

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

AD SUMUS

ISSN 2448-2099 | Vol. 3, nº 1. 2018.



**Adsumus:
Aqui
estamos...**

Para provocar,
inquietar,
promover, construir
e compartilhar
conhecimento
jurídico e científico,
contribuindo para
uma transformação
social possível.

DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

AD SUMUS

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

AD SUMMUS

ISSN 2448-2099 | Vol. 3, nº 1. 2018.



DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO TOCANTINS

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO TOCANTINS
ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões expressas nos artigos doutrinários publicados nesta Revista são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

FICHA CATALOGRÁFICA

R454 ADSUMUS. Revista Jurídica da Defensoria Pública do Estado do Tocantins / Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. - Vol. 1, n. 1. (maio 2016) -. Palmas-To: Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins 510 p. : il.

1 v. ; 15,5 x 23cm.

Semestral
ISSN 2448-2099

Editora Dr^a Patrícia Medina

1. Direito – Periódico. I. Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. II. Título.

CDU 340

Catálogo na fonte elaborada por Marcelo Werneck de Souza Saraiva – CRB 2/001554

Murilo da Costa Machado
Defensor Público-Geral

Estellamaris Postal
Subdefensora Pública-Geral

Irisneide Ferreira dos Santos Cruz
Corregedora-Geral

COMISSÃO DA REVISTA
Maria do Carmo Cota
Breno Santos Filardi
Euneide Alves de Oliveira Magalhães
Marcelo Werneck de Souza Saraiva

ORGANIZAÇÃO, INDEXAÇÃO E EDITORAÇÃO
Professora Doutora Patrícia Medina

CAPA E DIAGRAMAÇÃO
Projeto gráfico e diagramação: Vinícius de Sá
Foto: Loise Maira e Silva

CONTATO
Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins
(63) 3218-6776
e-mail: escolasuperior@defensoria.to.def.br

TIRAGEM
200 exemplares

CONSELHO DE POLÍTICA EDITORIAL

PRESIDENTE

Murilo da Costa Machado
Defensor Público-Geral

VICE-PRESIDENTE

Estellamaris Postal
Subdefensora Pública-Geral

Maria do Carmo Cota

Diretora Geral da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins (ESDEP)

Fabício Dias Braga de Sousa

Presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Tocantins (ADPETO)

EDITORA CIENTÍFICA

Professora Doutora Patrícia Medina

EDITORES ADJUNTOS

Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira
Professor Doutor Airton Cardoso Cançado

SECRETÁRIOS(AS) EXECUTIVOS(AS)

Aurilene Farias de Santana
Breno Santos Filardi
Euneide Alves de Oliveira Magalhães

REVISÃO

Maria Ângela Barbosa Lopes

NORMALIZAÇÃO DO PERIÓDICO

Marcelo Werneck de Souza Saraiva

CORPO EDITORIAL CIENTÍFICO

Adel El Tasse
Alexandre Bizzotto
Alexandre Sérgio da Rocha
Aloísio Alencar Bolwerk
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas
Angela Issa Haonat
Aury Lopes Junior
Arion Escorsin de Godoy
Cristiano Chaves de Farias
Daniela Carvalho Portugal
Ênio Walcácer de Oliveira Filho
Érika Mendes de Carvalho
Fredie Didier Júnior
Gisela Maria Bester
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Badaró
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira
Gustavo Henrique de Souza Vilela
Igor de Andrade Barbosa

Irla Honorato Oliveira
João Aparecido Bazzoli
João Rodrigues Portelinha da Silva
José Francisco Rezek
José Wilson Rodrigues de Melo
Jorge D Ambros
Juliano de Oliveira Leonel
Leonardo Carneiro da Cunha
Luciano Alves Rossato
Maíra Cardoso Zapater
Maria Auxiliadora Minahim
Maria Leonice da Silva Berezowski
Márcia Mesquita Vieira
Misael Montenegro Filho
Nayara Gallieta Borges
Nestor Eduardo Araruna Santiago
Paulo Fernando de Melo Martins
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira
Rodrigo da Cunha Pereira
Rolf Hanssen Madaleno
Tarsis Barreto Oliveira
Vladmir Oliveira da Silveira
Vinícius Pinheiro Marques

PARECERISTAS

Adel El Tasse
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas
Alexandre Sérgio da Rocha
Aloísio Alencar Bolwerk
Arion Escorsin de Godoy
Ênio Walcácer de Oliveira Filho
Fredie Didier Júnior
Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira
Gustavo Henrique de Souza Vilela
Igor de Andrade Barbosa
Irla Honorato Oliveira
Jorge D Ambros
José Wilson Rodrigues de Melo
João Aparecido Bazzoli
João Rodrigues Portelinha da Silva
Juliano de Oliveira Leonel
Maíra Cardoso Zapater
Maria Auxiliadora Minahim
Maria Leonice da Silva Berezowski
Nayara Gallieta Borges
Paulo Fernando de Melo Martins
Rivana Barreto Ricarte de Oliveira
Rodrigo da Cunha Pereira
Rolf Hanssen Madaleno
Tarsis Barreto Oliveira
Vinícius Pinheiro Marques

SUMÁRIO

EDITORIAL

Professora Doutora Patrícia Medina 12

ARTIGO DO CONVIDADO

OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Ana Carolina Souza Fernandes e Vladimir Oliveira da Silveira 16

ARTIGO DE REVISÃO

A DOR ALÉM DO PARTO: um panorama acerca da violência obstétrica sob a perspectiva dos direitos transindividuais das mulheres

Letícia Alves de Brito e Thais Amazilia Fraga Souza 48

ARTIGO DE REVISÃO

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA APC Nº 20150110703592 TJ/DF

Ewerton Vieira Monteiro 76

ARTIGO DE REVISÃO

APLICAÇÃO DA LEI PENAL, O ESTELIONATO INSTITUCIONALIZADO

Elydia Leda Barros Monteiro e Franciana Di Fátima Cardoso 106

ARTIGO DE REVISÃO

A VOCAÇÃO EMANCIPATÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA: para além da indispensável assistência

Isabella Faustino Alves 142

ARTIGO ORIGINAL

**AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TOCANTINS: um
olhar sobre o seu processo de implantação e aplicabilidade**

Luciana Rocha Aires da Silva e Valéria Lustosa de Alencar
..... 172

ARTIGO ORIGINAL

**CUMPRIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO
ESTADO DO TOCANTINS E SUAS VIOLAÇÕES AOS
DIREITOS HUMANOS**

Juliane Castro dos Santos
..... 208

ARTIGO DE REVISÃO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA: um novo olhar sobre a justiça
criminal**

Joselma Marreiro Spacassassi
..... 236

ARTIGO DE REVISÃO

**O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS PRISÕES
PREVENTIVAS NO ESTADO DO TOCANTINS**

Nádila de Moraes Balduino
..... 268

COMUNICAÇÃO BREVE

**OFICINAS DE FAMÍLIA NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO
EM DIREITOS: a interdisciplinaridade na Defensoria
Pública de Araguaína**

Fernanda Cristina da Silva Campêlo, Têssia Gomes Carneiro e
Vanessa Maria Lima Sales Ferreira
..... 302

ARTIGO DE REVISÃO

O GIRO LINGUÍSTICO NA ANÁLISE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: a superação do modelo médico pelo modelo social na jurisprudência dos tribunais superiores

Flávia Albaine Farias da Costa e

Jaime Leônidas Miranda Alves

..... 316

PARECER

O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: uma reflexão criminológica crítica

Mário Eduardo Bernardes Spexoto

..... 348

ARTIGO DE REVISÃO

O PREOCUPANTE PANORAMA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL: uma análise dos custos, seus reflexos e a imprescindível necessidade de mudanças

Matheus Gustavo de Sousa Teles

..... 386

ARTIGO DE REVISÃO

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva

Naira Aires Ribeiro

..... 418

COMUNICAÇÃO BREVE

PROJETO ZAP DEFENSORIA

Ilsa Vieira de Araújo Martins e Lara Gomides de Souza

..... 452

PARECER

**RESOLUÇÃO Nº 181, DE 2017, DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP): por
uma prática restaurativa que se adapte às prerrogativas da
defensoria pública**

Rodrigo Casimiro Reis 462

ARTIGO DE REVISÃO

**TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA ANTECEDENTE:
possibilidade de estabilização de seus efeitos e aplicação
subsidiária da técnica monitoria**

Ismael de Souza Lima 472

EDITORIAL

“Um homem só tem o direito de olhar um outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se.”

(Johnny Welch)

A Revista *Adsumus* chega à sua terceira edição concretizando mais uma vez os objetivos de promoção da atualização profissional e o aperfeiçoamento técnico dos membros e dos servidores da carreira sobre a área de atuação da Defensoria; a divulgação de estudos de caráter multidisciplinar para membros e servidores e também para o público externo, com vista a fomentar o intercâmbio de informações e experiências no domínio das matérias de interesse institucional.

Desde a primeira edição se pratica a meta assumida pelo Conselho de Política Editorial: a de proteger o caráter científico da Revista, que se concretiza pela cooperação com a participação direta de professores da Universidade Federal do Tocantins; qualificação dos membros que compõem o Conselho Editorial aliado ao sistema duplo cego por pares (*double blind peer review*) para a revisão dos artigos submetidos. Este sistema atribui imparcialidade e qualidade à seleção das publicações que são avaliadas de modo gracioso pelo corpo de pareceristas.

A partir dessa dinâmica, esta publicação totaliza 17 manuscritos, sendo 15 artigos selecionados por avaliação pelos pares. São eles: Aplicação da Lei Penal, o estelionato ins-

titucionalizado; Análise do Princípio da Cooperação na APC Nº 20150110703592 TJ/DF; Audiências de Custódia no Tocantins: um olhar sobre o seu processo de implantação e aplicabilidade; A Vocação Emancipatória da Defensoria Pública: para além da indispensável assistência; A dor além do parto: um panorama acerca da violência obstétrica sob a perspectiva dos direitos transindividuais das mulheres; Cumprimento da medida de segurança no estado do Tocantins e suas violações aos direitos humanos; Justiça Restaurativa: um novo olhar sobre a justiça criminal; O *Habeas Corpus* coletivo como instrumento de acesso à Justiça: uma reflexão criminológica crítica; O giro linguístico na análise da pessoa com deficiência: a superação do modelo médico pelo modelo social na jurisprudência dos Tribunais Superiores; O preocupante panorama da corrupção no Brasil: uma análise dos custos, seus reflexos e a imprescindível necessidade de mudança; O Direito Penal do inimigo e as prisões preventivas no estado do Tocantins; Princípio da afetividade: o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva; Tutela Provisória Satisfativa Antecedente: possibilidade de estabilização de seus efeitos e aplicação subsidiária da técnica monitoria. Também conta

com um artigo convidado: Os 70 Anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua Reconstrução Histórica.

A estes artigos juntam-se duas comunicações breves (*brief communications*) sobre Oficinas de família no âmbito da educação em direitos: a interdisciplinaridade na Defensoria Pública de Araguaína e o Projeto Zap Defensoria. E finaliza com um parecer: Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público – por uma prática restaurativa que se adapte às prerrogativas da Defensoria Pública.

Pela estreita proximidade com a finalidade do direito que é realizar a justiça, a Defensoria se conforma como ferramenta de democratização do processo, visto que é a representação instrumental de maior inserção democrática dos direitos, uma vez que não fala por si ou pela lei, mas pelos carentes de inclusão discursiva. Igualmente pela Revista *Adsumus* se aproxima com verdadeiro sentido da advocacia em um processo: *ad vocare* – levar a voz e ser a voz da dignidade ofendida.

Proveitosa leitura a todos.

Professora Doutora Patrícia Medina
Editora Científica da Revista *Adsumus*

OS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA

Ana Carolina Souza Fernandes ¹

Vladmir Oliveira da Silveira ²

RESUMO

Em 10 de dezembro de 2018, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”) completará 70 anos de vigência. Importante frisar que esta Declaração resulta de uma experiência que devastou a Europa após duas grandes guerras, tendo como origem a insurgência de regimes totalitários que cometeram as maiores atrocidades contra a humanidade ao aniquilar milhares de vidas inocentes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu – e ainda serve – como diretriz para que os chamados “direitos naturais” do indivíduo sejam

¹ Mestre em Direito com Ênfase em Relações Econômicas Internacionais, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito dos Contratos e Direito Societário (LLM), pela Instituição de Ensino e Pesquisa - INSPER. Especialista em Direito Civil, pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Graduada em Direito, pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Advogada. E-mail: carolina@aus.com.br.

² Professor Titular de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-Doutor, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor e Mestre em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) (2009-2013). Advogado. E-mail: vladmir@aus.com.br.

constantemente (re)afirmados. Todavia, o cenário geopolítico atual pende para a volta de um sentimento nacionalista, como se pode perceber em certos países europeus e nos Estados Unidos. Assim, o presente artigo pretende se debruçar nas seguintes problemáticas: essa busca incessante pela (re)afirmação é suficiente para se caminhar em direção a uma nova ordem mundial econômica, ética e/ou política mais justa? Estariam os Direitos Humanos em um horizonte inalcançável, em um espectro retórico, posto o atual cenário geopolítico mundial, em que grande parte dos indivíduos ainda permanece excluída? Para tanto, utilizou-se do método dedutivo de pesquisa e do levantamento bibliográfico e histórico como técnica de pesquisa, além das obras de Hannah Arendt e Celso Lafer como referenciais teóricos.

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos Humanos. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Dinamogenesis. Regimes Totalitários. Direito Constitucional. Estado Constitucional Cooperativo.

ABSTRACT

On December 10, 2018, the Universal Declaration of Human Rights (“UDHR”) will be 70 years old. It is important to emphasize that this Declaration is the result of an experience that devastated Europe after two major wars, resulting in the insurgency of totalitarian regimes that committed the greatest

atrocities against humanity by annihilating thousands of innocent lives. The Universal Declaration of Human Rights served – and still serves – as a guideline so that the so-called “natural rights” of the individual are constantly (re)affirmed. However, a nationalist feeling is again rising in the current geopolitical scenario, as it can be seen in certain European countries and also in the United States. Thus, this article intends to address the following problems: is this incessant search for (re)affirmation sufficient to move towards a new economic, ethical and/or more just political order? Would Human Rights be on an unreachable horizon, in a rhetorical spectrum, given the current global geopolitical scenario, in which most individuals still remain excluded? For that, the deductive method of research and the bibliographical and historical survey as research technique were used, besides the works of Hannah Arendt and Celso Lafer as theoretical references.

Keywords: Universal Declaration of Human Rights. International Human Rights Law. Dinamogenesis. Totalitarian Regimes. Constitutional Right. Institutional Cooperative State.

1 INTRODUÇÃO

Em 10 de dezembro deste ano, comemorar-se-ão os 70 anos da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“DUDH”) pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (“ONU”). Esta importante Declaração é

resultado de uma experiência desoladora decorrente de duas grandes guerras e, na tentativa de se evitar uma terceira, buscou-se uma pauta universal que visasse proteger e promover os chamados “direitos naturais”, entendendo-se, assim, como *conditio sine qua non* para a paz duradoura.

Pode-se afirmar que ao longo desses anos de vigência da Declaração Universal dos Direitos Humanos houve uma busca incessante por parte dos atores internacionais – Estados e Organizações Internacionais – pela (re)afirmação dos direitos que o referido documento propõe proteger, dentre eles, exemplificativamente, direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos. Não obstante, indaga-se: Essa busca incessante pela (re)afirmação é suficiente para se caminhar em direção a uma nova ordem mundial econômica, ética e/ou política mais justa? Estariam os Direitos Humanos em um horizonte inalcançável, em um espectro retórico, posto o atual cenário geopolítico mundial, em que grande parte dos indivíduos ainda permanece excluída?

Tais indagações são sobremaneira pertinentes, porque, próximo ao aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vê-se um crescente sentimento nacionalista retomando nos cenários europeu – especialmente em função da crise migratória impulsionando partidos considerados de extrema-direita – e norte-americano (com a aversão à migração de mexicanos e haitianos pelo atual governo Trump). E, no passado, esse sentimento nacionalista foi responsável pelo surgimento de regimes totalitários, tal como na Itália de Mussoli-

ni, na Alemanha de Hitler e na Rússia de Stálin. Assim, o ponto de partida para a proteção dos Direitos Humanos remonta de um passado sombrio, em que, notadamente durante a Segunda Guerra Mundial, as ações militares ultrapassaram os campos de batalha para encontrar guarida, até mesmo em campos de concentração.

Diante desse breve introito, o presente artigo buscará refletir acerca das problemáticas apresentadas, por meio da análise de alguns aspectos que entendemos pertinentes para sua elucidação. Em um primeiro momento, analisar-se-á como os regimes totalitários romperam drasticamente com o que então se entendia por Direitos Humanos. Por sua vez, na sequência, perquirir-se-á acerca da reconstrução histórica dos Direitos Humanos, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. E, por fim, questionar-se-á acerca das expectativas com relação aos Direitos Humanos à luz dos principais acontecimentos mundiais atuais.

Para tanto, utilizou-se do método dedutivo de pesquisa e do levantamento bibliográfico e histórico como técnica de pesquisa. Para fins deste artigo, utilizaram-se as obras de Hannah Arendt e Celso Lafer como referencial teórico.

2 O MOVIMENTO TOTALITÁRIO E A RUPTURA COM OS DIREITOS HUMANOS

A ideia central contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, de que “todos os seres humanos

nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (artigo 1º)³ não é inédita. A Declaração de Independência dos Estados Americanos (“DIEA”), bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“DDHC”), ambas do Século XVIII⁴, já preconizavam tal entendimento. Essa ideia pode parecer óbvia, por ser a liberdade e a igualdade algo que hoje se entende ser intrínseco ao ser humano e capaz de lhe dar a dignidade necessária para uma existência respeitosa, mas não é, e em um passado não muito longínquo também não foi.

Se tomarmos como exemplo que em plena vigência da Declaração de Independência dos Estados Americanos os escravos não eram titulares de direitos ou que na vigência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão as mulheres também não o eram e que o voto era censitário (excluindo-se, portanto, da participação na vida política as mulheres, os pobres e os analfabetos), ou até mesmo, mais tarde, com o movimento de “expansão imperialista”, isto é, de colonização e exploração pelos europeus de povos não europeus, percebe-se a existência de uma proteção material (diante da promulgação de diversos instrumentos internacionais e incorporação desses

³ DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 23 nov. 2018.

⁴ O que difere tais instrumentos jurídicos é o alcance dos sujeitos ali protegidos. Isto é, a Declaração Universal de Direitos Humanos tem um viés mais universal, tratando o indivíduo como detentor de direitos e deveres, independentemente de seu lugar de origem (diversificação dos sujeitos titulares de direitos).

instrumentos em diversos ordenamentos jurídicos domésticos), mas não real/formal de direitos.

Muito embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tenha sido promulgada no início da Revolução Francesa, cujo tripé de sustentação se baseou na tríade “liberdade, igualdade e fraternidade” e serviu de norte tanto para a doutrina da dinamogenesis dos Direitos Humanos quanto para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos,⁵ uma parcela significativa da população não tinha sequer seus direitos garantidos, dentre eles, as minorias e/ou os refugiados. Isso se intensifica ainda mais quando muitos indivíduos nem sequer eram considerados cidadãos (apátridas) e, portanto, sem direito a ter direitos.

Ao tratar dos eventos que culminaram com a Primeira Guerra Mundial, Hannah Arendt⁶ preconizou que

A Primeira Guerra Mundial foi uma explosão que dilacerou irremediavelmente a comunidade dos países europeus, como nenhuma outra guerra havia feito antes. A inflação destruiu toda a classe de pequenos proprietários a ponto de não lhes deixar esperança de recuperação, o que nenhuma crise financeira havia feito antes de modo tão radical. O desemprego, quando veio, atingiu proporções fabulosas, sem se limitar às classes trabalhadoras mas alcançan-

⁵ Nesse sentido, ver lições de: ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

do nações inteiras, com poucas exceções. As guerras civis que sobrevieram e se alastraram durante os vinte anos de paz agitada não foram apenas mais cruéis e mais sangrentas do que as anteriores: foram seguidas pela migração de compactos grupos humanos que, ao contrário dos seus predecessores mais felizes, não eram bem-vindos e não podiam ser assimilados em parte alguma. Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam seu Estado, tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos.

Essa assertiva simboliza o descompasso entre os instrumentos internacionais dos Direitos Humanos e a realidade fática daquele contexto específico europeu. A apatria consiste em uma situação jurídica na qual os indivíduos assim considerados – tal como as minorias e os refugiados – nem sequer eram considerados pelo arcabouço jurídico do Estado em que se encontravam. Assim, como lecionou Hannah Arendt, “sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los.”⁷ Assim, a afirmação de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” era sobremaneira retórica naquele momento.

Tal situação piora ainda mais com a ascensão de regimes totalitários e autoritários que se difundiram pela Europa

⁷ ARENDT, 2012. p. 369.

no Século XX, notadamente no entre guerras mundiais, em que “o limite do aceitável e do inaceitável transbordou devido a estes governos caracterizados principalmente pela ideologia, burocracia e pela ubiquidade do medo. Estes governos mediante as leis impostas descaracterizaram os valores consagrados da justiça e do Direito.”⁸

Nessa nova forma de governo, pequenos grupos de pessoas se organizam em um partido único suprimindo liberdades individuais e coletivas e inaugurando um regime de terror, medo e perseguição – ou extermínio – de opositores políticos, ou não. Eram constantes as vigilâncias do Partido sobre a vida cotidiana – pessoal e familiar – de seus cidadãos, sendo os seguintes os mais notórios: o Partido Nacional Fascista de Mussolini (Itália), o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães de Hitler (Alemanha) e o Partido Comunista de Stálin (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas).

Celso Lafer⁹ explica que totalitarismo “ao almejar a dominação total por meio do uso da ideologia e do emprego do terror para promover a ubiquidade do medo, fez do campo de concentração seu paradigma organizacional”, sendo considerado mais tarde, notadamente no famoso Julgamento de

⁸ DAGIOS, Magnus. Celso Lafer e a reconstrução dos direitos humanos de acordo com o pensamento de Hannah Arendt. **Intuição**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 80-98, jun. 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuicao/article/view/6925/5143>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁹ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, maio/ago. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Nuremberg, o responsável pelas maiores atrocidades e violações de Direitos Humanos de que se tem notícia na História da humanidade, porquanto inauguraram o “tudo é possível”, levando as “pessoas a serem tratadas, de jure e de facto, como supérfluas e descartáveis.” Como consequência, Celso Lafer¹⁰ extrai que:

Disso resultou o esfacelamento dos padrões e categorias que, com base na ideia de um Direito Natural, constituíam o conjunto da tradição ocidental, a qual havia historicamente feito da pessoa humana um ‘valor-fonte’ da experiência ética-jurídica. Disso adveio, também, conseqüentemente, o hiato entre o passado e o futuro. Esse hiato gera constantes perplexidades no presente, já que a tradição – inclusive a do pensamento jurídico – não nos oferece critérios para a ação futura, nem conceitos para o entendimento dos acontecimentos passados.

A Alemanha, por exemplo, inaugurou uma forma de governar, baseada em ideias antisemitas, restringindo direitos – senão eliminando-os completamente – de determinados povos (por exemplo, dos judeus e dos ciganos), porventura os considerando como não humanos, e indivíduos que não possuísem características “arianas”, sob o pretexto de que eram os responsáveis pela ruína econômica e social enfrentada pelos alemães à época (quando, na verdade, sabe-se que o Tratado de Versalhes impôs uma série de obrigações, mesmo financeiras, aos derrotados na Primeira Guerra Mundial, o que levou

¹⁰LAFER, 1997, p. 56.

a Alemanha ao estado de caos quando da ascensão de Hitler).

Era preciso, pois, um bode expiatório que justificasse a barbárie que estava por vir e que desconfiguraria por completo a ideia de valor e de dignidade do indivíduo. Tanto é assim que, em suas pregações ao povo alemão, Hitler bradava: “Quando esses demônios forem destruídos, a vossa miséria terá acabado.”¹¹ Bem verdade que a perseguição contra os judeus não se iniciou na Alemanha de Hitler,¹² mas foi ali que atingiu o seu auge, mormente a propaganda nazista ensinar que os judeus eram inimigos da Alemanha e justificando, portanto, o Holocausto¹³ como um mal necessário para sua retomada como

¹¹ JUDGEMENT AT nuremberg (1961): for love of country. [S. l.: s. n.], 1961. 1 vídeo (9 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HPIEl4ebB5Q&feature=youtu.be>. Acesso em: 23 nov. 2018.

¹² Esclarece Hannah Arendt que “O verdadeiro conteúdo da propaganda antissemita do pós-guerra [depois de 1918] não era monopólio dos nazistas nem particularmente novo e original. Mentiras acerca de uma conspiração judaica mundial haviam sido veiculadas desde o Caso Dreyfus, e baseavam-se na inter-relação e interdependência do povo judaico disseminado por todo o mundo. Mais antigas ainda são as noções exageradas do poder mundial dos judeus; encontramos-las em fins do século XVIII, quando a estreita relação entre os comerciantes judeus e os Estados-nações se tornou visível. A apresentação de ‘o judeu’ como a encarnação do mal é geralmente atribuída a vestígios e supersticiosas lembranças da Idade Média, mas na verdade tem íntima ligação com o papel mais recente e ambíguo que os judeus representaram na sociedade europeia depois da sua emancipação. Uma coisa era inegável: no período do pós-guerra, os judeus haviam se tornado mais proeminentes do que nunca.” ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

¹³ Há ainda hoje historiadores que negam sua existência, como é o caso do autor inglês David John Cawdell Irving. Em suas obras, referido autor fez diversos revisionismos históricos, sobretudo sobre a Segunda Guerra Mundial, na tentativa de convencer o público de que o extermínio em massa de judeus nunca existiu. Sua disputa judicial em um tribunal britâ-

potência econômica europeia. Justificavam-se as mortes pelo bem do Estado alemão, mergulhados em um sentimento de desgraça e indignidade. Nesse sentido, esse episódio lastimável da História é fundamental para se entender o conceito de banalidade do mal – ou a utilização da lei para fins perversos – e o processo de reconstrução dos Direitos Humanos.

3 A RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948)

Diante do contexto acima exposto, a ruptura dos Direitos Humanos ocorreu no momento em que foram negados aos judeus (e demais povos perseguidos pelo regime nazista) sua própria existência, sua dignidade, sendo tratados como seres não humanos, supérfluos e descartáveis. Para Carmelita Felício,¹⁴ este é o primeiro passo no processo de ruptura, isto é, a “destruição da pessoa jurídica do homem e de sua persona-

nico com uma historiadora americana de origem judaica, Deborah Esther Lipstadt, que refutou as teses de seu livro, virou filme (Negação). Ao final do julgamento, Irving foi severamente criticado e considerado racista e antisemita, perdendo sua credibilidade como historiador. BBC News. **Hitler historian loses libel case**. Disponível em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/709128.stm. Acesso em: 24 nov. 2018.

¹⁴FELÍCIO, Carmelita Brito de Freitas. **Direitos humanos ou o direito a ter direitos?: um diálogo com o pensamento político de Hannah Arendt**. 2000. 112 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia Política) - Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2000. Disponível em: https://pos.filosofia.ufg.br/up/115/o/Carmelita_Brito_de_Freitas_Fel%C3%ADcio.pdf?1492637621. Acesso em: 23 nov. 2018.

lidade legal e moral.” O segundo seria a “anulação da individualidade e da espontaneidade, de forma que seja eliminada a capacidade humana de iniciar algo novo.”

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão falhou enquanto mecanismo de defesa de direitos.¹⁵ A ausência de universalidade e a abstração dos Direitos Humanos, nessa ocasião histórica, beneficiaram o aparecimento de um Estado-Nação, também conhecido como Estado Nacional, vinculado ao conceito de soberania absoluta nacional, em que

de uma só vez, os mesmos direitos essenciais eram reivindicados como herança inalienável de todos os seres humanos e como herança específica de nações específicas; a mesma nação era declarada, de uma vez só, sujeita a leis que emanariam supostamente dos *Direitos dos Homens*, e soberana, isto é, independente de qualquer lei universal, nada reconhecendo como superior a si própria.¹⁶

As consequências desse paradoxo restaram claras nos anos que se seguiram. Primeiro, porque os Direitos Humanos

¹⁵ Hannah Arendt leciona que “Não precisamos insistir nas dificuldades inerentes ao próprio conceito de direitos humanos, nem na lamentável ineficácia de todas as declarações, proclamações ou enumerações de direitos humanos que não foram imediatamente incorporados à lei positiva, à lei local, e aplicadas a todos os que lá viviam. O problema com esses direitos sempre foi que eles não podiam ser mais do que direitos dos nacionais, e que só eram invocados, como último recurso, por aqueles que haviam perdido seus direitos normais de cidadão.” ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Tradução Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Perspectiva, 1988.

¹⁶ ARENDT, 1988, p. 143.

passaram a ser entendidos sob a forma de direitos dos indivíduos circunscritos em determinado território. O poder soberano do Estado-Nação não reconhecia qualquer outro poder como superior ao seu próprio e, portanto, não havia de se falar em subserviência a qualquer outro ordenamento jurídico, até mesmo internacional.¹⁷ Nesse sentido, esclarecem Ana Carolina Souza Fernandes e Vladmir Oliveira da Silveira¹⁸ que,

Por suas próprias características e elementos constitutivos (povo, território e soberania), de acordo com a teoria clássica do Estado-Nação, bem como a natureza do sistema internacional, os Estados são exemplos de sujeitos originários de direito internacional público por excelência, como decorrência do princípio da igualdade soberana. Este princípio, surgido no Tratado da Paz de Vestefália e consolidado no Concerto Europeu, não mais é do que reconhecer a horizontalidade das relações estatais, na qual cada Estado-Nação, dentro da perspectiva da Teoria Geral do Estado, goza de determinados direitos intrínsecos à soberania.

¹⁷ Talvez seja por essa razão que muitos dos instrumentos internacionais promulgados posteriormente sob o auspício da ONU mencionavam que um Estado não poderia alegar razões de direito doméstico para descumprir tratados internacionais. Nesse sentido, ver artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” BRASIL. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 23 nov. 2018.

¹⁸ FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. Sujeitos de direito internacional público: um processo evolutivo de reconhecimento. **Revista Direito e Paz**, v. 1. n. 38, p. 134-153, 2018, Disponível em: <http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/892/400/>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Segundo, porque afastou a ideia de que os Direitos Humanos protegem o gênero humano como um todo, isto é, a diversidade e a pluralidade humanas, mas tão somente alguns indivíduos ligados a determinado Estado-Nação. Essa circunstância propiciou a utilização da teoria dos Direitos Humanos de forma equivocada pelos regimes totalitários e, principalmente, para justificar o extermínio dos “não cidadãos” alemães.

De fato, estabeleceu-se uma relação de subordinação entre os direitos humanos e a soberania, a ponto de tais direitos serem usufruídos

pelos nacionais de determinado Estado soberano, sendo tais direitos negados, integral ou parcialmente, aos que não possuem a nacionalidade ou a cidadania do Estado soberano no qual se encontrem. A restrição dos direitos humanos aos nacionais de um Estado soberano conduz ao falso pressuposto de uma homogeneidade do seu povo.¹⁹

Não por outra razão, essa subordinação propiciou outra contradição, ou seja, não obstante estar incumbido de assegurar a proteção e a eficácia dos Direitos Humanos, o Estado-Nação foi – e ainda é – o maior violador dos Direitos Humanos de todos os tempos.

E terceiro, e como consequência das razões anteriores,

¹⁹ DANTAS, João Marcelo B. R. Ruptura e reconstrução dos direitos humanos em Hannah Arendt. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5671, 10 jan. 2019. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67883>. Acesso em: 23 nov. 2018.

porque aos refugiados, aos apátridas e às minorias (igualmente chamados de *displaced people*), lhes foram privados todos os tipos de direitos e, em especial, o direito à cidadania; portanto, não estavam abrangidos pelos benefícios do princípio da legalidade, em que todos são iguais em dignidade e direitos. A esse respeito, Celso Lafer²⁰ leciona que

A experiência histórica dos *displaced people* levou Hannah Arendt a concluir que “a cidadania é o direito a ter direitos”, pois a igualdade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – “o direito de pertencer a uma comunidade política” – que permite a construção de um mundo comum por meio do processo de asserção dos Direitos Humanos.

Esses três aspectos acima apontados – entende-se – caracterizam a ruptura dos Direitos Humanos, a qual, *a priori*, foi sendo reconstruída a partir da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹ pela Assembleia Geral da

²⁰ LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, maio/ago. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

²¹ Da mesma forma que a DDHC, a DUDH sofreu críticas. Assim dispõe Carmelita Brito de Freitas Felício: “Os princípios da igualdade, da liberdade e da fraternidade, que formam a base doutrinária desses direitos, permanecem abstratos e as dificuldades empíricas de aplicação prática dos direitos humanos podem ser atestadas à luz da lamentável ineficácia das declarações que, na história recente da civilização ocidental, proclamaram, reconheceram, mas não se transformaram em instrumento efetivo de proteção dos direitos humanos e essa é a realidade em que vivemos há dois

Organização das Nações Unidas. Surge em um contexto de não violência e num ambiente propício à concretização do primado da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), sobretudo depois do longo período de guerras e atrocidades cometidas contra indivíduos específicos, sem contar com as desgastadas estruturas políticas e sociais europeias.

A Organização das Nações Unidas, portanto, passou a ter grande relevância no cenário internacional,²² quebrando um paradigma no que se refere à proteção de direitos, que outrora se limitava às fronteiras nacionais. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos inseriu os Direitos Humanos num contexto global, direitos estes decorrentes de legítimas e verdadeiras conquistas da sociedade civil (e não como concessão dos detentores do Poder) após longos tempos de resistência em seu reconhecimento.

Aliado a este fato, tem-se, mais adiante, o término da Guerra Fria pondo fim a uma dualidade política (capitalismo

séculos.” FELÍCIO, Carmelita Brito de Freitas. **Direitos humanos ou o direito a ter direitos?**: um diálogo com o pensamento político de Hannah Arendt. 2000. 112 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia Política) - Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2000. Disponível em: https://pos.filosofia.ufg.br/up/115/o/Carmelita_Brito_de_Freitas_Fel%C3%ADcio.pdf?1492637621. Acesso em: 23 nov. 2018.

²² Principalmente a partir do momento em que se reconheceu que as organizações internacionais também eram sujeitos de Direito Internacional Público. Como consequência desse reconhecimento, surgiu o conceito de soberania compartilhada, o que significa uma “desnacionalização” do Estado. Um exemplo bastante notório de soberania compartilhada foi o processo de integração de alguns países europeus constituindo o que hoje conhecemos por União Europeia.

versus socialismo) com a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, dando “vazão à possibilidade de um maior diálogo entre a sociedade internacional sobre temas relevantes (como, por exemplo, proteção dos direitos humanos); por outro, contestou o conceito de soberania estatal, com vistas a propor um modelo cuja solidariedade entre os Estados se sobrepusesse aos interesses individuais dos mesmos.”²³

Eis que surge a Teoria da Democracia, a qual coloca o indivíduo acima do Estado, e este “só se justifica se estiver a serviço da dignidade da pessoa humana,”²⁴ entendida esta como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste 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 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 dos demais seres humanos.²⁵

²³ FERNANDES; SILVEIRA, 2016, p. 73-93.

²⁴ MALISKA, Marcos Augusto. A Cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. desafios ao estado constitucional cooperativo. *In*: CONGRESSO DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais** [...].Belo Horizonte: UFMG, 2015. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

Referida Teoria deu a exata importância aos Direitos Humanos e revolucionou na questão da cidadania, uma vez que alargou o seu conceito – deixando para trás a ideia de súdito e soberano – para uma perspectiva difusa e universal, elevando o indivíduo a um *status* de “cidadão do mundo”, merecedor de tutela em todas as esferas (doméstica, regional e internacional porque, refrisa-se, “não se pode mais admitir que os direitos humanos se circunscrevam tão somente aos nacionais de um determinado Estado, ainda mais sendo ele o principal, senão o maior, violador dos direitos humanos, incapaz, portanto, de preservar a dignidade de seus próprios cidadãos.”²⁶

Todavia, na prática, a noção de cidadania mundial pregada por Hannah Arendt está longe de ser um fato. Mais parece estar no campo da retórica, na subcategoria de “promessas não cumpridas”. Isso porque não obstante diversos países ratificarem tratados internacionais voltados à proteção dos seres humanos, se necessário, eles são os primeiros a descumprir o conteúdo desses documentos internacionais. Assim, uma característica desse direito é o seu caráter utópico, não em sua aceção comum, como algo impossível ou, nesse caso, que não se cumpre; mas como algo desejável e que se constitui dia a dia.²⁷

²⁶ FERNANDES; SILVEIRA, 2016, op cit., p. 73-93.

²⁷ Já dizia o autor uruguaio Eduardo Hughes Galeano: “A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.”

3 OS DIREITOS HUMANOS NA ATUALIDADE

O presente artigo não tem o objetivo de refutar a reconstrução histórica dos Direitos Humanos com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos; mas, pelo contrário, reafirmar a sua importância para que os seres humanos possam viver em harmonia na diversidade e ter sua dignidade assegurada. No atual estágio de (re)afirmação dos Direitos Humanos vale os dizeres de Norberto Bobbio de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los.”²⁸

Todavia, para que haja essa proteção do gênero humano e a concretização de seus “direitos naturais”, não se pode fechar os olhos para o que acontece ao nosso redor, principalmente com as reiteradas crises migratórias que ainda persistem em acontecer não só na Europa – como também na América – e dos eventos extremistas que ali também se concentram, sob pena de omissão que pode contribuir para a ocorrência de novas barbáries, tal como outrora. Como seres humanos e pensantes, é deveras importante um olhar clínico e crítico para apontar eventuais falhas ao longo desse constante processo de (re)afirmação dos Direitos Humanos.

É verdade que as crises migratórias em nada se comparam ao Holocausto – salvo os grandes deslocamentos que ali ocorreram –, mas desafiam a concretização dos pilares da Re-

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

volução Francesa e corroboram a ideia de exclusão (ao invés de convergir para a noção de “cidadão do mundo”). É o que a pós-modernidade reserva para os Direitos Humanos solucionar. De acordo com a própria Organização das Nações Unidas, até junho deste ano o número de deslocados sírios para a Europa atingiu um recorde de 68,5 milhões de indivíduos.²⁹ Ainda, de acordo com a própria Organização das Nações Unidas, 2,3 milhões de venezuelanos já deixaram seu país de origem, tendo o Brasil como destino para 2% deles.³⁰ Só para citar exemplos mais recentes.

Ana Carolina Souza Fernandes e Vladimir Oliveira da Silveira,³¹ a despeito da crise migratória que ainda enfrenta a União Europeia, dispuseram:

Fato é que a União Europeia não tem conseguido absorver de maneira satisfatória a quantidade de refugiados e, em contramão ao Acordo de Schengen e do Estado Constitucional Cooperativo que eles próprios tornaram realidade,

²⁹ CAZARRÉ, Marieta. Número de refugiados bate novo recorde e atinge 68,5 milhões. **EBC Agência Brasil**, 19 jun. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-06/numero-de-refugiados-bate-novo-recorde-e-atinge-685-milhoes>. Acesso em: 25 nov. 2018.

³⁰ PASSARINHO, Nathalia. Brasil recebe apenas 2% dos 2,3 milhões de Venezuelanos expulsos pela crise. **BBC News Brasil**, 21 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45251779>. Acesso em: 23 nov. 2018.

³¹ FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A Crise de refugiados na união europeia e a proteção dos direitos humanos sob a perspectiva do estado constitucional cooperativo. In: IENSUE, Geziela; CARVALHO, Luciani Coimbra de (org.). *Migração, direitos humanos e cooperação jurídica internacional*. No prelo, 2016

passaram a controlar suas fronteiras. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a França e Áustria que fecharam suas fronteiras com a Itália, impedindo pessoas de entrar nesses territórios caso não estivessem portando documentos de identidade. Em resumo, a União Europeia encontrava-se (e ainda se encontra) envolta em um caos migratório, com dificuldades de lidar com os refugiados e, concomitantemente tinha que encontrar soluções para a Grécia, que, além de enfrentar uma grave crise econômica, ainda sofria com a chegada incessante de refugiados.

Mister mencionar ainda que pouco tempo atrás a Polônia, a Hungria e a República Tcheca foram punidas pela Comissão Europeia por se recusarem a cumprir o acordo da União Europeia sobre a partilha (recolocação e reinstalação) de refugiados sírios, argumentando que políticas de segurança pública são de competência doméstica, e não do bloco. Note-se que tal afirmação é fundada na teoria da soberania absoluta em total contramão à teoria da soberania compartilhada trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. E pior, contra os valores de solidariedade e cooperação que viabilizam a própria União Europeia. Vale dizer que todos esses países são governados por ultranacionalistas, que insistem em políticas anti-imigração.

A crise migratória e a falta de uma solução viável e inclusiva para essas *displaced persons* fez ressurgir sentimentos nacionalistas e discursos de intolerância misturados a uma aversão ao multiculturalismo, tal como na Alemanha de Hitler.

Vejam as razões do ataque terrorista na Noruega em 2011.³² Ou senão, o crescente movimento dos “supremacistas brancos” na Suécia,³³ com o objetivo, dentre outros, de preservação de sua identidade. Enfim, os exemplos vêm aumentando e é preciso encarar que essas situações são reais e podem ameaçar todo o esforço construído até aqui pela sociedade internacional em garantir a paz e a proteção dos Direitos Humanos.

Do ponto de vista antropológico, Claude Lévi-Strauss³⁴ analisou a ausência da pluralidade cultural nas sociedades da seguinte forma:

A diversidade das culturas é de fato no presente, e também de direito no passado, muito maior e mais rica que tudo o que estamos destinados a dela conhecer. [...]. Pensar a pluralidade implica o reconhecimento de que a vida da humanidade não se desenrola sob o regime de uma uniforme monotonia. [...]. Nenhuma fração da humanidade dispõe de fórmulas aplicáveis ao conjunto e uma humanidade confundida num gênero de vida único é inconcebível; esta seria uma humanidade petrificada.

Desse modo, é importante aqui destacar que o conti-

³² Um bom exemplo para ilustrar esse ponto de vista é o documentário chamado “22 de julho” e que conta a história de um jovem extremista norueguês que não só explodiu um prédio oficial do governo em Oslo, como matou 68 jovens em um acampamento na ilha de Utoya, também na Noruega. O documentário retrata uma nova forma de extremismo e os perigos advindos dos discursos de ódio.

³³ Em contraposição ao movimento migratório africano ao País, a quem os suecos responsabilizam pela alta da criminalidade.

³⁴ LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: **Os pensadores**. Tradução Inácia Canelas. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 45-87.

nente europeu e outras regiões poderão em breve reabrir a caixa de pandora, libertando novamente o mal (no caso, extremismos e radicalismos) que, por anos, a sociedade internacional tenta evitar por meio de cooperação e movimentos solidários. Os governos socialdemocratas europeus enfrentam uma crise de legitimidade sem precedentes porquanto não conseguem cumprir as suas promessas de garantia de igualdade e a proteção dos mais vulneráveis, notadamente os refugiados.³⁵

Nesse sentido, convém ter em mente que a simples formalidade de estabelecer em constituições e leis ordinárias a limitação do poder do Estado, embora importante, não assegura por si só o resguardo e a constante observância dos Direitos Humanos. É preciso, pois, que os Direitos Humanos saiam de uma concepção teórica abstrata para o campo das ações concretas e efetivas, capazes de desenvolver uma estrutura que dê concretude aos Direitos Humanos proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em instrumentos jurídicos internacionais subsequentes.³⁶

³⁵ Em 2017, entrou em vigor no Brasil uma nova Lei de Migração (Lei n. 13.445), revogando o ultrapassado Estatuto do Estrangeiro, promulgado durante o Regime Militar e pautados por interesses nacionais de segurança. Por outro lado, essa nova lei é um marco na política migratória brasileira por estar compatível com os mais importantes instrumentos internacionais sobre os Direitos Humanos. Não obstante, somente o tempo nos dirá se a referida legislação é mais um instrumento formal ou se efetivamente terá o condão de concretizar os direitos humanos dos migrantes no nosso país.

³⁶ Nesse sentido, vale a pena ver o Projeto Estou Refugiado, movimento que nasceu da convicção de que a questão dos refugiados está envolta em uma densa nuvem de desinformação e preconceito. ESTOU refugiado. Máquina de CVs: você acredita em destino? São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 23 nov. 2018.

4 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi além de estabelecer as premissas dos Direitos Humanos – que na doutrina pátria já é abundante. Buscou-se confrontar de forma objetiva aspectos fáticos e concretos que culminaram com a ruptura dos Direitos Humanos e sua posterior reconstrução histórica para, ao final, analisar a situação dos Direitos Humanos ante o atual cenário geopolítico mundial.

Neste desafio, percebeu-se que os instrumentos jurídicos internacionais que precederam a Declaração Universal dos Direitos Humanos falharam sobremaneira na proteção dos direitos do ser humano, porquanto certas categorias de indivíduos nem sequer eram consideradas titulares de direitos. A concepção de que os homens eram livres e iguais em dignidade e direitos consistia em mera retórica diante da realidade estabelecida naquele momento.

O fim da Primeira Guerra Mundial e o mau desempenho econômico de alguns países europeus contribuiu para o surgimento de regimes totalitários e nacionalistas pautados na ideia de soberania absoluta e, como consequência, crescentes foram os indivíduos considerados *displaced*, que não tinham um lugar no mundo nem um ordenamento jurídico que os protegesse. Era dizer que tais indivíduos nem sequer existiam, porquanto não inseridos no trinômio Estado-Povo-Território. Se não existiam, não possuíam valor. Se não possuíam valor, tornavam-se supérfluos e descartáveis, e não de outra forma

foram tratados nos campos de concentração alemães, o que acabou se tornando o maior caso de crime contra a Humanidade da História.

Com a substituição da Liga das Nações pela Organização das Nações Unidas e notadamente com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, iniciou-se um movimento de (re)afirmação dos Direitos Humanos, porque se passou a tratá-los numa plataforma universal e que pressupunha a delimitação da soberania estatal, porquanto surgem as organizações internacionais que passam a “complementar” o Estado também como sujeito de Direito Internacional Público.

Assim, quebram-se os seguintes paradigmas: (i) de que a proteção de direitos estava restrita às fronteiras nacionais de um país; e (ii) que o Estado por si só poderia garantir a observância desses direitos à sua própria população. A sociedade internacional chamou para si a responsabilidade de construir um modelo em que a solidariedade e a cooperação eram a força motriz do sistema e que os interesses individuais se sobrepusessem à dos Estados, porque somente assim se poderia alcançar a dignidade plena dos indivíduos (Teoria da Democracia).

Todavia, no cenário desafiante atual essa mesma sociedade internacional poderá retroceder e não conduzir corretamente esse processo de re(afirmação) do Direitos Humanos, se considerarmos o que vem ocorrendo na América e, em maior grau, na Europa, “permitindo” o reaparecimento de sentimentos de ódio e antissemitismo que outrora serviram de justificativa para atos cruéis de extermínio. Assim, a atuação dos Es-

tados e das Organizações Internacionais imprescinde de uma maior altivez para construir uma ordem mundial mais justa e compatível com preceitos dos Direitos Humanos que construíram ao longo da história, em especial nos últimos 70 anos.

A História é cíclica e tende a se repetir. Mas não é preciso que tenhamos de percorrer caminhos mais difíceis e de retrocessos para ter de (re)afirmar de modo contínuo a importância de efetivamente concretizar os Direitos Humanos. No eminente aniversário de 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem-se o desafio de olhar criticamente para nossos atos e omissões. Mais que tudo, deve-se buscar inspiração nos valores consagrados e na memória da História.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Paula Martins; COSTA, Luiz Rosado. A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à Nova Lei de Migração. **Justiça do Direito**, v. 31, n. 2, p. 208-228, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/7147/4340>. Acesso em: 19 dez. 2018.

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Tradução Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Perspectiva, 1988.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BBC News. **Hitler historian loses libel case**. Disponível em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/709128.stm. Acesso em: 24 nov. 2018.

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

BRASIL. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Brasília, DF: Presidência da Republica, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

CAZARRÉ, Marieta. Número de refugiados bate novo recorde e atinge 68,5 milhões. **EBC Agencia Brasil**, 19 jun. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2018-06/numero-de-refugiados-bate-novo-recorde-e-atinge-685-milhoes>. Acesso em: 25 nov. 2018.

DAGIOS, Magnus. Celso Lafer e a reconstrução dos direitos humanos de acordo com o pensamento de Hannah Arendt. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 3. n. 1, p. 80-98, jun. 2010. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/6925/5143>. Acesso em: 25 nov. 2018.

DANTAS, João Marcelo B. R. Ruptura e reconstrução dos direitos humanos em Hannah Arendt. **Revista Jus**

Navigandi, Teresina, ano 24, n. 5671, 10 jan. 2019. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67883>. Acesso em: 23 nov. 2018.

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 23 nov. 2018.

ESTOU refugiado. Máquina de CVs: você acredita em destino? São Paulo, 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 23 nov. 2018.

FELÍCIO, Carmelita Brito de Freitas. **Direitos humanos ou o direito a ter direitos?**: um diálogo com o pensamento político de Hannah Arendt. 2000. 112 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia Política) - Faculdade de Ciências Humanas e Filosofia, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2000. Disponível em: https://pos.filosofia.ufg.br/up/115/o/Carmelita_Brito_de_Freitas_Fel%C3%ADcio.pdf?1492637621. Acesso em: 23 nov. 2018.

FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. complementariedade de jurisdição e proteção aos direitos humanos sob a perspectiva da teoria tridimensional da cidadania: o caso Pfizer vs. Abdullahi. *In*: BENACCHIO, Marcelo (coord.). **A Sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016. p. 73-93.

FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da Sujeitos de direito internacional público: um processo evolutivo de reconhecimento. **Revista Direito e Paz**, v. 1. n. 38, p. 134-153, 2018. Disponível em: <http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/892/400/>. Acesso em: 23 nov. 2018.

JUDGEMENT AT nuremberg (1961): for love of country. [S. l.: s. n.], 1961. 1 vídeo (9 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=HPIEl4ebB5Q&feature=youtu.be>. Acesso em: 23 nov. 2018.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 11, n. 30, maio/ago. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2018.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. *In: Os pensadores*. Tradução Inácia Canelas. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 45-87.

MALISKA, Marcos Augusto. A Cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. desafios ao estado constitucional cooperativo. *In: CONGRESSO DO CONPEDI*, 24., 2015, Belo Horizonte, **Anais [...]**. Belo Horizonte: UFMG, 2015. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acesso em: 23 nov. 2018.

PASSARINHO, Nathalia. Brasil recebe apenas 2% dos 2,3 milhões de Venezuelanos expulsos pela crise. **BBC News Brasil**, 21 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45251779>. Acesso em: 23 nov. 2018.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O Direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

A DOR ALÉM DO PARTO: um panorama acerca da violência obstétrica sob a perspectiva dos direitos transindividuais das mulheres

Letícia Alves de Brito¹

Thaís Amazilia Fraga Souza²

RESUMO

O presente artigo visa trazer à tona reflexões acerca da violência obstétrica, expondo suas vertentes, as medidas a serem adotadas para a responsabilização dos profissionais e estabelecimentos de saúde, os meios para a efetiva reparação dos danos morais, materiais ou estéticos sofridos, bem como apresentar a realidade da violência obstétrica no estado do Tocantins. A partir da exposição da problemática, objetiva-se conscientizar mulheres, operadores do Direito e profissionais da saúde acerca dos direitos das gestantes, antes, durante e após o parto. Para a elaboração da pesquisa foi empregado o método indutivo por meio de técnicas de pesquisas bibliográficas, como páginas *webs*, artigos científicos, monografias, dissertações e livros, além de normas, jurisprudências e acórdãos.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário (UNIRG). Assistente Administrativo da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, lotada na Regional de Gurupi-TO. E-mail: leticiabrsdpi@gmail.com.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário (UNIRG). Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, lotada na Regional de Gurupi-TO. E-mail: thaisamazilia123@gmail.com.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Gestantes. Conscientização. Parto Humanizado.

ABSTRACT

This article aims to bring up reflections about obstetric violence, exposing its aspects, the measures to be adopted for the accountability of health professionals and establishments, the means to effectively repair the moral, material or aesthetic damages suffered, as well as to present the reality of obstetric violence in the state of Tocantins. From the exposition of the problem, the objective is to educate women, legal practitioners and health professionals about the rights of pregnant women before, during and after childbirth. For the elaboration of the research the inductive method was employed through bibliographic research techniques, such as web pages, scientific applied by means of dissertations and books, besides norms, jurisprudence and judgments.

Keywords: Obstetric Violence. Pregnant Women. Awareness. Humanized Birth.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo possui como objetivo expor a realidade da assistência obstétrica brasileira, que se encontra bastante frag-

mentada e desarticulada pelas práticas de violência. A abordagem crítica sobre atenção ao parto proporciona discussões polêmicas e alarmistas, conseqüentemente promove a reiteração do combate à violência contra a mulher e reafirma a necessidade de transformação e aprimoramento da assistência obstétrica em nosso País.

A metodologia empregada consiste no método indutivo; para tanto, utilizou-se de pesquisas bibliográficas, como páginas *webs*, artigos científicos, monografias, dissertações, livros, além de normas, jurisprudências e acórdãos.

A pesquisa mostra-se de relevante importância, pois têm sido observadas diversas falhas do Poder Público por seus órgãos de saúde e de seus profissionais no atendimento e auxílio às gestantes. Vale ressaltar que estas falhas não se restringem apenas aos entes públicos, pois estabelecimentos da rede privada e seus respectivos profissionais também violam os direitos das parturientes.

Diante desse cenário, o presente trabalho busca ainda esclarecer as vertentes da violência obstétrica aos operadores do Direito, profissionais da saúde e principalmente às mulheres, a fim de muni-los de conhecimentos acerca de tal problemática, tendo como resultado a denúncia dos órgãos e profissionais causadores de tais condutas.

2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Embora não possua legislação que a tipifique, a vio-

lência obstétrica é considerada uma violência à mulher, sendo conceituada como qualquer conduta, ato ou omissão por profissional de saúde, que direta ou indiretamente leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres, e se expressa em tratamento desumano, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida das mulheres (VENEZUELA, 1999).

O período gestacional exige uma assistência segura, qualificada e humanizada dos profissionais e serviços de saúde; no entanto, tal realidade encontra-se distante de ser alcançada, visto a presença obscura da violência. Nesse panorama, segundo o estudo “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”, realizado em 2010 pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Serviço Social do Comércio (SESC), uma em cada quatro mulheres brasileiras já sofreram algum tipo de violência obstétrica durante consultas pré-natais ou no parto. Entre as diversas agressões destacam-se repressões, humilhações, recusa de alívio da dor, realização de exames dolorosos e contraindicados, xingamentos e discriminação à classe social ou cor da pele (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2010).

Segundo Diniz e D’Oliveira (1998), a assistência desrespeitosa e insegura ao nascimento supera o descumprimento de normatização e legislações vigentes, pois configura violência de gênero e violação aos direitos humanos, principalmente

quando as vítimas são mulheres em situações adicionais de vulnerabilidade e discriminação.

A violência obstétrica pode ser exercida por profissionais da saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como por civis. A violência é manifestada em várias formas, tendo como elementos caracterizadores agressões físicas, psicológicas, institucionais, sexuais, materiais e midiáticas.

