sabe, é tarefa da lei, e só dela, definir os crimes hediondos. Resta-nos, portanto, clamar pela correção legislativa, e aguardá-la (MASSON, 2010, p.427).

No mesmo sentido de Masson, Bitencourt (2012, p. 152) diz que por não está presente na lei dos crimes hediondos, “não o transforma em crime hediondo, por falta de previsão legal expressa”, pois estaria ferindo o princípio da reserva legal, e estaria sendo aplicada a analogia “*in malam partem*”, que é inadmissível na legislação pátria. Percebe-se que a doutrina divergia em relação à hediondez do referido tipo penal (sequestro relâmpago qualificado pela morte - parte final-, do Art. 158, § 3º,

do Código Penal), contudo, o Legislador pacificou o referido entendimento, pois expressamente positivou o referido crime como hediondo no art. 1º, III, da Lei n.º 8.072/1990:

“Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: III - extorsão qualificada pela restrição da liberdade da vítima, ocorrência de lesão corporal ou morte (art. 158, § 3º)”;

[Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019](#)

Por se tratar de crime contra o patrimônio e não contra a vida, o referido crime de extorsão, assim como o latrocínio e como o delito de extorsão qualificado pela morte, é da competência do juiz singular, e não do Tribunal do Júri.

2.2. Extorsão Mediante Sequestro com o Resultado Morte (Art. 159, § 3º, do Código Penal)

Seguindo a sistemática do referido trabalho, no sentido de primeiro descrever as formas simples dos tipos penais e, posteriormente, a forma qualificada pela morte, passaremos ao estudo da forma simples do delito em estudo, para somente depois analisarmos o art. 159, § 3º, do Código Penal.

2.2.1. Extorsão Mediante Sequestro na Figura Simples

A forma simples do delito está disciplinada no art. 159, *caput*, do Código Penal, senão vejamos:

“Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

Pena - reclusão, de oito a quinze anos”.

Assim como nos outros delitos supra estudados, a extorsão mediante sequestro é crime complexo, tendo em vista que resulta da fusão de outros dois crimes: extorsão (CP, art. 158) e sequestro (CP, art. 148). Assim, o Código Penal protege dois bens jurídicos, a saber, o patrimônio e a liberdade individual. Em todas as suas formas, seja na simples ou qualificada, é crime hediondo. É o que se deduz do art. 1.º, inciso IV, da Lei 8.072/1990: “Art. 1.º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...) IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, caput, e §§ 1º, 2º e 3º)”.

“Nas figuras derivadas disciplinadas pelos §§ 2º e 3º, o art. 159 do Código Penal também protege, além dos bens jurídicos já indicados, a integridade física e a vida humana, pois há previsão das formas qualificadas pelo resultado lesão corporal grave ou morte. Mas nada obstante a violação à liberdade individual, ou mesmo à integridade física ou à vida, trata-se de crime contra o patrimônio, e não de crime contra a pessoa, pois a privação da liberdade e todas as suas consequências (lesão corporal grave ou morte) funcionam como meio para obtenção de vantagem como condição ou preço do resgate” (MASSON, 2010, p. 429).

O verbo “sequestrar” está empregado no sentido de privar uma pessoa da sua liberdade de locomoção por tempo juridicamente relevante, porém “o legislador não se referiu privação da liberdade por meio de cárcere privado” (MASSON, 2010, p. 430), todavia, o tipo penal é amplo e abrangente, pois

engloba também o cárcere privado, é dizer, o confinamento da vítima em local fechado, com pouca ou nenhuma possibilidade de locomoção.

A pessoa é colocada “em estado de sujeição perante o criminoso, relativamente ao seu direito de movimentar-se no espaço, como forma de obter, para si ou para outrem, alguma vantagem como condição ou preço do resgate” (MASSON, 2010, p. 430). O crime pode ocorrer no interior da sua própria residência, desde que dela se retire o direito de sair de lá quando quiser e para onde desejar, ou seja, de movimentar-se ao seu livre arbítrio, com o fim de obter alguma vantagem como condição ou preço para que possa voltar a exercer integralmente o seu direito constitucional de ir, vir e permanecer”. O ilustre doutrinador completa dizendo que o “autor do delito pode agir por violência física, ameaça, fraude, ou com emprego de qualquer meio (álcool, narcóticos, hipnose). O que se requer é a idoneidade do meio empregado para segregar a pessoa”.

Por se tratar de crime comum, o autor do delito pode ser qualquer pessoa. Agora, se alguma pessoa “simula o próprio sequestro para extorquir seus familiares, mediante o auxílio de terceiros, responde pelo crime de extorsão (CP, art. 158)” (MASSON, 2010, p.431).

O tipo penal em apreço é formal, assim como na extorsão, o crime consuma-se com a privação da liberdade da vítima, independentemente do pagamento do resgate, e por ser crime permanente (COSTA, 2003, p. 801), o agente será processado e julgado pelo juízo do local do sequestro e não pelo juízo do local da entrega do resgate. O agente poderá ser preso em flagrante a qualquer tempo, enquanto perdurar a permanência. O prazo prescricional começa a correr na data em que cessar a permanência, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal.

Assim, depois de analisada a forma simples da extorsão mediante sequestro, ficará fácil compreendermos a forma qualificada pela morte, é o que iremos estudar no próximo tópico.

2.2.2. Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pela Morte (Art. 159, § 3º, do CP)

A forma qualificada de extorsão mediante sequestro pela morte está tipificada no § 3º do art. 159 do Código Penal, “*in verbis*”:

“Art. 159 - Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

§ 2º - Se do fato (...);

§ 3º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de vinte e quatro a trinta anos”.

Como percebemos, a pena desse delito, assim como a pena da extorsão mediante restrição da liberdade da vítima qualificada pela morte são os delitos com maior pena privativa de liberdade prevista pelo ordenamento jurídico pátrio.

O professor Capez (2014, p. 366) diz que se trata de crime complexo, formado pela fusão de dois crimes – sequestro ou cárcere privado e extorsão –, tutela-se a inviolabilidade patrimonial e a liberdade de locomoção, além da integridade física, diante da previsão da forma qualificada pelo resultado morte. Em que pese haver ofensa à liberdade pessoal, cuida-se de

crime patrimonial, pois o sequestro é crime-meio para obtenção de vantagem patrimonial.

É importante percebermos que “no roubo e na extorsão só existe a qualificadora quando a lesão corporal de natureza grave ou a morte resultam da “violência”, ao passo que na extorsão mediante sequestro a qualificadora resta delineada quando o resultado agravador emana do “fato”, e não necessariamente da violência. É possível, portanto, seja o resultado agravador provocado não só pela violência física (ou própria), mas também pela grave ameaça (violência moral) ou pela violência imprópria (exemplo: uso de narcóticos, dosagem excessiva de medicamentos etc.)” (MASSON, 2010, p. 441), outro exemplo “se durante um sequestro, em razão da forte pressão emocional exercida contra a vítima privada de sua liberdade, ela sofre um ataque cardíaco e morre” (NUCCI, 2009, p. 754), assim a “morte deve resultar do fato, ou seja, de qualquer intercorrência referente ao sequestro, podendo ocorrer em qualquer momento e devendo referir-se apenas à vítima privada de sua liberdade de locomoção” (ANDREUCCI, 2014, p. 261).

O professor Costa salienta que é necessário que a morte recaia sobre a pessoa do sequestrado, nesse mesmo sentido Mirabete, Masson, Gonçalves, Andreucci, dentre outros, ou seja, “a qualificadora existe somente se a morte for do sequestrado” (MIRABETE, 2003, p. 256), “é necessário que a morte (...) seja produzida no sequestrado” (JESUS, 2007, p. 381), assim no caso do filho que é sequestrado e do pai que é obrigado a pagar o resgate, se o filho morrer, estamos diante da forma qualificada de extorsão mediante sequestro, caso o pai venha a morrer de um tiro no momento do pagamento do resgate, haverá concurso de crimes, assim, ao criminoso serão “imputados os crimes de extorsão mediante sequestro (CP, art. 159, com qualquer outra qualificadora, salvo a do § 3.º) e homicídio qualificado pela

conexão consequencial (CP, art. 121, § 2.º, inc. V)” (MASSON, 2010, p. 441).

Segundo o professor Masson “é indiferente tenha sido a morte provocada dolosa ou culposamente. Embora possa sê-lo, a extorsão mediante sequestro qualificada pela (...) morte não se enquadra, obrigatoriamente, como crime preterdoloso. Mas não há dúvida de que a causação dolosa da morte reclama seja a pena-base aplicada em um patamar mais elevado, em consonância com o art. 59, *caput*, do Código Penal”, lembremos que o professor Bitencourt (2012, p.179) diz “que o evento morte tanto pode decorrer de dolo, de culpa ou de preterdolo”, outro exemplo interessante é do Gonçalves (2011, p. 385) que diz “na expressiva maioria dos casos concretos em que houve incidência dessa qualificadora, a morte da vítima foi provocada dolosamente pelos sequestradores. É, porém, possível que a morte decorra de imprudência da parte deles, como aconteceu no caso em que deixaram a vítima trancada em local tão fortemente vedado, para que seus pedidos de socorro não fossem ouvidos, que ela acabou morrendo em razão da falta de oxigênio no recinto”.

Masson responde que “se o resultado agravador (...) for produzido por caso fortuito, força maior ou culpa de terceiro, não incide a qualificadora respectiva. É o que se extrai do art. 19 do Código Penal: ‘Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente’”, nesse mesmo sentido Greco (2012, p. 125) “não poderá ser aplicada a qualificadora ao agente caso o resultado morte seja proveniente de caso fortuito ou força maior, em obediência ao art. 19, do Código Penal”, assim, rechaça-se, completamente a responsabilidade objetiva.

A Lei n. 8.072/90 definiu a extorsão mediante sequestro como crime hediondo, assim, o agente será submetido às regras aplicáveis a essa Lei. Por fim, como trata-se de crime contra o

patrimônio e não contra a vida, o referido crime de extorsão qualificado pela morte, igualmente ao latrocínio e as duas formas de extorsão qualificada pela morte (art. 158, §§ 2º e 3º, do Código Penal), a competência para processar e julgar os referidos delitos é do juízo comum, e não do Tribunal do Júri.

3.1. Do Júri: Competência para Julgar os Crimes Dolosos Contra a Vida

Na constituição Federal de 1988, é reconhecida a instituição do Júri, com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida e no mesmo sentido, art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, ainda hoje, assenta-se como garantia constitucional, como um dos “sintomas” da democracia, senão vejamos, *ipsis litteris*:

“CF, Art. 5º, XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

CPP, Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados”.

O Júri é um Órgão Jurisdicional Colegiado heterogêneo e temporário, de primeiro grau da Justiça Comum Estadual e Federal “constituído por um juiz togado, que é o presidente, e de vinte e cinco cidadãos escolhidos por sorteio” (CAPEZ, 2012, p. 650). Instalada a sessão, será feito o sorteio de sete, dentre os vinte e cinco jurados, para a formação do conselho de sentença, assim, o procedimento do júri é fiscalizado pelo juiz-presidente, sendo que o réu é condenado ou absolvido pelos jurados através de votação secreta, por decisão do Júri, que serão tomadas por maioria de votos, posteriormente, ou seja, encerrada a votação e assinado o termo referente às respostas dos quesitos, o juiz deverá proferir a sentença. Desse modo, o Tribunal do Júri/procedimento do Júri tem por finalidade permitir que, em lugar do juiz togado, preso a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares, então o conselho de sentença, formado por 7 (sete) jurados, julga e o juiz presidente sentencia. O referido procedimento é um “direito e garantia individual, não pode ser suprimido nem por emenda constitucional, constituindo verdadeira cláusula pétrea (núcleo constitucional intangível). Tudo por força da limitação material explícita contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal” (Capez, 2012, p. 649).

Assim, se for cometido um crime doloso contra a vida, inclusive os crimes conexos, seja tentado ou consumado, o réu será submetido ao rito do júri, que é escalonado, sendo composto de duas fases: a primeira “se inicia com o oferecimento da denúncia e se encerra com a decisão de pronúncia (*judicium accusationis* ou sumário da culpa). A segunda tem início com o recebimento dos autos pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, e termina com o julgamento pelo Tribunal do Júri (*judicium causae*)” (CAPEZ, 2012, p. 652).

“Estão sujeitos a júri popular, pela sua natureza de crimes dolosos contra a vida, o homicídio, o aborto, o infanticídio e o induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio. (...), que estão

previstos no capítulo específico do Código Penal (Parte Especial, Título I, Capítulo I), também serão, em regra, decididos pelo Tribunal Popular os delitos conexos e continentes a estes, dada a *vis atractiva* determinada pelo art. 78, I, do CPP” (AVENA, 2014, p. 832).

O juiz-presidente “não tem competência constitucional para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, logo não pode absolver nem condenar o réu, sob pena de afrontar o princípio da soberania dos veredictos. Na pronúncia, há um mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito” (CAPEZ, 2012, p. 654).

Então vem a pergunta, por qual motivo o legislador não introduziu na competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes Latrocínio (art. 157, § 3º, II, do Código Penal), Extorsão Qualificada pela Morte (art. 158, § 2º e 3º, do Código Penal) e Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pela Morte (art. 159, § 3º, do Código Penal), tendo em vista que em todos esses casos têm o resultado morte de um ser humano? Teria o legislador pátrio dado mais importância ao patrimônio do que a vida? Parece-nos que o legislador deu mais importância aos crimes contra o patrimônio do que contra a vida, pois estes são crimes meio em relação àqueles, assim, por razão de política criminal, aqueles delitos são crimes contra o patrimônio, e não contra a vida, sendo alocados geograficamente no Título II, dos Crimes Contra o Patrimônio, Capítulo II. Dessa forma, as consequências de processamento e julgamento não ocorrerem pelo Tribunal popular, mas sim pelo juízo comum, nos termos da Súmula nº 603 do STF “a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri”. Apesar de a súmula referir-se ao latrocínio, é perfeitamente aplicável às outras formas qualificadas dos delitos contra o patrimônio qualificado pelo resultado morte, Gonçalves (2011, p. 369) e Masson (2010, p. 398) têm o mesmo entendimento sobre o tema.

CONCLUSÃO

Neste trabalho, foi possível concluir que em Relação ao Latrocínio, se da violência oriunda do roubo resultar em morte, a reclusão é de vinte a trinta anos, sem prejuízo da multa. Essa qualificadora aplica-se tanto ao roubo próprio (*caput*) quanto ao roubo impróprio (§ 1º), indistintamente. Somente é possível a incidência das qualificadoras quando o resultado agravador emana da violência, praticada contra a vítima da subtração ou qualquer outra pessoa. Trata-se da violência à pessoa (violência física), que não abrange a grave ameaça (violência moral) nem a violência imprópria. A palavra latrocínio não está descrita no Código Penal, porém estava na Lei 8.072/90 até o advento da Lei n.º 13.964/2019. Quando duas ou mais pessoas são mortas, mas apenas um patrimônio é lesado, a doutrina e a jurisprudência dominantes são no sentido de que há crime único, entendendo o STJ pela aplicação do concurso formal imperfeito, e por fim, não há crime continuado entre roubo e latrocínio, opera-se, no caso, autêntico concurso material, por serem crimes de espécies diferentes.

Em Relação à Extorsão Qualificada pela Morte (art. 158, §§ 2º e 3º, ambos do CP), concluímos que existem duas formas de extorsão qualificada pela morte, uma do § 2º do art. 158, e outra da parte final do § 3º do mesmo artigo, sendo aquela com pena de 20 a 30 anos, e esta com pena de 24 a 30 anos. A primeira qualificadora, só se aplica quando a morte decorre da violência empregada para a prática da extorsão, seguindo a mesma regra do Latrocínio, assim, não existe extorsão qualificada pela morte, quando cometida com grave ameaça. Em relação à segunda qualificadora, esse tipo penal recebe o nome de extorsão mediante restrição da liberdade da vítima (conhecido como sequestro-relâmpago ou “saidinha”) qualificada pela morte. O resultado agravador deve recair sobre a pessoa sequestrada. Se a morte for

produzida por caso fortuito, força maior ou culpa de terceiro, não se aplicam as qualificadoras.

Em Relação à Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pela Morte, concluímos que a pena desse delito, assim como a pena da extorsão mediante restrição da liberdade da vítima qualificada pela morte são os delitos com maior pena privativa de liberdade prevista pelo ordenamento jurídico pátrio. Em que pese haver ofensa à liberdade pessoal, cuida-se de crime patrimonial, pois o sequestro é crime-meio para obtenção de vantagem patrimonial, assim, esta qualificadora resta delineada quando o resultado agravador emana do “fato”, e não necessariamente da violência. É possível, portanto, seja o resultado agravador provocado não só pela violência física (ou própria), mas também pela grave ameaça (violência moral) ou pela violência imprópria (exemplo: uso de narcóticos, dosagem excessiva de medicamentos etc. A qualificadora existe somente se a morte for do sequestrado. Se o resultado agravador for produzido por caso fortuito, força maior ou culpa de terceiro, não incide a qualificadora respectiva.

Diante de todo o exposto, foi possível balizar uma exposição geral acerca do tratamento doutrinário e jurisprudencial dados aos delitos de Latrocínio (art.157, § 3º, II, do CP), de Extorsão Qualificada pela Morte (art. 158, §§ 2º e 3º, ambos do CP) e de Extorsão Mediante Sequestro Qualificada pela Morte (art. 159, § 3º, do CP), concluindo que todos eles são crimes complexos, pois ofendem mais de um bem jurídico penalmente tutelados, o resultado qualificador pode ser a título de dolo, culpa ou até mesmo preterdolo, todos, com exceção da extorsão qualificada pela morte, são crime hediondos, e por fim, todos eles são crimes contra o patrimônio, e por consequência disso, todos são processados e julgados pelo juízo comum, e não pelo Tribunal do Júri.

O legislador considera que todos esses tipos penais são contra o patrimônio, e não contra a vida, dessa forma, o Legislador preferiu dá mais importância ao patrimônio, do que ao bem jurídico mais precioso que temos, que é a vida humana.

Não concordamos com essa a posição, tendo em vista que ele deveria alocá-los no Título I, Capítulo I, do Código Penal, dos crimes contra a vida, tratando-os como espécie de homicídio qualificado pela conexão teleológica, pois a morte teria a finalidade de assegurar a execução de outro crime.

Ante o exposto, o Legislador deixou de lado a valorização do nosso maior bem jurídico, que é a vida humana, contrariando, inclusive, mandamentos jus naturalistas, pois a vida é inerente ao homem, assim, temos que ela é um bem jurídico individual e social, cada indivíduo tem o direito de gozá-la e desfrutá-la, incumbindo ao Estado assegurar as condições de sua existência, igualmente é um bem social e por isso indisponível pelo indivíduo. Trata-se de direito supraestatal, inerente a todos os homens e aceito por todas as nações, imprescindível para a manutenção e para o desenvolvimento da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal- parte especial*. 8ª ed. -São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário* – 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

- CAPEZ, Fernando.** *Curso de direito penal, parte especial*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.
- CAPEZ, Fernando.** *Curso de processo penal*. 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Álvaro Mayrink da.** *Direito penal: parte especial*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.
- CUNHA, Rogério Sanches.** *Código penal para concursos*. 5ª ed. – Salvador: JusPodivm, 2012.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios.** *Legislação penal especial esquematizado* – São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios.** *Direito penal esquematizado: parte especial*– São Paulo: Saraiva, 2011.
- JESUS, Damásio E. de.** *Direito penal- parte especial*. 28ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2007, v. 2.
- MASSON, Cleber Rogério.** *Direito penal esquematizado. Parte Especial*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini.** *Manual de direito penal*. 20ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código penal comentado*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- NORONHA, E. Magalhães.** *Direito penal-parte especial*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.
- PRADO, Luiz Regis.** *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2005, v. 2.
- TELES, Ney Moura.** *Direito penal: parte especial*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2.

A TUTELA DOS DIREITOS DAS VÍTIMAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF VICTIMS IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE

Jordana Celestino Dourado³¹

RESUMO

A tutela dos direitos das vítimas passou por uma evolução dentro do processo penal. A partir da fase da redescoberta da vítima e do seu papel, estudos importantes sobre o conceito de vítima e vitimização ganharam destaque. Também se desenvolveu um arcabouço legislativo nacional, acompanhado pela jurisprudência internacional (Corte IDH) sobre o tema, o qual ainda necessita evoluir em termos de políticas públicas e institucionais de proteção.

Palavras-chave: Direitos das vítimas. Proteção. Vítimas. Vitimização. Legislação nacional. Corte IDH. Políticas públicas.

ABSTRACT

The protection of the rights of victims has undergone an evolution within the criminal procedure. Important studies on the concept of victim and victimization gained prominence from the phase of

³¹ Graduada em Direito (Instituto Camillo Filho, 2016), Especialista (Ordem Jurídica e Ministério Público, Fundação Escola Superior do MPDFT, 2017/2019).

rediscovery of the victim and his role. A national legislative framework was also developed, accompanied by international jurisprudence (IACHR Court) on the subject, which still needs to evolve in terms of public and institutional protection policies.

Keywords: Victims' rights. Protection. Victims. Victimization. National legislation. IACHR Court. Public policies.

INTRODUÇÃO

O processo penal é instrumento por meio do qual se busca, de maneira racional e com respeito aos direitos do acusado, a responsabilização do indivíduo como consequência do cometimento de um delito. Entretanto, além de haver uma relação Estado-acusado, existe uma figura importante que perdeu, por muito tempo, a sua importância dentro da persecução penal: a vítima.

Com o intuito de discutir o papel ocupado pela vítima, bem como a importância dada a seus direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo se inicia com a evolução do tratamento da vítima criminal perante a persecução penal, analisando-se as fases tradicionalmente citadas pela doutrina: protagonismo, esquecimento e redescoberta.

Nessa última fase (atual), estudos sobre vitimologia foram desenvolvidos, com aprofundamento no conceito de vítima, bem como nas consequências que sobre ela recaem a partir da atividade criminosa. Fala-se, então, em vitimização e revitimização.

Nesse contexto de evolução, também merece destaque a legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, já que,

ainda que carecedor da efetividade necessária, existe cabedal normativo que visa a proteção dos direitos das vítimas no processo criminal brasileiro.

Entretanto, é possível perceber que há uma deficiência na concretização de tais direitos. Essa deficiência será demonstrada no presente artigo com base nas diversas condenações do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude da violação dos direitos humanos das vítimas de crimes.

Por fim, também serão apresentadas iniciativas, especialmente dentro do Ministério Público brasileiro, para a efetivação e proteção desses direitos.

Para alcançar os objetivos acima traçados, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica e análise documental, com base em livros, artigos, leis e decisões judiciais que tratam dos temas.

1. A EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

A importância da vítima para o processo penal sofre variações de acordo com o tempo e o sistema jurídico do qual se trata. Em um escorço histórico, a doutrina demonstra tal variação por meio da análise de 3 fases principais: a fase do protagonismo, fase da neutralização e fase da redescoberta³².

A vítima como protagonista fazia parte de um contexto em que ela própria ou o seu núcleo familiar era responsável pela perseguição e imposição do castigo. Segundo Roger de Melo

³² Por todos: MOLINA, García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 78-81.

Rodrigues³³, essa fase pode ser exemplificada pela “vingança privada” (ou “vingança de sangue”), em que não havia limitações ao poder de retribuição da vítima; pela “justiça privada” em que já se observava certa medida de proporcionalidade e racionalização, como no caso da Lei do Talião e da escolha de um membro da comunidade ou autoridade pública para fiscalizar o cumprimento das normas; pelo Direito Romano primitivo, caracterizado por uma repressão social-religiosa; por fim, pelos costumes feudais da idade média, com predominância da solidariedade, de modo que a família inteira do ofensor respondesse pelo delito.

Por outro lado, a fase de neutralização se insere na publicização do processo penal, com a transferência do *ius puniendi* à titularidade estatal, como uma “resposta pública” ao delito. Por um longo período, a vítima foi vista tão somente como um objeto do processo penal, relegando-se a ela a função de noticiar o crime, prestar esclarecimentos (como objeto de prova) e, de maneira excepcional, conduzir o processo penal como legitimado ativo (ação penal privada subsidiária da pública ou ação penal privada). Tal afastamento é alvo de críticas por parte da doutrina:

Mas há quem questione o caráter evolutivo desta mudança paradigma, uma vez que a delegação a real titularidade do direito de punir acabou afastando a construção de soluções de acordo com os interesses

³³ RODRIGUES, Roger. A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas. 2012. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 21/22. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_COMPLETA DISSERTACAO ROGER DE MELO RODRIGUES A VITIMA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

pessoais das vítimas. O ofendido acabou se tornando um mero “objeto” (*coisificação*), o *agente passivo*, ou simples meio de prova para se alcançar o autor do delito. Com isso, esvaiu-se qualquer pretensão subjetiva. O interesse estatal no cumprimento da norma, com a condenação do delinquente, acabou sobrepondo o interesse individual por trás da punição. Assim, desconsideraram-se as necessidades e os anseios de justiça das vítimas³⁴.

Entretanto, o genocídio operado pela Segunda Guerra Mundial importou em uma reavaliação da importância dos direitos humanos, especialmente das vítimas³⁵. Desse modo, a “fase da redescoberta” pode ser considerada a atual, sendo desenvolvidos estudos criminológicos sobre a vitimologia e novos instrumentos legais e institucionais de proteção, reparação e tratamento às vítimas do delito, os quais serão abordados ao longo do presente trabalho.

2. CONCEITOS IMPORTANTES: DE VÍTIMA À “REVITIMIZAÇÃO”

Não há lei em sentido estrito no Brasil que conceitue vítima. Aponta-se, entretanto, o conceito trazido pela Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça relativos às Vítimas da

³⁴ MASI, Carlo. A redescoberta da vítima para o direito penal. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 1, nº 63, p. 93 a 99, dez./jan., 2015. p. 94.

³⁵ Ibidem, p. 95

Criminalidade e de Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 de 29 de novembro de 1985 da ONU)³⁶:

A. Vítimas da criminalidade

1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e qualquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo vítima, inclui, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

Desse modo, há uma conceituação abrangente de vítima, a qual é seguida pela Resolução nº 243 do Conselho Nacional do Ministério Público ao estratificar tal conceito em vítima direta, indireta, de especial vulnerabilidade, coletiva e familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima:

³⁶ ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder#:~:text=Afirma%20a%20necessidade%20de%20ado%C3%A7%C3%A3o,2.>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

Art. 3º Entende-se por vítima qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos, sendo destinatários da proteção integral de que trata a presente Resolução: I - vítima direta: aquela que sofreu lesão direta causada pela ação ou omissão do agente; II - vítima indireta: pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública; III - vítima de especial vulnerabilidade: a vítima cuja singular fragilidade resulte, especificamente, de sua idade, do seu gênero, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização terem resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social; IV - vítima coletiva: grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática de crime, ato infracional ou calamidade pública que ofenda bens jurídicos coletivos, tais como a saúde pública, o meio ambiente, o sentimento religioso, o consumidor, a fé pública, a administração pública; V - familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima;

Tais normais se alinham ao conceito doutrinário de vítima, o qual não se confunde com o sujeito passivo da infração, por ser um conceito mais amplo. Nesse sentido, incluem-se todas as pessoas naturais e jurídicas sofrem um dano notável, direta ou indiretamente:

Por exemplo, quando os membros do grupo terrorista ETA assassinam um funcionário - o médico — do cárcere de El Puerto de Santa Maria, depois de haver-lhe ameaçado por carta, naturalmente sua esposa e filhos são sujeitos passivos, vale dizer, vítimas diretas, em sentido

restrito, do delito; mas também são vítimas indiretas e, em sentido amplo (mas verdadeiras vítimas desse delito), os outros médicos dos cárceres espanhóis que nesses dias haviam recebido cartas similares do ETA ameaçando-lhes como ao médico assassinado.³⁷

Outro conceito tratado pela doutrina corresponde à vitimização. Sobre o tema, tem-se a vitimização primária como a decorrente direta e imediatamente da prática do crime. Já a vitimização secundária ou “revitimização” é a provocada pelos agentes do Estado³⁸ ou pela própria sociedade, mediante a culpabilização da vítima³⁹.

Ainda que a vítima necessite de especial atenção em virtude de sua vulnerabilidade, nem sempre seus direitos são protegidos na realidade brasileira. Ao contrário: o atendimento processual dispensado à vítima, muitas vezes, pode causar mais males do que a própria prática do crime.

³⁷ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 92.

³⁸ Nesse sentido, o art. 4º, IV, da Lei nº 13.431/2017, conhecida como Lei do Depoimento Sem Dano, conceitua violência institucional como a praticada por “instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização”. Além disso, o art. 10-A, III, da Lei nº 11.340, Lei Maria da Penha, ao tratar sobre a oitiva de mulheres vítimas de violência doméstica, estabelece a diretriz da “não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada”.

³⁹ CUNHA, Rogério; FERNANDES, Valéria. Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais. Meu site jurídico, 2021. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/lei-14-24521-lei-mariana-ferrer-consideracoes-iniciais/>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

Por conta dessa realidade, é necessário analisar quais os instrumentos legais adotados pelo Brasil para a garantia dos direitos das vítimas.

3. A PROTEÇÃO DADA ÀS VÍTIMAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O movimento de redemocratização operacionalizado pela Constituição Federal de 1988 buscou salvaguardar diversos direitos individuais e coletivos frente ao poder estatal, o que também inclui os direitos das vítimas de delitos.

Diferentemente do que ocorre com os direitos do acusado frente ao Estado, a Constituição Federal não trata de forma expressa e específica sobre os direitos da vítima no rol de direitos fundamentais do art. 5º. Entretanto, é possível extrair do fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da proporcionalidade as bases para se falar em uma sistematização de tais direitos.

Monize Flávia Pompeo⁴⁰ traz importante conclusão no sentido de que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada aos direitos das vítimas, tendo em vista a necessidade de se criar mecanismos que prevenissem e combatessem os horrores

⁴⁰ POMPEO, Monize. A dignidade da pessoa humana como eixo interpretativo da persecução criminal: meios consensuais de solução de conflitos como instrumentos de ressignificação do papel da vítima. 2021. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 66. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/25778/1/Monize%20Fl%C3%A1via%20Pompeo.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

vivenciados pelas vítimas do Holocausto. Tal princípio é definido por Ingo Sarlet como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.⁴¹

Para além do princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os direitos que dele decorrem, a Constituição Federal prevê imperativo de tutela expresso em relação aos direitos de reparação às vítimas de crime: “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito” (art. 245 da CF).

Trata-se, assim, de um fundo nacional de compensação para determinadas vítimas. Por ser norma constitucional de eficácia limitada, necessita de regulamentação, a qual ainda não foi aprovada pelo Congresso Nacional. Confira-se a crítica de Lélío Calhau:

Mas que tipo de norma é essa, que trinta e um anos depois, tempo mais do que suficiente para o Estado brasileiro se organizar para todos os efeitos, em especial,

⁴¹ Ibidem, p. 67.

o orçamentário, é solenemente esquecida ou dolosamente descumprida? Trata-se de mais um caso de descaso doloso do Estado brasileiro em face das vítimas criminais⁴².

Em decorrência de tal omissão, a Procuradoria Geral da República, em fevereiro de 2021, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº 62) instando que o Congresso Nacional supra a omissão inconstitucional. Na inicial, sustenta-se que a “morte ou a incapacitação do responsável pela manutenção da família geralmente resulta em perda financeira drástica, sendo necessária proteção social que resguarde um mínimo garantidor da reconstrução do âmbito familiar e da própria sobrevivência em dignas condições”⁴³.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, a doutrina e jurisprudência⁴⁴ ensinam que os direitos fundamentais contêm

⁴² CALHAU, Lélío. **Criminologia, vitimologia e direitos das vítimas: um (ainda) triste panorama da realidade brasileira**. In: SHECAIRA, Sergio Salomão; ALMEIDA, Julia de Moraes; FERRANI, Luigi Giuseppe Barbieri (Orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvino Augusto de Sá*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 316.

⁴³ Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=6120625>> Acesso em: 24 fev. 2023

⁴⁴ Nesse sentido, confira-se ementa de caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA.

ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. **Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. [...]** 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. **Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.** 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há,

uma proibição de intervenção e também o denominado postulado de proteção. Não existe, assim, apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot):

Enquanto a Proibição de Excesso (übermaBverbot) depende da aferição de estar sendo restringido excessivamente um direito fundamental (especialmente os de primeira geração), a Proibição de Proteção Deficiente (untermaBverbot) está em se apurar quando direitos fundamentais – em face de condutas (notadamente criminais) que os atinjam – não estão sendo suficientemente protegidos, ou ainda, quando se está afastando indevidamente o cumprimento dos deveres fundamentais⁴⁵.

no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha direta de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA. (HC 102087, Relator(a): CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001)

⁴⁵ PEREIRA, F. V.; FISCHER, D. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos: according to the precedents of the european courts and inter-american commission on human rights. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 59–88, 2019. DOI: 10.54275/raesmpce.v11i1.66. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/66>. Acesso em: 26 fev. 2023. p. 65.

A faceta da proibição da proteção deficiente está diretamente relacionada aos chamados mandados constitucionais de criminalização. Tais mandados, a exemplo da criminalização do racismo (art. 5º, XLII, da CF) e da exigência de punição severa ao abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, §4º, da CF), visam a proteção das vítimas.

Fala-se, portanto, em um garantismo integral, decorrente da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, em que não há prevalência de um sobre o outro:

Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas de direitos fundamentais individuais implica – ao menos para nós – uma teoria que denominamos de garantismo monocular: evidencia-se desproporcionalmente e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, não é e nunca foi o propósito único do garantismo integral⁴⁶.

Assim, voltar os olhos para os direitos das vítimas não significa desconsiderar os direitos do acusado. A própria declaração nº 40/34 da ONU menciona que os direitos das vítimas devem ser garantidos “sem prejuízo dos direitos dos suspeitos ou delinquentes”, o que afasta argumentações infundadas de que se estaria criando um “monolítico ‘Direito Penal da Vítima’”⁴⁷.

⁴⁶ FISCHER, D. O que é Garantismo Integral?. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77>>. Acesso em: 26 fev. 2023. p. 149-150.

⁴⁷ CALHAU, op. cit., p. 312.

Considerando as bases constitucionais dadas ao legislador ordinário, especialmente no que tange aos postulados de proteção, importante conhecer as iniciativas legislativas que intencionam a proteção das vítimas no percurso processual penal.

4. A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL E AS VÍTIMAS CRIMINAIS

A doutrina sistematiza os principais direitos e garantias das vítimas tutelados no ordenamento jurídico processual penal brasileiro, destacando quatro vertentes de direitos vitimais: direito à proteção, direito à informação, direito à participação e direito à solução consensual do processo. Em relação ao direito de proteção da vítima em sua acepção mais restrita, observa-se o direito a um tratamento respeitoso, direito à proteção da segurança, direito à proteção da privacidade, direito a uma assistência multidisciplinar (médica, psicológica, social, jurídica) e direito ao amparo econômico do Estado⁴⁸.

Tradicionalmente, no que diz respeito às ações penais públicas incondicionadas, o CPP voltou-se para a vítima apenas na fase de produção probatória com a possibilidade, inclusive, de sua condução coercitiva (art. 201, §1º).

Entretanto, pontuais reformas passaram a operar mudanças nessa realidade. A Lei nº 11.690/2008, por exemplo, alterou o art. 201 do CPP, para reconhecer alguns direitos de proteção à vítima, como o direito à separação física do acusado

⁴⁸ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. Políticas Públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 32–58, 12 jul. 2017. p. 7.

por ocasião da instrução, o direito ao atendimento multidisciplinar e às providências necessárias para a preservação da honra, da privacidade e da imagem no curso do processo. Ainda, promoveu importante alteração em relação ao direito à informação da vítima que, independentemente de sua habilitação como assistente, deve ser comunicada a respeito da entrada e saída do acusado da prisão, designação da data para realização da audiência, prolação da sentença ou do acórdão respectivo que a mantenha ou modifique.

Além disso, a Lei nº 11.719/2009 concedeu nova redação ao inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando ao juiz, por ocasião da sentença penal condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal. Sobre o tema, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é, inclusive, no sentido de que os danos morais estão abrangidos pelo espectro dessa norma, conforme se verifica, exemplificativamente, da leitura da seguinte ementa de julgado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO CIVIL DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO PENAL. ART. 387, IV, DO CPP. ABRANGÊNCIA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Considerando que a norma não limitou nem regulamentou como será quantificado o valor mínimo para a indenização e considerando que a legislação penal sempre priorizou o ressarcimento da vítima em relação aos prejuízos sofridos, o juiz que se sentir apto, diante de um caso concreto, a quantificar, ao menos o mínimo, o valor do dano moral sofrido pela vítima não poderá ser impedido de fazê-lo. 2. Ao fixar o valor de indenização previsto no artigo 387, IV, do CPP, o juiz deverá fundamentar minimamente a opção, indicando o *quantum* que se refere ao dano moral. 3. Recurso especial improvido. (STJ - Resp no 1.585.684 - DF 2016/0064765-6. Sexta Turma. Rel. Min. Maria

Thereza de Assis Moura. j. em 09/08/2016. DJe 24/08/2016).

Na legislação extravagante, a Lei nº 9.807/1999 estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas (além de dispor sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal).

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), apesar de voltada precipuamente ao âmbito da violência doméstica, também influenciou diretamente na escalada protetiva dos direitos das vítimas, com instrumentos de prevenção, atuação integrada em rede de proteção, previsão das medidas protetivas de urgência, dentre outros.

Ressalte-se que, em relação ao art. 387, IV do CPP e sua incidência nos processos que tratam de violência doméstica, o Superior Tribunal de Justiça firmou tese no sentido de que a reparação dos danos sofridos é *in re ipsa*, ou seja, independe de instrução, bastando que haja o pedido expresso por parte da acusação. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRÁRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] 3. A evolução legislativa ocorrida na

última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização

e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. **TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.** (REsp n. 1.643.051/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 8/3/2018.) (grifou-se)

Outro diploma importante é a Lei nº 12.845/2013, a qual dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, inclusive no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Ainda, a Lei nº 13.431/2017, voltada à proteção de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, criou mecanismos de prevenção e mitigação da violência sofrida, com a previsão da escuta especializada e do depoimento especial. Ressalte-se que a referida lei trata expressamente da revitimização, relacionando-a à violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada (art. 4º, IV).

Mais recentemente, a Lei nº 14.245/2021, nomeada pelo próprio legislador como “Lei Mariana Ferrer”, alterou a instrução nos ritos ordinário, sumaríssimo e do júri, visando coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas no curso da instrução processual.