A violência física consiste em condutas abusivas que afetam o corpo da mulher; tais ações são totalmente contrárias às evidências científicas e ocasionam dores e danos físicos de grau leve a intenso. Como exemplo, a mutilação genital, a tricotomia (raspagem dos pelos), a abstenção do uso da anestesia quando tecnicamente indicada e solicitada pela gestante, os exames de toques desnecessários e/ou realizados por diferentes pessoas; a ruptura artificial da bolsa sem o consentimento da mulher, a episiotomia desnecessária (corte no períneo), a imposição de cesárias sem indicação clínica, entre outros.

No tocante à violência psicológica, entende-se que esta ocorre por meio de atos verbais ou comportamentais que proporcionam à mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, medo, diminuição da autoestima, insegurança ou instabilidade emocional.

Tais condutas revelam outro tipo de violência obstétrica, a institucional, configurada por atos ou sistematizações que impossibilitam o acesso à assistência dos profissionais e serviços de saúde, sejam de caráter público ou privado. Citam-

se como exemplos a falta de vagas em maternidades, a omissão de encaminhamento adequado para outras instituições de saúde, a violação do direito ao acompanhante escolhido pela gestante, a proibição da assistência das doulas no acompanhamento do pré-parto, parto e puerpério, dentre outras situações.

A respeito da violência sexual, compreende-se que esta é toda conduta que viole a intimidade ou pudor da mulher acerca da sua integridade sexual e reprodutiva, tendo contato, ou não, com os órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo, como exemplo os contatos físicos por meio de exames repetitivos, sem esclarecimentos e consentimentos, como os de toque dos mamilos e da vagina.

Por fim, importante mencionar as violências midiáticas e materiais, estas conceituadas como a obtenção abusiva de recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, como exemplo as cobranças indevidas por profissionais e planos e saúde. Já a violência midiática é caracterizada pelo uso dos meios de comunicação para apologia de práticas cientificamente contraindicadas, como a imposição de cirurgia cesariana sem indicação clínica, a ridicularização do parto normal, incentivo ao desmame precoce etc.

3 DIREITOS DAS PARTURIENTES

Diante dessa situação de desrespeito e violação, iniciou-se uma corrente de combate à violência obstétrica no Brasil. Nesse panorama, as evoluções dos direitos sexuais e

reprodutivos da mulher trouxeram direitos e individualidades amparados por leis que dão ênfase à participação ativa, ao empoderamento feminino e ao protagonismo da gestante no decorrer do parto, bem como conscientização dos direitos das mulheres durante a gestação, parto e pós-parto.

3.1 DIREITO AO ACOMPANHANTE

O direito ao acompanhante, declarado na Lei nº 11.108, de 2005, RDC nº 38, de 2008, da Anvisa e do Estatuto da Criança e do Adolescente (no caso de adolescente grávida), assegura à parturiente o direito de escolher um acompanhante para estar presente durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

O Ministério da Saúde, ao editar a Portaria nº 2.418, de 2005, conceituou o período pós-parto imediato como aquele compreendido nos dez dias após o nascimento da criança, e permitiu a cobrança dos custos tidos com o acompanhante de acordo com a tabela do SUS ou pelo gestor das maternidades privadas (BRASIL, 2005a). Em contradição com tal Portaria, a Resolução Normativa nº 387, de 2015, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), julga ilícita a cobrança de despesas do acompanhante para planos de saúde que contemplem o atendimento hospitalar obstétrico. Tais contradições vêm sendo alvo de discussões institucionais, administrativas e jurídicas.

Embora esteja em vigência há exatamente treze anos,

o direito ao acompanhante encontra-se numa posição de extremo desrespeito pelas instituições, tal violação configura nitidamente a violência obstétrica de caráter institucional, que, apesar de ter grande incidência, enfrenta grandes dificuldades para a sua condenação.

3.2 DIREITO ÀS DOULAS

As doulas atuam durante os momentos que antecedem a chegada do bebê, amenizando a tensão do pré-parto e proporcionando à parturiente conforto físico e emocional por meio de conversas, massagens e técnicas de respiração.

De acordo com o estudo publicado por Marshall H. Klaus, Jonh H. Kennel e Phyllis H. Klaus (1993), a presença de doulas no trabalho de parto apresenta redução de 50% nos índices de cesárias; 25% na duração do trabalho de parto; 60% nos pedidos de analgesia peridural; 30% no uso de analgesia peridural; 40% no uso de ocitocina; e 40% no uso de fórceps. Para a Organização Mundial da Saúde, o apoio físico e empático contínuo, oferecido por uma única pessoa durante o trabalho de parto, traz muitos benefícios, incluindo um volume significativamente menor de medicações e analgesia epidural, menos escores de Apgar abaixo de 7 e menos partos operatórios.

Embora seja comprovado cientificamente que a presença das doulas apresenta resultados vantajosos no trabalho de parto, parto e pós-parto, as parturientes enfrentam grandes

dificuldades para terem a presença dessas profissionais nos estabelecimentos de saúde, pois as maternidades alegam que a Lei nº 11.108, de 2005, autoriza apenas a entrada de um acompanhante durante o trabalho de parto. Dessa forma, não seria possível a presença do acompanhante e da doula, em conjunto, na sala de parto (BRASIL, 2005b).

Diante da ineficácia da Lei do Acompanhante, encontra-se aguardando parecer do relator da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) a PL nº 8.363, de 2017, que dispõe sobre o exercício profissional da atividade das Doulas e autoriza a presença destas em maternidades, casas de parto e estabelecimentos congêneres da rede pública e privada onde atuarem, com os seus instrumentos de trabalho, observadas as normas de segurança biológica e física (BRASIL, 2017).

3.3 DIREITO À INFORMAÇÃO

Além do respaldo legal previsto no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, o acesso à informação no âmbito da assistência obstétrica foi consagrado no artigo 34 do Código de Ética Médica, que determina ser vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, [2010], não paginado).

Diante do amparo legal mencionado, as parturientes

possuem o direito de terem esclarecimentos claros e precisos sobre o seu estado de saúde e de todos os procedimentos indicados e realizados em seu corpo e no do bebê. Cumpre esclarecer que o profissional deve apresentar a finalidade do procedimento médico, os riscos, os benefícios e as possibilidades de aplicação de métodos alternativos disponíveis. A partir das informações fornecidas, a parturiente possui o direito de não aceitar tratamentos e procedimentos. Cumpre esclarecer que a realização de tais intervenções no corpo da gestante deve ser decidida entre o profissional e a parturiente, caso ocorra o contrário ter-se-á configurado um vício de vontade, uma violência.

Vale ressaltar que o artigo 31 do Código de Ética Médica dispõe ser vedado ao médico “decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” Se tais atos forem praticados sem a informação e o consentimento da paciente, o médico será responsabilizado pelos eventuais danos físicos, morais e estéticos causados à gestante (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, [2010], não paginado).

3.4 DIREITO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE

A privacidade está voltada à liberdade do indivíduo em seguir sua vida de acordo com suas convicções e crenças, cabendo somente a este a exposição de informações pertinentes aos seus hábitos, escolhas, vida familiar, afetiva etc. A intimidade está interligada às escolhas pessoais e íntimas do indi-

víduo. De acordo com Masson (2016), a vida íntima é aquela relacionada à identidade da pessoa humana, suas particularidades de foro moral, abrangendo sua sexualidade, sua autoestima, seus segredos e informações mais pessoais.

A Constituição Federal assegura a tutela da privacidade no inciso X do artigo 5º, ao dispor a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e a imagem, assegurando indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação (BRASIL, [2018a]).

Diante da segurança jurídica apresentada na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, as parturientes devem ser tratadas com respeito, de modo individual e personalizadas, garantindo-se-lhes a preservação de sua intimidade durante todo o processo assistencial, bem como o respeito em relação às suas crenças e cultura.

3.5 DIREITO AO ATENDIMENTO DIGNO

O direito a atendimento digno fundamenta-se na Constituição da República Federativa do Brasil, trata-se de norma fundamental a ser rigorosamente seguida no Estado democrático de Direito.

Em 2000, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 569, que disciplinou o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento (PHPN), evidenciando a humanização como modo de atenção à mulher durante o parto. Na cartilha de apresentação do Programa de Humanização no Pré-Natal e Nasci-

mento, o Ministério da Saúde dispôs ser objetivo primordial do programa assegurar a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade do acompanhamento pré-natal, da assistência ao parto e puerpério às gestantes e aos recém-nascidos, na perspectiva dos direitos de cidadania (BRASIL, 2000).

Dessa maneira, nos pré-natais, partos e puerpérios, os profissionais de saúde devem atender às gestantes seguindo parâmetros de eficiência e qualidade, de modo que seja alcançada a efetividade do atendimento digno.

3.6 DIREITO AO ATENDIMENTO BASEADO EM EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS

Com o avanço da medicina, muitos procedimentos foram descartados devido à ausência de evidências científicas quanto à sua segurança e efetividade; contudo, verifica-se que muitos profissionais utilizam práticas potencialmente dolorosas que não possuem nenhum respaldo científico, efetuadas somente para a facilitação do parto.

O Ministério da Saúde e a Organização Mundial da Saúde (OMS) repreendem tais práticas e recomendam sempre o caminho menos invasivo possível e que não prejudique a saúde das pacientes e de seus bebês. Dentre os procedimentos não recomendáveis praticados corriqueiramente pelas equipes médicas, cita-se a manobra de kristeller, a episiotomia e o uso da ocitocina sintética.

A manobra de kristeller consiste em pressionar a bar-

riga da mulher ainda com o feto, para que ele encontre a saída pelo períneo de forma mais rápida. A força que é empregada nesse movimento poderá provocar lesões nas costelas da parturiente e traumas encefálicos no bebê. Já a episiotomia é um corte realizado na região do períneo, com o objetivo de reduzir a incidência de trauma fetal e lacerações graves na região. Esse procedimento tem acarretado diversos problemas à vida sexual da mulher, resultando em dores durante as relações sexuais e dificultando a excitação e o orgasmo feminino.

Por fim, insta mencionar a aplicação de soro com ocitocina sintética, procedimento este comum na prática obstétrica, usada para regularizar as contrações quando elas não estiverem efetivas, quando for diagnosticado que o trabalho de parto não está evoluindo da maneira mais adequada para contrair o útero após o parto ou aborto, dentre outras situações. Nesses casos, a ocitocina é um aliado perfeito para o trabalho de parto; contudo, em situações inapropriadas, seu uso ocasiona efeitos dolorosos e desnecessários, como rotura do útero, náuseas e vômitos, as contrações tornam-se muito mais dolorosas, hemorragia pós-parto, dificuldades na oxigenação do bebê, dano cerebral no recém-nascido e arritmias cardíacas.

3.7 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Vejamos a conceituação de planejamento familiar disposto no art. 226, § 7º, da Constituição Federal:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, [2018]).

Ao analisar o artigo, conclui-se ser vedada a interferência das instituições de saúde públicas ou privadas no planejamento familiar das mulheres. Dessa forma, esterilizações forçadas sem o seu consentimento devem ser punidas, pois caracterizam violência obstétrica grave, que suprimiu o direito de escolha e agrediu seriamente a integridade física da mulher, além de violar preceito constitucional.

3.8 DIREITO À VINCULAÇÃO A UMA MATERNIDADE

Este direito está previsto na Lei nº 11. 634, de 2007, que dispõe sobre o direito de as gestantes assistidas pelo Sistema Único de Saúde terem conhecimento da vinculação prévia à maternidade na qual será realizado seu parto e à maternidade em que será atendida nos casos de intercorrência pré-natal (BRASIL, [2017]).

Tal vinculação é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde, e dar-se-á no ato de inscrição da gestante no programa de assistência pré-natal. A maternidade à qual se vinculará a gestante deverá ser comprovadamente apta a prestar

a assistência necessária conforme a situação de risco gestacional, até mesmo em situação de puerpério. O Sistema Único de Saúde analisará os requerimentos de transferência da gestante em caso de comprovada falta de aptidão técnica e pessoal da maternidade e cuidará da transferência segura da gestante.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL

O código civil indica que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

Os doutrinadores estabelecem alguns requisitos para que haja a aplicação do referido instituto, quais sejam, a conduta humana, ato humano comissivo ou omissivo que tenha causado dano a outrem, nexo de causalidade, ou seja, liame que une a causa ao efeito e o dano que poderá ser moral, material ou estético. Cumpre esclarecer que o dano moral é aquele que abala a esfera psicológica da vítima, lesionando e causando transtornos que ultrapassam o mero aborrecimento. Já o material refere-se a lesões patrimoniais, e o estético aquele que atinge a esfera morfológica do indivíduo.

O profissional de saúde que comete violência obstétrica poderá ser responsabilizado de forma objetiva caso seja comprovado dolo em sua conduta, principalmente se ele estiver almejando determinado resultado e para isso já esteja pré-estabelecida uma conduta e ele opta em fazer outra, dando

lastro a uma possível indenização.

Observa-se que mesmo havendo fundamentação jurídica para condenações por violência obstétrica, o Poder Judiciário ainda possui poucos julgados nesse sentido. Isso demonstra a necessidade de aperfeiçoamento dos magistrados para lidar com um tema tão delicado vivenciado constantemente por inúmeras mulheres.

5 RESPONSABILIDADE PENAL

No Brasil, não há lei específica que tipifique violência obstétrica; dessa maneira, o Código Penal enquadra tal violência em diversos tipos penais com as suas respectivas sanções. Como exemplos: constrangimento ilegal (art. 146, CP), ameaça (art. 147, CP), calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP), injúria (art. 140), homicídio (art. 121, CP), lesão corporal (art. 129, CP) e maus tratos (art. 136, CP).

A norma penal, no que diz respeito à lesão corporal, dispõe que se esta resultar em aceleração de parto, a lesão será de natureza grave, tendo como pena reclusão de dois a oito anos; caso a agressão resulte na morte do nascituro, o tipo penal é alterado para a modalidade de lesão corporal gravíssima, visto a ocorrência do aborto. Ademais, o dispositivo prevê uma agravante genérica em crimes cometidos contra gestantes, sendo imprescindível para o agravamento da pena o conhecimento da gravidez pelo agente.

Relatos de exposição de perigo à vida e à saúde, pri-

vação de alimentos e água e ausência de cuidados básicos e especiais são episódios pertinentes nas queixas de violência obstétrica, tais condutas são penalizadas pelo crime de maus tratos.

6 MEDIDAS A SEREM ADOTADAS

As mulheres devem levar ao conhecimento do judiciário as violências praticadas pelos profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis, para a devida responsabilização criminal e cível, além da reparação de danos físicos, morais ou estéticos sofridos. As vítimas também devem denunciar os profissionais nos respectivos Conselhos de Classes para a efetiva condenação administrativa.

As denúncias de violência obstétrica também podem ser realizadas na Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência (Disque 180), este serviço é nacional e gratuito, disponibilizado 24 horas, todos os dias da semana, até mesmo nos fins de semana e feriados, e possui como objetivo receber denúncias de violência, reclamações sobre os serviços da rede de atendimento às mulheres e orientá-las sobre seus direitos, encaminhando-as para outros serviços quando necessário.

Além disso, o Ministério da Saúde possui o Disque Saúde 136, pelo qual são apuradas irregularidades no atendimento por entidades públicas ou privadas. O serviço funciona

24 horas com atendimento eletrônico, de segunda a sexta-feira, das 7h às 22h, e aos sábados e domingos, das 8h às 18h. Não é cobrado custo para as ligações, estas podem ser realizadas de telefones fixos, públicos ou celulares, de qualquer local do País. Vale ressaltar que nos casos de violência em estabelecimentos de natureza privada, a vítima poderá acionar o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON).

7 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ESTADO DO TOCANTINS

Diante de um intenso movimento em busca de uma assistência digna ao parto, o estado do Tocantins passou a dar mais relevância e visibilidade à violência obstétrica, aprovando leis que asseguram direitos às gestantes e às parturientes.

Recentemente, foi sancionada pelo Governo do Tocantins a Lei nº 3.385, de 2018, de autoria da deputada estadual Luana Ribeiro, que propõe a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado, com vista à divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal. Verifica-se que a Lei tratou de prever assistência às gestantes detentas, considerando ofensa física mantê-las algemadas em trabalho de parto (TOCANTINS, 2018).

A fiscalização da Lei será realizada pelos órgãos públicos nos respectivos âmbitos de atribuições, os quais serão responsáveis pela aplicação das sanções decorrentes de infrações

às normas nela contidas, mediante procedimento administrativo, assegurada a ampla defesa.

Cumpra esclarecer que o Tocantins, em 2016, sancionou a Lei nº 3.113, de 2016, também de autoria da deputada Luana Ribeiro, o qual Institui o Estatuto do Parto Humanizado no Estado, com o objetivo de assegurar melhor assistência às mulheres em seu período gravídico-puerperal nas instituições públicas e privadas de saúde (TOCANTINS, 2016).

Nota-se que a importância das doulas, fora consagrada na Lei nº 3.113, de 2016, compreendendo ser direito de a mulher receber apoio físico e emocional de doula durante o trabalho de parto, o parto e o pós-parto, sempre que for solicitada; além disso, a presença da doula deve ser considerada independente do acompanhante, e não acarreta ônus adicional à instituição (TOCANTINS, 2016).

A Revista de Estudos Feministas de Florianópolis publicou este ano o artigo *Violência Obstétrica em Maternidades Públicas do Estado do Tocantins* expondo os resultados de uma pesquisa realizada com 56 puérperas que tiveram seus partos entre os anos de 2010 e 2013, em 14 maternidades públicas das oito regiões de saúde do estado do Tocantins, sendo 10 instituições de gestão estadual, 3 municipais e uma filantrópica. Dentre as 56 entrevistadas, 43 sofreram violência e identificaram as agressões; 6 sofreram violência, mas não a identificaram; e 7 afirmaram não ter sofrido violência por parte dos profissionais nas maternidades (GUIMARÃES *et al.*, 2018).

O estudo teve como objetivo identificar as percepções

das mulheres tocantinenses sobre violência obstétrica no processo de parto, estas em seus depoimentos relataram a falta de qualidade e acolhimento dos profissionais e dos estabelecimentos de saúde, destacando a ocorrência de vertentes diversas de violência obstétrica como negligência, violência física, verbal e psicológica. Constatou-se em todas as unidades pesquisadas o descumprimento de normativas importantes, a não utilização das recomendações baseadas em evidências científicas e a violação dos principais direitos das parturientes, configurando a magnitude da violência obstétrica e a necessidade da melhoria dos serviços.

A Defensoria Pública do Estado do Tocantins vem atuando constantemente na luta contra a violência obstétrica no Estado, principalmente com o suporte ofertado pelo Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM), que recentemente promoveu a 1ª Marcha de Conscientização Sobre Violência Obstétrica em Palmas alertando sobre os tipos de violência no momento do parto e do pós-parto ou, ainda, no atendimento em situações de abortamento (ABREU, 2017).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ser mãe é um momento único na vida das mulheres. Muitas delas sonham durante anos em conceber um filho. Contudo, a falência da assistência obstétrica transformou esse acontecimento num momento de dor e angústia, gerando aba-

los psicológicos de valor imensurável.

Diante da precariedade da assistência obstétrica no País, é extremamente necessária uma intervenção humanitária na assistência ao parto, a qual está interligada a duas necessidades: a primeira consiste na urgência de um serviço público de saúde que proporcione qualidade e segurança às mulheres brasileiras, assegurando-lhes o direito de parir sem violência; a segunda persiste na transformação do parto em uma experiência humana transcendente, digna de remeter lembranças sublimes e felizes, conferindo o retorno do protagonismo da mulher no processo de parto, tendo o respeito máximo às suas escolhas e vontades.

Mas para que esse processo seja experimentado, é imprescindível um planejamento previamente discutido entre o profissional da saúde e a parturiente, bem como uma alteração na formação acadêmica dos profissionais, exaltando valores como protagonismo, individualidade, privacidade e autonomia da mulher.

Ademais, faz-se necessário o aperfeiçoamento do Poder Judiciário para o combate e condenação dessa problemática tão delicada, comumente vivenciada por inúmeras mulheres.

O aperfeiçoamento ao qual nos referimos deve também incluir a capacitação técnica de profissionais da Polícia Civil que atuam nas delegacias especializadas, para que apurem as denúncias de forma célere, eficaz e consciente.

Depreende-se, ainda, que as Defensorias Públicas, na sua função primordial de orientar juridicamente os mais neces-

sitados, e engajada na defesa dos interesses das minorias, ampliem suas ações informativas, principalmente no ato de capacitar seus servidores tanto para o acolhimento dessas mulheres como para a busca das reparações cíveis e criminais dos profissionais de saúde, agentes causadores das lesões obstétricas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cinthia. **Em Palmas, caminhada pelo combate à violência obstétrica alerta sobre o problema**. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Palmas- TO, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://www.defensoria.to.def.br/nudem/noticia/25317>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BLOG TRICAE. Ocitocina sintética no parto, benefício ou malefício?: existem situações em que a ocitocina sintética pode ser uma bela ajuda. mas em muitos casos o efeito pode ser doloroso e desnecessário. Listamos aqui os benefícios e malefícios da utilização desse medicamento. *In*: **BLOG TRICAE**, Jundiaí, [201-]. Disponível em: <https://blog.tricae.com.br/mundo-materno/saude-e-bem-estar/ocitocina-sintetica-no-parto-beneficio-ou-maleficio/>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.363, de 2017.** Dispõe sobre o exercício profissional da atividade de Doula. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=562202286AF6DA2C3D4D20412CC58868.proposicoesWebExterno1?codteor=1596702&filename=Avulso+-PL+8363/2017. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007.** Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF, Presidência da Republica, [2017]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.633, de 2014.** Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5A8C16781AE02F9D8D869AA9D81614DA.proposicoesWebExterno2?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Violência obstétrica:** parirás com dor. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a

CPMI da Violência Contra as Mulheres. Brasília, DF: Senado Federal, 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. **Portaria nº 2.418, de 02 de dezembro de 2005.** Regulamenta, em conformidade com o art. 1º da Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005, a presença de acompanhante para mulheres em trabalho de parto, parto e pós-parto imediato nos hospitais públicos e conveniados com o Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2005a. não paginado. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt2418_02_12_2005.html. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.** Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília, DF, Presidência da República, 2005b. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Portaria nº 569, de 01 de junho de 2000.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2000. não paginado. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html. Acesso em: 24 jul. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.931 de 17 de Setembro de 2009.** Código de ética médica. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/>

images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf. Acesso em: 5 ago. 2018.

DINIZ, Simone Grilo; D'OLIVEIRA, Ana Flavia. Gender violence and reproductive health. **Int J Gynaecol Obstet**, v. 63, p. 33-42, 1998. Suplemento 1. Disponível em: <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1016/S0020-7292%2898%2900182-9>. Acesso em: 8 jul. 2018.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Pesquisa de opinião pública**: mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado. 2010. Disponível em: <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1016/S0020-7292%2898%2900182-9>. Acesso em: 8 jul. 2018.

GUEDES, Cristiane Achilles, BORGES, Luiza Nogueira. Pelo direito de parir: a violência obstétrica na perspectiva dos direitos humanos. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, 17, 2017. Disponível em: http://www.defensoria.rs.def.br/upload/20170726141038revista_defensoria_17final.pdf. Acesso em: 8 jul. 2018.

GUIMARÃES, Liana Barcelar Evangelista *et al.* Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins. **Revistas Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 26, n. 1, p. 1-11. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v26n1/1806-9584-ref-26-01-e43278.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

KLAUS, Marshall H; KENNEL, Jonh H; KLAUS, Phyllis, H. **Mothering the mother**: how a doula can help you to have a shorter, easier and healthier birth. [s.l.]: Hardcover, 1993.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 218.

MORAES, Rianna. **A institucionalização do parto e seu impacto nas Redes de Atenção**. 2015. Disponível em: <http://redehumanizadasus.net/89777-a-institucionalizacao-do-parto-e-seu-impacto-nas-redes-de-atencao/>. Acesso em: 10 ago. 2018.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. Pressupostos da responsabilidade civil no direito brasileiro. **Administradores**, 18 nov. 2008. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>. Acesso em: 8 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. OMS. **Maternidade segura, assistência ao parto normal: um guia prático**. Genebra: OMS, 1996.

SILVA, Michelle Gonçalves *et al.* Violência obstétrica na visão de enfermeiras obstetras. **Revista Rene**, v. 15, n. 4, p. 820-828, jul./ago. 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/rene/article/view/1121>. Acesso em: 8 de jul. 2018.

SILVA, Vanessa dos Santos *et al.* Violência obstétrica: ultraje aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. **Temas em Saúde**, João Pessoa, v. 17, n. 04, 2017. Disponível em <http://temasemsaude.com/wp-content/uploads/2018/01/17418.pdf>. Acesso em: 15 de jul. 2018.

TOCANTINS. Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018. Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção

à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. **Diário Oficial do Estado do Tocantins**, Palmas-TO, Ano 30, n. 5.164, p. 1, 27 jul. 2018. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=365587>. Acesso em: 8 ago. 2018.

TOCANTINS. Lei nº 3.113, de 2 de junho de 2016. Institui o Estatuto do Parto Humanizado no Tocantins, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado do Tocantins**, Palmas-TO, Ano 28, n. 4.633, p. 1, 27 jul. 2016. Disponível em: <https://doe.to.gov.br/diario/3075/download>. Acesso em: 8 ago. 2018.

VENEZUELA. Gaceta Oficial N° 38.770 del 17 de septiembre de 2007. **Ley Orgánica sobre El Derecho de Las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2006)**. Código Orgánico Procesal Penal Código Civil Código de procedimiento Civil Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).

ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA APC

Nº 20150110703592 TJ/DF

Ewerton Vieira Monteiro¹

RESUMO

O presente trabalho trouxe a discussão a respeito da incidência do princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil buscando demonstrar a importância da sua aplicabilidade para o andamento e desenvolvimento do processo e principalmente como as partes e o magistrado podem se tornar mais partícipes no que tange à resolução do conflito. Além disso, buscou demonstrar que este princípio é constitucional basilar, podendo ser considerado como um desdobramento de vários outros princípios constitucionais. Nesta pesquisa, utilizaram-se diversos doutrinadores jurídicos, uma vez que o assunto versa tão somente sobre o aspecto legal abrangendo o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil.

Palavras-chave: Constituição. Cooperação. Princípio.

¹ Especialista em Direito Constitucional, pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Advogado desde 2016 com atuações nas áreas trabalhistas, criminais e cíveis. Membro da Comissão de Apoio ao Advogado em Início de Carreira da OAB/TO (2016/2018). Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/TO (2018). E-mail: ewerton.monteiroadv@gmail.com.

ABSTRACT

The present work brought the discussion about the incidence of the principle of cooperation in the new Code of Civil Procedure seeking to demonstrate the importance of its applicability to the progress and development of the process and especially how the parties and the magistrate can become more involved in what concerns the resolution of the conflict. In addition, it was sought to demonstrate that this principle is constitutional basilar and can be considered as an unfolding of several other constitutional principles. In this research several legal doctrinators were used, since the subject matter only deals with the legal aspect encompassing Constitutional Law and Civil Procedural Law.

Keywords: Principle. Cooperation. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil foi criado com grande observância aos princípios e valores constitucionais, onde se apresenta com suma importância o princípio da cooperação ou também chamado de colaboração, principalmente no que tange à sua aplicação, pois este princípio visa exatamente a uma relação mais justa e harmoniosa entre as partes e o magistrado, em que haverá um tratamento pautado na boa-fé desde

o início da relação processual até uma justa e eficiente decisão de mérito.

Com a forte incidência dos valores e princípios constitucionais, o Direito Processual Civil brasileiro passou a ser visto como um meio de decisões justas e em tempo razoável, dando ênfase a um sistema processual em que há uma solução clara, honesta e leal.

Assim, o princípio da cooperação destaca-se, uma vez que busca trazer para as partes um ativismo, uma atividade no processo mais participativa no intuito de contribuir para o bom andamento deste, formando um juízo de convencimento no magistrado sempre à procura de uma verdade real.

Dessa forma, com o advento e vigência do Novo Código de Processo Civil, este passou a ser encarado como estado constitucional em virtude da grande ênfase de princípios constitucionais.

Para trazer respaldo ainda maior a este trabalho, que consiste na análise de determinado julgado, será utilizado o método tópico-problemático, tendo como principais ferramentas e conteúdos de pesquisas livros referentes a este e demais princípios constitucionais, além do posicionamento de diversos autores a respeito deste tema.

A problemática do presente estudo de caso pode ser vista no prejuízo e na violação a vários princípios constitucionais, em razão da não cooperação entre as partes e o magistrado para o regular andamento do processo.

No caso em análise, objeto deste trabalho, conforme

será demonstrado, foi violado o princípio do contraditório e da ampla defesa, devido processo legal e celeridade processual haja vista a inobservância do juiz singular em relação ao princípio da cooperação.

O objetivo, portanto, está em demonstrar a importância da inserção deste princípio para o ordenamento jurídico e para o desenvolvimento da relação processual entre as partes e o magistrado, sobretudo apresentar uma das grandes mudanças e inovações que alteram o direito processual civil brasileiro.

Dessa forma, o tema proposto demonstra grande relevância jurídica, uma vez que busca resguardar e proteger diversos outros princípios constitucionais e assegurar a aplicabilidade e efetividade de vários direitos já positivados e consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que no caso em análise o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em sede de Apelação, modificou a sentença terminativa anteriormente proferida nos autos da ação nº 0020286-60.2015.807.0015, a qual se tratava de um pedido de habilitação de crédito, e que, em 23/9/2015, em sede de recurso de apelação autuado sob nº 2015 01 1 070359-2, julgado pela 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, restou modificada por unanimidade, dando provimento ao recurso interposto para tornar sem efeito a sentença anteriormente exarada.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

Haja vista a carência e a crise que o Poder Judiciário enfrenta, tendo como um de seus grandes problemas a morosidade processual, o Código de Processo Civil, de 2015, buscou apresentar mais efetividade, celeridade e um anseio de justiça ao cidadão e assim trouxe soluções apostando em uma justiça cooperativa e em soluções alternativas para resolução dos conflitos.

Com a vigência do Código de Processo Civil, de 2015, o princípio da cooperação apareceu expressamente no art. 6º, no intuito de tornar definitivo o dever do juiz e das partes no que se refere à marcha processual, ou seja, trouxe suma importância para o andamento do processo na forma de sua condução, fomentando uma celeridade processual (BRASIL, [2017]).

Assim, desde a vigência deste Código tornou-se obrigatória a cada uma das partes e também ao juiz a obrigação de tomar suas responsabilidades processuais estabelecidas tanto de forma positiva como também negativa. Isso não significa que antes da vigência do novo Código esta obrigação não existia, a diferença é que agora este princípio existe legalmente, está regularizado e com muito mais força para impedir que os sujeitos atuem de forma a prejudicar o seu andamento.

Tanto é verdade o intuito de o legislador estabelecer

cooperação entre as partes e entre estas e o juiz que não há somente o art. 6º que traz essa previsão, mas inúmeros outros dispositivos da norma processualista.

O art. 190 do Código de Processo Civil é exemplo claro do princípio da cooperação, pois autoriza as partes a realizar mudanças no procedimento para ajustar a espécie do que se tratar a demanda e convencionar várias questões (BRASIL, [2017]).

A exemplo do art. 190, os arts. 67, 68 e 69 também trazem o princípio da cooperação; entretanto, nestes casos, entre os órgãos do Poder Judiciário. Assim, a teor desses dispositivos, é possível perceber que os juízes e demais auxiliares da justiça podem cooperar uns com os outros para realização de atos processuais, de modo que não haverá prejuízo algum ao regular andamento do processo, ao contrário, com observância ao princípio da legalidade e de todos os outros basilares da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal) é possível haver cooperação entre si já que o objetivo final é a busca pela verdade real (BRASIL, [2018a]).

Contudo, importante esclarecer que, mesmo com todas essas inovações, esta cooperação não pode ultrapassar nem modificar alguns temas e preceitos que são inegociáveis, como exemplo os acordos para modificar competência absoluta; suprimir primeira instância; afastar motivos de impedimento do juiz; criar novas espécies recursais; ampliar hipóteses de cabimento de recursos. É assim que estabelece o Enunciado nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) ao ser

citado por Didier Junior (2016, p. 150):

Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.

Sobre esse princípio, Theodoro Junior diz (2017, p. 81):

Trata-se de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo, como já se viu.

Dessa forma, é possível perceber que o Princípio da Cooperação pode ser utilizado, porém há limite para sua atuação, não podendo ser aplicado a toda situação, devendo até mesmo haver controle do magistrado quanto à validade e possibilidade das convenções firmadas.

Como dito anteriormente, este Código buscou dar ênfase à Cooperação e aos meios alternativos de resolução de

conflitos, sobretudo enfatizando a conciliação, conforme se pode constatar no art. 3º, §§1º, 2º e 3º.

Assim, a respeito da audiência de conciliação ou mediação e analisando o art. 334, § 4º, é possível novamente identificar de forma clara que ao mesmo tempo em que o legislador provoca a possibilidade de resolver o litígio ainda na via conciliatória, também deixa plenamente capaz o uso do princípio da cooperação, quando as partes em comum podem se manifestar demonstrando desinteresse na composição consensual, o que não era previsto no Código de Processo Civil, de 1973.

Para ilustrar este princípio, vejamos os dispositivos abaixo:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. §4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem expressamente, desinteresse na composição consensual (DIDIER JÚNIOR; PEIXOTO, 2016, p. 218-219).

Novamente Didier Júnior e Peixoto (2016, p. 235), cita que o: “art. 362. A audiência poderá ser adiada: I – por convenção das partes.”

Desse modo, são incontroversas as inovações inseridas pelo legislador quanto à marcha processual. Veja-se, não é que este princípio não existia antes do Código de Processo Civil,

de 2015, mas somente agora, após sua vigência, este princípio ganhou força e passou a ser regulamentado. Entretanto, como já dito, ele existia, ainda que de forma implícita, mas existia, pois é um desdobramento dos princípios constitucionais, como, por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como se sabe, em nosso Direito há fontes de direito imediatas e mediatas. As imediatas por óbvio são as leis, já as mediatas ou também chamadas de secundárias são a jurisprudência, os costumes, os princípios gerais de direito e a analogia.

O professor Silva (2005, p. 92) a respeito dos princípios conceitua o seguinte:

Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Os princípios gerais do direito são fontes do direito, pois, uma vez havendo omissão da legislação, o juiz pode socorrer-se destes para solucionar determinada lide.

Nesse sentido, estabelece o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Art.4º Quando a

lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” (BRASIL, [2018b], não paginado).

Para Venosa (2003, p. 73), “os princípios gerais de direito são regras oriundas da abstração lógica do que constitui o substrato comum do direito.”

Conforme se pode verificar, os princípios se tornam fundamento do sistema jurídico; todavia, em que pese a sua previsão legal autorizando o magistrado a utilizá-lo para dar fim a uma lide, há certa crítica e divergência entre os estudiosos, pois tomar decisões baseadas em princípios poderia trazer insegurança jurídica em razão da possibilidade de subjetivismo exagerado para decidir o caso.

Entretanto, doutro modo, sabe-se que as decisões devem ser fundamentadas, sob pena de serem nulas de pleno direito. Dessarte, fica superado o entendimento acima.

Sobre os princípios, Theodoro Junior (2017, p. 43): “No estudo de qualquer ramo do direito, é muito importante pesquisar os seus princípios, visto serem eles o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas analisado.”

Percebe-se deste grande doutrinador que ele dá grande valor ao princípio como fonte do direito, demonstrando ter muita relevância a sua aplicabilidade a casos concretos.

Mais tarde, afirma o mesmo processualista:

O princípio lógico é aquele que impõe aos atos e decisões das autoridades públicas uma sus-

tentação racional, de modo que, ao aplicar a lei, sempre delibere dentro da racionalidade. No processo, o princípio lógico se cumpre por meio da exigência de serem as decisões judiciais obrigatoriamente fundamentadas, sob pena de nulidade (CF, art.93, IX) (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 44).

Note que o posicionamento acima, além de dar grande importância ao uso dos princípios, busca demonstrar também que a sua aplicabilidade não compromete uma decisão judicial, ou seja, não a torna viciada, insegura ou instável.

O legislador, ao elaborar o novo Código de Processo Civil, preocupou-se em fomentar e dar ênfase a vários princípios constitucionais, até mesmo regulamentando o princípio da cooperação ou também chamado de colaboração, conforme visto em linhas pretéritas.

Como se pode observar, este princípio é fundamental em todo o andamento processual, pois visa exatamente um ativismo entre as partes e o magistrado, com intuito de um provimento jurisdicional justo, efetivo e tempestivo.

Vale dizer que o Direito Processual Civil está fincado na ética da justiça, agindo de forma subsidiária, buscando valer o amplo acesso à justiça e o devido processo legal, mesmo com as partes e advogados estando em posições contrárias, atingindo assim o fim social ao qual a lei se destina e buscando sempre atender aos anseios da sociedade.

Dessa forma, é o que determina o art. 8º do novo Código de Processo Civil (*apud* PEIXOTO, 2017, p. 42): “Art.

8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, publicidade e eficiência.”

Na sistemática processual destacam-se, sobretudo, a importância e a necessidade do princípio da cooperação na fase de conhecimento do processo, pois o processo, quando de conhecimento ou quando está na fase de conhecimento dependerá muito mais de dilação probatória, e conseqüentemente o juiz necessitará de que todas essas provas sejam as mais claras e inequívocas possíveis, melhorando assim a eficiência daquele processo e uma decisão justa firmada na busca pela verdade real.

Além disso, não se pode deixar de mencionar outro princípio que também está diretamente ligado à cooperação, o do consensualíssimo, pois significa exatamente a vontade livre e consciente entre as partes, ou seja, nada mais é do que as próprias partes em mútuo consentimento e acordo tomarem uma decisão, como, por exemplo, a admissão de determinadas cláusulas em um contrato.

Veja-se que essa ideia se assemelha completamente com o que prega o princípio da cooperação, pois, neste, as partes atuam de acordo com suas vontades e sempre em harmonia, ainda que estejam em lados opostos, e buscam interesses antagônicos, porém sempre à procura de um melhor e mais célere andamento processual, a fim de atingir decisão de mérito, justa

e efetiva.

Da mesma forma que no princípio da cooperação, o magistrado deixa de ser o “ator” principal e passa a ser mero espectador, tendo muito mais uma função fiscalizadora, em que as partes podem realizar modificações a fim de ajustar a marcha processual. No princípio do consensualíssimo, as decisões ocorrem a partir de um consenso, um acordo, uma vontade mútua entre as partes, todavia, sempre observando os limites impostos pela legislação vigente.

A propósito, se observarmos o princípio da cooperação no que tange à sua aplicabilidade processual, é evidente que automaticamente terá a presença do consensualíssimo embutido, pois, se o princípio da cooperação é exatamente a atuação das partes, não há como as partes cooperarem entre si se porventura não estiverem em mútuo consentimento ou em comum acordo.

3 *HARD-CASE*: análise do julgado da APC TJ/DF

No caso ora em análise, trata-se de uma apelação interposta por Luciane Vacari Belone Ramos em face da Massa Falida de Exata Empreendimentos Imobiliários e Construções Ltda., tendo em vista a sentença nos autos da ação de habilitação de crédito proposta pela apelante que indeferiu liminarmente a petição inicial.

Alega o douto magistrado a quo que não estão presentes as condições da ação, tais como legitimidade ativa e pos-

sibilidade jurídica do pedido, bem como estão ausentes pressupostos processuais em razão de afirmar ser inadequada a via eleita, já que não haveria mais prazo para requerer a habilitação de crédito em face da ré, ora apelada.

A apelante nos autos da habilitação de crédito busca habilitar determinado valor em decorrência de custas processuais que lhe foram favoráveis nos Embargos de Terceiro, autuado sob nº 2014.01.1.131590-5.

Alude o juiz a quo não haver legitimidade ativa uma vez que acredita ser o crédito decorrente de honorários sucumbenciais e assim deveria ser pleiteado pelo próprio advogado. Entretanto, trata-se de custas processuais que foram favoráveis à apelante naqueles Embargos de Terceiro, portanto, entendeu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal ser cabível e possível a apelante figurar no polo ativo daquela demanda.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido e à inadequação da via eleita, o mesmo Tribunal também reformou a r. sentença proferida argumentando que muito embora não tenha sido indicado o pedido de forma certa e determinada, ou seja, com as suas especificações, este se torna um vício sanável, e não insanável; logo, sendo passível de correção pela emenda à inicial.

Quanto ao argumento de primeiro grau de que se trata de inadequação da via eleita, também não passa de um equívoco, pois há a possibilidade legal de habilitação de crédito na hipótese de retardatário, mesmo com o término dos prazos.

Vejamos o trecho do voto do desembargador doutor

Flávio Rostirola:

Conquanto desaconselhável a invocação da tutela jurisdicional sem o manejo da melhor técnica processual, considero que o direito de ação deve prevalecer em uma circunstância mediana de admissibilidade, à luz do princípio da razoabilidade. É que não se deve perder de vista que a efetiva resposta à pretensão posta em juízo afigura-se como bem essencial do Poder Judiciário. Deveras, é dever do Estado zelar pelo bom andamento do processo, buscando a adequada prestação jurisdicional. Nesse contexto, o juiz deve atuar atento ao princípio da cooperação, que consiste no dever de cooperação entre as partes para o deslinde da demanda, de modo a se alcançar, de forma ágil e eficaz, a justiça do caso concreto (DISTRITO FEDERAL, 2014, p. 174).

No caso do julgamento da APC nº 2015.01.1.070359-2 TJ/DF, o Tribunal, ao reformar a sentença, demonstrou claramente ter havido por parte do magistrado uma supressão do direito da autora no momento em que extinguiu o processo sem lhe oportunizar o exercício de um direito que o próprio Código de Processo Civil, de 1973, já permitia e que se tornou imutável com o Código de 2015.

É cediço que a petição inicial deve observar rigorosamente os seus requisitos intrínsecos e extrínsecos; entretanto, quando houver a ausência de um deles deve o juiz verificar se a falta deste pode ser sanada; caso seja possível, necessário se faz conceder prazo legal para a sua devida correção, providenciando a emenda à inicial.

No caso em análise, o juiz a quo agiu de forma completamente contrária, uma vez que causou prejuízo à autora e agiu de forma a violar, além do princípio da cooperação, os princípios da celeridade, economia processual, contraditória e ampla defesa, e da boa-fé processual.

Como já dito anteriormente, o princípio da cooperação visa exatamente a uma colaboração entre o juiz e as partes para buscar um melhor desenvolvimento ao trâmite do processo; entretanto, sempre observando os limites dessa cooperação em relação à literalidade da norma.

Sobre este princípio, afirma Didier Junior (2016, p. 128): “O princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres. Assim, são ilícitas as condutas contrárias à obtenção do ‘estado de coisas’ (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.”

Quando se fala neste princípio, busca-se consequentemente dar ênfase à resolução do processo de forma mais justa, breve, célere e com mais eficiência, por isso, ao determinar o arquivamento dos autos, o douto juiz agiu de forma equivocada já que deveria ter oportunizado à requerente o direito de emendar sua inicial.

Contudo, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, exercendo seu poder hierárquico, acertadamente anulou a r. sentença proferida e determinou o retorno dos autos ao órgão julgador de origem para dar regular prosseguimento naquele processo.

Nota-se que o Tribunal daquele Estado analisou o recurso de apelação de tal forma que buscou fazer valer os princípios constitucionais e da norma processualista, pautando por realizar um julgamento justo e de acordo com o que a legislação vigente permite.

Em outras palavras, o órgão de segundo grau observou o direito da autora consagrado no Código de Processo Civil, bem como deu a devida relevância aos princípios, que, como visto, são fontes do direito, para dar provimento à apelação e demonstrar o equívoco cometido pelo juiz singular.

Fato curioso é que o julgado em questão se deu ainda sob a vigência do Código de Processo Civil, de 1973, apesar de o princípio da cooperação ter sido legalmente regulamentado com o Código de 2015.

Todavia, como dito em linhas pretéritas, o princípio da cooperação, apesar de só ter aparecido de forma expressa com o Código de 2015, há muito tempo já é utilizado, mesmo que de forma implícita, ou seja, sem existir de forma expressa e positivada como agora, já que é um princípio basilar dos princípios constitucionais da celeridade e economia processual, do contraditório e da ampla defesa e da boa-fé processual.

Desse modo, analisando o julgado que se deu ainda em 2015, torna-se temerário afirmar que não haveria o princípio da cooperação, pois, como dito, este princípio sempre existiu já que sempre houve a necessidade de se ter um julgamento justo, breve, célere e eficiente, mais ainda, sempre houve o dever legal de agir em conformidade com a literalidade das

leis o que no caso em análise não foi observado pelo douto magistrado de primeiro grau.

É bem verdade que o princípio da cooperação não está “sozinho”, pois ele é um desdobramento e tem raízes fincadas em outros princípios que há muito tempo se fazem presentes no ordenamento jurídico brasileiro; logo, não se pode afirmar com veemência que o princípio da cooperação é uma inovação do novo Código de Processo Civil, haja vista que o dever de cooperação já existe há muito tempo; e o próprio princípio já estava assegurado em outros que amparavam uma cooperação entre as partes e entre os vários órgãos.

O professor Theodoro Junior (2017, p. 102) assim leciona:

A doutrina nacional, mesmo antes do novo CPC, já reconhecia a presença do princípio da cooperação no devido processo legal assegurado por nossa Constituição, à base de um contraditório amplo e efetivo. Com efeito, “se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.

Veja-se que o posicionamento acima só reforça a ideia de que o princípio da cooperação tem bases e raízes constitucionais; e, ainda na égide do Código de Processo Civil, de 1973, já era utilizado mediante a atividade dos sujeitos processuais, mesmo não tendo sido ainda positivado naquela época.

Com o advento do Código, de 2015, a regulamentação

desse princípio trouxe grande importância no sentido de que agora há amparo legal para utilizá-lo, ou seja, não há risco de se ter uma decisão fundamentada em uma subjetividade, pois agora este princípio encontra-se vinculado e respaldado por uma lei, retirando assim margens para várias outras interpretações quanto à fundamentação para determinada decisão, não comprometendo em nada a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Daí a importância da inserção desse princípio naquele código, por isso, podemos dizer que se trata este princípio de um resultado dos princípios constitucionais da boa-fé, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, ensina Theodoro Junior (2017, p.103):

O que, portanto, se compreende na norma fundamental constante do art. 6º do novo CPC, sob o rótulo de cooperação processual, são deveres que complementam a garantia do contraditório, formando com esta uma simbiose, com o objetivo comum de ensejar a obtenção, em tempo razoável, de decisão de mérito justa e efetiva. A cooperação, assim entendida, compreende o esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, é possível perceber que os princípios elencados acima contribuem para dar origem ao princípio da cooperação que da mesma forma trouxe ao ordenamento jurídico mais co-

laboração para o desenvolvimento no curso do processo, tendo como grandes protagonistas todos os sujeitos processuais (autor, juiz e réu), e não apenas um deles.

É dessa forma o entendimento do professor Didier Junior (2016, p.126):

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação as partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais.

Ademais, como já conhecemos, o processo é formado pelos sujeitos processuais, porém se constrói a partir de várias relações, ou seja, à medida que o processo tramita ocorrem diversas relações com vista sempre ao bom andamento da demanda. Para Didier Junior (2016, p. 128), “o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as relações, por isso o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar-se entre si.”

Outrossim, a exemplo do princípio do contraditório, o princípio da cooperação também possibilita aos postulantes, por meio das relações que se formarem no processo e de tudo aquilo que for produzido, gerar influências perante o magistrado no momento de decidir a lide, mas, como se sabe, o juiz

possui o direito de exercer seu livre convencimento, logo, devendo haver submissão quanto à sua decisão.

Nesse sentido, posiciona-se Didier Junior (2016, p. 130):

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na controvérsia. Como cabe ao julgador a investigação oficial de algumas questões, o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Desse modo, tendo em vista o dever de cooperação e, mais ainda, o dever de lealdade associado ao princípio da boa-fé processual, que norteia tanto o julgador quanto o órgão jurisdicional, quando há a falta de determinado requisito para tornar apta a petição inicial deve haver por parte do magistrado em relação às partes o dever de consulta.

O que se pode constatar é que o novo Código de Processo Civil, no que tange a esses princípios, é como se houvesse uma união de todos transformando-se em um só, ou seja, a cooperação, pois falar nesta é ao mesmo tempo falar em lealdade, boa-fé, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Se fôssemos analisar um a um destes seria fácil concluir que todos estão vinculados ao dever de cooperação, assim, a grande inovação do Código Processualista, de 2015, não foi a

regulamentação expressa do princípio da cooperação, mas sim a demonstração de que todos os demais princípios de ordem constitucional se resumem em um só: a cooperação.

São vários os dispositivos do novo Código de Processo Civil que trazem para as partes a possibilidade de atuarem com afincio na lide da qual fizerem parte, até mesmo dando a possibilidade de negociarem vários atos no andamento processual conforme demonstrado neste trabalho, aliás, não somente às partes, mas também ao juiz foi-lhe assegurada mais participação no processo, a fim de chegar a resultado justo, efetivo e com resolução de mérito.

As partes devem ser ouvidas e consultadas antes de tomarem alguma decisão, neste caso, de extinção sem resolução do mérito. Assim registra o professor Didier Junior (2016, p. 130), “caso o magistrado ‘descubra’ a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre essa questão.”

Outro dever apresentado pela doutrina em relação ao princípio da cooperação é o chamado dever de prevenção, que pode ser traduzido no art. 321 do Código de Processo Civil que traz exatamente a possibilidade e o direito de emendar a inicial, trazendo à tona e deixando evidente o equívoco cometido pelo juiz a quo no julgado em questão, haja vista que o dever de prevenção consiste exatamente em identificar as carências processuais (BRASIL, [2017]).

Nessa ação de habilitação de crédito ajuizada pela ape-

lante não tinha razão para aquele magistrado extingui-la, primeira porque a própria legislação permite o requerimento do credor de forma retardatária, conforme estabelece o art. 10, §§ 5º e 6º, da Lei nº 11.101, de 2005 (BRASIL, [2014]).

Não obstante a isso, outro ponto a se observar acerca do Princípio da Cooperação é o de que o art. 6º do Código de Processo Civil, de 2015, não faz restrição à aplicabilidade desse princípio (BRASIL, [2017]). Logo, é plenamente possível identificar que a sua literalidade está em completa harmonia e correspondência com o que preceitua o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, de 1988, ou seja, esse princípio aplica-se também aos processos administrativos, muito embora, desde a edição da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal, que é o motivo de calorosas discussões em diversos tribunais acerca de sua (in)constitucionalidade pelo fato de ter mitigado o princípio do contraditório e da ampla defesa no momento em que afirma que a falta de defesa técnica por advogado não ofende a constituição, pois tanto a Constituição como a Lei nº 8.906, de 1994, deixam claro que o advogado é indispensável, até porque é ele que detém a capacidade técnica e postulatória para atuar em favor de outrem; logo, a sua ausência traria graves prejuízos a determinado indivíduo e consequentemente o prejuízo processual seria a violação da ampla defesa e, assim, ofendendo também o princípio da cooperação.

Vale ressaltar, conforme também já ficou amplamente demonstrado que esse princípio, além de atuar diretamente perante os jurisdicionados, possui aplicabilidade em várias

outras áreas, atingindo a toda uma sociedade. Dessa forma, o princípio da cooperação possui uma abrangência incalculável, sendo o seu exercício de suma importância para o sucesso e crescimento de toda a sociedade, até em plano internacional, como também já demonstrado.

Dessa forma, é possível perceber que todos os princípios constitucionais, se observados em conjunto, se resumem numa cooperação, ou seja, em todos os casos será necessária a aplicação desses princípios, pois, caso contrário, haverá sempre violação ao princípio da cooperação e grandes chances de causar prejuízos a vários outros jurisdicionados.

Nesse contexto, é evidente que a importância e as inovações apresentadas pelo novo Código, de 2015, refletem e muito perante toda a sociedade, uma vez que ultrapassam as relações judiciais ou qualquer batalha judicial e abrangem a sociedade de modo geral e inúmeros aspectos políticos, dentre outros. Como dito em linhas pretéritas, os processos de âmbito administrativo, muito embora não tenham a força de fazer coisa julgada, dispõem de mecanismos e ferramentas semelhantes aos dos trâmites de um processo judicial; logo, aplicável o princípio da cooperação.

Assim, como se vê, a aplicabilidade do princípio da cooperação é indispensável para o sucesso e bom andamento de determinado processo, no intuito de evitar também decisões equivocadas passíveis de gerar danos à parte.

4 CONCLUSÃO

O trabalho foi elaborado com o intuito de demonstrar a grande mudança na sistemática processual após a regulamentação e inserção do princípio da cooperação no ordenamento jurídico brasileiro, pois, como visto, esse princípio há muito já se faz presente nas relações processuais, mesmo que de forma implícita.

Não obstante a isso, buscou-se também demonstrar a necessidade e a importância de se ter na relação processual mais participação das partes e do magistrado, que, agindo dessa forma, viabilizam uma decisão de mérito mais justa e célere e fomentam ainda a eficácia de vários princípios constitucionais.

Quanto ao magistrado, ficou demonstrado o seu dever de consulta e a possibilidade de requerer das partes explicações ou prestar esclarecimentos dependendo do caso, tudo para o bom e regular andamento do processo.

Outrossim, diante todo o exposto e construído no trabalho, ficou bastante visível que o princípio da cooperação é um desdobramento de vários outros princípios constitucionais e que a instalação de um processo tem como objetivo solucionar um conflito, mas com o novo Código de Processo Civil buscou-se a solução, aliás, a resolução pacífica dos conflitos; todavia, isso só será possível se houver “colaboração”/cooperação entre uma parte e outra e entre elas e o magistrado, mesmo estando em posições e interesses antagônicos.

Dessa forma, inegável a importância do princípio da cooperação para o ordenamento jurídico e para sociedade já que a sentença ou uma decisão judicial é fruto da construção de tudo aquilo que foi feito pelas partes no processo, ou seja, com esse princípio e tendo o juiz vários deveres como, por exemplo, o dever de consulta, ele deixa de ser protagonista e único responsável pelo resultado final do processo.

Com o presente trabalho procurou-se demonstrar a necessidade de colaboração entre aqueles que participam de qualquer forma para o andamento do processo, pois é por meio da cooperação entre as partes e o magistrado que se tornará mais palpável e eficaz o exercício dos demais princípios constitucionais, uma vez que, conforme demonstrado, este princípio abrange todos os demais previstos na constituição, desde que interligados.

Importante deixar claro que com o presente trabalho a ausência de cooperação acarreta nulidade processual, uma vez que viola princípios e garantias constitucionais. Entretanto, procurou-se muito mais demonstrar a importância desse princípio para garantir o andamento processual com êxito e atingir o seu fim, que é sentença justa e de mérito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Vade mecum Saraiva.** Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicoletti. 19. ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil.** 18. ed. Salvador: JusPODIUM, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973.** Salvador: JusPodivm, 2016.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação 20030110104093 0031963-52.2003.8.07.0001. Apelante(s): Proclima Engenharia LTDA. Apelado(s): MG Forros e Pisos LTDA. Relator: Flavio Rostirola, 12 de novembro de 2014. Acórdão 832247. **Diário Justiça**, Brasília, DF, n. 218, p. 174, 14 nov. 2014. Disponível em: https://dje.tjdft.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ218_2014-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO. Acesso em: 04 ago. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Embargo de Terceiro Nº 2014.01.1.131590-5. Apelante(s): Luciane Vacari Belone Ramos. Apelado(s): MG Forros e Pisos LTDA. Requerido: Massa Falida de Exata Empreendimentos Imobiliarios E Construções LTDA. Relator: Juiz: Edilson Enedino das Chagas, 29 de abril de 2015. **Diário Justiça**, Brasília, DF, n. 79, p. 648, 30 abr. 2015. Disponível em: https://dje.tjdft.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ79_2015-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO. Acesso em: 04 ago. 2018.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2017.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 37.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. Ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 949. v. 2.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

PEIXOTO, Ravi. **Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Princípio da cooperação no direito internacional. In: TORRES, Ricardo Lobo, GALDINO, Flávio; KATAOKA, Eduardo Takemi (org). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o direito civil**. São Paulo: MÉTODO, 2015. p. 38.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. Rio de Janeiro: Forem, 2017. v. 1.

VALE, Horácio Eduardo Gomes. Princípio da cooperação internacional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3864, 29 jan. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26542/principio-da-cooperacao-internacional>. Acesso em: 7 maio 2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

APLICAÇÃO DA LEI PENAL, O ESTELIONATO INSTITUCIONALIZADO

Elydia Leda Barros Monteiro¹

Franciana Di Fátima Cardoso²

*“Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade.’”
(FOUCAULT, 2014, p. 73)*

RESUMO

As teorias que fundamentam a pena, quer sejam as

¹ Especialista em Direito Eleitoral, pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Especialista em Ciências Criminais, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduada em Direito, pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Defensora Pública do Estado do Tocantins. E-mail: elydia.lb@defensoria.to.def.br.

² Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pelo Programa de Pós Graduação Profissional Stricto Sensu em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Escola Superior da Magistratura do Tocantins (ESMAT). Especialista em Direito Processual Penal, pela Fundação do Ensino Superior de Rio Verde (FESURV). Graduada em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Defensora Pública do Estado do Tocantins. Email: franciana.fc@defensoria.to.def.br.

retribucionistas ou as prevencionistas, em qualquer de suas vertentes demonstraram sua falibilidade enquanto modelo adequado para enfrentamento da criminalidade e da insegurança social. Fica evidente que a prisão enquanto instrumento para retribuir ou prevenir o crime não é medida eficaz, mas, ao contrário, representa indignidade para o encarcerado, estigmatização para o egresso e violação de direitos humanos. A pena de prisão é, em última análise, mecanismo de reforço da exclusão social e instrumento para retirar do convívio social os indesejáveis inabilitados para o consumo, de forma que é preciso assumir o fracasso da pena de prisão e assim possibilitar a abertura de novas alternativas de enfrentamento do crime e da criminalidade rumo a tão sonhada paz social para além do Direito Penal.

Palavras-chave: Dignidade humana. Exclusão Social. Presos. Teorias e Funções da Pena.

ABSTRACT

The theories underlying the punishment, whether retributionists or preventionists, in any of its aspects have demonstrated its fallibility as an appropriate model to deal with crime and social insecurity. It is evident that imprisonment as an instrument to repay or prevent crime is not an effective measure, but rather represents indignity for the incarcerated, stigmatization of the detainee and violation of human rights.

The prison sentence is ultimately a mechanism for reinforcing social exclusion and an instrument to withdraw unwanted unwanted people from social interaction, so that it is necessary to assume the failure of the prison sentence and thus allow the opening of new coping alternatives from crime and criminality to the long-awaited social peace beyond criminal law.

Keywords: Theories and Functions of the Pen. Prisoners Social Exclusion. Human Dignity.

1 INTRODUÇÃO

As teorias sobre a pena se fundamentam na afirmação de que ela tenha quatro funções, quais sejam: prevenção geral e especial, retribuição e socialização. Estas descendem dos estudos das escolas retribucionistas da pena e as prevencionistas ao longo de quase três séculos.

Essas funções surgem como meio de legitimar a pena. Tal necessidade surge após o monopólio estatal na função de distribuir a justiça e, com isso, trazer para si o poder, de forma exclusiva, de aplicar as sanções mais graves a fim de tutelar os bens jurídicos mais importantes.

O Direito Penal é o ramo jurídico responsável pela distribuição da justiça nesse tocante. Como Kelsen (2000, p. 26), afirma:

[...] a função de qualquer ordem social consiste obter uma determinada conduta por parte da-

quele que a esta ordenação está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é em relação a outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas socialmente úteis.

Desse modo, tem-se uma forma de monopolizar o uso da força a fim de racionalizá-la, evitando, ao máximo, distorções em relação a uma espécie de pacto social, que seria o conteúdo da norma que caberia à política definir.

Ao substituir os indivíduos na aplicação das sanções, o Estado promete agir dentro de limites pré-definidos e conhecidos por todos, de modo que as lesões aos bens jurídicos mais importantes sejam de menos recorrência possível.

Nesse sentido, trata-se de um avanço evidente, uma vez que a aplicação das sanções pelo indivíduo lesado naturalmente desencadeia excessos seguidos de contraofensivas mais gravosas pelo exercício da vingança privada. Esse era o contexto à época de vigência da lei de talião.

Esses avanços foram crescendo ao se substituir a pena de flagelação tão bem descrita por Foucault (2014) ao tratar do suplício de Demiens, ou mesmo a pena capital pela privação da liberdade (BECCARIA, 1999).

O estabelecimento da pena privativa de liberdade como resposta ao crime foi fruto de um movimento para colocar fim às penas corporais. Nos dizeres de Foucault (2014), foi o “acesso à humanidade da justiça penal”. O ápice desse movimento foi o estabelecimento de normas prévias que reconhecem a ili-

cidade de condutas específicas e definem o tipo de pena, sua forma de aplicação, prazo e as regras de cumprimento.

O processo penal também evoluiu ao descrever as formas de processamento das imputações, ao definir os mecanismos válidos, ou não, para demonstração da ocorrência delitiva, sua autoria e circunstâncias, requisitos essenciais para a aplicação da pena, sua quantificação e forma de cumprimento. Enfim, estabeleceram-se as regras do jogo processual (LOPES JÚNIOR, 2012; ROSA, 2013).

Trata-se de evidente evolução, tendo em vista que o processo penal brasileiro descende do modelo de processamento dos Tribunais de Santo Ofício da Inquisição que se valia de meios violentos para obtenção da prova, tortura e sigilo de sua tramitação, até para o réu, como a alusão feita por Kafka em 1925 (2003) na obra “O processo”.

Porém, a sensação de melhoria trazida com a adoção da privação da liberdade em substituição às penas corporais vem, aos poucos, se diluindo, sobretudo ao se verificar que as regras para a custódia estatal dos reclusos não obedece às normas e obrigações que o Estado assumiu.

A Constituição da República determinou que não haverá penas degradantes e cruéis no rol de garantias individuais descritas no art. 5º, XLVII (BRASIL, [2018a]). Todavia, no cumprimento das penas privativas de liberdade, nas unidades prisionais, a degradação do ser e a desconsideração sumária da dignidade da pessoa encarcerada denotam o quanto esse preceito ainda carece de efetividade.

Considerando-se a necessidade de legitimar a aplicação da pena e manter a aplicação da privação da liberdade demonstrando sua adequação ao Estado pós-moderno surgem, diariamente, teorias novas nesse sentido.

Este texto tem por objetivo analisar se as aludidas funções da pena são alcançadas, ainda que idealmente. Será analisado se a pena privativa de liberdade é capaz de atender a pelo menos uma das funções que a ela se imputa, ou se se trata tão somente de instrumento do controle social e a manutenção do regime político, econômico dentro dos moldes definidos pelos reais detentores do poder.

2 AS FUNÇÕES DA PENA

A despeito do grande histórico de teses sobre as funções da pena, começando das teorias absolutas de Kant e Hegel, passando às teorias de prevenção, já num conceito de utilidade da pena como elemento de redução do crime, até chegar-se às teorias mistas, que preveem a coexistência de ambos, é possível asseverar que

as questões relativas à justificativa da pena tangenciam dois conceitos básicos: a culpabilidade e a prevenção. De um modo ou de outro, todas as teses com as quais, em geral, se justificam as penas criminais apontam no sentido ou de que esta precisa retribuir a magnitude da culpabilidade, ou seja: o grau dereprovabilidade da conduta do sujeito gera, proporcionalmente, um certo grau de apenação – e, portanto, a pena volta-se ao passado;

ou, por outro lado, que a pena deve-se fixar levando em conta critérios prevencionistas – ou utilitaristas (COSTA, 2014, p. 29).

Dessa forma, considera-se que a pena possui as funções preventivas ou retribucionistas.

Nada obstante os anos e páginas de celeumas doutrinárias entre teoria absoluta, teorias mistas, pode-se sintetizar as funções acima referidas como as possibilidades de legitimação da pena.

As teses que versam sobre o caráter retributivo da pena defendem que “a finalidade e o fundamento da pena repousam em uma ideia de merecimento entre a conduta indevida do apenado e a reação institucionalizada da pena. De sorte que a pena representaria aquilo que o sentenciado merece por ter realizado o que não deveria, de um ponto de vista ético-social. Não haveria outras missões que pudessem ser alcançadas pela imposição ou ameaça de imposição de sanção penal; ela apenas representaria uma reação adequada – justa e proporcional ao desarranjo social produzido pela conduta do criminoso (COSTA, 2014, p. 33-34).

Essas teorias se aproximam muito da ideia de que a pena é um castigo, uma retribuição pelo mal causado. É a devolução do mal. A pena, nessa perspectiva, é fim em si mesmo, não havendo pretensão de que haja mudança de comportamento social ou do condenado pela sua imposição.

Em que pesem as muitas críticas a essas teorias, trata-

se de uma construção decorrente da dignidade do ser humano, afastando-o da condição de objeto de controle social ou de política criminal, partindo-se do ideal kantiano de que o homem enquanto ser racional é um fim em si mesmo. Assim, a pena a ser aplicada apenas visaria à retribuição do mal causado (PRADO; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, 2015), com um rechaço à ideia de que o delinquente seja objeto de repressão da prática de novos delitos, ou meio de alcance de qualquer finalidade.

A função de prevenção, por sua vez, está consubstanciada em teorias que defendem que a pena tem como finalidade evitar a ocorrência de novos delitos, seja por mostrar ao agente da conduta que esta é equivocada, numa ideia de correção (prevenção especial positiva), por neutralizar o agente, impedindo-o da prática de novos delitos de igual natureza (prevenção especial negativa), seja por reforçar as ideias de ordem constituída e da necessidade de observância das normas (prevenção geral positiva), ou por usar a pena imposta ao agente criminoso como exemplo para dissuadir os demais da prática do crime (prevenção geral negativa). Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 114) explicam que “na prevenção geral a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiriam enquanto que na prevenção especial age sobre o apenado.”

De forma geral, as teorias relativas são aquelas que justificam a pena como elemento de garantia da ordem estabelecida. Segundo estas, a pena seria instrumento para evitar a ocor-

rência de novos delitos, pela segregação do agente infrator, pela intimidação dos demais e, ao mesmo tempo, pela demonstração da incorreção da conduta, bem como da necessidade de observância das leis, adotando também a teoria da coação psicológica (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 115).

As muitas críticas a essas teorias se concentram na objetificação do ser apenado como elemento, meio para se conseguir a observância das normas. Todavia, também é possível constatar que muitas críticas nascem da ilusão de que o cumprimento por todos de todas as normas seria possível pelos efeitos, individuais ou coletivos da norma.

Durkheim (1999, p. 52) trata do crime como ocorrência natural em todas as sociedades e em todos os tempos. Ao contrário da criminologia positiva, para o referido autor, o crime é um fator social normal.

Para a teoria da anomia em Durkheim (1978, p. 139 *apud* SCHECAIRA, 2012, p. 191),

o crime é um fenômeno normal de toda estrutura social. Só deixa de sê-lo, tornando-se preocupante, quando são ultrapassados determinados limites, quando o fenômeno do desvio passa a ser negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se firmou

Nesse contexto, haveria possibilidade de concluir que a aplicação da pena seria, idealmente, uma estratégia de reduzir

a ocorrência de crimes, mas não uma forma de extinção dos comportamentos delitivos.

Essa conclusão coloca em xeque as teorias de prevenção da pena. Afinal, considerando-se o crime como um fator social normal, sua ocorrência, ainda que em pequena quantidade, será inevitável, ainda que a pena seja aplicada com o fundamento de evitar o cometimento de crimes – seja pela punição do agente como forma de demonstrar o caráter reprovável da conduta, seja com vista a reforçar no agente e em terceiros o conteúdo impositivo da obrigação constante da norma.

3 DA (IN)EFETIVIDADE DA PENA NO CUMPRIMENTO DE SUAS FINALIDADES

Após um breve resumo sobre as funções da pena e suas escolas, faz-se necessário avaliar se a privação da liberdade, pena mais grave prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro em tempos de paz, atende a esses ideais.

Considerando-se que a pena surge como imperativo de retribuição do mal, da sanção como forma de restabelecer a ordem e compensar o mal causado pelo crime, como fim em si mesma, tem-se a primeira esfera de avaliação sobre o atendimento dessa função. “É decorrente da exigência de Justiça, como compensação da culpabilidade, a punição pela transgressão do direito (teoria da retribuição), seja como expiação do agente (teoria da expiação).” (PRADO; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, 2015, p. 442).

Para se afirmar que a pena alcançou a retribuição do mal praticado com a conduta delitiva é necessário avaliar sob dois aspectos.

O primeiro e mais filosófico versa sobre a possibilidade de a pena privativa de liberdade alcançar o padrão de retribuição esperado para violações a bens jurídicos mais importantes que a liberdade (em tese) como, por exemplo, a vida.

Nesse tocante, merece análise a opção legislativa de punir com a privação da liberdade a conduta que levou a cabo a vida de alguém. Segundo a norma penal brasileira, matar alguém sujeita o autor da conduta à pena que pode variar entre 2³ a 30 anos, considerando-se o homicídio simples tentado, consumado, simples consumado, privilegiado e o qualificado.

São recorrentes os argumentos de comparação entre a pena aplicada e a perda da vida da vítima. Estes permeiam os ambientes sociais e também são utilizados nas produções jurídicas. No tribunal do júri, a acusação frequentemente faz essa relação como forma de convencer os jurados a condenar pelo crime mais grave, alegando que a vítima nunca mais poderá agir deste ou daquele modo, enquanto o acusado, após o cumprimento da pena, poderá viver de forma plena.

Sob esse aspecto, a pena somente poderia ter seu caráter retributivo caso se tratasse do sacrifício de outra vida. Assim, a única pena capaz de se aproximar da retribuição seria

³ Se o agente tem todas as circunstâncias judiciais favoráveis num crime de homicídio tentado – tentativa branca – poderá ter sua pena fixada em dois anos.

a pena capital, porquanto nem mesmo a morte do autor da conduta poderia atender ao impositivo de retribuição. Isso porque seria possível, ainda, fazer comparações entre importância, relevância e utilidade das vidas ceifadas que conduzem a pessoa à condição de vida sem valor e, portanto, indigna de ser respeitada, considerada e valorada, que, na lição de Agamben (2007, p. 146), “é a vida que cessa de ser politicamente relevante, é então somente ‘vida sacra’ e, como tal, pode ser impunemente eliminada. Toda a sociedade fixa este limite, toda a sociedade decide quais sejam os seus homens sacros.” Todas essas circunstâncias dão margem a inúmeras digressões sobre o valor da vida, conduzindo para um subjetivismo e, portanto, não se atenderia ao ideal normativo de objetividade.

Há de se considerar ainda que o avanço no sistema penal que levou à substituição das penas capitais e corporais pela pena de prisão se fez no intuito de abandonar o ideal de vingança que fora reconhecidamente inefetivo e violador da dignidade humana. Nesse sentido, caso o Estado substitua o papel da vítima na função de matar o agente criminoso estar-se-ia ampliando o rol de violação do bem jurídico vida, ao invés de retribuir o mal causado.

Sob outro viés, admitindo-se a proporcionalidade entre a conduta tipificada e a pena imposta, a retribuição se alcançaria, por uma questão de política criminal, com a privação da liberdade pelo prazo estabelecido pela sentença penal condenatória, dentro dos limites da norma, aplicada segundo os

preceitos legais.⁴

Nesse tocante, é necessário avaliar se o cumprimento da norma atende ao imperativo de impor ao agente tão somente a privação do bem jurídico previsto: a liberdade.

É que se houve a opção legislativa constitucional pela definição de proporcionalidade entre a conduta delitiva e a privação da liberdade, ao estabelecer a necessidade de prévia cominação legal para a imposição de pena, conforme dispõe o artigo 5º, XXXIX da Constituição da República, houve o estabelecimento da premissa de que a retribuição, para ocorrer, exige a imposição estrita da privação da liberdade pelo prazo definido e segundo as condições normatizadas (BRASIL, [2018a]).

Desse modo, a retribuição exige proporcionalidade entre a conduta e a pena aplicada. Qualquer falta na execução da pena, seja pela não aplicação desta; seja pela ampliação do prazo previsto pela sentença; seja pela imposição de sacrifício a bens jurídicos não previstos pela norma, resultará na violação à função retributiva.

Isso porque as normas penais em vigência no Brasil não impõem restrições e privações a outros bens jurídicos essenciais, como a vida, integridade física, intimidade, liberdade sexual, dentre outros, durante o cumprimento da pena.⁵ Também

⁴ Constituição Federal, princípio da legalidade (BRASIL, [2018a]).

⁵ STF. Recurso Extraordinário 580252 Mato Grosso do Sul. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, apreciando

não priva ou restringe a dignidade humana, a qual, no Estado brasileiro não é apenas um bem jurídico, mas o fundamento do próprio Estado, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.⁶

O cumprimento de pena nas unidades prisionais brasileiras é, conhecidamente, marcado pela violação a direitos humanos básicos, de tal forma que terminar o cumprimento da pena com vida e em bom estado de saúde é um dos maiores desafios impostos ao condenado.⁷

Portanto, tem-se que a função retributiva, pensada den-

o Tema 365 da Repercussão Geral, por maioria, conhecer do extraordinário e dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, para: (a) restabelecer o juízo condenatório da apelação, vencidos Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello que lhe davam provimento, mas adotavam a remição como forma indenizatória; e, (b) fixar a tese: **“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.”** (BRASIL, 2017a, p. 2, grifo nosso).

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, [2018a], não paginado).

⁷ Nesse sentido cite-se o julgamento da medida cautelar na ADPF 347 pelo STF, que reconhece o estado de coisas inconstitucional no cumprimento das penas (BRASIL, 2015). REsp 1537.530 do STJ que obriga o Estado de São Paulo a oferecer banho quente aos presos. RE 580.252 STF que reconhece o dever do Estado de indenizar preso em situação degradante (BRASIL, 2017a).

tro da perspectiva do Estado de direito, com a submissão às normas vigentes de forma integral, não é alcançada na aplicação da pena cumprida nos estabelecimentos prisionais do País.

No tocante às teses que tratam do caráter de prevenção, a pena cumprida no Brasil não encontra diferente resultado.

A prevenção especial positiva encontra amparo no conceito de que o apenado, a partir do cumprimento da pena, reconhecerá a incorreção de sua conduta e alterará o comportamento, de forma a retornar ao convívio social com a observância das correlatas normas de convivência social.

Ou seja, “manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinquente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção” (PRADO; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de, 2015, p. 448), exprimindo uma espécie de efeito pedagógico da pena, expresso pelo desejo de subjugar, oprimir, controlar e por que não, prender, “onde o nosso desejo se prende a processos de institucionalização da vida” (ZAMORA, 2008, p. 112) que ocorre tanto no âmbito da escola, quanto do presídio ou do manicômio, afinal, “a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis.’” (FOUCAULT, 2014, p. 135-223).

A essa linha de pensamento estão atreladas as teorias de ressocialização do apenado. Crê-se que o cumprimento da pena servirá de oportunidade para que o apenado aprenda a conviver em sociedade sem praticar novas condutas tidas por criminosas, integrando-se de maneira positiva ao meio social.

Ou seja, ignora todo o contexto social de onde o apenado veio e para onde irá voltar. Nesse contexto, registre-se que

um tal exame não pode senão levar à conclusão, pensamos de que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes do que pelo condenado: antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão (BARATA, 2011, p. 186).

Significa dizer que a consequência natural das sociedades desiguais, fundadas em valores individualistas e patrimonialistas, com foco no consumo, não podem produzir coisa diversa da violência, afinal “a sociedade brasileira continua caracterizada pelas disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa que, ao se combinarem, alimentam o crescimento inexorável da violência criminal.” (WACQUANT, 2011, p. 10).

Nesse sentido, nada obstante a sedução que os ideais da ressocialização proporcionam, não é minimamente alcançada no cumprimento da pena no Brasil. Os índices de reincidência mostram que a pena não tem sido efetiva para reintegrar o apenado ao meio social de forma respeitadora das normas vigentes (IPEA, 2015).

Ao contrário, os números apontam que há certa progressão delitiva, levando à conclusão de que o período de cumprimento da pena retira o mínimo de integração coletiva que o apenado tinha antes de ser preso. Barata (2011, p. 179-180)

explica que

a teoria por ele construída demonstra a dependência causal da delinquência secundária, ou seja, das formas de reincidência que configuram uma verdadeira e própria carreira criminosa, dos efeitos que sobre a identidade social do indivíduo exerce a primeira condenação; isto coloca uma dúvida de caráter fundamental sobre a possibilidade mesma sobre a função reeducativa da pena. [...] a espiral assim aberta eleva, afinal, a taxa de criminalidade, com a consolidação de carreiras criminosas, devido aos efeitos de condenação sobre a identidade social dos desviantes. Desse ponto de vista, o sistema penal age, portanto, como a escola, em face dos grupos sociais mais débeis e marginalizados: antes que no sentido de integração, no sentido oposto

Não é difícil compreender os motivos disso. Afinal, a noção de ressocialização trazida pelo artigo 10 da Lei 7.210, de 1984, pressupõe que o Estado ofereça assistência ao apenado para que este, durante o cumprimento da pena, oriente sua conduta de forma a conviver em sociedade, sem que venha a praticar novos delitos. Sublinhe-se que o dever estatal de assistência se constitui nos aspectos da saúde, material, jurídico, educacional, social e religioso (BRASIL, [2018b]).

Da leitura do artigo 11 da Lei de Execução Penal, que estabelece essas esferas de assistência, já se verifica que o Estado falha no cumprimento de suas obrigações. Isso resulta, evidentemente, na falha do alcance do propósito ressocializador, cuja estrutura teórica fundamenta o cumprimento de pena

no Brasil (BRASIL, [2018b]).

Outro aspecto a ser considerado é o fato de que grande parte da população carcerária brasileira é composta por jovens negros, de pouca escolaridade e baixa renda familiar, conforme dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2017a).

Dessa forma, tem-se que a assistência referida pela norma, não visaria apenas a um caráter (re)socializador, mas de oferta material de condições para a efetiva inserção social. Com o descumprimento desses deveres, a pena não atinge sua finalidade, sendo a reincidência sua consequência natural. Nesse sentido:

A teoria das carreiras desviantes e do recrutamento dos ‘criminosos’ nas zonas sociais mais débeis encontra uma confirmação inequívoca na análise da população carcerária, que demonstra a extração social da maioria dos detidos dos extratos sociais inferiores e o elevadíssimo percentual que, na população carcerária, é representada pelos reincidentes (BARATA, 2011, p. 179).

Essa circunstância se estende também aos egressos, os quais, a despeito da proteção prevista pela Lei de Execução Penal, não têm nenhum amparo estatal com vista à (re)socialização.

Mais do que isso, considerando-se a forma de estruturação da sociedade brasileira, fundada no consumo desenfreado e na grande concentração de renda e desigualdade social, o crime, em especial os cometidos contra o patrimônio e dele

decorrentes, como o tráfico⁸, é possível compreender que não se pode falar em ressocialização quando a maior parte de população não é socializada, no sentido de ter condições reais de integração harmoniosa e autônoma à sociedade, com acesso à educação, trabalho e renda.

Por fim, é eixo estruturante da ideia de ressocialização o acesso a outras e melhores realidades do que o agente possuía quando foi encarcerado. Mas não é o que ocorre nas unidades prisionais. A superlotação, as violências recorrentes, a falta de acesso a condições mínimas de vida digna como ambiente aerado, iluminado, bem como alimentação adequada retiram qualquer possibilidade de implantação de estratégias de reinserção dos presos no contexto social, de forma a alcançar a prevenção especial almejada. Ao contrário,

as instituições de execução penal corrompem e despreparam os indivíduos para a vida livre, ... proporcionam o castigo, cujo preso torna-se tão alto ao ponto de converter-se em eterno, já que, uma vez alvo da sanção penal, o condenado estará sempre pronto para pagar mais penitências (TAVARES; MENANDRO, 2004, p. 94)

⁸ Seu consumo passa a ser uma cópia exagerada, orgiástica, do que entende ser o luxo do rico: muita roupa, carros, mulheres, uísque (bebida de bacana) e muita cocaína (coisa de gente fina). [...] ilude-se com a possibilidade, enfim, de que, apesar de jovem, preto e pobre, vai se dar bem” e sair dessa vida de perigos e medos. Na verdade, a quase totalidade desses jovens ou morre muito cedo, muitas vezes caçados por outros bandidos ou por policiais de extorsão, porque enriquecem mais do que deviam, ou é presa e passa a viver os horrores do sistema prisional brasileiro (ZALUAR, 1996a, p. 102 *apud* TAVARES; MEANDRO, 2004)

Ademais, o contexto encontrado pelo condenado no final da pena também não corrobora com essa proposta. Afinal, exigências como certidão de antecedentes negativa é requisito para conseguir emprego, veiculação em mídias da foto do apenado com a descrição pormenorizada do crime, narrada pela vítima em cenas de grande comoção, são exemplos que demonstram que a sociedade não tem interesse na (re)inserção social do apenado.

4 A INSISTÊNCIA DA PENA DE PRISÃO NO BRASIL COMO RESPOSTA AO CRIME

Considerando que os argumentos até aqui expendidos mostram que a pena de privação da liberdade nos estabelecimentos prisionais brasileiros (pelo menos) não são efetivos para o alcance das aludidas finalidades retributivas ou preventivas, e que estes argumentos são decorrentes de singela observação dos números do encarceramento no País. Resta saber por qual motivo o sistema de (in)justiça penal ainda insiste na prisão como resposta ao crime, desde os de menor relevância, como os furtos, até os mais graves.

A expressão crimes “de menor relevância” não guarda relação com os crimes de menor potencial ofensivo descritos pela Lei nº 9.099, de 1995 (BRASIL, [2018c]). O termo aqui é adotado para definir crimes cuja pena prevista é a de privação da liberdade, porém com a fixação de regime de pena distinto

do fechado, os chamados crimes médios.

A obstinação pela prisão é tanta que o País nem sequer observa a regra constitucional que criou de aplicação da pena após o trânsito em julgado como regra, decorrência do princípio da presunção de não culpabilidade.

Não se refere aqui apenas à famigerada alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal que recentemente decidiu contrariamente ao dispositivo literal e de cristalina compreensão da Constituição da República, diga-se, de que a pena pode ser aplicada após a condenação em segunda instância.⁹

Também há de se considerar que no País o grande número de prisões refere-se a pessoas que ainda respondem ao processo em primeira e segunda instâncias.¹⁰ São pessoas presas por força de prisões temporárias ou preventivas, muitas vezes justificadas pelo argumento abstrato de necessidade pela garantia da ordem pública, conceito cujos limites são inexistentes e que abre, por isso mesmo, possibilidade de se recolher ao cárcere qualquer pessoa por qualquer crime, mesmo aqueles que, caso ensejem a condenação, não resultarão em aplicação de pena privativa de liberdade em regime fechado, único equiparado à prisão provisória.

Esse dado é de profunda significância para se reconhe-

⁹ STF Ação declaratória de Constitucionalidade nº 43 e Ação declaratória de Constitucionalidade nº 44 (BRASIL, 2018d, 2018e).

¹⁰ Segundo dados do Ministério da Justiça referente ao levantamento de 2017, os presos provisórios representam quarenta por cento da população carcerária (BRASIL, 2017b).

cer o quanto a (in)justiça penal brasileira tem obsessão pelo ato de prender por retirar os indesejáveis, inabilitados para o consumo do convívio social.

O direito penal representou, durante a revolução industrial, instrumento para controle do exército de reserva de mão de obra a serviço do capital. Hoje, na sociedade de consumo, é o controle para o expurgo dos indesejáveis que não podem consumir – os consumidores falhos de Bauman –, pois,

[...] nada deveria ser abraçado com força por um consumidor, nada deveria exigir um compromisso até que a morte nos separe, nenhuma necessidade deveria ser vista como inteiramente satisfeita, nenhum desejo como último [...] O que realmente conta é apenas a volatilidade, a temporalidade interna de todos os compromissos; isso conta mais que o próprio compromisso, que, de qualquer forma, não se permite ultrapassar o tempo necessário para o consumo do objeto de desejo (BAUMAN, 1999, p. 89).

Trata-se de uma “insegurança moderna, em suas várias manifestações, é caracterizada pelo medo dos crimes e dos criminosos” (BAUMAN, 2009, p. 2), de forma que se suspeita do outro, e isso gera, fora e dentro da prisão, as dificuldades de diálogo e a desconfiança.

Nesse contexto, é necessário refletir sobre os motivos pelos quais a privação da liberdade é, na prática, a primeira alternativa ao crime no Brasil.

Uma explicação interessante parece ser a de Baratta

(2011) que já nos anos 70, ao estudar o sistema carcerário da Itália e Alemanha, concluiu que o encarceramento atende a imperativos do sistema econômico de seleção ou segregação de mão de obra.

É na zona mais baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto crítico, no qual, à ação reguladora do mecanismo geral do mercado de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito. Isto se verifica precisamente na criação e na gestão daquela zona particular de marginalização que é a população criminosa (BARATA, 2011, p. 172).

Esse entendimento é reforçado por Carvalho (2013, p. 194) ao sublinhar que “o direito penal mantém a histórica função de gestão dos excedentes” que deixa evidente a “descartabilidade do valor pessoa humana.”

Dados da população carcerária do País confirmam a tese, uma vez que revelam que o grande alvo da persecução penal é o público entre 18 e 29 anos, com pouca ou nenhuma escolaridade (75% dos presos não chegaram ao ensino médio) (BRASIL, 2017b).

Tudo isso revela que a obsessão punitiva no Brasil não é fruto de uma questão ideológica sobre as finalidades da pena, mas decorrente do exercício de poder que atende a interesses

de um modelo sócio-político-econômico que visa à acumulação de capital baseado no consumo pujante, fomentado por discursos massivos sobre violência que promovem o medo e os desejos higienistas.

A cultura do medo mostra adesão social no atual contexto. Nesse sentido, é possível verificar que 57% da população aderem à possibilidade da pena de morte no Brasil como solução para a criminalidade (BOLDRINI, 2018).

Outro elemento que confirma o sucesso desse modelo no que toca à segregação dos indesejáveis é o fato de que a população carcerária no Brasil saiu de 401,2 mil em 2006 (BRASIL, 2014b) para 726,7 mil em 2016 (VERDÉLIO, 2017). Isso significa um aumento de mais de 80% da população carcerária enquanto no mesmo período a população brasileira cresceu de 188 milhões para 207,7 milhões (IBGE, 2017 *apud* BRASIL, 2017c), ou seja, pouco mais de 10%.

Apesar do vertiginoso aumento no número de prisões, a sensação de insegurança da população não diminuiu, tampouco o número de crimes. No que tange aos homicídios, por exemplo, o Brasil registrou em 2016 mais de 61.000 assassinatos (MELLO, 2017).

Isso revela que a relação entre encarceramento e redução de crime não é inversamente proporcional, como apregoam os discursos de segurança que se valem do Movimento Lei e Ordem, por meio de maior recrudescimento penal. Esses fundamentos falaciosos em favor da segurança e do combate à criminalidade espriam seus efeitos por todos os lugares, com

olhar simplista e maniqueísta que ignora o homem enquanto construção social, deixando de entender o homem criminoso enquanto corpo de um todo. Essa falta de criticidade quanto ao fenômeno do crime e da violência afeta a todos, até mesmo quem julga, conforme sustenta Carvalho (2017, p. 10):

A maioria de nós incorpora a neurose que explode na sociedade civil: uma fúria persecutória espetacular – outra vez, o senso comum invadindo o espaço do jurista -, transformando-o em agente da irracionalidade que perceber o fenômeno da violência como espetáculo midiático.

Dessa forma, é fácil concluir que as motivações para a manutenção da política de encarceramento são de outra ordem, que não a jurídica. Por essa razão se sustentam no meio social por tanto tempo, independentemente dos movimentos de expansão do pensamento sobre o direito penal. Nesse sentido, a reflexão de Batista (2016, p. 158):

A (des)razão punitiva tem sido astuciosa o suficiente para sobreviver ao longo de milênios, como um camaleão que assume as formas requisitadas pelas relações econômicas, relegitimando-se constantemente através do discurso jurídico, disfarçada na pele de um dever ou de um direito do Estado. Quando a razão encontrou-se com ela, na conjuntura história sobre a qual nos detivemos tão precariamente, ajoelhou-se a seus pés, e até hoje estamos pagando o preço disso.

Para além da retirada dos indesejáveis, inabilitados

para o consumo do convívio social, a melhor maneira de compreender a razão da fome de encarceramento, como resposta à prática de crimes, esteja naquilo que Carvalho (2017, p. 26) explica como “nojo do outro para sobreviver ante a nojeira que está em mim e que me permite, então, não me limpar”, que se constitui no medo de que a sombra exposta do outro revele também a minha natureza sombria.

A sanha punitiva, nessa acepção, atende ao desejo íntimo de o ser se livrar da sua porção sombria pela aplicação da pena ao outro. É um fenômeno de projeção das mazelas individuais no outro e no corpo coletivo, a fim de que, ao imputar ao outro a conduta que se adota secretamente, não se precise corrigi-la em si.

5 CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, em especial, após as democracias constitucionais se disseminarem pelo mundo, o direito penal avançou ao limitar, normativamente, as penas para respeitar valores e direitos essenciais à dignidade do condenado. No plano internacional, houve a criação de tratados que versam sobre o tema, notadamente as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Presos – Regras de Mandela e Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – Regras de Bangkok.

Apesar dos consideráveis avanços na normatização

da aplicação da pena dentro de limites previamente previstos, com a restrição ao direito estatal de punir, tem-se que estes não são suficientes para impedir a violação da dignidade do apenado

Isso porque os fundamentos apontados como legitimadores desse modelo não atendem às finalidades para as quais foram pensadas. A função retributiva da pena, a despeito do ideal de garantir a dignidade humana por não objetificar o condenado, não promove seu intento ante o descumprimento dos deveres estatais de impedir a violação a bens jurídicos do condenado não alcançados pela sentença penal condenatória.

No que tange às finalidades de prevenção também não são alcançadas pelo cumprimento das penas privativas de liberdade nos estabelecimentos prisionais do Brasil. Isso porque não se atende à prevenção geral considerando que não há relação inversamente proporcional estabelecida entre número de crimes e número de prisões bem como não houve redução da sensação de insegurança social.

No tocante à prevenção especial, o fracasso da prisão é ainda mais evidente já que o apenado não encontra no encarceramento condições para se reinserir no meio social ante a falta de assistência prevista pela Lei de Execuções Penais, mas ao contrário vivem experiências de violência que reforçam a espiral de violência que se materializa pelos altos índices de reincidência.

Ademais, as teorias prevencionistas fundadas na ideia de (re)socialização não alcançam a finalidade porque não exis-

te possibilidade de ressocializar as pessoas sempre excluídas do contexto de socialização.

Por fim, as unidades prisionais não oferecem ferramentas para o indivíduo criar condições de vida social harmônica com as normas vigentes após o encarceramento. A superlotação, o modelo de custódia empregado e o tratamento social do egresso logo após a devolução da liberdade não possibilitam ao apenado sua reinserção no meio social em condições inibidoras da reincidência.

Dessa forma, não é difícil constatar que a pena privativa de liberdade não encontra fundamento real de necessidade no atual modelo jurídico penal. Mas decorre apenas do sentimento de agressividade social acumulada em séculos de uso imoderado da força e da agressividade como força como elemento estruturante das relações de poder.

Nota-se, quando a discussão criminal é pautada, verdadeiro fascínio pelos atos de crueldade, pelo excesso de violência, pelo abuso da força e o uso desmedido do poder. Fenômenos dessa ordem, contudo, mas do que indicadores da curiosidade mórbida, pelas mais distintas formas de imposição de sofrimento às pessoas, expõe à fraqueza do humano frente aos modelos de conduta traçados como ideais pela Modernidade (CARVALHO, 2013, p. 26).

Portanto, necessário que se considere o fundamento do direito penal não na pena, mas em alternativas a esta, como maneira de avançarmos na construção outras formas de respostas ao crime fora do sistema penal, porque este é incapaz

de sozinho cumprir a função que se atribuiu de tutela de bens jurídicos.

Em primeiro lugar, quanto mais se aumentarem os dispositivos penais e, em consequência deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade. As instituições carcerárias e também os recursos financeiros necessários para a execução penal humana estão muito aquém do necessário. Além disso, a imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável. Afinal, o fato de que, nos delitos pequeno e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma (re)socialização através de penas privativas de liberdade, é um conhecimento criminológico seguro. Não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação da liberdade, possuem ainda maiores efeitos dessocializadores (ROXIN, 2008, p. 18).

Trata-se de um grande desafio, uma vez que o sistema penal, assim como todo sistema jurídico, acumula anos de crenças messiânicas (CARVALHO, 2013, p. 199) de que são responsáveis e suficientes a dar respostas para solução de conflitos sociais, pois,

mantém-se o discurso punitivo em uma espécie de narcisismo infantil cuja onipotência incapacita a percepção dos seus limites, inviabilizando relação madura com outros ramos do saber. Nesse aspecto, a abertura transdisciplinar e a crítica criminológica expõe a nova

ferida narcísica do saber penal, revelando a todos sua absoluta incapacidade de proteção de quaisquer valores, dos mais importantes ao de menor significância social (CARVALHO, 2013, p. 199).

É preciso seguir para o enfrentamento das causas dos crimes com olhar multidisciplinar para uma ação propositiva de ferramentas que possam mitigar o medo e a insegurança social. Enquanto se busca solução para os crimes sem enfrentar suas causas, estar-se-á a ‘enxugar gelo’.

Somente a partir do estudo de alternativas à prisão será possível construir modelos que garantam a observância dos Direitos Humanos de apenados e vítimas pela redução da criminalidade e efetiva pacificação social, pois fica evidente que a pena de prisão enquanto resposta ao crime é apenas um engodo estatal, um estelionato institucionalizado para que se atenda aos imperativos de controle e dominação política econômica e social por parte de um projeto político e social excludente.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. Astúcias da (des)razão punitiva. In: CARVALHO, Salo de *et al.* (org.). **Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico**: ensaios críticos em homenagem a Hamilton Bueno de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Flório de Angeles. Bauru: Edipro, 1999.

BOLDRINI, Angela. Apoio à pena de morte bate recorde entre brasileiros, aponta o Datafolha, **Folha de São Paulo**, 8 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1948659-apoio-a-pena-de-morte-bate-recorde-entre-brasileiros-aponta-o-datafolha.shtml>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Lei N° 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, DF: Presidência da República, [2018c]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 44 Distrito Federal**. Requerente: Associação Nacional dos Defensores Públicos - ANADEP. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 de maio de 2018. 2018d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314490094&ext=.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 Distrito Federal**. Requerente: Partido Ecológico Nacional - PEN. Relator: Min. Marco Aurélio, 16 de agosto de 2018. 2018e. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314929880&ext=.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252**. Requerente: Anderson Nunes da Silva. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 16 de fevereiro de 2017a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – Junho de 2016**. Organização Tamara Santos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento

Penitenciário nacional, 2017b. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopenesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Cidadania e Justiça. **População brasileira passa de 207,7 milho em 2017**, Brasília, DF: Cidadania e Justiça, 2017c. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/08/populacao-brasileira-passa-de-207-7-milhoes-em-2017>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Há 726.712 pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2017d. não paginado. Disponível em: http://www.justica.gov.br/acl_users/credentials_cookie_auth/require_login?came_from=http%3A//www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - Psol. Relator: Min. Marco Aurélio. 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Hamilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, juízes criminais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COSTA, André de Abreu. **Penas e medidas de segurança, fundamentos e individualização**. Rio de Janeiro, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014

IPEA. **Relatório de pesquisa**. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.
Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Daniel. Com mais de 61 mil assassinatos, Brasil tem recorde de homicídios em 2016. **Agencia Brasil EBC**, 30 out. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-10/com-mais-de-61-mil-assassinatos-brasil-tem-recorde-de-homicidios-em-2016>. Acesso em: 17 out. 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROSA, Alexandre de Moraes. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumenjuris, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Juís Callegari. Livraria do advogado. Porto Alegre, 2006.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TAVARES, Gilead Marchezi; MENANDRO, Paulo Rogério Meira. Atestado de exclusão com firma reconhecida: o sofrimento do presidiário brasileiro. **Psicologia e Ciências Profissão**, v. 24, n. 2, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pcp/v24n2/v24n2a10.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018

VERDÉLIO, Andreia. Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo. **Agência Brasil EBC**, 08 dez. 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>. Acesso em: 17 out. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

ZAMORA, Maria Helena. Os corpos da vida nua: sobreviventes ou resistentes? **Lat.-Am. Journal of Fund. Psychopath**, v. 5, n. 1, São Paulo, p. 104-117, maio 2008, Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/lajfp/v5n1/v5n1a10.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução André Teles. 2. ed. ampl. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

**A VOCAÇÃO EMANCIPATÓRIA DA DEFENSORIA
PÚBLICA: para além da indispensável assistência**

Isabella Faustino Alves¹

“O que está em causa é a constituição de uma globalização contra-hegemônica capaz de incluir vários mundos, vários tipos de organizações e de movimentos sociais, e várias concepções de emancipação social. A obrigação política que há de unir toda essa diversidade há de ser uma obrigação política horizontal com suporte na substituição das relações de poder por relações de autoridade partilhada.”
(Boaventura de Sousa Santos, 2003)

RESUMO

O presente trabalho analisa o potencial emancipatório da atuação da Defensoria Pública, a par da assistência jurídica

¹ Mestranda em Direito Constitucional, pela Universidade de Coimbra (UC). Especialista em Direito Constitucional, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Especialista em Direito do Estado, pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduada em Direito, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Defensora Pública do Estado do Tocantins. E-mail: isabella.fa@defensoria.to.def.br.

aos necessitados. Nesse contexto, trata de seu papel enquanto expressão e instrumento da democracia e de promoção dos direitos humanos, de modo que atue com vista a prestar efetiva contribuição para a emancipação sociopolítica de grupos hipossuficientes do ponto de vista econômico/em situação de vulnerabilidade social dos conflitos estruturais em que se encontram inseridos, com vista à construção e consolidação da cidadania, enquanto conjunto de direitos efetivamente exercidos.

Palavras-chave: Democracia. Cidadania. Emancipação. Direitos Humanos. Defensoria Pública.

ABSTRACT

This paper analyzes the emancipatory potential of the Public Defender's performance, along with legal assistance to those in need. In this context, it deals with its role as a democracy expression and instrument and of human rights promotion, so that it can act with the purpose of making an effective contribution to the socio-political emancipation of economically / socially vulnerable groups of the structural conflicts in which they are inserted, with a view to the citizenship construction and consolidation, as a set of rights effectively exercised.

Keywords: Democracy. Citizenship. Emancipation. Human Rights. Public Defense.

1 INTRODUÇÃO

A análise histórica acerca da constituição da noção e da *praxis* da cidadania no Brasil conduz à constatação de uma verdadeira construção social histórica da *subcidadania*, resultante de uma emancipação pretendida a partir do consumo, e não do acesso a bens imateriais que constituem uma vida digna. É dizer, a direitos garantidos constitucionalmente e pela legislação infraconstitucional, de modo que, na precisa lição de Santos (2014, p. 25), “em lugar do cidadão, formou-se um consumidor, que aceita ser chamado de usuário.”

As minorias políticas – que consistem, a partir de Tiburi (2018, p. 113), em grupos excluídos da participação política pelo poder vigente, o qual reserva para si um lugar de exercício de dominação do outro – figuram como sujeito passivo das diversas dimensões de injustiça notoriamente presentes na sociedade brasileira, de modo que, com relação àquelas, a mutilação ou inversão da noção de cidadania é ainda mais gravosa.

Com efeito, é cotidiana a sonegação de direitos justamente aos vulneráveis da sociedade, notadamente aos grupos economicamente hipossuficientes/vulneráveis do ponto de vista social, que vivem, em diversos aspectos, em condições subnormais, num verdadeiro padrão de “normalidade” estabelecido para os pobres, que parte da pseudo conclusão de que as pessoas têm necessidades essenciais em função da classe a que pertencem.

Nesse contexto, parte-se da acepção do conceito de po-

breza econômica como questão social e fenômeno estrutural da sociedade pátria, “caracterizada notadamente como a insegurança existencial dessas pessoas diante de um universo de insígnias de dignidade humana e de nobreza cultural.” (SOUZA, 2009, p. 378).

A privação sistemática de direitos fundamentais os quais compõem o núcleo da dignidade humana importa em evidente mutilação do exercício da cidadania. Isso deriva, dentre outros pontos, da necessidade premente de o indivíduo nessa circunstância concentrar sua atenção nas mais diversas urgências da sobrevivência imediata, consoante ressalta Souza (2017, p. 100), como a postulação dos direitos mais básicos, o que o afasta, em maior ou menor grau, do exercício de outros direitos inerentes à cidadania.

Nesse cenário, esse cidadão é relegado à condição de não cidadão, excluído do contrato social e à margem da inclusão, consoante ressalta Santos (2003, p. 62), a respeito da cidadania em sociedades capitalistas. Por oportuno, ressalte-se a lição do mencionado autor:

Enquanto soma dos direitos efectivamente exercidos pelos indivíduos ou grupos, a cidadania nas sociedades capitalistas resume-se a uma questão de graus. Existem os super-cidadãos – os que pertencem à sociedade civil íntima – e os restantes. Os restantes, que formam a sociedade civil estranha, albergam cambiantes múltiplos de cidadania. E existem ainda os não-cidadãos, indivíduos e grupos sociais que pertencem à sociedade civil incivil e às zonas fronteiriças entre a sociedade estranha e a so-

cidade civil incivil. As experiências de vida dos indivíduos pertencentes à segunda categoria correspondem a esta ausência de cidadania e caracterizam realmente não só as suas relações com o Estado, como ainda as suas interações com os outros indivíduos, incluindo por vezes os que compartilham a sociedade civil incivil. Estas experiências de vida variam de acordo com a circunstância de o não-cidadão haver sido expulso de algum tipo de contrato social e, conseqüentemente, da inclusão social que este tornava possível (pós-contratualismo), ou de o cidadão não haver alguma vez sequer experimentado qualquer tipo de inclusão social contratual (pré contratualismo).

Esse modelo de não cidadania se expande não pelo reconhecimento formal da existência dessa condição, mas pela rejeição dessas pessoas à margem das decisões e das estruturas de poder. Como regra, o que se tem de “representatividade” desses grupos são discursos de indivíduos ou instituições que *falam por eles*, mas sem um real conhecimento de suas vivências e contextos.

A cidadania, a um só tempo, decorre e pressupõe a existência do regime democrático, que tem como um de seus traços principais a legitimidade de ações que se efetuam como contrapoderes sociais de criação de direitos e de como poderes políticos de sua legitimação e garantia (CHAUÍ, p. 339), contexto no qual exsurge a Defensoria Pública, instituição considerada pela própria Constituição Federal como expressão e instrumento da democracia.²

² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à fun-

Enquanto governo do povo, e em razão do ideal que a democracia se propõe a realizar, o povo deve ser compreendido não apenas como um todo, mas sim e sobretudo dentro das especificidades de grupo, no qual se destacam os hipossuficientes e os vulneráveis, supramencionados, destinatários da assistência integral e gratuita garantida pela Constituição, por intermédio da Defensoria Pública.

A Constituição Federal outorga à Defensoria Pública, ainda, a missão de promover os direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial, em todos os graus, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Tal configuração permite situar a instituição como direito, garantia e dever fundamental, apresentando-se um amplo horizonte de análise acerca de seu papel subjacente, mormente de sua função de transformação social num contexto de desigualdades sociais patentes e da constatação da existência de um verdadeiro pacto estatal e privado em prol da subcidadania, como mecanismo de manutenção das condições estruturais de desigualdade e marginalização presentes fortemente na sociedade brasileira.

A Defensoria Pública, por força de determinação cons-

ção jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, [2018], não paginado).

titucional é incumbida de ofertar ferramentas de construção, pelos indivíduos, da cidadania, seja garantindo o acesso a direitos legalmente previstos, seja promovendo educação em direitos de forma a contextualizar os marginalizados sobre essa condição para que criem, por sua vez, estratégias para a reversão dessa circunstância.

Nessas duas frentes de atuação, a Defensoria Pública não fala pelo usuário dos serviços, mas trabalha pela “ampliação da voz” daquele que pleiteia a tutela de um direito, devendo, antes de tudo, dedicar-se a conhecer, como premissa de sua atuação, as causas originárias de tais demandas/conflitos, bem como dos mecanismos de superação de tal contexto, com vista a cooperar com os indivíduos, protagonistas desse processo, para a construção e consolidação da cidadania no Brasil.

2 A NEGAÇÃO DA CIDADANIA POR MEIO DA SONEGAÇÃO DE DIREITOS

“Quem, melhor que os oprimidos, se encontrará preparado para entender o significado terrível de uma sociedade opressora? Quem sentirá, melhor que eles, os efeitos da opressão? Quem, mais que eles, para ir compreendendo a necessidade da libertação?”
(Paulo Freire, 2014)

O incremento da desigualdade é um fenômeno mundial, o que se constata a partir do agravamento do grau de desigualdades socioeconômicas levado a efeito durante as duas últimas décadas do século XX, tendência que perdurou e se aprofundou na primeira década do século XXI, consoante resalta Comparato (2011, p. 544). A esse respeito, confira-se:

Na verdade, a dissociação da humanidade entre a minoria abastada e a maioria carente acelerou-se consideravelmente após os ‘30 anos gloriosos’. Em 1960, a quinta parte mais rica da população mundial dispunha de uma renda média 30 vezes superior à dos 20% mais pobres. Em 1997, essa proporção havia mais do que dobrado: 74 a 1. Na primeira década do século XXI, ela passou a ser de 80 para 1 (COMPARATO, 2011, p. 544)

O agravamento da desigualdade socioeconômica, “exactamente num momento da história em que pareceria que os avanços tecnológicos existem para que as nossas sociedades sejam de outro modo” (SANTOS, 2003), deve-se notadamente à globalização neoliberal, modelo civilizacional assente no aumento dramático da desigualdade nas relações sociais, nas palavras do mencionado autor.

No plano interno, como integrantes de um país da periferia do capitalismo, destaca Maricato (2017, p. 20) que as cidades brasileiras carregam uma herança pesada, consistente na escravidão vigente até pouco mais de um século, somadas a um Estado patrimonialista e à universalização da “política do favor” e notadamente na desigualdade social, uma das maiores

da América Latina.

No que diz respeito à desigualdade no campo, tem-se que 45% da área rural do Brasil estão nas mãos de menos de 1% das propriedades, segundo relatório divulgado pela OXFAM – confederação internacional que luta contra a pobreza e a desigualdade em mais de 90 países, a partir do último Censo Agropecuário do IBGE, de 2006 e o IBGE cidades de 2010 (OXFAM BRASIL, 2016, não paginado).

Assim, no Brasil, como ocorre em diversas sociedades ditas democráticas, muitos cidadãos vivem sujeitos à privação de direitos elementares e em situações contra as quais não podem resistir sob pena de pesadas consequências, consoante ressalta Santos (2016, p. 132), referindo-se particularmente a limitações ao direito à liberdade de expressão nessas sociedades.

No entanto, tais limitações não se restringem aos direitos fundamentais conceituados pela doutrina como de primeira dimensão ou primeira geração, mas notadamente aos direitos sociais, de natureza prestacional (ou positiva), os quais possuem inequívoca vinculação com a garantia das condições materiais mínimas existenciais (SARLET, 2004), enfoque de maior interesse para a finalidade da presente análise.

Com efeito, na realidade pátria, em que a desigualdade socioeconômica sempre foi uma das principais características, há verdadeira “justificação da desigualdade pelo ‘esquecimento’ do pertencimento de classe e, portanto, da gênese social das diferenças individuais, que aparecem como atributo (miracu-

loso) do mérito individual.” (SOUZA, 2009, p. 60).

Tal conjuntura deriva, dentre outros pontos, da estratificação social gerada historicamente, que tem também como “característica a racionalidade resultante de sua montagem como negócio que a uns privilegia e enobrece, fazendo-os donos da vida, e aos demais subjuga e degrada, como objeto de enriquecimento alheio.” (RIBEIRO, 2015, p. 160).

Nesse contexto de desigualdades sociais patentes, atos discriminatórios são frequentes nas interações privadas entre sujeitos sociais, notadamente entre membros de grupos que estão posicionados em lugares sociais distintos, o que “permite que os membros dos segmentos majoritários imponham tratamentos desvantajosos a grupos minoritários com o objetivo de manter seu *status* privilegiado.” (MOREIRA, 2017, p. 132).

Com efeito, é notória a existência de uma discriminação estrutural histórica e de uma relativização de direitos dos grupos vulneráveis, dentre os quais o hipossuficiente no sentido econômico do termo, contexto no qual se oportuna a lição de Ribeiro (2015, p. 165), no sentido de que “a distância social mais espantosa do Brasil é a que separa e opõe os pobres dos ricos.”

Esse verdadeiro abismo social é agravado pelo fato de que “a reprodução da desigualdade material em todas as suas dimensões – econômica cultural e política – pressupõe o sistemático desconhecimento/encobrimento, produzido e reproduzido simbolicamente, de suas causas efetivas.” (SOUZA, 2009, p. 91).

ATÉ AQUI Para além do encobrimento ou relegação de suas causas para segundo plano, também é negligenciada grande parte dos efeitos nefastos da pobreza econômica na vida das pessoas. A título de exemplo, estudo recente, publicado pela revista médica *The Lancet*, oriundo de especialistas de instituições como a Universidade de Columbia, o King's College de Londres concluiu que “a pobreza encurta a vida quase tanto quanto o sedentarismo e muito mais do que a obesidade, a hipertensão e o consumo excessivo de álcool.” (SALAS, 2017, não paginado). Tal estudo consiste em crítica às políticas da Organização Mundial da Saúde (OMS), que não inclui em sua agenda este fator determinante da saúde.

Em que pese a existência de valorosas normas que precizam direitos fundamentais, precipuamente previstas no texto da Constituição, na esteira do que dispõem as convenções e tratados internacionais de direitos humanos, com seu inegável caráter humanista e emancipatório, os direitos fundamentais ainda jazem sem efetividade, sobretudo com relação aos hipossuficientes do ponto de vista econômico. É patente, desta feita, o contraste entre seu potencial emancipatório e as práticas (in)existentes de políticas públicas efetivas.