Dentre outras disposições, tal lei previu que quando da oitiva das vítimas ou testemunhas em juízo (o que deve ser, teleologicamente, ampliado para a fase de investigação), em especial quando se apurem crimes contra a dignidade sexual, há o dever de zelo pela integridade física e psicológica da vítima. Assim, não se permite “a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos” ou a “utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas”.

Sobre o tema, importante crítica é feita por Bianchini, Bazzo e Chakian para quem é devastador que se precise de uma legislação penal e processual para reforçar direitos que, por si só, já mereceriam atenção no Sistema de Justiça, especialmente em relação àquelas vítimas que mais sofrem com o trauma e estigma, como no caso das vítimas de violência sexual⁴⁹.

Mencione-se, ainda, a tipificação criada pela Lei nº 14.321/2022 que tipificou o crime de violência institucional como um tipo de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2022).

Por fim, ganham destaque os instrumentos de justiça consensual que, paulatinamente, foram inseridos na legislação brasileira. É o caso da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo previstos pela Lei nº 9.099/95, entendidos como instrumentos de conciliação que

⁴⁹ BIANCHINI, Alice; Bazzo, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 49.

tendem a propiciar uma reparação dos danos mais rápida e eficiente para a vítima, evitando também a estigmatização do acusado.

Destaque-se o acordo de não persecução penal (previsto atualmente no art. 28-A do Código de Processo Penal), que, para parte da doutrina, tem na reparação dos danos um dos motivos mais fortes para a sua existência. Nesse sentido:

Assim, a condição de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima que pode ser imposta no acordo de não persecução penal tem por finalidade, como evidencia a clareza do texto legal, minimizar os danos causados ao ofendido, ilustrando a preocupação do Direito Processual Penal não apenas com os direitos e garantias dos investigados e acusados, mas, também, com os dos sujeitos passivos de crimes, o que demonstra a adoção do garantismo penal integral pela atual legislação. Logo, a vítima passa a ter interesse no resultado da persecução penal, não apenas numa perspectiva da ação penal privada subsidiária da pública ou da ação reparatoria cível, mas também podendo obter a reparação dos seus danos pela via do ANPP. Além disso, a recente alteração do artigo 28 do Código de Processo Penal (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) prevê a intimação da vítima da decisão de arquivamento do inquérito policial e, no § 1º, a possibilidade de recorrer às instâncias de revisão do Ministério Público, contra tal posicionamento, demonstrando essa mudança de paradigmas⁵⁰.

Nessa escalada protetiva, em que se destacam os direitos de proteção e informação, há tanto o desenvolvimento da

⁵⁰ POMPEO, op. cit., p. 234.

doutrina, quanto de decisões judiciais e políticas públicas que possibilitam a expansão de um sistema de proteção às vítimas⁵¹.

Porém, há forte crítica de parte da doutrina⁵² diante da ainda incipiente sistematização de dados relacionados ao tema, como o perfil das vítimas de determinados crimes ou os custos da criminalidade em geral no que tange às consequências do delito para a própria vítima e para o Estado (trabalho, previdência, saúde física e mental etc.). Assim, para guiar políticas públicas sérias são necessárias pesquisas igualmente sérias, para evitar que a normatização seja apenas simbólica.

5. PARÂMETROS INTERNACIONAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO DO BRASIL PERANTE A CORTE IDH

No contexto de “redescoberta” da vítima no processo penal, a resolução nº 40/34 de 1985 da ONU (declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas de criminalidade e abuso de poder) chama atenção para a necessidade de acesso à justiça por parte das vítimas, que devem ser tratadas com

⁵¹ SUXBERGER, A. H.; DE CASTRO, H. B. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A VÍTIMA: AÇÕES DO CNJ E CNMP EM FACE DA AGENDA ODS 2030. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 5, n. 8, p. 185–221, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i8.124. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/124>. Acesso em: 26 fev. 2023. p. 4.

⁵² Senhor criminologia. Estudo sobre a vítima criminal. YouTube, 22 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pY72qwiLrNw>>. Acesso em 26 fev. 2023.

“compaixão e respeito”⁵³, além de reparadas pelos danos advindos do delito.

Além disso, considerando o sistema interamericano, já são onze as condenações do Estado brasileiro perante a Corte IDH⁵⁴, todas relacionadas direta ou indiretamente à desídia com as vítimas no processo.

Ressalte-se recente condenação no caso “Márcia Barbosa e outros vs. Brasil”, de setembro de 2021, que envolveu a demora do sistema de justiça brasileiro em dar resposta a um feminicídio praticado por um detentor de foro por prerrogativa de função no estado da Paraíba. A investigação e processo correram entre 1998 e 2007, findando-se com a morte do réu que, condenado em primeira instância, não chegou a cumprir pena.

Tal caso é emblemático em relação à violação dos direitos da vítima e seus familiares, tendo em vista a estigmatização da imagem da vítima realizada pelos atores do sistema de justiça. Nesse sentido, a corte IDH reconheceu que durante a persecução penal “existiu uma intenção de desvalorizar a vítima por meio da neutralização de valores”:

Com efeito, durante toda a investigação e o processo penal, o comportamento e a sexualidade de Márcia

⁵³ Confira-se: 4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido. de acordo com o disposto na legislação nacional.

⁵⁴ Por questões metodológicas, escolheu-se não tratar neste artigo de todas as condenações de maneira específica. Porém, confira-se os casos de condenação mencionados: Ximenes Lopes; Escher e outros; Garibaldi; Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia); Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde; Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (“Favela Nova Brasília”); Povo Indígena Xucuru e seus membros; Herzog e outros; Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e seus familiares; Márcia Barbosa de Souza e seus familiares; e Sales Pimenta.

Barbosa passaram a ser um tema de atenção especial, provocando a construção de uma imagem de Márcia como geradora ou merecedora do ocorrido, e desviando o foco das investigações através de estereótipos relacionados com aspectos da vida pessoal de Márcia Barbosa, que por sua vez foram utilizados como fatos relevantes para o próprio processo. O fato de que era uma mulher representou um fator facilitador de que “o significado do ocorrido se construa com base em estereótipos culturais gerais, ao invés de concentrar-se no contexto do ocorrido e nos resultados objetivos apresentados pela investigação”.⁵⁵

Percebe-se, de maneira patente, o fenômeno da revitimização que também recaiu sobre os familiares da vítima direta. Nesse contexto, importante ressaltar que a Corte IDH já reconheceu por diversas vezes a possibilidade de reparação aos familiares, como vítimas de violação de direitos humanos. Nesse sentido:

159. A Corte considerou, em reiteradas oportunidades, que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.²⁶¹ Este Tribunal considerou que é possível declarar violado o direito à integridade psíquica e moral de “familiares diretos” de vítimas e de outras pessoas com vínculos estreitos com tais vítimas, em razão do sofrimento adicional que estes padeceram como produto das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus entes queridos, e por causa das posteriores atuações ou omissões das autoridades estatais frente a estes fatos,²⁶² tomando em consideração, entre outros,

⁵⁵

Disponível

em:

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf>.

Acesso em 26 fev. 2023.

as gestões realizadas para obter justiça e a existência de um estreito vínculo familiar.⁵⁶

Há condenação ainda mais recente, referente ao caso Sales Pimenta vs. Brasil, de junho de 2022, que envolveu a falha no dever de investigar a morte de ativista de direitos humanos no estado do Pará.

A doutrina destaca que essas condenações perante a Corte IDH não implicam a aniquilação ou a mitigação injustificada de garantias da defesa e do acusado. Porém, para evitar “casos de impunidade que se retroalimentam e potencializam o ciclo de violações e de desamparo das vítimas dessas violações”⁵⁷, devem ser efetivamente observadas pelo Estado as normas de proteção aos direitos das vítimas.

6. INICIATIVAS INSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO: O PAPEL PRIMORDIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante do quadro nacional e internacional que urge por maior proteção dos direitos individuais e coletivos de vítimas de delitos, é importante destacar a concretização de boas práticas efetuadas pelos atores no âmbito da justiça criminal.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio; FARIA, Marcelle; OLIVEIRA, Kledson. O Brasil é novamente condenado pela Corte Interamericana. **Consultor jurídico, 2020. Disponível em:** < https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opinioao-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana#_ftn1>. **Acesso em: 24 fev. 2023**

Nesse sentido, em interessante estudo, Suxberger e Castro⁵⁸ discorrem sobre as ações do Conselho Nacional de Justiça em face do objetivo 16 da Agenda 2030 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), com destaque para a Resolução nº 225/16 a qual prevê a instauração da justiça restaurativa dentro do Judiciário:

Ela vem a definir que seria a justiça restaurativa no seu art. 1º, reflexo direto do direito à solução consensual do processo, dando foco na participação da vítima, família e envolvidos e da comunidade atingida pelo fato, conforme inciso I do referido artigo, podendo ser utilizada de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, diante da previsão do §2º. No artigo 2º vem a definir os princípios que irão reger a aplicação da justiça restaurativa e o modo como o procedimento irá se desenvolver.

Do artigo 3º em diante há a estruturação do modo como a Justiça Restaurativa irá funcionar, colocando objetivos, dividindo competências entre os entes participantes do sistema de justiça restaurativa e os tribunais no art. 4º e 5º, respectivamente. No Capítulo VI, que abarca o artigo 7º ao 12, há a descrição do procedimento no âmbito judicial. Relativamente a políticas públicas, o Capítulo VII cria os mecanismos de monitoramento e avaliação do projeto de instauração da Justiça Restaurativa.

Porém a plena atenção aos direitos das vítimas apenas se faz efetiva se o enfrentamento das violações se der de forma articulada entre as instituições do Sistema de Justiça, dentro do qual se destaca a função ministerial.

Assim, Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 243/2021 sobre o tema, com diretrizes para o

⁵⁸ SUXBERGER, A. H.; DE CASTRO, H. B. op. cit., p. 208-209.

acolhimento integral das vítimas de crimes. Além disso, criou o “Movimento Nacional em Defesa das Vítimas”⁵⁹, o que gerou iniciativas importantes nos ministérios públicos estaduais⁶⁰.

Além de trazer um conceito amplo de vítima, reconhecendo a sua situação de vulnerabilidade, a referida resolução afirma o papel do Ministério Público como fomentador de políticas públicas e prestador direto de assistência, acolhimento e atenção à vítima, independentemente do desenvolvimento do processo criminal. Assim, a instituição assume a sua importante posição de garantidora nesse processo de erradicação de vulnerabilidades das vítimas, sobretudo quando são sobrepostas (interseccionalidades)⁶¹.

⁵⁹ Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvittimas/>>. Acesso em: 23 fev. 2023.

⁶⁰ Como exemplo, no Ministério Público do Mato Grosso do Sul existe o “Projeto Acolhida”, no âmbito do Núcleo Criminal, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais e de Controle Externo da Atividade Policial - NUCRIM/CAOCRIM, que busca promover o acolhimento e o acompanhamento periódico para essas famílias de vítimas, inicialmente, de homicídio e feminicídio consumados, na Capital, com previsão de extensão a outros crimes e a outras cidades do estado. Já em - Em setembro de 2022, criou-se no âmbito do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais e de Controle Externo da Atividade Policial, o Núcleo de Apoio às Vítimas de Crimes e Atos Infracionais Violentos (NAVIT), para realização de ações destinadas à proteção dos direitos tanto das vítimas de crimes e de atos infracionais violentos quanto de seus familiares, com o intuito de lhes garantir atendimento/apoio humanizado, informação, orientação jurídica, proteção, acesso à justiça e encaminhamento para atendimento psicossocial ou de saúde. Disponível em: < <https://www.mpms.mp.br/portal-das-vittimas>>. Acesso em: 23 fev. 2023.

⁶¹ Escola Superior do MPPR. [Julgados e Comentados] #59 - Implementação da Política institucional de proteção e apoio às vítima.. YouTube, 02 de março de 2022. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=fmo2gLAPsjQ>>. Acesso em 24 fev. 2023.

CONCLUSÃO

Diante do arcabouço jurídico traçado, é possível perceber que os direitos das vítimas criminais dentro e fora do processo penal tem passado por uma evolução, sendo atualmente reconhecidos como direitos fundamentais e humanos.

Com o desenvolvimento de estudos e da legislação sobre o tema, demonstra-se que o Sistema de Justiça como um todo deve voltar sua atenção, também, para a vítima, independente de ela ocupar posição processual (como autora de eventual ação penal privada ou mesmo como objeto de prova).

Deve assim, ser considerada como um sujeito de direitos que, tendo seus direitos violados por meio do cometimento do delito, não deve ser desrespeitada no curso da persecução penal, sob pena de haver uma revitimização.

Nesse sentido, as inúmeras condenações do Brasil perante a Corte IDH servem de reforço para que os atores processuais atentem para ações concretizadoras dos direitos das vítimas criminais, como buscado em recentes iniciativas do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Por fim, ressalte-se que dar ênfase a essa temática não significa buscar limitar os direitos do acusado. Ao contrário: diante de um processo penal equilibrado, é possível resguardar os direitos de todos os envolvidos, com proporcionalidade e humanização do processo penal.

REFERÊNCIAS

- BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. 1. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2000.
- BIANCHINI, Alice; Bazzo, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- CALHAU, Lélío. **Criminologia, vitimologia e direitos das vítimas: um (ainda) triste panorama da realidade brasileira**. In: SHECAIRA, Sergio Salomão; ALMEIDA, Julia de Moraes; FERRANI, Luigi Giuseppe Barbieri (Orgs.). *Criminologia: estudos em homenagem ao professor Alvino Augusto de Sá*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 305-327.
- CUNHA, Rogério; FERNANDES, Valéria. Lei 14.245/21 (Lei Mariana Ferrer): Considerações iniciais. Meu site jurídico, 2021. Disponível em: <
<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/lei-14-24521-lei-mariana-ferrer-consideracoes-iniciais/>>. Acesso em: 24 fev. 2023
- Escola Superior do MPPR. [Julgados e Comentados] #59 - Implementação da Política institucional de proteção e apoio às vítima.. YouTube, 02 de março de 2022. Disponível em: <
<https://www.youtube.com/watch?v=fmo2gLAPsjQ>>. Acesso em 24 fev. 2023.
- FISCHER, D. O que é Garantismo Integral?. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <
<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

MASI, Carlo. A redescoberta da vítima para o direito penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 1, nº 63, p. 93 a 99, dez./jan., 2015.

MAZZUOLI, Valerio; FARIA, Marcelle; OLIVEIRA, Kledson. O Brasil é novamente condenado pela Corte Interamericana. **Consultor jurídico, 2020. Disponível em:** <
https://www.conjur.com.br/2020-nov-01/opinioao-brasil-novamente-condenado-corte-interamericana#_ftn1>. **Acesso em: 24 fev. 2023**

MOLINA, García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Disponível em:
<<https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaraao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder#:~:text=Afirma%20a%20necessidade%20de%20ado%C3%A7%C3%A3o,2.>>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

PEREIRA, F. V.; FISCHER, D. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos: according to the precedents of the european courts and inter-american commission on human rights. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 59–88, 2019. DOI: 10.54275/raesmpce.v11i1.66. Disponível em:**
<https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/66>. Acesso em: 26 fev. 2023.

POMPEO, Monize. A dignidade da pessoa humana como eixo interpretativo da persecução criminal: meios consensuais de solução de conflitos como instrumentos de ressignificação do papel da vítima. 2021. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <

<https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/25778/1/Monize%20F1%C3%A1via%20Pompeo.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2023.

RODRIGUES, Roger. A vítima e o processo penal brasileiro: novas perspectivas. 2012. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082013-135837/publico/VERSAO_COMPLETA DISSERTACAO ROGER DE MELO RODRIGUES A VITIMA E O PROCESSO PENAL_BRASILEIRO.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

Senhor criminologia. Estudo sobre a vítima criminal. YouTube, 22 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=pY72qwiLrNw>>. Acesso em 26 fev. 2023.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; CANÇADO, Mayara Lopes. Políticas Públicas de proteção à vítima: uma proposta de arranjo institucional de segurança pública. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. 15, n. 20, p. 32–58, 12 jul. 2017.

SUXBERGER, A. H.; DE CASTRO, H. B. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A VÍTIMA: AÇÕES DO CNJ E CNMP EM FACE DA AGENDA ODS 2030. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [S. l.], v. 5, n. 8, p. 185–221, 2020. DOI: 10.24861/2526-5180.v5i8.124. Disponível em: <https://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/124>. Acesso em: 26 fev. 2023.

A COISA JULGADA NAS DEMANDAS COLETIVAS DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O RESP 1302596-SP

THE THING JUDGED IN COLLECTIVE DEMANDS OF HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS AND RESP 1302596-SP

Felipe De Queiroz Villarroel

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o instituto da coisa julgada nas demandas coletivas de interesses individuais homogêneos. Para isso abordará o instituto com base nos postulados classicamente delimitados no âmbito do direito processual individual, apresentado os seus elementos, requisitos e alcance. Em seguida serão apresentadas as peculiaridades do microssistema coletivo e seu mecanismo de formação, quando em voga direitos difusos e coletivos em sentido estreito. Ao final, revisitados os postulados clássicos e próprios das demandas coletivas, serão delimitados os contornos do instituto nas demandas acidentalmente coletivas. Defende-se que o Superior de Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. nº 1302596-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, apresentou novos contornos para a coisa julgada quando em voga direitos individuais homogêneos, adotando perspectiva doutrinária que realiza interpretação sistemática do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Direito Coletivo, processo coletivo, coisa julgada, coisa julgada nas ações coletivas, direitos individuais homogêneos, Resp. 1302596-SP.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of res judicata in collective demands of homogeneous individual interests. For this, it will address the institute based on the postulates classically delimited within the scope of individual procedural law, presenting its requisite elements and scope. Next, the peculiarities of the collective system and its formation mechanism will be presented, when diffuse and collective rights in the narrow sense are in vogue. In the end, revisiting the classic postulates and specific to collective demands, the contours of the institute will be delimited in accidentally collective demands. It is argued that the Superior Court of Justice, in the judgment of Resp. n°. 1302596-SP, reported by Minister Ricardo Villas Bôas Cueva, presented new contours for res judicata when homogeneous individual rights are in vogue, adopting a doctrinal perspective that performs a systematic interpretation of article 103 of the Consumer Defense Code.

Keywords: Collective Law, collective process, res judicata, res judicata in class actions, homogeneous individual rights, Resp. 1302596-SP.

1 – A COISA JULGADA NOS PROCESSOS INDIVIDUAIS:

Para a configuração da coisa julgada material é necessária a conjunção de determinados requisitos. Toda decisão

jurisdicional que verse sobre o mérito da questão apresentada pelas partes em cognição exauriente, de modo que, ao final, seja possível observar a sua máxima preclusão, estará apta a cobrir-se com o manto da coisa julgada material.

Por decisão jurisdicional entende-se toda aquela proferida por órgão detentor da função estatal, mediante a qual, através do processo, o poder jurisdicional se subtrai aos titulares dos interesses em conflito resolvendo a contenda.

A decisão jurisdicional deve ser direcionada à solução do mérito, resolvendo o objeto litigioso. Sempre que o julgador acolher ou rejeitar os pedidos formulados pelo autor na petição inicial, estará configurado o requisito em debate.

Todavia, esta simples atuação do órgão jurisdicional voltada ao deslinde dos pleitos formulados pelo arrazoado incoativo não é suficiente, sendo necessário que este realize juízo em cognição exauriente e que ocorra a preclusão consumativa.

As questões a serem dirimidas são, em sentido estrito, todas aquelas que dizem respeito a ponto de fato ou de direito controvertido, ou, em sentido amplo, às questões principais do processo - os pedidos formulados.

Lembra Fredie Didier Jr. (2011, p. 312) que existem duas espécies de questões processuais: aquelas que são postas como fundamento para a solução de outras; e as que são postas para que sobre elas haja decisão judicial. Em todas haverá ato cognitivo, porém apenas ocorrerá o *iudicium* na última, com a formação da coisa julgada material, conforme o artigo 504 do Código de Processo Civil (art. 469 do CPC/73).

As primeiras dizem respeito às perquirições incidentais que devem ser solucionadas como etapas logicamente precedentes que comporão a fundamentação da decisão. Tornam-

se questões principais quando ganham novo corpo, como na ação de declaração incidental, passando a compor a coisa julgada material.

Desta forma, entende-se por cognição exauriente todo aquele ato judicial metodologicamente estruturado, voltado à completa e profunda solução das inquirições formuladas.

Na cognição exauriente parcial é possível observar peculiaridade na formação da coisa julgada, tendo em vista a limitação imposta por lei ao objeto cognoscível e meios de prova. Nesta a eficácia preclusiva será parcial, só se estendendo às alegações que, com relação objeto cognoscível, podiam ser deduzida, mas não foram.

Essa peculiaridade é o efeito gerador da pluralidade de regimes da coisa julgada, tais como o *secundum eventum assertionis*, o *secundum eventum defesionis* e o *secundum eventum probationis*.

Ocorre a coisa julgada *secundum eventum probationis*, por exemplo, no provimento denegatório de mandado de segurança, por insuficiência de provas pré-constituídas. O seu trânsito em julgado impedirá o juízo sobre o mesmo objeto, adstrito às mesmas provas pré-constituídas.

Quanto ao *jus assertionis*, temos que sua limitação automaticamente implica na limitação ao *jus defensionis* e vice-versa, todavia o legislador ora se serve da técnica de limitar um, mantendo o outro incólume.

Voltando aos elementos que compõem a coisa julgada material, tem-se por último a preclusão máxima, o que, segundo a doutrina clássica, equivaleria à coisa julgada formal. Deste modo, apenas com a junção de todos os requisitos

supramencionados, trazidos pela doutrina processualista clássica, é possível observar a formação da coisa julgada material.

Mas a quem a imutabilidade da coisa julgada se estende?

Tendo em vista que o foco é o viés individualista do instituto, a resposta deve ser buscada no Código de Processo Civil, em seu artigo 506 (art. 472 do CPC/73):

A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Desta regra se retira a seguinte consideração: somente as partes e seus sucessores, por inferência lógica, ficam cobertos pela coisa julgada. Assim, consideram-se vinculados: a) o autor; b) o réu; c) litisconsortes ativos e passivos, havendo; d) o terceiro interveniente, como o litisconsorciado voluntário, o litisdenuciado, o chamado, o nomeado e o substituto - não entra nesta listagem o assistente, posto que sua vinculação não se dá por força da coisa julgada, mas da eficácia da intervenção, como destaca Cândido Rangel Dinamarco (2003; p.323). O autor defende ainda que o substituto, que não é parte do processo, mas o é na relação jurídico-material controvertida, enquadra-se no conceito de parte para os fins do artigo mencionado.

Quais seriam os fundamentos que consubstanciariam essa limitação? Destacam-se duas razões básicas. A primeira diz respeito à garantia constitucional do contraditório que ficaria maculada caso um sujeito, não gozando das oportunidades processuais, ficasse impedido de discutir novamente o preceito sentencial.

A segunda parte da seguinte observação: o modo como a coisa julgada incide na vida das pessoas e as regras processuais relativas à legitimidade ad causam. Terceiros não ligados aos

pontos enfrentados no processo não teriam por que se interessar em seus resultados, já que a esfera dos seus direitos e obrigações não seriam por ela afetados.

Os terceiros absolutamente indiferentes, que compõem um número infinito de pessoas, praticamente toda a população do globo terrestre, não são autorizados a repor em discussão os efeitos da sentença proferida *inter alios*, não porque a coisa julgada não os atinja, mas porque sua vida não fica afetada por ela; e conseqüentemente, no plano do direito processual falta-lhes legitimidade *ad causam*. Antes de ser vedada por motivos políticos-constitucionais, portanto, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada material é excluída pelo próprio objeto da sentença de mérito e pelas regras relativas à titularidade do direito de ação (DINAMARCO; 2003; p.324).

A segunda parte do artigo 472 do CPC/73 consagrava que: a sentença operará efeitos perante terceiros quando em ações relativas ao estado de pessoa forem citados todos os interessados.

Inicialmente, cumpre melhor delimitar o conceito de terceiro interessado e indiferente.

O terceiro interessado é aquele que possui interesse jurídico na causa, em razão da existência de relação jurídica conexa ou dependente da deduzida em juízo. Já os indiferentes não matem nenhuma relação jurídica interdependente com a submetida à apreciação jurisdicional. Por não terem interesse jurídico na solução do conflito, não poderão intervir no processo, na condição de terceiro interessado.

Os terceiros que se submeteriam aos efeitos da sentença, devido à anterior previsão normativa, eram aqueles que não se

qualificavam como partes do litígio, não podendo, por isso, serem atingidos pela coisa julgada. Entretanto, possuíam interesse jurídico no litígio, podendo apenas ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, o que os garantia justamente essa condição. Possuíam legitimidade para ingressar no processo na qualidade de assistente simples da parte ou manifestar oposição aos efeitos da sentença.

Existem, ainda, terceiros juridicamente interessados que, independentemente de possuírem relação jurídica com a parte assistida, poderão ingressar no processo para discutir o litígio posto em juízo pelo autor. Nesse grupo se encontram, por exemplo, o tabelião, diante da ação anulatória de escritura fundada em dolo. Tal condição decorria do fato de a sentença, em sua fundamentação, produzir efeitos reflexos que atingiam o assistente, impedindo-o de discutir posteriormente a justiça da decisão.

Uma vez identificados os limites subjetivos da coisa julgada, centra-se na solução da seguinte questão: o que será exatamente abrangido pela coisa julgada?

O legislador de 1973 respondeu à questão através da positivação da norma prevista no art. 469. Segundo o dispositivo, não compõem a coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; b) a verdade dos fatos, estabelecidas como fundamento da sentença; c) a apreciação das questões prejudiciais, decididas de forma incidental no processo. Assim, a coisa julgada atinge apenas a parte dispositiva da sentença.

Cumprindo observar que o atual artigo 504 do Código de Processo Civil ampliou o limite de incidência da coisa julgada. Consonante a regra, não conformam os limites desse instituto os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte

dispositiva da sentença, e a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

É possível concluir, então, que o legislador passou a possibilitar a inclusão das questões processuais nos limites da coisa julgada. Para isso, entretanto, é necessário que: a) o juízo de mérito depender da resolução da questão prejudicial; b) tenha ocorrido o respeito ao contraditório prévio e efetivo; c) seja o juízo competente em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

Deste modo, a necessidade de propositura de ação declaratória incidental foi abandonada no Código de Processo Civil em vigência.

É relevante, ainda, tecer breves considerações a respeito da relação entre a coisa julgada e as circunstâncias fáticas que compõem a demanda. A imutabilidade ínsita ao instituto protege a declaração jurisdicional apenas enquanto as circunstâncias da causa permaneçam as mesmas. Sempre que alterações circunstanciais compuserem nova causa de pedir, será possível a formulação de nova demanda, que será considerada como completamente diversa da anterior.

Essa constatação é retirada da leitura do artigo 505 do Código de Processo Civil (art. 471 do CPC/73). Poderá o juízo conhecer da questão quando, nas relações continuativas, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, ou quando facultado pelo legislador.

No mesmo sentido a regra contida no art. 15 da Lei 5.478/68, onde está prescrito que: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

Por meio das regras apresentadas é possível observar atecnia por parte do legislador. Não é correto afirmar que não ocorre a formação da coisa julgada nas demandas continuativas. Em tais hipóteses, a alteração das circunstâncias fáticas implica alteração da causa de pedir e, por conseguinte, na formação de nova demanda. Logo, haverá nova coisa julgada, dessa vez ligada à nova circunstância enfrentada pelo julgador, o que não conflita com a anteriormente constituída.

Quanto ao modo de produção, verificam-se três diferentes tipos de coisa julgada: a) pro et contra; b) *secundum eventum litis*; e c) *secundum eventum probationis*.

O *modelo pro et contra* tem como característica o distanciamento entre a formação da coisa julgada e o resultado do processo. Logo, essa se forma independentemente do teor da decisão jurisdicional.

Em contrapartida, a coisa julgada *secundum eventum litis* diz respeito àquela que somente é produzida em um dos possíveis resultados do processo - procedência ou improcedência. Muito refutada pela doutrina, já que trata de modo diferente uma das partes da demanda, foi por muito esquecida.

A coisa julgada *secundum eventum probationis*, por sua vez, refere-se àquela que só se forma quando esgotada toda a forma de produção probatória. Assim, se a decisão proferida julgar a demanda improcedente por insuficiência de provas, não haverá a formação da coisa julgada.

Três são os efeitos produzidos pela coisa julgada: negativo, positivo e preclusivo.

O efeito negativo impedirá que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo.

O efeito positivo, por sua vez, aponta para a impossibilidade da questão principal, já decidida definitivamente e transitada em julgado, sofrer novo julgamento, caso retorne como questão incidental em outra lide. Em razão disto, o juiz está vinculado à decisão anterior.

Segundo Liebman (1981; p. 58), desde célebre monografia de Keler, realizada em 1927, é corrente a afirmação de que a autoridade da coisa julgada já não tem só uma função negativa, mas, também, positiva. O juiz está obrigado a reconhecer a existência do julgado anterior em todas as decisões que abordem o tema.

Todavia, para o autor esse efeito não é decorrência necessária da coisa julgada, estando ligado à eficácia da própria sentença. Nestes termos aduz:

Se se admitir, com efeito (como procurei demonstrar), que os efeitos que a sentença produz são de todo em todo independentes da coisa julgada, e que esta serve tão-só para torná-los imutáveis, claro é que a sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença.

Tal função positiva, assim chamada, da coisa julgada, com esta nada tem que ver, e é simplesmente a eficácia natural da sentença (LIEBMAN, 1981; p. 58).

É importante o reconhecimento, então, de que a coisa julgada opera de dois modos diferentes os efeitos: negativos e positivos. Estes impedem nova apreciação da matéria anteriormente decidida e impõem o reconhecimento do conteúdo

da norma primária formada em novas lides que abordem a temática.

A eficácia preclusiva da coisa julgada, ainda denominada de efeito preclusivo ou julgamento implícito, consigna que com o trânsito em julgado da decisão, todas as alegações e defesas que poderiam ter sido formuladas para o acolhimento ou rejeição do pedido reputam-se arguidas e repelidas.

O termo preclusão, em sentido amplo, já aponta para a perda de uma faculdade ou direito processual, que, por haver se esgotado, ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, não poderá ser renovado.

O objetivo principal do elemento está em estipular que, uma vez julgada a controvérsia e elaborada a regra concreta pelo órgão jurisdicional competente, todo o material utilizado como pressuposto para atingir essa declaração se torna irrelevante e superado.

A eficácia preclusiva atinge todo o curso do processo e as oportunidades de apresentações de teses pelas partes. Entretanto, deve ser analisada com cautela. Para sua afirmação peremptória, é necessária a constatação de que a parte teve a oportunidade de influir na decisão, por meio de apresentação de fatos e teses jurídicas.

Matérias que poderiam ser trazidas a juízo oportunamente, mas não o foram, ficam neutralizadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, o que não ocorrerá com aquelas não tinham como ser asseveradas.

Outro problema a ser solucionado encontra-se na delimitação de quais temas não deduzidos ficam acobertados pela

preclusão, em razão da presunção da possibilidade de apresentação.

Na solução desta questão, verifica-se divergência doutrinária. Corrente que segundo Fredie Didier Jr. (2011; p. 437) é majoritária entende que a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que serviriam para embasar a causa de pedir deduzida pelo autor.

Outra corrente, em contrapartida, afirma que a abrangência da eficácia diz respeito a todas as possíveis causas de pedir que consubstanciaram o pedido formulado, como defende Araken de Assis. Segundo o autor:

Se, porém, à vista do art. 474 do CPC/73, e de sua origem, alguma coisa parece razoável, esta reside na intenção de ampliar o contexto e os limites da coisa julgada para o fito de resguardar a imutabilidade da resposta judicial ao “pedido”. Por outro lado, a palavra “alegações”, simétrica a “defesa”, conjuga-se com a parte final, vale dizer, deve ser capaz de embasar o “acolhimento” do pedido. E o elemento, na demanda, hábil para ensejar a procedência – o verbo “acolher” possui este preciso significado no art. 269, I, do CPC – do pedido é exatamente a *causa petendi*. Nem se compreenderia, de resto, que à “defesa”, que cabe ao réu alegar, segundo o art. 300 do CPC/73, se contrapusesse não a causa e, sim, singelas “alegações”, vale dizer, os argumentos que a compõem. De modo que, por este lado, o art. 474 do CPC/73 abrange as causas do autor e as defesas do réu não deduzidas (ASSIS; 2001; p. 231).

Consonante o professor Didier, outra vertente é defendida por José Maria Tesheiner. Com visão intermediária, compreende que o efeito preclusivo da coisa julgada alcançaria

todos os fatos jurídicos de mesma natureza que poderiam servir para embasar o pedido formulado, mesmo que consistam em causa de pedir distintas. O crucial é que os fatos narrados devem ser substancialmente semelhantes (DIDIER JR; 2011; p. 439).

2. A COISA JULGA NAS DEMANDAS COLETIVAS:

No Brasil, assim como ocorre com nas Regras Federais de Procedimento Civil dos Estados Unidos da América do Norte, o procedimento a ser seguido depende em grande medida das características do direito protegido (GIDI, 2004, p. 51).

O regime jurídico da coisa julgada é compreendido a partir da identificação dos seguintes pontos, como salientam Fredie Didier Jr e Hermes Zanete Jr. (2011, p. 365): a) os limites subjetivos; b) os limites objetivos; e c) o modo de produção.

Quanto aos limites subjetivos, poderá a coisa julgada irradiar seus efeitos apenas com relação às partes que compõem a lide (inter partes), como ocorre com o processo civil individual. Poderá, ainda, atingir determinados terceiros que não participaram do processo, quando será denominada de ultra partes, ou ainda alcançar indistintamente a todos, independentemente de sua participação na demanda, o que se intitulou de efeito erga omnes.

Apesar de não haver diferenciação, no plano ontológico, entre os termos erga omnes e ultra partes, a sua utilização de forma diferenciada no processo coletivo foi de suma importância.

As expressões em questão devem ser compreendidas dentro da lógica estrutural em que se apresentam. Assim, verifica-se a eficácia erga omnes da imutabilidade do julgado sempre que

houver a necessidade de impor um âmbito amplo de indiscutibilidade e estabilidade, mesmo que a sentença se irradie em direção a situação jurídica coletiva específica, onde, apesar de haver uma dificuldade de delimitação dos sujeitos envolvidos, sabe-se que haverão determinados entes que dela não fruirão.

Por sua vez, a coisa julgada ultra partes se faz presente sempre que necessária a delimitação da imutabilidade. Netas hipóteses a imutabilidade da sentença coletiva não alcançará todos os seres humanos, mas apenas os membros da comunidade lesionada; o grupo, categoria ou classe lesionada; ou as vítimas lesionadas e seus sucessores.

Só se beneficiará do privilégio da imutabilidade os sujeitos especificamente determinados. Entes que, apesar de divergirem dos componentes da demanda, são previamente delimitados, o que não ocorre quando o modo de produção é erga omnes.

No plano dos limites objetivos, por sua vez, teremos que a coisa julgada material, assim como nas demandas individuais, afetará apenas o conteúdo da norma concreta contida na parte dispositiva da sentença.

Por último, quanto ao modo de produção, existirão três tipos diversos de coisa julgada. O primeiro diz respeito à formação pro et contra. Nesta a coisa julgada se faz presente independentemente do resultado do processo, se procedente ou improcedente.

Outro modo de produção a ser destacado diz respeito à formação secundum eventum litis. Ocorre este sempre que estiver vinculada a formação da coisa julgada a juízo de valor positivo (procedência) presente no conteúdo da decisão. Nesta hipótese, caso sobrevenha um desvalor (improcedência) na análise

jurisdicional do caso concreto, será facultada a nova proposição da demanda.

Este modo de produção não angariou grande aceitação no cenário jurídico-processual, uma vez que, dentro da lógica dualista processual, sempre prejudicará em demasia uma das partes do processo.

Ainda com relação ao modo de produção em debate, destaca-se a observação imprimida pela professora Ada Pellegrine Grinover (2005, p. 07). Consonante a autora, no plano ontológico há uma grande diferenciação entre a formação da coisa julgada *secundum eventum litis* e a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*. Esta é técnica de extensão dos efeitos do julgado a terceiros determinados, que seriam afetados pela coisa julgada *erga omnes*, não modo de produção da coisa julgada, que poderia ser *pro et contra*, ou *in utilibus*.

Exemplo clássico em que se pode verificar a ocorrência da extensão em questão diz respeito aos credores ou devedores solidários. Havendo a solidariedade, é facultado a qualquer um dos entes demandar (ou nos casos de solidariedade passiva, ser demandado). Aqui a coisa julgada atinge aos demais que não participaram do processo, apenas se não lhes prejudicar (*in utilibus*).

Voltando-se novamente aos três modos de produção, tem-se por último o *secundum eventum probationis*. Neste a formação da coisa julgada estará condicionada ao esgotamento da produção dos mecanismos probatórios. Caso o juízo entenda, a partir da distribuição do ônus da prova, que a parte dela não se desincumbiu, sendo o juízo pela improcedência da postulação, não será formada a coisa julgada.

Uma vez analisados os principais pontos atinentes ao regime jurídico da coisa julgada coletiva ativa, resta verificar

como se dá a formação nos diretos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Conceitua-se direito difuso como sendo toda aquela garantia metaindividual, indivisível, cujos titulares não podem ser a priori delimitados, posto que indeterminados, mas apresentam uma sintonia quanto à situação fática, não suficiente para garantir um vínculo comum de natureza jurídica.

O direito coletivo *stricto sensu*, por sua vez, é todo aquele direito transindividual de natureza indivisível. Neste caso é possível de falar em titularidade definida, seja pela existência de um grupo, categoria ou classe de pessoas relacionadas entre si, mesmo que o alcance deste grupo seja de difícil delimitação. Neste caso, os membros do grupo estarão ligados uns aos outros, ou à parte contrária, por uma relação jurídica prévia. Tal direito encontra-se previsto no inciso II, do § único, do art. 81 do CDC.

Identificar o direito como metaindividual significa afirmar que sua existência independe de qualquer indivíduo ou grupo, sendo então uma garantia transcendental assegurada pelo legislador. Dessa característica chega-se à irrelevância de delimitar-se os indivíduos que possivelmente serão afetados com tal proteção, já que tal observação não será capaz de atingir tal garantia.

A característica da indivisibilidade aponta, por sua vez, para a existência de uma íntima relação entre os interesses dos sujeitos da proteção. A intensidade desta relação é tamanha que a satisfação de um elemento do grupo garante a satisfação das pretensões de todos. Do mesmo modo, a mácula a um sujeito implica na violação do direito de todo o grupo.

Quanto à indivisibilidade dos direitos coletivos *stricto sensu*, nota-se que esta deriva somente da autorização legal, dada no sentido de viabilizar o tratamento coletivo à controvérsia,

facultando a existência de uma sentença que venha a tratar o caso de uma forma uniforme.

Os direitos difusos, quando alvos de demandas coletivas, serão imortalizados pela coisa julgada erga omnes, segundo determina o art. 103, I do Código de Defesa do Consumidor. Esta regra consigna, ainda, em seu inciso II, que os direitos coletivos serão alvos da coisa julgada ultra partes. Nas duas hipóteses ressalta o legislador que a insuficiência de provas afetará diretamente a formação da indiscutibilidade do julgado.

Assim, a improcedência da demanda, quando justificada na ausência de produção probatória suficiente à formação do juízo cognitivo do julgador, possibilitará que qualquer legitimado formule nova ação, com idêntico fundamento, desde que embasada em novas provas.

Tal faculdade reproposicional da demanda é também figura marcante nas demais previsões normativas do microssistema de processo coletivo, tais como o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública e o artigo 18 da Lei da Ação Popular.

Com relação a esta possibilidade, é importante ressaltar que o manancial probatório que consubstancia a nova proposição deve ter uma significativa importância, sendo apto a ensejar novo juízo cognitivo, não bastando ser prova diversa da apresentada, devendo ter conteúdo determinante.

Importante observação é realizada pelos autores Fredie Didier Jr e Hermes Zanete Jr. (2011, p. 370), ao lembrar que a insuficiência de provas não precisa estar expressa, devendo tal percepção decorrer do conteúdo da decisão. Deste modo, quando possível aferir que outro teria sido o resultado, caso o autor comprovasse os fatos constitutivos do seu direito, facultado estará a nova propositura da demanda.

3- A COISA JULGADA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E O RESP nº 1302596-SP.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 81, parágrafo único, III, conceitua os direitos individuais homogêneos como sendo todo aquele que advém de uma origem comum. Logo, são garantias que tem o seu nascimento condicionado a determinado acontecimento mundano que acarrete lesão ou ameaça a determinadas garantias normativas individuais, com potencial massificante. Tratam-se, então, dos mesmos direitos individuais que tradicionalmente são conhecidos no sistema dos direitos civis como direitos subjetivos.

A violação de um direito difuso pode acarretar, também, na violação de uma série de direitos individuais relacionados, tendo, por isso, uma origem comum na lesão, passando, deste modo, a chamar-se de homogêneos.

É imprescindível que tais direitos individuais tragam a mesma causa de pedir, caso contrário não há como se falar na presença de direitos individuais homogêneos, já que a identidade entre o substrato fático gerador da mácula ou ameaça massificada é questão determinante na formação desta espécie de garantia coletiva.

Nestes casos há uma tutela coletiva transversa, já que em verdade ocorre uma série de danos individuais gerados por um fator comum, capaz de atuar de forma “global” (transcendente à mera individualidade). Nota-se então a ocorrência de uma pretensão coletiva.

É importante observar, todavia, que a expressão “origem comum” não significa, necessariamente, que deve ocorrer um só acontecimento, ou melhor, um só fato gerador, em um tempo determinado. Será possível, em contrapartida, visualizar uma

“origem comum” dispersa no tempo e no espaço, contato que haja um inter-relacionamento dinâmico dos fatos, capaz de garantir que seu tratamento seja comum, ou que abstratamente seja visto como um só acontecimento.

Lembra Teori Zavascki (2006, p. 43) que os direitos individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação “homogêneos” não tem a capacidade de alterar ou desvirtuar tal natureza, tratando-se apenas de um qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, elemento este que permite sua defesa de forma coletivizada.

Mas qual seria o regramento jurídico atribuído à coisa julgada quando a demanda coletiva envolvesse tais direitos? O Código de Defesa do Consumidor determina em seu artigo 103, III, que, nestas hipóteses, a coisa julgada terá efeito erga omnes, desde que o resultado da demanda seja procedente, em relação à coletividade em juízo.

Tal previsão aponta para uma visão equivocada dos direitos individuais homogêneos, tratando como uma espécie de demanda judicial individual tutelada coletivamente. Essa consideração acarretou na ausência de regramento específico da coisa julgada coletiva, regulando-se apenas de sua extensão para o plano individual.

Em resposta à lacuna legislativa, propõem Fredie e Hermes Zaneti (2011, p. 371), com base em postulado hermenêuticos, que, assim como as demandas que envolvem direitos difusos e coletivos, a imutabilidade do julgado estaria condicionada à completa possibilidade de análise cognitiva do juiz. Não há como falar em coisa julgada quando ocorrer a improcedência da demanda por insuficiência de provas, solução

essa que se coaduna com a lógica do microssistema de tutela processual coletiva.

Essa perspectiva, apesar de adotar uma base teórica sólida, atenta à realidade microssistêmica do processo coletivo, não é profundamente adotada pela doutrina. Majoritariamente entendem que a formação da coisa julgada será pro et contra, formando-se mesmo nos casos de improcedência da demanda por insuficiência de provas.

O Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do tema em debate, adotou a corrente majoritária, como indica o acórdão ora transcrito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO COLETIVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MEDICAMENTO "VIOXX". ALEGAÇÃO DE DEFEITO DO PRODUTO. AÇÃO COLETIVA JULGADA IMPROCEDENTE. TRÂNSITO EM JULGADO. REPETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 81, INCISO III, E 103, INCISO III E § 2º, DO CDC. RESGUARDO DO DIREITO INDIVIDUAL DOS ATINGIDOS PELO EVENTO DANOSO. DOUTRINA.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se, após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, é possível a repetição da demanda coletiva com o mesmo objeto por outro legitimado em diferente estado da federação.

2. A apuração da extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado proferida em ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos passa pela interpretação conjugada dos artigos 81,

inciso III, e 103, inciso III e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

3. Nas ações coletivas intentadas para a proteção de interesses ou direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada erga omnes apenas no caso de procedência do pedido. No caso de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

4. Não é possível a propositura de nova ação coletiva, mas são resguardados os direitos individuais dos atingidos pelo evento danoso.

5. Em 2004, foi proposta, na 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, pela Associação Fluminense do Consumidor e Trabalhador - AFCONT, ação coletiva com o mesmo objeto e contra as mesmas rés da ação que deu origem ao presente recurso especial. Com o trânsito em julgado da sentença de improcedência ali proferida, ocorrido em 2009, não há espaço para prosseguir demanda coletiva posterior ajuizada por outra associação com o mesmo desiderato.

6. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.302.596/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relator para acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 9/12/2015, DJe de 1/2/2016.)

Consultado o inteiro teor do acórdão, verifica-se que a decisão foi marca pela pluralidade de entendimentos. Em que pese tenha prevalecido, ao final, a posição defendida pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no voto proferido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino é asseverada que a coisa

julgada nas demandas coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos têm a formação condicionada à procedência do pedido.

Consigna o Ministro:

A redação do enunciado normativo do inciso III do artigo 103 do CDC o distingue dos dois incisos anteriores justamente por não conter a ressalva neles constante (hipótese de improcedência por insuficiência de provas), afirmando expressamente apenas no caso de procedência do pedido. Afasta-se, conseqüentemente, a sua incidência quando a decisão final for de improcedência, como ocorreu no presente caso.

Esse também o entendimento adotado pelo Ministro Antônio Herman V. Benjamin: Já no caso das ações versando sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, o efeito erga omnes da coisa julgada não se produz jamais quando a decisão final for de improcedência, sendo que os interessados que não tenham sido litisconsortes na ação coletiva encerrada poderão demandar novamente (MARQUES, MIRAGEM e BENJAMIM, 2010, pg. 1479).

Como consignado, prevaleceu o voto apresentado pelo Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, com a adoção de pressupostos marcadamente individuais, em detrimento das peculiaridades próprias do processo coletivo. Em suas razões consigna o julgador:

A leitura açodada do disposto no inciso III do artigo 103 poderia levar à equivocada conclusão de que apenas a procedência da ação coletiva emanaria efeitos capazes de obstar a repropositura de demanda coletiva idêntica.

Ocorre que a interpretação da referida norma deve se dar com a observância do que também dispõe o § 2º, que é claro ao estabelecer que, mesmo diante de solução judicial pela improcedência do pedido coletivo original, apenas os interessados que não tiverem nele intervindo na condição de litiscorsortes é que poderão propor análoga ação indenizatória e, ainda assim, única e exclusivamente a título individual

(...) Nota-se, portanto, que a solução da controvérsia - que reside na apuração da extensão dos efeitos da sentença transitada em julgado proferida em ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos - passa pela interpretação conjugada dos artigos 81, inciso III, e 103, inciso III e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Da simples leitura dos referidos dispositivos legais, resulta evidente que, para a aferição da exata extensão dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos - diversamente do que ocorre em se tratando de direitos difusos e coletivos -, revela-se juridicamente irrelevante investigar se o provimento judicial de improcedência do pedido resultou ou não de eventual insuficiência probatória.

Conclui, assim, que o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor impõe a formação da coisa julgada coletiva em razão da procedência ou improcedência do provimento jurisdicional, não influenciando, ainda, se o juízo do magistrado foi formada em razão da suficiência ou não do material probatório. Nos casos de improcedência das ações embasadas em direitos individuais homogêneos, a autoridade da coisa julgada, em caso de improcedência, só não atingirá aquelas

que não intervieram no processo. Apenas este poderão formular nova demanda com idêntico fundamento, ora em plano individual.

A base do raciocínio adotado está em considerações supostamente ontológicas. Lembra o Ministro que a tutela dos interesses individuais homogêneos não era prevista na Lei da Ação Civil Pública, sendo apenas introduzida pelo Código de Defesa do Consumidor. Em verdade, segundo a perspectiva adotada, tais direitos não são propriamente coletivos, tratando-se apenas de mecanismo para a facilitação da defesa do direito de vítimas de evento de origem comum.

Para consubstanciar a perspectiva adotada, o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva cita o seguinte trecho do escólio do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavasck:

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados.

Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art 46 (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em

outras palavras, os direitos homogêneos 'são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em suas estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais'. Quando se fala, pois, em 'defesa coletiva' ou em 'tutela coletiva' de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa". (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, págs. 39-40 - grifou-se)

Desse modo, prevaleceu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a diferenciação ontológica dos direitos individuais homogêneos. Considerados como acidentalmente coletivos não atraem as marcas própria do microssistema processual coletivo, adotando a Corte regime jurídico que em muito se aproxima da sistemática prevista no processo civil individual.

CONCLUSÃO

Este artigo pretendeu apresentar os regimes jurídicos da coisa julgada individual e coletiva, enfatizando a perspectiva adotada pelo Superior Tribunal de Justiça nas demandas que envolvem interesses individuais homogêneos.

Após a comparação entre as sistemáticas individuais e coletivas, constatou-se que no julgamento do Resp. nº 1302596-SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva a Corte consolidou que a coisa julgada nas ações coletivas que discutem interesses individuais homogêneos se forma independentemente do conteúdo do provimento jurisdicional, seja o juízo pela procedência ou improcedência, ainda que em razão da ausência de completude do material probatório. Não atingirá, apenas, os sujeitos que não intervieram no processo, facultando-lhes a propositura de nova demanda.

O Superior Tribunal de Justiça firma com essa decisão compreensão que em seu núcleo diferencia os diretos difusos, coletivos e individuais homogêneos desde ponto de vista ontológico. Assim, afirma que este não deve ser considerado como propriamente coletivo, mas detentor de tutela coletivizada. Esta salvaguarda é, entretanto, incapaz de alterar a natureza eminentemente individual de tais direitos, o que fundamentaria a adoção de regime jurídico próximo ao previsto no Código de Processo Civil.

É importante consignar, por fim, que a divergência em âmbito doutrinário permanece perene. O Superior Tribunal de Justiça realizou a adoção de perspectiva doutrinariamente majoritária, todavia a corrente contrária segue afirmando a natureza eminentemente coletiva das demandas que tem por base interesses individuais homogêneos, de forma que o regime jurídico adotado deveria seguir lógica eminentemente coletivista, rompendo com os cânones do processo civil individual.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.302.596 - SP (2012/0004496-3), Relator: Ministro Paulo De Tarso Sanseverino; R.P/Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

BUFFARA, Júlia Maria Milanese. Coisa Julgada nas Demandas Coletivas e a Norma do Art. 16 da Lei 7.347/85. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e Preclusão Dinâmica: Entre Continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Alguns Mitos do Processo (II): Liebman e a coisa julgada. Revista de Processo. São Paulo: Ano 38, v. 217, março/2013, p. 41-73.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito Processual Civil. Salvador: Editora JusPodivim 2011, v.1.

_____. Cognição, Construção de Procedimentos e Coisa Julgada: Os Regimes de Formação da Coisa Julgada no Direito Processual Brasileiro. Revista do Curso de Direito da UNIFACS. Porto Alegre: Síntese, v.2, 2002.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Civil. Salvador: JusPodvim, 2011, v.2.

- _____. O Controle Jurisdicional da Legitimação Coletiva e as Ações Coletivas Passivas (o Artigo 82 do CDC). Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: n° 6, Maio/Jun de 2005, p. 70-80.
- _____. Situação Jurídica Coletiva Passiva. Processos Coletivos. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/index.php/doutrina/18-volume-1-numero-1-trimestre-01-10-2009-a-31-12-2009/78-situacoes-juridicas-coletivas-passivas>>. Acesso em: 31/10/2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- _____. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2002, 2. Ed., v. 2.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. Las acciones Colectivas Pasivas em el Código Modelo de Procesos Coletivos para Iberoamérica. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Tutela de los Derechos Difusos, Coletivos e Individuales Homogêneos. México: Editora Porrúa, 2004, p. 132-141.
- GIDI, Antonio. Cosa Juzgada em Acciones Colectivas. In GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Tutela de los Derechos Difusos, Coletivos e Individuales Homogêneos. México: Editora Porrúa, 2004, p. 261-295.
- _____. Las Acciones Colectivas y la Tutela de los derechos difusos, coletivos e individuales en Brasil. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- _____. A representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: uma proposta. Revista de Processo. São Paulo: ano 27, outubro de 2002, p. 61-70.
- GRINOVER, Ada Pellegrine. Coisa Julgada *erga omnes, secundum eventum litis* e *secundum eventum probationem*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, V. 380, julho/agosto de 2005, p. 03-19.

- _____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. Revista Forense. Rio de Janeiro: ano 98, v.361, maio/junho de 2002, p. 03-12.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.2.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a Coisa Julgada? Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1993, V. 830, dezembro de 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e Sempre Coisa Julgada. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 59, v. 416, jun/1970, p. 09-17.
- _____. Coisa Julgada e Declaração. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 60, v. 429, jul./1971, p. 21-27.
- _____. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, terceira série, 1984.
- _____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, primeira série, 2ª Edição, 1988.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DO DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

THE EMPLOYEE'S RIGHT TO INTIMACY AND PRIVATE LIFE IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP

Danilo Pinheiro Sousa

RESUMO

O presente estudo busca analisar os conflitos entre os direitos fundamentais do empregado à intimidade e à vida privada, e os direitos fundamentais do empregador à livre iniciativa e à propriedade privada, demonstrando que os direitos fundamentais previstos pela Carta Magna também abarcam as relações trabalhistas. Nesse diapasão, investiga-se na relação trabalhista a possível violação aos direitos à intimidade e à vida privada do empregado em relação a uma posição privilegiada do uso do poder diretivo do empregador e a subordinação jurídica à qual o empregado encontra-se submetido em seu contrato de trabalho.

Palavras-chave: Empregado. Empregador. Relação de Emprego. Direito à intimidade. Direito à vida privada. Direito à propriedade. Direito à iniciativa privada. Poder diretivo do empregador. Violação de direitos do empregado. Colisão de direitos fundamentais. Princípio da Ponderação.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the conflict between the employee's fundamental rights to privacy and the privacy and fundamental rights of the employer to free enterprise and private property, demonstrating that the fundamental rights provided by the Constitution also cover labor relations. In this vein, research on the employment relationship the possible violation of the rights to privacy and the privacy of the employee in relation to a privileged position on the use of the directive power of the employer and the legal subordination to which the employee is subjected in his employment contract.

INTRODUÇÃO

O presente estudo acadêmico tem como principal objetivo fazer uma análise da aplicabilidade dos direitos à intimidade e à vida privada do empregado, na relação empregatícia, tendo em vista a existência de colisão com os direitos fundamentais à livre iniciativa privada e de propriedade do empregador.

Assim, será realizada uma pesquisa bibliográfica e, também, jurisprudencial com intuito de observar se os direitos fundamentais do empregado, aqui analisados, são, notadamente, respeitados no vínculo empregatício, como, verdadeira, garantia constitucional ao empregado.

O trabalho utilizará como fonte de pesquisa e como meio de constatação das hipóteses insurgidas a legislação nacional vigente, jurisprudências relevantes e atualizadas e a maciça doutrina referente a tal tema.

1. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A Constituição Federal de 1988 tratou de proteger a privacidade, declarando, no art.5º, X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A Carta Magna distingue o direito à intimidade de outras manifestações típicas da privacidade. Isto é, disciplinou o direito à intimidade, em separação dos demais direitos de personalidade, atribuindo-lhe natureza de direito subjetivo autônomo.

Segundo leciona Dirley da Cunha Júnior⁶², a intimidade é a vida secreta ou exclusiva que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo junto à sua família, aos seus amigos e ao seu trabalho.

A intimidade, nos ensinamentos do Professor Edilson Farias⁶³, quando cita Adriano de Cupis, é “como o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só”.

Em suma, é o direito de proteção dos segredos mais íntimos do indivíduo, como a sua opção sexual, a sua vida amorosa, o segredo sob juramento, as suas próprias convicções.

Por outro lado, no que toca ao estudo do conceito da expressão vida privada, cabe mencionar que a expressão é empregada, às vezes em sentido amplo e noutras ocasiões, em

63 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3.ed. Sergio Antonio Fabris Ed. Porto Alegre, 2008. p.123 124.

sentido estrito. Na primeira, equivale ao termo intimidade e na segunda, a locução vida privada *stricto sensu* significa apenas uma das esferas da intimidade.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 tutelou de forma autônoma o conceito vida privada (art.5º, X), distinguindo-a da figura intimidade. Assim, ao albergar no texto constitucional a vida privada ao lado da intimidade, pode-se concluir que o legislador utilizou a expressão vida privada em sentido estrito, qual seja, como uma das esferas da intimidade.

Conforme ensinamentos de Tércio Sampaio⁶⁴, a vida privada encerraria as situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento) que, em determinadas ocasiões, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um bem imóvel). Portanto, vida privada, residiria no *discrímen* com relação à intimidade.

1.1. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DO EMPREGADO.

A professora Rúbia Alvarenga⁶⁵, com maestria, esclarece que a intimidade atua como uma espécie dos Direitos de Personalidade

64 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992

65 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Limites do Poder Fiscalizatório Quanto ao Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho.** Disponível em <
http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4585>. Acesso 23 de março de 2012.

do empregado e compreende um direito humano fundamental, assegurado ao mesmo de não ter a revelação de aspectos pessoais da sua intimidade e dos seus sentimentos e/ou pensamentos a terceiros.

Conforme ensina Calvo (2009)⁶⁶:

“[...] a intimidade qualquer pessoa tem, em qualquer lugar onde se encontre, pois ela significa a esfera mais íntima, mas subjetiva e mais profunda do ser humano, com as suas concepções pessoais, seus gostos, seus problemas, seus desvios, etc..”

Seguindo as lições da Novel Magistrada e professora Flávia Moreira Guimarães ⁶⁷, o direito à intimidade é um resultado da nova dinâmica social do mundo moderno contemporâneo. “A vida privada está diretamente ligada aos relacionamentos de ordem social e familiar estabelecidos pelo empregado para o desenvolvimento das suas relações humanas no seio da sociedade.” (ALVARENGA, 2011)⁶⁸

66 CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de Trabalho. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009.

67 PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Ponderação de direitos fundamentais e proteção à intimidade, privacidade e honra do empregado.** Disponível em https://www.plenum.com.br/plenum_jp/lpext.dll/Dou/doutra/2c9/306?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em 17 de março de 2012.

68 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Limites do Poder Fiscalizatório Quanto ao Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho.** Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4585>. Acesso 23 de março de 2012.

Diante disso, o empregador não pode se intrometer nas escolhas traçadas pelo empregado, pois somente o ser humano, individualmente, e de forma plena, é capaz de escolher os relacionamentos que possam lhe trazer bem-estar e felicidade e, por conseguinte, uma vida pessoal e social harmônica e saudável.

Alice Monteiro de Barros⁶⁹, com maestria, leciona que tanto o direito à intimidade como o direito à inviolabilidade da vida privada têm características comuns, entre elas sua oponibilidade *erga omnes*.

Com isso, embora o Direito Laboral, no Brasil (CLT), não fizesse menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos direitos da personalidade consagrados na Constituição, já eram oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. Já que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis (art.14).

1.2 DA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA DOS EMPREGADOS.

Cabe salientar que a mesma Constituição que garante os direitos à intimidade e à vida privada do empregado, também, assegura o direito de propriedade do empregador (art. 5º, XII, da CF88), assim, no ambiente de trabalho, os direitos à intimidade e a vida privada do empregado devem sofrer algumas limitações,

69 BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à Intimidade do Empregado.2.ed.São Paulo:Ltr, 2009.p.38.39.

entretanto, essas não poderão, de forma alguma, causar violações ao princípio da dignidade da pessoa humana do empregado.

No entanto, o que se constata, da análise da relação empregatícia, é, exatamente, o contrário, uma série de ações dos empregadores, que resultam em violações aos direitos à intimidade e à vida privada do empregado e, não raramente, à dignidade humana desse, em total desrespeito às normas fundamentais.

Por exemplo, para um empregado que almeja inserir-se no mercado de trabalho é inevitável que passe por várias seleções pessoais de empresas, ocorre que, diante das dificuldades de obtenção de trabalho e necessidades econômicas, não raramente, o candidato ao emprego renúncia de aspectos de sua personalidade em troca da garantia da adesão de seu comportamento *a posteriori* a única e excessiva vontade ordenadora do empregador.

Na seleção pessoal, os empregadores deveriam se limitar a obter informações pertinentes a capacidade profissional do empregado que são necessárias para o desempenho eficiente do trabalho, no entanto, cotidianamente, observa-se que os dados colhidos em seleção de emprego invadem a vida privada e a intimidade do candidato, dados esses que não levam nenhuma conexão com o desempenho do trabalho almejado pelo aspirante ao emprego, caracterizando-se por muitas vezes como atitudes de **discriminação**, proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, seguem os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros⁷⁰:

“Essas violações ainda podem ocorrer na fase de seleção para o ingresso na empresa

70

contratante, com a exigência de informações não necessárias à contratação. Indagações, na fase pré-contratual, sobre opiniões políticas, religiosas, atividade sindical pretérita, origens raciais e preferências sexuais, são alguns exemplos de interferência ilícita na vida privada do empregado.” (BARROS, 2009)

Ademais, a professora Flávia Guimarães⁷¹ afirma que a tutela do direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem do trabalhador são quebradas, rotineiramente, por intromissões ilegítimas e excessivas, tais como: **o monitoramento das mensagens eletrônica enviadas e recebidas pelo trabalhador, a revista íntima na saída do ambiente, instalação no ambiente de trabalho de aparelhos de escuta, de filmagem, de dispositivos óticos ou de qualquer outro meio apto para gravar, reproduzir a vida íntima dos empregados, entre outros.**

Igualmente, no que tange **aos testes psicotécnicos**, realizados em entrevista pessoais, para seleção de empregados, em regra, destinam-se a avaliar a inteligência, o raciocínio, o interesse, a personalidade do candidato, portanto há uma análise de capacidade intelectual, neurológica e comportamental. No entanto, Para Alice de Barros⁷², esses exames são oportunidades

71 PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Ponderação de direitos fundamentais e proteção à intimidade, privacidade e honra do empregado.** Disponível em https://www.plenum.com.br/plenum_jp/lpext.dll/Dou/doutra/2c9/306?fn=document-rame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em 17 de março de 2012.

72 BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado.** 2.ed.São Paulo:Ltr, 2009.p.64

que os empregadores lançam mão para atentarem contra a intimidade do eventual empregado.

Outra questão de grande relevância é sobre a possibilidade ou não de exigência **de teste de gravidez**, no momento da admissão do empregado, há muito vem se discutindo esse assunto, porém é inegável que a gravidez é uma situação que acarreta mudanças na relação jurídica, pois existem atividades que a gestante não poderá desempenhar devido a situação de grávida. Quando ocorre o afastamento obrigatório da mulher grávida, o empregador deverá continuar a contribuir para previdência social, contratar outra pessoa para substituí-la, ademais, equipar o ambiente de trabalho com salas para aleitamento, creches, berçários dentre outros.

No entanto, cabe apresentar as lições de Alice de Barros⁷³, que afirma que, no conflito entre os princípios da igualdade e do respeito à vida privada, em que se inclui a faculdade de a gestante ocultar esta circunstância e a possibilidade de o empregador escolher livremente os seus empregados, é razoável e proporcional que este sacrifique seu interesse no conhecimento prévio do estado de gestação da empregada, de forma a reconhecer o direito de ocultá-lo, a fim de manter o equilíbrio em uma situação significativamente favorável ao empregador.

A mencionada autora conclui:

“(…), Em face do princípio da igualdade e considerando-se que a vida privada e intimidade do empregado são invioláveis, o teste de gravidez não pode ser exigido, sob pena de não se efetivarem as normas que vedam a discriminação. Isso porque o

73 Ibidem.

empregador, ciente do estado de gestação da obreira, fatalmente, não irá admiti-la e ela estará desprovida de meio processual para obrigá-lo a contratá-la”

Ainda, segundo Alice Monteiro de Barros⁷⁴, **no que tange as revistas pessoais nos empregados**, durante a relação empregatícia, essa entende que nenhuma revista íntima poderá ser realizada no empregado, haja vista a intromissão direta na intimidade do trabalhador, que revistas aos bolsos das vestimentas e as bolsas dos empregados violam o direito à intimidade e a vida privada do obreiro, tendo em vista a quebra de fidúcia que rege o contrato de trabalho e a invasão ao íntimo do empregado.

Em relação à vigilância, por meio de equipamentos audiovisuais, essa é aceita até onde não causar uma invasão na esfera privada do empregado, pois não se admite, de modo algum, a instalação de câmeras nos banheiros das empresas, assim, conforme a ilustre professora, é o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência.

2. DO DIREITO À PROPRIEDADE E À INICIATIVA PRIVADA DO EMPREGADOR.

Cabe esclarecer que não significa que os direitos dos empregados sejam absolutos, uma vez que estes terão de interagir com outros interesses em jogo, entre os quais os direitos dos empregadores à livre iniciativa e propriedade privada, conforme

74

os quais têm eles a faculdade de estabelecer mecanismos de controle e vigilância sobre os obreiros para comprovar e acompanhar o cumprimento de suas obrigações laborais e aplicar penas disciplinares, porém essas atividades devem respeitar o princípio maior da Constituição, à dignidade da pessoa humana.

2.1 DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

A legislação trabalhista confere a todo empregador o direito de admitir, assalariar e dirigir a prestação pessoal de serviço (artigo 2º da CLT).

Para Amauri Mascaro do Nascimento ⁷⁵, esse poder de direção nada mais é que uma *“faculdade atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado, em decorrência do contrato de trabalho, deve ser exercida”*.

O mesmo autor explica que o poder do empregador divide-se em: 1. poder de organização - parte do princípio que ordenar é ato inerente do empregador; 2. poder de controle ou de fiscalização - fiscalizar a execução das ordens conferidas ao empregado e 3. poder disciplinar - aplicar penalidade ao empregado que descumpra ordens gerais ou dirigidas especificamente a ele.

Segundo Ari Possidonio Beltran, a subordinação é o outro lado do poder diretivo do empregador no contexto do

75 NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho, 18a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

contrato de trabalho ⁷⁶: “*é da essência do contrato de trabalho a existência de um estado de dependência em que permanece uma das partes, o qual se não verifica pelo menos tão incisivamente, nos demais contratos de atividade [...]*”.

A Constituição de 1988 estabelece, dentre os direitos fundamentais, que a intimidade e a vida privada são “invioláveis” (art. 5º, inc. X). No entanto, a finalidade da Constituição, na seara cível, é estabelecer princípios genéricos, cabendo ao operador do direito interpretar a amplitude, os limites e a adequação daqueles princípios ao caso concreto, levando em conta, inclusive, todos os demais princípios constitucionais envolvidos.

Portanto, na concretude do caso, deve-se analisar que princípios constitucionais devem prevalecer, ou seja, a preservação da dignidade do trabalhador ou da proteção à propriedade do empregador. Existindo em questão a incidência de dois princípios constitucionais (proteção à intimidade e à propriedade), deve se buscar a ponderação de ambos. “Vale dizer, será que a perturbação da intimidade do trabalhador é proporcional ao bem jurídico que a conduta patronal pretende proteger” (CASAGRANDE, 2008)⁷⁷

Entende Alice Monteiro⁷⁸ que o legislador ordinário reconhecendo o poder de comando, legitima a limitação da esfera de intimidade do empregado, imposta pelas exigências do desenvolvimento da atividade laboral, porém esse poder também está sujeito a limitações, como o respeito à dignidade do

76 BELTRAN, Ai Possidonio. Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade. São Paulo: LTr, 2001, p. 95.

77 CASAGRANDE, Cássio. **O direito à intimidade do empregado e revistas no local de trabalho**. Disponível em 20 de março de 2012.

78 BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2.ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 72

empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional.

Continua a professora a destacar a dificuldade que consiste em estabelecer os limites entre o direito à intimidade do obreiro e o direito de dirigir a atividade do empregado, com base no direito constitucional de propriedade.

Diante dessa breve síntese do poder diretivo do empregador, passa-se a analisar situações que demonstram a dificuldade de definir até onde esse poder diretivo é exercido legitimamente e a partir de quando ele invade a intimidade e a vida privada do empregado.

2.1-A. REVISTAS PESSOAIS

No que diz respeito à revista no local de trabalho, tem se tornado bastante corriqueiro em nossos tribunais pedidos de indenização por dano moral feitos por trabalhadores atingidos em sua intimidade por terem sido submetidos a revistas íntimas na saída do ambiente de trabalho.

O ilustre Procurador do Trabalho Cássio Casagrande⁷⁹ ensina que:

“Até há bem pouco tempo, os tribunais trabalhistas – de forma conservadora, diga-se – vinham entendendo de maneira razoavelmente tranqüila que a revista sobre o empregado poderia ser feita desde que não fosse “vexatória”. Este tipo de decisão, além do seu conservadorismo, era um

79 CASAGRANDE, Cássio. **O direito à intimidade do empregado e revistas no local de trabalho**. Disponível em 20 de março de 2012.

tanto quando tautológica: afinal, transferia -se a dúvida de interpretação sobre o significado constitucional de “intimidade” para o significado jurisprudencial de “vexatória”. A maior parte dos juízes considerava que a determinação para que o empregado se despirse diante de um superior seria “vexatória”. Outros, conforme a natureza da atividade empresarial (transporte de valores, por exemplo), admitiam inclusive o despir-se como não vexatório, desde que a revista fosse feita em ambiente restrito, por pessoa do mesmo sexo. Como se vê, este tipo de solução permitia decisões para todos os gostos, até porque o que é vexatório para uma pessoa pode não o ser para outra: alguém que está fora de forma pode envergonhar-se por ter que levantar a camisa até a altura do umbigo para o seu chefe, enquanto que o seu colega de trabalho “sarado” pode até mesmo sentir orgulho em exhibir o abdômen esculpido na academia.”

Alice Monteiro de Barros (2007, p. 574) afirma que a jurisprudência brasileira, há mais de meio século, inclina-se em favor da possibilidade de revista pessoal, mormente quando previsto em regimento interno da empresa, com o fundamento de que o empregador tem direito de resguardar o seu patrimônio. Tal orientação tende a se modificar, principalmente após o advento da Lei 9799/99, que acrescentou o artigo 373-A na CLT e proibiu "o empregador ou seu preposto de proceder a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias". À luz do princípio da isonomia (homens e mulheres são iguais perante a lei), pode-se afirmar que tal dispositivo deve ser aplicado indistintamente a homens e mulheres.

A mesma autora menciona que há decisões do TST, admitindo revistas em bolsas, sacolas ou pastas, **de forma moderada**, desprovidas de atos capazes de violar os direitos da personalidade, entre os quais o da honra e o **da intimidade do empregado**.

No mesmo sentido, segue os ensinamentos de Eduardo Pragmácio Filho que entende que "a revista a pertences, desde que não cause constrangimentos ao empregado, não é ilegal, podendo, por exemplo, o gerente de uma loja pedir que a vendedora, ao encerrar o expediente, abra a bolsa para verificar se existem peças de roupas ali"⁸⁰

O empregado poderá recusar o procedimento de revista, isto é, ter a recusa como algo legítimo, quando o poder de direção do empregador for empregado de forma excessiva e arbitrária, envolvendo circunstâncias ofensivas e injuriosas atentatórias à dignidade humana.

A revista se justifica, não quando traduza um comodismo do empregador para defender o seu patrimônio, contudo quando constitua recurso necessário à satisfação do interesse empresarial, à falta de outras medidas preventivas; essa fiscalização visa à proteção do patrimônio do empregador e à salvaguarda da segurança das pessoas. Não basta a tutela genérica da propriedade, devendo existir circunstâncias concretas que justifiquem a revista; é necessário que haja, na empresa, bens suscetíveis de subtração e ocultação, com valor material, ou que

80 FILHO, Eduardo Pragmácio. **Revista íntima no ambiente de trabalho**. Disponível em <http://www.administradores.com.br/informe-se/carreira-e-rh/revista-intima-no-ambiente-de-trabalho/33245/>. Acesso em 15-2-2012.

tenham relevância para o funcionamento da atividade empresarial, são ensinamentos de Alice Barros⁸¹.

Assevera Amanda de Abreu Carneiro⁸² que no que concerne a revista íntima, a situação muda. Ela ocorre com sagaz abrangência, principalmente com o intuito de evitar que o empregado fure pertences do estabelecimento/empresa do empregador. Contudo, vários métodos existem para evitar o abalo à psique do empregado, não precisando o mesmo tirar a roupa e mostrar suas partes íntimas ao seu superior, mesmo se estabelecido em acordos ou convenções coletivas, pois o abuso, se comprovado nos autos, pode fazer com que o Juízo afaste-os, tornando a causa próxima de êxito para a vítima do evento.

Atentai para os julgados abaixo selecionados que entendem pela violação da dignidade humana e mais precisamente pela lesão a intimidade dos empregados quando sujeitos a revistas íntimas que se apresentam munidas de atos vexatórios e excessivos por parte dos empregadores:

TST - RR 411/2004-058-15-85.5 - Publ. em 2-10-2009. DANO MORAL - REVISTA ÍNTIMA - REPARAÇÃO PECUNIÁRIA. A realização de revistas sem a observância dos limites impostos pela ordem jurídica acarreta ao empregador a obrigação de reparar, pecuniariamente, os danos morais causados.

81 BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2.ed. São Paulo:Ltr, 2009.p.76

82 CARNEIRO, Amanda de Abreu Cerqueira. **Revista íntima e a violação aos princípios e garantias fundamentais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 86, 01/03/2011 [Internet]. **Disponível em** http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9098. Acesso em 10/04/2012

TST - RR 1069/2006-071-09-00.2 - Publ. em 14-8-2009. DANO MORAL - REVISTA ÍNTIMA - EMPRESA DE CONFECÇÃO. Como expressão do poder diretivo reconhecido ao empregador e ainda com o propósito de compatibilizar os comandos constitucionais de proteção à propriedade e à honra e dignidade do trabalhador, a jurisprudência majoritária tem admitido a possibilidade de o empregador promover, consideradas as características e peculiaridades da atividade comercial explorada, a revista visual de objetos pessoais de seus empregados, ao final do expediente, desde que não ocorram excessos e exposições vexatórias que comprometem a honra e a imagem desses trabalhadores. Nesse cenário, ao realizar revistas íntimas que consistiam em determinar a exposição do sutiã, da calcinha e da meia de suas empregadas, para verificar a eventual ocorrência de furtos dessas peças no interior do estabelecimento, atua o empregador à margem dos parâmetros razoáveis, invadindo esfera indevassável de intimidade e incidindo em abuso que deve ser reparado – Código Civil, artigos 186 e 927.

No entanto, cumpre ressaltar que a circunstância de o empregador possui como atividade fim de sua empresa o transporte e a segurança de valores, tais como dinheiro, bem suscetível de subtração e ocultação, entende-se que justifica o uso de revistas pessoais mais rigorosas nos empregados.

Esse é o entendimento dos tribunais:

TST - RR 1.395/2005-016-09-00.7 - Publ. em 11-9-2009. DANO MORAL - REVISTA ÍNTIMA - EMPRESA DE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALORES – NÃO CONFIGURAÇÃO. A Corte Regional, com

base no exame da prova dos autos, notadamente da prova testemunhal produzida pela testemunha do próprio reclamante, concluiu pela inexistência de ato praticado pelo empregador que tenha desrespeitado a honra, a imagem, a privacidade e a dignidade do trabalhador. Nesse contexto, tem-se, que, para se modificar a decisão proferida pelo Tribunal Regional, seria necessário o revolvimento de fatos e provas do processo, vedado pela Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.

Portanto, Impende mencionar que as revistas pessoais traduzem-se em legítimo exercício do poder de fiscalização do empregador, quando exercido dentro dos limites da razoabilidade, sem violar a intimidade do trabalhador. A realização de revista íntima sem contato físico, empreendida em todos os empregados de determinado setor, sem caráter discriminatório, está contida nos limites do poder diretivo do empregador, desde que justificável como medida necessária à segurança e à proteção do patrimônio.

A revista nos pertences dos empregados, quando feita sem práticas abusivas, não constitui, por si só, motivo a denotar constrangimento nem violação da intimidade. Retrata, na realidade, o exercício pela empresa de legítimo exercício regular do direito à proteção de seu patrimônio, ausente abuso desse direito quando procedida a revista moderadamente, como no caso em exame, não havendo de se falar em constrangimento ou em revista íntima e vexatória, a atacar a imagem ou a dignidade do empregado.