A despeito da constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos, levada a efeito no Brasil, realidade não acompanhada de políticas públicas e sociais consolidadas, salta aos olhos a condição de subcidadania em que remanesce a maior parte da população, uma vez que, consoante asseve-

ra Santos (2014, p. 19), a consagração da cidadania se impõe como um corpo de direitos concretos individualizados.

3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NUM CONTEXTO DE SONEGAÇÃO DE DIREITOS

“Não existe neutralidade possível: o intelectual deve optar entre o compromisso com os explorados ou com os exploradores”

(Florestan Fernandes)

No Estado Democrático, é patente a necessidade de uma articulação permanente entre poder e direito. Nesse contexto, Casara (2015, p. 294), afirma que, para além da legitimação democrática, “uma ordem de domínio legitimada pelo povo”, emerge a necessidade de o poder ser exercido, dentro dos limites legais, em nome do povo e para o povo.

A história da positivação do direito coincide com a positivação do capital, bem como do Estado tendente a realizar os fins pretendidos por aquele, uma vez que “o Estado é um elemento necessário nas estruturas de reprodução capitalista.” (MASCARO, 2013, p. 59). Apesar disso, não se desconhece o potencial do direito como modelo avançado de legítima organização social da liberdade (LYRA FILHO, 1982, p. 121), sobretudo num Estado Democrático de Direito, cuja primazia é outorgada, ao menos no plano teórico, à dignidade da pessoa humana.

A consecução dessa finalidade, contudo, não prescinde, consoante destacado em linhas pretéritas, da constatação da existência de condições estruturais de desigualdade ou da desigualdade moral ou política – que consiste nos diferentes privilégios que alguns gozam em prejuízo dos outros, o que depende de um tipo de convenção estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens (ROUSSEAU, 2015, p. 53).

Tais condições de desigualdade, ressalte-se, resultam em conflitos estruturais e em um vasto conjunto de injustiças que se verificam na sociedade, dentre as quais se destacam, com Santos (2011, p. 103), as dimensões socioeconômica, racial, de gênero, étnico-cultural, cognitiva, ambiental e histórica. A título de exemplo, elucidada o mestre português:

[...] parto da justiça socioeconômica, a qual pressupõe que se levem a sério os direitos sociais e econômicos. É uma questão de direitos humanos, mas a injustiça a que ela se refere não pode ser enfrentada através de uma concepção liberal e individualista dos direitos humanos. É necessária uma concepção contra-hegemônica de direitos humanos, que pratique a indivisibilidade entre direitos individuais e coletivos, que se pautem tanto pelo direito à igualdade como pelo direito ao reconhecimento da diferença, e, sobretudo, que não se autocontemple em proclamações [...] (SANTOS, 2011, p. 103).

Nesse contexto de sonegação de direitos, a busca pela tutela jurídica – gênero do qual se extraem as demais espécies

de tutela, como a do processo, a da jurisdição e a do direito – inicia-se antes do acesso propriamente dito ao Poder Judiciário, mas com acesso a uma das portas de entrada do sistema de justiça, como a Defensoria Pública.

A despeito de ser apresentada à instituição a discussão acerca do direito postulado, na qual se visualiza o chamado bem da vida pretendido, tal como a determinado direito individual ou coletivo, a tutela dos direitos de grupos hipossuficientes prescinde da análise de condições estruturais de desigualdade, que permeiam, ou, em verdade, determinam, a situação trazida ao sistema de justiça.

Tais condições estruturais de desigualdade, de origem remota e de permanência notória na sociedade, terminam por resultar em sucessivas demandas e a concorrer para a continuidade e a repetição das questões originadas de tais conflitos, e remanescem relegadas a um plano secundário ao da análise das causas originárias ou determinantes dessas demandas.

Se as desigualdades sociais são, em verdade, conformadas pelo próprio Estado, “o Estado está também enraizado nas contradições e disputas múltiplas das sociedades capitalistas” (MASCARO, 2013, p. 60), razão pela qual lhe compete, por meio dos poderes e das instituições constituídas, uma atuação efetiva na tutela dos direitos de grupos vulneráveis e hipossuficientes do ponto de vista econômico. A esse respeito, confira-se:

No exigir de seus súditos obediência e observância à lei, o Estado pode basear sua legiti-

dade na promessa de amenizar o grau de vulnerabilidade já existente e a fraqueza de seus cidadãos para limitar perdas e danos causados pelo livre jogo das forças de mercado; para criar um escudo que proteja os vulneráveis dos choques excessivamente dolorosos [...] (BAUMAN, 2011, p. 70-71).

A despeito da constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos, levada a efeito no Brasil, realidade que não foi acompanhada de políticas públicas e sociais consolidadas, observa-se “a abertura de espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle de constitucionalidade do direito ordinário.” (SANTOS, 2011, p. 26-27), relegando ao sistema de justiça, não raro, o papel de amenizar tais desigualdades.

No entanto, a despeito da prestação da indispensável assistência jurídica, a atuação da Defensoria Pública precisa estar atenta para não funcionar tão somente como instrumento de amenização de conflitos decorrentes da realidade de desigualdades socioeconômicas tão abismais, de modo a não incidir na assertiva de Santos (2011, p. 102), no sentido de que a resposta habitual da justiça a esse tipo de conflitos é trivializá-los e despolitizá-los por meio de procedimentos rotineiros que individualizam a disputa.

Nesse contexto, é oportuno chamar a atenção para o fato de que as relações assimétricas de poder, existentes entre membros de grupos sociais distintos, também “caracterizam as interações entre sujeitos sociais e agentes que representam instituições” (MOREIRA, 2017, p. 132), dentre os quais os membros do sistema de justiça, que, como grupos dominantes,

também estendem, muitas vezes, o tratamento discriminatório a esse plano.

Essa constatação aponta para a necessidade de uma melhor compreensão, por parte do sistema de justiça, notadamente da Defensoria Pública, acerca das desigualdades sociais, da discriminação estrutural, institucional e intergeracional contra os grupos sociais vulneráveis, especialmente os hipossuficientes do ponto de vista econômico, bem como à discriminação ainda presente no sistema de justiça em face do hipossuficiente sob o viés socioeconômico.

Nessa quadra, oportuna a advertência de Dussel (1977, p. 49-50):

O outro, o pobre, em sua extrema exterioridade do sistema, provoca à justiça [...]. Para o sistema de injustiça “o outro é o inferno” (se por inferno se entende o fim do sistema, o caos agônico). Pelo contrário, para o justo o outro é a ordem utópica sem contradições; é o começo do advento de um mundo novo, distinto, mais justo. [...] Quem for capaz de descobrir onde se encontra o outro, o pobre, poderá, a partir dele, fazer o diagnóstico da patologia do Estado.

A partir desse esforço permanente, constatar-se-á, mais uma vez, com Santos (2016, p. 136), que

A história das lutas de classes populares, ora como coletivo de não cidadãos em luta por inclusão nesta ordem burguesa, ora como coletivos operários revolucionários em luta pela construção de uma ordem social alternativa,

foi revelando que as relações de poder expressas no campo político eram uma pequena fração das relações de poder vigentes na sociedade e que as desigualdades de poder político não se podiam explicar sem serem consideradas muitas outras desigualdades de poder em muitos outros domínios da vida social (na fábrica, em casa, na comunidade, no mercado.

Desta feita, atenta a esse cenário, a atuação da Defensoria Pública deve se pautar no potencial emancipatório do direito e da justiça – de “adequar-se às reivindicações normativas dos grupos sociais subalternos e dos seus movimentos” (SANTOS, 2003, p. 12) – com foco na superação das desigualdades sociais e injustiças subjacentes na realidade pátria, e na construção e consolidação da cidadania.

4 A VOCAÇÃO EMANCIPATÓRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA: para além da indispensável assistência

“Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.”

(Norberto Bobbio)

Já se disse que os direitos fundamentais não são o resto

de tudo o que o indivíduo não pode fazer (MÜLLER, 1995 *apud* SARLET, 2009), e isso já é razoavelmente aceito, ao menos para os povos minimamente civilizados – entendendo por civilizado, na oportuna assertiva de Todorov (2008, não paginado *apud* FOLHA, 2012, não paginado), aquele “capaz de reconhecer plenamente a humanidade dos outros, ainda que tenham rostos e hábitos diferentes dos nossos: saber colocarnos em seu lugar [...]”

Para além do que não pode ser o resto de tudo o que o indivíduo não pode fazer, a efetivação minimamente satisfatória de direitos, quaisquer que sejam eles – individuais, coletivos, sociais etc. – não prescinde da compreensão da estrutura sobre a qual repousa a desigualdade, social e econômica, que massacra e oprime a parcela vulnerável da sociedade.

A promoção dos direitos humanos dos necessitados, no dizer do constituinte, é uma das incumbências da Defensoria Pública, mas será compreendido seu exato sentido num contexto que ainda prioriza, quase que exclusivamente, a imprescindível assistência jurídica?

Dito de outra forma: Poderá o direito ser emancipatório? Ao contrário de Rousseau, assim como Santos (2003, p. 4), não se acredita que a resposta seja um simples não ou um mero sim. Mas nas fileiras das quais se escreve, o próprio ingresso já deveria fazer supor a resposta – porquanto, “se não se tem a menor confiança, a partida está perdida antes de começar” (BOBBIO, 2004, p. 212) – pela viabilidade de que o direito seja emancipatório, se não for só o direito posto – esse que

é, em verdade e estruturalmente, a forma social necessária e inexorável do capitalismo, na precisa lição de Mascaro (2016).

O direito verdadeiramente emancipatório, que desafia o direito positivado, tem como premissa a real consciência de que o contexto da sonegação de direitos interessa a um sistema que, por essência, compromete-se a servir a uma pequena parcela e que, portanto, afilia-se mais à categoria dos privilégios, necessariamente para poucos, do que à dos direitos.

Ainda que não esteja expresso no texto constitucional, de forma literal, e mesmo que não se considere sequer como implícita essa atribuição, a vocação emancipatória da Defensoria Pública demanda a compreensão de todo um contexto estrutural e de como o lugar social ocupado por determinados grupos restringe oportunidades e culmina na sonegação de direitos, bem como na naturalização dessa grave violação.

Isso porque sua concepção enquanto instituição não pode ser compreendida de forma desatrelada/apartada de outros princípios, objetivos e dispositivos da Constituição Federal, como a primazia da dignidade humana e da cidadania, no mister de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme os ditames da justiça social.³

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; [...] Art. 170. A ordem econô-

Para tanto, é necessário, tal como na lição de Collins (1997 *apud* RIBEIRO, 2017, p. 61), “entender as categorias de raça, gênero, classe e sexualidade como elementos da estrutura social que emergem como dispositivos fundamentais que favorecem as desigualdades e criam grupos, em vez de pensar essas categorias como descritivas da identidade aplicáveis aos indivíduos.”

A promoção dos direitos humanos dos necessitados a que alude a Constituição – para além da imprescindível tutela individual e coletiva, nobre instrumento de concretização do direito de acesso (tido como ingresso, aproximação ou possibilidade de chegar à justiça – compreende uma ampla variedade de lutas em que o direito figura como um dos recursos utilizados para fins emancipatórios, novamente retomando o escólio de Santos (2003, p. 71). Ou seja, que visem ao efetivo alcance da justiça não somente num contexto de ordem jurídica, mas também de ordem social justa ou, ao menos, de contraponto efetivo à ordem social injusta.

A perspectiva emancipatória deve estar presente desde os atendimentos individuais – de modo que o usuário do serviço seja efetivamente tratado como cidadão e sujeito de direitos – o que pressupõe, a toda evidência, o atendimento a imperativos de privacidade e pessoalidade em seu atendimento, num tratamento atento aos ditames da eficiência na prestação do

mica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] (BRASIL, [2018], não paginado, grifo nosso).

serviço, mas sobretudo visando a um diálogo que leve em consideração o contexto em que a parte se encontra inserida, para além de sua demanda.

Esse diálogo – em que o usuário não raro encontra-se, pela primeira vez, diante de um agente do Estado; e de um Estado que só conhece, no mais das vezes, pela via da negação de direitos – é oportunidade única para a educação em direitos de forma mais individualizada, sem perder de vista, contudo, que “ninguém educa ninguém, ninguém se educa a si mesmo, os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo.” (FREIRE, 2005, p. 78).

Não se afigura possível o papel de dar voz aos menos favorecidos senão operando como instrumento para que essa própria voz fale, um dia, por si mesma, uma vez que, por mais que a Defensoria Pública opere como catalisador no processo em que se encontram sujeitos oprimidos por sua emancipação sociopolítica, esta atuação deve pressupor que “[...] não é possível *empoderar* alguém. *Empoderamos* a nós mesmos e amparamos outros indivíduos em seus processos, conscientes de que a conclusão só se dará pela simbiose do processo individual com o coletivo (BERTH, 2018, p. 130).

Não obstante, esse processo depende, tomando de empréstimo a lição de Santos (2011, p. 10), de que

[...] os cidadãos se capacitem juridicamente, porque o direito, apesar de ser um bem que está na sabedoria do povo, é manejado e apresentado pelas profissões jurídicas através do controle de uma linguagem técnica ininteligível

vel para o cidadão comum. Com a capacitação jurídica, o direito converte-se de instrumento hegemônico de alienação das partes e despoli-tização dos conflitos a uma ferramenta contra-hegemônica e apropriada de baixo para cima como estratégia de luta.

O viés emancipatório da atuação da instituição é fortemente presente no atendimento a coletividades em situação de vulnerabilidade social, que postulam direitos básicos inerentes à cidadania, como moradia e acesso a terra, entre outros. Nesse contexto, o acompanhamento de tais grupos auxilia a tarefa de fazer “uma ligação entre as disputas individuais que avaliam e os conflitos estruturais que dividem a sociedade” (SANTOS, 2011, p. 10), por meio de alternativas que visem à aplicação do direito em favor dos grupos em relação aos quais esses direitos são sistematicamente negados, tarefa verdadeiramente árdua, mas que contribui para uma verdadeira revolução democrática na aplicação das leis.

Nesse esforço, também é premissa para uma atuação emancipatória a necessidade de reconhecer a autodeterminação de indivíduos e grupos, de modo que a abordagem da atuação não se dê de forma a simplesmente conformar a pretensão do usuário ao entendimento de acordo com os valores daquele que presta o serviço, porquanto, nessa hipótese, não é uma atuação que efetivamente vise à emancipação.

Tal mister se concretiza também a partir de uma aproximação com a comunidade, fomentando a participação efetiva nos processos sociais democráticos de controle e construção

de políticas públicas, a partir, por exemplo, da presença efetiva nos movimentos sociais, conselhos de direitos e à própria comunidade, bem como pela promoção de direitos humanos por meio do fomento à criação de espaços de reflexão para que o indivíduo/grupo tenha mais elementos para reconhecer-se em seu contexto de exclusão.

Isso porque a finalidade última da atuação da Defensoria Pública como instrumento de transformação social, em consonância com o objetivo da ação dialógica de Paulo Freire – na qual os sujeitos se encontram para a transformação do mundo em co-laboração, por meio do diálogo, que é sempre comunicação – está em proporcionar que os indivíduos e grupos a quem se destina a garantia do atendimento pela instituição “exercem um ato de adesão à práxis verdadeira de transformação da realidade injusta” (FREIRE, 2005, p. 200), como verdadeiros protagonistas do processo de emancipação socio-política e de construção e consolidação da cidadania.

5 CONCLUSÃO

O regime democrático, enquanto governo do povo, funda-se em princípios como a igualdade, a liberdade e, notadamente, a dignidade humana, o que coincide com a missão da Defensoria Pública, a quem compete a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

Os membros da instituição exercem parcela do dever-poder estatal, resultante do compromisso democrático firmado em 1988, como agentes políticos de transformação social – o que compreende, muito além do acesso ao Judiciário e da primazia da solução autocompositiva dos litígios – a difusão e a sensibilização acerca dos direitos humanos e da cidadania, a promoção da educação em direitos.

Tais atribuições têm o potencial de contribuir, de maneira efetiva, para a erradicação da pobreza e da marginalização; para a redução das desigualdades sociais e para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e pluralista, que assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, valores que a democracia pretende realizar, e que estão consagrados no texto constitucional.

A toda evidência, a sociedade na qual nem todos têm amplo acesso ao exercício de direitos se distancia do regime democrático, porquanto elege aqueles que se reputam dignos de figurar como sujeitos de direitos, a partir de critérios econômicos, sociais, etários, raciais, de gênero ou de outro parâmetro discriminatório.

A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, cuja construção deve ser perseguida em toda atuação da Defensoria Pública, é pluralista (BOBBIO, 2009, p. 36) e visa à emancipação sociopolítica de grupos vulneráveis do contexto de exclusão e subcidadania que lhes é imposta. Com efeito, nas democracias, todos os grupos, ou parcela de um grupo, têm direito a voz, e fazem jus ao primeiro de todos os direitos,

que, na precisa e sempre oportuna lição de Arendt (1979 *apud* PIOVESAN, 2000, p. 130) consiste no direito a ter direitos.

A efetiva atuação da Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, vai além da (indispensável) assistência jurídica – compreendida a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados. Materializa-se no estágio mais próximo do que se espera, tão somente a partir da “concepção política do direito como importante instrumento de luta e transformação social” (SANTOS, 2011, p. 113), bem como da compreensão do “caráter elitista do direito em sua concepção e prática hegemônicas e o seu papel como mecanismo de dominação de classes, de diferenciação, hierarquização e exclusão social.” (SANTOS, 2011, p. 113).

Assim, o verdadeiro mister da atuação depende da constatação elementar da existência de discriminação estrutural histórica e de proposital relativização de direitos da classe trabalhadora, do pobre, no sentido econômico do termo. E, antes de tudo, da existência de um compromisso estatal e privado pela primazia da desigualdade e da pobreza; é dizer, pela manutenção do *status quo*, conforme ressaltado em linhas pretéritas.

Nesse contexto, a educação em direitos é imprescindível ferramenta, uma vez que promove a realização de capacitação jurídica, de modo que o direito se converta em “ferramenta contra-hegemônica e apropriada de baixo para cima como

estratégia de luta” (SANTOS, 2011, p. 10), premissa para a emancipação sociopolítica de contextos de exclusão e desigualdades profundas, claras hipóteses de opressão.

A contribuição para a consolidação da cidadania por meio da educação em direitos resulta, assim, no fomento da participação efetiva de indivíduos e grupos economicamente hipossuficientes – como sujeitos de direitos capazes de reconhecer a si mesmos como protagonistas nesse processo – nos mecanismos de democracia participativa, como o controle social do exercício dos mandatos políticos e na eleição de prioridades na gestão da coisa pública, na construção de políticas públicas efetivas e, de maneira geral, nos processos decisórios que influenciam a vida de todos.

Essa atuação, por parte da instituição, também é apta a cooperar para a consolidação da democracia por meio do fomento de espaços autônomos de troca e reflexão sobre direitos e cidadania, tendo em vista que, consoante destaca Gohn (2004, p. 29):

[...] a participação da sociedade civil não pode, nunca, se resumir à participação nos espaços dos conselhos ou outros criados na esfera pública. Até para que essa participação seja qualificada - no sentido exposto acima - ela deverá advir de estruturas participativas organizadas autonomamente na sociedade civil.

Somente a partir dessa perspectiva será possível contribuir efetivamente com a sociedade civil, protagonista desse processo, para a construção e consolidação da cidadania,

como “inalienável direito a uma vida decente para todos, não importa o lugar em que se encontre, na cidade ou no campo” (SANTOS, 2014, p. 157), sem o que não há nem democracia, nem direitos humanos, tampouco justiça.

REFERÊNCIAS

BERTH, Joice. **O Que é: empoderamento?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: Desigualdades sociais numa era global.** Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia.** 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Mitologia processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas.** 12. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUSSEL, Enrique D. **Filosofia da libertação**. São Paulo: Loyola, 1977.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. **Saúde e Sociedade**, v. 13, n. 2, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v13n2/03.pdf>. Acesso em: 20 ago 2018.

LYRA FILHO, Roberto. **O Que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARICATO, Ermínia *et al.* **Cidades rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson. Todo direito é um golpe. In: Arthur Renzo. **Blog Boitempo**. São Paulo, 25 maio 2016. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/05/25/alysson-mascaro-todo-direito-e-um-golpe/>. Acesso em: 24 set. 2017.

MOREIRA, Adilson José. **O Que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

OXFAM. No Brasil, 1% das propriedades rurais detém metade da área rural. **Oxfam Brasil**. 2016. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/no-brasil-1-das->

propriedades-detem-metade-da-area-rural. Acesso em: 17 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

RIBEIRO, Djamila. **O que é: lugar de fala?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo, Edipro, 2015.

SALAS, Javier. Pobreza encurta a vida mais que obesidade, álcool e hipertensão. **El País**, Madrid, 2 fev. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/31/ciencia/1485861765_197759.html. Acesso em: 17 ago. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o Direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 65, maio 2003. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF. Acesso em: 17 ago. 2018.

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

SANTOS. Boaventura de Sousa. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2016.

SANTOS. Milton. **O espaço do cidadão**. 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI**, v. 12, n. 46, p. 42-73, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89374>. Acesso em: 17 ago. 2018.

SOUZA, Jessé. **Ralé brasileira: quem é e como vive**. Colaborador André Grillo *et al.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. Disponível em: <http://flacso.redelivre.org.br/files/2014/10/1143.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TIBURI, Márcia. **Feminismo em comum: para todas, todes e todos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

TZVETAN Todorov: Discurso Tzvetan Todorov. Prêmios príncipe de Astúrias [S. l.: s. n.] 2008. 1 vídeo (6 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GV-qu7VKwEM>. Acesso em: 20 ago. 2018.

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TOCANTINS: um olhar sobre o seu processo de implantação e aplicabilidade

Luciana Rocha Aires da Silva ¹

Valéria Lustosa de Alencar²

RESUMO

O presente estudo objetiva conhecer o mecanismo audiência de custódia e o processo de sua implantação no estado do Tocantins. Verificar ainda se tal medida tem sido efetivada conforme prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e como determinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Para tanto, adotou-se o método dedutivo, partindo-se de uma abordagem genérica até se chegar às particularidades sobre o tema. Como base metodológica, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, consultas a análises doutrinárias, leis, decisões judiciais, portarias, *sites* institucionais, bem

¹ Especialista em Direito Processual Civil, pelo Instituto de Pós-graduação de Goiás (IPOG). Pós-graduanda em Criminologia e Ciências Criminais, pela Escola Superior de Magistratura Tocantinense (ESMAT). Graduada em Direito, pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Gurupi-TO (FAFICH). Analista Jurídico da Casa Civil do Estado do Tocantins. E-mail: Luciana_aires@hotmail.com.

² Especialista em Administração e Planejamento de Projetos Sociais, pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Especialista em Criminologia e Ciências Criminais, pela Escola Superior de Magistratura Tocantinense (ESMAT). Graduada em Serviço Social, pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Analista em Gestão Especializado - Serviço Social da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. E-mail: valeria.la@defensoria.to.def.br.

como artigos que versam sobre o tema. O estudo aponta que as audiências de custódia estão sendo realizadas apenas em Palmas, ainda sem implantação nas demais comarcas, o que ocorrerá após a elaboração de resolução por parte do grupo de trabalho, conforme Portaria nº 615, de 2016, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO). Existe a necessidade de estruturação do executivo estadual para que o magistrado, ao realizar uma audiência de custódia, tenha um rol de alternativas ao encarceramento nos casos em que assim couber.

Palavras-chave: Sistema Prisional. Audiência de Custódia. Implantação. Aplicabilidade. Judiciário.

ABSTRACT

This study aims to know the mechanism of the custody hearing and the process of its implantation in Tocantins' state. Not only this, but also to verify if this measure has been actualized according to the American Convention of Humans Right and by the determination from the National Council of Justice. Therefore the deductive method was applied for that, starting from a generic approach, until get at the particulars about the theme. As methodological base, it was used bibliographic researches, consultation to doctrinaire's analysis, laws, judicial decisions, juridical decisions, institutional websites, and articles about the topic. The study points that the custody hearings has been realized just in Palmas, with no implantation in the

other cities, fact that is going to happen after the elaborations of a resolution from the work group, as the judicial decision n° 615, de 2016, Tocantins Court of Justice. There is the necessity of the structuring from the intrastate's executive, that when the magistrate realizes a custody hearing, has a roll of possibilities in the cases closure that fits well.

Keywords: Prison System. Custody Hearing. Implantation. Applicability. Judiciary.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em referência apresenta como tema central as audiências de custódia, objetivando verificar sua aplicação pelo Judiciário do Tocantins, conforme preconiza o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir do seu lançamento em 10 de agosto de 2015.

Tem como objetivos específicos quantificar o número de audiências de custódia realizadas a partir de então e constatar quantas resultaram em prisão preventiva e em liberdade provisória; averiguar a implantação de centrais de alternativas penais, de monitoramento eletrônico, de serviços de assistência social e câmaras de mediação penal, como mecanismos auxiliares ao magistrado na opção de medidas alternativas ao encarceramento.

Traz como hipótese que o Judiciário e o Executivo Estadual não dispõem de estrutura adequada para a realização

das referidas audiências conforme dispunha o artigo 1º da Resolução nº 17, de 2015.

Inicialmente faz uma abordagem histórica e social sobre as penas e a política criminal adotada pela sociedade brasileira, modelo ora pautado na penalização e no encarceramento. Aborda de forma breve o artigo 319 do Código de Processo Penal, bem como a Lei nº 12.403, de 2011, conhecida como “Lei das Cautelares”. Por fim, traz uma análise sobre as audiências de custódia e sua aplicabilidade no Estado à luz da regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça.

Como base metodológica, utiliza pesquisa bibliográfica realizada por meio de consultas a diversos materiais, com a finalidade de fundamentar o estudo em questão, a exemplo de análises doutrinárias, leis, decisões judiciais, portarias e artigos que versam sobre o tema. E ainda levantamento de campo para obtenção de dados na Secretaria Estadual de Cidadania e Justiça e Tribunal de Justiça.

2 DAS PENAS

No século XVI inicia-se a Idade Moderna com inúmeras guerras religiosas, disseminação da pobreza, com aumento de furtos, roubos e assassinatos por toda a Europa. Mediante essa situação, optou-se por obrigar os “delinquentes” a trabalhos forçados como forma de conter a criminalidade.

Na segunda metade do século XVI foram criadas as prisões como mecanismo para a correção de pequenos deli-

tos, por meio de disciplina rígida e trabalhos forçados. Os crimes mais graves, porém, eram punidos com o exílio, açoite e pena de morte. Entretanto, a rejeição chegou a tal ponto que, mesmo quando os tribunais impunham a sentença, o clamor público impedia-lhes a execução (CARVALHO, 2017). Justamente nesse século, continua o autor, “se inicia o movimento para abolir a pena de tortura com filósofos e humanistas como: Montaigne, Benthan, Grevius, Van Espen, Montesquieu, Voltaire, Beccaria.” (CARVALHO, 2017, não paginado).

Já no final do século XVII e começo do século XIX elimina-se o caráter essencialmente corretivo da pena, com a supressão do espetáculo punitivo. A partir de então tudo que pudesse implicar em espetáculo teria um cunho negativo. Beccaria (1856, p. 119 *apud* FOUCAULT, 2014, p. 14), há muito dissera: “assassinato que nos é apresentado como um crime horrível vemo-lo sendo cometido friamente sem remorsos”. De acordo com ele:

Ficou a suspeita de que tal rito que dava um fecho ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os expectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com os criminosos, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração Beccaria (1856, p. 119 *apud* FOUCAULT, 2014, p. 14).

Na segunda metade do século XVIII, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, positivando os ideais Iluministas na primeira fase da Revolução Francesa, é que a concepção de igualdade de todos os homens, em dignidade e liberdade, adquire os contornos de racionalidade e laicização que embasaram o modelo igualitário adotado pelo Estado Moderno³. A partir desse marco histórico torna-se constante a busca por ideias ressocializadoras do sistema penal, na tentativa de humanizar o tratamento dado ao preso.

Carvalho (2004, p. 192 *apud* GAUER, 2010, p. 17) traz que novos ramos do Direito foram criados como forma de instrumentalizar e garantir as promessas de segurança social do Estado. Para Sarlet (2000, p. 51 *apud* GAUER, 2010, p. 18), “nesse sentido, tem-se na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o marco para uma nova geração de direitos: os chama-

³ Em verdade, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, é o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo o ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição. Tal modelo igualitário, contudo, como mandamentalmente foi formulado, apresentava um âmbito de incidência extremamente reduzido, vale dizer, centrado em uma igualdade apenas entre iguais, como garantia fundamental de livre concorrência econômica à sociedade burguesa da nação norte-americana (COMPARATO, 2007 *apud* GAUER, 2010, p. 12). Já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – ou, como simplifica Bobbio (2004, p. 112 *apud* GAUER, 2010, p. 12), a Declaração de 1789 – é considerada o marco da descentralização do poder político, até então atribuído ao monarca (o Leviatã hobbesiano), para uma convenção de indivíduos. A estes, considerados singularmente como titulares do poder soberano, passa-se a atribuir direitos que, por sua vez, devem ser garantidos pelo Estado Liberal, sem enfraquecer a independência e as iniciativas individuais.

dos direitos de solidariedade ou fraternidade.”

Na contemporaneidade, o sistema punitivo deixou de aplicar castigos corporais, por vezes com sacrifícios da própria vida, partindo para penas de privação de liberdade com caráter “educativo, ressocializador e humanitário”. Muito acertadamente enunciou Foucault (2012, p. 60), “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil, entretanto, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão.” No Direito Penal Brasileiro, o encarceramento é a figura principal, onde há forte tendência à utilização do cárcere como medida estritamente punitiva. A função das penas assume um caráter distorcido. “O sistema aprendeu a banalizar as vidas dos encarcerados, transformando-as em simples números.” (GALENO, 2015, p. 1).

Em seu relatório mundial, a Human Rights Watch⁴ (2016) destaca que as prisões brasileiras abrigam mais de 600.000 pessoas, um número 61% maior do que sua capacidade oficial. Cita que a superlotação e a falta de pessoal tornam impossível às autoridades manterem o controle em muitas das instalações, deixando os presos vulneráveis à violência e às facções criminosas.

Destaca-se que, em 2001, o relatório sobre o sistema penal brasileiro, apresentado pelo *site* “O Brasil atrás das grades”, também denuncia a superpopulação carcerária em níveis

⁴ Organização não governamental que defende e realiza pesquisas sobre os direitos humanos (HUMAN RIGHTONS WATCH, 2016, não paginado).

desumanos, o abuso dos guardas, as frequentes e incontroladas violências entre os presos, a falta de serviços básicos, e falha em tratar doenças sérias como tuberculose e HIV/AIDS. Desse modo, há de se considerar que o Direito Penal e a prisão devem ser a *última ratio*⁵ utilizada pelo Estado em situações de punição por condutas castigáveis, recorrendo-se a estes somente quando não seja possível a aplicação de outro tipo de direito, por exemplo, civil, trabalhista, administrativo, dentre outros.

Na contramão, percebe-se a utilização rotineira e sem limites de medidas cautelares – em especial às de prisão preventiva – que deveriam ser restritas a casos excepcionais. Nesse cenário, foi editada a Lei nº 12.403, de 2011, prevendo medidas cautelares alternativas à prisão, no intuito de fornecer opções intermediárias ao juiz, posto que anteriormente só houvesse a possibilidade de segregação ou plena liberdade. A referida Lei editou o artigo 310 do Código de Processo Penal que passou a enunciar que o juiz, ao receber os autos de prisão em flagrante, deverá fundamentadamente relaxar a prisão, convertê-la em preventiva quando presentes os requisitos do art. 312, e se a aplicação desses requisitos se revelarem inadequados ou insuficientes caberão as demais medidas cautelares diversas da prisão, ou ainda a concessão de liberdade provisória (BRASIL, 2011).

Desse modo, o Código de Processo Penal adotou um modelo polimorfo, em que existem inúmeras alternativas in-

⁵ “Última razão” ou “último recurso”. É uma expressão com origem no Latim e frequentemente empregada no Direito.

intermediárias à prisão, a exemplo das medidas cautelares diversas, previstas nos novos artigos 319 e 320 (BRASIL, [2018b]). Por conseguinte, a prisão reafirmou-se como a última opção no sistema, consolidando o princípio da excepcionalidade. A partir da presunção de inocência, ditame essencial em um Estado Democrático de Direito, a regra deve ser a liberdade do réu durante o processo penal. De acordo com Lopes (2011, p. 25),

Para que a introdução de medidas cautelares diversas no ordenamento tenha como consequências a redução do alarmante número de prisões cautelares, em frontal violação ao princípio da presunção da inocência, resta clara a necessidade de atenção aos fundamentos para a sua decretação, ou seja, qualquer restrição a direitos do acusado antes de uma condenação definitiva precisa ser fundamentada no *fumus commissi delicti* e no *periculum libertatis* [...].

Conforme preceitua Broeto (2015, não paginado), “a nova lei prima pelo respeito aos direitos e garantias individuais, de acordo com o princípio penal da intervenção mínima.”

3 ASPECTOS SOCIAIS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: breves considerações

De acordo com Azevedo (2010, p. 156), “o fenômeno da globalização traz para o âmbito do controle penal uma série de novos dilemas e paradoxos.” Segundo ele, “face a insegurança gerada pelo processo de globalização, nota-se um

aumento da utilização do sistema punitivo, tanto no plano simbólico quanto instrumental”, a exemplo de novas leis, penas mais severas e aumento das taxas de encarceramento.

Ao passo que o Estado se retrai como garantidor dos direitos sociais com cortes orçamentários nas políticas sociais a fim de reforçar sua legitimidade por meio da legislação penal, transformando-a na principal forma de combate aos problemas sociais, dentre eles o aumento da violência e criminalidade. Azevedo (2010, p. 156) descreve que

A hipertrofia do direito penal não é um fenômeno novo, nem mesmo isolado, mas acompanha a evolução da intervenção estatal na regulação social. Essa tendência já se fez sentir com a entrada em cena da Escola Positiva, quando se passou a utilizar as medidas de segurança de duração ilimitada para garantir a ‘defesa social’, legitimando uma ampliação da interferência do Estado para coibir comportamentos considerados indesejáveis.

Historicamente na década de 80, na América Latina, ocorre a transição de sistemas políticos autoritários a governos democraticamente eleitos, com implicações profundas para o sistema de justiça penal. Para Azevedo (2010, p. 23), a principal constatação a respeito da situação da justiça penal no continente latino-americano, no contexto da transição democrática, é de uma grande defasagem entre o plano do formal e do real no tocante aos princípios, entre o dever-ser e o ser. Completa:

Quanto à acessibilidade, há desinformação sobre leis e procedimentos, bem como sobre meios para buscar os direitos. Também há a perda da confiança em razão da imagem negativa do Judiciário criada pela corrupção, morosidade e ineficiência. Quanto à independência judicial, as decisões judiciais estão em muitos casos sujeitas a pressões externas (período para exercício da função, remuneração variável e precária, ameaças de morte, destituição de cargos) e internas (instâncias superiores) [...]. Quanto à transparência, constatam-se deficiências na fiscalização e na informação sobre as atividades, bem como a inexistência de controle externo.

Mediante tal conjuntura, o sistema de justiça penal⁶ é chamado a apresentar medidas que possam minimizar os problemas ora enfrentados, dentre eles a superlotação dos presídios brasileiros, onde seres humanos, dentre estes, presos provisórios, são submetidos a condições incompatíveis com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Há de se considerar que várias são as passagens na Carta-Mãe que denotam a dignidade da pessoa humana, como no artigo 5º CF 1988:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

⁶ Sistema de justiça penal: Congresso, Presidência da República, Ministério da Justiça, bem como as agências responsáveis pelo controle preventivo, investigação, julgamento e executadas penas previstas para a prática de condutas criminalizadas (polícia, tribunais, sistema penitenciário).

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] incisos III - não submissão à tortura; VI - inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, VIII - não privação de direitos por motivo de crença ou convicção; X - inviolabilidade da vida privada, honra e imagem; XLVII - vedação de penas indignas; XLIX - proteção da integridade do preso (BRASIL, [2018c], não paginado).

Na visão de Zaffaroni (2007, p. 66 *apud* BARROS, 2008, p. 19), “os processos penais se desenvolvem em um mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais que na prática, não são observadas por diferentes razões.”

Cabe aqui referência à Lei nº 12.403, de 4 de abril de 2011, que, dentre outras providências, altera dispositivos legais do Código de Processo Penal relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares. Apesar de ter sido instituída com o objetivo de conter o uso excessivo da prisão provisória, o Conselho Nacional de Justiça, 2016, traz que o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), 2015, consolidado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), aponta que 41% da população prisional no País é composta por presos sem condenação, que aguardam privados de liberdade o julgamento de seu processo. Segundo o Infopen, 2017, a população carcerária do Brasil no ano de 2016, era de 726.712 presos, sem contabilizar as prisões domiciliares, mais que o dobro da capacidade

do sistema que era de 357.219 vagas, o que comprova a adoção de um modelo pautado no encarceramento em massa, este feito de forma seletiva, visto que as prisões brasileiras estão abarrotadas de pessoas pobres e negras (BRASIL, 2017b).

Ratificando essa realidade, destaca-se que o Brasil neste mesmo ano passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais (ICPS), do King's College, de Londres. As prisões domiciliares o fizeram ultrapassar a Rússia, que tem 676.400 presos (BRASIL, 2014). Observa-se com base nesses dados que, apesar de a Lei das Cautelares ter introduzido no ordenamento jurídico penal modalidades alternativas ao encarceramento provisório, tais alternativas não vêm sendo aplicadas a contento. O número de presos provisórios ainda é bastante elevado, sendo que ao final do processo muitos casos resultam em absolvição ou condenação a penas restritivas de direitos em sua maioria.

Em meio a esse cenário, surgem as chamadas audiências de custódia, previstas no art. 9º, inciso III, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político das Nações Unidas e art. 7º (BRASIL, 1992), inciso V, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica foi assinada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992. Consiste na condução de todo preso em flagrante à autoridade judiciária, sem demora, para análise da legalidade e necessidade da prisão cautelar, para aplicar, se for o caso, medidas cautelares

diversas da prisão e aferir eventuais maus tratos.

O desuso da lei das cautelares pode ser então revertido a partir da implantação das audiências de custódia ou de apresentação, tema a ser trabalhado no próximo tópico.

3.1 DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que os Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário têm força de lei e aplicação plena em todo o territorial nacional (BRASIL, [2018c]).

Da aplicação de tais tratados, tem especial benefício o Direito Penal e Processual Penal, diretamente no que tange à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja aplicabilidade é supralegal. É na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) que a Audiência de Custódia encontra previsão legal. Ambos os diplomas preveem que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Porém, mesmo após décadas de adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ainda impera no seio dos aplicadores do Direito uma aversão ao cumprimento integral dos textos.

O contexto da prisão no Brasil é tão preocupante por-

que nem sequer registrou uma alteração efetiva na prática judicial após o advento da Lei nº 12.403, de 2011, responsável por colocar, no plano legislativo, a prisão como último recurso das medidas cautelares. A audiência de custódia consiste basicamente no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que nessa ocasião se façam cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura, e também para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

Tema polêmico tem suscitado frequentes debates entre juristas, magistrados, profissionais de áreas afins e sociedade de modo geral. Posicionamentos contrários às audiências questionam sua constitucionalidade uma vez que não está regulamentada em lei, mas apenas por meio de regulamentação administrativa do Conselho Nacional de Justiça. Os que são a favor afirmam que a finalidade maior das audiências de custódia é a de garantir os direitos fundamentais do imputado, de tal forma que haja a menor restrição possível a tais direitos.

Silva (2014, p. 18), referindo-se às audiências de custódia, menciona que

A mudança busca adequar a lei brasileira às legislações dos países com maior tradição em direito processual ao redor do mundo e dá cumprimento a obrigações internacionais assumidas pelo governo brasileiro, abrindo uma janela de oportunidade de combater práticas de tortura e para um efetivo controle judicial das prisões em flagrante.

Os defensores desse mecanismo de direito destacam algumas vantagens com a sua implantação no Brasil: ajustar o processo brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; reduzir o encarceramento em massa no País, uma vez que por meio dela se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se a fronteira do papel, estabelecida no art. 306, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado (BRASIL, [2018b]).

Em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem ressaltado que o controle judicial imediato assegurado pela audiência de custódia consiste num meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais. De acordo com Romano (2015, não paginado), a referida Corte Internacional já decidiu que:

A audiência de custódia é igualmente essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade física, advertindo estar em jogo ainda tanto a liberdade física dos indivíduos, como a segurança pessoal, num contexto em que a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação aos detidos das formas mínimas de proteção legal.

Estando prevista em Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário desde 1992, e em meio a questionamentos e dificuldades para a sua implementação, recentemente as audiências de custódia ganharam caráter obrigatório e vincu-

lante após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 5.240 e ADPF 347, nas quais se reconheceu a eficácia normativa da determinação em território brasileiro (BRASIL, 2015a, 2015b). Sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça editou as Resoluções números 213 e 214 que dispõem sobre a forma como a Audiência de Custódia deve ser realizada, e ainda os Protocolos I e II, que trazem, respectivamente, procedimentos para a aplicação e acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia, e procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

Dessarte, a audiência de custódia se apresenta com a função de reconhecer um direito já assegurado nos Tratados Internacionais anteriormente citados, referenciado pela lei das cautelares, decorrente do Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Entretanto, apesar disso, não tem se efetivado na prática, já que em muitos estados da Federação um preso chega a ficar até três meses sem comparecer perante um juiz após sua prisão.

De acordo com Lopes e Paiva (2014, p. 19),

Argumento recorrente para não se viabilizar, na prática, o direito à audiência de custódia é o de que tal expediente requer uma alteração/ inovação legislativa, não sendo franqueada ao Poder Judiciário substituir o legislador para a implementação daquele direito no Brasil.

Este argumento, no entanto, é equivocado, porque as normas internacionais que tratam de Direitos Humanos são de eficácia plena e imediata. Não somente por disposições legislativas podem os direitos previstos na Convenção Americana restar protegidos, mas também por medidas de outra natureza. O propósito da Convenção é a proteção da pessoa, não importando se por lei ou por outra medida estatal qualquer. “Os Estados têm o dever de tomar todas as medidas necessárias a fim de evitar que um direito não seja eficazmente protegido.” (LOPES; PAIVA, 2014, p. 16).

Os Estados brasileiros, por meio de seus tribunais e por orientação do Conselho Nacional de Justiça passam a ter a prerrogativa de regulamentar administrativamente a implantação e aplicabilidade das referidas audiências em seus respectivos territórios estaduais, devendo observar os comandos emanados dos tratados internacionais anteriormente citados, bem como as orientações do próprio Conselho Nacional de Justiça.

Com a disseminação das audiências de custódia no Brasil é possível calibrar melhor a necessidade da conversão das prisões em flagrante em prisões provisórias, tal como demonstram as estatísticas dessa prática em todas as Unidades da Federação. Quanto mais demorado o processo criminal, menor é a chance de que a pessoa tenha garantido o seu direito a uma pena alternativa à prisão. Para o Conselho Nacional de Justiça,

O cárcere reforça o ciclo da violência ao contribuir para a ruptura dos vínculos familiares e comunitários da pessoa privada de liberdade,

que sofre ainda com a estigmatização e as consequentes dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, ampliando a situação de marginalização e a chance de ocorrerem novos processos de criminalização (BRASIL, 2016a, não paginado).

Mesmo diante de tais análises, o cenário ainda se mostra desfavorável, já que, como citado anteriormente, 41% da população prisional no País é composta por presos sem condenação, que aguardam privados de liberdade o julgamento de seu processo. A esse respeito, pesquisa publicada pela IPEA (2015 *apud* BRASIL, 2015c, p. 1) sobre a aplicação de Penas e Medidas Alternativas, aponta que em 37,2% dos casos em que réus estiveram presos provisoriamente, não houve condenação à prisão ao final do processo, resultando em absolvição ou condenação a penas restritivas de direito em sua maioria. “A pesquisa confirma, no país, diagnósticos de observadores internacionais, quanto ao sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de justiça.” (BRASIL, 2015c, p. 2).

3.2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: realidade no Estado do Tocantins

Instrumento de natureza pré-processual, a audiência de custódia objetiva que seja analisada a prisão em flagrante quanto aos aspectos da legalidade e necessidade, devendo resultar na sua cessação em caso ilegal, ratificação por meio

de prisão preventiva caso figure necessária ou ainda sua substituição por outra medida cautelar alternativa, quando cabível.

Conforme informativo da Rede de Justiça Criminal (2013, p. 1),

A atual lei brasileira prevê o encaminhamento de cópia do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção dessa prisão cautelar (art. 306 do Código de Processo Penal). No entanto, essa previsão legislativa tem se mostrado insuficiente tanto para um efetivo controle judicial da legalidade e necessidade da prisão provisória quanto para verificar eventual prática de violência ou desrespeito aos direitos da pessoa presa.

Sua regulamentação se dá por meio de resoluções e provimentos que tomam por base o procedimento previsto no projeto de Lei nº 555, de 2011, que prevê a apresentação do preso à autoridade judiciária até 24 horas, a contar de sua prisão em flagrante. Tal regulamentação, desde que implantada em consonância com a lei de organização judiciária de cada tribunal, não afronta os princípios constitucionais que regem o processo penal.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, “as audiências de custódia têm conseguido reduzir em cerca de 40% a 50% o número de presos provisórios (ainda não julgados) nos estados onde o projeto já foi implantado.” (BRASIL, 2015d). O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO) implantou a audiência de custódia por meio da Resolução nº 17, de

2 de julho de 2015, posteriormente revogada pela de nº 36, de 19 de outubro de 2017, prevendo o prazo em até 24 horas para apresentação do preso em flagrante a um juiz (TOCANTINS, 2015). O Tocantins foi o 9º estado a implantar o projeto. O seu lançamento se deu no dia 10 de agosto, com a assinatura do termo de adesão pelo Judiciário Estadual. Inicialmente implantado na capital, posteriormente nas comarcas de Araguaína e Gurupi, nos termos do artigo 12 da Resolução nº 36/2017. Portanto, Palmas sedia o projeto (Resolução nº 17, de 2015) com realização das audiências diariamente das 14 às 18 horas no Fórum da Capital, e todo o procedimento é processado em meio eletrônico.

Em consulta ao Conselho Nacional de Justiça, foi possível a obtenção dos dados quanto ao número de audiências de custódia realizadas no Tocantins desde a sua implantação até 30 de junho de 2017, um total de 1.217 audiências. Nos 60,48% dos casos houve a conversão em prisão preventiva, e em 39,52% ocorreu a conversão de liberdade provisória, sendo que em 4% houve denúncia de violência política no momento da prisão (BRASIL, [2018a]. Segundo a avaliação do próprio TJTO acerca desses dados “pode-se observar uma redução no número de presos provisórios no primeiro semestre do projeto.” (BRASIL, 2016b). Conforme declara a Human Rights Watch (2015, p. 2), “uma das principais causas da superlotação das prisões e do recrutamento de novos membros por facções criminosas.”

Importante salientar que, ao realizar a audiência de

custódia, o magistrado deve dispor de alternativas ao cárcere, como: acompanhamento em serviços instituídos preferencialmente no âmbito do Poder Executivo Estadual, denominados Centrais Integradas de Alternativas Penais ou órgãos similares, bem como as Centrais de Monitoração Eletrônica, em casos específicos.

Quanto à Central Integrada de Alternativas Penais, o referido protocolo referencia que esta deverá considerar os seguintes procedimentos:

Buscar integrar-se em redes amplas de atendimento e assistência social para a inclusão de forma não obrigatória dos autuados a partir das indicações do juiz. [...]; Realizar encaminhamentos necessários à Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS) e à rede de assistência social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), além de outras políticas e programas ofertados pelo poder público; Consolidar redes adequadas para a internação e tratamento dos autuados, assegurado o direito à atenção médica e psicossocial sempre que necessária, resguardada a natureza voluntária desses serviços [...]; Executar ou construir parcerias com outras instituições especializadas para a execução de grupos temáticos ou de responsabilização dos autuados a partir do tipo de delito cometido (BRASIL, 2016, não paginado).

Já a Central de Monitoração Eletrônica de Pessoas deverá considerar, dentre outros, os seguintes procedimentos:

Assegurar o acolhimento e acompanhamento por equipes multidisciplinares, responsáveis

pela articulação da rede de serviços de proteção e inclusão social disponibilizada pelo poder público; Assegurar a prioridade ao cumprimento, manutenção e restauração da medida em liberdade, inclusive em casos de incidentes de violação, adotando-se preferencialmente medidas de conscientização e atendimento por equipe psicossocial; Primar pela adoção de padrões adequados de segurança, sigilo, proteção e uso dos dados das pessoas em monitoração, respeitado o tratamento dos dados em conformidade com a finalidade das coletas. Assegurar o acolhimento e acompanhamento por equipes multidisciplinares, responsáveis pela articulação da rede de serviços de proteção e inclusão social disponibilizada pelo poder público (BRASIL, 2016, não paginado).

No contexto do Tocantins, dados fornecidos pela Secretaria Estadual de Cidadania e Justiça aludem que a Central de Monitoramento Eletrônico foi implantada e que desde o dia 24 de dezembro de 2015 as tornozeleiras eletrônicas estão sendo utilizadas, dispendo o Estado, em 2016, de 250 desses equipamentos. A que se frisar, porém, que as pessoas beneficiadas com o uso das tornozeleiras são aquelas que foram contempladas com a saída temporária de fim de ano, os detentos da Unidade do Regime Semiaberto (URSA), e, em menor número, mulheres grávidas cuja situação de saúde demanda mais cuidados e que em alguns casos necessitam regressar para casa até o nascimento da criança.

De acordo com a Diretoria do Sistema Penitenciário da mencionada Secretaria, a central está estruturada em Palmas e

conta com um chefe do setor, um servidor administrativo e os plantonistas, equipe que realiza o trabalho de monitoramento por meio de um sistema, não ultrapassando tal atuação. Outra informação repassada pela Secretaria é a de que atualmente o Estado dispõe de três alternativas para subsidiar a decisão do magistrado na aplicação da pena: regime fechado, semiaberto e o aberto, este último com acompanhamento da Central de Execução de Penas e Medidas Alternativas (CEPEMA), no âmbito do TJTO. A referida central seria desativada tão logo o executivo implantasse a Central Integrada de Alternativas Penais. (informação verbal)⁷

No primeiro levantamento em 2016, representantes da referida Secretaria informaram sobre a existência de termo de compromisso prevendo a transferência de recursos federais do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), formalizado entre o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Secretários de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania, para a implantação da Central Integrada de Alternativa Penal no Estado, com data não definida para funcionamento. Esta foi implantada em 2017 com a nomenclatura “CEPEMA”, a mesma dada à Central do TJTO que, no entanto, não foi desativada conforme inicialmente previsto. (informação verbal)⁸

⁷ Notícia fornecida por Valcelir Borges da Silva, Diretor de Políticas e Projetos de Educação para o Sistema Prisional do Estado do Tocantins, em Palmas-TO, em março de 2016.

⁸ Notícia fornecida por Valcelir Borges da Silva, Diretor de Políticas e Projetos de Educação para o Sistema Prisional do Estado do Tocantins, em Palmas-TO, em março de 2016.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas leituras e pesquisas realizadas, arrisque-se a afirmar que a prisão provisória tornou-se hoje uma questão quase que cultural, quando o julgador então se depara com acusados pertencentes a setores “marginalizados” da sociedade, que incidem nos artigos penais mais recorrentes do Código Penal, optando na grande maioria das vezes pela necessidade de custódia cautelar do agente.

A audiência de custódia propõe significativa mudança, visto que o juiz, na presença do réu, terá de analisar todos os aspectos subjetivos e objetivos que o envolvem para justificar, porventura, uma decisão restritiva da liberdade. A partir dela, a decisão do magistrado ao decretar prisão cautelar não se formulará como ocorre atualmente, o julgador terá elementos para emitir um parecer qualificado e individual sobre a situação daquele indivíduo.

É inegável que a audiência de custódia promoverá uma melhora acentuada na qualidade das decisões que decretarem as prisões cautelares, constituindo-se em uma entre outras medidas que deverão ser adotadas com o intuito de diminuir o encarceramento em massa. Porém, sabe-se que não será capaz de solucionar todos os problemas da justiça criminal e do sistema penitenciário brasileiro. Mudanças legislativas e culturais, como a revisão periódica da custódia cautelar, em determinados marcos do processo, deverão ser adotadas assim como ocorre em Portugal e na Alemanha.

Com a obrigação legal de conduzir um preso em até 24 horas à presença de um juiz, mediante o Ministério Público e um advogado, seja particular ou defensor público, existe a obrigação de o Estado aparelhar seu sistema de justiça, ofertando alternativas que possibilitem de fato a tão apregoada ressocialização do preso, e antes disso contribua para a diminuição dos maus tratos e torturas pelas autoridades policiais, tornando os compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil em realidade, confirmando a opção brasileira por um Estado Democrático de Direito.

Por meio da presente pesquisa, constatou-se que o TJT-TO não instituiu núcleo próprio para realização das audiências de custódia. Em Palmas são realizadas pelo juiz do Conselho Militar, seu substituto automático ou quem eventualmente estiver respondendo pelas referidas serventias Judiciais, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Resolução nº 36, de 2017. Nas demais comarcas, nos dias de expediente a audiência será realizada pelo juiz titular ou respectivo substituto, a quem for comunicada a prisão em flagrante ou o cumprimento mandado de prisão (art. 2º, § 2º, Resolução nº 36, de 2017).

O Tribunal de Justiça, por meio da Portaria nº 615, de 2016, instituiu grupo de trabalho com a finalidade de interiorização das referidas audiências, em atendimento ao disposto na Resolução nº 213, de 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que tinha por finalidade a implantação destas nas comarcas do interior, no prazo de até 40 dias, o que não ocorreu. Verificou-se assim que, em se tratando de Estado, são realizadas somente

em Palmas, Araguaína e Gurupi.

Tomando-se por referência Palmas, pode-se observar que os resultados não estão devidamente compilados, o que dificulta a mensuração do real impacto das referidas audiências. Relatório Analítico Propositivo, Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais do Conselho Nacional de Justiça; porém, traz os seguintes dados: são realizadas em média três audiências de custódia por dia, com exceção dos finais de semana, nos quais o fluxo de prisões em flagrante é maior; são utilizados sistemas compartilhados entre a polícia civil, e o tribunal tem facilitado o controle da apresentação das pessoas presas em flagrante. Cientifica ainda que a Defensoria Pública foi responsável pela defesa técnica na maior parte das audiências observadas, fazendo-se representar por defensor público concursado em todos os casos em que atuou. Cita o relatório que os magistrados entrevistados afirmam que a atuação desse órgão tem se mostrado “consistente” e que trazem mais segurança ao flagrado, e rapidez no contato deste com o defensor público (BRASIL, [2018a]).

De modo genérico, constatou-se que no Tocantins, desde sua implantação, foram realizadas 1.217 audiências de custódia. No âmbito da Secretaria de Cidadania e Justiça do Estado, foi instituída a Central de Alternativas Penais, com oferta de penas restritivas de direitos: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; interdição temporária de direitos; limitação de fim de semana. E ainda a Central de Monitoramento Eletrôni-

co; porém, o uso das tornozeleiras atende apenas aos detentos do regime semiaberto, o que denota a necessidade de ajustes na referida oferta de serviços pelo poder público estadual.

Quanto às demais centrais, não se obtiveram, na Secretaria responsável por essa política, dados concernentes à instalação e funcionamento, mas informações quanto à existência de equipes multidisciplinares para o atendimento e encaminhamento desse público a rede de serviços.

Infere-se, assim, que existem alternativas ao cárcere formalmente instituídas no âmbito do executivo estadual em decorrência da Resolução nº 36, de 2017, a serem utilizadas pelo magistrado. Estas, porém, são insuficientes, assim como o são a infraestrutura e equipes estruturadas para atender às necessidades decorrentes da realização de audiências de custódia no Tocantins, o que implica diretamente a eficácia e efetividade do projeto, ratificando-se assim a hipótese previamente levantada.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de *et al.* **Sociologia e justiça penal, teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Audiência de custódia: você sabe para que servem as Cautelares no Processo Penal? Janeiro, **Empório do Direito**, 2015. não paginado. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/tag/audiencia->

de-custodia/. Acesso em: 16 jan. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório analítico propositivo justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais entre práticas retributivas e restaurativas: a lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2018a]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/69f98306e01d7a679720c82bf016b8ea.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018c]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Dados estatísticos: mapa da implementação da audiência de custódia no brasil**. Conselho Nacional de Justiça Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2017a]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional**

de informações penitenciárias: INFOPEN atualização – Junho de 2016. Tâmara Santos (org.). Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário nacional, 2017b. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 2013 de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016a. não paginado. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Tocantins realiza 254 audiências de custódia em prazo de cinco meses.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016b. não paginado. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81285-tocantins-realiza-254-audiencias-de-custodia-em-prazo-de-cinco-meses>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240 São Paulo.** Requerente: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil. Relator: Min. Luiz Fux. 03 de agosto de 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal.** Requerente: Partido Socialismo

e Liberdade - Psol. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015b. não paginado. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo I**. Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015c. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/a813126f195a9f1041b853290857e635.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiências de custódia são implantadas em TO pelo presidente do CNJ**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015d. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80086-audiencias-de-custodia-sao-implantadas-em-to-pelo-presidente-do-cnj>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2014a. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BROETO, Filipe Maia. Lei 12.403/11: liberdade como regra, prisão como exceção. **JusBrasil**, [2015]. Disponível em: <https://filipemaiabroetonunes16.jusbrasil.com.br/artigos/185759830/lei-12403-11-liberdade-como-regra-prisao-como-excecao>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CARVALHO, Neudimair Vilela Miranda. História e humanização das penas no Direito brasileiro à luz das Leis nº 9099/95 e nº 9.714/98. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 23, ago. 2017. ISSN 1518-4862. não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59617/historia-e-humanizacao-das-penas-no-direito-brasileiro-a-luz-das-leis-n-9099-95-e-n-9-714-98/6>. Acesso em: 15 fev.2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**: assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 17 set. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução Raquel Ramallete. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GALENO, Juliana França de Araújo de. Audiência de custódia: a renovação do Direito Penal Brasileiro em busca da garantia dos Direitos Humanos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 50602, 9 jul. 2016. ISSN 1518-4862. não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41425/audiencia-de-custodia-a-renovacao-do-direito-penal-brasileiro-em-busca-da-garantia-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 7 fev. 2019.

GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 351. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção Americana de direitos humanos.** 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

HUMAN RIGHTONS WATCH. **Relatório mundial 2016:** Brasil. [Rio de Janeiro], 2016. não paginado. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285573>. Acesso em: 15 mar. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Brasil crise penitenciária impulsiona reforma audiências de custódia ajudam a combater a superlotação no maranhão.** São Paulo: Human Rights Watch, 2015. p. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, n. 17, set./dez. 2014. Disponível em: http://www.revistaliberdades.or.br/site/outrasediçõesExibir.php?rcon_id=209. Acesso em: 2 mar. 2016.

MONTENEGRO, Manual Carlos. **Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>. Acesso em: 10 dez. 2017.

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL, Informativo, ano 03, n. 05, 2013. Brasília, DF: Rede de Justiça Criminal, 2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ROMANO, Rogério Tadeu. Audiência de custódia. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 21, jul. 2015. ISSN 1518-4862. não paginado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41425/audiencia-de-custodia-a-renovacao-do-direito-penal-brasileiro-em-busca-da-garantia-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 7 fev. 2019.

SILVA, Leandro de Castro. **O Réu sem rosto**: a importância da audiência de custódia no processo penal sob a ótica da economia comportamental. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2014.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Resolução N° 17, de 2 de julho de 2015**. Implanta, no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, a realização da audiência de custódia prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Palmas-TO, Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/12/457566c9082d375d12158f485d5ac938.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Considerações acerca da Lei 12.403/2011 e das medidas cautelares no processo penal: em busca de critérios para concretizar as limitações implementadas. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 131. Set. 2013. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExbir.php?rcon_id=209. Acesso em: 2 mar. 2016.

**CUMPRIMENTO DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO
ESTADO DO TOCANTINS E SUAS VIOLAÇÕES AOS
DIREITOS HUMANOS**

Juliane Castro dos Santos ¹

RESUMO

Estudo com o escopo de discutir violações no tratamento dado a pessoas inimputáveis que cumprem medida de segurança de internação no estado do Tocantins. O estudo se utiliza do raciocínio indutivo por amostragem, com análise de casos concretos dos inimputáveis que cumprem medidas fora dos moldes estabelecidos pela norma brasileira, em presídios comuns do estado do Tocantins. Por fim, conclui-se pela existência de violações aos direitos humanos dessas pessoas que, além de cumprirem pena fora do preceito legal, ainda sofrem com o encarceramento por tempo superior ao da pena em abstrato do delito cometido.

Palavras-chave: Medida de Segurança. Tocantins. Inimputáveis. Direitos Humanos.

ABSTRACT

¹ Graduanda em Direito, pela União Brasileira de Educação Católica (UBEC) - Faculdade Católica do Tocantins. Estagiária da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. E-mail: julianecastro626@hotmail.com.

This study has the scope of discussing violations in the treatment given to unimputable people who comply with the security measure of hospitalization in the state of Tocantins. The study uses inductive reasoning by sampling, with an analysis of concrete cases of unimputable individuals that are punished outside of the prison terms established by the legal norms of Brazil, in common prisons in the state of Tocantins. Finally, the study concludes that there are violations of the human rights of these individuals who, in addition to being penalized outside the legal norm, still suffer an imprisonment greater than the established standard for the offense committed.

Keywords: Security Measure. Tocantins. Incomputables. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são essenciais, irrenunciáveis e indispensáveis para uma vida digna. Segundo a Declaração Universal de Direitos Humanos, estes direitos são inerentes a todos os seres, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Cada momento histórico produziu processos de marginalização e segregação de determinados grupos sociais. Esses processos relacionaram-se com a estrutura econômica, com as formas culturais e políticas que seguiram e apostaram de uma forma ou doutra validar mecanismos de exclusão.

Para o funcionamento desses mecanismos, cada sociedade estabelece modelos judiciários e repressivos que classificam, rotulam e punem determinadas condutas ou personalidades. Longe de ser um resíduo acidental de cada modo de produção e de forma histórica, esses dispositivos servem ao propósito de refletir modelos sociais que, quanto mais injustos em distribuição de poder e riqueza, mais precisam do seu funcionamento.

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena, regem também as medidas de segurança.

No estado do Tocantins é possível identificar violações dos direitos humanos no que diz respeito ao cumprimento das medidas de segurança aplicadas a pessoas inimputáveis, quando estas devem ser submetidas a tratamento humano, são submetidas ao sistema carcerário, fazendo-se assim necessária uma análise à proteção dos direitos fundamentais já que todas devem ser resguardadas pelo manto legal.

Objetiva-se, então, demonstrar as violações existentes dentro do sistema carcerário, despreparado para receber o inimputável sujeito à medida de segurança, por intermédio do raciocínio indutivo por amostragem, com análise de casos concretos dos inimputáveis que cumprem medidas nos presídios

do estado do Tocantins. A pesquisa expõe dados disponibilizados pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins por intermédio do Núcleo de Defesa ao Preso por meio de relatórios sobre os casos de violações existentes no Estado.

2 BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

As várias fontes de produção e criação dos direitos humanos apresentam traços em comum: a importante necessidade de limitação e controle do Estado e a consequente consagração da legalidade e da igualdade.

A história da humanidade ao longo de diversas tribulações de guerra e segregações sustenta a teoria de que o Estado deve sofrer limites. Surge então na história a ideia de dignidade humana, que, de acordo com Nestor Sampaio, “é um valor espiritual inerente ao próprio homem, que se manifesta na liberdade de decisão e conscientização a seu respeito.” (SAMPAIO, 2010, p. 18).

Tudo o que diz respeito aos direitos humanos e à dignidade humana vêm sendo ressaltados com intensidade depois da Segunda Guerra Mundial, principalmente em face dos horrores vividos nas batalhas, campos de concentração e extermínio. Os horrores e as torturas praticados sob todas as bandeiras, sobretudo pelo nazismo, reacenderam a opinião pública internacional no sentido do resgate da dignidade humana e de sua indispensável proteção. Daí a criação da Organização das Nações Unidas, por meio da Carta de São Francisco (1945),

cuja finalidade básica foi a internacionalização de direitos humanos e a demonstração de que o homem não é descartável, vide preambulo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948):

considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]. Considerando que as Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e valor da pessoa humana [...] (DECLARAÇÃO..., 1948, não paginado).

Os direitos humanos estão baseados no princípio de respeito em relação ao indivíduo. A sua base fundamental é que cada pessoa é um ser moral e racional que merece ser tratada com dignidade. Os direitos humanos são chamados assim porque são universais e podem ser suscitados por qualquer pessoa independentemente de sua nacionalidade. Enquanto as nações ou grupos especializados usufruem dos direitos específicos que se aplicam só a eles, os direitos humanos são os direitos aos quais todas as pessoas têm direito, não importa quem sejam ou onde vivem, simplesmente porque são seres vivos.

2.1 NO DIREITO INTERNACIONAL

Desde os primórdios, até a Carta das Nações Unidas, mais de 700 anos se passaram, e diversos documentos foram

redigidos em prol dos direitos humanos. Nenhum deles foi tão significativo e profundo quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que acabou por criar o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

Após a Segunda Guerra Mundial, organizadas e incentivadas pela Organização das Nações Unidas, 148 nações se reuniram e redigiram a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual representou um enorme progresso na defesa dos Direitos Humanos, dos Direitos dos Povos e das Nações. Nessa carta de princípios, considerada o evento matriz de internacionalização de direitos humanos, duas ideias principais ficaram evidenciadas: i) o ser humano não é algo descartável; ii) a necessidade de universalização e proteção dos direitos humanos.

Desde então surge o novo ramo do Direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a elaboração de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, patrocinados pela Organização das Nações Unidas.

No preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, citam-se claramente os direitos inerentes a todos os seres humanos: “O desconhecimento e o desprezo aos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que chocaram a humanidade e o surgimento de um mundo no qual seres humanos possam desfrutar de liberdade de expressão e crença, e sejam livres do medo e da miséria têm sido citados como os maiores desejos das pessoas comuns.” (DECLARAÇÃO..., 1948, não paginado).

Os Estados-Membros das Nações Unidas prometeram

trabalhar juntos para promover os trinta artigos de direitos humanos que, pela primeira vez na história, foram reunidos e codificados em um só documento. Como consequência, atualmente, muitos desses direitos, de várias formas, fazem parte das constituições de nações democráticas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um padrão ideal sustentado em comum por nações no mundo inteiro, mas não exerce nenhuma força de lei. Assim, desde 1948 até 1966 a tarefa principal da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas² foi criar um corpo de lei de direitos humanos internacionais baseados na Declaração para estabelecer os mecanismos necessários para fazer cumprir sua implementação e uso.

Além da Carta Internacional dos Direitos Humanos, as Nações Unidas adotaram mais de vinte tratados, principais subsequentes que detalham direitos humanos. Esses incluem convenções para prevenir e proibir abusos específicos como a tortura e o genocídio e proteger populações vulneráveis específicas, como refugiados (Convenção que se relaciona com o Estado dos Refugiados, 1951); mulheres (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, 1979); e crianças (Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989). Outras convenções cobrem a discriminação racial, a prevenção de genocídio, os direitos políticos de mulheres, proibição de escravidão e tortura.

2 A CNUDH foi uma comissão criada em 1948, sob supervisão do Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

As declarações emitidas pela Organização das Nações Unidas não trazem sanções penais, são meios de conduta aos Estados-Membros para uma forma simétrica de ação, cabendo então a cada país legislar especificamente sobre o assunto, respeitando as diretrizes a respeito dos direitos humanos.

2.2 NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, os direitos humanos são garantidos na Constituição Federal, de 1988, o que pode ser considerado um grande avanço jurídico, já que o País conta com uma história marcada por episódios de graves desrespeitos a esses direitos, sobretudo no período do Regime Militar (1964).

A Constituição criada em 1988 garante os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos nossos cidadãos. Essas garantias aparecem, por exemplo, logo no primeiro artigo, onde é estabelecido o princípio da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Além do que foi normatizado pelo constituinte, o Brasil adota e ratifica tratados e convenções sobre direitos humanos. Não é demais lembrar que a prevalência dos direitos humanos é um dos princípios regentes das relações internacionais do Brasil (art.4º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988).

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político (BRASIL, [2018a], não paginado).

No sistema jurídico brasileiro há certa preocupação com a garantia da dignidade humana, a ideia de dignidade humana foi descrita pelo constituinte como fundamento republicano (art. 1º, III, da Constituição Federal).³ Para descrever as garantias do homem na Carta Magna, o constituinte adotou o termo “direitos fundamentais”. Os direitos fundamentais estão descritos, sobretudo, no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, pois se trata de um rol meramente exemplificativo, porque não se excluem outros direitos e garantias expressos na Carta, nem aqueles decorrentes dos princípios básicos e do regime democrático (direitos implícitos), bem como os que surjam de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Segundo consta na obra de Capez (2010, p. 14), é da

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, [2018a], não paginado)

dignidade da pessoa humana que nascem os princípios orientadores e limitadores do Direito Penal (DP). Jesus (2009, p. 9-12) define quatorze Princípios Fundamentais do Direito Penal: a) Princípio da Legalidade ou da reserva legal: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (Constituição Federal, de 1988, art. 5º, XXXIX, e Código Penal (CP) art. 1º); b) Princípio da proibição da analogia “in malam partem”: Proibição da adequação típica “por semelhança” entre os fatos; c) Princípio da anterioridade da lei: Só há crime e pena se o ato foi praticado depois de lei que os define e esteja em vigor; d) Princípio da irretroatividade da lei mais severa: A lei só pode retroagir para beneficiar o réu; e) Princípio da fragmentariedade: O estado só protege os bens jurídicos mais importantes, assim intervém só nos casos de maior gravidade; f) Princípio da intervenção mínima: O estado só deve intervir pelo Direito Penal, Damásio de Jesus explica: “quando os outros ramos do Direito não conseguirem prevenir a conduta ilícita”; g) Princípio da ofensividade: Não basta que a conduta seja imoral ou pecaminosa, ela deve ofender um bem jurídico provocando uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem; h) Insignificância ou Bagatela: Baseia-se no pressuposto de que a tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico, reconhecendo a “atipicidade do fato nas perturbações jurídicas mais leves.” (JESUS, 2009, p. 10).

Os princípios têm a característica de exprimir a vontade da sociedade, eles nascem por meios dos preceitos éticos construídos ao longo da história, são norteadores para a construção, interpretação e aplicação do direito positivado.

3 DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DECORRENTE DA INIMPUTABILIDADE

Com o qualificativo de “oligofrenia”, ou “debilidade mental”, assinala o estado contínuo a um desenvolvimento insuficiente das funções psíquicas, principalmente de notável em seu aspecto intelectual. Ao débil mental falta a disposição intelectual necessária para compreender os problemas levantados pela vida social, para criar os hábitos de adequação correspondentes e para criticar, de acordo com os resultados de sua experiência pessoal, o seu valor. Dito mais precisamente, ao débil mental falta inteligência (em suas três modalidades de compreensão, criação e crítica) para poder se auto conduzir no mundo civilizado, conquistando com seu trabalho o mínimo de ganho econômico necessário para seu sustento e, em contrapartida, distribuindo seus gastos de acordo com aqueles (MIRA Y LÓPEZ, 2011, p. 261).

É pelos chamados laudos de periculosidade e de sanidade mental que o psiquiatra forense define quem tem, ou não, debilidade mental, produzindo a categoria de indivíduos que o direito designa como inimputável. Os laudos designam quem tem sanidade mental e quem apresenta periculosidade. A noção de periculosidade é uma categoria nativa não do saber médico e psiquiátrico, mas do direito. Voltando-se para o campo jurídico, este saber nos informa sobre o que viria a ser essa periculosidade, como ele a designa.

Sobre imputabilidade, Capez (2010, p. 331) explica:

É a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado de sua conduta, mas também de comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento. Exemplo: um dependente de drogas tem plena capacidade para entender o caráter ilícito do furto que pratica, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância psicotrópica, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade.

Cita ainda o autor o conceito de Doença mental e Desenvolvimento mental incompleto:

Doença mental: é a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento. Compreende a infindável gama de moléstias mentais, tais como epilepsia, conduto pática, psicose, neurose, esquizofrenia, paranoias, psicopatia, epilepsias em geral etc. Desenvolvimento mental incompleto: é o desenvolvimento que ainda não se concluiu, devido à recente idade cronológica do agente ou à sua falta de convivência

em sociedade, ocasionando imaturidade mental e emocional. No entanto, com a evolução da idade ou o incremento das relações sociais, a tendência é a de ser atingida a plena potencialidade. É o caso dos menores de 18 anos (CP, art. 27326) e dos silvícolas inadaptados à sociedade, os quais têm condições de chegar ao pleno desenvolvimento com o acúmulo das experiências hauridas no cotidiano (CAPEZ, 2010, p. 333-334).

Dessa forma, se o agente não possui capacidade para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez ou outra, cometendo fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade.

O inimputável não comete crime, mas pode ser sancionado penalmente, aplicando-lhe medida de segurança, que se baseia no juízo de periculosidade, diverso, portanto, da culpabilidade. O autor de um fato típico e antijurídico, sem compreensão do que fazia, não merece ser considerado criminoso, embora possa ser submetido à medida especial cuja finalidade é terapêutica, fundamentalmente (NUCCI, 2017, p. 271).

3.1 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS INIMPUTÁVEIS

Mirabete (2007, p. 377) ensinam que não basta a periculosidade presumida pela inimputabilidade, ou reconhecida pelo juiz em episódios de semi-imputabilidade. É imprescindível e necessário que, na qualidade de sujeito ativo, tenha a

pessoa cometido um fato típico punível.

Não se aplica medida de segurança nos casos em que não há provas que ratifiquem a imputação; se o fato não constitui ilícito penal; e se o agente foi absolvido por ter cometido o fato ao abrigo de um excludente de antijuridicidade.

Pressuposto da aplicação da medida de segurança é também a periculosidade, ou seja, o reconhecimento da possibilidade de voltar a delinquir. Embora se tenha afastado quase que completamente do texto legal o termo periculosidade, o Código Penal ainda reconhece tal condição em algumas hipóteses, como as do art. 77, inciso II, e art. 83, parágrafo único, pelos quais se recusam o sursis o livramento condicional àqueles que, por suas condições pessoais, possivelmente voltarão a cometer ilícitos penais. Além disso, o art. 3º da Lei nº 8.072, de 1990, dispõe: “Art. 3º A união manterá estabelecimentos penais de segurança máxima, destinado ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública.” (BRASIL, [2018b], não paginado).

Quanto à aplicação da medida de segurança, a Lei presume a periculosidade dos inimputáveis, determinando a aplicação da medida de segurança àquele que cometeu o ilícito e se apresenta nas condições dos arts. 26 e 97 do Código Penal (BRASIL, [2018c]). Nesses casos, a aplicação da medida de segurança é obrigatória, não podendo ser dispensada apenas porque o agente já está sendo voluntária e particularmente submetido a tratamento. No que diz respeito ao semi-imputável, a

periculosidade pode ser reconhecida pelo juiz, que, em vez de aplicar a pena, a substitui pela medida de segurança (MIRABETE, 2007.p. 377).

4 DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança constitui uma espécie de sanção penal imposta pelo Estado; sendo o Brasil um Estado Constitucional Democrático de Direito, devem ser observadas na aplicação da medida de segurança as mesmas garantias e princípios constitucionais que fundamentam a aplicação da sanção penal.

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais e constitucionais aplicáveis à pena regem também as medidas de segurança.

Ferrari (2001, p. 194-199) levanta uma questão como sendo o grande diferencial entre as medidas de segurança e a pena privativa de liberdade, o indeterminismo, característica presente no cumprimento da medida de segurança, isso porque a medida só cessará por meio de laudo médico que ateste a capacidade de convívio do agente, de que não mais existe o estado de periculosidade deste; não havendo, pois, a capacidade de convívio constatada, a medida de segurança não cessará.

O art. 96 do Código Penal determina: “Art. 96. As medidas de segurança são: I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II – sujeição a tratamento ambulatorial.” (BRASIL, [2018c], não paginado).

Greco (2015, p. 755) ensina que a pena surge como consequência natural pela prática de um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, quando o agente pratica uma infração penal, abre-se a oportunidade para o Estado de fazer valer o *ius puniendi*, aplicando-se-lhe uma pena que terá as funções determinadas pela parte final do art. 59 do Código Penal; vale dizer, deverá ser necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Ao inimputável que pratica um injusto penal, o Estado reservou a medida de segurança, cuja finalidade será levar a efeito o seu tratamento. Não se pode afastar da medida de segurança, além da sua finalidade curativa, aquela de natureza preventiva especial, pois, tratando o doente, o Estado espera que este não volte a praticar nenhum fato típico e ilícito.

O tratamento a que será submetido o inimputável sujeito à medida de segurança poderá ocorrer dentro de um estabelecimento hospitalar ou fora dele. Assim, a medida de segurança poderá se iniciar em regime de internação ou por meio de tratamento ambulatorial. Dessa forma, pode se considerar que as medidas de segurança podem ser detentivas (internação) ou restritivas (tratamento ambulatorial).

É importante ressaltar que a classe médica, há alguns anos, vem se mobilizando no sentido de evitar a internação dos pacientes com doença mental, somente procedendo à internação dos casos reputados mais graves quando o convívio familiar ou com a própria sociedade torna-se perigoso para estes e para ele próprio. Em virtude desse raciocínio, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental.

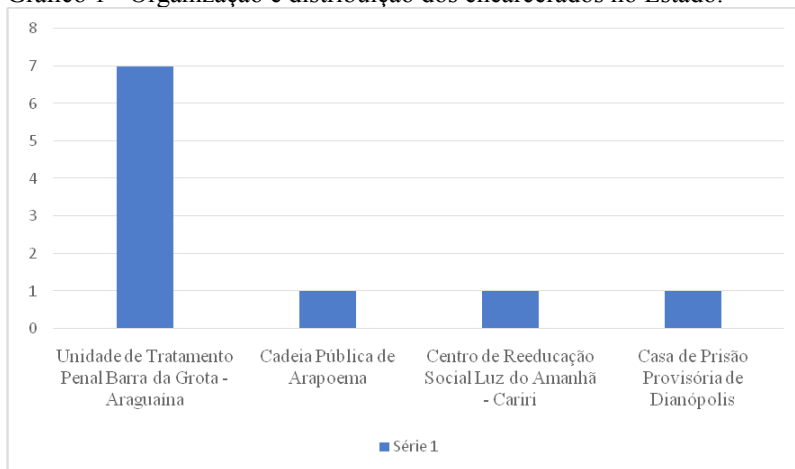
O juiz que absolver o agente, aplicando-lhe medida de segurança, deverá, na sua decisão, optar pelo tratamento que mais se adapte ao caso, ou seja, se for necessária a internação do inimputável, já o determinará; se o tratamento ambulatorial for o que melhor atender à situação do agente, este deverá ser imposto na decisão.

4.1 DO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ESTADO DO TOCANTINS

O estado do Tocantins conta atualmente com dez pessoas cumprindo pena de internação (medida de segurança) em presídios comuns, os dados são da Superintendência do Sistema Penitenciário Prisional do Tocantins, disponibilizados por intermédio do Núcleo de Defesa do Preso, da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, no mês de abril de 2018.

A organização e distribuição dos encarcerados no Estado se dá da seguinte forma:

Gráfico 1 - Organização e distribuição dos encarcerados no Estado.



Fonte: Autora do artigo (2018)

Em janeiro de 2016, foi protocolada uma ação de Obrigação de Fazer contra o estado do Tocantins, que tem como pólo ativo o Centro de Direitos Dom Jaime Collins, Centro de Direitos Humanos de Cristalândia e Associação Estadual de Direitos Humanos do Tocantins, a ação foi distribuída para a 1ª Vara Cível de Guaraí/TO, Autos 0000017-04.2017.827.2729.

Os inimputáveis relacionados no processo supracitado, já não são os mesmos dos apontados pela Superintendência do Sistema Penitenciário Prisional do Tocantins que cumprem penas hoje nas cadeias, mas o medo de que os fatos ocorridos há anos se repitam ao longo da história persiste.

Algumas das vítimas afetadas pelas violações de direitos humanos são qualificadas da seguinte forma na peça inicial dos autos 0000017-04.2017.827.2729 (p. 3-4):

- a) Fernando Pereira, brasileiro, lavrador, doente men-

tal, **preso de 1989 até o final de 2015 em cela de cadeia**, desprovido de documentos pessoais;

- b) Felipe Pereira, brasileiro, doente mental, nascido em 18 de setembro de 1996, **preso em cela de cadeia, indevidamente, desde 30 de maio de 2014** na Unidade Prisional de Palmas/TO;
- c) Jânio Pereira, **preso em 7 de dezembro de 1999 até 10 de novembro de 2008**, quando empreendeu fuga da carceragem de Bernardo Sayão/TO, histórico de tentativas de suicídio no ambiente carcerário;
- d) Rogel Pereira, brasileiro, solteiro, flanelinha, não alfabetizado, doente mental, **preso indevidamente por cerca de 10 anos**. Nunca tendo obtido a internação psiquiátrica regular.

Na peça inicial, é posto um trecho do relatório do diretor da Casa de Prisão Provisória de Araguaína, em 6 de janeiro de 1997, Ofício nº 127, de 1996, com o seguinte relato sobre o preso Fernando: “[...] sintomas de desequilíbrio mental, como por exemplo, comer suas próprias fezes, beber sua urina, além de Fernando andar despido pela cela de (sic) cadeia, pondo em risco sua vida e, bem como, a vida de outros presos [...]. (p. 1)”

Esses relatos não podem ser compreendidos como a totalidade das violações já existentes no estado do Tocantins; muito provavelmente existem muito mais casos no decorrer dos 29 anos da criação do Estado, histórias que talvez nunca venham à tona.

4.2 DA EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÕES NO ESTADO DO TOCANTINS

O art. 3º da Lei de Execução Penal assegura ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei, sendo que o art. 99 do Código Penal, com a chancela correspondente aos direitos do internado, diz que este será refugiado a estabelecimento dotado de atributos hospitalares e será submetido a tratamento (GRECO, 2015, p. 763)

Isso denota que aquele a quem o Estado aplicou medida de segurança, por conhecer inimputável, não poderá, por exemplo, ser recolhido em uma cela de delegacia policial, ou mesmo numa penitenciária, em razão de não haver vaga em estabelecimento hospitalar próprio, impossibilitando-lhe, assim, o início de seu tratamento (GRECO, 2015. p. 763).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Tratando de medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, caracteriza-se o constrangimento ilegal se o paciente encontra-se em prisão comum, ainda que não haja local adequado para o cumprimento da medida. No caso, segundo informações obtidas via contato telefônico com a Vara de Execuções Penais de São Paulo, capital, o paciente encontra-se acautelado em presídio comum desde junho de 2009, aguardando, até o presente momento, vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da medida de internação, sem previsão para transferência, evidenciando, as-

sim, o constrangimento ilegal. *Habeas corpus* parcialmente concedido para determinar, não a colocação do paciente em liberdade, conforme requerido pela defesa, mas a sua imediata transferência para hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento adequado, sendo que, na falta de vagas, deve o juiz das Execuções avaliar, com as cautelas devidas, a possibilidade de substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial (BRASIL, 2011, não paginado).

No estado Tocantins foi impetrado *habeas corpus* pela Defensoria Pública do Estado, no Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de ver cessado o constrangimento ilegal, com relação a um apenado que cumpria medida de segurança em presídio comum. A decisão publicada no dia 2 de março de 2018 tem o seguinte teor:

HABEAS CORPUS Nº 433.484 - TO (2018/0009895-2)

WANDERSON DA SILVA PEREIRA alega sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (HC n. 0023545-82.2017.827.0000).

O acusado, absolvido de forma imprópria pelo crime de homicídio qualificado, foi submetido à internação. Sustenta a Defensoria Pública a ilegalidade de sua manutenção em local inadequado, ante a falta de vaga em hospital de custódia para início da medida de segurança.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, a fim de que o paciente seja imediatamente transferido para hospital psiquiátrico, ou persistindo a ausência de vaga, seja então incluído em tratamento ambulatorial até que surja vaga” (fl. 61).

Decido.

A tese da impetração se conforma com a jurisprudência desta Corte, in verbis: Constitui constrangimento ilegal a prisão de inimputável sujeito à medida de segurança de internação, diante da ausência de vagas em estabelecimentos hospitalares adequados à realização do tratamento, porque a manutenção desses estabelecimentos especializados é de responsabilidade do Estado, não podendo o paciente ser penalizado pela insuficiência de vagas (HC n.284.520/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 22/4/2014).

O Tribunal de Justiça deixou de conceder a ordem porque providências de praxe estavam em curso, mas, consoante as informações atualizadas, de fls. 49-59, o paciente ainda aguarda indicação de local adequado para sua internação.

É inadmissível manter o inimputável segregado em estabelecimento penal comum, por absoluta ineficiência estatal em prover vagas em hospital de custódia e tratamento (ou outra instituição adequada para o início da internação).

Ilustrativamente: ‘é indevida a segregação, em estabelecimento prisional comum, de inimputável submetido a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento, mesmo na hipótese de ausência de vaga nas instituições adequadas’ (RHC n. 73.677/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 19/5/2017).

Confira-se:[...]

Viola o princípio da individualização da pena, cujo espectro de incidência é ampliado, teleologicamente, para englobar a medida de segurança, a segregação, em penitenciária, de inimputável que aguarda vaga em hospital de custódia para receber tratamento em regime de internação.[...]

(HC n. 297.529/SP, Rel. p/ acórdão Min.

Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 16/3/2015).

Adota-se à hipótese, *mutatis mutandis*, a orientação consagrada por meio da Súmula Vinculante n. 56.

À vista do exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, concedo o *habeas corpus* para determinar a imediata transferência do paciente para estabelecimento adequado ao início da internação ou, na ausência de vaga, sua inclusão em tratamento ambulatorial, até o surgimento da respectiva vaga.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2018.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
(BRASIL, 2018d, não paginado)

Nessa conjectura, melhor será a solução fornecida por Mirabete (2007, p. 383), quando asseveram que constituiu constrangimento ilegal sanável pela via do *habeas corpus* o recolhimento de pessoa submetida à medida de segurança em presídio comum, o que pode ser confirmado pelas decisões do Superior Tribunal de Justiça acima expostas. Na absoluta impossibilidade, por falta de vagas, para a internação, deve-se substituir o internamento pelo tratamento ambulatorial (GRECO, 2015. p. 764).

Desse modo, a inexistência de estabelecimento adequado no estado do Tocantins não lhes dá o direito, em nome da segurança social, de manter em estabelecimento prisional aqueles condenados com medidas de internação. Se há a deficiência do Estado, os imputáveis não devem ser vítimas e terem sua integridade física e mental mais agredida pelo ente público.

Há então constrangimento ilegal por parte do Estado, cabendo, dessa forma, até à construção do hospital de custódia, um *habeas corpus* coletivo para ver cessada a ilegalidade das prisões dos que cumprem medida de segurança de maneira ilegal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante um mundo de inversão de valores, quem defende o violador da lei penal está fora dos parâmetros morais, mas não é bem assim, a percepção do justo está tão perdida que não consegue entender os motivos da luta social histórica envolvida.

A luta de um criminólogo não está pautada no interesse de ver “bandido” solto, ou a injustiça reinar, muito pelo contrário, o justo é o interesse fim na sua mais radiante essência. A luta parece utópica, mas não é, se utópica fosse, a luta já tinha parado. O maior interesse de um apaixonado pela criminologia é a valorização dos direitos humanos e o seu amplo resguardo.

As latentes violações existentes no estado do Tocantins são mais contraventoras aos submetidos à medida de segurança do que aos que se sentem inseguros com essas figuras soltas no meio social.

Esse é um cálculo que deve ser feito pelos órgãos do Poder Judiciário, Executivo e Legislativo, ante a inexistência de local adequado para o cumprimento da medida de segurança. A inexistência de verbas para a construção do hospital

de custódia não pode ser uma desculpa para manter preso o doente mental.

A situação existente no estado do Tocantins é uma forte violação aos preceitos fundamentais da Carta Magna e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois se impõem um estado de exceção a determinado grupo de pessoas com uma usurpação indevida de direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 190.705 SP 2010/0212337-7**. Impetrante: Marcos Vassiliades Pereira. Relator: Ministro Desembargador Haroldo Rodrigues, 17 de abril de 2011. 18 abr. 2018d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19123851/habeas-corpus-hc-190705-sp-2010-0212337-7/inteiro-teor-19123852?ref=juris-tabs>. Acesso: 18 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 433.484 - TO (2018/0009895-2)**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Tocantins. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 17 de abril de 2011. 18 abr. 2018d. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549419276/habeas-corpus-hc-433484-to-2018-0009895-2/decisao-mono-cratica-549419301>. Acesso: 18 abr. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010;

DECLARAÇÃO universal dos direitos humanos. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.

FERRARI, Eduardo Reali. **Medidas de segurança e direito penal no Estado democrático de direito**. São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015;

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 30. ed. São Paulo. Saraiva. 2009;

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de psicologia jurídica**. São Paulo: Vida livros, 2011;

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal: parte geral**, arts. 1º a 120 do CP.24. ed. São Paulo : Atlas, 2007. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Politize!.A Evolução Dos Direitos Humanos No Brasil. Disponível em: <http://www.politize.com.br/direitos-humanos-no-brasil/>. Acesso em: 20 de abril de 2018;

SAMPAIO FILHO, Nestor Penteadó. **Direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010;

**JUSTIÇA RESTAURATIVA:
um novo olhar sobre a justiça criminal**

Joselma Marreiro Spacassassi ¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade expor a Justiça Restaurativa como uma ferramenta alternativa na resolução pacífica de conflitos na área criminal. A importância do trabalho é discutir se a Justiça Restaurativa é medida adequada para a resolução de conflitos na área penal. Para tanto, visa explicar como o sistema penal retributivo funciona como mecanismo no combate aos delitos. Ponderar o esquecimento da vítima e sua atual e crescente revitalização, analisando o infrator como sujeito de direito. Trata-se, logo, de um estudo com o intuito de demonstrar os procedimentos da Justiça Restaurativa, verificar se é medida adequada na resolução de conflitos criminais e fazer uma análise quanto à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, na intenção de verificar se são necessárias alterações nas legislações para a inclusão e uso da Justiça Restaurativa no Brasil. Para tanto, a metodologia utilizada na pesquisa quanto aos objetivos foi exploratória, esse tipo de

¹ Graduada em Direito, pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS), Campus Augustinópolis-TO. Assistente de Defensoria Pública do Estado do Tocantins, lotada na Regional de Araguatins-TO. E-mail: joselma.coelho27@gmail.com.

pesquisa estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa com a visão de oferecer informações sobre o objeto desta e orientar a formulação de hipóteses para estudos posteriores; quanto ao tipo de procedimento técnico utilizou-se a pesquisa bibliográfica, pois é elaborada a partir de material já publicado, como livros, artigos de periódicos, legislação, e documentários correlatos ao tema e tem como principal finalidade auxiliar o pesquisador na análise e manipulação dessas informações. Desse modo, sobrepõe-se que a pesquisa poderá contribuir satisfatoriamente para demonstrar a necessidade de se implantar medidas alternativas e desconstituir o paradigma restaurativo.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Vítima e Infrator. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

This study aims to expose Restorative Justice as an alternative tool in the peaceful resolution of conflicts in the criminal area. The importance of the work is to discuss whether Restorative Justice is appropriate measure for resolving conflicts in the criminal area. In order to do so, it aims to explain how the retributive penal system works as a mechanism in the fight against crimes. Ponder oblivion of the victim and its current and growing revitalization by analyzing the offender as a subject of law. If it is, therefore, a study with the purpose of

demonstrating Restorative Justice procedures, verifying if is an adequate way for the resolution of criminal conflicts and analyzing its compatibility with the legal order of the country, in order to verify if changes in legislation are needed for the inclusion and use of Restorative Justice in Brazil. For this, the methodology used in the research regarding the objectives was exploratory, this type of research establishes criteria, methods and techniques for the elaboration of a research with the vision to offer information about its object and to guide the formulation of hypotheses for later studies and as for the type of technical procedure, bibliographical research was used, since it is elaborated from already published material, such as books, periodicals, legislation, and documentaries related to the theme and its main purpose is to assist the researcher in the analysis and manipulation of these information. In this way, it is surmised that this research can contribute satisfactorily to demonstrate the need to implant alternative measures and to deconstitute the restorative paradigm.

Keywords: Restorative Justice. Victim and Offender. Legal Order.

1 INTRODUÇÃO

A violência e a criminalidade têm aumentado ligeiramente de forma significativa, em decorrência disso, têm causado desordens pelo modelo de justiça penal adotado atualmente.

te, que traz o Estado como a figura que tem o dever de punir aquele que infringe as leis, focando na retribuição do delito por meio da pena.

Diante desse panorama, ocorre o crescimento pela busca de métodos alternativos à prisão, de maneira que venha a assegurar os direitos fundamentais dos indivíduos e que sejam efetivos, o que propõe a edificação de uma justiça pautada na ética.

Nesse sentido, observam-se os benefícios da Justiça Restaurativa, que surgiu como um novo modelo na resolução de conflitos, concebendo uma iniciativa inovadora por se basear em conceitos como horizontalidade, equilíbrio de poder, e ao abordar uma nova perspectiva do delito, estabelecendo-se como meio apto a promover a humanização do sistema penal, colocando a vítima como protagonista, podendo participar de forma ativa, e não apenas como mero objeto de prova do processo, além de trazer a participação da comunidade envolvida e do ofensor.

A proposta do presente trabalho é expor a Justiça Restaurativa e verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro para a resolução de conflitos na área criminal. E tem ainda como objetivos: analisar se o ordenamento jurídico brasileiro permite a aplicação de práticas restaurativas para a resolução de conflitos criminais; verificar se são necessárias alterações nas legislações para a inclusão da Justiça Restaurativa no Brasil e demonstrar que é admitida a introdução de práticas restaurativas no sistema penal brasileiro para a resolução de conflitos.

2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

São métodos que buscam a solução de conflitos de forma não jurisdicional pelo consenso entre as partes envolvidas. A sociedade passa a contribuir para a solução do litígio, tirando do Estado a responsabilidade exclusiva para se alcançar a justiça.

Por se tratar de procedimentos mais céleres, são utilizados como maneira eficaz para desafogar o judiciário, mas, além disso, os métodos alternativos de resolução de conflitos também são uma importante ferramenta na busca pela disseminação da cultura de paz, entre os métodos mais utilizados no Brasil estão: a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem.

Para Calmon (2007, p. 6):

Surgem, então, mecanismos apropriados que visam à obtenção da autocomposição. Às vezes simples, às vezes complexos, às vezes com a só participação dos envolvidos, às vezes com a colaboração de um terceiro imparcial, com o objetivo de incentivar, auxiliar e facilitar o diálogo, visando ao escopo maior de se chegar ao consenso

Quando as partes chegam a um acordo consensual, não é benéfico apenas para o judiciário, elas se sentem mais satisfeitas por participarem do processo de justiça e se sentirem parte importante nesse processo.

2.1 CONCILIAÇÃO

Na conciliação, as partes litigantes atuam na tentativa de resolver uma divergência de forma amigável, com o direcionamento de um conciliador neutro e imparcial que procura direcioná-las a uma solução satisfatória.

A decisão passa a ser um compromisso entre as partes, cujos termos lavrados pelo conciliador têm participação direta dos envolvidos, trata-se de um procedimento muito célere, necessitando, na maioria das vezes, de um único encontro entre o conciliador e os litigantes, é usada para pôr fim de forma mais rápida as controvérsias ou até mesmo em casos de processo judicial já em curso, como, por exemplo, obrigação de fazer, relações consumeristas, entre outras.

Para Gorczewski (1999, p. 26), a conciliação é o “ajuste entre interesses contrapostos: é harmonia estabelecida entre duas ou mais pessoas com posições diferentes.”

Ao se chegar a uma solução consensual, é formalizado um acordo entre as partes, o qual pode ser judicial ou extrajudicial, passando a constituir-se em título executivo.

2.2 MEDIAÇÃO

Diferentemente da conciliação, na mediação, o terceiro atua apenas como facilitador do diálogo cooperativo entre os envolvidos, já que as partes devem encontrar, por si só, a resolução do conflito existente, com vista ao resgate da relação que

sofreu desgaste por consequência do conflito.

Sendo assim, o objetivo principal da mediação é restabelecer os relacionamentos, estimulando os envolvidos a chegarem a uma solução juntos, para que possam cultivar uma relação futura.

Para Cahali (2012, p. 56), a “mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária no qual um terceiro imparcial atua de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes.”

Por se tratar de um método utilizado quando as partes têm um relacionamento e na busca pela restauração desses laços e promoção de uma melhor convivência, a mediação é o método mais indicado para ser utilizado nos conflitos que envolvem as relações familiares, estimulando o diálogo entre os envolvidos.

Segundo Watanabe (2003, p. 56),

Observa-se, na prática, que alguns conflitos, principalmente aqueles que ocorrem entre duas pessoas em contato permanente (marido e mulher, dois vizinhos, pessoas que moram no mesmo condomínio), exigem uma técnica de solução como a mediação, em virtude de se buscar nesses conflitos muito mais a pacificação dos conflitantes do que a solução do conflito, porque a técnica de hoje de solução pelo juiz, por meio de sentença, é uma mera técnica de solução de conflitos, e não uma técnica de pacificação dos conflitantes, ou seja, é um ponto extremamente importante para pensarmos em como instituir melhor a mediação.

2.3 ARBITRAGEM

A arbitragem é uma via de resolução de conflitos em que as partes, de comum acordo, escolhem árbitros de sua confiança para direcionar a solução do litígio de acordo com as normas de direito cabíveis.

Trata-se de um procedimento célere, confidencial, além de ter um custo mais baixo que os processos judiciais. É uma modalidade usada no Brasil para dirimir conflitos que tratem de direitos patrimoniais disponíveis, tendo como norma a Lei nº 9.307, de 1996.

Tratando-se de arbitragem, discorrem Bulos e Furtado (1997, p. 11-12):

A presteza e a celeridade do trabalho jurisdicional nunca foram tão exigidas como agora e o juízo arbitral poderá evitar desgastes pela demora na solução dos litígios, o que muitas vezes provoca um desestímulo para aqueles que pretendem obter uma resposta do Judiciário.

Assim sendo, a arbitragem se mostra como um meio muito eficaz na tentativa de desafogar o judiciário e diminuir os gastos com os processos judiciais comuns, prezando sempre pela celeridade e resolução pacífica dos litígios.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA

3.1 CONCEITO

A Justiça Restaurativa, conforme será evidenciado, trata-se de um processo consensual, em que as partes envolvidas, vítima, infrator e outras pessoas que de certa forma podem ser afetadas pelo delito, trabalham coletivamente para que haja restauração, e os traumas e as feridas causadas possam ser curados.

O sistema restaurativo tem por principal finalidade solucionar os conflitos de forma pacífica, de forma que haja a reparação do dano e conseqüentemente a pacificação social. Consiste em um sistema pelo qual o infrator e a vítima, pelo diálogo e com a interferência de membros da comunidade, procuram uma solução pacífica para o problema ocasionado. Em obra muito importante sobre o tema, Zehr (2008, p. 62) leciona da seguinte forma:

O que a Justiça Restaurativa oferece não só uma nova prática de justiça, mais um olhar diferente de crime e um novo objetivo para justiça: o crime é visto como uma fonte de prejuízo que deve ser reparado. Além disso, o dano essencial do crime é a perda de confiança, tanto ao nível interpessoal e social. O que as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada. A obrigação fundamental do delinquente é mostrar que eles são confiáveis. O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabele-

cimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis pessoal e social pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objetivos mais tradicionais, que se tornaria a principal consideração na sentença, oferecendo razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição.

Nesse sentido, também se faz necessário mencionar Bianchini (2012, p. 99). Ele ensina que: “Trata-se de uma abordagem do delito que envolve a vítima, o delinquente e a comunidade – sociedade – visando estabelecer relações sadias e reestruturação da paz social, além de reparar os danos materiais e imateriais causados pela transgressão.”

A Justiça Restaurativa é um sistema público, informal, voluntário e comunitário que poderá ser alcançado utilizando os métodos de resolução de conflitos, como a transação, a mediação e a conciliação.

Ao conceituar Justiça Restaurativa, Pinto (2005, p. 20) nos traz o seguinte:

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado.

Dito isso, faz-se mister trazer o entendimento do Palla-

molla (2009, p. 36), que assevera:

Tal justiça, portanto, é fruto de uma conjuntura complexa, pois recebeu influência de diversos movimentos: o que contestou a instituições repressivas e mostrou seus efeitos deletérios (como o abolicionismo); o que (re)descobriu a vítima (vitimologia); e o que exaltou a comunidade, destacando suas virtudes.

O Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 2.002/12, define a Justiça Restaurativa como:

Qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002, p. 3).

Portanto, a Justiça Restaurativa se trata de um sistema que requer o tratamento do dano sofrido pela vítima, observando suas necessidades e fazendo com que o ofensor entenda e lhe seja atribuída a responsabilidade pelos danos causados, a fim de corrigi-los, além de envolver os membros da comunidade nesse processo.

3.2 PRINCÍPIOS

Para que a Justiça Restaurativa funcione de forma efetiva, alguns princípios devem ser seguidos, já que se trata de um círculo colaborativo, em que as partes devem estar totalmente envolvidas no processo, os principais princípios norteadores das práticas restaurativas são os seguintes:

3.2.1 Voluntariedade

Este princípio reflete a ação dos envolvidos voluntariamente, sem se submeter à coação, obrigatoriedade ou qualquer tipo de constrangimento. Então, quando for sugerido que o conflito deva ser resolvido usando as práticas restaurativas, o método deve ser explicado às partes para que entendam e aceitem, ou não, participar do processo.

Winkelmann e Garcia (2012, p. 2) entendem que

O processo restaurativo não deve ser um processo impositivo e unilateral (como é no sistema judicial), deve ser um processo em que as partes sejam cooperantes, tenham uma vontade livre e esclarecida acerca dos seus direitos. Esse caráter voluntário faz com que o agressor compreenda e se responsabilize pelas consequências que a sua conduta produziu, como também o impedir de praticar mais crimes no futuro.

O encorajamento à participação tem o objetivo de restaurar as relações, para que as partes superem seus receios.

3.2.2 Consensualidade

Pode acontecer em muitos casos que não seja realizado acordo entre as partes, pois estas não podem ser coagidas a celebrá-lo, tampouco o agressor pode ser obrigado a admitir a autoria dos fatos. Embora em algumas situações seja necessário o uso de decisões cogentes, a finalidade principal é a de que haja a colaboração das partes, e as decisões sejam tomadas em consenso, sem imposições.

Para Bianchini (2012, p. 124),

O princípio da consensualidade deverá ser aplicado durante toda a abordagem, tendo em vista que as partes devem não só concordar com a participação, mas também compreender todo o procedimento e do que se trata o instituto, acordando sobre o funcionamento, regras, o andamento e os princípios empregados. O consenso deverá ser claro e objetivo quanto à participação, dos fatos fundamentais e da responsabilização do infrator.

Ainda sobre a consensualidade, vale expor o que diz Saliba (2009, p. 133) “Por meio do princípio da consensualidade, são alcançadas decisões e acordos mais aceitáveis às partes do que as sentenças impostas pelo próprio judiciário, ao mesmo tempo em que defende a liberdade quanto à forma de diálogo.”

Portanto, a Justiça Restaurativa entende que o diálogo com o agressor permite à vítima a reparação, a reabilitação e uma satisfação moral que lhe permita atenuar os efeitos psico-

lógicos do crime, de forma a afastar o excesso de formalismo encontrado no judiciário.

3.3.3 Confidencialidade

Todas as informações fornecidas durante a abordagem restaurativa devem ser sigilosas, com a finalidade de preservar as partes e não expor questões pessoais e íntimas cabíveis apenas a um ambiente privado, ou mesmo da comunicação de informações que tenham caráter ético profissional, como as cedidas por advogados e médicos.

Segundo Winkelmann e Garcia (2012, p. 2), este princípio confere

Às partes a necessária confiança para, de forma franca e aberta, lidarem com os seus interesses sem constrangimentos, pois caso o processo de mediação fracassar, as declarações não devem poder ser comunicáveis em juízo, por isso, nos debates, as declarações não devem ser reduzidas a escrito, prevalecendo o princípio da oralidade, que favorece a expressão dos sentimentos dos envolvidos.

Bianchini (2012, p. 128) reforça que “A exposição dos acordos alcançados deve abranger as autoridades responsáveis pela organização, fiscalização e pelo auxílio no cumprimento, não caracterizando a quebra de sigilo o acesso às informações pelos agentes relacionados ao procedimento.”

É importante destacar que esse princípio assegura que

as informações alcançadas durante o método restaurativo não serão comunicadas para outras esferas legais ou divulgadas sem prévia autorização das partes envolvidas no processo restaurativo.

3.3.4 Celeridade

Neste sistema são as partes que tendem a controlar a duração do processo, consoante a natureza, o tipo e a complexidade de cada caso, o que nos leva a crer que, mesmo que as partes necessitem de um tempo maior para se entenderem ou chegarem a um acordo, esse período de tempo não será maior do que o que levaria na justiça tradicional. Inversamente da morosidade que tem qualificado os mecanismos judiciários, a Justiça Restaurativa dá ao problema jurídico uma resposta rápida, célere e eficaz, tal como impõe o próprio sentido de justiça.

Segundo Bianchini (2012, p. 130), o princípio da celeridade está

Ligado à efetividade do procedimento, tendo em vista que um dos objetivos da justiça restaurativa é promover uma justiça célere, não podendo aceitar que o instituto tenha a mesma formalidade processual da justiça comum. Contudo, a imposição de prazos é importante e necessária para que o método restaurativo não se estenda de forma demasiada, prejudicando a eficácia do sistema.

3.3.5 Adaptabilidade

Como não há apenas um tipo de prática para se alcançar a Justiça Restaurativa, é necessário haver uma adaptação ao melhor tipo de procedimento que deverá ser utilizado, de acordo com as particularidades de cada caso e das partes envolvidas, essa flexibilidade é importante para se alcançar um melhor resultado no procedimento.

“O principal objetivo desse princípio é alcançar uma maior efetividade possível no procedimento, sendo a forma de aplicação empregada ao caso um instrumento para efetivar as ações que alcancem a restauração.” (BIANCHINI, 2012, p. 132).

3.3.6 Urbanidade

Estimular a urbanidade, ou seja, o bom comportamento, é-se necessário para que haja evolução do relacionamento no tocante à restauração; o respeito entre os indivíduos envolvidos deve existir durante todo o procedimento restaurativo.

“Será exigido dos participantes na Justiça Restaurativa o cumprimento de determinadas regras para que se tenha um bom relacionamento e o equilíbrio das relações, devendo haver disciplina no relacionamento das partes e na obediência às regras.” (BIANCHINI, 2012, p. 130).

3.3.7 Imparcialidade

Entende-se pelo princípio da imparcialidade que o conciliador deve compreender e auxiliar a todos de forma imparcial, evitando ajudar ou facilitar a situação para uma das partes.

Bianchini (2012, p. 133) leciona que

O intermediador não poderá se envolver emocionalmente com as frustrações e anseios das partes, bem como não poderá se identificar diretamente com nenhum integrante, pois o seu envolvimento atrapalhará o desenvolvimento restaurativo. O auxílio deve ser garantido a todos e não apenas a um dos envolvidos em detrimento dos demais, tendo o intermediário que se ater à individualidade dos envolvidos, evitando prejudicar o debate com julgamentos prévios inconcebíveis ou influenciar o diálogo em âmbitos não interessantes para os participantes.

3.4 PROCEDIMENTO

A Justiça Restaurativa não é um processo que visa substituir a Justiça Retributiva, mas fazer com que a visão sobre as partes envolvidas no delito seja modificada, em especial à vítima, para que haja um processo que inclua as partes e haja colaboração destas, e decisões atingidas por meio do consenso.

Para Zehr (2012, p. 37),

Normalmente a Justiça Restaurativa admite a abordagem adversarial, reconhece o papel dos profissionais envolvidos e do Estado. No

entanto, destaca a importância da participação daqueles que estão diretamente envolvidos, sofreram o impacto, ou têm outro interesse legítimo no evento lesivo ou delito.

A Justiça Restaurativa é um processo voluntário e informal com a atuação de facilitadores e há mais de uma forma de encontros, já que a Justiça Restaurativa surge como um mapa que pode ser adequado a diversas situações quando necessário, os métodos mais utilizados até então são: o encontro entre vítima e infrator, as reuniões coletivas onde poderá haver a participação da família e de pessoas da comunidade e ainda os círculos decisórios.

A possibilidade, outorgada às partes pela Justiça Restaurativa, de poderem encontrar-se pessoalmente, descrevendo os fatos à sua maneira, relatando como foram afetadas pelas consequências do delito e as maneiras de restaurar as relações interpessoais, é um grande diferencial apontado como modo de possibilitar a vivência da justiça à vítima e ao ofensor, na busca de que aquela tenha seus danos reparados e este entenda a sua responsabilidade pelo dano que causou. Nesse passo, Zehr (2008, p. 192-193), leciona que:

Uma parte importante da justiça é a troca de informações - uns sobre os outros, sobre os fatos, sobre a ofensa, sobre necessidades. As vítimas querem respostas para suas dúvidas quanto ao que aconteceu, por que aconteceu, e quem fez aquilo. Rostos precisam substituir os estereótipos. Representações equivocadas precisam ser questionadas. Essa troca de informa-

ções é vital, e idealmente ela deveria acontecer numa interação direta. Num contexto assim é possível tratar do que aconteceu no passado e do que vai acontecer no futuro. Os resultados dessa interação devem ser registrados na forma de acordos passíveis de serem qualificados e monitorados.

Com relação às reuniões coletivas e círculos decisórios, a mediação não acontece de forma individual, ela é mais abrangente, pois atinge a comunidade envolvida, então o plano restaurativo requer a participação da coletividade. São procedimentos que fazem com que as partes envolvidas no conflito participem de forma legítima da construção de um plano de restauração e reintegração da vítima e do ofensor.

Segundo afirma Sócrates, 2006, “A Justiça Restaurativa possibilita exatamente este espaço para fala, para expressão dos sentimentos e emoções vivenciados que serão utilizados na construção de um acordo restaurativo que contemple a restauração das relações sociais e dos danos causados.” (SÓCRATES, 2006, não paginado).