No entanto, não é comum a prática de revistas pessoais de forma moderada e razoável, o que realmente ocorre é um abuso por parte do empregador por deter o poder diretivo que

enseja a subordinação do empregado ao empregador na relação empregatícia. A violação da intimidade e da vida privada do trabalhador é notória, já que as diligências tomadas para as revistas pessoais vão desde buscas em bolsas dos trabalhadores a nudez dos mesmos, muitas vezes impondo ao obreiro a se despir para que haja uma averiguação de que nada está sendo subtraído do patrimônio da empresa.

Mesmo naqueles casos que são necessárias a revista, a forma como for diligenciada não poderá desrespeitar e humilhar o obreiro, pois conduta como essa caracteriza-se como atentado ao pudor natural dos empregados, além de violar a intimidade e a dignidade deles, insurgindo, a concretização do dano moral. Diante dos julgados supramencionados, percebe-se que, havendo a conduta, o nexo de causalidade e o dano propriamente dito, é incontroversa a afronta aos princípios e garantias fundamentais do indivíduo, causando-lhe mais do que um abalo à psique, fazendo jus, assim, à indenização.

A maestria da ilustre professora Alice Monteiro deve ser exaltada quando lança como uma das soluções para evitar ou reduzir os efeitos da revista na intimidade dos empregados: **a tecnologia**. Ela cita como exemplo a colocação de etiquetas magnéticas em livros e roupas, tornando desnecessário a inspeção em bolsas e sacolas, nos estabelecimentos comerciais. Quando em uso, a revista deve ser de caráter geral, impessoal, para evitar suspeitas, através de critérios objetivos (sorteio, numeração, todos os integrantes de um turno ou setor), mediante ajuste prévio com a entidade sindical ou com o próprio empregado, na falta daquela, respeitando-se, ao máximo, os direitos da personalidade(intimidade, honra, entre outros).⁸³

83 BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2.ed.São Paulo:Ltr, 2009.p.78

2.1.B VIGILÂNCIA DO AMBIENTE DE TRABALHO MEDIANTE EQUIPAMENTOS AUDIOVISUAIS

A utilização de equipamentos audiovisuais é fruto do avanço tecnológico, constituindo-se em uma ferramenta que auxilia os empresários no exercício do poder diretivo, monitorando o comportamento e desempenho do empregado durante a execução dos serviços. É o mesmo que dizer que o monitoramento através desses equipamentos no ambiente de trabalho visa à otimização do processo produtivo e ao controle comportamental dos empregados, servindo também de instrumento probatório na avaliação de sua conduta.

A legislação brasileira permite que o poder de fiscalização conferido ao empregador, em determinadas circunstâncias, se verifique, por meio de aparelhos audiovisuais, como decorrência do avanço tecnológico, desde que o empregado deles tenha ciência.

Existem locais que são privados pela sua própria natureza ou destinados ao descanso do empregado, logo, não se pode permitir a instalações de equipamentos de vigilância.

Fernanda Nigri Faria⁸⁴ no que toca a instalação de equipamentos de vigilância eletrônica no ambiente do trabalho salienta:

“Novos sistemas de vigilância e controle estão sendo introduzidos nas empresas, como câmeras fotográficas e de vídeo, gravadores e aparelhos de escuta, por meio dos quais o empregador passa a ter um controle total sobre os atos, gestos e

84 FARIA, Fernanda Nigri. **Poder diretivo empresarial e direitos constitucionais do trabalhador**. Belo Horizonte, 2008.p.115.

palavras dos trabalhadores. Ocorre aí, então, um conflito entre o poder de organização e controle do empregador e a privacidade e intimidade do empregado. Mas, se é certo, de um lado, que a lei não proíbe a colocação de câmeras ou outros dispositivos de vigilância no local de trabalho, é certo, também, que esse controle está sujeito a determinados limites, ditados especialmente pelo respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e à sua intimidade, que são direitos fundamentais inarredáveis.”

Impende destacar que:

“Como qualquer outro meio considerado atentatório à intimidade da pessoa do empregado, o monitoramento através da instalação de câmeras no ambiente de trabalho não pode ser aplicado indistintamente. Um aspecto a ser considerado refere-se ao local onde serão instaladas as câmeras, pois, mesmo no estabelecimento empresarial, é possível identificar locais em que deve prevalecer o direito à privacidade dos empregados. Não poderá haver monitoração em refeitórios, cantinas, salas de café, banheiros, ambientes de repouso e aos destinados aos serviços médicos ou de medicina do trabalho.”(RAMOS,2010,p.2)⁸⁵

Os tribunais brasileiros, acertadamente, entendem pelos limites que devem ser respeitados em obediência ao

85 RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. **Colisão de princípios no exercício do poder diretivo do empregador**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2414, 9 fev. 2010.Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14324>>.Acesso em: 30 abr. 2012.

princípio da dignidade humana e ao direito à intimidade do empregado:

DANO MORAL. CÂMARA INSTALADA EM LOCAL INDEVIDO. CONFIGURAÇÃO.

Empregador que, a pretexto de evitar procedimento indevido dos seus empregados, instala, *em banheiro*, câmera de vídeo, pratica ato atentatório à dignidade da pessoa humana e transgredir a garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade. Ao assim agir, o empregador fica sujeito à obrigação de reparar o dano moral daí emergente, do qual não se desvencilha imputando a terceiro prestador de serviço a culpa pela instalação indevida do equipamento eletrônico, porquanto, nos seus domínios, exerce poder de mando e é o responsável pelo que ocorre no seu âmbito.(TRT-3ª Região-8ª Turma-01927-2003-044-03-00-6-RO.:Juiz José Marlon de Freitas-DJMG 8.5.2004, p.23.

No que toca às chamadas “câmeras psicológicas”, em outras palavras, aquelas desligadas ou falsas, utilizadas apenas para provocar os efeitos que uma normal (ligada) causaria nos empregados, tais devem ser repudiadas em qualquer circunstância. Constituem, na verdade, um artifício ardiloso e covarde que deve agravar o *quantum* indenizatório. Em consonância, o entendimento da 4ª Turma do TST:

Se eventualmente eram ‘falsas’ tais câmeras (o que não foi provado), o caso se agravaria, a meu ver, porque constituiria um procedimento ardiloso e covarde (veja o depoimento do preposto da reclamada, no processo 01262/2003, fl. 334: ‘as câmeras nos banheiros não eram acionadas, sendo apenas câmeras ‘psicológicas’; que câmeras psicológicas representam apenas o efeito de que

as pessoas estariam sendo observadas' fl. 334). Não se pode ignorar que a empresa visava a intimidação ilegal de seus empregados, quando seu preposto declarou, textualmente, à f. 342 (depoimento colhido no processo 01727-2003): 'que houve contratação para instalação de câmeras reais e psicológicas [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº 78/2004-103-03-40.1. 4ª T. Relator: Juiz convocado Luiz Antonio Lazarim. 11 nov. 2005, grifo nosso).

A instalação de câmeras de vídeo constitui, entretanto, um procedimento que deverá ser moldado pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade considerando que a instalação em local onde o trabalhador executa suas atividades é medida justificada, equilibrada e imprescindível. "Esse princípio não é o único limite que existe nas instalações de câmeras de vídeo. O poder de fiscalização do empregador é limitado ao uso de banheiros como proteção à intimidade do empregado." (BARROS, 2009)

Com efeito, é possível o monitoramento de empregados por meio da utilização de equipamentos de vigilância eletrônica, desde que observados os locais reservados a sua intimidade e que seja feita prévia comunicação do meio empregado ao trabalhador.

Portanto, não há dúvida que o princípio constitucional que assegura a intimidade e a privacidade incide nas relações trabalhistas, visto que os próprios princípios da monitoração foram esculpidos para proteger tais bens. Entretanto, não são absolutos, pois por uma interpretação sistemática, o empregador tem a faculdade de estabelecer mecanismos de monitoramento

dos empregados para comprovar a produtividade e aplicar sanções de caráter disciplinar (PAIVA, 2002, p. 442, 443).⁸⁶

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou e demonstrou o enquadramento dos direitos à intimidade e à vida privada como direitos fundamentais, mais precisamente direitos individuais, estendidos também como proteção ao empregado no ambiente de trabalho. Para isso, o estudo compreendeu em realizar uma pesquisa dos fundamentos dos direitos fundamentais, definindo os mesmos, apresentando suas características e classificando-os, diante disso, foi possível por meio da doutrina e jurisprudência dominante concluir que os direitos fundamentais são inerentes a todos os seres humanos, portanto, precisamente, é claro que esses mesmos direitos são garantidores de proteção ao empregado na relação de trabalho.

Logo, os direitos à intimidade e à vida privada como direitos constitucionais do homem são entendidos como uma proteção ao trabalhador em todas as fases que giram em torno de um contrato de trabalho.

Em um contrato de trabalho existe a fase pré-contratual e a fase propriamente dita de execução do contrato de trabalho, assim esse estudo mostrou e analisou a situação do

86 PAIVA, Mário Antonio Lobato de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho(*)** (1ª Parte). *COAD Doutrina e Jurisprudência*, n. 43, p. 439, 447, 27 out. 2002.

empregado em relação ao poder diretivo do empregador em cada uma dessas fases.

Com efeito, o trabalho deparou-se com várias situações polêmicas envolvendo colisões de direitos, uma vez que estava em pauta o direito à intimidade e à vida privada do empregado e o direito à livre iniciativa privada e à propriedade privada do empregador, entretanto, durante todo processo de desenvolvimento desse trabalho acadêmico constatou-se a supremacia de uma parte (empregador) em detrimento de outra mais fraca (empregado), caracterizando por várias vezes a violação da intimidade e vida privada desses trabalhadores.

Nos casos em que houver o conflito entre direitos fundamentais relacionados à determinada situação concreta, a exemplo do direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho e o direito à livre iniciativa e propriedade privada do empregador, deve-se fazer uma ponderação desses direitos, usando-se o princípio da proporcionalidade, como medida de respeito ao direito e de solução do litígio.

Observa-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são as direções tomadas na presença da colisão de princípios oriunda das relações trabalhistas. Com a utilização dos mencionados princípios aos casos concretos, torna-se possível estabelecer a prevalência de determinados interesses e traçar, por meio disso, limites para o exercício do poder de fiscalização do empregador, a fim de que não haja violação à intimidade e à vida privada do trabalhador.

Portanto, é imprescindível uma ponderação equilibrada, motivada e razoável, posto que todos os direitos fundamentais devam ser garantidos. Desta feita, quando os direitos do empregado e empregador colidirem, faz-se necessário delimitar até onde o empregador detém o poder de comando sobre o obreiro, diante dos direitos constitucionais garantidos. A

solução é exatamente conhecer onde um poderá interagir com o outro, fazendo uma ponderação de direitos, usando-se o princípio da proporcionalidade, como medida de respeito ao direito e de solução do conflito, o que vem sendo contínua e concretamente efetivado pela jurisprudência brasileira.

REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Limites do Poder Fiscalizatório Quanto ao Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4585>. Acesso 23 de março de 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**- 2.ed- São Paulo: LTr, 2009.

BELTRAN, Ai Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001, p. 95.

CALVO, Adriana. **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de Trabalho**. São Paulo: LTr 73-01/70, janeiro, 2009.

CARNEIRO, Amanda de Abreu Cerqueira. **Revista íntima e a violação aos princípios e garantias fundamentais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 86, 01/03/2011 [Internet]. Disponível em<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9098>. Acesso em 10/04/2012.

CASAGRANDE, Cássio. **O direito à intimidade do empregado e revistas no local de trabalho**. Disponível em 20 de março de 2012.

FARIA, Fernanda Nigri. **Poder diretivo empresarial e direitos constitucionais do trabalhador**. Belo Horizonte, 2008.p.115.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos : a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3.ed. Sergio Antonio Fabris Ed. Porto Alegre, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, 1992.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de Direito do Trabalho*, 18a. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PAIVA, Mário Antonio Lobato de. **O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho**(*) (1ª Parte). *COAD Doutrina e Jurisprudência*, n. 43, p. 439, 447, 27 out. 2002.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Ponderação de direitos fundamentais e proteção à intimidade, privacidade e honra do empregado**. Disponível em https://www.plenum.com.br/plenum_jp/lpext.dll/Dou/doutra/2c9/306?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0. Acesso em 17 de março de 2012.

RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. **Colisão de princípios no exercício do poder diretivo do empregador**. Jus Navigandi, Teresina, [ano 15](#), [n. 2414](#), [9 fev. 2010](#). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14324>. Acesso em: 30 abr. 2012.

O PLURALISMO COGNITIVO COMO MÉTODO SIMBIÓTICO ENTRE SOCIEDADE CIVIL E ESTADO

COGNITIVE PLURALISM AS A SYMBIOTIC METHOD BETWEEN CIVIL SOCIETY AND THE STATE

**Marcos Vinícius Ribeiro Gonçalves de Vasconcelos
Rodrigues**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar um paralelo entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, bem como posicionar o pluralismo cognitivo nesse bojo. Assim, parte-se de uma premissa inicial contemplada pela visão dos grandes filósofos, como Hobbes e Locke, que se posicionam acerca da forma como os indivíduos passaram a se organizar socialmente, com a conclusão de que aludida organização, com a participação efetiva dos cidadãos, traduz-se numa sociedade mais igualitária.

Palavras-chave: Estado de natureza, sociedade civil, pluralismo cognitivo, hobbes, locke

ABSTRACT

The present work aims to draw a parallel between the individual, civil society and the State, as well as to position cognitive

pluralism in this context. Thus, it starts from an initial premise contemplated by the vision of the great philosophers, such as Hobbes and Locke, who position themselves on the way in which individuals began to organize themselves socially, with the conclusion that the aforementioned organization, with the effective participation of citizens, translates into a more egalitarian society.

1. DA DICOTOMIA ESTADO DE NATUREZA X SOCIEDADE CIVIL

O estudo sobre a sociedade civil e toda a sua complexidade sempre foi um dos grandes temas de discussão no decorrer dos séculos. Por representar um dilema entre a privacidade dos cidadãos e a "intromissão" do Estado nos direitos individuais, suscita interesse em diversos ramos da organização social, e, ao longo do tempo, as teorias a respeito do tópico citado sofreram inúmeras variações.

São muitos os autores que se disponibilizaram a discorrer sobre tal questão. Dentre eles, figuram algumas personalidades do Jusnaturalismo, como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Estes colocaram em voga modelos que exprimem uma passagem de um 'estado natural' do indivíduo para um 'estado político', isto é, à vida em comunidade mediante um líder, de acordo com prescrições a serem seguidas.

Para Hobbes, o 'estado natural', em que todos os indivíduos são aparentemente livres, nada mais é que um estado de guerra. Como os recursos naturais são escassos, mais cedo ou mais tarde, um choque de interesses entre os atores da trama iria ocorrer. Dessa maneira, para evitar esse conflito, Hobbes propõe

que haja um governo soberano, no qual todos os cidadãos estariam submetidos, isto é, um contrato seria firmado para a passagem desse contexto inicial a uma sociedade civil. Assim, com um poder centralizado, a paz social estaria resguardada.

Outro juscontratualista influente foi o inglês John Locke que, inclusive, teve sua teoria política como marco intelectual para a Revolução Inglesa, a Revolução Americana, e, com menos intensidade, na Revolução Francesa. Locke era um defensor impassível dos Direitos fundamentais. Destarte, considerava que os indivíduos viviam bem no estado natural, contudo, no plano da sociedade civil, essa forma de vida seria melhorada. Isso decorreria do seguinte pressuposto: existiriam leis determinadas pela esfera pública, que não interferiam nem nos direitos fundamentais nem na esfera civil dos cidadãos, de maneira a regular a liberdade destes tanto por sua individualidade quanto pela coletividade, sendo este coletivo composto pela liberdade alheia e pelos membros parlamentares. Enfatizando esse aspecto, Locke, em sua obra Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos, explica:

“Porque a sociedade civil tem por finalidade evitar e remediar aquelas inconveniências do estado de natureza que se tornam inevitáveis sempre que cada homem julgue em causa própria, instituindo uma autoridade conhecida a que todos daquela sociedade podem apelar sobre qualquer injúria recebida ou controvérsia que possa surgir, e que todos da sociedade devem obedecer.”

Uma terceira vertente do juscontratualismo é pontuada na figura do francês Jean-Jacques Rousseau. O filósofo diverge dos outros dois protagonistas da teoria proposta pelo fato de considerar que, no estado natural, os indivíduos viviam isolados pelas florestas e sobrevivendo, sem dificuldades, com os recursos oferecidos pela natureza. Em contrapartida, sob sua visão, a

sociedade civil representaria uma sobreposição dos mais fortes diante dos mais fracos e promoveria relações de dominação. Este domínio residiria, exatamente, na instituição do direito positivo. Para Rousseau, o contrato se firmaria na passagem da sociedade civil a uma República, na qual a obediência às leis geradas equivaleria à própria liberdade dos indivíduos.

2. DA DICOTOMIA SOCIEDADE CIVIL X ESTADO

Sob esse prisma de disparidades internas no modelo juscontratualista, a dicotomia constituída pela sociedade civil e Estado trilha por novos cenários. Com o passar dos períodos históricos, os cidadãos vão adquirindo uma maior inclinação política, e, com efeito, as novas teorias irão configurar não apenas uma sociedade sob a luz da organização, mas também da participação, centralizada na luta.

Essa cadeia da filosofia política ganha uma nova visão a partir da figura do alemão Friedrich Hegel. Por mais obscura que fosse a filosofia política da época, Hegel empenhou-se em adotar uma explicação racional para os fenômenos relacionados ao tópico. O autor buscava uma nova construção para a dicotomia entre a sociedade civil e o Estado.

Para Hegel, o conceito de família, que nas sociedades anteriores consistia uma forma de organização anterior ao Estado, perde essa significação. A família não mais forma uma célula social que se auto reproduz, não mais constitui um elemento social para a formação dos Estados, que antes era representado como unidade composta por inúmeras famílias. Os indivíduos passam a exprimir-se como autônomos, e, nesse sentido, desviam do núcleo familiar parte das funções sociais (cultural,

econômica) antes, a ele, atribuídas. Nesse sentido, a sociedade civil funciona como transformadora de um ser social em ser político, de maneira que cada indivíduo passa a ser apenas corpo dessa sociedade.

Numa mesma perspectiva, Hegel teoriza acerca do Estado de natureza considerado pelos juscontratualistas. Ao invés de considerar essa naturalidade como um Estado de guerra, o alemão julga-a como um ser em reconhecimento, com o objetivo de alcançar o fio de sua essência. Essa essência reside na liberdade, na construção de um sujeito autoconsciente, que, por possuir essa capacidade cognitiva, entende como necessária a presença do Estado.

Outra contribuição de Hegel e observada por Karl Marx, também filósofo alemão, é a relação de horizontalidade que existe entre os indivíduos, antes vista apenas na verticalidade (cidadão e Estado). No modelo aqui disposto, agora caracterizado como hegel-marxiano, as relações interpessoais são mais detalhadas e interligadas, de maneira que, com a ascensão da vontade individual, as condições de existência de cada ser entram em conflito. Com efeito, as relações entre sociedade civil e Estado tornar-se-iam mais obscuras, pois as tensões intelectuais percorrem sentidos contrários à submissão aos soberanos.

Dessa maneira, evidencia-se o resultado necessário do ponto de partida jusnaturalista, mesclado ao modelo hegel-marxiano: uma necessidade que leva a reconhecer o problema fundamental da vida social na contraposição entre indivíduo e Estado, nas formas de integração do indivíduo no coletivo e de composição do conflito entre liberdade e poder.

Essa visão controvertida entre as relações individuais com o Estado ganha mais força na figura do alemão Karl Marx. O autor remete à sociedade civil um conceito de sociedade burguesa, isto é, que se fundamenta nas relações materiais

existentes entre os indivíduos; considera, nesse sentido, as relações de produção como força motora desse corpo social. Dessa forma, como o capitalismo figura como modo de produção, o Estado participa dessa cadeia no momento em que controla os mecanismos responsáveis pelo funcionamento do processo produtivo, de modo a garantir a ordem do capital e sua manutenção e expansão.

Como crítica das relações de dominação provenientes do lucro estabelecidas no capitalismo, na obra *O capital*, referente a Karl Marx, consta:

“O sistema teórico marxiano distingue-se pela exposição das tendências dinâmicas inerentes ao modo de produção capitalista, as quais, se lhe impulsionam o crescimento, ao mesmo tempo desenvolvem suas contradições internas e o conduzem à decadência e à substituição por um novo modo de produção.”

3. DAS TRADUÇÕES DO PLURALISMO COGNITIVO

Após uma definição mais elucidativa sobre o que vem a ser o indivíduo por si só, o indivíduo na sociedade, e o indivíduo relacionado ao Estado, estreita-se o vínculo existente entre os teóricos da era moderna e os problemas vivenciados na contemporaneidade.

Várias são as tensões geradas a partir da máquina estatal perante os cidadãos. Em diferentes escalas, os países possuem dificuldades quanto à distribuição de renda, oportunidades para uma educação de qualidade, de um emprego digno, e, em geral, de um maior exercício de seus direitos, já que a burocracia caminha lado a lado com o Estado.

Nesse contexto, uma abordagem mais específica das relações de dominação atuais entre Estado e Sociedade Civil configura-se no campo de aplicação das formas do conhecimento humano. Sabe-se que, com o passar dos séculos, a ciência foi hegemonizando-se como única forma de saber válida, e esse fato incorpora razões econômicas e políticas.

Com a lapidação da forma de produção capitalista, um conhecimento capaz de traduzir-se rapidamente em tecnologia expandiu-se de forma avassaladora. Um paradigma anterior, que se configurava na busca pela felicidade, na intimidade entre natureza e cultura, foi sendo gradativamente suplantado pela cientificidade a que o mundo estava sendo submetido.

Com efeito, a transformação epistemológica por qual passava o mundo revelou um processo que negava a história de muitas civilizações e as suas formas de cognição. Os cidadãos, que detinham os seus conhecimentos em outras formas de cultura, foram, gradativamente, sendo engolidos pelo aparato científico. E um processo que evidencia essa verdade é o colonialismo. Os europeus, pelo fato de os grupos sociais, especialmente do sul, não privilegiarem a cultura científica, consideravam-nos como englobados em um 'estado de natureza', isto é, estes não possuíam envergadura política, e, portanto, estavam em processo de maturação, ainda sem um projeto de vida concreto.

Boaventura de Sousa Santos, em sua obra Semear outras soluções, atenta para esse caminho:

“É insustentável a situação de, por exemplo, as ciências sociais continuarem a descrever e interpretar o mundo em função de teorias, de categorias e de metodologias desenvolvidas para lidar com as sociedades modernas do Norte, quando a maioria das sociedades existentes não só apresenta características e dinâmicas históricas diferentes, como tem gerado as suas próprias

formas de conhecimento das suas experiências sociais e históricas e produzindo contribuições significativas para as ciências sociais, ainda que remetidas para as margens destas.”

Sob essa luz, a ciência, personificando a sociedade civil dominante, aduz-se como um sistema de carecimentos, aludindo ao pensamento marxiano. Essa conexão é explicada pelo fato de o método científico mensurar e controlar todos os passos e hipóteses relacionadas ao seu objeto de estudo. Todavia, os casos trabalhados extrapolam as paredes do laboratório, isto é, a engrenagem científica, por si só, não abarca o rol de consequências de sua própria criação. Para o ajuste de sua irradiação, faz-se necessária um elo com outras formas culturais e de conhecimentos, de forma a reconhecer as limitações e os alcances, democraticamente, de cada saber.

São inegáveis as contribuições fornecidas pelo método científico potencializadas pelo desenvolvimento tecnológico. No campo da medicina, nas mais variadas partes do organismo, muitas foram as conquistas. Não menos imponentes são as conquistas compreendidas no ramo da economia, no ramo jurídico, entre outros. Contudo, inúmeros são os malefícios advindos deste sistema. As questões éticas relacionadas a células-tronco, a fetos anencefálicos, aos impactos ambientais, e, por conseguinte, a elevação da média térmica do planeta, de modo a acarretar a extinção de diversas espécies animais, além da diminuição da qualidade de vida humana, entre outros fatores.

Nesse percurso, como foi visto, a ciência caminhou, em parte, na contramão do desenvolvimento pleno humano. Em obediência ao capitalismo selvagem, ela é trabalhada para que exista uma manutenção na sistemática vigente. No entanto, faz-

se mister exemplificar aplicações práticas desta para a saúde social.

Uma prova de que o conhecimento científico é plenamente associável a outras formas de solução para conflitos fundamenta-se na resolução dos crimes contra a vida, isto é, no tribunal do júri, que é uma prática reiterada e assegurada por lei. Nesse sistema, existe a presença de especialistas jurídicos, como os promotores, os advogados e os juízes de direito. Entretanto, para representar um viés popular, ligado à própria essência humana, à própria autoconsciência do que vem a ser a vida, o resultado final é baseado na decisão de indivíduos leigos, ou seja, apenas consumado de acordo com as vivências e experiências históricas de cada cidadão, enquanto participante da sociedade civil.

Seguindo essa trajetória, o Estado contemporâneo, que tem como funções: garantir a lei e facilitar o desenvolvimento do corpo político; a inserção da justiça na sociedade; a intervenção na ordem econômica e a submissão à sociedade, deveria, em toda a sua instância, funcionar como mediador na interlocução entre o conhecimento científico e as outras formas de conhecimento, advindas dos cidadãos.

Em alguns países da Europa, existem iniciativas que introduzem essa ideia. Os profissionais estabelecidos são responsáveis por dar a oportunidade ao indivíduo de participar na resolução de problemas que não possuem uma solução específica, isto é, é posta em prática a deliberação como forma de produzir conhecimento. Alguns exemplos são: os debates públicos sobre biociências no Reino Unido e sobre biotecnologia na Holanda; a avaliação participativa dos cidadãos no que tange à aplicação das tecnologias; a atitude frente ao meio ambiente, entre outras formas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob essa perspectiva, observou-se a importância do ativismo dos cidadãos na construção de uma sociedade mais igualitária, sem a intransponível barreira entre o leigo e o especialista. Ambos devem trabalhar com o objetivo de fazer prosperar o desenvolvimento integral humano e fixar, na relação entre indivíduo e Estado, uma relação de cooperação, ao invés de dominação.

Por fim, na obra Teoria Geral da Política, um trecho alude a essas noções:

“Como é possível imaginar um político um político verdadeiramente grande (...) que seja privado de um ideal? E como é possível ter um ideal e desejar vê-lo realizado, se não se conhecem as necessidades e aspirações do povo ao qual se foi chamado a governar e se não se sabe escolher os meios apropriados para realizar esse ideal? Mas essas exigências afirmam que o político não deve ser um mero manipulador de homens; deve saber guiá-los em direção a uma meta e essa meta deve ser escolhida por ele, e não imposta pelos acontecimentos mutáveis do dia que passa”.

REFERÊNCIAS CITADAS

BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto, BOVERO, Michelangelo. Sociedade e Estado na filosofia política moderna. São Paulo: Brasiliense, 1991.

GRILLO, Vera de Araújo. Sobre uma noção para a função do estado contemporâneo. Disponível em http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/articled/viewFile/88_5/881>. Acesso em 15 abril.2010.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre a sociedade civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes,2001.

MARX,Karl. O capital. Crítica da economia política. São Paulo: Nova cultural,1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e os conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2005.

SILVA, Heloisa Helena Corrêa da, FERREIRA, Luciana Paes Barreto, BARROS, Maria Lúcia. Estado/Sociedade e o controle social.

<<http://www.litoral.ufpr.br/diversa/ed1/Revista%20Diversa@%20n1%20v1Silva%20Ferreira%20e%20Barros.pdf>>Acesso em 15 abril. 2010.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

CIVIL NON-PROSECUTION ACTION IN THE ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW

Brenda Albuquerque de Souza⁸⁷

RESUMO

O instituto conhecido como acordo de não persecução civil – ANPC - já era utilizado em algumas ocasiões nos casos de improbidade administrativa, mesmo sem sua previsão legal. Ocorre que, com o advento da Lei 14.230/2021, a legislação que trata sobre improbidade administrativa foi substancialmente alterada. Dentre as suas diversas modificações, foi incluído o artigo 17-B à Lei 8.429/1992, trazendo previsão explícita quanto à aplicabilidade do acordo de não persecução cível aos atos ímprobos. Tal avanço deve ser estudado para chegar-se à efetiva eficácia da aplicação desse instituto (ANPC) aos sujeitos ativos da lei de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Acordo de não persecução civil. Improbidade administrativa. Aplicabilidade.

⁸⁷ Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil no Estado de Sergipe. Email: brenda_bs14@hotmail.com

ABSTRACT

The institute known as civil non-prosecution agreement - ANPC - was already used on some occasions in cases of administrative improbity even without its legal provision. It turns out that, with the advent of the Law 14.230/2021, the improbity administrative law was substantially changed. Among its various modifications, the article 17-B of the Law 8429/1992 was included, bringing an explicit prevision regarding the applicability of the civil non-prosecution agreement to dishonest acts. Such progress must be studied to arrive at the effective effectiveness of the application of this institute (ANPC) to the active subjects of the improbity administrative law.

Keywords: Civil non-prosecution agreement. Administrative improbity. Applicability.

INTRODUÇÃO

O presente estudo representa uma reflexão sobre a aplicabilidade do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa (LIA). O problema que norteou esse estudo foi: seria um instituto realmente eficaz ou estaríamos abrandando a responsabilização dos sujeitos ao aplicar tal acordo? Quais seriam os benefícios? Assim, o objetivo traçado foi trazer o histórico da aplicação dos acordos dentro da LIA, sua regulamentação e a análise acerca de sua eficácia.

O texto original da Lei de Improbidade Administrativa de 1992 proibia qualquer espécie de transação, acordo ou conciliação nas ações interpostas contra os atos ímprobos.

Vigorava nesta época a ideia de que o interesse público seria indisponível e que nenhuma forma de solução transacional conseguiria proteger a administração pública de forma adequada.

Com o passar do tempo, foram adotados os métodos consensuais em diversas áreas do Direito Brasileiro, ganhando força especialmente no Processo Civil (justiça multiportas). Tais métodos consensuais foram mostrando um enorme potencial para solução de conflitos. O próprio Direito Administrativo passou a observar que os métodos consensuais não só poderiam proteger o interesse público, mas também ser mais eficiente e eficaz.

No ano de 2019 o artigo que vedava a utilização dos métodos consensuais nas ações de improbidade administrativa foi devidamente revogado pela Lei nº13.964, trazendo a possibilidade do acordo de não persecução cível. Porém, o instituto permaneceu inoperável, pois todas as disposições referentes ao procedimento para realização do acordo foram vetadas.

Já em 2021, a Lei 14.230 alterou significativamente a legislação que trata sobre a improbidade administrativa, incluindo o artigo 17-B à Lei 8.429/1992. Tal artigo trouxe a previsão explícita quanto à aplicabilidade do acordo de não persecução cível aos atos de improbidade administrativa, dispondo com maior detalhamento sobre o procedimento para realização do acordo, até mesmo no momento da execução da sentença.

Diante de todas essas modificações na Lei de Improbidade Administrativa, o presente trabalho objetiva trazer os conceitos iniciais, natureza jurídica do instituto (ANPC), legitimidade para a sua celebração, condições mínimas para a sua aplicação, exigências formais, momento para a celebração do acordo e consequências no caso de descumprimento do acordo.

Ao final, foram retomados os objetivos iniciais da pesquisa e avaliadas as inovações jurídicas no campo da aplicabilidade do acordo de não persecução civil na Lei de Improbidade Administrativa, bem como a evolução jurisprudencial a respeito do tema.

1. APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CIVIL NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em 1988, com o nascimento da Constituição Federal, surgiu um ambiente propício para que fosse criada uma lei que fizesse frente às diversas condutas ilícitas cometidas em desfavor da Administração Pública. Passou a existir a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), que descreveu diversos atos ímprobos: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Por ser uma lei tão importante no ordenamento jurídico brasileiro, e por ter como uma de suas finalidades o combate à corrupção, a LIA passou (e vem passando) por diversas modificações.

No ano de 2013 foi editada a Lei Anticorrupção, que passou a compor o microsistema processual de tutela coletiva da probidade administrativa, concomitantemente com a LIA.

O acordo de leniência passou a ser previsto na Lei nº 12.846/2013, e foi considerado um importante instrumento para apuração de atos ilícitos contra a administração pública. O fundamento desse acordo residia no comprometimento do acusado em colaborar com as investigações do ato criminoso do

qual participou em troca de benefícios, que muitas vezes eram imunidades em relação a determinadas sanções.

Tais acordos levantavam dúvidas em detrimento dos princípios do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, principalmente no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, cujo texto legal vedava expressamente a transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade. Tinha-se por controverso o alcance e o real sentido do dispositivo. Logo, quanto a aplicação do acordo de leniência no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, o acordo de leniência suscitava diversas dúvidas.

O § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92 era categórico ao dispor: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”. Esta proibição legislativa chegou a ser derogada pela MP 703, de 2015, que, no entanto, perdeu eficácia em face da não conversão em lei pelo Congresso Nacional.

Sobre a vedação de transação, acordo ou conciliação nas ações que combatem os atos ímprobos, explica Machado (2017, p. 194): que em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, “[...] a sua tutela e os seus objetivos (do interesse público) não podem ser renunciados, notadamente quando quem assim age não detém autorização de seus beneficiários (os cidadãos, administrados), para sobre ele transigir”. Ainda, esclarece o mesmo autor (2017, p. 192) que:

“[...] atendidos os requisitos e condições dos incisos e parágrafos do art. 16, da Lei 12.846/2013 (BRASIL, 2013b), negar a possibilidade de celebração do acordo, equivaleria a interditar a utilização de técnica especial de investigação para o esclarecimento cabal de fatos e ampliação subjetiva de responsabilização de esquemas de ilicitude que são lesivos à Administração Pública e que funcionam bem em razão do pacto de

confiança e sigilo que une os infratores, cuja desestabilização é afetada quando um dos participantes do conluio se propõe a fornecer às autoridades estatais as informações e meios de prova. Também equivaleria a, em razão da omissão da autoridade administrativa, negar direito que a lei faculta à pessoa jurídica infratora que se disponha a colaborar para o esclarecimento de atos lesivos à Administração Pública e ver atenuada a sua responsabilização, o que denotaria uma relação de desarmonia entre os fins da lei e os fins que serão atingidos com sua aplicação no caso concreto, desbordando da proporcionalidade, sob a perspectiva da adequação”.

Apesar da aparente vedação expressa na legislação da Lei de Improbidade Administrativa trazer dúvidas quanto à aplicação do acordo de leniência no âmbito desta norma, o mesmo vinha sendo celebrado⁸⁸.

⁸⁸ No que se refere ao § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, essa possibilidade já foi enfrentada pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de agravo de instrumento, sob o nº. 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, relatora Vânia Hack de Almeida, julgado em 22/08/2017, conforme trechos: “[...] Em razão dessa vedação expressa e por força da superveniência da legislação posterior, tem-se por controverso o alcance e o real sentido do dispositivo. Nesse aspecto, parte da doutrina sustenta a impossibilidade de qualquer modulação de penas ante a expressa vedação, interpretando, portanto, de forma gramatical, suas disposições. Há que se considerar, entretanto, que a assertiva - vedação de transação, acordo ou conciliação em ação de improbidade - era perfeitamente justificável à época da edição do diploma legislativo - 1992. Inadmissível, naquele momento, frente ao direito positivo de então, sequer cogitar-se de qualquer forma de negociação entre autoridades e réus ou suspeitos. Por outro lado, a interpretação isolada do dispositivo também poderia levar a conclusão similar. No entanto, há que se buscar, pela interpretação sistemática dos diplomas legais no microsistema em que inserido, como demonstrado, além de unicidade e coerência, atualidade, ou seja, adequação interpretativa

Ainda, cabe fazer um histórico acerca da aplicação do acordo de não persecução civil na lei de improbidade administrativa. Antes da atualização trazida pelo pacote anticrime, o § 1º do art. 17 da Lei nº 8.429/92 vedava a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

Posteriormente, a Lei nº 13.964/2019 modificou esse dispositivo para admitir a celebração de acordo de não persecução cível. Vejamos:

Antes da Lei nº 14.230/2021	Depois da Lei nº 14.230/2021
Art. 17. (...) § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.	§ 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

O artigo 17-B da lei de improbidade administrativa não somente regulamentou o acordo de não persecução civil, como também detalhou o procedimento para a realização do acordo, trazendo mais segurança jurídica ao tema, que, mesmo sem regulamentação anterior, já era aplicado no ordenamento jurídico

à dinâmica própria do direito, à luz de sua própria evolução. [...] Nem seria coerente que o mesmo sistema jurídico admita, de um lado, a transação na LAC e a impeça, de outro, na LIA, até porque atos de corrupção são, em regra, mais graves do que determinados atos de improbidade administrativa, como por exemplo, aqueles que atentem contra princípios, sem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito”. (Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-vania-leniencia.pdf>. Acesso em 22/02/2023).

brasileiro, como era o caso do acordo de leniência na lei de improbidade administrativa.

DRUMMOND traz algumas considerações sobre os avanços da Lei 14.230/2021:

A Lei 14.230/21 proporcionou um considerável avanço na aplicação de soluções consensuais às ações de improbidade administrativa na medida em que dispôs mais detalhadamente sobre o acordo de não persecução cível. O acordo é o mecanismo que encerra a ação de improbidade mediante a fixação e cumprimento de algumas condições, entre elas a reparação integral do dano e a reversão da vantagem indevida, e pode afastar a incidência das outras sanções previstas na lei. (DRUMMOND, 2022)

O acordo de não persecução civil é uma modalidade de justiça negocial – autocomposição – que permite ao Ministério Público e a pessoa jurídica interessada negociar com o investigado (na fase pré-processual) ou com o demandado (na fase processual) a não propositura de ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, ou a extinção de uma ação já ajuizada, desde que presentes determinados requisitos e cumpridas determinadas condições que serão comentados especificamente no decorrer deste artigo.

2. LEGITIMIDADE PARA A CELEBRAÇÃO DO ANPC

Antes das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, a Lei nº 8.429/92 previa que a ação de improbidade

administrativa poderia ser proposta tanto pelo Ministério Público quanto pela pessoa jurídica interessada.

Existia uma legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa. Porém, a Lei nº 14.230/2021 buscou restringir essa legitimidade ativa e modificou a Lei nº 8.429/92 para afirmar que a ação de improbidade administrativa somente poderia ser proposta pelo Ministério Público.

O ANPC trata-se de um negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor do ato ímprobo, no qual este último se compromete a cumprir certas condições e, em troca, não será condenado por improbidade administrativa.

Com a alteração trazida pela Lei nº 14.230/2021 introduziu o art. 17-B, § 5º na Lei nº 8.429/92, apenas o Ministério Público poderia negociar e celebrar acordo de não persecução cível com o investigado ou demandado. Conclui-se da simples leitura do dispositivo legal que a pessoa jurídica interessada não poderia celebrar acordo de não persecução cível.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que os entes públicos que tenham sofrido prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados a propor ação de improbidade e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos. Dessa maneira, o STF declarou a invalidade dos dispositivos da Lei nº 14.230/2021 que conferiam ao Ministério Público a legitimidade exclusiva para a propositura das ações por improbidade e para a realização dos acordos.

Em suma, decidiu o STF:

Os entes públicos que sofreram prejuízos em
razão de atos de improbidade também estão

autorizados de forma concorrente com o Ministério Público, a propor ação e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos.

STF. Plenário. ADI 7042/DF e ADI 7043/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgados em 31/8/2022 (Info 1066).⁸⁹

Ainda sobre a legitimidade para propor o ANPC, há uma celeuma acerca da obrigatoriedade ou não da propositura do acordo. Apesar da legitimidade de propor o acordo ser do Ministério Público, não há que se falar em direito subjetivo do agente ímprobo à celebração do acordo, conforme já decidido pelo STJ. Pela simples literalidade da norma, infere-se que o oferecimento de proposta ou mesmo a aceitação a se iniciar uma negociação com o réu é uma mera faculdade do Ministério Público. O dispositivo prevê que o Parquet poderá celebrar o acordo, “conforme as circunstâncias do caso concreto”.

3. CONDIÇÕES MÍNIMAS PARA A CELEBRAÇÃO DO ANPC

O artigo 17-B, em seus incisos, detalhou as regras do acordo de não persecução civil. Nos moldes do dispositivo, o

⁸⁹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Pessoa jurídica interessada continua com legitimidade para propor ação de improbidade e para celebrar acordo; não existe obrigatoriedade de a assessoria jurídica fazer a defesa do agente público acusado de improbidade.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ff6a45350791d8eeadcf9666c7848835>>. Acesso em: 21/02/2023

acordo de não persecução civil deve garantir, no mínimo, o integral ressarcimento do dano e a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que a possibilidade de negociação recai apenas sobre as sanções requeridas pelo autor, não havendo possibilidade de negociação no que enseja a parcela reparatória da pretensão.

Ainda, há critérios para a definição do que pode ser negociado e da própria extensão da negociação. Aduz o §2º do artigo 17-B:

§2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

O acordo ainda poderá ir além dos pedidos cabíveis na ação por atos ímprobos, admitindo-se a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. É o que prevê o §6º do artigo 17-B.

No que tange à reparação integral, deve-se observar o real valor do dano gerado. O legislador, inicialmente, trouxe o §3º, objetivando que o Tribunal de Contas se manifesta-se no prazo de 90 dias sobre o valor do dano a ser ressarcido. Vejamos:

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

O STF, contudo, suspendeu o §3º, pois, para o relator, entre outros pontos, a medida condiciona o exercício da atividade-fim do Ministério Público à atuação da Corte de Contas, em possível interferência na autonomia funcional do MP.

4. EXIGÊNCIAS FORMAIS

O §1 do artigo 17-B da LIA trata dos requisitos formais, dentre os quais dependerá a validade do acordo celebrado entre as partes:

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo dependerá, cumulativamente:

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor (§ 5º do art. 17-B). O juiz não participa das negociações, apenas homologa tal acordo.

Quanto ao terceiro requisito, há a exigência de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. A atividade judicial limita-se a analisar os requisitos formais do acordo, não sendo atribuição do juiz adentrar no conteúdo.

5. MOMENTO PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO

De acordo com o §4º do artigo 17-B da LIA, o ANPC poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

Ainda, em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, foi decidido que é possível a homologação judicial de acordo de não persecução civil no âmbito de improbidade administrativa até mesmo na fase recursal.⁹⁰

Analizando o referido julgado do STJ de maneira aprofundada, Landolfo Andrade⁹¹ analisou o referido julgado do STJ e chegou à seguinte conclusão:

“Sob esse prisma, o único limite temporal para a celebração do acordo de não persecução cível parece ser o do trânsito em julgado da sentença condenatória. Uma vez fixadas as penas,

⁹⁰ STJ. 1ª Turma Acordo no AREsp 1.314.581/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 23/02/2021 (Info 686).

⁹¹ ANDRADE, Landolfo. Acordo de não Persecução Cível: A Polêmica Envolvendo o Momento para a sua Celebração em Juízo. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civel/#_ednref3 Acesso em: 21/02/2023

transitada em julgado a sentença não se admitirá um acordo que possa implicar a afetação desta coisa julgada, reduzindo as sanções ou modificando o regime do seu cumprimento, independentemente do quantum de pena aplicado”.

Percebe-se então, com as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21, que o limite temporal para realização do acordo passou a ser aplicado desde as investigações, passando pelo trâmite da ação até o momento posterior à condenação, inclusive o momento posterior ao trânsito em julgado.

Para fins de celebração do acordo, tanto faz a existência de dúvidas a respeito da conduta imputada ao réu ou da certeza da prática do ato ímprobo. O próprio Superior Tribunal de Justiça já vem entendendo que a certeza sobre a prática do ato de improbidade não deveria ser um impeditivo à celebração do acordo, permitindo sua homologação na fase recursal.

6. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO

Um das maiores vantagens do acordo de não persecução civil é que, quando homologado e cumprido, será encerrada a ação de improbidade administrativa e devidamente extinta a punibilidade do agente pelos atos ímprobos cometidos. Dependendo do momento em que é celebrado, o acordo chega a evitar medidas constritivas de patrimônio bem como tem por consequência uma resolução bem mais célere, comparado com o curso normal de uma ação de improbidade administrativa.

É importante ressaltar que o acordo firmado no âmbito administrativo não acarretará o afastamento de eventual responsabilidade cível ou criminal decorrente dos fatos debatidos na ação extinta.

Em caso de descumprimento do acordo de não persecução civil, traz o §7º do artigo 17-B da LIA:

§ 7º Em caso de descumprimento do acordo a que se refere o caput deste artigo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

O inadimplemento da obrigação acordada tem como consequência a volta à situação anterior à celebração do acordo. A validade do acordo depende do integral ressarcimento do dano. Em outras palavras, havendo o inadimplemento do acordo, ele restará viciado, pois o elemento mínimo a garantir a sua validade não terá sido concretizado, ficando o réu impedido de celebrar qualquer acordo de não persecução civil pelo prazo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é de hoje que se tenta erradicar a corrupção no Brasil. A Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) foi editada com o fito de combater a improbidade no âmbito da Administração Pública, objetivando controlar e punir os que tentam se eximir de cumprir com seus deveres funcionais no Poder Público.

Com o surgimento da atual Constituição, a repressão aos atos de improbidade foi aperfeiçoada, chegando ao status majorado da matéria, onde é previsto na Lei Maior em seu art. 37, caput, princípios a serem observados por toda a Administração, dentre eles o da moralidade. Portanto, a atuação prova, por parte dos agentes públicos, atualmente, vai além do dever de não causar dano ao erário e da vedação ao enriquecimento ilícito. Probidade está, também, intimamente relacionada com o dever de observância dos princípios pertinentes à Administração Pública.

Da análise do histórico da lei de improbidade administrativa, mesmo com o art. 17 da Lei n.º 8.429/92 vedando a celebração de acordos nas ações civis públicas por atos ímprobos, parte da doutrina entendia que a referida vedação não mais encontrava respaldo, tendo em vista que leis criminais posteriores à lei de improbidade administrativa previam a possibilidade de realização de acordos que afastavam a punibilidade onde havia previsão de aplicação da pena mais graves, como ocorria em relação à Lei n.º 12.850/13 que dispõe sobre as organizações criminosas.

A própria Lei n.º 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, conhecida como lei anticorrupção, era aplicada no âmbito da lei de improbidade, mesmo contrariando a legislação da LIA.

A doutrina passou a admitir a celebração de acordo nas ações civis públicas pela prática de improbidade administrativa sob o fundamento de que o referido diploma legal (Lei n.º 8.429/92) integra, juntamente com a Lei n.º 4.717/65 (ação popular), Lei n.º 7.374/85 (ação civil pública) e a Lei 12.846/13 um microssistema de combate à corrupção, em observância às

diretrizes dos tratados internacionais sobre o tema, os quais o Brasil ratificou.

Até mesmo o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP autorizou que seus membros celebrassem termos de ajustamento de conduta no âmbito da ação de improbidade administrativa. Com o advento da Lei n.º 13.964/19 (Lei Anticrime) a celeuma foi finalizada, passando a ser permitida a celebração de acordo de não persecução civil nas ações de improbidade administrativa.

O ANPC tem por objetivo impedir o início de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa mediante a aceitação de algumas condições e aplicação de sanções aos agentes responsáveis pela prática dos supostos atos de improbidade administrativa, como forma de tornar mais célebre e efetiva a reparação do dano eventual causado ao erário.

Por fim, conclui-se que a alteração na lei de improbidade administrativa, no que diz respeito à permissão do acordo de não persecução civil, busca trazer mais efetividade e celeridade na punição em razão da prática de atos ímprobos. Tal modificação se adequa ao direito administrativo moderno que atualmente está abrindo espaço para a utilização dos meios de solução alternativa de conflitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Landolfo. **Acordo de não Persecução Cível: A Polêmica Envolvendo o Momento para a sua Celebração em Juízo.** Disponível em: http://genjuridico.com.br/2021/03/02/celebracao-acordo-nao-persecucao-civel/#_ednref3 Acesso em: 21/02/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Pessoa jurídica interessada continua com legitimidade para propor ação de improbidade e para celebrar acordo; não existe obrigatoriedade de a assessoria jurídica fazer a defesa do agente público acusado de improbidade.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ff6a45350791d8eeadcf9666c7848835>>. Acesso em: 21/02/2023

DRUMMOND, Fernando. **Acordo de não persecução cível: solução para os processos de improbidade?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-09/drummond-acordo-nao-persecucao-civel-improbidade#:~:text=Como%20funciona%20o%20acordo%20de,atos%20de%20improbidade%20ali%20debatidos>.

Acesso em: 23/02/2023

MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. **Acordo de Leniência & a Lei de Improbidade Administrativa.** Curitiba: Juruá, 2017.

LEI Nº 14.532/23: A MIGRAÇÃO DA INJÚRIA RACIAL PARA A LEI DE RACISMO E SUAS IMPLICAÇÕES

LAW Nº 14.532/23: THE MIGRATION OF RACIAL INJURY TO THE RACISM LAW AND ITS IMPLICATIONS

Eliezer Lima da Silva⁹²

RESUMO

Neste trabalho, apresentaremos uma análise das principais mudanças ocorridas com a alteração legislativa que colocou o crime de injúria racial na Lei que tipifica os crimes de racismo no Brasil. Para tanto, apresenta-se noções conceituais sobre racismo, discriminação, preconceito de raça ou de cor e injúria racial. Também, faz-se uma exposição do entendimento do STJ e STF sobre o crime de injúria racial, antes da alteração legislativa, e como o legislador, atento ao entendimento jurisprudencial, trouxe para a Lei 7.716/89 aquele que já era o entendimento das Cortes Superiores. Por fim, apresentamos as principais consequências da alteração legislativa e a necessidade da efetivação de normas antidiscriminação para que possamos atender o comando constitucional de construir uma sociedade mais igualitária.

⁹²Bacharel em direito pela UFMA

INTRODUÇÃO

No dia 12 de janeiro de 2023, com a sanção da Lei 14.532, a prática de injúria racial passou a ser expressamente uma modalidade do crime de racismo, tratada de acordo com o previsto na Lei 7.716/1989. Até então, a injúria racial estava prevista apenas no Código Penal, com penas mais brandas e algumas possibilidades que agora deixam de existir.

A mudança foi importante por reconhecer que a injúria racial também consiste em ato de discriminação por raça, cor ou origem que tem como finalidade, a partir de uma ofensa, impor humilhação a alguém. A alteração legislativa acompanha recentes entendimentos dos Tribunais Superiores que já vinham afirmando que o crime de injúria racial não prescreve e que poderiam ser enquadrados como racismo.

O presente trabalho objetiva uma breve análise das principais mudanças operadas com a entrada em vigor da Lei 14.532 e suas implicações no tratamento penal do crime de injúria racial e as alterações operadas quanto à imprescritibilidade do crime e a retroatividade da novel legislação.

Uma das implicações resultantes da migração da injúria racial para a Lei 7716/89 diz respeito à inafianciabilidade, o que impossibilita àqueles que cometem o crime de injúria racial responderem ao processo em liberdade, a partir do pagamento de fiança arbitrada pelo Delegado de Polícia – o que antes era possível.

Outra mudança importante é que agora a injúria racial é um crime imprescritível, ou seja, a qualquer tempo, independente de quando o fato aconteceu, o mesmo pode ser investigado e os

responsáveis processados pelos órgãos do sistema de justiça e, se condenados, receberam as penas previstas na legislação.

Com o novo texto, a pena prevista para o crime de injúria racial – caracterizado quando a motivação é relacionada a raça, cor, etnia ou procedência nacional – que era de um a três anos, passou a ser de dois a cinco anos de reclusão.

Também houve mudança para o tratamento do chamado racismo recreativo, que consiste em ofensas supostamente proferidas como “piadas” ou “brincadeiras”, em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação, mas que tenham caráter racista. Para esses casos, a pena foi aumentada de um terço até a metade, podendo ainda ser agravada se cometida ou difundida por meio de redes sociais ou publicações de qualquer natureza.

1. RACISMO, PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E INJÚRIA RACIAL

A fim de combater a prática do racismo, o Estado brasileiro, ante o clamor da comunidade negra, inicialmente editou leis que desconsideravam a gravidade do racismo, a exemplo da Lei nº 1.390/1951 (Lei Afonso Arinos), que definiu o racismo como sendo mera contravenção penal. Depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Artigo 1º, inciso III e o Artigo 5º reconheceram, respectivamente, a dignidade humana e a igualdade como princípio e direitos fundamentais e, em inédita previsão na ordem jurídica, a prática do racismo foi alçada ao status de crime imprescritível e inafiançável.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 7.716/1989 (Lei Caó) e suas alterações, para complementar o dispositivo

Constitucional. Finalmente, ainda no campo penal, foi sancionada a Lei nº 9.459/97 que, ao alterar o Artigo 140, do Decreto-Lei nº 2.848/1940, introduziu no parágrafo terceiro a controversa prática da injúria racial, que acomodou a resistência social e judicial contra a aplicação da Lei Caó, quase a esvaziando de existência e de sentido.

Não bastasse tudo isso, diversas alterações posteriores e julgados do Supremo Tribunal Federal — STF — incluíram na seara da Lei Caó a repressão de outras práticas discriminatórias, como as de origem nacional, religião, contra a pessoa idosa, pessoa com deficiência e à homofobia, trazendo maior complexidade na aplicabilidade jurídica do tema.

Uma análise da Lei nº 7716/89 (Lei Caó) permite entender o quanto de avanço representou para a construção de um direito racial, em um contexto pós-Constituinte ainda contaminado por bancadas conservadoras no Congresso Nacional. Para isso, é necessário entender o contexto político, que, embora mudancista — por força dos movimentos sociais a pleitear demandas políticas reprimidas — ainda se mostrava incapaz de maiores conquistas.

A conceituação das categorias racismo, preconceito e discriminação racial deve evitar imprecisões, para além das terminológicas com consequências embaraçosas, sobretudo no campo do direito penal.

Segundo Habib (2018), discriminar significa diferenciar, distinguir, tratar de forma diferente e prejudicial. Por sua vez, preconceito deriva do latim *praejudicium*, conceito, opinião, sentimento ou juízo antecipado, formado por pessoa antes de possuir ou formar dados e elementos adequados para formar um conceito ou uma opinião, independentemente de qualquer razão.

De acordo com o Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2004, p. 1059), racismo pode ser definido como:

Com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar a crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Na definição de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 273), racismo é:

[...] o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de vivência distinta.

Assim, pode-se afirmar que o racismo é o pensamento baseado no discurso de segregação de raças, em que há a difusão da ideia de superioridade de uma raça sobre a outra.

A Constituição Federal de 1988 consignou o princípio da igualdade ou da não-discriminação em seu artigo 5º, segundo o qual *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*.

Para Nascimento (2022) a “não-discriminação” está detalhada por vários dispositivos da CF/88, destacando-se:

“i) objetivos da República Federativa do Brasil: por meio da promoção do “bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV da CF/88);

ii) princípios das Relações Internacionais: ao declarar “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (art. 4º, VIII da CF/88);

iii) criminalização ao Racismo: ao prescrever que a “prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII da CF/88);

iv) proteção das manifestações culturais múltiplas: ao tomba “todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos” (art. 216, §5º da CF/88)”.

Por sua vez, o Estatuto da Igualdade Racial, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei 12.288/2010, como meio de combate à discriminação da população negra, estabelece o que se considera discriminação racial ou étnico-racial:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência

baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

Assim, como explica Adilson José Moreira (2020):

“A construção desse sistema protetivo encontra fundamento em dois elementos centrais da cultura constitucional. Primeiro, leis antidiscriminatórias são meios a partir dos quais se alcança a racionalização do poder estatal; uma sociedade se torna democrática na medida em que o sistema jurídico está comprometido com a proteção das liberdades individuais com os direitos sociais e também com práticas inclusivas. (...) Segundo, ele também está ancorado no claro programa de transformação social presente nos textos constitucionais transformadores de democracias atuais. (...) O programa de transformação social presente nesse campo jurídico almeja a criação de uma sociedade igualitária, sociedade na qual membros de todos os grupos sociais são reconhecidos como atores sociais competentes,

como pessoas capazes de estabelecer e alcançar objetivos pessoais e coletivos”⁹³.

Por sua vez, Silvio Almeida (2019) para quem preconceito seria uma ideia estereotipada sobre alguém, discriminação atos materiais concretos para tratar de modo diverso um indivíduo ou um grupo de indivíduos e razão de características pessoais suas, enquanto racismo seria a discriminação sistemática e geral em razão do aspecto étnico.

O crime de injúria estaria, geralmente, associado ao uso de palavras de cunho depreciativo com referência à raça, cor, etnia, etc, com intenção de ferir a honra, a dignidade e o decoro da vítima. Em sua caracterização, era necessário que o termo utilizado seja empregado com conotação negativa, na intenção de diminuir a qualidade moral do ofendido, ferindo sua honra, decoro e/ou dignidade, sendo necessária a presença do dolo de ofender.

Como institutos diferentes, os delitos de injúria racial e racismo apresentavam repercussões penais diferentes. Destacase, conforme Silveira (2007), a inafiançabilidade, a imprescritibilidade e a titularidade para mover ação penal. No caso do ilícito penal de injúria qualificada, sujeitava-se a ação penal pública condicionada à representação do ofendido, conforme alteração feita pela Lei 12.033/2009. Em contraposição aos crimes de racismo, conforme Silveira (2007), por utilizar os elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, a injúria qualificada não caracteriza, desse modo, crime racial e, portanto, não entra no rol de crimes inafiançáveis e imprescritíveis.

⁹³ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 51.

A partir dessas considerações conceituais, pode-se estabelecer os impactos e diferenças ocorridas no tratamento da injúria racial como crime inserido na Lei 7716/89.

2. A INJÚRIA RACIAL ANTES E APÓS A LEI nº 14.532/23

A doutrina e jurisprudência faziam diferenciação entre o crime de racismo e injúria preconceituosa, com reforço da própria previsão legislativa, vez que o crime de racismo está previsto na Lei nº 7.716/1989 enquanto a injúria preconceituosa era prevista no Código Penal.

Assim, em julgados mais antigos, o STJ afirmava que “a imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste, importa no crime de injúria qualificada pelo uso do elemento racial, e não de racismo (STJ, RHC 18.620, j. 14/10/2018), fazendo clara distinção de tratamento entre os tipos.

A doutrina, de igual maneira, ao analisar a diferença dos tipos penais, aduzia que no “crime do art. 20, caput, da Lei 7.71/89 haverá manifestação preconceituosa genérica (**vítima indeterminada**). Já no crime do art. 140, §3º do CP, a manifestação preconceituosa dirige-se contra vítima **determinada**”, conforme magistério de Salim e Azevedo (2018).

Antes da Lei nº 14.532/2023: a injúria qualificada pelo preconceito, também conhecida como injúria racial ou racismo impróprio, delito que era tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal com a seguinte redação:

Art. 140 (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

(Redação antes da Lei nº 14.532, de 2023).

Assim, na injúria preconceituosa o agente deve “ter a consciência de estar ofendendo a vítima em relação a sua raça, cor, etnia, religião, origem, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, ou seja, é necessário o especial fim de discriminar”.

Depois da Lei nº 14.532/2023: essa conduta passou a ser um crime autônomo tipificado no art. 2º-A da Lei nº 7.716/89:

Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

A substituição da palavra “origem” pela expressão “procedência nacional” não tem relevância jurídica, tendo sido

feita apenas para manter a coerência com a terminologia que já era empregada no art. 20 da Lei nº 7.716/89.

Procedência nacional é o lugar de onde a pessoa veio, o lugar onde ela nasceu ou morava. Em outras palavras, é a sua origem.

Segundo a doutrina e a jurisprudência, este conceito abrange tanto os estrangeiros (ex: venezuelanos, haitianos) como também os nacionais que se deslocam dentro do país (exs: nortistas, nordestinos, sulistas etc.).

Assim, comete tal crime o agente que ofende, insulta, ou seja, xinga alguém utilizando elementos relacionados com a sua raça, cor, etnia ou procedência nacional. A ofensa é praticada contra uma pessoa determinada ou um grupo determinado de indivíduos (exs: cinco amigos negros, árabes etc.). A intenção do agente é atacar a honra subjetiva de uma pessoa ou de um grupo determinado de pessoas, utilizando os elementos já mencionados. Ex: “seu macaco”.

O agente visa a atingir uma pessoa determinada ou determinável. O bem jurídico tutelado é a honra subjetiva. Trata-se de crime de ação penal pública incondicionada. É imprescritível.

Destaque-se ainda que a Lei nº 14.532/2023 inseriu o art. 20-C na Lei nº 7.716/89 prevendo o deverá ser considerado como discriminação:

Art. 20-C. Na interpretação desta Lei, o juiz deve considerar como discriminatória qualquer atitude ou tratamento dado à pessoa ou a grupos minoritários que cause constrangimento, humilhação, vergonha, medo ou exposição indevida, e que usualmente não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência.

Verifica-se a intenção do legislador em estabelecer parâmetros mais seguros ao intérprete da lei quando da aplicação da lei antidiscriminação.

Vale ressaltar, ainda, que o § 3º do art. 140 do CP não foi inteiramente revogado. Ele continua punindo a injúria envolvendo elementos referentes à religião; à condição de pessoa idosa; ou à condição de pessoa com deficiência.

Quais os impactos dessa primeira mudança?

- ☐ Houve um aumento da pena, que passou a ser de 2 a 5 anos (antes era de 1 a 3 anos). Repare que a pena da injúria racial passa a ser, em regra, maior que a punição do crime do art. 20 da Lei nº 7.716/89;
- ☐ Há agora uma causa de aumento de metade (1/2) se o crime for cometido em concurso de pessoas;
- ☐ Antes da Lei nº 14.532/2023, a injúria racial era um crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima (art. 145, parágrafo único, do CP). Agora, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada;
- ☐ A injúria racial está formalmente inserida dentro da Lei do Crime Racial, sendo considerada uma espécie de racismo

Desta forma, uma vez que a Lei nº 14.532/2023 é mais gravosa (*novatio legis in pejus*), não retroage. Por esse motivo, as pessoas que praticaram injúria racial antes de 11/01/2023 (data da entrada em vigor da Lei nº 14.532/2023), continuam respondendo pelo art. 140, § 3º do CP.

4. A ALTERAÇÃO NO § 3º DO ART. 140 DO CP NÃO REPRESENTOU ABOLITIO CRIMINIS

Como vimos acima, a injúria racial (ou injúria discriminatória), antes era prevista no § 3º do art. 140 do CP. Com a Lei nº 14.532/2023 foi transportada para o art. 2º-A da Lei nº 7.716/89. Assim, não houve abolitio criminis, mas sim continuidade normativo-típica.

O princípio da continuidade normativa ocorre “quando uma norma penal é revogada, mas a mesma conduta continua sendo crime no tipo penal revogador, ou seja, a infração penal continua tipificada em outro dispositivo, ainda que topologicamente ou normativamente diverso do originário.” (trecho do voto do saudoso Ministro Gilson Dipp no STJ HC 204.416/SP).

Como já afirmado, antes da alteração legislativa operada pela Lei nº 14.532/23, a jurisprudência das Cortes Superiores já considerava a injúria racial espécie do gênero racismo, sendo, pois, crime imprescritível.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o agravo regimental no recurso especial nº 686.965/DF, decidiu que a injúria racial está na seara dos crimes relativos ao racismo, devendo ser considerada imprescritível, o que gerou diversas críticas por parte da doutrina.

Para o STJ, “a denominada injúria racial é mais um delito no cenário do racismo, sendo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão”. STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1849696/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/06/2020.

O fundamento foi o de que “a questão da imprescritibilidade do delito de injúria racial foi reconhecida pelo Tribunal ao entendimento de que esse crime, por também traduzir preconceito de cor, atitude que conspira no sentido da segregação, veio a somar-se àqueles outros, definidos na Lei 7.716/89, cujo rol não é taxativo”.

A doutrina diferenciava a injúria qualificada pelo preconceito do crime de racismo. Com efeito, segundo Sanches (2020), enquanto na injúria a intenção é a ofensa moral, que mesmo tendo como meio o abjeto preconceito de raça ou de cor, o delito de racismo pressupõe a intenção de segregar é real, utilizada com o intuito de criar, por meio de ações concretas, efetiva divisão dos cidadãos em categorias baseadas em preconceito de raça, cor, etc. Assim, para Sanches, a decisão do STJ, tratava-se de “*imprópria analogia incriminadora*”.

Guilherme Nucci defendia a decisão, explicando que não se tratava de “interpretação extensiva” (embora relate que a jurisprudência aceita tal interpretação para fins incriminadores), mas de consequência lógica do conceito de racismo afirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do célebre caso Ellwanger (HC 82.424/RS). O autor foi citado pelo STJ, quando leciona que “o artigo 5º, XLII, da Constituição Federal preceitua que a ‘prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei’.

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 154248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/10/2022, decidiu que o crime de injúria racial, previsto no art. 140, § 3º do CP, também é crime imprescritível, podendo ser enquadrada também no art. 5º, XLII, da CF/88.

A prática de injúria racial, prevista no art. 140, § 3º, do Código Penal, traz em seu bojo o emprego de elementos

associados aos que se definem como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém.

Consistindo o racismo em processo sistemático de discriminação que elege a raça como critério distintivo para estabelecer desvantagens valorativas e materiais, a injúria racial consome os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais.

Nesse sentido, para o STF, não havia distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei nº 7.716/89 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sociopoliticamente constitui raça, para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido.

Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado constitucional de criminalização, é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência.

Desta forma, com a Lei nº 14.532/2023 o legislador positivou o que já era o entendimento das Cortes Superiores quanto ao tema da injúria racial, como sendo a injúria racial crime de racismo sujeito aos conseqüências da Lei 7.716/89.

5. OBSTAR, IMPEDIR OU EMPREGAR VIOLÊNCIA CONTRA MANIFESTAÇÕES OU PRÁTICAS RELIGIOSAS (RACISMO RELIGIOSO)

A Lei nº 14.532/2023 também inseriu o § 2º-B no art. 20 prevendo uma forma equiparada de racismo:

Art. 20 (...)

§ 2º-B Sem prejuízo da pena correspondente à violência, incorre nas mesmas penas previstas no caput deste artigo quem obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas.

Trata-se do chamado racismo religioso. Essa figura equiparada tem por objetivo principal punir as lamentáveis manifestações de intolerância religiosa contra determinadas religiões, em especial as de matriz africana, que sofrem preconceito histórico em nosso país.

Para Carolina Rocha⁹⁴ o termo “racismo religioso” e suas implicações epistemológicas ainda está em construção. Para a autora, o termo “racismo religioso” tem sido caracterizado, no Brasil, por preconceito e/ou ato de violência contra adeptos das religiões de matrizes africanas, que são os principais alvos de violência religiosa no país.

Vale ressaltar que essa violência de que trata o novo § 2º-B do art. 20 não se restringe à violência física, podendo ser também violência psicológica, como no caso de ameaça.

⁹⁴ Carolina Rocha. Racismo Religioso
<https://religioepoder.org.br/artigo/racismo-religioso/> acesso em 26.02.2023.

Cavalcante (2023), com o magistério de sempre, resume as diferenças entre o racismo religioso com a injúria religiosa, no quadro abaixo:

RACISMO RELIGIOSO (art. 20, § 2º-B, da Lei 7.716/89)	INJÚRIA RELIGIOSA (art. 140, § 3º, do CP)
Obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas.	Ofender a vítima com a utilização de elementos referentes a religião.
Pena de 1 a 3 anos e multa. Além disso, se tiver havido violência, aplica-se também a pena da violência.	Pena de 1 a 3 anos e multa.

6. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PARA TODAS AS CONDUTAS RACISTAS DA LEI 7.716/89 PRATICADAS EM CONTEXTO DE DESCONTRAÇÃO, DIVERSÃO OU RECREAÇÃO

A Lei nº 14.532/2023 inseriu a previsão de que haverá crime mesmo que a conduta racista seja praticada “em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação”. Aliás, não apenas será considerada crime como também haverá uma causa de aumento de pena:

Art. 20-A. Os crimes previstos nesta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando ocorrerem em contexto ou com intuito de descontração, diversão ou recreação.

Assim, em tese, uma piada de cunho homofóbico ou envolvendo negros, judeus, argentinos, portugueses etc. pode, a depender do caso concreto, enquadrar-se como manifestação racista gerando a punição pelos crimes do art. 2º-A ou do art. 20 com a causa de aumento de pena do art. 20-A da Lei nº 7.716/89.

7. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PARA CONDUTAS RACISTAS DOS ARTS. 2º-A E 20 PRATICADAS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO

A Lei nº 14.532/2023 também inseriu o art. 20-B na Lei nº 7.716/89 prevendo que a pena será aumentada se os crimes do art. 2º-A e do art. 20 da Lei nº 7.716/89 forem praticados por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las:

Art. 20-B. Os crimes previstos nos arts. 2º-A e 20 desta Lei terão as penas aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade, quando praticados por funcionário público, conforme definição prevista no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, ainda que de forma resumida, no presente artigo, foram colocadas as principais consequências ocorridas com a alteração legislativa que colocou o delito de injúria racial no rol dos crimes previstos na Lei de Racismo prevendo, também, causas de aumento de pena para determinadas hipóteses.

Não há dúvidas de que o legislador busca ferramentas que aumentem a pena do racismo como forma de garantir a prevalência de uma sociedade mais democrática que repousa sobre a égide do pluralismo político fazendo com quem as diferenças de toda e qualquer origem seja de raça, cor ou credo sejam respeitadas.

Desta forma, ao colocar o delito de injúria racial na mesma Lei que pune os crimes de racismo, o legislador estanca qualquer dúvida por parte do intérprete quanto ao delito de injúria ser ou não uma espécie de racismo, o que já era o entendimento das Cortes Superiores.

Assim, o legislador se alia ao Poder Judiciário na luta por estabelecer as condições necessárias para se possa punir com os rigores do Direito Antidiscriminatório qualquer forma de intolerância e racismo, entre eles, a injúria racial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo, Pólen, 2019.

- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2023.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed. São Paulo: Ed. UnB, 2004. v. 1.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para Concursos**. 13. ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Lei 14.532/2023: alterações na Lei do Crime Racial**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/novidades_legislativas/detalhes/d07e70efcfab08731a97e7b91be644de>. Acesso em: 21/02/2023
- HABBIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Volume único. 10. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.
- NASCIMENTO, Felipe Augusto dos Santos. **Manual de Humanística – Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreira Jurídicas**. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- SALIM, Alexandre & AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal parte Especial**. 7ª ed, revista, ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.
- SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS HISTÓRICOS INTRODUTÓRIOS NO DIREITO COMPARADO

DISREGARDING LEGAL PERSONALITY: INTRODUCTORY HISTORICAL ASPECTS IN COMPARATIVE LAW

Valdiane Kess Soares dos Santos⁹⁵

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema da desconsideração da personalidade jurídica aplicada ao Direito Brasileiro sob o viés de sua origem histórica com enfoque no Direito comparado. Por meio dessa teoria, busca-se responsabilizar os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, quando estes, através de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, fizerem surgir créditos correspondentes a tais práticas.

Palavras-chave: desconsideração, personalidade jurídica, Disregard Doctrine, Direito Comparado.

⁹⁵ Especialista em Direito Processual Civil e Gestão do Processo pela Escola de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Especialista ainda em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Universidade Católica Dom Bosco – UCDB. Graduada pela Universidade Federal do Ceará.

ABSTRACT

The present work aims to address the issue of disregard of legal personality applied to Brazilian Law under the bias of its historical origin with a focus on comparative Law. Through this theory, the aim is to hold directors, managers or representatives of private legal entities accountable when they, through acts performed with excessive powers or violation of law, social contract or statutes, give rise to credits corresponding to such practices.

Keywords: disregard. legal entity. Comparative law.

1. A TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1.1 Histórico e Conceito

Muitas são as formas de se fazer referência à teoria da desconsideração da personalidade jurídica: *disregard doctrine*, *disregard of legal entity*, *lifting the corporate veil*, desestimação da personalidade jurídica, descerramento do véu corporativo, doutrina da penetração etc.

O fenômeno da personificação, em sua importância, acabou por trazer uma valorização exacerbada para a autonomia patrimonial da empresa, o que era tido, a princípio, como não suscetível de afastamento. Sendo tida como um verdadeiro dogma, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica era sempre prestigiada, e tida como fundamental não se admitindo sua superação.

A partir do século XIX começaram a surgir inquietações com respeito à má utilização da pessoa jurídica. Em decorrência disso foram desenvolvidos mecanismos para reprimir tal fato, como era o caso da teoria da soberania HAUSSMANN e MOSSA, que imputava responsabilidade ao controlador de uma sociedade de capitais por obrigações não cumpridas, a qual, contudo não chegou a predominar de modo satisfatório. Impendia-se relativizar a autonomia patrimonial para não chegar a resultados antijurídicos.

Historicamente, fala-se que o berço da discussão sobre a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica é a Inglaterra, contudo convencionou-se adotar como marco histórico o direito norte-americano, o qual passou a sua personalidade jurídica e permitir que os sócios viessem a ser responsabilizados pessoalmente pelos atos praticados com desvio da finalidade societária, principalmente quando passou a sentir as inovações produzidas pelo capitalismo industrial, principalmente em decorrência do uso indevido das *corporation* com o objetivo de alcançar fins ilegítimos.

Iniciamos nosso estudo com uma breve retrospectiva histórica do referido instituto que teve seu início nos países da *Common Law*, pois no direito continental os fatos não têm a força de gerar novos princípios, em detrimento da legislação. Na maioria da doutrina se reputa a ocorrência do primeiro caso de aplicação da desconsideração da pessoa jurídica o Caso Salomon x Salomon Co em 1897, na Inglaterra. Versava o referido *leading case*, sobre uma disputa entre Aaron Salomon, que era um próspero comerciante individual na área de calçados, o qual após mais de 30 anos, resolveu constituir uma *limited company* (similar a uma sociedade anônima fechada brasileira), transferindo seu fundo de comércio a tal sociedade. Em tal companhia, Aaron

Salomon tinha 20 mil ações, e outros seis sócios, membros de sua família, apenas uma cada um. Além das ações, o mesmo recebeu várias obrigações garantias, assumindo a condição de credor privilegiado da companhia. Em um ano, a companhia mostrou-se inviável, entrando em liquidação, na qual os credores sem garantia restaram insatisfeitos. A fim de proteger os interesses de tais credores, o liquidante pretendeu uma indenização pessoal de Aaron Salomon, uma vez que a companhia era ainda a atividade pessoal do mesmo, pois os demais sócios eram fictícios. O juízo de primeiro grau e a Corte de apelação desconsideraram a personalidade da companhia, impondo a Salomon a responsabilidade pelos débitos da sociedade. Tal decisão foi reformada pela Casa dos Lordes, que prestigiou a autonomia patrimonial da sociedade regularmente constituída, mas estava aí a semente da "*disregard doctrine*".

1.2. A desconsideração da personalidade jurídica no direito positivo brasileiro e os princípios norteadores de sua aplicação.

No Brasil, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, ou "Disregard of legal entity", como também é chamada, está intimamente ligada à esfera cível, embora com reflexos em outros ramos como veremos mais adiante.

Com a aplicação da *disregard doctrine*, busca-se punir aqueles que usam a sociedade como um escudo eficaz para proteger seu patrimônio, que em muitas das vezes são construídos às custas do abuso de direitos, que são usados para fraudar a Lei ou para prejudicar terceiros de boa-fé.

É importante ressaltar, que embora, amplamente usada, essa teoria constitui uma exceção à regra maior de que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros. É o que apreendemos do art. 596 do Código Civil, “caput” ao exprimir que os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos expressamente previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

Prova da excepcionalidade dessa teoria é o art. 50 do Código Civil que prevê que somente em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial é que poderá o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da Pessoa Jurídica.

Também percebemos essa divisão entre o capital do sócio e o patrimônio da empresa para fins de responsabilização, quando vislumbramos o instituto da responsabilização do sócio na Sociedade LTDA. Tal qual já entendeu o Egrégio 2.º Tribunal de Alçada Civil, que “*os sócios de uma firma limitada só são responsáveis pela totalidade do capital social quando tiver este sido integralizado*”.

Sem prejuízo, a moderna doutrina do direito comercial impõe que se amenize tal entendimento, como deflui do crescente prestígio da teoria da *desconsideração da pessoa jurídica* (*disregard doctrine, disregard of legal entity*), que permite estender a responsabilidade além dos limites tradicionais estabelecidos entre o sócio e a sociedade em certos casos, ou além

dos limites entre duas pessoas jurídicas componentes da mesma *constelação empresarial*.⁹⁶

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência abaixo.