O grupo de facilitadores ou mediadores é composto por pessoas selecionadas no seio da sociedade, com preparo e maturidade suficientes para direcionar os procedimentos restaurativos. O mediador deve ouvir os relatos do ofendido e do ofensor, ajudando-os a discutir o problema e a construir soluções. “A vítima passa a ser tratada como parte lesada, sendo a pessoa que tem mais interesse na reparação dos danos e com vistas à reconciliação e pacificação do conflito encaminhado

ao instituto restaurativo.” (SALIBA, 2009, p. 120).

Com efeito, em cada processo há uma resposta, determinada pelo delito e pelas partes envolvidas no conflito, variáveis em cada caso concreto. Nesse raciocínio, Jacoud (2005, p. 177) assevera:

É provável que duas situações objetivamente comparáveis (por exemplo, um arrombamento seguido de roubo ou a destruição de objetos de valor considerável) não só serão negociadas de maneira diferenciada pelas respectivas partes, mas obrigarão a um consenso cujo conteúdo tem grande chance de ser específico e, portanto, diferenciado.

Esse estímulo ao diálogo de forma honesta e responsável é o que sugere a Justiça Restaurativa, não há um único procedimento, mas em cada situação abordada, em que possam ser utilizadas as práticas restaurativas, cabe uma avaliação, em especial dos operadores do direito para aplicar o melhor método na busca pela restauração dos envolvidos.

4 APLICAÇÃO JURÍDICA

O interesse a respeito da Justiça Restaurativa se dá devido à crise social crescente, que tem como símbolo a decadência do sistema de justiça. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa surge na tentativa de reconstruir o sistema, de maneira que venha a diminuir a repressão contida no direito penal, opondo-se ao modelo de direito que é apenas impositivo, modelo este

cada vez mais ineficaz.

Segundo Hulsman (1986), a estrutura das leis, com relação às infrações penais, não coincide com o olhar das partes envolvidas no conflito: “Na justiça penal geralmente se decide de acordo com uma realidade que existe apenas dentro do sistema, e raramente encontra a sua contrapartida no mundo exterior.” (HULSMAN, 1986, p. 77).

Sendo assim, Hulsman (1986), propõe uma nova linguagem, trocando a palavra crime pela expressão “situações problemáticas”, devolvendo a resolução dos conflitos às partes diretamente envolvidas que poderiam resolvê-la sem necessitar da pena de prisão.

Diante disso, pode-se observar que a Justiça Restaurativa não é apenas uma nova forma de resolução de conflito consensual, ou medida para desafogar o judiciário, mas é a busca por uma nova maneira de olhar a justiça criminal. Então surge um questionamento a respeito da necessidade de inserir as práticas restaurativas no ordenamento jurídico brasileiro a fim de que sejam utilizadas, e nesse momento há os pontos positivos e negativos quanto a essa previsão legal, ou não.

Enquanto a previsão legal pode desvirtuar alguns princípios restaurativos, como adaptabilidade e flexibilidade, doutro modo é notório que sem a normatização pode haver a dificuldade de superação da resistência a novas ideias, fazendo com que a comunidade não dê credibilidade ao programa, o que faria com que não se obtivessem os resultados esperados.

Portanto, não há de se falar em separação entre a Justi-

ça Restaurativa e o Sistema Penal formal, mas em uma alternativa de convivência entre eles, nas palavras de Giamberardino (2015, p. 206):

Se admitiria não uma relação de complementaridade e dependência, mas de autonomia e alternatividade, tolerando-se porém a convivência provisória entre práticas restaurativas e as formas tradicionais da justiça penal com o objetivo de, produzindo-se coesão e estabilização sem a imposição de sofrimento, problematizar e transformar as representações que constroem socialmente a ideia de censura.

4.1 ABERTURAS LEGAIS

Com relação à aplicabilidade jurídica das práticas restaurativas no Brasil, percebe-se que não é necessário que seja feita uma adequação legislativa, pois a própria Constituição Federal já traz essa abertura devido à sua essência que traz como fundamento a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, III (BRASIL, [2018a]). Um País com objetivos como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária não pode estar entre os cinco países com a maior população carcerária do mundo (dados do Infopen) e que não têm a correspondente diminuição de crimes violentos, mas o seu aumento (BRASIL, 2014). Com referência às penas a Carta Magna também traz algumas vedações em seu artigo 5º:

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

E ainda no texto constitucional há a indicação das modalidades de penas a serem aplicadas, quais sejam, a privação da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos, conforme o artigo 5º, XLVI (BRASIL, [2018a]). Além disso, o Código Penal, em seu artigo 32, também traz essa delimitação estabelecendo os tipos de pena como privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa (BRASIL, [2018d]).

Muito embora haja e deva se manter uma diferenciação entre o conceito das práticas restaurativas e o de pena, há a possibilidade, caso seja necessário, de usar como base a Constituição e outras leis para sua aplicação, utilizando-se dos conceitos de prestações sociais alternativas e de penas restritivas de direitos, bem como as medidas de obrigação de reparar o dano e prestação de serviço à comunidade em se tratando de medidas socioeducativas (art. 112, II e III, Lei nº 8069, de 1990) e também do que trata o art. 35, III, da Lei nº 12.594, de 2012, “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.”

O que necessita melhorar é quanto à criação de um mo-

delo em que haja mais comunicação e mediação entre os envolvidos, com vista à reparação do dano sofrido.

Observa-se aos poucos o interesse com relação à resolução mais célere de crimes de menor potencial ofensivo a partir da implementação da Lei nº 9.099, de 1995, trazendo um rito mais simples para esses casos, como regem seus princípios:

Artigo 2º – O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Artigo 62 – O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (BRASIL, [2018c], não paginado).

No entanto, a utilização das práticas restaurativas não deve se limitar a esses crimes, ou aos que não envolvam violência à pessoa, pois fugiria dos princípios da Justiça Restaurativa. Conforme Giamberardino (2015, p. 209), essa limitação “trata-se de mera opção político-criminal conservadora em regra pautada por razões de celeridade e economia processual e não pela preocupação com efetiva resolução de conflitos.”

Então, enquanto o Brasil tem um direito penal retributivo e rigoroso, já se inicia a busca por medidas mais efetivas e satisfatórias e é aí que se encaixa a Justiça Restaurativa como

uma nova opção que já começa a ser aplicada timidamente neste País. Conforme ensina Suxberger (2005, p. 11,12),

O modo pelo qual a intervenção penal se legitima é informado por valores extraídos de um programa de política criminal, que segue orientado, por sua vez, pelas finalidades a serem buscadas pelo direito penal. As finalidades da intervenção penal refletem justamente a opção estatal pela realização da formalização dessa instância de controle social. A materialização do controle social jurídico-penal reproduz – ou deve reproduzir – exatamente o modelo de Estado a que se aspira.

Apesar de os dispositivos apresentados não versarem diretamente sobre a Justiça Restaurativa, necessitando de uma interpretação com olhos para o viés restaurativo, o objetivo foi demonstrar que há essa abertura no ordenamento jurídico brasileiro que permite a aplicação dessa opção de justiça no sistema criminal nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme evidenciado no presente artigo, a Justiça Restaurativa nada mais é do que um processo consensual e mediado, em que as partes envolvidas, por meio do diálogo, buscam a solução do conflito de forma pacífica e efetiva com a intenção de restauração da vítima, que é o personagem central do processo, ao mesmo tempo visa trazer a responsabilização consciente do infrator sobre o dano cometido.

Por todo o estudo realizado, é nítido verificar a importância positiva das práticas restaurativas na resolução de conflitos criminais, além de ajudar na celeridade dos processos, diminuindo a morosidade do judiciário. A Justiça Restaurativa não fere os princípios do acesso à justiça, ao contrário, com a participação das partes no processo há um verdadeiro sentimento de justiça.

Observando a análise feita entre os dois modelos de justiça, é possível perceber as falhas no sistema retributivo e a importância das práticas restaurativas em todos os tipos de crimes, é válido observar que o objetivo da Justiça Restaurativa não é substituir a Justiça Retributiva, mas sim trazer uma mudança no olhar para as partes envolvidas.

A vítima carece de uma recuperação dos danos, das feridas causadas pelo delito sofrido, ao mesmo tempo em que o infrator precisa ser conscientizado dos danos que causou e responsabilizado pela reparação destes, já que o crime deixa marcas muitas vezes físicas, mas além dessas, deixa marcas emocionais e psicológicas.

A atuação do Estado na intenção apenas de “acertar as contas” com o infrator, aplicando a pena legal cabível, deixa de lado uma das finalidades da pena que é a ressocialização, não trabalha na conscientização de quem praticou o delito na intenção de fazê-lo entender que os danos causados por seu ato precisam ser reparados, que os traumas que ele causou não serão recuperados por uma pena privativa de liberdade, por exemplo, que ele vai cumprir.

O que a Justiça Restaurativa traz no encontro entre a vítima e o infrator é a oportunidade de incentivar o diálogo, a interação mediada entre as partes, em que a vítima pode falar, extravasar seus sentimentos sendo ouvida pelo infrator e ouvi-lo também na tentativa de entender qual o motivo daquele crime, buscando extinguir o sentimento de vingança para que possa seguir em frente da melhor maneira possível.

Não é a pretensão de a Justiça Restaurativa abolir imediatamente a justiça penal, mas sim reduzi-la significativamente, porque ainda necessita de muitas adaptações de acordo com cada situação vivida, por ser uma ferramenta muito importante que pode propiciar aos envolvidos a resolução do conflito da forma mais benéfica possível.

Conforme afirma Radbruch (*apud* PINTO, 2005, p. 19), “precisamos pensar não apenas em fazer do Direito Penal algo melhor, mas algo melhor do que Direito Penal.” E é essa a reflexão trazida pelas práticas restaurativas, pois é visível como é importante a aplicação dessas práticas em diversos tipos de delitos, sempre respeitando o princípio da consensualidade dos envolvidos, já que o objetivo da Justiça Restaurativa é justamente restaurar as feridas das vítimas, os relacionamentos rompidos, a reintegração do infrator à sociedade e a promoção da paz.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio a práxis jurídica**. Campinas: Servanda, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018c]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018d]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN atualização – Junho de 2014. Organização Tamara Santos. Brasília, DF: Ministério da

Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário nacional, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-dependencia-web.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Brasília, DF: Presidência da República, 2012. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRITO, Camila; ZORZATTO, Márcia. Justiça restaurativa. **Encontro de Iniciação Científica**, v. 10, n. 10, 2014. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/4302/4061>. Acesso em: 1 maio 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. **Lei da arbitragem comentada**: breves comentários à Lei n. 9.307, de 23-9-1996. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAHALI, Francisco José. **Curso e arbitragem**: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da pena e justiça restaurativa**: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GORCZEWSKI, Clovis. **Formas alternativas para**

resolução de conflitos: a arbitragem no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

HULSMAN, H. C. Louk. Critical criminology and the concept of crime. **Contemporary Crises**, Amsterdam: Elsevier, v. 10, n. 1, 1986. Disponível em: https://is.muni.cz/el/1423/podzim2015/BSS166/um/Hulsman._1986._Critical_criminology_and_the_concept_of_crime.pdf. Acesso em: 1 maio 2017.

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa.** In: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al* (Org.). Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12 da ONU:** princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 37ª Sessão Plenária, 24 jul. 2002. Disponível em: http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf. Acesso em: 01 jun. 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa:** da teoria à prática. IBCCRIM. São Paulo. 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** *In*: PINTO, Renato Sócrates Gomes *et al* (org.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva para a superação do paradigma punitivo**. 2007. 184 f. Dissertação (Mestrado Ciência Jurídica), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, 2007. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1935-marcelo-goncalves-saliba/file>. Acesso em: 01 jun. 2017.

SÓCRATES, Adriana Barbosa. *Práticas restaurativas como diferentes formas de lidar com o que comparece à Justiça*. *Justiça Restaurativas em Linea*, 2005. Disponível em: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/>. Acesso em: 20 maio 2017.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A Intervenção penal como reflexo do modelo de estado**. A Busca por uma Intervenção Penal Legítima no Estado Democrático de Direito. Dissertação Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.academia.edu/9100376/>. Acesso em: 28 ago. 2017.

WATANABE, Kazuo. **Modalidade de mediação**. In: DELGADO, José *et al.* Mediação: um projeto inovador. Brasília, DF: Centro de Estudos Judiciários, 2003. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/mestradodireito/2006/Marlene%2015.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

WINKELMANN, Alexandre Gama; GARCIA, Flavia Fernanda Detoni. Justiça Restaurativa: fundamentos e críticas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3107, 3 jan. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20775>. Acesso em: 18 nov. 2016.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

O DIREITO PENAL DO INIMIGO E AS PRISÕES PREVENTIVAS NO ESTADO DO TOCANTINS

Nádila de Moraes Balduino¹

RESUMO

A prisão preventiva é uma modalidade de encarceramento antes da sentença penal definitiva, representa uma prisão processual, e não uma pena propriamente dita. Uma das hipóteses que admitem esse formato de prisão é a necessidade de resguardar a ordem pública, expressão que não possui conceito definido, o que causa extrema insegurança jurídica. Situação que possibilita a incidência do Direito Penal do Inimigo, uma teoria que visa tratar um grupo de criminosos como seres que não merecem a condição *status* de cidadão. Para averiguar se a lacuna no conceito do termo vem sendo preenchida com elementos dessa teoria pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, o presente estudo analisou o número de *habeas corpus* concedidos e negados entre janeiro e junho de 2017, além de analisar os motivos de 36 decisões, o que levou a concluir pela presença do Direito Penal do Inimigo em alguns julgados, devido ao emprego de justificativas contrárias às garantias constitucionais ou pela total ausência

¹ Graduada em Direito, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Assessora Técnica de Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. E-mail: nadila.mb@defensoria.to.def.br.

de justificação.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Prisão Preventiva. *Habeas Corpus*.

RESUMEN

La prisión preventiva es una modalidad de encarcelamiento antes de la sentencia penal final, representa una prisión procesal, y no una pena propiamente dicha. Una de las hipótesis que admite ese formato de prisión es la necesidad de preservación del orden público, esa expresión no tiene un concepto único, lo que resulta en una extrema inseguridad jurídica. Es cenário propicio para la incidencia del Derecho Penal del Enemigo, expresión alemana por presentar una teoría que busca tratar a un grupo de criminales como seres que no merecen ejercer su ciudadanía. Para enterarse si el vacío terminativo viene siendo rellenado con herramientas de la teoría por los jueces del Tribunal de Justicia del Estado de Tocantins, el presente estudio se lo hizo análisis por el número de habeas corpus que fueron concedidos y negados entre enero y junio de 2017, además de analizar los motivos de 36 decisiones, lo que ha llevado a concluir por la presencia del Derecho Penal del Enemigo en algunos juzgados, debido al empleo de dispositivos contrarios a las garantías e basamento.

Palabras claves: Derecho Penal del Enemigo. Prisión Preventiva. Solicitud de Libertad Provisional.

1 INTRODUÇÃO

A grande quantidade de conversões de flagrantes em prisões preventivas e o expressivo número de indeferimentos dos *habeas corpus* impetrados no Brasil e no estado do Tocantins têm sido situações consideradas alarmantes por advogados criminalistas, defensores dos direitos humanos e demais estudiosos da área criminal.

Em amplo sentido, o Direito Penal do Inimigo, estabelecido por Jakobs (2007), propõe uma divisão da sociedade entre cidadãos e inimigos, pessoas que possuem direitos humanos e garantias constitucionais e seres que nem sequer merecem o *status* de pessoa. Uma dualização marcada pela arbitrariedade na definição de bom e mau, influenciada imensamente pela moral e costumes, elementos irracionais guiados por sentimentos pessoais, e não por direitos legais, utilizado principalmente no combate a terroristas e em sistemas totalitários.

Neste estudo, a pesquisa e a análise foram desenvolvidas especificamente no cenário da prisão preventiva, ou seja, em relação a acontecimentos que ocorrem diariamente, considerando o Estado Democrático de Direito, que segue o garantismo penal, modelo de um sistema penal que objetiva a limitação do poder punitivo do Estado, por meio de garantias,

em contraposição à arbitrariedade dos julgadores e como as lacunas legislativas devem ser preenchidas com os princípios da legalidade, presunção de inocência e proporcionalidade.

A primeira pesquisa é sobre o índice de *habeas corpus* julgados procedentes e improcedentes entre janeiro e junho de 2017 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, depois de analisados 409 pedidos. A segunda trata sobre a fundamentação utilizada na decisão, seja concessiva ou denegatória, de 36 *habeas corpus* que versam especificamente sobre prisão preventiva, julgados no mesmo período pela mesma corte, sendo 18 de cada câmara criminal e 3 de cada mês, escolhidos o primeiro, o mediano e o último.

Por fim, é exposta uma análise crítica sobre como se interligam o Direito Penal do Inimigo, a insegurança jurídica causada pela ausência de uniformidade da definição da necessidade de se resguardar a ordem pública, como requisito que enseja a prisão preventiva, e os julgamentos de *habeas corpus* analisados.

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO AMPLIAÇÃO DO PODER PUNITIVO ESTATAL

A prisão preventiva, espécie de restrição da liberdade com a finalidade exclusiva de proteger as investigações policiais ou o processo penal, sem prazo pré-definido, pode ser decretada somente por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, de ofício, no curso da ação penal, ou a partir de

prévio requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, conforme preceitua o art. 311 do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, [2018a]).

A prisão preventiva é uma modalidade de restrição de liberdade que representa uma prisão processual, e não uma pena propriamente dita. A visão exposta no decreto prisional deve fundar-se em alguma das hipóteses de admissibilidade previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, devendo existir elementos concretos que evidenciem a circunstância, justificando a necessidade da segregação do acusado para o deslinde do processo ou proteção da sociedade (BRASIL, [2018a]).

O postulado constitucional da presunção de inocência impede que o Estado trate, como se culpado fosse aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível, previsto como direito fundamental pela Constituição Federal, de 1988, no art. 5º, inciso LVII, e como proteção no âmbito do ordenamento jurídico internacional, nas disposições do art. XI, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (BRASIL, [2018b]).

O que se pode afirmar, com segurança, em relação à posição do Supremo Tribunal Federal quanto às prisões preventivas é que sua decretação não pode ter como base a gravidade abstrata do delito, ou seja, é necessário apontar no caso concreto os requisitos previstos em abstrato na lei.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Fe-

deral, concedeu *habeas corpus* (HC 132.615) e explicou que a jurisprudência da corte veda a privação cautelar da liberdade com base na gravidade em abstrato do crime, conforme Supremo Tribunal Federal:

[...] o Supremo entende que a gravidade em abstrato do crime não justifica, por si só, a privação cautelar da liberdade individual. Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, ainda que o delito imputado ao réu seja classificado como crime hediondo ou constitui espécie delituosa a este legalmente equiparada (BRASIL, 2016, não paginado).

Esse entendimento resta pacificado; entretanto, o impasse se encontra na identificação da presença da gravidade em abstrato, em verificar se a fundamentação utilizada pelo magistrado é idônea, ou não.

A existência da controvérsia entre a definição dos conceitos, em especial a ordem pública, é reconhecida pelos tribunais; ainda que não seja mencionada sempre, os magistrados são conscientes da divergência. Vejamos a decisão prolatada pelo desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini, integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao julgar o RSE nº 70006024483:

Em que pese a inexistência de um conceito claro, preciso e incontroverso do que seja ordem pública, esta deve ser entendida restritivamente e à vista do fato imputado ao agente, estando vinculada ao princípio da legalidade.

É incabível tentar incluir em seu conceito questões outras (como clamor público, segurança pública, etc.), cuja solução transcende as reais possibilidades do Direito Penal (*apud* DUTRA, 2014, não paginado).

Tourinho Filho (2012, p. 930) compreende a ordem pública como uma expressão de vários significados, em função disso é facilmente ajustável em qualquer cenário, pois “é, datíssima vênia, um rematado abuso de autoridade e uma indistigável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ‘ordem pública’ diz tudo e não diz nada.”

Nesse sentido, Lima (2014, p. 896) explicita o infortúnio do direito processual penal brasileiro, “A expressão ‘garantia da ordem pública’ é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado.” Na mesma senda, compreende Badaró (2015, p.977) que “A ausência de um referencial semântico seguro para a ‘garantia da ordem pública’ coloca em risco a liberdade individual.”

A ausência de unanimidade gera insegurança jurídica, cada julgador preenche a lacuna com seus próprios ideais. A lei não é clara, e a doutrina não chega a um acordo, o que acaba ocasionando decisões incoerentes e divergentes entre si, como bem destacam Távora e Alencar (2013, p. 581) “[...] não se tem um conceito exato do significado da expressão ordem pública, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado.”

O cerne da questão sobre a instabilidade conceitual das circunstâncias autorizadoras da prisão preventiva, principalmente a ordem pública, é a forma da utilização desse instrumento processual de último recurso, quais os argumentos adotados pelo magistrado para fundamentar o decreto prisional, pois, a depender da motivação, a restrição da liberdade se mostrará com maior ou menor legitimidade, violando, ou não, direitos fundamentais.

2.1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Teoria do Direito Penal do Inimigo, criada pelo jurista alemão Günther Jakobs, baseia-se num sistema penal em que não vigoram princípios e garantias fundamentais intrínsecos do Estado de Direito em relação aos acusados. Nesse sentido, Callegari e Giancomolli (2007, p. 53) explicam que,

Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que nesse âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Para Jakobs (2007), os seres humanos são divididos entre pessoas e indivíduos perigosos, os inimigos que se degeneraram atacam o direito social e não merecem os mesmos direitos que as pessoas, deixando de serem membros do Estado. Defende sua tese afirmando que os infratores não merecem o amparo das garantias fundamentais, pois “Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa [...]” (JAKOBS 2007, p. 42), pois, caso contrário, estaria colocando em risco o direito à segurança das demais pessoas.

Para o jurista, o sistema penal deve ser dicotômico, abranger duas concepções de tratamentos diferentes, uma em que os direitos constitucionais são garantidos e outra em que não são, justamente por ser direcionado ao inimigo, ao passo que a relação com este determina-se pela coação.

Desse modo, podemos caracterizar o Direito Penal do Inimigo pela antecipação da tutela penal, desproporcionalidade das penas à relativização das garantias penais e processuais. Zaffaroni (2007, p. 157) faz um compilado de seus elementos característicos:

Bandeiras do Direito Penal de inimigo: O Direito Penal do inimigo, como se vê, (a) necessita de eleição de um inimigo e (b) caracteriza-se ademais pela oposição que faz ao Direito Penal do cidadão (onde vigoram todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal). Suas principais bandeiras são: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga

dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medidas penais dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.).

A questão do adiantamento da pena é mencionada pela maioria da doutrina como elemento incompatível com a prisão preventiva, porque a prisão processual não é, nem pode ser, utilizada como meio para afligir punição ao agente indiciado/acusado de cometer delitos, seja por quem defende a inconstitucionalidade da ordem pública, seja por quem defende sua constitucionalidade. Isto é, de uma forma ou de outra, a repressão prematura é desaprovada pelos penalistas.

Ao analisar o modo de operação dos criminosos no decorrer da história, verifica-se a evolução de suas técnicas e sofisticação das ferramentas utilizadas, juntamente com o progresso da tecnologia.

A sociedade, espantada pela complexidade dos delitos

atuais, não consegue mensurar qual a potencialidade lesiva dos infratores, então se arma para enfrentar o desconhecido com o maior grau de repressão, acreditando também na prevenção de forma simultânea.

Nesse cenário de temor, indignação e desejo vingativo pela sociedade, passa a ser exigido do Direito Penal um caráter de maior prevenção e praticidade, impondo a necessidade de se combaterem os delitos inéditos, com a criação de novos tipos penais e majoração da pena de alguns já existentes. Na atualidade, essas alterações ocorrem corriqueiramente, não raro para satisfazer o clamor social.

O Direito Penal Simbólico é direcionado à satisfação do clamor da opinião pública, manifesta-se pela edição de leis, cuja intenção é transmitir à sociedade um sentimento de segurança jurídica. Nem sempre a norma é aplicada depois de sua publicação, serve apenas para apaziguar os ânimos de uma coletividade pautada no desejo retributivo que exige do legislador atitudes severas, mesmo que impraticáveis pelo Poder Executivo. O Punitivismo jurídico é focado na sanção, caracterizado pelo endurecimento das penas e pela aplicação de um Direito Penal mais rígido.

A teoria de Jakobs é fruto do punitivismo jurídico presente na atualidade do Direito Penal, este que é mais observado e vem recebendo mais exigências pela sociedade que as próprias políticas públicas (JAKOBS, 2007).

A problemática vem ganhando maior espaço desde o ataque às Torres Gêmeas nos Estados Unidos, em 11/9/2001,

quando o tratamento diferenciado com os terroristas se intensificou, provocado pelo desejo punitivo, ensejou discussões que tratassem abertamente da dualização cidadão e do inimigo, conforme as lições de Zaffaroni (2011, p. 13):

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre as políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nele, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.

A reação ante os acontecimentos de 11 de setembro fundou-se num exacerbamento de emoções, guiado por um sentimento de vingança, qualificando os fatos como ato de agressão. Fernandes e Zilli (2014, p. 25) explicam que “Tal qualificação foi crucial para que se construísse um novo paradigma repressivo-punitivo e que alimentou vários sistemas ao longo da última década.” Isto é, o surgimento da chamada “guerra ao terror” foi o estopim para a corrosão de vários direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, fica clara a correlação entre o ocorrido naquele dia fatídico e a potência que o chamado direito penal do autor ganhou nessas últimas décadas, hoje encorpado pelo direito penal do inimigo, forma de relativização, pendente à anulação em certos casos, de direitos constitucionais fundamentais, que expressa a opção por um regime jurídico de reação e repressão.

A periculosidade do impacto que a aplicação da referida teoria pode causar é resumida por Masson (2014, p. 109): “Historicamente, pode ser lembrado como Direito Penal do autor o da Alemanha nazista, no qual não existiam propriamente crimes, mas criminosos. Em tempos atuais, com ele guarda sintonia o Direito Penal do inimigo, idealizado pelo alemão Günther Jakobs.”

O Direito Penal do Autor se adianta em relação ao cometimento do crime, possibilita a aplicação de penas em função de certas características do agente, como a reincidência, personalidade e antecedentes. Como a teoria de Jakobs leva a punibilidade para o âmbito interno do agente, compreende-se que a pena deve se dirigir à segurança ante os atos futuros, caracterizando-se como um direito do autor, e não do fato.

A existência do Direito Penal do Autor é inadmissível no Estado Social de Direito, por desrespeitar o ordenamento garantista que prevê como norteadores das leis e suas aplicações o princípio da presunção de inocência do acusado, da dignidade da pessoa humana, da legalidade e culpabilidade, bem como da responsabilidade penal subjetiva e intervenção mínima do Estado, mas acaba influenciando de diversas formas o ordenamento penal.

Nesse sentido, Lopes Júnior (2014, p. 394) explana:

Não são raros os casos em que presenciamos julgadores tomados por um sentimento de fracasso diante da ‘necessidade imperiosa de absolver’, como se a jurisdição só se efetivasse quando a sentença fosse condenatória...

Contribui para isso, sem dúvida, a expansão de um verdadeiro *processo penal do inimigo*, que nega o réu como sujeito processual e, por conseguinte, todos os seus direitos e garantias fundamentais.

Muitas críticas à utilização da ordem pública como circunstância autorizadora da prisão preventiva, como vagueza de significado, desrespeito à presunção de inocência como direito e garantia indisponível, desproporcionalidade em relação à conduta do agente e antecipação da punição, encontram-se nas características do direito penal do inimigo, listadas por Gomes ([200-]), já citadas anteriormente.

Ao falar sobre a legítima defesa no combate ao terrorismo, Fernandes e Zilli (2014, p. 27) argumentam que “Na propalada ‘guerra ao terror’ aquele conceito foi ampliado para incluir a ideia de defesa preventiva e, assim, para justificar o exercício antecipado de defesa.”

Vianna e Machado (2013, p. 25) também entendem que vem acontecendo uma desconstrução do significado dos crimes do dia a dia, infrações em grande maioria contra o patrimônio que não são representações de ataques terroristas.

É assim que o populismo penal se conjuga com o populismo político. Perseguindo e alimentando a insegurança e o medo, o suspeito e a percepção do diferente – do imigrante, do negro, do islâmico – como inimigo, ele deforma o substrato simbólico da democracia, que é o sentimento comum da igualdade e da solidariedade, substituindo-o pelo substrato simbólico dos regimes populistas e autoritários,

consistente, ao contrário, pelo culto ao chefe, na relação assimétrica e hierárquica entre governantes e governados, na despolitização da sociedade e no fechamento de cada um em seus egoísmos e interesses privados.

Os autores defendem que a sociedade brasileira está interpretando qualquer ofensa ao bem juridicamente protegido como uma agressão severa merecedora da mais alta repressão porque se perdeu a ideia de igualdade entre as pessoas, uma obra do “terrorismo midiático” que propaga a aversão aos outros seres humanos no momento em que se tornam suspeitos e a ilusão de proteção sob a tutela do Estado, admirando até a atitude mais arbitrária que é dita ser feita em sua defesa.

Essa repulsa pelo suspeito concretiza-se na necessidade de repressão imediata, qual seja, a prisão preventiva, que pode ser considerada como mais gravosa que a prisão para cumprimento de pena, haja vista que se pode chegar à conclusão de que aquele suspeito não cometeu crime algum.

Há de se destacar que existe um forte efeito da prisão preventiva sobre o julgamento do mérito, de modo que a sua decretação aumenta sensivelmente ao acusado os riscos de ser condenado, sendo, com frequência, considerado culpado.

Delmas-Marty (2014, p. 23) explica como o Estado de Direito vem sendo pressionado a aceitar derrogações, como a supressão de garantias processuais ou o aumento de penas, justificadas pelas exigências da segurança nacional, e como isso é extremamente perigoso:

Vejo aí o risco de um retorno à barbárie num duplo sentido do termo: barbárie desse direito penal repressivo e regressivo, mas também retorno à divisão binária, que se acreditava superada, entre civilizados e bárbaros, pois que o inimigo de hoje, como o bárbaro de ontem, simboliza a recusa de todo o universalismo, dado que essa doutrina nega-lhe o direito de pertencer a uma única e mesma humanidade.

Essa barbárie prometida pelo Direito Penal do Inimigo pode ser manifestada nos mais diversos aspectos do sistema penal. Mas o desrespeito ao princípio da presunção de inocência, claramente descrito nas definições dessa teoria, ganha destaque no tocante à medida cautelar que restringe a liberdade individual antes de qualquer condenação transitada em julgado, fundamentada em elementos que, ao serem colocados na balança com o direito fundamental questionado, não são capazes de autorizar a prisão preventiva.

2.2 OS JULGAMENTOS DE *HABEAS CORPUS* PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS, DE JANEIRO A JUNHO DE 2017

Para examinar dos julgamentos de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, foram realizadas duas pesquisas. A pesquisa quantitativa analisou 409 *habeas corpus* julgados pelas câmaras criminais do Tribunal de Justiça entre janeiro e junho de 2017.

O *habeas corpus* é uma ação autônoma de impugnação, prevista no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal (CPP), direcionada a proteger a liberdade de locomoção que for ameaçada ou concretamente violada de forma ilegal, e que, por não possuir natureza recursal, pode ser impetrada a qualquer tempo.

É um instituto que originalmente foi previsto para coibir detenções ilegais, mas acabou por ser aplicado para correção de outros atos judiciais viciados por irregularidades processuais, sendo importante destacar que, o *habeas corpus* não é utilizado exclusivamente para requerer a liberdade de alguém que se encontra preso preventivamente.

O art. 647 do Código de Processo Penal demonstra que o principal elemento para impetração do *habeas corpus* é a coação ilegal a ser combatida; já o art. 648 do mesmo estatuto dispõe sobre as hipóteses em que se verificam as ilegalidades do constrangimento, quais sejam, ausência de justa causa; excesso de prazo; incompetência da autoridade que decretou a ordem; cessação do motivo que autorizou a coação; se alguém não for admitido a prestar fiança; nulidade do processo; e se extinta a punibilidade (BRASIL, [2018a]).

Os dados colhidos revelam a totalidade de *habeas corpus* sem classificá-los quanto ao tema, devido à impossibilidade de separar exatamente quais dos 409 *habeas corpus* tratam de casos em que o paciente sofre com a prisão processual em tempo viável de apresentar este estudo.

O total de *habeas corpus* julgados pelo Tribunal de

Justiça no período analisado foi de 409 pedidos, sendo 48 concedidos e 348 negados, enquanto 13 obtiverem outros tipos de resultados. Assim, é possível concluir que o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins concedeu apenas 12% dos *habeas corpus* e negou 85%, sendo que 3% dos pedidos obtiveram outro resultado.

Ao comparar os resultados das duas câmaras, nota-se que, de todos os 195 *habeas corpus* ajuizados na 1ª Câmara, apenas 2 não foram conhecidos (inadmitidos), perfazendo 1% dos pedidos; já na 2ª câmara, 5 dos 214 *habeas corpus* não prosseguiram para a análise do mérito, configurando 2,33% dos pedidos ajuizados.

Apenas 13% (25 casos de 195) dos pedidos de liberdade feitos perante a 1ª Câmara Criminal resultaram em concessão, enquanto os negados representam 85% dos pedidos (165 casos de 195). Os demais tipos de julgamentos (prejudicado, e não conhecido) perfazem cada qual 1% do total de casos analisados.

Quanto à 2ª Câmara Criminal, as 23 concessões representam 11% dos 214 pleitos, enquanto os 183 pedidos negados configuram 86% do total. Os outros tipos de julgamentos (prejudicado, não conhecido e extinto) perfazem 1%, 2% e 0%, respectivamente, do total de casos analisados.

Em ambas as câmaras, a quantidade de *habeas corpus* negados chega a 85% e 86%, ou seja, a cada 20 pedidos, 17 foram rejeitados. Entre os outros 3, além dos que são concedidos, há os que são negados o conhecimento, nem chegando a

ter suas razões de pedir analisadas.

Quanto ao pedido liminar, deve ser esclarecido que não é obrigatório, ou seja, não são todos os *habeas corpus* que vão contê-lo, assim, a pesquisa verifica a quantidade dos pedidos liminares concedidos que foram confirmados posteriormente em julgamento definitivo e quantos foram revogados, ordenando que o paciente retorne ao cárcere.

Na 1ª Câmara Criminal, dos 25 *habeas corpus* concedidos definitivamente, 11 já haviam sido concedidos liminarmente, os outros 14 foram concedidos apenas em julgamento colegiado, sendo que na 2ª Câmara Criminal, dos 23 *habeas corpus* concedidos definitivamente, 20 confirmaram a decisão de deferimento liminar, e em apenas 3 o pedido de liberdade foi concedido somente por julgamento coletivo em sessão plenária.

Como se pode observar, na 1ª Câmara Criminal, 44% dos *habeas corpus* deferidos já haviam sido concedidos em pedido liminar, enquanto na 2ª Câmara a porcentagem de *habeas corpus* concedidos em liminar e em definitivo sobe para 87%.

Ou seja, na 1ª Câmara, 56% dos pedidos concedidos só foram deferidos em julgamento colegiado, porque foram indeferidos liminarmente, enquanto que na 2ª Câmara Criminal apenas 13% dos pedidos de liberdade concedidos definitivamente foram indeferidos inicialmente e posteriormente deferidos por julgamento colegiado em sessão plenária.

Dos 11 *habeas corpus* em que o pedido de liminar foi concedido pela 1ª Câmara Criminal, 4 foram revogados e 9

mantidos, perfazendo um índice de 26,7% de revogação da liminar concedida e 73,3% de ratificação em julgamento do colegiado.

Enquanto que na 2ª Câmara 100% dos pedidos de *habeas corpus* concedidos em sede de liminar foram confirmados posteriormente, todos os 20 pedidos liminares concedidos foram ratificados, sendo mantida a liberdade do paciente.

A pesquisa quantitativa pretende demonstrar o índice de deferimento e de indeferimento dos pedidos de *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins em sua totalidade, deixando a especificidade para a pesquisa qualitativa descrita a seguir, em que foram analisados 36 *habeas corpus* que versavam exclusivamente sobre prisão preventiva.

Em pesquisa qualitativa, foram analisados 36 *habeas corpus*, sendo 18 de cada Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins que se ocupam especificamente sobre pedido de liberdade do paciente que se encontrava preso em prisão preventiva, selecionados 3 julgados, o primeiro, o mediano e o último, de cada mês entre janeiro e junho de 2017.

No total, apenas quatro dos 36 julgamentos, cujo mérito foi analisado, resultaram em concessão da ordem de liberdade, sendo 2 com imposição de outras medidas cautelares.

Nota-se que dos 36 pedidos, 32 foram negados; destes, 9 alegaram excesso de prazo, sendo 8 da 1ª Câmara Criminal e 1 da 2ª Câmara Criminal. Nenhum *habeas corpus* foi concedido acolhendo o argumento de extrapolação do prazo máximo para a conclusão da instrução processual.

Dos 32 pedidos de *habeas corpus* analisados, 13 indicaram condições pessoais subjetivas favoráveis ao agente, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e exercer atividade lícita; todavia, as decisões de indeferimento afirmaram que tais condições não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

A grande maioria dos pedidos de liberdade investigados e as consequentes decisões tratam da circunstância autorizadora “ordem pública” prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.

Todavia, nem todas as decisões indicam uma hipótese que enseje a real necessidade de salvaguardar a paz social, ou não a interligue com o caso concreto, restringindo-se a afirmar que a decretação da prisão preventiva pelo juiz de primeiro grau está correta por haver cumprido com os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou simplesmente repete as razões do indeferimento do pedido liminar, remetendo-se apenas à existência de materialidade e autoria (BRASIL, [2018a]).

Dos pedidos negados, 4 apresentaram decisões sem fundamentação alguma, como descrito acima, sendo 2 de cada Câmara Criminal. As duas da 1ª Câmara não indicaram elementos motivadores da tutela da ordem pública, nem sequer apontaram diretamente, apenas apresentaram julgados diversos os quais levam a concluir que o porquê da medida constritiva está na precisão de assegurar a ordem pública.

Os desembargadores, para afirmar a necessidade de as-

segurar a ordem pública, utilizaram de pretextos como: o risco de reiteração delitiva; a periculosidade do agente; a gravidade concreta do crime; a natureza do crime; a censura social; a extrema agressividade empregada, assim como destemor e ousadia do agente; a banalização da violência hoje em dia; o desassossego social causado pela conduta; a necessidade de acautelar o meio social; a necessidade de resguardar a credibilidade da justiça e do aparelho repressivo; a repercussão causada pelo delito; a personalidade do agente voltada para a prática de crimes; a frequência da prática de crimes dessa natureza na sociedade; a insegurança e intranquilidade sociais causadas; o crime ter sido praticado com violência; o sentimento de impunidade tanto na sociedade quanto no próprio agente; a alta pena cominada em condenação quando se trata de pedido para que o paciente possa recorrer em liberdade; o modo de operação escolhido pelo agente; e as mazelas que o crime causa à sociedade.

Algumas causas foram destinadas especificamente aos crimes de tráfico de drogas, como a conduta equiparada a crime hediondo; a agressão causada à saúde pública; a necessidade de frear o comércio de drogas e de atuação mais forte do judiciário; a escravidão imposta aos viciados em substâncias entorpecentes e ser o agente conhecido como traficante na região.

Essas foram as fundamentações elencadas pelos julgadores, mas o que ocorreu foi que a grande maioria não apontou a existência dessas hipóteses no caso concreto, ou seja, ale-

gam o risco de reiteração delitativa, sendo este um elemento que permite a segregação cautelar em nome da proteção da ordem pública, mas não são mencionados quais aspectos do caso concreto levaram o juiz a tal conclusão.

Alguns dos julgados ganham notoriedade dado ao conteúdo do seu embasamento, por tratarem sobre elementos controversos entre os doutrinadores criminalistas. Os veredictos que merecem mais atenção são os contidos nos *habeas corpus* n°s 0006854-38.2017.827.9200, 0003454-68.2017.827.0000 e 0007903-69.2017.827.0000.

O primeiro veredicto defende como conceito da referida circunstância autorizadora a carência de proteger “a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão.”

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, cimeiro do nosso Poder Judiciário, em decisão proferida, defendeu que “é ilegal o decreto de prisão preventiva baseado em suposta exigência do clamor público e da credibilidade da Justiça, para restabelecimento da ordem social abalada pela gravidade do fato.” (BRASIL, 2009, não paginado).

Tal entendimento encontra apoio no Superior Tribunal de Justiça, que o mantém até os dias atuais, pois deferiu pedido de *habeas corpus* argumentando que “nem a credibilidade das autoridades públicas nem a repercussão social do crime servem de motivação idônea para a decretação da medida extrema.” (BRASIL, 2017, não paginado).

No *habeas corpus* n° 0003454-68.2017.827.0000, o

impetrante, ao levantar o direito de recorrer da decisão condenatória em liberdade, alega excesso de prazo para conclusão da instrução criminal e explica que o paciente é primário e possuidor de bons antecedentes; como está preso desde 27/4/2016, alcançará o direito de progressão de regime, pois a reprimenda foi fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão (de acordo com o art. 33, § 2º, alíneas "a" e "b" do Código Penal, o condenado à pena entre 4 e 8 anos, que não for reincidente, poderá cumpri-la em regime semiaberto, e somente o condenado à pena superior a 8 anos deverá cumpri-la em regime fechado) (TOCANTINS, 2017b).

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins entendeu pela denegação do pleito, afirmando que não há excesso de prazo, sendo que tal decisão se deu em 16/5/2017, após mais de um ano de prisão preventiva do acusado, justificada no histórico criminal do agente, natureza propensa à prática de novos delitos, mesmo com a explicação, por parte da defesa, de que o paciente é réu primário.

Neste caso, ao consultar os autos de origem, verifica-se que no momento da prolação da decisão denegatória do pedido de liberdade, em 16/5/2017, em antemão, era possível identificar que a acusação nem sequer recorreu da sentença condenatória, pois os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça em 16/3/2017; logo, não havia como a pena ser agravada, conforme disposição do art. 617 do Código de Processo Penal: "O tribunal, câmara ou turma [...], não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da

sentença.” (BRASIL, [2018a]).

Ou seja, a 1ª Câmara Criminal, em unanimidade de votos, mesmo sabendo que a saída do regime fechado era próxima e certa, ou deveria saber, e de fato ocorreu em exatos 3 meses após a decisão, conforme Evento nº 100 da Ação Penal nº 0000460-53.2016.827.2732 (expedição do alvará de soltura), escolheu manter a prisão do paciente, sem fundamentação idônea, apenas arguindo que os requisitos da prisão preventiva se mantiveram (TOCANTINS, 2017a).

O último caso de estudo detalhado também se trata de crime patrimonial, a decisão do Tribunal de Justiça do Tocantins denegou o pedido de liberdade “principalmente porque o modo de execução do crime, em que a vítima foi obrigada a entregar a sua motocicleta, com uma arma de fogo apontada para si, evidencia o grau de periculosidade dos delinqüentes.” (TOCANTINS, 2017a).

Passamos à apreciação da descrição dos fatos narrados que, de acordo com o desembargador-relator, são tão graves que merecem a tutela da medida extrema, um crime de roubo de tamanha proporção a ponto de se diferenciar dos demais devido ao modo de execução crítico:

Com efeito, colhe-se dos autos de inquérito que a flagrada Rayane Brielly e o adolescente R. B. da S. abordaram a vítima quando esta chegava em casa pilotando sua motocicleta Honda Biz 125, placa QKA-1510. Nesta oportunidade, o menor R., que era o garupa da moto pilotada por Rayane Brielly, exibiu uma arma de fogo e exigiu que ela lhe repassasse

seu veículo, exigência que foi atendida tendo em mira a completa anulação de seu coeficiente de resistência. Logo após, o adolescente R. evadiu-se na condução da motocicleta Biz de propriedade da vítima, assim como Rayane Brielly, que o acompanhou pilotando a motocicleta originalmente utilizada para efetuar a abordagem (TOCANTINS, 2017b, p. 2).

Como se pode ver, o delito em apreço nem sequer utilizou da violência, bastando a ameaça provocada pelo emprego de arma de fogo para sua consumação. Trata-se de uma das modalidades mais brandas de se cometer o delito de roubo.

Adverte-se que se a mera conduta de ameaçar alguém para lhe subtrair bem material, que faz parte da descrição do tipo penal roubo, fosse ato suficiente para ensejar prisão preventiva, o legislador assim teria previsto, mas o que ocorre é a exigência de uma série de requisitos não apontados no caso concreto.

Ainda que outros fatores tenham sido determinantes para a manutenção da medida constritiva, é de destaque a fundamentação de fato usada pela 2ª Câmara Criminal argumentar que a conduta foi extraordinariamente perigosa, sendo que a descrição relata uma das práticas mais amenas possíveis e imagináveis deste crime patrimonial, demonstra o anseio da cúpula do judiciário tocantinense pelo encarceramento alheio à individualização dos casos de roubo (TOCANTINS, 2017b).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa senda, a análise dos dados quantitativos e qualitativos apresentados não se direciona ao abolicionismo penal, mas sim ao questionamento da quantidade e qualidade de prisões preventivas que são impostas sem a observância das garantias constitucionais do acusado.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência e os nefastos efeitos da aplicação do direito penal do inimigo quando expressamente infringe o mandamento constitucional, é clara a relação entre estes e as prisões preventivas. Conforme Dezem (2015 p. 630), “É a prisão processual utilizada na maioria dos casos, daí porque pode ser considerada um termômetro sobre como determinado sistema se relaciona com a presunção de inocência”, pois quanto mais larga for a admissão da prisão preventiva, menor será o compromisso com a presunção de inocência.

A pesquisa realizada, ainda que não consiga apontar isoladamente o índice de deferimento e indeferimento dos *habeas corpus* que versem sobre prisão preventiva, traz um olhar para a ínfima porcentagem de concessão, sendo de 13% e 11% na 1ª e 2ª Câmaras respectivamente.

Tal situação demonstra que, nas vezes em que o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins teve de balizar o princípio da presunção de inocência com outros que visam proteger a sociedade, a escolha se deu para a vitória do direito coletivo em face do direito individual na grande maioria.

Lopes Júnior (2014) relembra que, ainda que odiosa a situação atual, a promessa de Jakobs, com o direito penal do inimigo, de lidar com os infratores contando com o bom senso arbitrário do juiz que vai escolher quem tratar como inimigo e quem tratar como pessoa é ainda mais gravosa, e defende um discurso que legitima a punição pela necessidade de manter a confiança na lei e no sistema jurídico-penal.

Posto isso, da análise de mérito dos 36 *habeas corpus*, é possível observar que nem todos possuem decisão baseada em fundamentos inidôneos, mas alguns nem sequer são justificados individualmente, restringindo-se a elementos genéricos sem ligação ao caso, como a própria natureza do crime sem nenhum adicional que enseje a medida constrictiva, a credibilidade da justiça, o clamor social, a criminalidade da cidade e o risco de reiteração, mesmo sendo o agente, em alguns casos, primário e possuidor de bons antecedentes.

Nesse ponto, fica evidente a afirmação de Jakobs (2007, p. 26) presente no judiciário tocantinense, “[...] o *status* de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder.”

O que mais assombra em relação a estes 36 *habeas corpus* é que apenas um teve votos divergentes, os outros 35 foram negados ou concedidos com unanimidade. Posto isso, relembro as populares palavras atribuídas ao escritor brasileiro Nelson Rodrigues, “Toda a unanimidade é burra. Quem pensa com a unanimidade não precisa pensar.” (PENSADOR, [200-], não paginado).

Diante do exposto, fica evidente a sede de vingança

da sociedade, sem antes considerar que, talvez, o método que vem sendo utilizado piora o quadro ao invés de melhorá-lo. Nesse sentido, Pacelli (2016) ressalta o alto nível de intolerância humana, capaz de atingir patamares estratosféricos, em caminhada para um verdadeiro abismo no desrespeito para com a humanidade intrínseca do outro.

Por fim, é imperioso ressaltar que o resultado indesejado não é de inteira responsabilidade do judiciário, o qual vem avocando a obrigação para si, justificando suas decisões com as falhas dos demais poderes.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins prolatou decisões extremamente contrárias às garantias constitucionais, o que, somadas ao índice de apenas 12% de concessão de *habeas corpus*, é possível concluir pela presença do Direito Penal do Inimigo na cúpula do judiciário tocantinense.

A gritante insegurança jurídica da população é demonstrada com pesar, pois os passos nessa direção tendem ao totalitarismo, um sistema penal autoritário cuja barbárie é aplaudida sob o falso pretexto de ‘trazer paz social e ordem pública’.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941.** Código de processo penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 16 ago. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código penal. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 380698/SP.** Impetrante: Ricardo Hasson Sayeg e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sebastião Reis Jr., 27 de outubro de 2017. Brasília, DF: 30 out. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/515568130/habeas-corpus-hc-380698-sp-2016-0314658-7/inteiro-teor-515568159?ref=juris-tabs>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Afastada prisão preventiva decretada com base na gravidade genérica de crime.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320693>. Acesso em: 7

abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito nº 70006024483 RS**. Sexta Câmara Criminal. Rel. Des. Marco Antônio Scapini. Julgado em: 24 abr. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 98776/SC**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 16/10/2009. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4277124/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-98776>. Acesso em: 7 abr. 2018

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo. In: JÁKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. (Orgs.). **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DELMAS-MARTY, Mideille. **Direito penal do inumano**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DUTRA, Bianca Moreira. A inconstitucionalidade da prisão preventiva decretada sob o fundamento do clamor público. **JUS**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32464/a-inconstitucionalidade-da-prisao-preventiva-decretada-sob-o-fundamento-do-clamor-publico>. Acesso em: 7 abr. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos. **Terrorismo e justiça penal: reflexões sobre a eficiência e o**

garantismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo**: ou inimigos do direito penal. [200-]. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12636-12637-1-PB.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2018.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JÁKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. (Orgs). **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Método, 2014. 1 v.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PENSADOR. **Nelson Rodrigues**: toda unanimidade é burra. Quem pensa... [200-]. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/NTc3MDY5/>. Acesso em: 7 abr. 2018

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. (2 Turma). **Apelação Criminal Nº 0004411-69.2017.827.0000**. Origem: Comarca de Paranã-TO. Referente: Ação penal Nº 0000460-53.2016.827.2732. Vara Criminal. (1 Câmara Criminal). Apelante: Fernando Antônio de Castilho. Advogado: Thiago Macedo Gomes Borges. Apelado: Ministério Público do Estado do Tocantins. Procurador de Justiça: José Maria da Silva Júnior. Relator: Desembargador Marco Villas Boas. 28 jun. 2017a. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/>

**OFICINAS DE FAMÍLIA NO ÂMBITO DA EDUCAÇÃO
EM DIREITOS: a interdisciplinaridade na Defensoria
Pública de Araguaína**

Fernanda Cristina da Silva Campêlo¹

Téssia Gomes Carneiro²

Vanessa Maria Lima Sales Ferreira³

1 INTRODUÇÃO

¹ Especialista em Educação à Distância, pela Sociedade de Educação Continuada (EDUCOM). Especialista em Elaboração e Gerenciamento de Projetos, pelo Instituto Técnico de Educação e Cidadania (ITEC). Graduada em Serviço Social, pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Analista em Gestão Especializado - Serviço Social da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, lotada na Regional de Araguaína-TO. E-mail: fernanda.cs@defensoria.to.def.br.

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Letras, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), na linha de pesquisa contemplativa da Educação Prisional: Remissão pela Leitura. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Direito Penal, pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Graduada em Direito, pela Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Defensora Pública do Estado do Tocantins, titular da 1ª DPE da Regional de Araguaína - TO. E-mail: tessia.gc@defensoria.to.def.br.

³ Mestre em Estudos de Cultura e Território, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Gestão Estratégica na Área Social, pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL). Especialista em Saúde Pública com Ênfase em saúde coletiva e da família, pelo Instituto Tocantinense de Educação Superior e Pesquisa Ltda – Faculdade (ITOP). Graduada em Psicologia, pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Analista em Gestão Especializado - Psicologia da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, lotada na Regional de Araguaína-TO. E-mail: vanessa.ma@defensoria.to.def.br.

Este escrito trata sobre atividades desenvolvidas no âmbito dos Direitos Transindividuais, mais precisamente na temática Educação e Direitos Humanos, na Regional de Araguaína.

Para tanto, aborda as Oficinas de Família desenvolvidas a partir do Manual das Famílias, disponível para acesso no Portal do Conhecimento e da Informação,⁴ ao refletir sobre a rotina de membros e servidores com atuação na área especializada, além de compartilhar da ideia de simplificação das ações correlatas ao atendimento do assistido.

As Oficinas foram idealizadas pela Defensora Pública: Têssia Gomes Carneiro, por meio de projeto selecionado no Concurso Inova, que conta com o apoio dos Defensores Públicos com atuação na Família, bem como com a integração da equipe multidisciplinar pertencente à Regional.

O público-alvo foi composto do corpo interno (estagiários, assistentes de defensoria e analistas jurídicos da Regional), bem como de público externo (acadêmicos de Direito e Psicologia da Faculdade Católica Dom Orione).

A proposta das Oficinas visou discutir sobre as atividades desenvolvidas na Regional, que, além do atendimento

⁴ CARNEIRO, Têssia Gomes. A Defensoria Pública como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: manual das famílias direcionado aos estagiários, assistentes de defensoria e analistas jurídicos da regional de Araguaína. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Palmas, TO, 2018. 27 f. Disponível em: <http://conhecimento.defensoria.to.def.br/pagina/26206>. Acesso em: 4 nov. 2018.

jurídico oferecido pelos defensores com atuação na área da família, conta ainda com o auxílio do Núcleo de Mediação e Conciliação (NUMECON), da Central de Atendimento de Família (CAF) e da equipe multidisciplinar, no intuito de melhor garantir o direito de orientação e o acesso à informação aos assistidos que vivenciam o fim da união amorosa e, por isso, procuraram os serviços oferecidos gratuitamente ao público hipossuficiente na Defensoria Pública de Araguaína.

A partir das Oficinas, foi possível vislumbrar a integração entre membros, servidores, estagiários e acadêmicos; o compartilhamento de saberes e troca de experiências, visando, dessa forma, melhorar os processos internos de trabalho.

Pode-se inferir que iniciativas como estas promovem reflexão sobre o modo como vem sendo realizada nossa atuação, assim como a importância da interdisciplinaridade e a necessidade de um atendimento que considere a integralidade do sujeito, a fim de oferecer um serviço mais humanizado. “A construção de uma didática interdisciplinar pressupõe, antes de mais nada, a questão de *perceber-se interdisciplinar*.” (FAZENDA, 2007, p. 68).

2 MÉTODO

No método participativo, a interação com os participantes – por meio de seu protagonismo – e a compreensão do por que ensinar é fundamental para a significação da prática pretendida pelas Oficinas, pois a reflexão sobre a temática Di-

reito de Família e o atendimento ao assistido hipossuficiente são essenciais para o desenvolvimento da atividade-fim na Regional.

Dessa forma, adotamos a metodologia participativa numa verdadeira troca de experiências e dinâmicas entre os participantes, já que a proposta das Oficinas perpassa pela significação do trabalho desenvolvido no âmbito da família, o qual compreende crianças e adolescentes em disputas de guarda e alimentos, além da pretensão do registro filiatório.