Nenhum sentido tem a já tal orientação perdeu-se nas brumas do passado ultrapassado, de que os sócios, uma vez integralizado o capital social passam a ser irresponsáveis na direção dos negócios sociais, inclusive nos danos causados a terceiro. A modernidade do direito, que ganha foros de vinculação com o social, não mais admite interpretação restrita. O sócio, ao assumir a responsabilidade de co-partícipe de uma entidade privada, assume os riscos inerentes ao negócio em ordem que, a determinação legal (art.596 do CPC) de que os sócios não respondem pelas dívidas sociais diz respeito à regular extinção da empresa e a regularidade das obrigações sociais. A irregularidade da autuação, o que se constata pelo desaparecimento da empresa sem a regular quitação de seus débitos, impõe outro entendimento, ou seja, de que o art.2.º, do Dec. 3.708 autoriza o alcance dos bens dos sócios para complementar o capital social que foi diluído pela má gestão dos negócios da empresa. (cit. ut RT 713, p.178, 2.º TACivSP, Juíza Izabela Gama de Magalhães).⁹⁷

Nesses moldes é que pela chamada *Teoria da Desconsideração da Sociedade*, embora não se chegue a anular ou ter como nula a pessoa jurídica, essa pode ser considerada ineficaz, se levada para o encobrimento de atividade ilícita, caso

⁹⁶ Cândido Rangel Dinamarco, **Execução Civil**, Malheiros Editores, S.Paulo, 1987, p.245

⁹⁷ 7.ª Câmara do 1.º TACivSP, ao julgar, em 23.8.88, a ap.391.183.1, sendo Relator o Juiz Régis de Oliveira (RT 635/225).

em que, se pode falar em abuso de direito de personalidade jurídica. Ora, fácil seria a qualquer interessado, montar uma empresa e dirigi-la de forma desconcertada e imprudente, maliciosa, até e, posteriormente convocado para responder por danos que à sociedade causou, aduzir, simplesmente, que, diante da integralidade do capital social, não mais responde por qualquer problema inerente à gestão das atividades empresariais. “Assim, uma vez esgotado o patrimônio da sociedade, emerge a responsabilidade do patrimônio dos sócios.”⁹⁸

Contudo, aplicação dessa teoria não poderá se dar ao arrepio dos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, bem como dos princípios específicos ensinados por Rolf Serick ⁹⁹ em seu estudo sobre o tema, os quais servem como norte dessa imposição de responsabilidade:

a) O primeiro princípio é: o juiz, diante de abuso da forma da pessoa jurídica, pode, para impedir a realização do ilícito, desconsiderar o princípio da separação entre sócio e pessoa jurídica.

b) O segundo princípio é: não é possível desconsiderar a autonomia subjetiva da pessoa jurídica apenas porque o objetivo de uma norma ou a causa de um negócio não foram atendidos.

c) O terceiro princípio é: aplicam-se à pessoa jurídica as normas sobre capacidade ou valor humano, se não houver contradição entre os objetivos destas e a função daquela. Em tal

⁹⁸ (RT 635/23) cit. in RT, p. 96.

⁹⁹ *Apud* COELHO, Fábio Ulhôa, **Manual de Direito Comercial**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 36.

hipótese, para atendimento dos pressupostos da norma, levam-se em conta as pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica.

d) O derradeiro princípio é: se as partes de um negócio jurídico não podem ser consideradas um único sujeito apenas em razão da forma da pessoa jurídica, cabe desconsiderá-la para aplicação de norma cujo pressuposto seja diferenciação real entre aquelas partes.

Comprovado o dolo ou a má fé, através do desvio, fraude ou abuso, e preenchidos os requisitos, nada mais justo que ocorra tal desconsideração.

1.3 O Conceito de Personalidade Jurídica

Antes de adentrarmos na esfera da desconsideração da personalidade jurídica, cabe uma análise a respeito da conceituação da Personalidade Jurídica. Para o Direito, personalidade é a qualidade que tem a pessoa de ser sujeito de direitos e obrigações. A Pessoa Jurídica tem sua existência independente dos indivíduos que a compõem objetivando o fim para o qual foi criada.

Para entendermos a ideia de personalidade Jurídica, necessário se faz uma breve análise do vocábulo que lhe contrapõe, qual seja, a personalidade física.

Ora, pessoa física é toda pessoal natural ou individual sujeito de direitos e obrigações. Ela é, pois, dotada de vida racional.

Já a pessoa jurídica, por sua essência, *“é um ente desprovido de vida psíquica, embora dotada de autonomia e personalidade jurídica, o que lhe confere prerrogativa de ser sujeito de direitos e obrigações.”*¹⁰⁰

A pessoa jurídica não se confunde com seus membros (pessoas físicas ou naturais - art. 20 do CC). Abre-se, portanto, a possibilidade, por intermédio dela, de lesão a terceiros, subtração de deveres e proteção de bens particulares. É para albergar esses casos de uso indevido da Personalidade Jurídica que surgiu a construção jurídica da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Tal Teoria está definida em seus termos no Código do Consumidor (art.28) e na CLT (art. 2º, §2º). No âmbito tributário, o fundamento para a responsabilização tributária nos termos do Art. 135, III do CTN é a condição de administrador de bens de terceiros. Sob esta ótica, não tendo o sócio o cargo de diretor ou gerente, em outras palavras, não exercendo ele atividade de gestão na empresa, não cabe ser a personalidade jurídica da companhia desconsiderada, de modo a responsabilizar este sócio que não coordena os atos empresariais.

Sem dúvida a finalidade desta teoria não é desconsiderar ou anular a personalidade da pessoa jurídica, mas torná-la ineficaz frente a uma prática disfarçada de atos e abuso da própria personalidade jurídica por parte dos seus sócios e responsáveis de modo que estes venham a responder com seu próprio patrimônio, pelos prejuízos causados a terceiros com vistas à conseguir os fins

¹⁰⁰ TAVARES, Alexandre Macedo, **Problemas de Processo Judicial Tributário**, 5. ed. 2004 5º volume/coordenador Valdir de Oliveira Rocha.- São Paulo : Dialética, 2002. Vários autores. p.16.

legítimos *acobertados pelo efeito translúcido do véu corporativo*.¹⁰¹

As reações doutrinárias e jurisprudenciais voltadas para repelir os abusos de utilização das pessoas jurídicas construíram a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*). A desconsideração em questão, também chamada de *disregard doctrine*, busca responsabilizar as pessoas físicas ou naturais vinculadas à pessoa jurídica (sócios, administradores, etc) e utilizar os respectivos patrimônios para a solução dos prejuízos e danos causados.

1.4 Aplicação da Teoria da Desconsideração na esfera trabalhista

No que tange à desconsideração da personalidade jurídica à luz do Direito do Trabalho, percebe-se uma maior incidência, por se privilegiar o empregado. O aumento dessa amplitude da incidência da desconsideração tem por objetivo buscar evitar situações de possíveis abusos, como por exemplo, o caso de uma empresa com capital pequeno contratando empregados sem ter condições de remunerá-los.

Aplicar essa teoria demanda uma análise do caso concreto, de modo a se verificar se houve abuso no uso da personalidade jurídica e seus responsáveis. Em se constatando a ocorrência desse abuso, é permitido ao juiz aplicar a teoria da desconsideração também na esfera trabalhista, pois os créditos

¹⁰¹Iden. *op. cit.* p. 11.

trabalhistas não podem ficar sem satisfação em razão de prática de ilícito por algum sócio. É importante ressaltar que, a despeito dessa teoria ultrapassar a personalidade da empresa para tocar o sócio, ela não pode prejudicar os sócios isentos de conduta ilícita.

Em suma, o princípio protetor deve ser aplicado em concomitância com os demais institutos do direito, com a finalidade de se combater o mau uso da pessoa jurídica e se evitar que o empregado não encontre a satisfação de seu crédito.

Para a maior parte da doutrina, o nascedouro da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, no Brasil, está no Direito do Trabalho, com a previsão na Consolidação das Leis do Trabalho, onde encontramos várias constatações de sua utilização, tal qual o art. 2º, §2º do diploma mencionado:

Art. 2º (...)

§2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial, ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

1.5 A desconsideração no código de defesa do consumidor

A introdução da teoria da desconsideração no direito positivo brasileiro é também atribuída ao artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, por uma minoria da doutrina.

Trata-se de dispositivo aplicável exclusivamente às relações de consumo, não havendo que se cogitar de sua aplicação extensiva, a menos que se afigurem presentes os elementos de uma eventual aplicação analogia. Há que se ressaltar que em relação às infrações à ordem econômica, e ao meio ambiente há uma legislação própria que reproduz o CDC, não se devendo falar em aplicação analógica.

O caput do artigo 28 do CDC enumera as hipóteses nas quais é cabível a desconsideração da personalidade jurídica, *In verbis*:

Art. 28 - O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

1.5.1 A desconsideração e os grupos, consórcios e sociedades coligadas.

Os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 2º a CLT referem-se à responsabilidade pelos danos causados ao consumidor no caso de grupos societários, consórcios e sociedades coligadas, estabelecem a responsabilidade no caso de sociedades que mantêm entre si alguma relação.

Nos grupos, cujo conceito é controvertido, há responsabilidade subsidiária, vale dizer, se a sociedade causadora do dano ao consumidor, não tiver condições de ressarcir-lo, o

consumidor poderá se socorrer do patrimônio das demais integrantes do grupo. Já nos consórcios (reuniões de sociedades para realizar determinado empreendimento – art. 278 da Lei 6.404/76) a responsabilidade é solidária, ou seja, o consumidor escolhe entre as integrantes do consórcio aquela da qual ele irá cobrar o seu prejuízo. Por fim, há referência às sociedades coligadas (uma é sócia da outra com mais de 10% do seu capital, sem controlá-la - artigo 245, § 1º da Lei 6.404/76), exigindo-se a culpa para responsabilização da sociedade que não agiu perante o consumidor.

Tais hipóteses também não se referem à desconsideração propriamente dita, mas a instituto diverso, no sentido da extensão da responsabilidade das sociedades que mantêm relações entre si.

Embora estejam integrados no rótulo da desconsideração, as hipóteses ali previstas se afastam do tema. Nesses parágrafos há apenas a preocupação com a responsabilidade das sociedades controladas, consorciadas e integrantes de grupo, dando-lhe responsabilidade subsidiária ou solidária e reforçando os limites da coligadas. Note-se, pois, que não há efetiva desconsideração, mas, sim, consideração de cada uma, aumentando o seu âmbito de responsabilidade.

1.6 A teoria da Desconsideração e o Direito Comparado

Estados Unidos

Nos Estados Unidos, teve-se notícia do uso dessa teoria pela vez primeira em 1.809 no caso *Bank of United States vs. Deveaux*, no qual o Juiz Marshall conheceu do caso e levantou o

véu da pessoa jurídica (*lifting the corporate veil*) e considerou a característica dos sócios de forma individual.

Tratava-se não de uma discussão sobre responsabilidade, autonomia patrimonial, mais uma discussão sobre a competência da justiça federal norte americana, a qual só abrangia controvérsias entre cidadãos de diferentes estados. Não se podia considerar a sociedade um cidadão, então, levou-se em conta os diversos membros da pessoa jurídica, para conhecer da questão no âmbito da justiça federal.

Foi então, a partir da jurisprudência anglo-saxônica que se vislumbrou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos tribunais. Na doutrina, ressaltam-se trabalhos eminentes, tais como a obra *Disregard of corporate fiction and allied corporation problems* de Wormser publicada inicialmente em 1927, a obra *Aparencia y realidad em las sociedades mercantiles* de Rolf Serick publicada em alemão em 1953, e a obra *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella "common law" e nella "civil law"* de Piero Verrucoli, que veio a lume em 1964. No Brasil destaca-se o artigo de Rubens Requião publicado em 1969, com o título *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*.¹⁰²

Em razão da natureza do sistema federalista dos Estados Unidos, os Estados americanos apresentam muitas diferenças, principalmente no âmbito jurídico, de modo que as Cortes de cada unidade têm diferentes critérios para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

¹⁰² REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.410, p.12-24, dez.1969.

Na concepção de Fábio Konder Comparato¹⁰³, os pressupostos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos Estados Unidos são perqueridos casuisticamente. Atente-se para o julgado juntado pelo processualista:

*in determining whether corporate entity should be disregarded, each case should be regarded as sui generis (Industrial Research Corporation v. General Motors, D.C. Ohio, 29 F 2d 623).*¹⁰⁴

No mesmo sentido, em douto, Grant M. Yoakum anota, basicamente, as seguintes circunstâncias que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica nos Estados Unidos:

"Em geral, um sócio nos Estados Unidos pode ser responsável quando: 1. O controle da corporação por um ou mais sócios é tão completo que ela não tem uma existência distinta; 2. Este controle é exercido para cometer fraude ou ato ilegal contra terceiros; e 3. Terceiros sofrem ofensas ou perdas injustas como resultado do nível de controle e do mau procedimento do sócio."

Os Tribunais norte-americanos vinham aplicando a *disregard of legal entity* apenas em casos excepcionais, onde se comprovasse fraude à lei, ao contrato ou a credores.

Houve, entretanto, uma ampliação desse entendimento, justificando-se a aplicação da teoria em epígrafe, sempre que, de

¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: RT, 1976.

¹⁰⁴ Industrial Research Coporationv. General Motors, D.C. Ohio, 29 F 2d 623. [[Na determinação acerca de quando a pessoa jurídica deve ser desconsiderada, cada caso deve ser considerado como *sui generis*]" (tradução livre)]

acordo com as circunstâncias do caso concreto, a aplicação das normas vigentes levasse a resultados injustos.

Ressalte-se, outrossim, que a *disregard doctrine* é mais frequentemente chamada a aplicação nos casos de sociedades unipessoais, onde os interesses ilegítimos do sócio encontram terreno fértil para sua concretização, exigindo-se, assim, maior fiscalização nos atos de sua constituição e funcionamento.

Inglaterra

O primeiro caso em que se cogitou da desconsideração da personalidade jurídica, foi o já citado por nós, nesse trabalho, qual seja, o julgado em Londres, no ano de 1897, denominado *Salomon vs Salomon & Co.*

Como já apresentado, no julgamento, embora a desconsideração da Personalidade jurídica tenha sido prestigiada no juízo *a quo*, a decisão foi alterada em sede de segunda instância.

Tal acontecimento desestimulou os juristas britânicos a aprofundarem-se no tema, razão por que, singelas são as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais inglesas.

França

A pessoa jurídica é considerada tendo-se em vista determinados fins, os quais são responsáveis, também, pela limitação do seu campo de abrangência.

Segundo a esquematização proposta por Erlinghagen, a desconsideração da pessoa jurídica aplicar-se-ia nos casos de simulação, aparência e interposição de pessoas.

Pode-se destacar, ainda, a contribuição de Josserand, ao qual se opôs Planiol, que a partir da jurisprudência dos Tribunais franceses, sistematizou a teoria do abuso de direito, onde apregoava a finalidade social do mesmo, de servir como instrumento possibilitador da conservação da sociedade, enfatizando que todo ato, embora respaldado na lei, que fosse contrário a essa finalidade, seria abusivo e, por via de consequência, atentatório ao direito.

Propagou, Joserrand, a seguinte assertiva: Nem tudo que é conforme a lei é legítimo.

Alemanha

Os estudos pioneiros do Prof. Rolf Serick, como já citado neste trabalho, propiciaram larga difusão da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Alemanha, chegando-se, inclusive, à elaboração de uma teoria semelhante designada de *Durchgriff*.

À semelhança de outros países, poder-se-ia desestimar a personalidade jurídica nos casos de ser a mesma utilizada abusivamente para fins ilícitos, bem como nos casos de infração a obrigações contratuais e de prejuízos fraudulentos a terceiros.

Como se vê, a linha adotada nos outros países, de modo geral, não se afasta daquela que inspirou o atual Código Civil. Podemos inclusive concluir que o nosso Código Civil é mais coerente do que as demais disposições dos ordenamentos retro-citados, que autorizam a desconsideração sem que a pessoa

jurídica tenha sido utilizada como instrumento de abuso ou fraude.

1.7. A Teoria da Desconsideração nos Tribunais.

A jurisprudência é assente quanto ao uso da Teoria da desconsideração, aceitando-a amplamente, como constatamos nos entendimentos abaixo colacionados:

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA OU DOCTRINA DA PENETRAÇÃO - CABIMENTO - "A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ou Doutrina da Penetração (*Disregard of legal entity*, in Rubens Requião, "Curso de Direito Comercial", Saraiva, 4ª.ed., 1974, p.239), busca atingir atos de malícia e prejuízo. A jurisprudência aplica essa teoria quando a sociedade acoberta a figura do sócio e torna-se instrumento de fraude (RT 479/194; 552/181; Ap.458.453/6, 4ª.C, Rel.Octaviano Lobo)... Há necessidade de demonstração que os sócios agiram dolosamente...que a sociedade foi usada como biombo, para prejudicar terceiros, ficando o patrimônio dos sócios astuciosos longe do alcance do processo de execução." (Juiz Octaviano Santos Lobo, 1º.TAC, AI 554.563/3, 4ª.C, j.27.10.93) cit. in RT 708, p.117. (Destacamos).

**CIVIL E PROCESSUAL CIVIL.
AGRAVO INTERNO NO RECURSO**

**ESPECIAL. AGRADO DE
INSTRUMENTO.
DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA.
SÓCIOS ADMINISTRADORES.
DECISÃO MANTIDA.**

1. Segundo a jurisprudência do STJ, "A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity doctrine) incorporada ao nosso ordenamento jurídico tem por escopo alcançar o patrimônio dos sócios-administradores que se utilizam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fins ilícitos, abusivos ou fraudulentos, nos termos do que dispõe o art. 50 do CC" (AgInt no AREsp 1826448/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 09/12/2021).

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.942.017/MG, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 16/5/2022.)

**AGRAVO INTERNO NO AGRADO EM
RECURSO ESPECIAL. AGRADO DE
INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AOS
ARTS. 489 E 1.022 DO NCPC.
INEXISTÊNCIA. INCIDENTE DE
DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA
INVERSA. ABUSO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA.
RECONHECIMENTO. REVISÃO.**

***IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
AGRAVO DESPROVIDO.***

1. Não se verifica a alegada violação aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, a questão que lhe foi submetida, não sendo possível confundir julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

2. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica (disregard of legal entity doctrine) incorporada ao nosso ordenamento jurídico tem por escopo alcançar o patrimônio dos sócios-administradores que se utilizam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para fins ilícitos, abusivos ou fraudulentos, nos termos do que dispõe o art. 50 do CC.

3. A Corte de origem, analisando o acervo fático-probatório dos autos, concluiu pela presença dos requisitos para decretar a desconsideração inversa da personalidade jurídica, sobretudo o esvaziamento patrimonial do recorrente e o abuso da personalidade jurídica consubstanciado na confusão patrimonial.

4. Rever a conclusão a que chegou o acórdão recorrido importaria, necessariamente, o reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.826.448/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma,

julgado em 29/11/2021, DJe de 9/12/2021.)

CONCLUSÃO

Como se observa, o instituto em estudo possui importância que transcende o nosso ordenamento jurídico, que buscou referências no direito comparado para regular a matéria. Impende reconhecer que a jurisprudência é predominante no que diz respeito à aceitação da Teoria da Desconsideração. Neste sentido, a figura da “desconsideração” desenvolveu-se com mais substância no direito privado. Chegou, no estágio atual de sua evolução, a ser expressamente prevista, com caráter geral, no novo Código Civil (art. 50). Contudo, percebe-se uma tendência à direcionar essa responsabilização aos sócios, gerentes e administradores, perquirindo, antes de tudo, sua efetiva participação no ato que deu ensejo ao redirecionamento da responsabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do Direito Civil - Constitucionai**, tese, 418.,UERJ,2003.
- AMARO, Luciano. ***Direito tributário brasileiro***. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. ***Direito tributário brasileiro***. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

- BASTOS, Celso Seixas Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra (Colaborador). ***Comentários à constituição do Brasil*** (*Promulgada em 5 de outubro de 1988*). São Paulo: Saraiva, 1997.
- BECHO, Renato Lopes. **A Responsabilidade Tributária e o Novo Código Civil**. In: Eduardo de Carvalho Borges (Coordenador). *Impacto Tributário do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BIANCO, João Francisco. **O Planejamento Tributário e o Novo Código Civil**. In: Eduardo de Carvalho Borges (Coordenador). *Impacto Tributário do Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Alguns Reflexos do Código Civil no Direito Tributário**. In: Betina Treiger Grupenmacher (Coordenadora). *Direito Tributário e o Novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

DIREITO À PRIVACIDADE E DIREITO À SEGURANÇA À LUZ DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Vanderson Silva Santana¹⁰⁵

COLLISION BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS: RIGHT TO PRIVACY AND RIGHT TO SECURITY IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

RESUMO

Para concretização efetiva do Estado Democrático de Direito, é necessária a proteção das pessoas e que seja assegurado o pleno gozo de suas vidas. Nesse sentido, cruciais são os direitos fundamentais, que gradativamente se densificam ainda mais através da incorporação de novas facetas das relações sociais. Na aplicação ao caso concreto, incidem essa ampla confluência de direitos, o que muitas vezes implica em colisão destes. Destarte, o presente trabalho tem por desígnio analisar uma das destas colisões, cada vez mais atual no cotidiano: o direito à privacidade em colisão ao direito à segurança. Para tanto, procurou-se preliminarmente estabelecer conceitos de privacidade como a de segurança, para assim passar a trazer os nuances da colisão entre

¹⁰⁵ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduado lato sensu em Cidadania, Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduado lato sensu em Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela Faculdade CERS. E-mail: vandersonsantana@gmail.com

ambas, assim como suas principais implicações. Enfatiza-se a importância da análise dos dois direitos, de modo que o crescente persecução pela segurança não extirpe a privacidade dos indivíduos.

Palavras-chaves: Colisão de direitos fundamentais. Estado democrático de direito. Direitos. Privacidade. Segurança.

ABSTRACT

For the effective realization of the rule of law, it is necessary to protect people and ensure the full enjoyment of their lives. In this sense, fundamental rights are crucial, which gradually become even more dense through the incorporation of new facets of social relations. In the application to the concrete case, this broad confluence of rights affects, which often implies their collision. Thus, the present work aims to analyze one of these collisions, increasingly current in everyday life: the right to privacy in collision with the right to security. To this end, a preliminary attempt was made to establish concepts of privacy and security, in order to bring out the nuances of the collision between the two, as well as their main implications. It emphasizes the importance of analyzing the two rights, so that the growing pursuit of security does not eradicate the privacy of individuals.

Keywords: Collision of fundamental rights. Democratic state. Rights. Privacy. Security.

1. INTRODUÇÃO

O Estado democrático de direito para além de um fim, como também um meio de se garantir a harmonia social, passa pela proteção do ser humana na sua esfera individual, de modo

que assegure idiosincrasias e o exercício pleno de vida. Nesse contexto, de vital importância apresentam-se os direitos fundamentais, cada vez mais densificado seu conjunto diante do complexo emaranhado de relações sociais que vem se construindo com o passar do tempo. Os patamares de proteção vêm se ampliando e se solidificando, mas também são aumentadas as chances de aparentes conflitos, de choques entre os direitos na interpretação ou aplicação do caso concreto. Essa problemática é tão importante que, da resolução coerente dela, abstraem-se princípios tais como da segurança jurídica e da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Pela crescente complexidade e variedade das interações sociais, a colisão entre a privacidade e a segurança protagonizam ocorre com maior constância. Preocupação com os índices de violência, com a sensação de segurança, das mais variadas infrações penais demonstradas nas redes sociais, jornais e relatadas na convivência diária, ações terroristas, guerra entre Rússia e Ucrânia, promove, de certa forma, um temor coletivo, que legitima com maior veemência os anseios de evitação de ameaças e pela busca do sentimento de segurança. Nesse contexto, surge a vigilância como um dos principais mecanismos de proteção, de prevenção à ação de criminosos, a não permitir a criação de ambientes que sejam favoráveis à impunidade.

Os direitos à privacidade e segurança passam a se chocar, na medida que a busca por um alto grau de segurança, por meio da vigilância, subjugam o respeito à vida íntima e privada dos cidadãos, quando são postos em prática algumas formas de monitoramento. Via oposta, o que se percebe é o uso constante de um discurso em que violações à privacidade são justificadas por serem supostamente necessárias à manutenção da ordem e proteção dos indivíduos.

Assim, se durante algum tempo a preocupação voltava-se apenas para as câmeras de segurança, atualmente, com o grande

avanço da tecnologia, é preciso atentar para as novas formas de vigilância, caracterizadas essencialmente pela formação de banco de dados. A partir de informações pessoais, tanto instituições públicas como privadas podem catalogar os indivíduos, bem como armazenar dados para serem utilizados aos fins que por ventura aparecerem, sem que haja a transparência necessária a tais procedimentos. Indispensável, portanto, não deixar que estas discussões sejam deixadas de lado, a fim de que o direito fundamental à privacidade não seja comprometido excessivamente pelo direito fundamental à segurança.

2. METODOLOGIA

Com base nessas considerações, a discussão que se construiu gira em torno da comprovação desta colisão: afinal, de que forma a busca pela segurança está limitando o direito à privacidade das pessoas? Para aprofundar tal análise, foram propostos os seguintes objetivos: compreender como a privacidade e a segurança são percebidas hodiernamente; estabelecer em que sentido segurança e privacidade entram em colisão; identificar quais as possíveis consequências desta colisão e, por fim, discutir caminhos que possibilitem resolvê-la.

A fim de viabilizá-los, recorreu-se essencialmente à pesquisa bibliográfica, a qual permitiu construir um entendimento que em momento algum pretendeu esgotar o tema, que se mostra extremamente complexo e dinâmico.

Foi adotada uma abordagem qualitativa, diante do vínculo essencial existente entre o material em estudo e o pesquisador, também pela inserção do direito num campo complexo, volátil e dinâmico - que é a sociedade e o comportamento humano - não há possibilidade da expressão de procedimentos numericamente.

A investigação científica foi esquematizada descritivamente e exame realizado é bibliográfico e documental, por meio da análise de livros, da doutrina, artigos científicos, de textos de autores que na contemporaneidade contemplam as várias vertentes da temática pesquisada.

A coleta de dados foi realizada em livros de variados campos do direito constitucional, administrativo, através da legislação federal, para uma relação estreita com os mandamentos legais, artigos e dicionário jurídico.

Com supedâneo a metodologia dedutiva adotada, demonstra-se o Estado como Entidade responsável por proteger direitos, mediante de uma perspectiva prestacionista, ou positiva, por justa determinação constitucional, e se adere ao dever estatal uma elevada gama de valores sociais que dão sustento ao apanhado normativo brasileiro.

3. COLISÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA

Inicialmente, é preciso compreender a noção de colisão entre direitos fundamentais, fenômeno bastante significativo dentro da legitimidade de um Estado de Direito. Dessa forma, torna-se também imperioso demonstrar como ocorre a colisão entre os direitos à privacidade e à segurança, bem como, principalmente, atentar para as formas de resolvê-la, tendo em vista as consequências advindas de uma não reflexão sobre a problemática.

3.1 Compreendendo a noção de colisão entre direitos fundamentais

Em qualquer Estado que pretenda ser de Direito e/ou democrático, há uma proteção elevada aos chamados direitos fundamentais, uma vez que estes se tornam instrumentos para sua concretização¹⁰⁶. Assim, somente é possível falar em tal Estado se são assegurados ao indivíduo direitos que lhe possibilitem “se desenvolver e participar plenamente da vida” (DALLARI, 2002, p. 12). No caso brasileiro, logo no preâmbulo e no artigo 1º da Constituição Federal¹⁰⁷, percebe-se a preocupação em deixar expresso a instituição de um Estado de Direito, assim como os elementos de garantia que devem ser por ele efetivados. Segundo João Carlos Medeiros de Aragão (2011, p. 259):

Os direitos fundamentais, como construções normativas constitucionais baseadas, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana, são assegurados pelo Estado, ao qual compete definir medidas a fim de que o indivíduo não sofra restrições ilegítimas quando no exercício de tais direitos.

Cabe ao Estado, portanto, atuar no sentido de trazer os direitos constitucionalmente garantidos para a realidade de seus

¹⁰⁶ “Chamamos de ‘Estados de direito’ os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados não de direito” (BOBBIO, 2004, p. 40).

¹⁰⁷ Em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 aponta que: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...]”, bem como no artigo 1º assevera que: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

cidadãos, devendo também impedir quaisquer arbítrios oriundos tanto da esfera pública quanto da privada.

Contudo, há uma questão aparentemente contraditória que surge quando se está diante de ampla gama de garantias. Conforme já abordado no decorrer do trabalho, os direitos fundamentais se desmembram em múltiplos conteúdos e funções. Isso faz com que em muitas situações eles acabem se cruzando, de forma que, ao se resguardar totalmente um direito, outro poderá ser extinto ou minimizado. Trata-se da chamada colisão entre direitos fundamentais, conceituada por João Carlos Medeiros de Aragão (2011, p. 265) como “casos em que princípios se situam em mesma direção, embora com sentidos opostos”. Ou seja: os direitos estão ali para resguardar o indivíduo, no entanto, cada um se refere a um âmbito particular de proteção.

Nesse sentido, antes de aprofundar em que concerne tal colisão, torna-se imperioso compreender quais motivos a originam. É preciso, assim, discorrer acerca das normas jurídicas existentes. Conforme apresenta Luís Roberto Barroso (2004, p. 3), “ao longo do século XX [...], [regras e princípios] passam a desfrutar do mesmo status de norma jurídica, sem embargo de serem distintos no conteúdo, na estrutura normativa e na aplicação”. Em suma, as normas jurídicas, “e dentre elas as normas de direitos fundamentais, dividem-se em princípios e regras” (ALVES, 2010, p. 37).

Vários são os autores que estabelecem distinções entre os dois tipos de normas jurídicas. Dentre eles, pode-se citar Luís Roberto Barroso (2004, p. 3-4, grifo do autor), para quem “*Regras* são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. [...] *Princípios*, por sua vez, expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados”. Paulo Bonavides (2004, p. 260) vai além, afirmando que os princípios tidos como “valores

fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”.

Na doutrina estrangeira, destacam-se os pensamentos de Ronald Dworkin (apud ALVES, 2010) e Robert Alexy (2011). Para o primeiro, há duas formas de diferenciar princípios e regras. Uma delas diz respeito à forma de aplicação: enquanto as regras são aplicadas de maneira automática, não é possível fazê-lo com os princípios. Portanto, para aquelas, basta ocorrer a hipótese de incidência para que sua consequência jurídica seja efetivada, o que não ocorre quando se está falando de princípios (ALVES, 2010). A outra distinção dworkiana refere-se à natureza axiológica dos dois tipos de norma jurídica, uma vez que os princípios seriam revestidos pela noção de peso; e, as regras, pela de validade. Dessa forma,

[...] ocorrendo o conflito entre dois ou mais princípios em determinado caso, o intérprete deve considerar o peso relativo de cada um deles e verificar, no caso concreto, qual deles deve prevalecer, afastando o princípio incompatível. Situação diferente ocorre com as regras. Havendo um conflito entre duas regras, uma delas será inválida e deverá ser excluída do sistema jurídico (ALVES, 2010, p. 38).

Robert Alexy (2011) parte destas noções de Dworkin (apud ALVES, 2010) para construir seu entendimento, de modo a determinar mais precisamente o que seriam os princípios. Para ele, assim como na visão dworkiana, o conflito entre regras será solucionado pela determinação de invalidade de uma delas. Os princípios, de modo contrário, não perdem sua validade, já que se constituem em mandamentos de otimização, isto é, “determinam algo que seja realizado na maior medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2011, p.

162). Por isso, há quem afirme que as regras apresentam baixo grau de abstração, ao passo que os princípios o detêm mais intensamente¹⁰⁸.

Mas qual a relação entre tais normas jurídicas e os direitos fundamentais? Ocorre que “o forte conteúdo axiológico das normas de direitos fundamentais e sua elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico fazem com que, na maioria das vezes, elas sejam interpretadas como princípios” (VALE, 2009, p. 129). Nesse sentido, apresentam o mesmo grau de relevância dentro de um ordenamento, acarretando consequências extremamente relevantes quando se fala na colisão entre elas.

No que tange ao Brasil, a ausência de superioridade entre os direitos fundamentais ganha força com o próprio princípio da unidade da Constituição, segundo o qual não há hierarquia jurídica entre normas constitucionais. Conforme aponta Luís Roberto Barroso (2004, p. 6), “os direitos fundamentais entre si não apenas têm o mesmo *status* jurídico como também ocupam o mesmo patamar axiológico. No caso brasileiro, desfrutam todos da condição de cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4, IV) “. Por isso não é possível falar que um direito fundamental pode determinar a invalidade de outro, esvaziando seu conteúdo.

É fato, entretanto, que tais direitos não são absolutos e nem ilimitados. De acordo com Sarlet (2003, p. 9-10), há três formas de limitação (que também são restritas). Uma delas é

¹⁰⁸ Conforme Canotilho (1999, p. 1124), “Para distinguir entre regras e princípios, há diversos critérios a serem utilizados. Quanto ao grau de abstração, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, enquanto as regras têm sua abstração reduzida. De maneira que, em função dos princípios serem vagos e indeterminados, necessitam de intervenções que os concretizem, já as regras, diante de sua precisão, podem ser aplicadas diretamente. Os princípios estabelecem padrões juridicamente vinculantes, estabelecidos em função da justiça ou da própria ideia de direito; as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo apenas funcional”.

quando a própria Constituição estabelece tais limites, outra ocorre quando essa restrição foi dada ao legislador por autorização da Constituição, e a terceira é oriunda do sistema constitucional, sendo permitida de modo implícito (SARLET, 2003). Justamente no último grupo encontra-se a colisão entre direitos fundamentais. Já que existem outros valores fundamentais a serem resguardados, não é possível que um seja totalmente amparado, determinando total invalidade do outro que o “confronta”.

Nesse sentido, leciona Norberto Bobbio (2004, p. 41):

Entendo por “**valor absoluto**” o estatuto que cabe a pouquíssimos direitos do homem, válidos em todas as situações e para todos os homens sem distinção. Trata-se de um estatuto privilegiado, que depende de uma situação que se verifica muito raramente; **é a situação na qual existem direitos fundamentais que não estão em concorrência com outros direitos igualmente fundamentais.** [...] O direito a não ser escravizado [...], assim como o direito de não ser torturado [...] podem ser considerados absolutos.

A colisão entre tais direitos acaba sendo uma forma de limitação, de relativização deles. Excetuando-se as duas condições elencadas por Bobbio (2004), isto é, escravidão e tortura, defende-se que um valor fundamental não pode ser totalmente resguardado em detrimento absoluto de outro. Um dos limites de um direito fundamental decorre exatamente da existência de outro que deve ser igualmente protegido. Válido acrescentar aqui que o foco se volta, dentre outros, para “os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática” (STEINMETZ, 2001, p. 69). De acordo com o último dos princípios, quando se está diante de um conflito entre bens e valores constitucionalmente protegidos, o intérprete deve atentar

para a solução que favoreça a realização de todos eles, evitando a privação total de uns em relação aos outros.

Quando, então, é possível apontar que está ocorrendo uma colisão entre direitos fundamentais? Dentre os autores que discorrem sobre o tema, existem posicionamentos mais específicos, bem como outros mais abrangentes. Torna-se imperioso, assim, delimitar com qual noção está sendo trabalhada na análise ora realizada.

O constitucionalista Gomes Canotilho (1993) aponta que existe uma distinção entre concorrência e colisão. Aquela diria respeito a dois tipos de situação: cruzamento e acumulação de direitos. Na primeira, o “comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, 1993, p. 641). É o que ocorre, por exemplo, com o direito de expressão e informação e a liberdade de imprensa, que se encontram associados. Quanto à segunda, determinado bem jurídico acaba resultando na acumulação, numa mesma pessoa, de vários direitos fundamentais. Exemplificando, para efetivar o bem constitucional “democracia”, é preciso garantir aos cidadãos diversos direitos, como o sufrágio, a liberdade partidária e o direito de reunião e manifestação.

Nesse sentido, leciona Canotilho (1993, p. 643):

De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos diante de um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um choque, um autêntico conflito de direitos.

Percebe-se, portanto, que para Canotilho (1993) são necessários dois titulares distintos na configuração de uma colisão ente direitos. De fato, o referido autor ainda faz uma subdivisão desse contexto em dois grupos: colisão de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais e colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado.

Esse duplo entendimento é também seguido por Edilson Pereira de Farias (1996), embora este autor não enfatize a necessidade de dois titulares distintos. Discutindo a colisão existente entre intimidade, vida privada e imagem versus a liberdade de expressão e informação, Farias (1996, p. 90) aponta que a colisão estará configurada quando:

(1) o exercício de um direito fundamental colide com o exercício de outro direito fundamental (colisão entre os próprios direitos fundamentais);

(2) o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais).

Neste contexto, é possível observar a relação entre o direito à privacidade e o direito à segurança sob os dois vieses apresentados. Afinal, são inúmeras as conjunturas em que ambos podem ser inseridos. Pode-se dizer, por exemplo, que ao tentar garantir a segurança do indivíduo “X”, acabou sendo violada a privacidade do sujeito “Y”. As câmeras de segurança demonstram eficazmente tal panorama. Até que ponto é possível fazer uso delas sem reduzir fortemente a vida privada e a intimidade de outrem? E mais: em que tipos de espaços elas estão sendo inseridas sem o conhecimento dos indivíduos?

De igual modo, a problemática da formação de banco de dados pelos Estados objetiva garantir expressivos valores

constitucionais, tais como a intangibilidade de seus cidadãos (segurança pública) ou mesmo a defesa nacional (segurança externa). Mas como assegurar que estas informações estão sendo realmente utilizadas para os alegados fins? E os cidadãos, estão eles cientes sobre quais de seus dados estão sendo armazenados?

Observa-se, assim, que o vínculo entre estes dois direitos (privacidade e segurança) também se descortina em múltiplos contextos, produtos tanto da amplitude que ambos comportam como da pluralidade de relações que a sociedade hodierna compreende. Para Luís Roberto Barroso (2004), é exatamente essa complexidade das sociedades modernas um dos motivos que originam as colisões entre direitos fundamentais. Para o autor, as razões são numerosas, porém, destacam-se duas situações:

(i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos que eventualmente entram em choque; e

(ii) sendo os direitos fundamentais expressos, frequentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se [...] à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas (BARROSO, 2004, p. 5).