O trabalho conjunto entre os defensores da família e da equipe multidisciplinar visou, assim, conferir um repertório de trocas durante o primeiro encontro em que foi realizada a Oficina. Para Ghirardi (2012, p. 18), escolhas metodológicas relevantes entremeiam-se na análise do contexto e na tomada de decisões amadurecidas, vejamos:

Se desejamos nos tornar sujeitos de nossos cursos e não instrumentos de um projeto alheio, podemos – devemos – fazer escolhas. Tais escolhas deverão, é claro, partir de alguma situação concreta [...]. Encontramos sempre situações dadas e estruturas em funcionamento e, contudo, isso não nos tira a possibilidade de decidir o que fazer. Nossas experiências na família, na escola, no trabalho são também marcadas pela existência de estruturas e dinâmicas que nos preexistem. É a forma como nós respondemos a elas e buscamos (ou na) transformá-las que nos define como docentes e como sujeitos.

A reflexão sobre a atividade-fim da Defensoria Pública

implica questionamentos sobre a celeridade e o bom atendimento ao público (atendimento pelos membros e equipe multidisciplinar), além de como este é recebido na porta de entrada (balcão de informações e triagem). Para tanto, as respostas dadas a tais aflições revelam nossa compreensão sobre o serviço público que integramos, sendo bem-vinda a troca de experiências, diálogos e interações durante as Oficinas.

O primeiro encontro visou à integração dos participantes e à avaliação das potencialidades do contexto de trabalho. As atividades desenvolvidas partiram, portanto, da acomodação e integração, bem como da avaliação do ambiente laboral.

Como primeira atividade, dentro do método participativo, permitiu-se a apresentação dos inscritos por *check in*, isto é, dinâmica em grupo que, por meio de perguntas simples, possibilitou a troca e o contato visual entre os presentes.

Em seguida, com vista à contextualização do tema, utilizamos a prática de ensino conhecida como *stop* dos objetivos para a compreensão do conceito de família. Para tanto, foram compostos grupos, e em seguida sorteada uma letra. O primeiro grupo indicou um verbo com essa letra, com o intuito de conceituar a temática família; o próximo grupo também apontou outro verbo e assim por diante até que restasse um ou o tempo acabasse.

Após a integração de todos com o tema, passamos à aula expositiva dialogada pela primeira palestrante Téssia Gomes Carneiro, que apresentou o Manual das Famílias, e em seguida pela equipe multidisciplinar: Gislene Santos Morei-

ra (analista em Gestão Especializada – Pedagogia); Fernanda Cristina da Silva Campelo e Maria Geovanísia Rodrigues Mendes (analistas em Gestão Especializada – Serviço Social); e Vanessa Maria Alves Lima Sales (analista em Gestão Especializada – Psicologia), as quais trabalharam a interdisciplinaridade no contexto da Regional.

Ao final, utilizamos a dinâmica *check out* com a construção de uma nuvem de palavras (<https://www.jasondavies.com/wordcloud>) para estimular a reflexão sobre o conteúdo e as experiências vivenciadas no dia, isto é, como forma de estimular os participantes a pensarem sobre o que levaram consigo da Oficina.

O segundo encontro objetivou a compreensão dos novos arranjos familiares e os fundamentos da conciliação/mediação. Como primeira atividade, dentro do método participativo, permitiu-se pelo *check in* (dinâmica inicial) a formação de grupos a partir de trechos musicais distribuídos aleatoriamente para que cada equipe elaborasse o conceito de alimentos, filiação, casamento e união estável.

Ato contínuo, passamos à aula expositiva dialogada pela palestrante Pollyana Lopes Assunção, que tratou do tema da multiparentalidade e contextualizou o funcionamento do Núcleo de Mediação e Conciliação (NUMECON) e da Central de Atendimento de Família (CAF). Em seguida, a palestrante Aline Mendes de Queiroz explanou sobre os tipos de família e seus arranjos.

Após o intervalo, a palestrante Vanessa Rossi aclarou

sobre a mediação e conciliação desenvolvidas no Núcleo de Mediação e Conciliação (NUMECON) da Regional. Ato contínuo, assistimos à entrevista do autor pós-moderno Zygmunt Bauman e permitimos um espaço de troca e colocações entre os participantes para que dúvidas fossem sanadas e assim fossem alinhadas as atividades entre triagem, membros e acadêmicos.

Ao final, utilizamos a dinâmica *check out* com os seguintes questionamos: a) As Oficinas contribuíram para o aprendizado na área especializada da família?; b) Qual reflexão o participante poderia apresentar? As respostas foram enviadas por meio do preenchimento de formulário a partir de seus celulares via Google Formulário (<https://www.google.com/forms/about/>), a fim de estimular a reflexão sobre o conteúdo e as experiências vivenciadas na segunda Oficina.

3 DISCUSSÕES

É comum que casais hipossuficientes, isto é, aqueles que não possuem condições financeiras de ingressar no judiciário via advogado particular, procurem a Defensoria Pública ao fim do relacionamento amoroso para ajuizarem a ação pertinente ao término da união, seja esta divórcio ou dissolução da união estável.

Em virtude do sofrimento acarretado pelo rompimento, na maioria das vezes as partes procuram o primeiro atendimento para protocolarem ações litigiosas, momento em que lhes é

apresentada a possibilidade do ingresso comum por meio de ação consensual, cuja tratativa poderá ser acompanhada inicialmente por um dos conciliadores ou mediadores e apoiada pelo trabalho desenvolvido pela equipe multidisciplinar.

Quantos litígios familiares relacionados às questões de herança e à partilha de bens demandam anos e anos para serem resolvidos por falta de acordo, consenso e espírito de colaboração. Na base de todo este processo encontram-se uma variedade de emoções, desde a raiva, a ira e a tristeza até mesmo a compaixão e o afeto. Muitas ações e reações estão fundadas em sentimentos negativos para os quais não existem argumentos racionais capazes de minimizar as emoções ou tensões que emergem nesses tipos de demandas (MORAES; TORRES, 2002, p. 6).

Desta feita, considerando-se que tais serviços estão à disposição do assistido hipossuficiente, na maioria sem conhecimento prévio destes, é que o Manual das Famílias objetivou, de forma criativa, renovar o conhecimento dos participantes.

Em acréscimo ao Manual confeccionado, também as Oficinas possibilitaram o aprendizado organizacional, contínuo e motivador no âmbito da Educação em Direitos. Buscou-se, portanto, uma parceria interdisciplinar diante do conhecimento.

Atitude de busca de alternativas para *conhecer mais e melhor*; atitude de *espera* perante atos não-consumados; atitude de *reciprocidade* que impele à troca, ao *diálogo* com pares idênticos, com pares anônimos ou consigo mesmo;

atitude de *humildade* diante da limitação do próprio saber; atitude de *perplexidade* antes a possibilidade de desvendar novos saberes; atitude de desafio diante do novo, *desafio* de redimensionar o velho; atitude de *envolvimento e compromisso* de construir sempre da melhor forma possível; atitude de *responsabilidade*, mas sobretudo de alegria, de revelação, de encontro, enfim, de vida (FAZENDA, 2007, p. 69-68).

Considerando-se que numa organização do conhecimento se faz necessário pautar pela conexão das competências, bem como pela rede de relacionamentos internos e externos, as Oficinas trouxeram, inicialmente, como conteúdo: apresentação do Manual das Famílias; debate acerca dos paradigmas da família; breves apontamentos sobre o contexto histórico do divórcio; e as contribuições da equipe multidisciplinar na área da família.

Compreendendo a complexidade do sujeito, principalmente a dos usuários que procuram o órgão – pessoas que em sua maioria foram excluídas socialmente ao longo de suas trajetórias de vida; outros profissionais cada vez mais vêm ocupando espaços no meio jurídico, outrora restrito a magistrados e profissionais do Direito, na tentativa de dar respostas mais eficientes aos conflitos trazidos por aqueles.

Nos conflitos advindos das relações familiares, nota-se a importância da atuação das equipes multidisciplinares, haja vista serem multifatoriais.

[...] as pessoas acabam procurando a justiça

no intuito de efetivar seus direitos, pois muitos direitos [...] não possuem aplicação na vida das pessoas. Com isso, complexas situações, relacionadas a múltiplos fatores (sociais, políticos, relacionais, familiares, culturais entre outros), são levadas às instituições jurídicas, tais como a Defensoria Pública, para acompanhamento e busca por resolução. Problemas multifatoriais que reforçam a necessidade de ampliarmos nossas ferramentas para seu enfrentamento. Daí a imprescindibilidade do trabalho interdisciplinar (MIRANDA; CAVALCANTE, 2017, p. 20).

Acerca da interdisciplinaridade, Pombo (2008) afirma que o prefixo ‘inter’ refere-se a uma espécie de combinação, convergência de pontos de vista e perspectivismo entre disciplinas, diferente do mero paralelismo, que contempla a multidisciplinaridade. Assim,

[...] não teríamos uma disciplina central que vai buscar elementos às outras em seu favor, mas problemas que, tendo a sua origem numa disciplina, irradiam para outras. A interdisciplinaridade tem aqui uma direção centrífuga. Na medida em que cada disciplina é incapaz de esgotar o problema em análise, a interdisciplinaridade traduz-se na abertura de cada disciplina a todas as outras, na disponibilidade de cada uma das disciplinas envolvidas se deixar cruzar e contaminar por todas as outras (POMBO, 2008, p. 27).

Nesse sentido, quando abordamos relações e conflitos familiares, não se esgota no Direito o campo de análise, ou seja, a problemática não é exaurida apenas pelo Direito, mas

há a interface com outras ciências, pois existe a necessidade da convergência entre vários saberes, a exemplo da Psicologia, do Serviço Social e da Pedagogia. “Nossa maneira de ser e de atuar expressa esta tessitura comum que existe em nosso modo de pensar, sentir e falar: pensamento, emoção e linguagem.” (MORAES, 2002, p. 3).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse referencial, traçamos um objetivo de fundo, qual seja, a compreensão de que a atividade defensorial na família não é isolada, ao contrário, deve se engajar com a proposta da conciliação e mediação, bem como somar-se à abordagem interdisciplinar com o corpo interno. “Um trabalho interdisciplinar é desafiador. Ele envolve a formação de um grupo de trabalho de distintas áreas do conhecimento, mas o estabelecimento de uma linha de atuação comum a todos.” (SILVA; RODRIGUES, 2010, p. 152).

Assim, as atividades foram desenvolvidas de acordo com a proposta central a que depositamos credibilidade, tudo para que os participantes voltem o olhar para a cooperação e reflitam sobre a qualidade do atendimento ao assistido. “Aceitando a ambiguidade podemos, por meio do pensamento interdisciplinar e transdisciplinar, inaugurar um tempo em que conhecer não é mais dominar, esgotar, compreender e exaurir, mas, acima de tudo, dialogar e conviver.” (DAMAS, 2009, p. 28).

Na correria do dia a dia a reflexão nem sempre é possível, de modo que o espaço das Oficinas serviu para lembrarmos nossa missão e a necessidade de desenvolvermos nossa atividade com entusiasmo e empatia. Se desejamos construir uma Defensoria Pública consciente de sua importância social, o como e o porquê devem estar claros ao corpo interno.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Tércia Gomes. **A Defensoria Pública como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais**: manual das famílias direcionado aos estagiários, assistentes de defensoria e analistas jurídicos da regional de Araguaína. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, Palmas, TO, 2018. 27 f. Disponível em: <http://conhecimento.defensoria.to.def.br/pagina/26206>. Acesso em: 4 nov. 2018.

DAMAS, Luiz Antonio. Interdisciplinaridade e transdisciplinaridade: o jeito de educar na complexidade. *In*: SANTOS, Jocyléia Santana dos (org.). **Competências interdisciplinares**. São Paulo: Xamã, 2009. p. 13-30.

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes. **Interdisciplinaridade**: um projeto em parceria. 6. ed. São Paulo: Loyola, 2007. (Coleção Educar, 13).

GHIRARDI, José Garcez. **O Instante do encontro**: questões fundamentais para o ensino jurídico. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

MIRANDA, M. M.; CAVALCANTE, P. R.. I Congresso brasileiro de atuação interdisciplinar nas Defensorias Públicas: múltiplos olhares revisitando o fazer jurídico – história e contexto. In: **Cadernos da Defensoria Pública de São Paulo: Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar**, São Paulo: EDEPE, v. 2, n. 7, 2017, p. 13-25. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cad-Def-Pub-SP_n.7.pdf. Acesso em: 2 ago. 2018.

MORAES, Maria Cândida; TORRE, Saturnino de La. **Sentipensar sob o olhar autopoietico**: estratégias para reencantar a educação. São Paulo: PUC, 2002. Disponível em: http://www.ub.edu/sentipensar/pdf/sentipensar_autopoietico.pdf. Acesso em: 2 ago. 2018.

POMBO, Olga. Epistemologia da interdisciplinaridade. **Revista do Centro de Educação e Letras da Unioeste**, v. 10, n. 1, p. 9-40, 2008. Disponível em: <http://erevista.unioeste.br/index.php/ideacao/article/view/4141>. Acesso em: 4 nov. 2018.

SILVA, Leo Jaime Barbosa; RODRIGUES, Jean Carlos. *PIBID*, Metodologias de projetos interdisciplinares e o ensino de geografia. In: MAGALHÃES, Hilda Gomes Dutra *et al.* (org.). **Práticas interdisciplinares na formação inicial de professores: avanços e desafios**. Goiânia: Ed. da PUC de Goiás, 2010.

O GIRO LINGUÍSTICO NA ANÁLISE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: a superação do modelo médico pelo modelo social na jurisprudência dos tribunais superiores

Flávia Albaine Farias da Costa ¹

Jaime Leônidas Miranda Alves ²

RESUMO

O presente artigo investiga a atual abordagem dada pelos Tribunais Superiores ao tema “pessoa com deficiência”. Para tanto, primeiro são analisados os dois grandes marcos no estudo da pessoa com deficiência, a saber, os critérios médico e social. Após, verifica-se qual destes é predominante no âmbito do direito positivo, tanto no plano internacional quanto em *terrae brasillis*, porque a análise pretendida perpassa os conceitos e as reflexões trazidos pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o direito das pessoas com deficiência e, bem assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência

¹ Defensora Pública do Estado de Rondônia-RO. Membro da Comissão de Direitos das Pessoas com Deficiência da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP). Especialista em Direito Privado, pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). E-mail: flavia.albaine@defensoria.ro.def.br.

² Especialista em Direito Público, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Direito Constitucional, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduado em Direito, pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR) - Campus Cacoal. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia-RO. E-mail: jaime_lmiranda@hotmail.com.

(Lei nº 13.146, de 2015). Num segundo momento, são levantadas ponderações acerca do tratamento do tema pela jurisprudência, a fim de determinar qual dos critérios – médico ou social – é o predominante e, especialmente, quais os reflexos dessa preponderância na tutela dos direitos das pessoas com deficiência. Para tanto, empregar-se-á a metodologia da hermenêutica constitucional concretizadora. Durante a análise, além de serem revisitados institutos, como o modelo médico e o social de verificação e tratamento da deficiência, propõe-se um processo hermenêutico de compatibilização entre estes e a arquitetura axiológica própria do neoconstitucionalismo e das novas leituras conferidas aos direitos fundamentais.

Palavra-chave: Direitos Fundamentais. Jurisprudência. Modelo Médico. Modelo Social. Pessoas com Deficiência.

ABSTRACT

The present article investigates the current approach given by the High Courts to the theme “person with disability”. To do so, it was first analyzed the two major milestones in the study of the person with disabilities, namely the medical and social criteria. After that, it is verified which of these is predominant in the scope of positive law, both internationally and in *terrae brasillis*, to the extent that the intended analysis runs through the concepts and reflections brought by the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and,

as well as the Statute of Persons with Disabilities (Law No. 13,146 / 2015). Secondly, consideration is given to the treatment of the subject by case-law in order to determine which of the criteria – medical or social – is the predominant one, and in particular what are the consequences of this preponderance in protecting the rights of persons with disabilities. For this, the methodology of concrete constitutional hermeneutics will be used. During the analysis, in addition to revisiting institutes such as the medical and social model for the verification and treatment of disability, it is proposed a hermeneutical process of reconciliation between them and the axiological architecture proper to neo-constitutionalism and the new readings conferred on fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Jurisprudence. Medical Model. Social Model. Disabled People.

1 INTRODUÇÃO

O Direito é fenômeno dinâmico, caracterizado, na tentativa de acompanhar os avanços e retrocessos sociais, pela constante modificação de significação e alcance dos seus institutos e conceitos. Desse processo dialógico de transformação, não escapa a evolução do tratamento das pessoas com deficiência, ainda hoje trabalhado de forma multifacetária e, por vezes, divergente no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

Nesse diapasão, o trabalho pretende, a partir da aná-

lise, tanto da doutrina quanto da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos da pessoa com deficiência e, bem assim, o Estatuto da Pessoa com deficiência, além da jurisprudência dos Tribunais Superiores, aliado a novas compreensões acerca do papel do Estado e da concepção de direitos fundamentais, sob o prisma das conquistas hermenêuticas empreendidas pelo neoconstitucionalismo, compreender qual o tratamento dado, *in terrae brasillis*, sobre a questão da deficiência.

Espera-se, ainda, superadas as inquietações inaugurais, traçar uma análise comparativa entre o tratamento dos direitos da pessoa com deficiência sob a perspectiva do modelo médico e, a partir daí, verificar as conquistas auferidas pelo advento do modelo social. Almeja-se compreender em relação a qual dos dois critérios de análise da deficiência a jurisprudência dos Tribunais Superiores melhor se alinha e, com isso, ponderar quais os reflexos dessa postura na tutela dos direitos das pessoas com deficiência.

A pesquisa se realiza mediante a utilização da hermenêutica constitucional concretizadora, de forma a possibilitar a construção jurídica da norma “pessoa com deficiência”, partindo da conformação dos elementos objetivos – texto – e dos elementos subjetivos – a sua utilização na jurisprudência dos tribunais superiores.

Os pilares doutrinários que sustentam a pesquisa são os modelos médico e social da pessoa com deficiência e as diretrizes hermenêuticas do neoconstitucionalismo. Nesse diapa-

são, é certo que o modelo médico retrata a deficiência sob uma perspectiva restritiva – pessoa com deficiência é aquela que possui limitação biológica. De maneira diametralmente oposta, o critério social pensa a pessoa com deficiência enquanto conceito poliédrico, multifacetário e dinâmico, demandando uma análise casuística de diversos fatores (idade, condição econômica, grau de instrução, dentre outros...) a fim de determinar a existência, ou não, da deficiência. Ademais, por não reduzir o conceito de deficiência a uma leitura apenas médica, o critério social traz consigo um ônus maior do Estado e da sociedade, que devem agir/deixar de agir no sentido de reduzir a deficiência dos indivíduos e facilitar o processo dialético de inclusão social. Por fim, emprestam-se as bases teóricas do neoconstitucionalismo, a fim de analisar o quadro pretendido sob a ótica e as cores da teoria de vanguarda dos direitos fundamentais

A análise proposta se justifica exclusivamente pela relevância do tema e pela compreensão de que a construção de um conceito harmônico e, de per si, autossuficiente, é capaz de ensejar sensíveis conquistas na tutela dos direitos da pessoa com deficiência, mormente por evidenciar o papel social do Estado e das próprias pessoas nesse mister de garantia de direitos.

2 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E OS REFLEXOS TRAZIDOS PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O conceito de pessoa com deficiência sofreu relevante modificação recentemente, especialmente a partir do advento de dois parâmetros legislativos: a1) a incorporação, sob o rito do art. 5º, § 3º,³ da Constituição Federal, da Convenção da Organização das Nações Unidas, sobre os direitos das pessoas com deficiência (Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009); e a2) a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 2015).

Sobre a Convenção, necessário o esclarecimento de alguns pontos principais. Primeiro que, tendo em vista o processo de incorporação da Convenção das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, e bem assim de seu Protocolo Facultativo – procedimento análogo às Emendas Constitucionais –, o referido tratado internacional, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades,⁴ recebe *status* de norma constitucional.

³ Além da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência da Organização das Nações Unidas, também foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, com *status* de emenda constitucional, o Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas às pessoas cegas, com deficiência visual ou com outras dificuldades para aceder ao texto impresso.

⁴ [...] a partir de um reconhecimento explícito da natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, o § 3º do art. 5º permite atribuir o *status* de norma formalmente constitucional aos tratados de di-

Nesse diapasão, as normas do referido Decreto passam a integrar o bloco de constitucionalidade, figurando, portanto, como paradigma para o controle de constitucionalidade, de modo a repelir qualquer dispositivo infraconstitucional ou interpretação que com elas colida (análise negativa), bem como nortear o processo hermenêutico, a fim de promover os valores e programas contidos no tratado (análise positiva).

Em relação aos enormes avanços trazidos pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência, Madruga (2016, p. 194) afirma que,

Neste ponto é que se insere a importância histórica da Convenção da ONU, um documento amplo e vinculante e que se destina especifi-

reitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado. Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos — que é justamente o quórum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2º, da Carta, de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional. Note-se que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram os primeiros tratados internacionais de direitos humanos aprovados nos termos do § 3º do art. 5º, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 10 de julho de 2008. Vale dizer, com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal (PIOVESAN, 2013, p. 105).

camente a promover e proteger os direitos e a dignidade humana das pessoas com deficiência, lastreada numa perspectiva holística e em três alicerces: os direitos humanos, o desenvolvimento social e a não discriminação. Resultou da conjugação de esforços de vários organismos, em que participaram como autores: Estados membros e observadores da ONU; órgãos e organizações dos Sistemas das Nações Unidas, com destaque para a Comissão de Direitos Humanos e a Comissão de Desenvolvimento Social, mediante sua Relatoria Especial sobre Deficiência; instituições de direitos humanos nacionais e ONG's internacionais e nacionais dedicadas à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Trata-se de um texto moderno, desenvolvimentista e inclusivo, composto de 30 artigos dedicados aos direitos humanos universais e mais 20 destinados ao seu monitoramento, afora o seu Protocolo Facultativo, subscrito por Brasil e Espanha, que reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para o recebimento e análise de comunicações submetidas por pessoas ou grupo de pessoas sob a sua jurisdição e que aleguem violação das disposições contidas no texto da Convenção.

Outro ponto de destaque refere-se à terminologia utilizada. A convenção foi objeto de elogios pela doutrina especializada pela escolha do termo “pessoa com deficiência”, traçando verdadeira virada linguístico-hermenêutica ao superar os termos “pessoa portadora de deficiência” e “pessoa deficiente”, ambos considerados pejorativos. Nesse sentido, Berlini (2016, p. 42):

A alteração terminológica advém da própria

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a fim de minimizar a segregação e a exclusão na própria denominação. Nesse sentido, abandonou-se a terminologia ‘portador de necessidades especiais.’ Em primeiro lugar porque ‘portador’ traz a ideia de algo que pode ser abandonado, algo que não é inerente à condição pessoal. Além disso, não se quer esconder ou mascarar a deficiência, como se fosse algo vexatório. Portanto, a utilização da palavra deficiência foi retomada. No entanto, a referência não é a pessoa deficiente, mas a pessoa com deficiência, em virtude de sua condição, ressaltando assim a condição e não a limitação.

E o conceito de pessoa com deficiência já é trazido no art. 1º da Convenção, ao determinar como sendo aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esse conceito, insta salientar, foi replicado no Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 2º) que veio no afã de materializar direitos anteriormente previstos no Tratado Internacional, adequando, assim, a legislação brasileira aos preceitos da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, [2016]).

A doutrina aponta que o conceito ora analisado se destacou não apenas por primar por uma visão alienada de caráter pejorativo, mas ainda por propor uma nova concepção de quem viria a ser pessoa com deficiência.

Isso se justifica tendo em vista o movimento hermenêutico que ficou conhecido como a passagem do modelo médico para o modelo social. Nesse contexto, para que se reconheça que uma pessoa tenha deficiência atualmente (modelo social) não basta que tenha alguma limitação física, sensorial, mental ou intelectual (modelo médico), sendo imprescindível que essa limitação acarrete a sua desigualdade no meio social para o exercício dos direitos em relação a outras pessoas que não possuem aquela limitação (modelo social). Ou seja, o conceito de deficiência é um conceito plural inter-relacional, devendo ser considerado o meio em que aquela pessoa está inserida, além de diversas outras variáveis, como, por exemplo, a idade, condição econômico-financeira, grau de instrução.

Corroborando o exposto, Sousa (2017, p. 122) afirma que no modelo médico “o foco são as faltas e limitações da pessoa, os diagnósticos em busca de problemas, as especificidades do indivíduo vistas como doença que demanda tratamento,” ao passo em que no modelo social “o enfoque recai sobre a pessoa. A deficiência é identificada como consequência da relação do indivíduo com um ambiente que não acomoda sua diferença, vista como característica que sinaliza, justamente, a diversidade humana.” (SOUSA, 2017, p. 122). Resta claro, portanto, o grande avanço percorrido na tutela das pessoas com deficiência. O advento do modelo social, em última análise, permite a busca pela superação da deficiência ainda que não haja inovação na medicina, seja pela educação em direitos ou pela promoção de políticas públicas de inclusão, aumen-

tando o ônus, portanto, do Poder Público, eficácia vertical dos direitos fundamentais, e da sociedade, eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ainda sobre os novos paradigmas trazidos pelo modelo social, é importante trazer à baila os ensinamentos de Barbosa e Almeida, para quem (2017, p. 17):

A deficiência é um problema social que exige intervenções na sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas – são predominantemente sociais. As raízes do problema não são as restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade que não tem os meios / serviços / instrumentos adequados para que essas pessoas sejam consideradas incluídas na sociedade. O primeiro, se não o mais importante, efeito da adoção do modelo social consiste em promover a inversão da perspectiva na apreciação da deficiência, que deixa de ser uma questão unilateral, do indivíduo, para ser pensada, desenvolvida e trabalhada como relação bilateral, na qual a sociedade torna-se efetivamente protagonista, com deveres jurídicos a cumprir. Na linha da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, fica claro ser a deficiência resultante da interação entre um impedimento pessoal e uma barreira existente na sociedade, como se constata do artigo 2º da Lei 13.146/2015. O segundo, e não menos importante efeito, se verifica na configuração da citada relação bilateral de interação como se vê ao longo do texto legal, de que são exemplos os artigos 1º e 3º. O Estatuto da Pessoa com Deficiência tem o objetivo expresso de assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social

e cidadania. Constitui, portanto, o instrumento principal de efetivação do modelo social, ao convocar instituições públicas e privadas para o processo de inclusão.

Outro ponto que merece destaque é a análise desse novo paradigma – modelo social de deficiência – aceito tanto no direito positivo quanto na doutrina e aparentemente na jurisprudência dos Tribunais Superiores – com a teoria das incapacidades.

Nesse sentido, tem-se que a doutrina criticava bastante a teoria das incapacidades tal qual prevista no Código Civil, de 2002 antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. As principais críticas eram as seguintes: (i) adotava-se uma perspectiva médica assistencialista em relação aos deficientes. O simples fato de uma pessoa possuir deficiência mental fazia com que ela fosse considerada incapaz (seja relativa ou absolutamente). Ou seja, não havia preocupação em se verificar, no caso concreto, o grau de discernimento do indivíduo; (ii) a perspectiva assistencialista cerceava demasiadamente a autonomia da pessoa com deficiência. Não cabia falar em dignidade, em liberdade, em autonomia, em isonomia, se o simples fato de uma pessoa ter deficiência já era suficiente para ensejar uma limitação no âmbito da sua vida civil (aniquilando a possibilidade de ter autogoverno). Havia, assim, uma confusão epistêmica entre deficiência e incapacidade; (iii) a compreensão de que a teoria das incapacidades possuía essencialmente cunho patrimonial e almejava a proteção exclusiva da família

da pessoa incapaz e da sociedade enquanto mercado de consumo (DINIZ, 2016, p. 267).

Essa concepção, todavia, restou superada com o advento da Convenção da Organização das nações Unidas sobre os direitos da pessoa com deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, de sorte que se possibilitou a construção, *in terrae brasillis*, de uma nova teoria das incapacidades firmada em baluartes próprios do neoconstitucionalismo⁵ e da hermenêutica constitucional imposta ao direito civil – direito civil constitucional.⁶

Nesse diapasão, o Código Civil não mais promove qualquer relação entre incapacidade e deficiência, o que demonstra o giro linguístico que proporcionou a superação do

⁵ Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados: (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito (BARROSO, 2005, p. 10-11).

⁶ “Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma” 66. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade (BARROSO, 2005, p. 25).

modelo médico pelo modelo social. Assim, o fato de uma pessoa ser deficiente não compromete sua plena capacidade para praticar pessoalmente os atos da vida civil, sem intermédio de representantes ou de assistentes.

Dentre as várias modificações legislativas que corroboram a tese agora levantada – da conformação, pelo ordenamento brasileiro, de um conceito de pessoa com deficiência baseada no modelo social – cita-se o fato de a curatela aplicar-se exclusivamente aos atos patrimoniais, mantendo hígidos os atos de natureza existenciais. A definição de curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Nesse contexto, a pessoa com deficiência pode casar, pode ter direitos reprodutivos, pode manter relações sexuais e exercer qualquer outra atividade de cunho existencial. Ou seja, os seus interesses existenciais que visam à promoção da pessoa humana permanecem íntegros, independentemente da existência de eventual curatela ou da existência de eventual deficiência.

Ademais, foi revogada a parte do Código Civil 2002 que mencionava a anulação de casamento celebrado por pessoa incapaz, de modo que o casamento e a união estável passem a ser plenamente possíveis pela pessoa com deficiência.

Sobre as importantes alterações provocadas na teoria das incapacidades pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Tartuce (2017, p. 84) ensina que,

Com as mudanças, somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não ha-

vendo mais maiores absolutamente incapazes. Repise-se que o objetivo foi a plena inclusão da pessoa com algum tipo de deficiência, tutelando a dignidade humana. Deixa-se de lado, assim, a proteção de tais pessoas como vulneráveis. O que era retirado do sistema anterior. Em outras palavras, a dignidade-liberdade substitui a dignidade-vulnerabilidade. Nesse contexto, todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no artigo 3º anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil. Eventualmente, podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do artigo 4º do Código Civil, também ora alterado. Como se pode perceber, no último preceito não há mais a menção às pessoas com deficiência no inciso II. Quanto ao termo excepcionais sem desenvolvimento completo (artigo 4º, inciso III), ele foi substituído pela antiga expressão que se encontrava no anterior artigo 3º, inciso III, ora revogado ('aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderam exprimir a sua vontade'). Em suma, podemos dizer que houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades.

Diante de todo o exposto, percebe-se com clareza a adoção de um conceito de pessoa com deficiência em consonância com as premissas do neoconstitucionalismo e os pressupostos do modelo social, estando a tutela jurídica nacional da pessoa com deficiência centralizada nos princípios da dignidade da pessoa humana, na igualdade material, na liberdade, no direito ao reconhecimento e, sensivelmente, no direito à não discriminação. Todos esses compreendidos tanto sob uma perspectiva de vedação ao excesso (*übermassverbot*) quanto de vedação à proteção deficiente (*untermassverbot*), espraian-

do mandamentos de otimização/deveres objetivos de conduta tanto para o Poder Público (eficácia vertical dos direitos fundamentais) quanto para a sociedade (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

3 A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA E O MODELO ADO- TADO NO TRATAMENTO DA PESSOA COM DEFICI- CIÊNCIA

No que tange ao tratamento da questão sob a ótica da jurisprudência pátria, importante a menção à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 182, em análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objetivo a alteração da definição conceitual de pessoa com deficiência prevista no art. 20, § 2º,⁷ da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742, de 1993), a fim de compatibilizar com o conceito previsto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

A pretensão surgiu em razão da compreensão de que o

⁷ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família [...]§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, [2018c], não paginado).

conceito de pessoa com deficiência para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) é deveras restrito, estando em descompasso com o atual tratamento constitucional do tema, o que reforça a tese de sua não recepção pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (DINIZ, 2016, p. 267).

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, ao ser incorporada ao ordenamento pátrio com *status* de Emenda à Constituição, passou a reclamar uma nova leitura – constitucional – de alguns dispositivos legais e até constitucionais.

E é nesse diapasão que Bublitz (2012, p. 364) aponta a necessidade de uma releitura desses dispositivos, a exemplo do art. 7º, XXI (igualdade no acesso ao trabalho), da Constituição Federal, de 1988, e do art. 37, VIII (ingresso no serviço público), de modo a compatibilizar com diversas regras da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, a exemplo do art. 27, que trata do trabalho e emprego da pessoa com deficiência. Não escapam desse exercício de releitura e readequação constitucional o art. 5º da Lei nº 8.112, de 1990 (direitos básicos para investidura em cargo público) e o art. 93 da Lei nº 8.213, de 1993 (reserva de vagas para pessoas com deficiência), dentre outros.

Julgado paradigmático acerca da tutela jurídica do direito das pessoas com deficiência é o REsp 1.607.472-PE, de relatoria do ministro Herman, datado de 15/9/2016 (BRASIL, 2016a). Nos arestos, ficou consignado o dever de o Estado

garantir o acesso pleno a pessoas com deficiência – a partir do conceito de desenho universal⁸ – à Universidade Federal, consignando a Legitimidade do “ativismo” judicial nesse diapasão.

Consignou-se que, no campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se, ainda, no sentido de que se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é preambular e obrigatoriamente fixada pela Constituição ou pela lei. Ademais, verificou-se o acesso à Universidade como direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial.

O conceito de pessoa com deficiência não foi definido como *ratio decidendi* no caso em análise; contudo, em sede de *obiter dictum*, verificou-se a deficiência imbricada com diver-

⁸ Art. 3o da Lei nº 13.146, de 2015 – Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: [...] II – desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva (BRASIL, [2016b], não paginado).

sof fatores da vida cotidiana, ou seja, a Corte demonstrou um avanço do posicionamento, estando mais próxima do modelo social do que da perspectiva puramente médica. É nesse cotejo que se fixou a obrigação de o Poder Público garantir o acesso à educação via obras e reforma no desenho arquitetônico da Universidade – no caso a UFPE –, como mecanismo mitigador dos obstáculos, a fim de, topicamente, limitar a deficiência dos indivíduos envolvidos no caso.

Outro caso que merece menção refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade 5820, proposta pela Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos (FENEIS), na qual se questionou dispositivo de lei federal que impede o uso da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) em substituição à modalidade escrita da língua portuguesa (BRASIL, 2018d).

Na ação, de relatoria do ministro Marco Aurélio, sustenta a Feneis que a proibição do uso da Libras pelos surdos em processos seletivos implica grave ofensa à Constituição Federal. Isso porque a preterição da Libras à língua portuguesa aos portadores de deficiência auditiva “inviabiliza a plena e efetiva participação destes na sociedade, inclusive quando comparado a outras pessoas portadoras de deficiência, as quais, por vezes, possuem a acessibilidade necessária.” (BRASIL, 2018d, p. 2).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5820, argumenta-se que a imposição da realização de exames em língua portuguesa pelos surdos contraria a Constituição Federal ao violar os princípios da isonomia, democracia, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, uma vez que estariam

as pessoas com deficiência auditiva em desvantagem, porque não lhes é permitido utilizar a Libras para interpretar e responder às questões da prova.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ainda não foi julgada, mas espera-se que quando da análise do mérito o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifeste, ao menos em *obiter dictum*, sobre o conceito de pessoa com deficiência. Fato é que, ao se reconhecer que a deficiência supera questões estritamente médicas e, bem assim, ao se impor uma tutela positiva da deficiência, tem-se cada vez mais uma aproximação ao modelo social e, com isso, do conceito previsto na Convenção da Organização das Nações Unidas e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Destaca-se ainda o julgamento, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357, na qual se reconheceu a constitucionalidade dos artigos 28, § 1º, e 30 da Lei nº 13.146, de 2015, que determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas para cumprimento dessa obrigação, e bem assim o Resp 1.315-RJ, de relatoria do ministro Marco Aurélio Bellizze, em que ficou consignado que as instituições financeiras devem confeccionar em Braille os contratos de adesão que são assinados para contratação de seus serviços, a fim de que os clientes com deficiência visual possam ter conhecimento, por meio próprio, das cláusulas contratuais

ali contidas. Percebe-se que ambos os julgados consideraram a importância da inclusão dessas pessoas pelos respectivos meios sociais em que se encontravam (BRASIL, 2015).

No tocante aos julgados mencionados, ainda que a inter-relação entre os posicionamentos jurisprudenciais avaliados e a corroboração ao modelo social de abordagem da deficiência não estejam explícitas, é possível, a partir da aplicação da hermenêutica constitucional concretizadora, afirmar que os Tribunais brasileiros têm se aproximado cada vez mais do modelo social de conceituação da pessoa com deficiência.

Abordou-se a necessidade de adequação de diversos dispositivos pátrios ao conceito de pessoa com deficiência, trazido pela Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Uma vez que a Convenção trouxe expressamente o modelo social de abordagem, é sabido que tal adequação somente poderá ocorrer em conformidade com o referido modelo, até mesmo pelo fato de tal Convenção possuir *status* de norma constitucional dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Abordou-se, também, a ocorrência do ativismo judicial para obrigar o Poder Público a adotar medidas que possibilitem uma maior inclusão social de pessoas com deficiência. Igualmente foram objeto de abordagem situações em que os nossos Tribunais se posicionaram pela maior inclusão social de pessoas com deficiência e sem repasse de qualquer ônus a estas. Com efeito, as obrigações de inclusão impostas ao Poder Público e aos particulares só se justificam porquanto se passa a

perceber que a deficiência decorre não apenas de aspectos biológicos, mas também da forma como a sociedade possibilita a inserção dessas pessoas no meio social.

Em que pese à jurisprudência pátria ainda não ter mencionado expressamente a adoção do modelo social de abordagem da pessoa com deficiência – o que se espera que ocorra em breve –, os posicionamentos dos Tribunais brasileiros têm claramente se preocupado com a maior inserção dessas pessoas no seio social brasileiro, observando, assim, a função hermenêutica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que, sem sombra de dúvidas, se harmoniza com o modelo social sobre a conceituação de pessoa com deficiência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todo o exposto, analisando os conceitos alinhavados e aplicando-se a hermenêutica constitucional concretizadora, foi possível extrair algumas considerações:

O conceito de pessoa com deficiência é dinâmico. Em razão disso, sua significação perpassa diversas transformações com o afã de se compatibilizar com as modificações na realidade social. Nesse diapasão, referido conceito ultrapassou o modelo médico, no qual a deficiência era compreendida estritamente sob a perspectiva médica e alcançou o sistema social, passando a deficiência a ser compreendida de forma plural e multifacetária.

O advento do paradigma social de deficiência incute

um ônus maior para o Estado e para a sociedade. Explica-se: ao se pensar a deficiência como um fator estritamente médico (modelo médico) as soluções para reduzi-la estavam restritas ao âmbito da Medicina. De modo diverso, ao se analisar a deficiência sob a perspectiva trazida pelo modelo social, está-se, invariavelmente, chamando a responsabilidade para o Poder Público e para toda a sociedade. A deficiência é a conjugação de um impedimento físico e de obstáculos sociais. Nessa conjectura, por mais que o impedimento físico ainda se limite ao campo das ciências médicas, é dever de todos reduzir/pôr termo aos obstáculos sociais.

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores, mormente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, não se verifica menção expressa à adesão ao modelo social. Todavia, o entendimento constantemente veiculado mostra-se consentâneo aos valores contidos na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Organização das Nações Unidas – incorporado com *status* de Emenda à Constituição – e bem assim aos do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ambos, insta salientar, afiguram-se como a positivação, *in terrae brasilis*, do modo social de verificação da deficiência.

Não obstante não tenham as Cortes brasileiras despendido maiores elucubrações acerca da significação e extensão do conceito de pessoa com deficiência, há forte posicionamento substancialista, pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de admitir a judicialização da política, de sorte a mitigar os argumentos retóricos e de cunho

procedimentalista de separação dos poderes e reserva do financeiramente possível. Nesse diapasão, partindo de balizas próprias do neoconstitucionalismo e da necessária tutela dos direitos fundamentais, são o Poder Público e também a sociedade obrigados a atuar – seja por ação ou por omissão –, a fim de reduzir as deficiências apresentadas.

Por fim, ficou confirmada a hipótese de que a jurisprudência dos Tribunais brasileiros tem se aproximado cada vez mais do modelo social de abordagem da pessoa com deficiência. Isso porque, conquanto no sistema interamericano de direitos humanos haja manifestação expressa de alinhamento ao modelo social,⁹ no Brasil, não obstante não tenha a jurisprudência se posicionado expressamente a esse respeito, os Tribunais vêm adotando, com raízes neoconstitucionalistas, uma postura legitimadora da judicialização da política. É dizer: Na Corte Interamericana reconhece-se a condição multifacetária da deficiência. No Brasil, são confirmados os deveres do Poder Público e da sociedade, a fim de mitigar as consequências dessa deficiência ótica que é apenas possível pela aceitação, ainda que tácita, do modelo social. Conjugando os dois sistemas, fica claramente perceptível não apenas quem hoje é considerada pessoa com deficiência, mas ainda – e especialmente – quais

⁹ Nesse sentido vide o caso Talía Gonzales Lluy e outros versus Equador julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador: sentencia de 1 de septiembre de 2015. San José, Costa Rica, [2014]. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em: 2 ago. 2018.

os deveres sociais – e não apenas médicos – que surgem, a fim de mitigar essa deficiência e possibilitar o progresso em direção à inclusão social.

Essa é a leitura constitucionalmente adequada do tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES, Júnior Jarbas; DICK, Maria Elmira do Amaral. **Direitos das pessoas com deficiência e dos idosos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALMEIDA, Vitor; BARBOZA, Heloísa Helena. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOZA, Heloísa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código civil e o estatuto da pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BARROSO, Roberto Luís. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 7 abr. 2018.

BERLINI, Luciana Fernandes. Lei brasileira de inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das**

Pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BOAVENTURA, Edvaldo. **Metodologia da pesquisa:** monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código civil. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993.** Organização da Assistência Social. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018c]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.820 Distrito Federal.** Requerente: Federação Nacional de Educação e Integração dos Surdos e Outro(A/S). Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Edson Fachin, 02 de fevereiro de 2018. Brasília, DF, 05 fev. 2018d. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313635895&ext=.pdf>.

Acesso em: 7 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio, 17 de fevereiro de 2017. Brasília, DF, 22 fev. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311341726&ext=.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2 Turma). **Recurso Especial Nº 1.607.472 – PE 0155431-8**. Recorrente: Universidade Federal de Pernambuco. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Herman Benjamin, 15 de setembro de 2016a. Brasília, DF, 11 out. 2016. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uuid=65be365fd5d357179236b0a1dd9ee42c&op>

tions=%23page%3D1. Acesso em: 7 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de inclusão da pessoa com deficiência. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2016b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2 Turma). **Recurso Especial Nº 1315822 – RJ 2012/0059322-0.** Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: AFAC Associação Fluminense de Amparo Aos Cegos. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 24 de março de 2015. Brasília, DF, 16 abr. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=45281207&num_registro=201200593220&data=20150416&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 7 abr. 2018.

BUBLITZ, Michelle Dias. Conceito de pessoa com deficiência: comentário à ADPF 182 do STF. **Revista da AJURIS**, Brasília, DF: TJDFT, v. 39, n. 127, p. 353-370, set. 2012. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/15733>. Acesso em: 7 jul. 2018.

CONSELHO EUROPEU DA UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Marraquexe sobre o acesso das pessoas cegas e com deficiência visual às obras publicadas:** conselho autoriza ratificação. Bruxelas, 2018, não paginado. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2018/02/15/marrakesh-treaty-on-access-to-published-works-for-blind-and-visually-impaired-persons->

council-authorises-ratification/. Acesso em: 7 jul. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS

HUMANOS. Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador: sentencia de 1 de septiembre de 2015. San José, Costa Rica, [2014]. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf. Acesso em: 7 jul. 2018.

DHANDA, Amita. Construindo um novo lexico dos direitos humanos: a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, Ano 05, n. 8, p. 42-59, jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/v5n8a03.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2018.

DINIZ, Maria Helena. A nova teoria das incapacidades. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 5, N.2, p. 263-288, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/426/pdf>. Acesso em: 7 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. ed. ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. **Consultor Jurídico**, 16 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015->

ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes. Acesso em: 01 jul. 2018.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**: ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da pessoa com deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia ignorada**: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1987. Disponível em: <https://issuu.com/amaurinolascosanchesjr/docs/-a-epopeia-ignorada-oto-marques-da->. Acesso em: 01 ago. 2018.

SIMÃO, José Fernando. Estão todos os interditados livres das incapacidades ou precisamos de sentença penal para levantar as interdições? Sim, sem sentença, **Carta Forense**, 03 abr. 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/estao-todos-os-interditados-livres-da-incapacidade-ou-precisamos-de-sentenca-para-levantar-as-interdicoes--sim-sem-sentenca/17464>. Acesso em: 01 ago. 2018.

SOUSA, Alessandra Moraes de. Significado da (in) capacidade para as pessoas com deficiência sob o modelo médico nos Códigos Civis de 1916 e 2002, antes das alterações da Lei Brasileira de Inclusão. In: FOHRMANN, Ana Paula Barbosa. **Autonomia, reconhecimento e dignidade**: sujeitos, interesses e direitos. Rio de Janeiro: Grama, 2017.

SOUZA, Iara Antunes de. **Estatuto da pessoa com deficiência**: curatela e saúde mental. Belo Horizonte: De Plácido, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2017.

**O HABEAS CORPUS COLETIVO COMO
INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA: uma reflexão
criminológica crítica**

Mário Eduardo Bernardes Spexoto¹

RESUMO

A coletivização dos mecanismos processuais, experimentada em âmbito nacional, fez superar a concepção puramente individualista da prestação da tutela jurisdicional, o que possibilitou a ampliação do acesso à justiça. Ocorre que a referida evolução processual não tem alcançado no ordenamento jurídico brasileiro a proteção do direito fundamental à liberdade, o que acaba por obstaculizar o amparo do direito de ir e vir de uma coletividade de pessoas esmorecendo, assim, aqueles postulados capazes de combater o uso arbitrário da força. Para que esse cenário jurídico nacional possa ser modificado, torna-se imprescindível refletir sobre os postulados teóricos do pensamento criminológico crítico e da seletividade do sistema penal que tem sido operacionalizada por meio de ações

¹ Mestrando em Direito Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Penal e Criminologia, pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC/UNINTER). Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Graduado em Direito, pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Defensor Público do Estado de São Paulo. E-mail: mariospexoto@gmail.com.

coletivizadas e dirigidas em face de grupos sociais socioeconomicamente vulneráveis. O Estado de Direito é marcado, ao menos no que diz respeito ao seu sistema jurídico, pelas suas instituições e seus instrumentos processuais aptos à contenção das discricionariedades do autoritarismo próprio de um estado policial. Dessa forma, a ampliação das possibilidades de tutela do *status libertatis* possibilitará a reafirmação do Estado de Direito, democratizará o processo penal e trará visibilidade àquele grupo social que historicamente foi demonizado e estigmatizado pelo processo de *etiquetamento* do poder punitivo.

Palavras-chave: Tutela coletiva do direito individual à liberdade. Acesso à justiça. Seletividade do sistema penal. Estado democrático de direito.

ABSTRACT

The collectivization of the procedural mechanisms tried on a national level has overcome the purely individualistic conception of the provision of judicial protection, which has made possible the widening of access to Justice. It happens that the aforementioned procedural evolution has not achieved in the Brazilian legal system the protection of the fundamental right to freedom, which ends up hampering the protection of the right to come and go of a collectivity of people, thus reducing those postulates capable of combating the use arbitrary force. In order for this national legal scenario to be modified,

it is essential to reflect on the theoretical postulates of critical criminological thinking and the selectivity of the penal system that has been operationalized through collective actions and directed towards socioeconomically vulnerable social groups. The Rule of Law is marked, at least as far as its legal system is concerned, by its institutions and its procedural instruments capable of containing the discretionary powers of the authoritarianism of a police state. In this way, the expansion of the possibilities of guarding the libertarian status will make it possible to reaffirm the rule of law, democratize the criminal process and bring visibility to that social group that has historically been demonized and stigmatized by the process of labeling punitive power.

Keywords: Collective protection of the individual right to freedom. Access to justice Selectivity of the criminal justice system. Democratic state of law.

1 INTRODUÇÃO

Há muito a concepção estritamente individualista de proteção de direitos vem sendo superada, abrindo espaço ao surgimento de instrumentos processuais que busquem a proteção coletiva, seja dos direitos *transindividuais*, como, por exemplo, meio ambiente e patrimônio cultural, como também dos próprios direitos subjetivos individuais, neste último caso operando-se mediante a técnica da substituição processual.

Essa nova perspectiva alinhada às exigências dos novos tempos trouxe conceitos como direitos difusos, direitos coletivos, direitos individuais homogêneos, ação civil pública, ação coletiva, dentre outros, cujas definições estão atreladas ao caráter supraindividual dos direitos ou às técnicas processuais de tutela conjunta de direitos individuais pertencentes a pessoas distintas, mas de origem comum.

Essa evolução foi amplamente introduzida em nosso ordenamento jurídico, de maneira que direitos, como o meio ambiente, do consumidor, do idoso, da pessoa portadora de deficiência, da probidade administrativa, dentre tantos outros, passaram a contar com uma série de normas processuais regulamentadoras da tutela coletiva que auxiliaram na efetivação dos direitos abstratamente previstos.

Durante muito tempo prevaleceu a ideia de que competiria exclusivamente ao próprio lesado a busca pela efetivação dos direitos individuais subjetivos. A dita evolução do sistema processual permitiu, porém, que eles fossem postulados por terceiros, desde que tais direitos também pertencessem a uma coletividade de indivíduos unidos por uma violação de origem comum.

A essa situação mencionada convencionou-se denominar de direito individual homogêneo, cuja tutela jurisdicional passou a ser admitida por meio de uma única ação, sem a formação de um litisconsórcio ativo entre os interessados, mas por meio da técnica da substituição processual em que um terceiro, previamente autorizado por lei, venha a atuar ativamente

te na salvaguarda de tais direitos, manejando ação de alcance coletivo, cuja decisão de procedência se estenderia a todos os interessados.

Em que pesem as incontáveis vantagens dessa técnica processual de proteção coletiva de direitos individuais interligados pela violação de origem comum, ainda se encontra muita resistência em sua concretização quando se pretende proteger o direito fundamental à liberdade de indivíduos unidos entre si por essa violação de mesma origem. Significa dizer, portanto, que não há consenso acerca da possibilidade de se coletivizar o remédio constitucional do *habeas corpus* quando se pretende a efetivação do direito de ir e vir de uma coletividade de indivíduos.

Nesse sentido, pretende-se aqui propor uma reflexão acerca da necessidade de se reconhecer a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo diante da operacionalização seletiva do sistema penal segundo os pressupostos epistemológicos da criminologia crítica, que tem sido realizada de maneira coletivizada e dirigida contra grupos sociais socioeconomicamente vulneráveis. O referido referencial teórico não servirá ao embasamento jurídico do *writ* coletivo, mas determinará a compreensão acerca da necessidade de se admitir a instrumentalização de um instituto processual capaz de resistir eventual ilegalidade praticada de maneira coletivizada pelo Estado penal.

Assim, a efetiva tutela coletiva da liberdade ambulatorial, para além de representar inúmeras vantagens proces-

suais, torna-se imprescindível diante da própria seletividade do sistema penal operacionalizado de maneira coletiva contra grupos sociais socioeconomicamente vulneráveis. Nesse sentido, o fator que torna a tutela coletiva da liberdade individual imperativa e que representa a violação de origem comum dos respectivos direitos individuais é o próprio ato coletivizado caracterizador da seletividade, praticado pelos órgãos de persecução penal do Estado.

Nesse viés, cada indivíduo goza de sua própria liberdade, direito fundamental que merecerá guarida jurisdicional todas as vezes que for violado ou estiver ameaçado de alguma forma. No entanto, diante da seletividade operada coletivamente pelos órgãos de persecução penal do Estado, tem-se que a liberdade de um grupo de indivíduos é constantemente violada e a garantia do *habeas corpus* coletivo salvaguardará o respectivo direito fundamental de ambulatorio de cada um deles.

Não há razões, portanto, para que nesse sistema de proteção coletivizado de direitos individuais amplamente difundido no ordenamento jurídico pátrio não venham a ser aplicadas também violações ou ameaças de origem comum ao direito de ir e vir de uma coletividade de indivíduos. Nesse caso específico, a tutela coletiva da liberdade de cada uma das pessoas restringidas em seu direito representará o amplo acesso à justiça e à concretização do processo penal democrático.

Não se pretende defender aqui qualquer tese restritiva acerca do alcance do *habeas corpus* coletivo. O recorte estabe-

lecido sobre a necessidade de se garantir sua instrumentalização em favor de grupos sociais socioeconomicamente vulneráveis decorre exatamente dos pressupostos epistemológicos do referencial teórico da criminologia crítica.

Assim, muitos argumentos se somam à defesa da necessidade de se garantirem os meios processuais adequados à proteção da liberdade de pessoas unidas entre si pela violação de origem comum. No entanto, a imprescindibilidade do *habeas corpus* coletivo é destacada quando atos coletivizados e seletivos praticados pelas agências de persecução penal, cujas agruras recaem, preferencialmente, sobre determinado segmento social, são desvendados como a causa comum violadora do *status libertatis* de um grupo de pessoas.

2 A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL COMO OBSTÁCULO AO AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

A efetivação de um processo penal democrático passa pela constatação das barreiras que impedem a realização do amplo acesso à justiça àqueles submetidos ao poder persecutório do Estado penal. A seletividade do sistema penal dirigida principalmente em face dos grupos sociais vulneráveis é uma delas; por isso, torna-se necessário desvendar em que contexto teórico ela é identificada, o que exige, assim, uma melhor compreensão acerca dos pressupostos epistemológicos do pensamento criminológico crítico.

Antes, porém, é preciso esclarecer que enquanto parte

do saber humano, à criminologia compete promover uma reflexão externa ao direito penal dogmático, de maneira que o sistema criminal possa ser produzido e concretizado mediante uma análise sociológica capaz de orientá-lo para além da visão positivista e isolacionista (SHECAIRA, 2014, p. 36).

O pensamento criminológico organizado coincide em seu primeiro momento com o surgimento da Escola Positiva,² período em que também surgiram as várias ciências que trouxeram ao estudo do crime um caráter multidisciplinar (antropologia, sociologia etc.). Isso não significa dizer que o período anterior – direito penal clássico –, mesmo marcado pelo pensamento exclusivamente jurídico, não tenha contribuído de alguma forma para a formação da criminologia, mas foi com o positivismo que ela ganhou alguma identificação científica.

Segundo Foucault (2013, p. 13),³ o Iluminismo, que

²“Os principais fatores que explicam o surgimento da Escola Positiva são, dentre outros: o descrédito das doutrinas espiritualistas e metafísicas e a difusão da filosofia positivista; a aplicação dos métodos de observação ao estudo do homem, especialmente em relação ao aspecto psíquico; os novos estudos estatísticos realizados pelas ciências sociais que permitiram a comprovação de certa regularidade e uniformidade nos fenômenos sociais, incluída a criminalidade; as novas ideologias políticas que pretendiam que o Estado assumisse uma função positiva na realização dos fins sociais, mas, ao mesmo tempo, entendiam que o Estado tinha ido longe demais na proteção dos direitos individuais, sacrificando os direitos coletivos (SAINZ CANTERO, p. 39 *apud* JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 130-131).