Nesse sentido, o tema da colisão entre direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se torna recorrente – visto que cada vez mais estão sendo abarcadas garantias pelos Estados de Direito –, não tem sua relevância diminuída. Pelo contrário, justamente por ter constante ocorrência, é que se deve manter a atenção sob suas consequências. Valores como a unidade e coerência do sistema, bem como a dignidade da pessoa humana, entram em jogo quando se está diante de tal problemática (ARAGÃO, 2011). Robert Alexy (2011) destaca ainda a questão da insegurança jurídica, que tem como um dos motivos a possibilidade de conflitos entre as normas. Necessário, portanto,

não perder de vista a forma como estão ocorrendo tais colisões e, mais ainda, como estão elas sendo resolvidas.

No caso da privacidade e da segurança, torna-se imprescindível cuidar para que o intenso desejo pela integridade física e patrimonial não acabe diminuindo considerável e irreversivelmente a importância das questões privadas e íntimas de cada um. Desse modo, antes de discutir as maneiras de solucionar a colisão entre estes dois direitos, cabe atentar para a forma com que se dá a relação entre ambos, a qual tem se dinamizado de forma rápida e impactante.

3.2 Segurança e Privacidade: como ocorre esta colisão

Já foi demonstrado que o motivo principal que leva segurança e privacidade a colidirem se refere ao vínculo, atualmente indissociável, entre a primeira e a vigilância. É preciso, além disso, entender como esse choque está ocorrendo, a fim de tornar possível a análise de suas consequências, bem como buscar soluções para que a segurança não seja valorizada a ponto de comprometer drasticamente outros direitos e garantias tão essenciais aos cidadãos.

Desta feita, a fim de enriquecer o debate, considerar-se-á aqui tanto a ideia já explorada de segurança pública como a noção de segurança nacional. Isso porque o conflito entre os referidos direitos alcança diversos outros países, muitas vezes de maneira até mais intensa do que ocorre no Brasil.

Omitir esse panorama acabaria empobrecendo a análise que se pretende realizar, principalmente porque novas formas de vigilância estão sendo desenvolvidas por países com maior arcabouço tecnológico. Não se pode esquecer também que as transformações em outras nações acabam de uma forma ou outra

refletindo no Brasil, seja por uma nova percepção da privacidade ou mesmo pela incorporação das mesmas tecnologias posteriormente.

Neste contexto, foi exatamente no ano de 2001 que o mundo se deparou com a problemática de forma bastante acentuada. Após os atentados terroristas que derrubaram não apenas as chamadas Torres Gêmeas, mas também uma pretensa inatingibilidade dos Estados Unidos (que se mostrou apenas aparente), houve uma preocupação global com a questão da segurança externa, o que levou diversos países a ampliarem seus sistemas de vigilância e monitoramento dos indivíduos. Nos EUA, uma das reações mais significativas aos ataques foi o que denominaram de *Patriot Act* (Lei Patriótica). Sobre ela, discorre o especialista em Direito Internacional Vinicius Diniz Vizzotto (2004, p. 2):

Assinada pelo presidente George Bush em 26 de outubro de 2001, após rápida e quase unânime aprovação do Senado, a citada lei expande o nível de atuação de agências nacionais de segurança (FBI), bem como das internacionais de inteligência (CIA), conferindo-lhes poderes até então inéditos. Seu objetivo principal era o de prender os responsáveis pelo ataque; atualmente, visa evitar ocorrências de igual natureza no território norte-americano.

Apesar de feita para durar por tempo determinado, algumas medidas acabaram sendo prorrogadas, permitindo que ações voltadas à espionagem e escutas telefônicas, assim como endurecimento na segurança em voos e aeroportos, fossem estendidas por alguns anos.

Gombata (2011, p.1) informa que:

[...] a interceptação de todos os meios de comunicação de um suspeito sem a necessidade de mandados e o acesso a qualquer documento relevante para uma investigação, como históricos financeiros, [...] [continuavam] valendo, bem como o rastreamento de suspeitos de terrorismo sem vínculos com outros países ou organizações criminosas.

A extensão dessa vigilância tornou-se fonte de maior discussão no ano de 2013, quando Edward Snowden, ex-contratado da Agência de Segurança Nacional (NSA) do país, publicizou que o departamento interceptava não apenas aquelas pessoas consideradas suspeitas, mas os cidadãos estadunidenses de maneira geral, bem como autoridades de países aliados (WELLE, 2013).

Mediante a entrega de documentos confidenciais, Snowden comprovou que até mesmo escritórios e Missões Diplomáticas da União Europeia foram espionados. De acordo com a revista alemã Der Spiegel, o programa do governo dos EUA “não era constituído apenas de microfones instalados no prédio da UE em Washington, mas também de um sistema infiltrado na rede de informática que permitia aos espiões ter acesso a e-mails e a documentos internos” (PRESSE, 2013, p.1).

A divulgação dessas e de outras informações¹⁰⁹ ampliou o debate sobre até que ponto é permitido aos Estados vigiarem seus

¹⁰⁹ “Os documentos publicados principalmente pelo jornal inglês The Guardian, pela TV Globo e pelo americano The Washington Post, revelaram que os americanos monitoram bilhões de pessoas no planeta, registrando a chamada metadata. Quem falou com quem? Quando? Por quanto tempo? Também registra todo o conteúdo de comunicações por e-mail, telefone ou redes sociais de vários países. Espionam empresas, a chinesa Huawei de tecnologia de comunicação, a Gazprom estatal russa de gás e petróleo e a brasileira Petrobras. Até o Ministério das Minas e de Energia do Brasil foi

cidadãos e os demais com a justificativa de prevenir quaisquer ameaças à segurança. Em 2015, o Senado estadunidense entendeu por bem não prorrogar a Lei Patriótica, que acabou sendo expirada. Contudo, poucas semanas depois, fora sancionada uma reforma, conhecida como “*USA Freedom Act*” (Lei da Liberdade dos EUA), que determina uma limitação ao programa da NSA de coleta de metadados das chamadas telefônicas (hora, duração, número discado).

Outras consequências se relacionaram a várias empresas privadas, as quais, segundo documentos publicizados por Snowden, eram obrigadas a fornecer dados ao governo estadunidense¹¹⁰. Hoje, muitas delas desenvolveram mecanismos que asseguram de forma mais eficaz a privacidade de seus usuários (7 MANEIRAS, 2015). Recentemente essa relação entre instituições públicas e grandes empresas voltou a estar em destaque, quando o Departamento Federal de Investigação dos Estados Unidos (*Federal Bureau of Investigation* – FBI) determinou que a Apple criasse um sistema que permitisse adentrar em todos os dados de um de seus aparelhos telefônicos (Iphone). Ocorre que,

Em dezembro de 2015, Syed Rizwan Farook e Tashfeen Malik atiraram em um grupo de pessoas numa festa, matando 14 e deixando 22 gravemente feridos. O casal foi morto pela polícia em um tiroteio. [...] Barack Obama definiu o caso como um ato

raqueado com a ajuda da espionagem do Canadá. Chefes de estado tem suas conversas telefônicas e até mensagens de texto interceptadas. A presidente Dilma Rousseff foi um dos alvos. A chanceler alemã Angela Merkel, também descobriu que suas ligações eram ouvidas [...]” (IDEIAS, 2014, p.1).

¹¹⁰ “[...]sabemos que empresas como Facebook, Google e Microsoft se viram obrigadas a entregar informações de seus clientes por ordens secretas da NSA. E que a NSA gravou, armazenou e analisou os “metadados” de cada uma das chamadas telefônicas e das mensagens de texto enviadas no México, Quênia e Filipinas” (SETE, 2015, p.1).

de terrorismo – o pior a ocorrer nos EUA desde o 11 de Setembro (VENTURA, 2016, p.1).

Apesar de a dupla de atiradores ter destruído grande parte de seus dados cibernéticos, o FBI conseguiu apreender um iphone que pertencia a um deles. Agora, deseja recolher e analisar todas as informações que nele possam conter. Como o aparelho possui forte criptografia, exige que a Apple faça um sistema que a viole, ordem que a empresa se nega cumprir tendo em vista a gravidade de violação da privacidade de seus usuários.

Buscando resolver este impasse, que já tramita no Judiciário estadunidense, foi realizada uma audiência no Comitê Judiciário da Câmara dos Deputados, intitulada “The Encryption Tightrope: Balancing Americans’ Security and Privacy” (em tradução livre, A Corda Bamba da Criptografia: Equilibrando a Segurança e a Privacidade dos Americanos)” (APPLE, 2016, p. 1).

Realizada no início de março de 2016, a reunião contou com o diretor do FBI James Comey e o conselheiro geral da Apple, Bruce Sewell, que expuseram os pontos de vista que defendem. Enquanto o conselheiro enfatizou que a criptografia é o que protege a privacidade dos clientes da empresa, de modo que “centenas de milhões de pessoas obedientes à lei confiam aos produtos da Apple os detalhes mais íntimos de sua vida cotidiana” (APPLE, 2016, p. 1). Por outro lado, Comey destaca que é papel do Congresso por um fim à discussão, uma vez que “A grande questão que estamos tratando aqui vai muito além de telefones ou de qualquer caso. Esta colisão entre privacidade e segurança pública? As cortes não podem resolvê-la” (APPLE, 2016, p. 1). O tema ainda gera muito debate sobre os precedentes que podem ser criados, uma vez que, como bem disse o diretor do FBI, não se está falando apenas deste aparelho em específico, mas de uma conjuntura muito mais ampla.

A colisão entre segurança e privacidade alcança ainda outros países, bem como apresenta outras facetas. Um caso recente aconteceu no Chile, onde desde agosto de 2015 eram utilizados balões que continham câmeras capazes de reconhecer pessoas a uma distância de até 1.500 metros. Preocupados com a possibilidade de captação de imagens pessoais, os moradores de algumas regiões decidiram solicitar ao Judiciário o fim do uso de tais equipamentos, que eram utilizados como medida de segurança pela administração pública.

O sistema foi fabricado e desenhado em Israel e é usado em 45 países, inclusive para fins militares. O principal problema apontado pelos opositores da vídeo-vigilância aérea é que esses equipamentos podem gravar o que acontece nos jardins, terraços e até mesmo dentro das casas. Outra preocupação desencadeada pelos balões é de que as imagens captadas possam ser usadas indevidamente (MONTAGNER, 2016, p.1).

Neste caso, apesar de ser apontado como principal responsável pela redução da criminalidade nos locais onde funcionava, o balão não fora bem aceito, uma vez que poderia coletar imagens dos ambientes privados dos chilenos (MONTAGNER, 2016).

Trazendo a discussão para o Brasil, observa-se que houve no país uma verdadeira expansão do chamado videomonitoramento, uma vez que inúmeras são as cidades em que câmeras passaram a servir como principal instrumento para combater a violência do dia-a-dia. Tendo encontrado expansão já durante a década de 70 em alguns países da Europa,

No Brasil, entretanto, foi só a partir da década de 1980 que as câmeras começaram a ganhar espaço e fazer parte de nossas paisagens urbanas, inicialmente instaladas com o objetivo de monitorar o trânsito para em seguida voltarem seus olhos eletrônicos para fins securitários. Primeiro foram instaladas em

bancos e instituições financeiras e a partir daí foram ganhando cada vez mais espaço no ramo da segurança privada. Contudo, é apenas nas últimas duas décadas que as câmeras começam a entrar nos espaços de circulação pública no Brasil [...] (OLIVA, 2013, p. 78).

Analisando a questão do videomonitoramento no Brasil, a doutora em Sociologia Marta Mourão Kanashiro (2008) aponta que, a partir da metade da década de 90 até início dos anos 2000, houve uma renovação na forma de se perceber o uso de câmeras no país. Antes entendidas como possíveis auxiliares no combate ao crime, passaram a ser obrigatórias em vários estabelecimentos, tais como bancos e outras instituições financeiras. Além disso, acirrou-se a discussão sobre sua adoção em outros locais, como hospitais, estádios, escolas, etc. Para Diego Coletti Oliva (2013), essa ascensão se deu graças ao próprio crescimento do setor de segurança privada, que se desenvolveu e se consolidou sob o argumento de ineficiência do Estado em resolver as problemáticas desta área de atuação.

Kanashiro (2008, p. 277) salienta ainda que, nas últimas décadas, ocorreu outra transformação, de modo que:

[...] as câmeras apareceram como um componente obrigatório do sistema de segurança dentro do contexto do comércio internacional, da segurança pessoal e da sobrevivência. Apesar de a relação com o discurso internacional sobre segurança e equipamentos eletrônicos já estar presente no Brasil, foi neste último período que o discurso brasileiro começou a refletir o discurso norte americano a respeito da segurança e combate ao terrorismo, que ganhou terreno após os ataques terroristas contra o World Trade Center e o Pentágono em 2001 (tradução livre).

Dessa forma, a autora entende que o Brasil sofreu influência (e ainda o faz) a partir de discursos de outros países, nos quais a vigilância se exerce cada vez mais fortemente sob a justificativa da manutenção da segurança (KANASHIRO, 2008). Não é difícil observar que efetivamente ocorreu um crescimento no uso de câmeras por parte da administração pública do país, podendo ser citadas cidades como Campo Grande, Curitiba, Vitória e Florianópolis, que passaram a contar nos últimos anos com o videomonitoramento assegurado pelo Estado, a fim de, primordialmente, prevenir crimes.

Em São Luís, por exemplo, o sistema foi instalado no ano de 2012, como parte de ações destinadas à área da segurança pública. Segundo dados do Centro Integrado de Operações Policiais (Ciops), apenas no ano de 2015, foram viabilizadas pelo aparato cerca de “3.585 intervenções policiais, sendo 330 pelo Corpo de Bombeiros, 484 conduções para delegacias e 501 acionamentos do botão de emergência, instalado nos postes onde também estão as câmeras” (CUNHA, 2015, p.1).

Segundo Daniel Coletti Oliva (2013), são três os motivos principais que utilizados para justificar a instalação das câmeras de vigilância: inibir a ação de criminosos, reagir imediatamente quando da ocorrência de um crime e utilizar as imagens como meio de prova. No que tange à pesquisa realizada pelo sociólogo na cidade de Curitiba, mencionou-se também a carência de agentes policiais, o que impossibilitaria uma presença constante do efetivo nas ruas. As câmeras serviriam, segundo os gestores do município, para substituir os olhos que não podem estar presentes em todos os lugares.

3.3 Consequências da colisão entre privacidade e segurança e um possível caminho para solucioná-la

Que o uso da vigilância, instrumentalizada pela instalação de câmeras em ambientes públicos e privados, já se incorporou à realidade da segurança brasileira, não restam dúvidas, é fato notório. O que ainda questionam alguns estudiosos é a ampla margem de poder que elas detêm, de modo a analisar até que ponto as câmeras podem ser utilizadas na busca por efetivar a tão desejada proteção dos cidadãos. Há, por um lado, aqueles que atentam para os usos secundários das imagens captadas. É o caso do jurista Túlio Lima Vianna (apud PRIVACIDADE, 2006, p. 4), segundo o qual:

As câmeras certamente não filmarão somente crimes e cenas do cotidiano, mas também greves, manifestações políticas e uma série de outras ameaças aos interesses de quem, mais tarde, terá a posse destas imagens e o poder de analisar e julgar as condutas filmadas. Daí, sob o singelo pretexto de repressão da criminalidade, não faltará muito para a repressão ideológica e política.

Trata-se da mesma preocupação do jurista italiano Stefano Rodotà (2008), que defende maior controle sobre as informações pessoais coletadas pelas instituições públicas e privadas. Ocorre que, em certa conjuntura, determinados dados podem ser considerados irrelevantes. Entretanto, quando não são logo descartados, mas sim armazenados, podem ser posteriormente utilizados contra o indivíduo, devido a uma mudança no contexto social ou político, por exemplo. Por isso tão significativo especificar a finalidade da coleta de certos dados (RODOTÀ, 2008). Quando feito isso, caso as informações captadas não

servirem ao objetivo pretendido, é possível que seus titulares exijam o devido descarte.

Manter o cidadão ciente desse processo, de forma a primar pela transparência, parece ser o maior desafio daqueles que lidam com imagens ou outras informações dos indivíduos. Parte desse desafio resulta da própria dificuldade em delimitar quais situações se encontram sob o resguardo da vida íntima e privada das pessoas, além da intensa valorização que elas próprias atribuem aos assuntos relativos à segurança. Conforme aponta o advogado criminal e ex-diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Theo Dias (apud PRIVACIDADE, 2006, p. 4), "[...] hoje em dia, a sociedade está mais disposta a renunciar a certas liberdades em nome da sensação de segurança, mas isso não quer dizer que se tornou aceitável qualquer tipo de invasão à intimidade". É preciso razoabilidade em ambos os lados, para que não sejam deixadas de lado garantias e liberdades dos cidadãos.

Nesse sentido, uma compreensão das consequências da colisão entre segurança e privacidade requer uma atenção para o significado e importância que a última detém. Isso porque é justamente a vida íntima e privada dos indivíduos que está perdendo espaço, diante de uma preocupação cada vez mais constante com a intangibilidade das pessoas e do patrimônio.

Grande parte dos autores trabalhados no decorrer deste estudo, quando falam de violações à privacidade, enfatizam que há uma perda da liberdade. Contudo, muitos não se detêm para explicar como de fato isso acontece. O autor Marcel Leonardi (2011), por outro lado, faz uma análise bastante aprofundada, que merece ser mencionada. Conforme o pós-doutor em Direito, "há quem atribua à privacidade um valor intrínseco, ou seja, decorrente de sua própria condição, e não um valor instrumental, que facilita a consecução de outros objetivos" (LEONARDI, 2011, 118). Para ele, a privacidade apresenta os dois tipos de valores, já que pode ser devidamente explicada e fundamentada.

Primeiramente, torna-se indispensável atentar para a superação de uma visão meramente individualista deste direito. Esse caminho também é apontado por Rodotà (2008, p. 27), quando explicita que "a evocação da privacidade supera o tradicional quadro individualista e se dilata em uma dimensão coletiva, a partir do momento em que deixa de considerar o interesse do indivíduo enquanto tal, para reconhecê-lo como membro de um determinado grupo social".

Tratando sobre o acirramento da vigilância coletiva, o historiador Eric Hobsbawn (2007) também acaba por conferir um significado amplo ao referido direito, quando destaca que a sociedade atual está se tornando cada vez mais uma "sociedade de vigilantes". Além disso, acrescenta que: "a proliferação extraordinária de meios tecnológicos, e outros, de manter os cidadãos sob vigilância o tempo todo (com câmeras em locais públicos, escuta telefônica, acesso a dados pessoais e a computadores etc.) [...] tornou os cidadãos menos livres" (HOBSBAWN, 2007, p. 43). Observa-se, em ambos os autores, uma referência à privacidade como temática que envolve a sociedade de modo geral, e não apenas o indivíduo em si.

Segundo Leonardi (2011), a necessidade em ter uma visão mais ampla da privacidade está na própria dimensão de sua importância. Quando se entende que intimidade e vida privada se resumem ao indivíduo de maneira singular, perde-se toda uma conjuntura que depende da efetivação deste direito. Claro que ela tem, sim, uma faceta que se refere exclusivamente à esfera particular de cada um. Contudo, não é mais preferível enxergá-la apenas por essa via, sob pena de perder diversos outros contextos sociais nas quais ela faz muita diferença. Sobre esta situação, explica Leonardi (2011, p. 120, grifo do autor):

[...] estruturar a privacidade em termos exclusivamente individuais diminui seu valor. A tutela da privacidade é tradicionalmente voltada à obtenção de reparação financeira para compensar os danos morais sofridos pelo indivíduo.

Normalmente, os diversos reflexos sociais decorrentes da perda da privacidade para a liberdade, cultura, criatividade, inovação e vida pública não são computados nessa valoração.

Além disso, essa limitação também gera impactos quando se está diante de valores que colidem com a privacidade, posto que "costumam ser definidos e defendidos com base em sua importância social" (LEONARDI, 2011, p. 120). A consequência disso é justamente a valorização destes outros direitos em detrimento dela, o que explicaria a própria tendência de parte dos cidadãos a não enxergarem sua restrição como uma perda significativa. Como se vê:

A associação da tutela da privacidade à ideia de um indivíduo em conflito com o bem comum leva à visão de que a esfera privada é antagônica à esfera pública. A privacidade é entendida como uma indulgência individual custeada pela sociedade, isto é, como uma forma de proteção do indivíduo que conflita com as necessidades maiores da coletividade (LEONARDI, 2011, p. 121).

Por isso, indispensável compreendê-la em toda sua extensão. A limitação acentuada da privacidade afeta garantias e liberdades das quais depende toda a coletividade e até mesmo o Estado de Direito. Se se pensar, por exemplo, que a vigilância afeta a manifestação livre do pensamento, é possível vislumbrar os impactos que a redução drástica da intimidade ocasiona não apenas a determinado indivíduo, mas a todo o corpo social.

Nas situações mostradas no tópico antecedente, pode-se observar facilmente como tal problemática apresenta um viés amplificado. A questão do banco de dados tem poder para atingir grande extensão de cidadãos, sendo necessário um controle

efetivo a fim de que as informações pessoais não sirvam para catalogação de um grupo cada vez maior de pessoas. Além disso, não se deve esquecer que da privacidade dependem contextos que garantem o Estado democrático de direito, já que

[...] fomenta e encoraja a autonomia moral do cidadão, assegurando a liberdade de convicção política e de associação, criando espaços para o diálogo cívico e um ambiente de proteção à liberdade de manifestação de pensamento, o que possibilita ao indivíduo contemplar e discutir mudanças políticas, criar contracultura e engajar-se em protestos, bem como desenvolver opiniões sem divulgá-las prematuramente à sociedade, evitando julgamentos antecipados e críticas destrutivas (LEONARDI, 2011, p. 115).

Apesar desta visão mais geral, não se pode deixar de lado que a privacidade também tem grande significado para o indivíduo considerado apenas em si. Marcel Leonardi (2011) elenca vários papéis que o direito detém neste sentido, tais como a promoção do bem-estar – já que a pessoa pode ter um momento longe da agitação da vida ativa – e a criação de espaços para relações de intimidade – envolvendo vínculos amorosos e fraternos. Além disso, há o livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que a privacidade consiste em um dos direitos da personalidade, que são inerentes a qualquer pessoa e a caracterizam enquanto tal. Danilo Doneda (2004, p. 87) também destaca a relevância da privacidade neste sentido, quando aponta que:

Uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância; passa a ser pressuposto para que não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada (para tocar em um conceito

caro ao direito privado) e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Notável, portanto, que a privacidade deve ter alto grau de valorização dentro de uma sociedade. É preciso que os cidadãos tenham consciência de todas essas dimensões do direito, para que não o barganhem tão facilmente. Não se está aqui pretendendo discutir o fim das câmeras de vigilância ou de todas as coletas de dados pessoais. Pelo contrário, ambos os instrumentos apresentam finalidades importantes e acabam por trazer algumas consequências positivas à segurança dos cidadãos. O que se quer enfatizar aqui é a forma com que todo esse arcabouço está sendo usado, assim como a necessidade de buscar meios para garantir a valorização e respeito à privacidade.

Nesse sentido, um dos principais caminhos apontados pelos estudiosos quanto à solução da colisão entre direitos fundamentais diz respeito à técnica da ponderação. Esta se caracteriza por uma análise cuidadosa do caso concreto, que fornecerá os elementos necessários a fim de permitir a compreensão de qual direito poderá ser comprometido o minimamente possível. A ponderação aparece como uma das formas de superação do chamado método subsuntivo. Sobre este, esclarece Nádia Castro Alves (2010, p. 27):

Durante muito tempo a subsunção (premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos, produzindo, como consequência, a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto) foi a única fórmula utilizada para a compreensão e a aplicação do Direito. Mas, nos últimos tempos, o mundo jurídico passou a compreender que a subsunção tem limites e não é, por si só, suficiente para lidar com determinadas situações.

O método subsuntivo, assim, reservava ao intérprete "um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um Direito integralmente contido na norma legislada" (BARROSO, 2004, p. 3). Ocorre que, em contextos como o da colisão entre direitos, não seria possível ao julgador fazer prevalecer um dos princípios em detrimento absoluto de outro, já que todos eles estão mantidos num mesmo patamar hierárquico. É preciso que sejam respeitados valores como o da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da proporcionalidade.

Indispensável destacar, neste ponto, que a ponderação somente pode ser utilizada quando se está diante de um caso concreto, pois a análise dos elementos fáticos faz parte de sua realização. Dworkin (apud ALVES, 2010) e Alexy (2011), assim, destacam que a solução deve voltar-se para o peso que cada um dos princípios apresenta em determinada situação. De acordo com o constitucionalista alemão, "o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta" (ALEXY, 2011, p. 93).

Logo, mediante certas relações de tensão, não seria possível a simples utilização de uma "precedência absoluta", cabendo realizar no lugar dela "um sopesamento entre os interesses conflitantes" (ALEXY, 2011, p. 95). Luís Roberto Barroso (2004) vai além, acrescentando que, a partir da ponderação, o intérprete deve decidir não somente qual bem constitucional vai preponderar, mas também com qual intensidade vai fazê-lo.

Dentro desse contexto, entretanto, é preciso ter certos cuidados. O processo que leva um direito fundamental a prevalecer sobre outro não pode depender de critérios meramente subjetivos, sob o risco de despeitar a própria segurança jurídica que caracteriza o Estado de direito. Deve-se deixar claro a não

aleatoriedade dentro desse procedimento. Marcel Leonardi (2011, p. 106, grifo do autor) resume esta questão de maneira esclarecedora:

[...] não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre dois princípios, válida para quaisquer condições; ela estará sempre subordinada à situação concreta de cada caso analisado. À primeira vista, isso pode parecer uma generalização: afirmar que, em casos concretos diferentes, o sopesamento entre dois princípios idênticos pode resultar em decisões distintas, é algo intuitivo, e até mesmo óbvio. Porém, o sopesamento não é feito de forma aleatória, nem representa um simples enunciado de preferências, mas segue uma regra específica, chamada lei do sopesamento.

É preciso, então, respeitar certos parâmetros para realizar a ponderação numa situação concreta de colisão. Disso depende os valores já mencionados, tais como a segurança jurídica e a unidade da Constituição.

Deve-se ter em mente que critérios racionais devem ser respeitados nesse contexto. Tanto Nádia Castro Alves (2010) como Leonardi (2011) apontam que, o desrespeito a essa premissa acaba por trazer uma negatividade à técnica, assim como justificar equívocos do Judiciário. Torna-se indispensável, portanto, que a ponderação seja utilizada com racionalidade e capacidade de justificação, evitando-se meros instintos na hora de realizá-la.

Trata-se, portanto, de uma das formas utilizadas quando caracterizada a colisão de direitos fundamentais. No contexto particular da privacidade e da segurança, dois direitos tão relevantes aos indivíduos, este instrumento auxiliaria a abarcar toda a complexidade que ambos vem adquirindo na atualidade, já que observa preponderantemente cada um deles no caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conjunto de direitos fundamentais que determinado Estado se incumba de proporcionar aos cidadãos apresenta relevância indispensável, de modo que estes se verão protegidos nos mais diversos âmbitos de sua existência. Ocorre que as transformações sociais tendem a engendrar novas conjunturas, trazendo a necessidade de proteger o indivíduo em novas situações. Desse modo, outros direitos fundamentais vão sendo incorporados aos ordenamentos jurídicos, o que acabou por ocasionar cada vez mais a chamada colisão.

Destacadamente, em que um direito fundamental acaba por afetar a realização plena de outro, encontram-se os direitos à privacidade e à segurança. No que tange ao primeiro, nota-se que seu conteúdo muito se expandiu e continua progressivamente. Isso porque a privacidade não pode mais ser apenas entendida como uma espécie de isolamento do indivíduo. Pelo contrário, deve ela ser protegida até mesmo quando estão em pauta as relações interpessoais. É preciso, ainda, considerar que se trata de um direito que depende fortemente do contexto histórico-social para ser compreendido, sendo interpretado a partir dos valores que as sociedades desenvolvem.

Entende-se que privacidade incorpora as noções de intimidade e de vida privada, sendo utilizada mais frequentemente como um termo mais amplo. Logo, relaciona-se tanto a questões mais internas do indivíduo como a situações que envolvem algum tipo de repercussão social. Só não pode ser entendida como algo exclusivamente voltado aos ambientes considerados privados. É indispensável perceber que este direito já se redimensionou, devendo ser protegido também em outros espaços.

Quanto à segurança, observa-se que ganha cada vez mais notoriedade, devido à crescente preocupação dos indivíduos com sua intangibilidade e a de seu patrimônio. Isso fortalece a busca por novos meios capazes de efetivá-la. No caso do Brasil, opta-se constantemente pelo uso de câmeras, a fim de inibir a ocorrência de crimes como roubo e latrocínio. Em outros países é possível notar, além do videomonitoramento, uma espécie de vigilância cibernética, mediante a coleta e armazenamento de dados pessoais. Nota-se que, em alguns contextos, a captura de informações é realizada por determinado motivo, mas elas acabam sendo utilizadas para outras razões.

É exatamente neste ponto que os direitos à privacidade e à segurança entram em colisão, tendo em vista a relação direta que a última detém com a vigilância. Segurança e vigilância associaram-se de tal forma que atualmente é possível dizer que se encontram indissociáveis. Por meio da vigilância dos indivíduos, Estados e empresas de segurança privada objetivam inibir a ação de criminosos ou, ainda, evitar que determinados danos às pessoas cheguem a acontecer.

Dentro deste contexto, é que se questiona: até que ponto essa busca pela segurança acaba por afetar a privacidade dos indivíduos? A vigilância já se tornou rotineira em dezenas de cidades brasileiras, mas mesmo assim não parece haver questionamentos significativos por parte dos indivíduos de como isso afeta a intimidade de cada um. Por uma proteção à vida e aos bens, as pessoas estão deixando gradativamente para segundo plano as preocupações relativas às suas questões íntimas e privadas. Tal contexto parece ser resquício da noção da privacidade ligada apenas a determinados espaços. Como as câmeras de vigilância costumam se localizar em ambientes considerados públicos, não se vê forte oposição a elas, nem mesmo dúvidas sobre sua possível eficácia.

Entende-se que tais questionamentos precisam acontecer. São necessárias discussões que analisem as consequências dessa vigilância no dia-a-dia dos indivíduos, a fim de perceber, por exemplo, como afetam seu comportamento. A importância da privacidade não pode ser diminuída sob risco de se limitar o indivíduo drasticamente. Desenvolvimento da personalidade, de relações afetivas, da livre manifestação de pensamento são somente algumas situações que dependem da privacidade para ocorrer plenamente.

Portanto, compreender a extensão da limitação que a privacidade vem adquirindo, mediante o uso de aparatos de vigilância cada vez mais avançados, torna-se imprescindível para que sejam desenvolvidas formas de atuar em sua proteção. Não se deseja aqui acabar com toda espécie de vigilância, mas sim enfatizar a vital necessidade de conhecer como ela está ocorrendo, a fim de evitar excessos que afetem severamente a vida íntima dos indivíduos. É preciso valorizar a privacidade agora, para que ela não seja constantemente reduzida sob a justificativa de uma proteção que nem sempre se mostra eficaz.

REFERÊNCIAS

ADAMO, Betina da Silva. Os direitos fundamentais e o sistema de segurança pública: reflexões com base na teoria dos deveres de proteção do Estado. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a.10, n. 34, p. 53-82, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-34-janeiro-junho-de-2011/os-direitos-fundamentais-e-o-sistema-de-seguranca-publica-reflexoes-a-partir-da-teoria-dos-deveres-de-protecao-do-estado>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

ADORNO, Sérgio; LAMIN, Cristiane. Medo, violência e insegurança. In: LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana de (org.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2006. p. 151-171.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord. científico). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2015.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Nádia Castro. Colisão de direitos fundamentais e ponderação. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 25-48, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/viewFile/890/672>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

APPLE defende privacidade de seus clientes em audiência no Congresso dos EUA. Portal **Canaltech**, 1 mar. 2016. Disponível em: <<http://canaltech.com.br/noticia/apple/apple-defende-privacidade-de-seus-clientes-em-audiencia-no-congresso-dos-eua-59017/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. Choque entre direitos fundamentais - Consenso ou controvérsia? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 48, n. 189, p. 259-268, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242874/000910807.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

ARAÚJO, José Laércio. **Intimidade, vida privada e direito penal**. São Paulo: WVC Editora, 2000.

ARDENGHI, Régis Schneider Ardenghi. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (EMESC)**, Florianópolis, v. 19, n. 25, 2012. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57/58>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AVELINE, Paulo. 2009. **Segurança pública como direito fundamental**. [Dissertação] Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande Do Sul (PUCRS), 2009. Disponível em:<http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/dissertacao___seguranca_publica_como_direito_fundamental.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito tributário**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 235, p. 1-36, Jan./Mar. 2004. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. **Direitos fundamentais & Justiça**. n.3, p. 82-93, abr./jun 2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2016.

BRASIL. **Lei n. 5250/67**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiacao.htm>. Acesso em: 13 dez. 2015.

_____. **Código Civil (2002)**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 dez. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **MS: 23452 RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 16-09-1999, Data de Publicação: DJ 12-05-2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14696321/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BUONAMICI, Sérgio Claro. Direito Fundamental Social à Segurança Pública. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 15, p. 21, 2011. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/341/338>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. Direito constitucional de conflitos e proteção de Direitos fundamentais. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, ano 125, n. 3823, p. 293-295, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 46, pp. 77-119, abr./jun. 2003.

CASTRO, Rafael Barreto de; PEDRO, Rosa Maria Leite Ribeiro. Redes de vigilância: a experiência da segurança e da visibilidade articuladas às câmeras de monitoramento urbano. In: BRUNO, Fernanda; FIRMINO, Rodrigo; KANASHIRO (Orgs.). **Vigilância, Segurança e Controle Social na América Latina**, Curitiba (PUCRS), p. 70-91, 2009. Disponível em: <http://www2.pucpr.br/ssscla/papers/SessaoB_A10_pp70-91.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2016.

COSTA, Frederico Carlos de Sá. Sobre o conceito de ‘segurança nacional’. **Tensões Mundiais**, v. 5, p. 123-140, 2009. Disponível em: <<http://tensoesmundiais.net/index.php/tm/article/viewFile/101/142>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: RT, 1995.

CUNHA, Douglas. Mais de três mil intervenções foram feitas por videomonitoramento. **O Imparcial**, 9 out. 2015. Disponível em: <http://www.oimparcial.com.br/_conteudo/2015/10/ultimas_noticias/urbano/181548.html>. Acesso em: 19 mar. 2016.

CRUZ, Marco A. R. Cunha e. O caso “SPAM e a intimidade” no STJ: um estudo sobre o REsp nº 844.736. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. [Recurso eletrônico] Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigo/s/?cod=15d4e891d784977c>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

_____. **Elementos de teoria geral do estado**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAVOLI, Alessandro. Proteção dos Dados Pessoais. In: **Fichas técnicas sobre a União Europeia (2016)**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.12.8.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

DI FIORE, Bruno Henrique. **Teoria dos círculos concêntricos da vida privada e suas repercussões na praxe jurídica**. 2012. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 21 dez. 2015.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 24ª ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. [Tese - Doutorado em Direito] Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29536-29552-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460>. Acesso em: 10 dez. 2015.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador: formação do estado e civilização**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1993.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

_____. **Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional**. [Dissertação] Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/79426/182787.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol.88, pp. 439-459, 1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67231/69841>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

FILOCRE, D'Aquino. Revisita à ordem pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 184, p. 131-147, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194953/000881711.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GOMBATA, Marsílea. Saiba as consequências do 11 de Setembro para os EUA. **Último segundo**, São Paulo, 10 set.

2011. Disponível em:
<<http://ultimosegundo.ig.com.br/11desetembro/saiba-as-consequencias-do-11-de-setembro-para-os-eua/n1597202907130.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- GOMES, Carla de Marcelino; MOREIRA, Vital (coord.) **Compreender os Direitos Humanos:** manual de educação para os direitos humanos. Coimbra: FDUC, 2013. 648p. Disponível em:
<http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/manual_completo.pdf> . Acesso em: 10 dez. 2015.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã.** 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- IDEIAS do Milênio – “Ainda há revelações a serem feitas sobre o Brasil”. **Consultor Jurídico**, 13 jun. 2014. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2014-jun-13/edward-snowden-ainda-revelacoes-serem-feitas-brasil>>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- JACOBS, Jane. **Morte e vida de grandes cidades.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KANASHIRO, Marta Mourão. Surveillance Cameras in Brazil: exclusion, mobility regulation, and the new meanings of security. **Surveillance & Society**, 5(3), p. 270-289. Disponível em:
<[http://www.surveillance-and-society.org/articles5\(3\)/brazil.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles5(3)/brazil.pdf)>. Acesso em: 19 mar. 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LOPES, Jecson Girão. Thomas Hobbes: a necessidade da criação do Estado. **Griot – Revista de Filosofia**, Amargosa, Bahia, v.6, n.2, dezembro/2012. Disponível em: <[http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/12-THOMAS_HOBBS_-
_A_NECCESSIDADE_DA_CRIACAO_DO_ESTADO-Jecson_Girao_Lopes.pdf](http://www2.ufrb.edu.br/griot/images/vol6-n2/12-THOMAS_HOBBS_-_A_NECCESSIDADE_DA_CRIACAO_DO_ESTADO-Jecson_Girao_Lopes.pdf)>. Acesso em: 23 jan. 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição.** Vol. 1. Barueri: Manole, 2005.

MONTAGNER, Camila. Balões de Vigilância são Banidos por Violar Privacidade de Moradores. **Outra Cidade**, 12 mar. 2016. Disponível em: <<http://outracidade.com.br/baloes-de-vigilancia-chilenos-sao-banidos-por-violar-privacidade-de-moradores/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral.** Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Fabio Trevisan. **Direito fundamental à segurança e políticas públicas.** [Dissertação] Santo Ângelo: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), 2010. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146905.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

NUNES, Andrine Oliveira. **Segurança pública e mediação de conflitos**: a Possibilidade de Implementação de Núcleos de Mediação na Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará. [Dissertação] Fortaleza: Universidade de Fortaleza (UNIFOR), 2010. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp133641.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

OLIVA, Diego Coletti. **Entre olhos eletrônicos e olhares humanos**. [Dissertação] Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2013. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/30261/R%20-%20D%20-%20DIEGO%20COLETTI%20OLIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

OLIVEIRA, Débora. Obama promulga reforma em lei de vigilância da NSA. **IT Forum 365**, 3 jun. 2015. Disponível em: <<http://itforum365.com.br/noticias/detalhe/115968/obama-promulga-reforma-em-lei-de-vigilancia-da-nsa>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983.

PIRES NETO; Ari Álvares. **A privacidade dos registros públicos disponibilizados na Internet**. [Dissertação] Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113155.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

PRESSE, France. As principais revelações de Edward Snowden. **Portal G1**, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/as-principais-revelacoes-de-edward-snowden.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

PRIVACIDADE num mundo de vigilância constante. **RT Informa**, ano VII, n. 46, nov./dez. 2006. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjfkfuBvd_LAhXDiJAKHareCIkQFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.rt.com.br%2Ffiss.php%3Ffiss%3Ddownload.informativo%26id%3D21&usg=AFQjCNGSju5eKfbQlKe9HeZ-uao_1lBKxQ&bvm=bv.117868183,d.Y2I>. Acesso em: 19 mar. 2016.

RIO, Josué Justino do. O Direito Fundamental à Segurança Pública num Estado Democrático de Direito. **Revista Em Tempo**, Marília, vol. 12, p. 178-2022013. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/viewFile/397/324>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Paradoxos jurídicos e sociais: direito, vida privada e intimidade na sociedade pós-moralista e hipermoderna**. [Dissertação] Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31097-34178-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Direito, intimidade e vida privada: uma perspectiva histórico-política para uma delimitação contemporânea. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006. Disponível _____ em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpl46063.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância** – a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTIN, Valter Foletto. Característica de Direito ou Interesse Difuso da Segurança Pública. In: **15º Congresso Nacional do Ministério Público – Ministério Público e a Paz Social**, 2003, Gramado. Disponível em: <<http://www.apmp.com.br/juridico/santin/artigos/carac%20direito%20interesse%20difuso%20seg%20pub.htm>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, nº 371, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/93-artigos-jan-2006/4614-a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro-formato-pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2016.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SETE maneiras o mundo mudou graças a Edward Snowden. Portal Anistia Internacional, 12 jun. 2015. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/7-manieras-que-o-mundo-mudou-gracas-edward-snowden/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. O progresso tecnológico em e a tutela jurídica da privacidade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 16, janeiro-julho 2000. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, Departamento de Direito, 2000. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/issue/viewIssue/62/5>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

STEINMETZ. Wilson Antônio. **Colisão de Direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

VAZ, Marcelo. Leia a introdução da “Estratégia de Segurança Nacional dos EUA”. **Folha de S. Paulo**. 29 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult1063u185.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

VENTURA, Felipe. Por que a Apple está lutando contra o FBI para não criar brechas de criptografia. **Portal Gizmodo**, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/apple-contra-fbi-criptografia/>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

VIDAL, Gabriel Rigoldi. Conceituação do direito à privacidade em face das novas tecnologias. In: 1º Congresso Internacional - Os desafios do direito face às novas tecnologias, 2010, Ribeirão Preto. **Anais do 1º Congresso Internacional** - Os desafios do direito em face às novas tecnologias. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP, 2010. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/GabrielVidalConceituacao.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

VIEIRA, José Ribas (coord). **Direitos à intimidade e à vida privada**. 1º ed. (ano 2008), 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

VIVAN, Mariana. **Arquitetura, espaço urbano e criminalidade**: relações entre o espaço construído e a

segurança sob a ótica da intervisibilidade. [Dissertação]
Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.
Disponível em:
<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/100446>>.
Acesso em: 24 fev. 2016.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. A restrição de direitos fundamentais e o 11 de Setembro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6037>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 2. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WELLE, Deutsche. EUA: 11 de Setembro ainda dita política de segurança. **Carta Capital**.
11 set. 2013. Disponível em:
<<http://www.cartacapital.com.br/internacional/doze-anos-depois-11-de-setembro-ainda-dita-politica-de-seguranca-dos-eua-9487.html>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: APLICAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN LAW: APPLICATIONS OF
CONSTITUTIONAL LAW AND PUBLIC POLICIES*

Machidovel Trigueiro Filho¹¹¹

RESUMO

O artigo aborda a evolução da Inteligência Artificial (IA) desde as Revoluções Industriais até a atual Quarta Revolução, destacando como a IA está transformando o setor jurídico. Inicialmente, esclarece o conceito de IA como tecnologia capaz de simular o pensamento humano para resolver problemas e tomar decisões autônomas, inclusive sem limitações físicas ou cognitivas humanas.

Explica que a IA não substituirá advogados, mas transformará a profissão, automatizando tarefas repetitivas como pesquisas jurisprudenciais e análises preliminares, permitindo foco em estratégias

¹¹¹ Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho, Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador do CRIA - Centro de Referência em Inteligência Artificial da UFC, Pós Doutor na USP/SP, Professor Visitante na FIU/EUA, Professor Pesquisador em STANFORD/EUA. Foi eleito o “Empreendedor Digital do Ano no Brasil” pela Associação Brasileira de Startups e a Startup Brasil.

jurídicas mais complexas. Apresenta o conceito de lawtechs, startups jurídicas que desenvolvem soluções tecnológicas para o Direito, incluindo automação, big data e algoritmos de decisão.

O texto discute os exemplos práticos de IA no Direito, como as plataformas BipBop, Digesto, Enlighten, Legal Labs e LegAut, que atuam em captura de dados, análise de jurisprudência e automatização documental. Aborda ainda o Direito Digital, a importância da LGPD e o Marco Civil da Internet, além dos riscos éticos, de segurança cibernética e privacidade que a IA apresenta, sugerindo medidas como criptografia, autenticação forte e monitoramento contínuo.

Por fim, reforça que a IA no Direito aumentará a eficiência, reduzirá custos e democratizará o acesso à Justiça, mas exige regulamentação ética, multidisciplinar e filosófica para evitar vieses e discriminações algorítmicas. Conclui que a IA representa um avanço cumulativo da tecnologia, auxiliando advogados principalmente em pesquisa e gestão, sem substituir sua capacidade humana de interpretação, empatia e análise subjetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Digital, Constituição, Inteligência Artificial, Políticas Pública

ABSTRACT

The article addresses the evolution of Artificial Intelligence (AI) from the Industrial Revolutions to the current Fourth Revolution, highlighting how AI is transforming the legal sector. Initially, it clarifies the concept of AI as a technology capable of simulating human thinking to solve problems and make autonomous decisions, including without human physical or cognitive limitations.

It explains that AI will not replace lawyers, but will transform the profession, automating repetitive tasks such as case law research and preliminary analyses, allowing focus on more complex legal strategies. It presents the concept of lawtechs, legal startups that develop

technological solutions for Law, including automation, big data and decision algorithms.

The text discusses practical examples of AI in Law, such as the BipBop, Digesto, Enlighten, Legal Labs and LegAut platforms, which work in data capture, case law analysis and document automation. It also addresses Digital Law, the importance of the LGPD and the Internet Civil Rights Framework, in addition to the ethical, cybersecurity and privacy risks that AI presents, suggesting measures such as encryption, strong authentication and continuous monitoring. Finally, it reinforces that AI in Law will increase efficiency, reduce costs and democratize access to Justice, but requires ethical, multidisciplinary and philosophical regulation to avoid algorithmic biases and discrimination. It concludes that AI represents a cumulative advance in technology, assisting lawyers mainly in research and management, without replacing their human capacity for interpretation, empathy and subjective analysis.

KEYWORDS: Digital Law, Constitution, Artificial Intelligence, Public Policy

INTRODUÇÃO

Falar sobre inteligência artificial no Direito é um bom caminho para começar a corrigir equívocos comuns sobre o uso da tecnologia no mercado de serviços. E para entender melhor, cabe uma rápida contextualização.

As revoluções industriais anteriores serviram, principalmente, para escalar a produção em massa de bens de consumo. As inovações tornaram indústrias mais produtivas e eficientes ao passo que o trabalho braçal humano era substituído pelo das máquinas.

Primeiro surgiram as máquinas a vapor, depois aquelas movidas por derivados do petróleo e por energia elétrica. A Terceira Revolução Industrial trouxe a computação e automação, eliminando cada vez mais a figura do operador.

Agora, vivemos a Quarta Revolução Industrial, que é a era de tecnologias como a inteligência artificial e o *machine learning*.

Com o trabalho humano cada vez menos relevante nas indústrias, entramos na era pós-industrial, com o setor de serviços concentrando uma parcela cada vez maior da força de trabalho mundial.

E aí entra um dos equívocos comuns sobre a inteligência artificial: de que ela só é aplicada em máquinas de produção industrial. A sofisticação crescente dos algoritmos permite que os computadores realizem também trabalhos que não são braçais, como pesquisas, preenchimento de planilhas, revisões, etc.

Isso quer dizer que não haverá mais nenhum tipo de emprego e os robôs vão substituir todo o tipo de trabalho?

Esse é o segundo equívoco comum sobre inteligência artificial. O que acontece é que o trabalho humano terá de ser, com o perdão da redundância, cada vez mais humano. Inclusive no Direito.

Advogados, juízes, procuradores e outros profissionais do setor fazem um serviço sabidamente intelectual. Só que a inteligência artificial no Direito está aí para provar que sempre há tarefas que podem ser assumidas pelos computadores.

Algumas perguntas, inseridas nos tópicos seguintes, serão respondidas, quais sejam:

O que é Inteligência Artificial?

O que é Inteligência Artificial no direito?

Como a Inteligência Artificial está transformando o Direito?

O que são Lawtechs?

E quais os exemplos de tecnologias de IA aplicadas ao direito

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL IRÁ SUBSTITUIR OS ADVOGADOS?

Esta é uma pergunta que surge em todas as áreas da economia nas quais a inteligência artificial tem avançado.

Mais do que uma dúvida, é, para muitos, um medo. O temor de seu trabalho se tornar dispensável, desnecessário.

Se você é um dos que têm esse receio, fique tranquilo. O uso da inteligência artificial no Direito não vai acabar com a profissão de advogado.

Basta lembrar que esse sentimento não é novidade.

Quando surgiram os softwares jurídicos e até ferramentas mais básicas, como os programas de edição de documentos e planilhas, muitos profissionais também ficaram temerosos.

E, como você já sabe, a função de advogado continua firme e forte.

O Direito não se trata apenas de análises frias e objetivas da lei.

Há que se observar questões éticas e interpretar a subjetividade de cada caso. Um raciocínio que as máquinas não são capazes de conduzir.

O que aconteceu e seguirá acontecendo sempre que a tecnologia evoluir é a transformação desses profissionais. Isso é inegável.

A tecnologia substitui apenas uma parte do seu trabalho, e traz vários benefícios, como já apontamos aqui.

Lembre-se de que o advogado tem uma grande pressão por resultados, encara prazos apertados e, muitas vezes, precisa fazer hora extra e trabalhar em fins de semana para dar conta do volume de trabalho que tem.

Como esperar que ele faça o melhor dos trabalhos com esse cenário?

Imagine agora o que aconteceria se ele conseguisse economizar várias horas de pesquisa por jurisprudência, consultas a bases de dados e análises primárias das informações obtidas.

Desse jeito, ele teria mais tempo para se dedicar ao planejamento e execução da estratégia de defesa (ou de acusação) aumentando as chances de se obter o resultado esperado. Como se preparar para o impacto da Inteligência Artificial aplicada ao direito?

O QUE É INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

Inteligência artificial (IA) é uma tecnologia que permite a sistemas e máquinas simularem o pensamento humano, indo além da reprodução repetitiva de tarefas.

Isso permite o surgimento de robôs com a capacidade de perceber e resolver problemas, tomando decisões de forma autônoma.

Aqui, vale a pena esclarecer que o significado da palavra “robô” atualmente não se restringe a máquinas que imitam de uma forma ou de outra o corpo de uma pessoa.

Um robô com inteligência artificial pode ser simplesmente um programa de computador com algoritmos que o fazem desempenhar tarefas de modo semelhante a uma pessoa.

Semelhante, mas sem todas as limitações humanas.

Afinal, os computadores não adoecem, não precisam dormir, não se desconcentram, raramente cometem erros e processam informações em uma velocidade milhares de vezes superior que a nossa.

Por isso, é inútil brigar contra o uso da inteligência artificial no Direito ou em qualquer outro setor da economia.

É uma tendência sem volta e, a cada dia que passa, a lista de funções intelectuais que os softwares são capazes de desempenhar sem a interferência humana só aumenta.

Até mesmo atividades artísticas, pois há robôs que produzem desenhos, poemas e músicas com tamanha qualidade que fica muito difícil diferenciar suas obras das feitas por um humano.

Mas sempre haverá uma necessidade de empatia e de estabelecer conexões que vai além da inteligência das máquinas.

A síntese do setor de serviços é entender o que o cliente quer e deseja e planejar soluções.

As máquinas têm se adaptado cada vez melhor a essa lógica, mas ela nunca deixará de ter um grau de subjetividade que demanda uma pessoa de carne e osso.

O QUE É INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO?

Inteligência artificial no Direito é simplesmente a aplicação das tecnologias de IA no meio jurídico.

Ou seja, é quando uma máquina, programa, sistema ou aplicativo simula o raciocínio de um advogado ou outro profissional do Direito.

Os algoritmos são desenvolvidos para tomar decisões, substituindo completamente a mão de obra humana em determinadas tarefas.

Note que um software jurídico, por exemplo, não é, necessariamente, uma solução de inteligência artificial no Direito.

Programas desse tipo se difundiram muito em escritórios de advocacia há bastante tempo, e tornam o trabalho dos advogados muito mais simples, rápido, eficiente e organizado.

Esses sistemas, porém, só vão ser considerados soluções de inteligência artificial se deixarem de ser simplesmente uma ferramenta de suporte administrativo para auxiliar nas decisões relacionadas à atividade-fim do escritório: a consultoria e representação jurídica.

A inteligência artificial no Direito é resultado da evolução gradual das tecnologias da informática.

Primeiro, as planilhas digitais simplificaram muito o armazenamento e consulta a dados relevantes para processos, decisões e estratégias de defesa ou acusação.

Agora, soluções de big data permitem processar esses dados de maneira muito rápida, de modo que atualmente se perde menos tempo com pesquisas e consultas a bancos de dados.

Com a inteligência artificial no Direito, sobem-se mais alguns degraus, pois os algoritmos aproveitam todos esses dados para tomar ou sugerir decisões, apontar riscos e expor correlações ou incongruências.

Essa tecnologia, portanto, faz muito mais do que apenas substituir o trabalho dos advogados “de verdade”, os humanos.

Ela reduz as falhas e melhora a qualidade do serviço prestado para clientes e contribuintes – o que, no fim, resulta em mais justiça para todos.

COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL ESTÁ TRANSFORMANDO O DIREITO?

Ainda estamos no começo da Quarta Revolução Industrial.

E uma característica de qualquer tipo de revolução é que, enquanto ela está acontecendo, é difícil reconhecê-la como tal.

Daqui a vários anos, será muito mais fácil explicar qual foi o impacto da inteligência artificial em nossa sociedade, pois as soluções de IA já terão se consolidado, amadurecido e se popularizado.

Mas é possível fazer essa previsão com certa segurança, já que todos especialistas reconhecem que a IA é uma tecnologia com grande potencial transformador.

E quanto à inteligência artificial no Direito? Qual o impacto que as máquinas inteligentes trazem para essa área?

No caso dos advogados, sua rotina é transformada segundo o que temos destacado até aqui.

A IA os ajuda a otimizar boa parte de seu trabalho, fazendo com que sobre mais tempo para atividades estratégicas e para um atendimento mais próximo ao cliente.

Há a ideia de que tarefas repetitivas, cansativas e demoradas sejam resolvidas com facilidade e seja possível se dedicar mais a trabalhos que trazem uma motivação maior.

A inteligência artificial no Direito também deve impactar o serviço dos órgãos do Poder Judiciário.

A esperança é que a tecnologia traga mais celeridade nos processos, ajude a mitigar falhas e a construir uma sociedade mais justa.

Vale citar o caso da Estônia, que tem o plano de desenvolver um “juiz robô” para se encarregar de causas menores e mais simples, liberando os juízes humanos para analisar matérias mais completas.

Para a população em geral, o primeiro benefício é a expectativa de ter uma Justiça mais eficiente, ágil e com maior grau de acerto.

Mas também se espera que fique muito mais simples obter o serviço de representação jurídica.

Você pode pensar que, com os escritórios de advocacia adotando alta tecnologia, o serviço ficará mais caro.

O que o mercado das startups e da economia colaborativa tem nos mostrado, no entanto, é o contrário.

Estamos falando de inovações disruptivas, que trazem ao mercado lógicas completamente diferentes, modelos de negócio novos.

Como será possível escalar o atendimento e reduzir significativamente o número de horas de trabalho humano para cada cliente, o preço tende a cair.

Já há empresas no mundo do Direito que têm a tecnologia como protagonista

O QUE SÃO LAWTECHS?

Quando o assunto é inteligência artificial no Direito, não podemos deixar de falar nas lawtechs.

A palavra é formada pela junção de duas palavras da língua inglesa: law, que significa lei ou legislação, e tech, abreviação de technology, ou tecnologia.

As lawtechs são startups com matriz tecnológica que desenvolvem produtos ou prestam serviços da área jurídica.

A tecnologia está tão presente em nossa vida que encontramos esse modelo de empresa (enxuta, especializada, tecnológica e com produto escalável) nas mais diversas áreas.

Além das lawtechs, já foram temas de artigos em nosso blog as edtechs (startups da educação) e fintechs (startups financeiras).

Mas a lista ainda tem HR techs (recursos humanos), IT techs (tecnologia da informação), healthtechs (saúde), adtechs (publicidade), proptechs (setor imobiliário) e outras categorias.

Algumas das mais destacadas lawtechs do Brasil e do mundo procuram aplicar soluções de inteligência artificial no Direito.

Isso não quer dizer que todas as lawtechs desenvolvam produtos de IA.

Há também plataformas de automação, gestão de documentos, compliance, comunicação, mediação, gestão jurídica, monitoramento de dados públicos, redes profissionais, resolução de conflitos online e outros tipos de lawtechs.

Para criar uma lawtech de sucesso, é preciso muito investimento em tecnologia, sim, mas também conhecimento sobre as particularidades e oportunidades de melhorias no meio jurídico.

Como os algoritmos são os protagonistas nos produtos e serviços criados, as empresas desse tipo começam pequenas, mas já preparadas para encarar um crescimento meteórico caso deem certo.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO DIREITO EXEMPLOS DE TECNOLOGIAS DE IA APLICADAS

Algumas das lawtechs já ganharam destaque e podem te ajudar caso surja alguma necessidade.

Exemplos De Tecnologias De IA Aplicadas Ao Direito

Os Estados Unidos, especialmente na região do Vale do Silício, há muito tempo são a grande referência no mercado de startups.

Mas o mercado brasileiro de empresas que criam soluções de inteligência artificial no Direito tem se desenvolvido bastante.

A seguir, apresentamos algumas companhias que têm chamado a atenção nessa área.

BipBop

A BipBop desenvolve soluções de webcrawling, um processo que captura e processa informações encontradas na internet.

O diferencial é o machine learning, ou seja, a capacidade do algoritmo aprender com a própria experiência.

Uma aplicação inteligente dessas funcionalidades é a captura de informações sobre processos em sites de tribunais.

Digesto

A plataforma do Digesto consulta dados jurídicos de todo o Brasil e cria uma base de dados centralizada.

Como a própria empresa define, é o mapeamento do “genoma legal brasileiro”.

Com a inteligência artificial, produz dados uniformes, possibilitando uma busca mais precisa e o levantamento rápido de informações.

Enlighten

A empresa desenvolveu uma solução que sugere a chance de sucesso de uma ação em determinada corte.

E também presta o serviço de implantação de projetos de inteligência artificial em departamentos jurídicos de empresas.

Legal Labs

O Legal Labs é uma plataforma desenvolvida para pesquisar jurisprudência com o auxílio da inteligência artificial.

A solução reduz o tempo de busca pelas informações e aumenta a qualidade das peças processuais.

Ela pode ser usada por escritórios de advocacia, jornalistas, Poder Judiciário e órgãos públicos diversos.

LegAut

A LegalAut desenvolveu um algoritmo que analisa documentos com inteligência artificial, de forma automatizada e inteligente.

Assim, o back-office fica menos repetitivo e mais eficiente, sem prejuízos para a qualidade da análise dos dados.

DIREITO DIGITAL E O MUNDO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

É correto afirmar que a maioria das pessoas ainda não possui um conceito assertivo a respeito do tema "Direito Digital". Mas, no mundo jurídico, este já é considerado como uma ciência que aborda leis e normas criadas tanto para o mundo digital como as mais antigas, que a ele se aplicam também.

Apesar de estabelecermos a virtualidade como peça fundamental para coleta de dados no mundo automatizado, são definidos "institutos" e "elementos" que suportam a materialidade para o direito digital, que possui a base na coleta de provas deixadas pelos "rastros lógicos", executados pelos equipamentos digitais, que ficam gravados por tempo indeterminado nas redes, componentes e caminhos trilhados pelos programas executores de tarefas tabuladas e seus respectivos criadores.

Essas "provas materiais" são fundamentais para o enquadramento na tipicidade do ato e/ou crime, baseadas nos Códigos Civil e Penal Brasileiros, além de leis específicas já existentes, a exemplo da Lei nº 12.965, de 2014 — Marco Civil da Internet — e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Lei nº 13.709 de 2018).

Com efeito, percebe-se que o Direito não considera o "mundo digital" como um mundo distinto, mas sim uma realidade que não se ignora ou diverge do "mundo real", complementando-o.

A visão deve compreender, no direito digital, a privacidade do cidadão e das empresas, liberdade de expressão, comércio eletrônico entre partes, segurança da informação, segurança

cibernética, responsabilidade civil na internet, telecomunicações privadas e seguras e outros temas concernentes.

Cabe ressaltar que em nosso país ainda não existem varas específicas que avaliem e julguem as causas referentes ao tema, mas com o apoio de peritos especializados, a Justiça comum tem se posicionado e decidido inúmeros processos.

A tecnologia avança a passos largos e, com isso, o risco de furto de informações, invasões lógicas e "guerras digitais" entre países, aumentam a cada dia, fazendo com que as instituições jurídicas se adaptem conforme os novos dilemas legais que vão surgindo frente a este avanço.

As lides acabam sendo resolvidas, quando pendentes novas leis específicas, mediante o arcabouço legal já estabelecido.

Talvez quem não esteja envolvido ou a par do funcionamento do "mundo digital", não possua a dimensão de quanto isso pode afetar a vida ou seu dia a dia, mas pode-se afirmar que existem diversas "armas" e "equipes" nos governos, destinadas à proteção e eventual ataque de criminosos cibernéticos.

Igualmente, no Direito Digital, é inclusa e vista a IA (inteligência artificial), que pode representar uma mudança profunda na história da vida de nosso planeta e de todo ser humano, remetendo-nos à novas discussões filosóficas e reais.

A IA é considerada como um conjunto de tecnologias que permite que as máquinas executem tarefas que normalmente requerem inteligência humana, tais como reconhecimento de voz, digitalização de linguagem natural, visão computacional e aprendizado de máquina. Possui a capacidade de processar grandes quantidades de dados em tempo real e tem o potencial de

revolucionar vários setores, desde a saúde até a indústria e comércio.

Deve-se atentar que a IA apresenta desafios significativos em relação à segurança da informação e cibersegurança, pois os sistemas de IA são vulneráveis a ataques cibernéticos, como malware, vírus diversos e ataques de negação de serviço (DDoS), que podem comprometer a segurança dos dados e a privacidade dos usuários.

Para garantir a segurança dos sistemas de IA existentes nas empresas, ou mesmo em casa, é importante adotar uma abordagem integrada de segurança da informação, que inclua medidas como:

- Proteção de dados: Todas as empresas devem implementar medidas de segurança para proteger os dados utilizados pelos sistemas de IA, incluindo criptografia de dados, controle de acesso e monitoramento contínuo;

- Autenticação e autorização: A autenticação e a autorização são fundamentais, em qualquer instalação de TI, para garantir que apenas usuários autorizados tenham acesso aos sistemas de IA e aos dados associados. É importante utilizar sistemas de autenticação forte, como autenticação de múltiplos fatores (MFA), para garantir a segurança dos dados;

- Monitoramento contínuo: Os sistemas de IA, assim como os demais sistemas de tecnologia, devem ser monitorados continuamente e se possível em real time, para identificar e responder rapidamente a possíveis ameaças. Isso inclui a detecção de atividades suspeitas, como tentativas de invasão e comportamentos anormais da rede como um todo;

- Testes de penetração: Os testes de penetração internos e externos são uma maneira importante de avaliar a segurança dos

sistemas de computação simples, redes ou IA identificando possíveis vulnerabilidades e fornecendo recomendações para mitigar essas ameaças;

— Treinamento de usuários: É importante fornecer treinamento de segurança adequado para usuários de sistemas de IA, para que possam reconhecer possíveis ameaças e tomar medidas para mitigar esses riscos;

Portanto, faz-se necessário às empresas e usuários adotarem as medidas adequadas acima mencionadas para mitigar riscos e aproveitar todo o potencial da IA, mas de forma segura e responsável, percebendo que o Direito Digital está no centro das atenções do mundo atual, focado na Regulação da IA no Brasil, aplicada aos diversos campos da humanidade.

Atualmente, de forma geral, não existe uma legislação específica no Brasil que regule a inteligência artificial. No entanto, há alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que visam esta regulamentação, como o Projeto de Lei nº 21/2020, que estabelece princípios, diretrizes e medidas para o uso ético, responsável e seguro da inteligência artificial no país.

Além disso, a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) também se aplica ao tratamento de dados pessoais realizados por sistemas que possuam a inteligência artificial, exigindo que empresas, institutos e organizações adotem medidas de segurança e privacidade adequadas ao utilizar esses sistemas.

Há de se ressaltar que a regulação da IA é uma questão complexa, filosófica e multidisciplinar que envolve diversos aspectos, como ética, privacidade, segurança em todos os aspectos e responsabilidade civil.

Por isso, é importante que as discussões sobre a regulamentação da IA no Brasil envolvam diversos setores e

especialistas para garantir que sejam adotadas medidas adequadas e equilibradas.

ALGORITMOS E INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS SOB A ÓTICA DO DIREITO DIGITAL

Questões ligadas ao uso crescente de algoritmos de inteligência artificial tem sido discutida sob a vertente de impacto que elas causam na tomada de decisões públicas e privadas, afinal estas tecnologias presentes na Internet podem causar nos indivíduos um déficit de compreensão ou até mesmo desafiar decisões tomadas com base no uso da IA.

Em sentido amplo, podemos definir os algoritmos como um conjunto de instruções para a realização de uma tarefa, assim como o é regras de jogos de videogame ou uma receita de bolo, por exemplo.

De fato, não percebemos o uso da Inteligência Artificial de algoritmos no nosso dia a dia quando, por exemplo, acessamos a Netflix que seleciona filmes de acordo com nossos gostos, ou o Facebook quando coloca anúncios de viagens e hotéis que já havíamos pesquisados em locais da Internet.

O que são os algoritmos?

É importante atentar para o fato que toda a busca que fazemos no Google é registrada em algoritmos que nos mostram posteriormente aquilo que acham que o usuário vai gostar, baseados através de nossos likes, compartilhamentos, pesquisas e sites que visitamos.

Entretanto, o tema que aparece em uso no nosso dia a dia tem se mostrado um problema nos últimos tempos e aquilo que parecia ficção tornou-se realidade. Foi descoberto que os algoritmos de IA conseguem não somente se auto programas, mas também aprender com a própria experiência, fazendo associação entre as informações recebidas.

Com vários casos concretos, o Advogado Especialista em Direito Tecnológico relembra a tecnologia Chatbot Tay. Sistema desenvolvido pela Microsoft para interagir e aprender com jovens, o software de IA a princípio inocente, se tornou uma espécie de personalidade agressiva e preconceituosa, após a manipulação de internautas através do Twitter.

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEUS PRINCÍPIOS

Com um mundo cada vez mais norteado pelos algoritmos de Inteligência Artificial, temas como o racismo e preconceito poderão passar despercebidos uma vez que estão embutidos nos algoritmos que à primeira vista não são perceptíveis. Assim sendo, Especialistas em Crimes Virtuais, acreditam que a ética deverá ser a base de alicerce no desenvolvimento de IA.

Caberá a cada desenvolvedor de sistemas tratar questões de responsabilidade ética de seus softwares inteligentes, de forma que estas tecnologias não sejam capazes de discriminarem, manipularem ou desenvolverem outras atividades que ponham em risco a honra e segurança da humanidade, afirmou o Especialista em Crimes Cibernéticos Dr. Jonatas Lucena.

Entretanto, pensar somente no ponto ético não anula o problema por um todo. É preciso pensar numa regulamentação que abarque o tema. Precisamos de leis específicas sobre as IA,

para coibir o uso inadequado ou até mesmo impedir o desenvolvimento de robôs que sejam independentes.

COMO SE PREPARAR PARA O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL APLICADA AO DIREITO?

Em primeiro lugar, é preciso estimular em todos – advogados, clientes, juristas, juízes, políticos, etc. – uma mudança de mentalidade.

A automação e a inteligência artificial no Direito – ou em qualquer outra área – não devem ser vistas como tecnologias que trarão desemprego e prejuízos à economia.

Como explicamos antes, são soluções que qualificarão as atividades dos profissionais ligados ao Direito e tornarão os serviços jurídicos mais acessíveis à população.

Para se preparar para as transformações que estão vindo, é essencial buscar não apenas um entendimento maior sobre como funcionam as tecnologias, mas também o desenvolvimento intelectual em geral.

Conhecer a lógica dos algoritmos e aprender a manusear as soluções de inteligência artificial no Direito é muito importante, sim.

Mas o profissional também precisa se preparar para aproveitar o tempo que a automação dos programas vai lhe poupar.

Pode ser a oportunidade perfeita para aperfeiçoar-se em determinada especialidade ou para aprimorar a prospecção e atendimento aos clientes.

E se você enxerga algum processo comum no exercício de advocacia que as lawtechs ainda não estão mirando, por que não pensar em empreender e criar uma solução de IA?

Não é preciso ser um grande programador: basta entender como funciona a linguagem da ciência da computação e mobilizar os recursos humanos que podem transformar a ideia em realidade.

CONCLUSÃO

Inteligência artificial pode parecer uma coisa mágica, sobrenatural.

Mas na realidade é o resultado de uma sucessão de avanços tecnológicos que presenciamos ao longo das últimas décadas.

Desde os projetos do matemático britânico Alan Turing, os algoritmos têm se tornado gradualmente mais sofisticados.

As descobertas e criações são cumulativas, pois a geração seguinte vai partir delas e avançar sempre um passo adiante.

Desse modo, foi possível criar máquinas que “pensam”.

Mas ainda está longe de ser um raciocínio como a reflexão humana, capaz de interpretar as mais diversas subjetividades.

Em vez disso, é um pensamento objetivo, que leva em conta variáveis preestabelecidas para que decisões possam ser tomadas sem a interferência humana.

No meio jurídico, essa tecnologia tem sido aproveitada principalmente para agilizar a pesquisa de jurisprudência e informações diversas em bases digitais de dados.

No Brasil e no mundo, estão surgindo cada vez mais empresas conhecidas como lawtechs, startups que desenvolvem soluções tecnológicas relacionadas ao Direito.

Vale a pena ficar atento a essas iniciativas e entender desde já como elas funcionam e podem ajudar você no dia a dia.

Gostou de ler sobre inteligência artificial no Direito? Qual sua opinião sobre essa tendência? Deixe um comentário abaixo com a sua opinião.

REFERÊNCIAS

DONEDA, Danilo. Tratamento de dados pessoais e a nova Lei Brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALMEIDA, Victor de. Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais: uma análise constitucional. São Paulo: RT, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEI nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A EFETIVIDADE DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE CONFLITOS NOS TERMOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE EFFECTIVENESS OF ALTERNATIVE CONFLICT MEANS
UNDER THE TERMS OF THE CIVIL PROCEDURE CODE*

Anna Júlia Falcão Bastos

RESUMO: O presente artigo visa demonstrar a efetividade da mediação e conciliação como meio alternativo ao Poder Judiciário nas soluções de conflitos, diante de uma terceira figura que atua entre as partes, a fim de trazer celeridade ao processo através do diálogo entre partes, mediadores e conciliadores, conforme o Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação; Mediação; Conflitos; Celeridade;

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the effectiveness of mediation and conciliation as an alternative means to the Judiciary in conflict resolution, in the face of a third figure that acts between the parties, in order to bring speed to the process through dialogue between parties, mediators and conciliators, according to the Civil Procedure Code of 2015.

INTRODUÇÃO

Esse artigo abordará a utilização de meios alternativos de conflitos previstos no Código de Processo Civil, como a

mediação e a conciliação, pois trata-se de um método de solução de conflitos onde inicialmente ao acionar o judiciário, as partes conflitantes têm a oportunidade em resolver de forma amigável a lide em questão, tornando mais favorável para ambas as partes, de forma célere e com o objetivo de desobstruir o Judiciário.

Com isso, realizar análise acerca do papel do mediador e sua importância enquanto terceiro interveniente na audiência de mediação, podendo resultar na efetiva realização de acordo entre as partes.

AS ONDAS RENOVATÓRIAS

Para Mauro Cappelletti, na célebre obra “Acesso à justiça”, dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos pobres e está relacionada ao obstáculo econômico do acesso à justiça. A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A terceira onda, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas.

A terceira onda está relacionada com a busca de meios para dar mais eficácia, celeridade e desburocratização ao processo. A própria Lei 9.099/95, referente aos Juizados Especiais, prevê um processo que busca a satisfação o direito de forma mais célere e eficaz, regulamentando mecanismos para tanto. Temos ainda a mediação, conciliação e arbitragem como exemplos claros desta terceira onda renovatória de acesso à justiça.

SISTEMAS MULTIPORTAS

O Sistema Multiportas é um modelo alternativo para solução de conflitos que prevê a integração de diversas formas de resolução dos litígios, sendo judiciais ou extrajudiciais. Por meio dele, o Estado conduz os litigantes para a melhor opção de resolver o conflito, ou seja, a melhor porta. Visto que, para cada tipo de conflito, deve ser adotada a via adequada ao caso concreto.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

A mediação é um método de solução de conflitos utilizada para ter eficiência ao que se refere em conflitos interpessoais, busca o entendimento das partes litigantes quanto aos benefícios de um acordo e uma possível resolução mais célere e satisfatória para ambos.

Na conciliação a prioridade também é a realização de um acordo fazendo com que essa demanda cesse e não gere danos maiores às partes, visto que, nesse método geralmente não existe uma relação contínua das partes e dessa maneira facilita o fim do litígio e encerra de vez uma relação pouco existente entre os litigantes.

A mediação e a conciliação são métodos que podem se resolver de forma extrajudicial ou judicial, no segundo caso é quando já existe um processo jurisdicional. O mediador e o conciliador são considerados instrumentos da justiça no quesito de auxiliar nessa composição de litígio.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Desse modo, o Código de Processo Civil analisa e informa sobre as reais condições da Mediação e Conciliação e informa

com clareza os aspectos para que sejam realizadas essas audiências e concretizando assim a utilização desses métodos no judiciário como sendo a forma mais viável para a solução de litígios atualmente.

O Novo Código de Processo Civil buscou atualizar de forma eficaz a maneira de adaptar a mediação e a conciliação como forma positiva na resolução de conflitos e assim, poder facilitar de alguma forma as partes envolvidas nas questões processuais.

A mediação e conciliação são mecanismos utilizados no judiciário para tornar viável a solução de conflitos existentes entres dois ou mais litigantes, nota-se a efetividade desses métodos para a tentativa de um acordo viável para que, o processo se torne célere e não perpetue uma demanda no judiciário.

Além disso, os conflitos que não geram apenas danos jurídicos, mas também os psicológicos, sociológicos e filosóficos, afetando diretamente os litigantes de forma negativa podendo gerar danos sociais e fazendo com que isso se prolongue de maneira desgastante e incomoda para os mesmos.

“O judiciário visa buscar a harmonização da sociedade perante os conflitos existentes, de forma que essa harmonização seja um dos maiores objetivos, principalmente visando o desafogamento processual nos Tribunais. Porém, atualmente a jurisdição não tem conseguido suportar toda a demanda existente nos Tribunais, fazendo com que muitos processos se prolonguem e deixem inviável a celeridade dos processos, seja por números excessivos de ações diárias, sentenças ainda não prolatadas, precária estrutura física e até mesmo pelo número de servidores insuficientes para suportar todas as demandas (CNJ, 2016)”.

Esses novos métodos de solução de conflitos com o intuito de desobstruir o judiciário com as várias demandas de processos que se arrastam por anos e na maioria das vezes trazendo insatisfação para as partes.

No novo Código de Processo Civil, a mediação e a conciliação devem ser estimuladas pelos magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, para que as demandas possam ser finalizadas através das audiências propostas, ou seja, com o estímulo feito pelas partes interessadas o processo tem uma possibilidade muito maior de ser liquidado apenas com acordos e um diálogo amistoso onde ambas as partes saiam satisfeitas e assim não prolongue um processo no judiciário.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Vale ressaltar que, a adequação que os mecanismos podem proporcionar à solução da controvérsia, resultando, acima de tudo, na satisfação do jurisdicionado e na restauração da convivência social entre os envolvidos no conflito, tendo ainda como efeitos reflexos, entre outros, a diminuição dos recursos, a facilitação da execução, muitas vezes com adimplemento espontâneo, e execução imediata das medidas adotadas, além da possibilidade de diminuição de demandas judiciais com o advento de uma cultura de pacificação a ser fomentada na sociedade, atingindo empresas, o Estado e o cidadão.

CONCLUSÃO

Há a necessidade de valoração das formas alternativas de composição de conflitos,

pois, além de afastar o litígio do âmbito do Poder Judiciário, sobretudo a aproximação das partes, que buscam uma solução pacífica e eficiente para ambas as partes.

Já que no Brasil, o acesso ao direito e à justiça se torna cada vez mais difícil, seja por causa do formalismo, do alto custo processual e da lentidão do processo, trouxeram a necessidade de desenvolver meios mais simplificados e céleres capazes de influenciar na Justiça, nestes casos se destacam a mediação e a conciliação.

Diante do exposto, conclui-se que cabe a todos os operadores do direito incentivar a utilização destes meios, para que os litígios sejam resolvidos de forma rápida, fácil e segura.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015 institui o Código de Processo Civil. Brasília, 2015.

BARBOSA, Águida A., Prática Da Mediação: Ética Profissional. [2015?]. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/3.pdf>. acesso em 07/03/2023.