³“No entanto, um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo suplicado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal. No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo.” (FOUCAULT, 2013, p. 13).

teve no século XVIII seu ápice, contribuiu com a formação das escolas penais e com a organização da criminologia, porque humanizou o direito penal. No entanto, os estudos positivistas adotaram a técnica do empirismo para desvendar o fato criminal, deixando de lado a perspectiva clássica que se pautava exclusivamente no método indutivo e abstrato de investigação, o que certamente levou à identificação daquela escola com o marco inicial da criminologia.

Assim, pode-se dizer que este saber – para muitos uma ciência,⁴ ao menos enquanto teoria organizada – surgiu com o antropólogo italiano⁵ Cesare Lombroso (1835-1909), após a publicação da obra *O homem delinquente* (1876), que representou muito bem o período positivista, no seu caso marcado fortemente pelo determinismo biológico. Antes, porém, mesmo sem estrutura metodológica e pensamento organizado, alguns autores já buscavam explicações para o fenômeno da criminalidade e para o conhecimento da natureza das pessoas envolvidas em atos delituosos,⁶ mas não o suficiente para tor-

⁴ Sobre o conceito de criminologia Shecaira (2014, 39) destaca que a maior parte dos autores define a criminologia como uma ciência. Ainda que tal premissa não seja absoluta na doutrina, não há como negar que, em sua grande maioria, esta vê um método próprio, um objeto e uma função atribuível à criminologia.

⁵ Sobre Lombroso (2012, p. 102 *apud* JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2014, p. 132): “Impressionado e ao mesmo tempo insatisfeito, abandonou o estudo puramente teórico da Universidade Italiana, onde cursava o quarto ano de Medicina, incursionado no estudo experimental de Viena, podendo desenvolver suas teorias antropológicas.

⁶ Na obra *Criminologia: um estudo das escolas sociológicas*, Shecaira cita alguns autores que representaram esse estudo criminológico de maneira desorganizada. Para o autor, os Fisionomistas Della Porta (1535-1615) e

nar o estudo organizado da criminologia.

Lombroso, portanto, elaborou um estudo que contribuiu para a constituição da criminologia. Teve o mérito de organizar o conhecimento em uma obra que trouxe a

teoria do *criminoso nato*, fundada na hipótese de atavismo, definível como degeneração pessoal identificável por estigmas físicos: o crânio estreito e pomos salientes do assassino, os olhos oblíquos e o nariz grande do estuprador, a fronte fugidia do ladrão etc. (SANTOS, [2012], p. 9).

Identificando, assim, o homem criminoso pelos seus traços físicos, o cientista representou, ao lado de pensadores como Enrico Ferri e Raphael Garofalo, a teoria que pensava o crime a partir de suas causas, ou seja, com o foco nas causas e consequências de uma realidade ontológica e pré-constituída.

Observa-se, dessa maneira, que na escola positivista, embora possa ser exaltado o estudo a partir do empirismo, o que até rendeu certa cientificidade e organização ao saber criminológico conforme mencionado, todo o conhecimento foi produzido sobre aqueles que já haviam sofrido com a seletividade do sistema penal, ou seja, os estudos eram realizados com pessoas já submetidas ao cárcere.

De certa forma, tal constatação contribuiu para o fortalecimento das críticas que ajudaram a superar as propostas

Lavater (1741-1891) marcaram época ao identificar a beleza com a bondade e a feiura com a maldade, de maneira que os criminosos poderiam ser agrupados de acordo com suas feições exteriores (SHECAIRA, 2014).

positivistas, mas foi apenas a partir da teoria criminológica crítica, unificada e desenvolvida especialmente a partir da Escola de Frankfurt,⁷ que a seletividade operada pelo sistema penal ganhou os contornos que aqui se pretende destacar. Santos (2006, p. 5), ao tratar da formulação da teoria crítica em criminologia, ensina que

Sem desmerecer contribuições anteriores, geralmente incompletas e limitadas, ou como distorções reformistas ou formalistas, um dos primeiros estudos sistemáticos do desenvolvimento da teoria criminológica sob o método dialético, aplicando categorias do materialismo histórico, é o trabalho coletivo *The New Criminology* (TAYLOR, WALTON E YOUNG, 1973).

Antes, porém, outras correntes do pensamento criminológico se destacaram no estudo do crime e do criminoso, mas todas elas possuem algo em comum que as separam da criminologia crítica. Nas palavras de Baratta (2011, p. 41-42), o pensamento até então reinante – fazendo referências às teo-

⁷No prefácio à edição de 1939 da obra *Punição e estrutura social* de Georg Rushe e Otto Kirchheimer, Max Horkheimer, um dos principais intelectuais da teoria crítica, descreve o que teria sido a Escola de Frankfurt: “O Instituto Internacional de Pesquisas Sociais foi criado em Frankfurt amMain em 1923 com o patrocínio da Universidade. Na primavera de 1933, foi fechado pelo governo alemão. Em 1934, transferiu suas principais atividades para a cidade de Nova Iorque, onde está associado à Universidade de Columbia. Os membros do Instituto formam um grupo de scholars alemães emigrados que trabalham e estudam no campo da filosofia, psicologia, economia, sociologia e direito. Seu trabalho é sustentado por um propósito comum: tornar as ciências sociais úteis para uma análise das principais tendências da sociedade atual.” (RUSHE; KIRCHEIMER, 2004, p. 9).

rias tradicionais – são identificados com a “ideologia da defesa social”, cujos princípios orientadores não se atentam para a seletividade inerente ao sistema penal. Ou seja, os paradigmas de estudo estavam fincados na investigação acerca das causas da criminalidade, deixando de considerar o processo de seletividade próprio dos processos de criminalização.

Shecaira (2014, p. 127-128), ao definir o estudo das teorias criminológicas, assim pondera:

Podemos agrupar duas visões principais da macrossociologia que influenciaram o pensamento criminológico. À primeira visão, de corte funcionalista, mas também denominada de teorias da integração, daremos o nome mais amplo de teorias do consenso. A segunda visão, argumentativa, pode-se intitular, genericamente, de teorias do conflito. A escola de Chicago, a teoria da associação diferencial, a teoria da anomia e a teoria da subcultura delinquente podem ser consideradas teorias do consenso. Já as teorias do *labelling* (interacionista) e crítica partem de visões conflitivas da realidade.

Portanto, como superação do pensamento criminológico tradicional, surge a criminologia crítica, que contou com o forte legado deixado pela teoria do *labelling approach* desenvolvida nos anos 60 do séc. XX, quando já não se sustentavam mais os princípios orientadores do consenso social (BATISTA, 2011, p. 76).⁸ O pluralismo desvendou uma nova ordem

⁸ Em sua obra *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*, Batista (2011, p. 76) comenta: “Como podemos ver, a efervescência política dos anos

de ideias que orientou a teoria macrossociológica do conflito social.⁹

De fato, não há uma verdadeira e própria solução de continuidade entre todas as teorias criminológicas, o que ocorre é uma transição lenta da criminologia liberal¹⁰ para a criminologia crítica. Nesse caminho incontinuo, deve-se destacar a teoria criminológica do *labelling approach*, pois responsável por preparar o terreno para o surgimento da crítica criminológica (BARATTA, 2011, p. 159).

Assim, o nascimento de um pensamento contra-hegemônico surge em contestação aos valores culturais impostos pelo regime capitalista de produção, porque se percebeu que na gênese do referido sistema socioeconômico não seria possível o acesso a todos aos meios indispensáveis à consecução

1960 produziu rupturas no pensamento criminológico. É nessa conjuntura que o sociólogo Dahrendorf produz um manifesto conclamando a sociologia a abandonar as ilusões do consenso, criando a sociologia do conflito que influenciou a importante obra de Turk e Vold.”

⁹ O sujeito patológico deixa de ser considerado o fator desencadeador da criminalidade, para que as estruturas sociais em suas deficiências, como a desigualdade social e cultural, passem a ser a causa do comportamento desviante.

¹⁰ “Considerando os criminosos como sujeitos possuidores de características biopsicológicas anormais em relação aos indivíduos íntegros e respeitadores da lei, justificava-se a intervenção repressiva ou curativa do Estado, em face de uma minoria anormal, em defesa de uma maioria normal. A falta de uma adequada dimensão social da investigação (ou a mera e acrítica justaposição dos fatores sociais aos presumidos fatores biopsicológicos) tinha como consequência o fato de que a criminologia positivista era constrangida a emprestar do direito, de modo não refletido, a definição de criminoso. Em outras palavras, o objeto da investigação etiológica lhe era prescrito pela lei e pela dogmática penal.” (BARATTA, 2011, p. 147).

do bem-estar social.

Esse movimento de contestação por parte dos americanos influenciou também alguns pensadores dos países europeus, especialmente da França, tendo iniciado, assim, um processo de ruptura por parte de alguns segmentos sociais com o sistema imposto pela cultura hegemônica, que até então vinha influenciando os estudos de todos os saberes científicos, até mesmo os criminológicos.

Também conhecida como teoria da reação social, esse novo paradigma de estudo da criminologia modifica as indagações que até então eram feitas. Deixou-se de perguntar quem eram os criminosos e por qual razão praticavam crime. Passou-se a indagar quem são as pessoas rotuladas com a etiqueta da criminalidade e de quem seria a responsabilidade por essa ação estigmatizante. Nas palavras de Shecaira (2014, p. 256), “o ‘*Labelling*’ desloca o problema criminológico do plano da ação para o da reação (dos *badsactors* para os *powerful reactors*), fazendo com que a verdadeira característica comum dos delinquentes seja a resposta das audiências de controle.”

Como consequência dessa rotulação operada pelo próprio sistema punitivo, destaca-se o processo de modificação de autoimagem e do *status* social daquele que foi selecionado pelas agências de controle do sistema de justiça criminal. Essa situação fará com que surja “uma espécie de subcultura delinqüente, facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que traga o *desviante* cada vez mais para a reincidência.” (SHECAIRA, 2014, p. 261).

Portanto, a crítica fundamental capitaneada por essa teoria que inaugura em âmbito criminológico o pensamento do conflito social e abre caminho para a constatação da seletividade do sistema penal, é a de que a criminalização de comportamentos representará um processo estigmatizante para a pessoa rotulada, favorecendo o ingresso desse indivíduo em uma carreira criminoso que sempre o colocará em situação de desigualdade em relação ao sujeito que não foi selecionado pelo sistema.

Embora tenha sido decisiva a contribuição da teoria do *labelling*, mormente por identificar o processo de criminalização proporcionado pelas agências formais de persecução penal, essa teoria não identificou com precisão o contexto ideológico fomentador desse sistema de escolha seletiva operado pelo Estado penal.

Provinda dos ideais marxistas,¹¹ a unificação¹² da criminologia crítica conta com referência em Georg Rusche (1900-

¹¹ Foi, portanto, com fundamento na teoria marxista desenvolvida no campo filosófico e sociológico que se unificou o pensamento criminológico crítico, sobretudo, a partir teoria crítica desenvolvida pelos pensadores da Escola de Frankfurt, cuja finalidade viria a ser a “produção de um determinado diagnóstico do tempo presente, baseado em tendências estruturais do modelo de organização social vigente bem como em situações históricas concretas, em que se mostram tanto as oportunidades e potencialidades para a emancipação quanto aos obstáculos reais a ela.” (NOBRE, 2004, p. 11).

¹² “O termo ‘criminologia crítica’, inspirado na citada tradição da Escola de Frankfurt, começou, nos Setenta, a unificar várias posições distintas, que iam desde o interacionismo até o materialismo, e que assemelhavam mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham.” (ANITUA, 2008, p. 657).

1950) e Otto Kirchheimer (1905-1965), após a publicação do livro *Punição e estrutura social*, e é nela que os processos de etiquetamento e seleção passam a ser relacionados com as regras impostas pelo sistema capitalista de produção.

Dessa forma, ao longo da evolução de ideais criminológicos, a escola positivista, que pressupunha um modelo causal explicativo do delito, abre espaço para um novo paradigma, agora atento aos processos seletivos de criminalização. Assim, a transição das teorias do consenso para as teorias do conflito vai significar uma mudança radical de pensamento, que de um lado afastará o estudo do crime enquanto realidade pré-constituída, aproximando-se; de outro, da ideia de processos de criminalização como elementos constitutivos do crime e da condição de criminoso.

Portanto, com essa nova criminologia,¹³ surge a ideia da seletividade do sistema penal enquanto evolução do pensamento criminológico, que consiste numa mudança de paradigma que deixa de lado indagações acerca das causas da criminalidade (crime e criminoso) para aderir a uma perspectiva que busque identificar os processos de criminalização promovidos pelo sistema e instituições de justiça criminal. Esse novo olhar sobre o crime e o criminoso é que desvendou a seletividade pe-

¹³ “Com o momento de ruptura dos anos 1960, surgiram, no interior de vários movimentos sociais que mencionei no final do capítulo anterior, novos pensamentos a respeito da questão criminal. Muito embora eles tivessem, com se verá, notórias diferenças entre si, foram agrupados sob a denominação de ‘criminologia crítica’, ‘nova criminologia’, ‘criminologia radical’ ou também ‘criminologia marxista.’” (ANITUA, 2008, p. 657).

nal, cujo alcance justificará a proteção coletivizada do direito à liberdade de grupos socioeconomicamente vulneráveis, já que operacionalizada também por atos coletivos.

Assim, a criminologia crítica representa a evolução do estudo criminológico a partir da perspectiva da teoria crítica desenvolvida pelos intelectuais da Escola de Frankfurt,¹⁴ apresentando-se como ramo do conhecimento científico que assume uma postura contestatória diante dos processos seletivos de criminalização, portanto, hábil para apontar caminhos que possam levar às transformações sociais almejadas pelos pensadores críticos.

Embora aquela obra inaugural tenha sido publicada em Nova York na década de 30 do séc. XX, o pensamento criminológico crítico foi desenvolvido no continente Europeu, sendo na Itália representado pela Escola de Bolonha, especialmente por Massimo Pavarini e Alessandro Baratta (1933-2002); na França por Michel Foucault (1926-1984); e em Portugal por Boaventura de Souza Santos. No Brasil, Roberto Lyra Filho,

¹⁴ “Foi também nos Estados Unidos onde as tentativas de reunir todas as ciências sociais às ideias críticas que provinham do marxismo e da psicanálise se tornariam mais frutíferas. Assim, construiu-se a ‘teoria crítica’, que seria a outra denominação dada a toda essa nova perspectiva. Segundo ela, a teoria deve ser entendida como o momento de reflexão dentro de uma intervenção prática e é por isso que será a promotora de uma consciência crítica sobre as condições nas quais atua. O nome ‘teoria crítica’ advém de um artigo transcendente, com o mesmo nome, que o diretor do Instituto, Max Horkheimer (1895-1969), escreveu em 1937 e no qual tentou contrapor esta nova forma teórica a uma forma ‘tradicional’ que ignorava – ou não queria tornar expressos – o compromisso, a influência e as consequências dos processos sociais e históricos.” (ANITUA, 2008, p. 622).

em *Criminologia dialética* publicada em 1972; e Juarez Cirino dos Santos, a partir de sua obra *A criminologia radical* publicada em 1981, são os grandes representantes dessa teoria criminológica de matiz marxista.

Assim como o *labelling* a criminologia crítica também vai desvendar um direito penal mantenedor de um sistema desigual, mas aqui há um progresso no pensamento em relação àquela teoria, pois se faz uma interpretação da desigualdade procurando demonstrar a relação entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a formação social econômica. Sobre o tema, Carvalho (2013, p. 129) indaga:

A seletividade que se opera no Direito Penal é matéria que muito agita os estudiosos, principalmente os que pertencem as correntes críticas (ou seja, que não estão, jamais, ‘contentes’ com o estado presente e buscam sempre novos espaços): quem afinal o Direito Criminal persegue? Qual é a clientela preferencial? Ou não existe uma seleção prévia, uma escolha anterior à tipificação penal – os ‘maus’ pertenceriam, então, a todas as classes sociais, independentemente de seu grau de cultura ou de vinculação ao poder ou raça?

Conforme mencionado, Alessandro Baratta contribuiu muito para a evolução desse pensamento crítico, e é dele a classificação desse processo criminalizador que foi dividido em criminalização primária e secundária.

Para o autor da obra *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, já no processo de criminalização primária,

é possível identificar a influência do sistema capitalista de produção, porque a escolha dos bens jurídicos protegidos abstratamente pela norma penal está relacionada à questão patrimonial, ou seja, a figura típica terá a tendência em preservar o patrimônio e manter a escala vertical das relações sociais. Quanto à criminalização secundária, Baratta a identifica com a organização do aparato repressor do Estado voltado à criminalização daqueles que ocupam a classe inferior da escala social.¹⁵

Assim, segundo o pensamento criminológico crítico, toda a estrutura de persecução penal (polícia, ministério público e judiciário) é aparelhada por mecanismos capazes de buscar a repreensão penal daqueles que não interessam ao regime capitalista, ou seja, daqueles que por deficiências sociais estruturantes não produzem nem consomem. Ademais, a função do direito penal seletivo, e não é por acaso que ele é seletivo, é exatamente manter e reproduzir os valores sociais hegemô-

¹⁵ Falando sobre a criminalização secundária, Baratta (2011, p. 86) assim destaca: “Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como ‘delinquente’. Nesse sentido, o labeling approach tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizantes da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.”

nicos. Nesse sentido, a função estigmatizante da pena está em manter essa escala vertical da sociedade, em que o topo da pirâmide é ocupado pelos donos do capital, e a base sustentada pela classe social mais fraca.¹⁶

Dessa forma, o conceito de modo de produção, a definição de classes sociais e de luta entre elas – base da teoria do conflito – é indispensável à formação e compreensão da teoria crítica que fundamenta a seletividade penal operada pelos meios oficiais de repressão do Estado. Tal seletividade, instigada pelo regime capitalista de produção, leva à marginalização em massa e provoca, frequentemente, ações coletivas e arbitrárias dirigidas contra grupos vulneráveis socioeconomicamente, conclusão fundamental à imprescindibilidade do *habeas corpus* coletivo.

Assim, a reflexão que se pretende fazer aqui consiste exatamente em despertar a atenção para a necessidade de se garantir o instrumento processual apto à promoção do acesso à justiça especialmente em favor daquele grupo social preferencialmente ofendido em seu direito de ambulatorio por ações ilegais praticadas de maneira coletiva e seletiva pelas agências de persecução penal.

¹⁶ Quanto à função mantenedora da escala social vertical, Baratta (2011, p. 175) faz uma analogia com o sistema escolar: A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. Por isso, encontramos no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes no sistema escolar.

3 OS ATOS COLETIVIZADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A NECESSÁRIA TUTELA COLETIVA DO STATUS LIBERTATIS

Constatada a origem do pensamento criminológico que desvendou a seletividade do sistema penal, torna-se possível a compreensão acerca da imprescindibilidade da proteção coletivizada da liberdade de determinado grupo social que, invariavelmente, sofre com a ação diretiva e opressora do Estado penal.

A sociedade contemporânea é fruto da grande mutação operada pela expansão do liberalismo econômico do final do séc. XIX e início do séc. XX. Naquele momento, as relações sociais e as ações humanas assumiram tamanha complexidade que passaram a ter caráter mais coletivo do que individual, de maneira que a sociedade moderna mitigou o olhar individualista sobre o sujeito tornando-o, muitas vezes, imperceptível em sua individualidade, para encará-lo como uma parte do todo (sociedade de massas).

Seguindo essa evolução, o Direito foi compelido a experimentar profunda transformação, de modo que o acesso à justiça passou a ser superado em sua concepção individualista para ser compreendido também em seu conceito coletivo, com seus mecanismos de proteção supraindividuais. A sociedade moderna deixou para trás a visão individualista dos direitos, típica dos séculos XVIII e XIX (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10).

No entanto, na contramão dessa nova perspectiva, percebe-se ainda alguma dificuldade em instrumentalizar esse mecanismo coletivo de proteção de direitos perante o sistema de justiça criminal. No cenário jurídico nacional não existe consenso em relação à possibilidade de utilização do *habeas corpus* para a garantia da tutela coletiva da liberdade (art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, de 1988), de maneira que o *status libertatis* de uma coletividade de sujeitos determinados ou determináveis, por vezes, não encontra a devida tutela jurisdicional efetiva (BRASIL, [2018a]).

O Supremo Tribunal Federal¹⁷ vem sendo instado a se manifestar acerca do tema, e outros tribunais¹⁸ já puderam proferir decisões a respeito da celeuma. Todavia, a questão está longe de ser pacificada, muito embora aquela que obstaculiza a proteção coletiva da liberdade insiste em ganhar adeptos.

Nota-se, nesse sentido, que mesmo após o Supremo Tribunal Federal ter admitido a instrumentalização do *habeas corpus* coletivo para conceder o direito à prisão domiciliar para todas as mães gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes presas preventivamente, ainda é comum encontrar

¹⁷ Como exemplo, pode-se citar o Recurso Extraordinário nº 0855810 de relatoria do ministro Dias Toffoli, além da Medida Cautelar no *Habeas Corpus* 119.753/SP de relatoria do ministro Luiz Fux.

¹⁸ O Superior Tribunal de Justiça já se mostrou contrário a tal medida (AgRg no RHC 41.627/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2015, DJe 25/08/2015), embora algumas decisões colegiadas, como a proferida nos autos do Processo nº 0035227-28.2012.8.19.0066, de lavra da Segunda Turma Recursal Criminal do Estado do Rio de Janeiro, já se mostraram favoráveis ao *writ* coletivo.

decisões judiciais impedindo, nos casos individuais submetidos a julgamento, a efetivação da medida coletivizada, o que sugere a necessidade de se fortalecer cada um dos fundamentos favoráveis ao *habeas corpus* coletivo (BRASIL, 2018c).

Por isso, dentre os argumentos que se avultam na interpretação garantista da norma constitucional acima destacada, a abordagem criminológica tem seu espaço e precisa ser bem compreendida, de maneira que ela possa fazer parte do discurso dos intérpretes e aplicadores do Direito. Infelizmente, ainda é perceptível na análise de alguns casos em concreto, que a visão formalista e arraigada à liturgia processual vem se sobrepondo ao direito fundamental à liberdade, quando o procedimento penal deveria servir à efetivação do sobredito direito ao invés de aniquilá-lo.

Nesses termos, buscando apoio na crítica criminológica iniciada no século passado, a partir, principalmente, da teoria crítica (ou radical),¹⁹ é possível difundir a ideia de um amplo acesso à justiça criminal, por meio de medidas processuais coletivas, de maneira a democratizar o sistema de justiça criminal ante sua seletividade operacionalizada segundo as regras impostas pelo regime de produção capitalista.

Por isso, num contexto de seletividade do sistema penal que direciona o punitivismo estatal para determinado segmento da sociedade, aquela criminologia crítica identificada acima servirá de importante referencial teórico que exigirá o

¹⁹ Expressão foi cunhada no Brasil por Juarez Cirino dos Santos a partir de sua obra *Criminologia Radical*, publicada nos idos de 1981.

reconhecimento do *mandamus* coletivo. E na contemporaneidade, o modelo capitalista de produção, garantido direta e indiretamente pela ação estatal, tem definido muito bem o grupo perseguido pelas agências de repressão do sistema penal, que são aqueles alijados dos meios adequados para desfrutarem das imposições da sociedade de consumo.

Necessário reforçar que não se pretende defender a instrumentalização do *habeas corpus* coletivo apenas em favor dos grupos socioeconomicamente vulneráveis. Qualquer interpretação restritiva do direito fundamental à liberdade não encontraria respaldo constitucional. O recorte estabelecido aqui guarda relação com os pressupostos teóricos da criminologia crítica refletidos nas estatísticas oficiais do próprio sistema prisional brasileiro (BRASIL, 2017).

Assim, é possível notar, até com certa habitualidade, ações coletivizadas de persecução penal direcionadas contra populações pobres, ocupantes de áreas periféricas e submetidas à extrema vulnerabilidade social. Como exemplo, pode-se mencionar o recente episódio em que se assistiu à atuação do então governo intervencionista no estado do Rio de Janeiro fazendo requisições ao Judiciário para que promovesse a expedição de mandados coletivos de busca e apreensão que seriam executados nas comunidades pobres do município fluminense, sob o argumento de se combater o crime organizado, desprezando a hipótese de que tais organizações criminosas também podem ter atuação nos condomínios e bairros nobres da cidade.

Quem identificou muito bem essa relação entre o regi-

me capitalista de produção e o sistema penal seletivo foi Foucault (2013, p. 84), ao destacar que

[...] a economia das ilegalidades se reestruturou com o desenvolvimento da sociedade capitalista. A ilegalidade dos bens foi separada da ilegalidade dos direitos. Divisão que corresponde a uma oposição de classes, pois, de um lado, a ilegalidade mais acessível às classes populares será a dos bens – transferência violenta das propriedades; de outro a burguesia, então, se reservará a ilegalidade dos direitos [...]. E essa grande redistribuição das ilegalidades se traduzirá até por especialização dos circuitos judiciários; para as ilegalidades de bens – para o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas, etc.

Nesse sentido, observa-se que, em relação aos “criminosos reais, em posições de influência e de poder nos quadros da ordem econômica e política da sociedade capitalista” (SANTOS, 2006, p. 35), pode-se dizer que há verdadeira condescendência por parte dos tribunais,²⁰ enquanto que a mesma postura garantista nem sempre é percebida na persecução penal envolvendo pessoa submetida à extrema vulnerabilidade

²⁰ Destaca-se consolidado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em que se reconhece o limite máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho. A decisão proferida pela 3ª Seção do STJ revisou o Tema 157 do referido Tribunal Superior e pode ser visualizada também no REsp 1.688.878 e no REsp 1.709.029. (BRASIL, 2018d, 2018e).

social.²¹

Dessa forma, muitos são os argumentos trazidos pelos defensores do *writ* coletivo, mas destaca-se a importância do reconhecimento dessa espécie de *habeas corpus* como instrumento de garantia da liberdade de locomoção de um grupo de pessoas oprimidas pela violência perpetrada pela ilegalidade ou pelo abuso de poder direcionado a determinado segmento da sociedade.

Nessa perspectiva, o ato coletivo de seleção estigmatizante promovido por qualquer das agências de persecução penal pode ser considerado a ofensa de origem comum que torna assemelhados tantos direitos individuais passíveis de proteção coletiva. Como ensina Zavascki (2014, p. 34-35):

[...] os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneo não altera nem pode desvirtuar essa sua 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

²¹ Conforme já citado acima (AgRg no RHC 41.627/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2015, DJe 25/08/2015), o mesmo Superior Tribunal de Justiça destacou que sua jurisprudência consolidada é no sentido de considerar inadmissível a impetração do *writ* coletivo, autorizando, assim, a expedição de mandados de busca e apreensão genéricos, portanto, coletivos, em desfavor dos moradores da comunidade Jacarezinho na cidade do Rio de Janeiro/RJ (BRASIL, 2011).

outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, divulga anualmente o levantamento de informação penitenciária que traz a lume o perfil da população carcerária brasileira. Segundo dados coletados (BRASIL, 2017), o indivíduo selecionado pelo sistema penal é, em sua maioria, jovem, negro, de pouca escolaridade e de baixa renda. Os dados estatísticos, portanto, não deixam dúvidas de que o punitivismo estatal é dirigido quase que em sua plenitude em face de determinado grupo social, ou seja, contra uma coletividade de indivíduos determináveis.

Assim, os processos de criminalização, primária e secundária, são orientados por essa seletividade atrelada ao modo capitalista de produção, e quando concretizado por ação coletivizada do Estado penal torna homogênea uma série de direitos individuais passíveis de proteção coletiva. E para que haja efetiva democratização do acesso à justiça criminal e resistência à ideologia penal dominante, torna-se imprescindível a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo.

Nesse sentido, importante lição é tirada também da

obra *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, segundo a qual a pobreza, para além de representar o alvo do poder punitivo do Estado, apresenta-se como obstáculo à efetivação do acesso à justiça. Ao preverem a assistência jurídica gratuita e os mecanismos processuais aptos a garantir um “‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente”, como mecanismos de superação do obstáculo imposto pela falta condição econômica, os autores compreendem a importância da tutela coletivizada de direitos individuais violados pela seletividade do sistema penal, fortalecendo, assim, o coro pela garantia do acesso à justiça por meio do *habeas corpus* coletivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

Essa proposta sintetizada acima representa a democratização do acesso à justiça, que no Brasil ganha especial reforço com a garantia constitucional à Defensoria Pública, instituição que representa o direito fundamental dos necessitados, considerada indispensável à realização da justiça e que tem por vocação conter o poder punitivo seletivo do Estado.²²

Assim, as condições estruturais em que está organizada a sociedade civil no atual momento de globalização econômico-financeira dão a cara aos seus mecanismos coletivos e se-

²² Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal (BRASIL, [2018a]).

letivos de criminalização. Como instrumento apto à contenção do poder punitivo marcado por essas mesmas características, impõe-se o reconhecimento do *habeas corpus* coletivo que, além de instrumento de resistência, também se mostra adequado à efetivação do amplo acesso à justiça.

Em que pese ser possível perceber certa influência do pensamento criminológico crítico atualmente presente nos processos de criminalização primária, por exemplo, naqueles casos em que a legislação passa a prever figuras típicas atreladas à proteção de bens jurídicos de interesse coletivo (crimes contra: o meio ambiente, o processo licitatório, o sistema financeiro e tributário etc.), afastando-se, assim, daqueles relacionados à estrutura social de classes, essa mesma evolução não tem sido observada na implementação de mecanismos processuais necessários à satisfação da liberdade de uma coletividade de pessoas atingidas no direito de ir e vir.²³

Dessa forma, o reconhecimento da imprescindibilidade do *habeas corpus* coletivo concretizará o que Baratta (2011, p. 201) propôs para a criminologia crítica, porque a teoria surge

²³ Tratando sobre essa mudança de paradigma de criminalização a partir da influência da Teoria Crítica, Shecaira (2014, p. 315/316) reconhece a evolução processual apenas em âmbito processual civil: “Esse tipo de perspectiva não só deu ensejo a uma grande campanha pela criminalização dos bens jurídicos difusos, como também contribuiu para a criação de instrumentos legais, substantivos e adjetivos, na proteção desses valores. Nesse sentido, a simples existência de legislações penais protetivas do meio ambiente e da ordem econômica, financeira e tributária, por exemplo, com os consecutórios instrumentos processuais (ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc.), é uma demonstração da esfera de influência legal da teoria crítica.”

e se desenvolve com o objetivo de servir à adoção de uma política criminal alternativa, representativa de grandes reformas sociais e institucionais, aptas a levar ao desenvolvimento da igualdade, da democracia e da superação das relações sociais de produção capitalista, impondo amarras à seletividade operada pelo sistema penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos institutos processuais que garantiram a ampliação do acesso à justiça vêm sendo desprezados quando a busca é pela proteção do direito fundamental à liberdade de uma coletividade, isto é, de pessoas ligadas entre si por uma violação de origem comum. A adoção de mecanismos processuais coletivos amplamente admitidos para a salvaguarda de qualquer outro direito individual homogêneo vem sofrendo resistência dos nossos tribunais quando se pretende salvar o direito fundamental à liberdade. Embora nossa jurisprudência tenha sinalizado algum progresso na efetivação da tutela jurisdicional coletiva da liberdade, mormente após a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 143.641, ainda se está longe de um consenso, o que parece não fazer sentido algum quando se está diante do maior direito que um sujeito usufrui depois do próprio direito à vida.

Nota-se que o Estado de Direito, concebido para superar as arbitrariedades de um Estado autoritário, deixa de cumprir com sua missão e se enfraquece quando seu próprio

sistema de justiça, constituído exatamente para garantir e exigir a efetivação de direitos, obstaculiza a concretização de um direito fundamental. Não há plenitude, portanto, de Estado de Direito quando o sistema de justiça fecha as portas para os mecanismos processuais destinados à solução dos novos conflitos sociais massificados, no caso, aqueles que ceifam a liberdade dos cidadãos.

Inúmeros são os argumentos que fundamentam a admissibilidade da ação coletiva destinada à tutela da liberdade de um grupo de pessoas – celeridade processual, segurança jurídica, uniformidade de decisão, tratamento isonômico –, mas aquele que se destaca na garantia de um processo penal democrático é o argumento da seletividade do processo de criminalização enquanto conceito extraído da corrente criminológica crítica e que se faz representativo da necessária origem comum que torna a ofensa do direito à liberdade individual passível de proteção coletiva.

Nesse sentido, torna-se imprescindível a compreensão acerca dos pressupostos epistemológicos do pensamento criminológico crítico que desvendou os fundamentos definidores da seletividade dos processos de criminalização que, por meio da prática cotidiana das ações perpetradas de maneira coletiva pelas agências do sistema penal, representa a origem comum das violações à liberdade de um grupo de pessoas.

Portanto, os atos coletivos de criminalização seletiva aparecem exatamente como o fenômeno que garantirá a afinidade necessária para que esse direito individual à liberdade

de uma coletividade possa ser postulado conjuntamente, permitindo que cada uma das liberdades possa ser demandada judicialmente por meio da substituição processual, portanto, por terceiros previamente autorizados por lei e estranhos à relação jurídica.

A sociedade hodierna vivencia a estabilização e o desenvolvimento do modelo econômico capitalista que encontra no Estado seu grande garantidor e fomentador. Para tanto, vale-se dos processos de criminalização (primária e secundária) desempenhados pelo Estado penal, que descobriu na política criminal do superencarceramento uma maneira de higienização social, de modo a garantir que as ruas fiquem livres daqueles incapazes de produzir e de consumir.

Assim, a busca por instrumentos processuais que garantam a tutela coletiva da liberdade de um grupo de pessoas tem por finalidade reduzir a invisibilidade daqueles mais vulneráveis e constantemente submetidos ao processo seletivo de criminalização. Dessa forma, o *habeas corpus* coletivo é direito do cidadão e precisa ser admitido enquanto instrumento processual apto à salvaguarda daqueles que são firmemente selecionados pelo poder punitivo do Estado. Trata-se de medida adequada à democratização do processo penal e que viabiliza o amplo acesso à justiça àqueles que historicamente foram postos à margem do sistema de garantias de direitos.

Nesse sentido, a teoria criminológica crítica é sustentáculo de definição da seletividade do sistema penal, portanto, precisa ser bem compreendida e difundida no discurso jurídico

nacional para que o processo penal possa servir ao seu verdadeiro intento no Estado Democrático e de Direito, qual seja, o de preservar a liberdade do cidadão em face da investida do Estado penal monopolizador da sanção. Sendo o poder punitivo do Estado invariavelmente dirigido em face de determinado grupo de pessoas, não há razões para que esse mesmo grupo seja impedido de se ver tutelado em sua liberdade individual pela via constitucional do *habeas corpus* coletivo.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso**

Extraordinário N. 0855.810. Relator: Min. Dias Toffoli. 28 de agosto de 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338855417&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 143.641.** Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 20 de fevereiro de 2018c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial N° 1.688.878 - SP (2017/0201621-1).** Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Salete da Silva Zilli. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 28 de fevereiro de 2018d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79666585&num_registro=201702016211&data=20180404&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial N° 1.709.029 - MG (2017/0251879-9).** Recorrente: Zhibin Ye. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. 28 de fevereiro de 2018e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79666694&num_registro=201702518799&data=20180404&tipo=5&formato=

PDF. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen – jun./2016)**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus N. 119.753/SP**. Paciente: Coletividade de Pessoas Presas em Regime Inadequado no CPD de Osasco. Relator: Min. Luiz Fux, 24 de fevereiro de 2017. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311323013&ext=.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 41.627/SP**. Recorrente: W. R. T. Relator: Ministro Gurgel de Faria, 04 de novembro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=48281225&num_registro=201303412670&data=20150602&formato=PDF. Acesso em: 12 jul. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Édis. **A ação civil pública na nova ordem constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOBRE, Marcos. **A Teoria crítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

PRADO, Geraldo. Habeas corpus coletivo. **Empório do Direito**, 10 maio 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/flanelinhas-e-habeas-corpus-coletivo-parecer-de-geraldo-prado-confira> Acesso em: 10 de jul. 2018.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. (Coleção Pensamento Criminológico).

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia radical**. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Os Discursos sobre crime e criminalidade**. [2012]. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf. Acesso em: 10 de jul. 2018.

SARMENTO, Daniel; BORGES, Ademar; GOMES, Camilla. **O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.ttb.adv.br/artigos/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. **O Direito penal e o processo penal no estado de direito: análise de casos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro II**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

**O PREOCUPANTE PANORAMA DA CORRUPÇÃO
NO BRASIL: uma análise dos custos, seus reflexos e a
imprescindível necessidade de mudanças**

Matheus Gustavo de Sousa Teles ¹

RESUMO

Este artigo tem como enfoque a análise da corrupção política no Brasil, seus custos, reflexos e a necessidade radical de atitudes que alterem o atual panorama desse mal que consome gradativamente as riquezas do País. A sociedade brasileira vive hoje um colapso ético e moral excêntrico, cuja compreensão nos remete a avaliar as heranças lusitanas enraizadas em solo brasileiro desde as primícias coloniais. O modelo de sociedade aqui implantado delineou o caráter fortemente patrimonialista inserido na cultura nacional, no qual, a confusão entre o público e o privado é apontada por pesquisadores como uma das principais características que geraram a consolidação da corrupção no Brasil ao longo de sua história. Inobstante a corruptela sustente inúmeros conceitos e facetas, o presente trabalho envergará para a problemática apensada ao Poder Estatal, uma vez que o corrompimento desse eixo representa a própria corrosão do Estado Democrático de Di-

¹ Pós-graduando em Direito Tributário e Direito Processual Civil, pela Faculdade Única. Graduado em Direito, pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado. E-mail: matheusgustavo.01@hotmail.com.

reito e, em última análise, a degradação dos interesses públicos e da própria sociedade refém de um sistema representativo que tem buscado tão somente rejubilar interesses privados e a autoconservação da classe política no poder. Nessa ótica, as seguintes páginas abordarão o tema com o mister fundamental de demonstrar a seriedade e a complexidade da discussão ao entorno dos atos de desvios no setor público, sob enfoque principalmente dos números preocupantes que demonstram a assombrosa gravidade da corrupção no País.

Palavras-chave: Corrupção. Herança Colonial. Custos da Corrupção. Luta contra a Impunidade.

ABSTRACT

This article focus the analysis of political corruption in Brazil, its costs, reflexes and the need of radical attitudes towards changing the current context of this evil that gradually consumes the country's wealth. Brazilian society is now living aneccentric ethical and moral collapse, whose understanding leads us to assess the Lusitanian heritages rooted in Brazilian soil since the colonial times. The model of society here deployed determined the strongly patrimonial character inserted into national culture, in which the confusion between public and private is pointed by many researchers as one of the main features that have led to the consolidation of corruption in Brazil, throughout its story. Regardless of the fact that corruption

holds numerous concepts and facets, this study will direct its regard to the problematic of the State's power, since the corruption of this axis represents the actual corrosion of the Democratic State of Law and, ultimately, the degradation of public interests and of society itself, hostage to a representative system that has sought only the rejoicement of private interests and the self-preservation of the political class in power. In this perspective, the following pages will discuss the topic with the fundamental objective of showing the complexity and severity of the discussion around the acts of misappropriation in the public sector, considering mainly the troubling numbers that demonstrate the astounding gravity of corruption in the Country.

Keywords: Corruption. Colonial Heritage. Costs of Corruption. Fight Against Impunity.

1 INTRODUÇÃO

Tão antiga quanto a vida em sociedade, pode-se afirmar que a corrupção sempre esteve inserida na convivência humana desde os primórdios da organização político-social. O relato bíblico milenar de Adão e Eva, estampado no primeiro livro do Pentateuco Mosaico, é posto como o primeiro registro histórico de corrupção que se tem conhecimento (BÍBLIA, 1969). A partir de então, os desdobramentos das práticas de corruptela (em seu sentido amplo) constantemente se mostraram, de forma quase unânime, como decadência moral do homem.

O denominado “Contrato Social” elaborado pelo teórico político Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) levanta sobre a abdicação dos direitos naturais do indivíduo – em específico, do direito de liberdade do homem – em nome do bem comum social, mediante renúncia em prol de todos os pactuantes com o fim mor de garantir a dignidade, igualdade, liberdade civil e manutenção da ordem pátria e do interesse coletivo (ROUSSEAU, 2003).

Ocorre que o Estado, como organização política da sociedade em bases jurídicas, é verdadeiramente um campo fértil para o fenômeno da corrupção. Direito, sociedade, estruturação orgânica, política e liberdade são áreas sensíveis aos olhos da malversação pública em razão da latente suscetibilidade de sofrerem ingerências externas, não raro ocasionando desvios e perdas dos propósitos originariamente insculpidos. É exatamente nesses campos que a noção de corrupção tem sido mais associada no meio coletivo.

Pode-se afirmar que não existe, por sua natureza, Estado imune à corrupção. Esse fenômeno diminui a resistência ética das instituições, consome os valores da democracia, ameaça a estabilidade da sociedade e compromete o desenvolvimento do Estado de Direito, visto que os esquemas de corrupção evoluem e sua dimensão estatal torna a questão ainda mais gravosa e preocupante. Diante desta questão, a sociedade se vê encurralada pela deturpação das instituições públicas e assiste às angustiantes políticas incapazes de honrar o sufrágio popular.

Em meio a tal circunstância, ergue-se a estruturação

do Estado brasileiro, marcadamente assolado por atos de corrupção envolvendo as mais diversas deturpações do interesse público, em específico de recursos que deveriam ter fins públicos, mas que em grande maioria são desviados para agentes a quem foi confiada a garantia dos direitos sociais e da boa gestão pública.

A corrupção no Brasil recua ao período da colonização portuguesa, cuja herança histórica, deixada pelo mundo ibérico, arraigada a uma forte vertente patrimonialista e estamental, teria feito com que o Brasil não incorporasse princípios éticos e morais suficientes para conduzir a atuação pública em geral. As fortes explorações extrativistas combinadas às práticas mercantilistas sugavam todas as riquezas brasileiras, e com elas disseminavam um ambiente fértil ao exercício da cobiça e degradação da honestidade que pairava desde a elite (principalmente, diga-se de passagem) ao último dos últimos inseridos da pirâmide social.

A presença latente de condutas corruptas no Brasil colônia encontra como uma de suas razões a distância de que se encontrava de Portugal. A colônia a um oceano de distância de seu centro político esbanjava tranquilidade ante a vigilância frágil e precária das autoridades portuguesas. Ocorre que imputar a corrupção da época a bandidos que atentavam contra a Coroa seria um total equívoco. Foi justamente por meio de promessas de vantagens que a colonização se tornou um negócio viável (LIVIANU, 2006).

Estava cediço que o Brasil era apenas um ponto sim-

plesmente exploratório, sem nenhum projeto ou compromisso moral e ideológico de formar uma nação. Poucos eram os que buscavam estabelecer-se aqui. Segundo Araújo (1997, p. 238), “Acreditava-se que no ultramar se enriqueceria tão rapidamente que nem havia a necessidade de levar a família: seria pouca a demora naquelas terras insalubres, incultas e povoadas de bugres antropófagos.”

À luz da atualidade, pode-se afirmar que os problemas do Brasil relacionados aos atos de corrupção não são mais os da monarquia absolutista, mas sim os decorrentes da desídia e do despreço ao exercício do múnus público, substanciados numa verdadeira crise no sistema representativo, cujo interesse popular não se mostra dignamente desempenhado.

Nesse viés, ante a ascensão da corrupção de forma generalizada no País, o presente artigo analisará os números representativos das “torneiras do dinheiro público”, suas consequências fáticas para a sociedade brasileira e permeará o real custo-benefício das práticas de corruptela ante as benesses que o atual sistema legal traz amparando os autores de tais ilicitudes.

2 A CORRUPÇÃO NO BRASIL

Inevitavelmente quando se indaga acerca da corrupção, a primeira combinação que vem à mente é a da palavra política. De fato, atendo-se a uma análise elaborada da questão, é possível observar que os atos corruptivos sempre gravitaram em torno do poder, historicamente debruçado sobre a máquina

pública desde o Brasil colônia.

No atual cenário sociopolítico brasileiro, a corrupção desponta como nefasto fator de instabilidade de nossa democracia, sendo responsável pela dilapidação de recursos públicos e erosão da credibilidade das instituições pátrias perante a sociedade . Conquanto sejam relevantes os resultados de investigações criminais voltadas à apuração de ilícitos perpetrados contra a Administração Pública, as quais demonstram o amadurecimento e o aperfeiçoamento de nossos órgãos de controle, é forçoso reconhecer que o problema da corrupção ainda se apresenta como um desafio, não só para juristas e profissionais da área jurídica, mas para todo o povo brasileiro.

Nessa visão, assegura-se que a corrupção é um retrato com inúmeros traços, diversos significados e compreendida em infinitas situações. No entanto, seu formato atual se encontra transfigurado na forma republicana de governo, conforme cita o autor Habib (1994, p. 37):

[...] malversação de verbas públicas, desvio de rendas, tráfico de influência, apadrinhamento, propinas e subornos, interesses políticos escusos, beneficiamento de oligarquias com isenções fiscais, com cargos e salários excessivamente elevados, coronelismo (com todo tipo de condescendência criminosa, acobertamento de criminosos, empreitadas sinistras, suborno de membros do poder judiciário, do ministério público, da política judiciária, perseguições políticas por interesses inconfessáveis etc), agenciamento de empréstimos em empresas públicas, enfim, numa só palavra: corrupção, eis no que se transformara a República.

Sem negar as diversas nuances e situações que esta palavra é capaz de albergar, deve-se observar que a corrupção é algo muito maior e complexo do que possamos imaginar.

Os autores Caiden, Dwivedi e Jabbra (2001), apresenta uma sucinta e objetiva descrição do que seriam os atributos característicos de tal prática:

A corrupção prospera na escuridão e na invisibilidade. É anônima e incomensurável. Origina-se dos vícios humanos de ganância e desejo de poder. Não tem cor, forma, odor. É conivente, secreta, despudorada, furtiva. Nem sempre deixa traços senão os que estão impressos nas mentes humanas, memórias e percepções (CAIDEN, DWIVEDI; JABBRA, 2001, p. 1).

Nessa visão, abstrai-se que a corrupção em seu sentido genérico/comum não está relacionada diretamente à política nem ao Estado, embora seja sua forma mais grave e crescente. Qualquer pessoa “comum” – seja pessoa física ou jurídica, pública ou privada –, que não possua nenhuma ligação com o Poder Político Estatal, está sujeita a pretensões de vantagens indevidas em agravo de alguém por via da depreciação de valores éticos, morais e de integridade social. Ocorre que essa dita corrupção “comum”, perpetrada por qualquer pessoa, irradia-se no meio social de forma desregrada, a ponto de lançar suas influências e domínios sobre o Poder Estatal e seus agentes públicos.

Bem destaca os autores Garcia e Alves (2011, p. 4):

A corrupção está associada à fragilidade dos padrões éticos de determinada sociedade, os quais se refletem sobre a ética do agente público. Sendo este, normalmente, um mero exemplar do meio em que vive e se desenvolve, um contexto social em que a obtenção de vantagens indevidas é vista como prática comum dentre os cidadãos, em geral, certamente fará com que idêntica concepção seja mantida pelo agente nas relações que venha a estabelecer com o Poder Público. Um povo que preza a honestidade provavelmente terá governantes honestos. Um povo que, em seu cotidiano, tolera a desonestidade e, não raras vezes a enaltece, por certo terá governantes com pensamento similar.

Interessante se mostra a peculiar corrente levantada por alguns autores contrária à atual percepção que se tem sobre a corrupção. Segundo a tese de Méndez e Sepúlveda (2006), foram identificados que baixos níveis de corrupção contribuem para o crescimento na tentativa de contornar os abusos de um sistema burocrático, auferindo resultados benéficos em longo prazo. No entanto, em níveis elevados, seus efeitos se mostram diametralmente contrários ao conceito ideal sustentado pelos autores.

Sem embargos da interessante viabilidade estimada pela corrente, convenha-se que não é esta, em grande maioria, a realidade no mundo e principalmente no Brasil acerca dos atos de corruptela, estando em verdade muito aquém desse idealismo teórico.

A máquina do Estado, constantemente usada para quaisquer outros fins que não a promoção do crescimento econômico e do bem-estar social, cria regras ineficientes para justamente atrair mais propina. Ao pagar uma propina, o empresário entra num sistema que exige dele novos e maiores pagamentos de propina para cada autoridade pública da pirâmide Estatal. A cada nova remessa de valores exigidos, o empresário estimula mais e mais o superfaturamento, a ineficiência e a má qualidade das ações públicas, que necessita, por sinal, de mais recursos, leva à diminuição de investimentos reais, reflete em problemas sociais, tornando então a exigir novas ações públicas superfaturadas, ineficazes e que não solucionam entraves sociais, perpetuando, assim, as práticas repetidas que constituem um ciclo vicioso de corrupção perdurado no tempo.

Ante a ínsita corrupção dentro do Poder Estatal, observa-se que desde os anos 1980 ocorre uma virada metodológica em relação aos olhares sobre a corrupção, sob vista de uma abordagem econômica inserida na política, centrada principalmente na análise dos custos da corrupção para os cofres públicos, e em última análise para a sociedade como um todo (FILGUEIRAS, *et al.*, 2012).

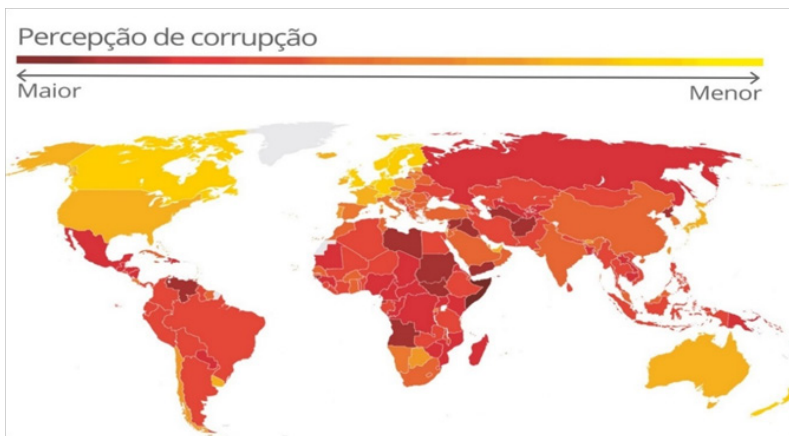
E nesse panorama, a organização não governamental Transparência Internacional (IT, em inglês) dedica-se ao combate à corrupção e calcula anualmente, desde 1995, o Índice de Percepção da Corrupção (CPI, em inglês) em 180 países, elencando-os de acordo com o grau de corrupção entre autoridades públicas e políticas. Conforme divulgado nas mídias,

os últimos relatórios da entidade já apontavam para a posição preocupante do Brasil no *ranking* global de corrupção, denunciando o impacto negativo imposto pelo fenômeno à sociedade (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2017).

De acordo com o último dado referente ao ano de 2017, o Brasil atingiu sua pior classificação de toda a história do *ranking*, caindo em 3 pontos com relação ao ano anterior, obtendo um *score* de 37 pontos no índice. Parece pouco, mas foi suficiente para o País despencar 17 posições, desocupando o antigo 79º lugar para tomar a 96ª posição entre os 180 países analisados (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL, 2017).

O Mapa a seguir classifica os países de acordo com sua respectiva posição. Cores mais escuras representam países onde a corrupção é maior.

Figura 1 - Mapa da percepção de corrupção no mundo em 2017.



Posição no ranking					
1	Nova Zelândia	91	Timor-Leste	177	Afeganistão
2	Dinamarca	96	Brasil	178	Síria
3	Finlândia	96	Colômbia	179	Sudão do Sul
3	Noruega	96	Indonésia	180	Somália

Fonte: Transparência Internacional Brasil (2017)

Diante desse quadro atual, sem ingressar no mérito dos fatores e circunstâncias que ensejam a corrupção no País, indaga-se de forma objetiva: Quanto custa a corrupção para o Brasil?

Antes de se voltar efetivamente à resposta desta pergunta, é preciso entender que quantificar os reais valores da corrupção é tão complexo quanto querer entender como funciona o esquema. A corrupção é um crime que não deixa vítimas diretas – como um corpo numa cena de homicídio – e não necessariamente produz resultados instantâneos e aparentes – de modo que se realize uma perícia ou faça com que a vítima registre um boletim de ocorrência logo após o incidente, como em caso de assaltos. Em razão da natureza do crime, este não gera necessariamente um dano material imediato, estando suas vítimas de forma quase unânime distantes da própria consumação do crime.

Como consequência, as fontes para se levantarem os dados sobre a corrupção são, inevitavelmente, escassas e desatualizadas, do ponto de vista das próprias peculiaridades do

crime. Isso porque existe a corrupção que é encontrada, que gera uma prova, que chega ao processo, que gera condenação, e também existe a corrupção real, que não tem como saber justamente pelo desconhecimento fático do crime. Aliado a isso, quando são descobertos, os longos lapsos temporais muitas das vezes transcorridos entre a consumação, as investigações, até finalmente se chegar aos cifrões dos desfalques públicos, maculam a própria atualidade dos números que entrarão para as estatísticas, no geral, muitos anos depois.

Voltando ao eixo central da questão, segundo valores da Controladoria Geral da União (CGU), no ano de 2011, apuraram-se desvios de dinheiro público na órbita de R\$ 1,8 bilhão de reais, sendo este apenas um valor que foi flagrado/ investigado, e não o que foi efetivamente desviado. O valor levantado é o resultado de várias investigações que envolveram licitações fraudadas, cobranças indevidas de procedimentos do Sistema Único de Saúde (SUS) e verbas que seriam empregadas em atividades esportivas para crianças carentes (ROCHA, 2012, p. 62).

Segundo o relatório realizado em 2011 pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) (2010), no qual se examinaram fatores como o Produto Interno Bruto (PIB) e o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) dos países listados, no período de 1990 a 2008, concluiu-se que o custo médio anual da corrupção para o Brasil foi de US\$ 8,8 bilhões a preços constantes do ano 2000. Os preços correntes de 2008, o custo anual da corrupção foi estimado em R\$ 41,5 bilhões.

Considerando-se o valor de R\$ 41,5 bilhões, concluiu-se sobre os benefícios que os brasileiros poderiam obter caso todo o valor do custo médio anual da corrupção fosse utilizado em cada uma das contas separadamente: educação, saúde ou infraestrutura.

De acordo com os dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (2017), a rede pública mantém cerca de 34,5 milhões de alunos do ensino fundamental, a um custo de R\$ 77,2 bilhões. Se o dinheiro que é desviado para a corrupção fosse aplicado na educação, estima-se que a rede pública seria capaz de atender mais 16,4 milhões de alunos do ensino fundamental (um aumento de 48%), chegando a um total de quase 51 milhões de alunos. Da mesma forma, com estes recursos desviados seria possível aumentar o gasto médio por aluno de R\$ 2.236,00 para R\$ 3.302,00.

Em análise ao orçamento do Ministério da Saúde no ano de 2017, os dados do Portal da Transparência (2017) apontam que a pasta recebeu aproximadamente R\$ 129,6 bilhões. Com este montante, o SUS mantém aproximadamente 367,4 mil leitos de internação atualmente. Se o montante médio anual gasto com a corrupção no Brasil fosse aplicado à saúde, seria possível manter pelo menos mais 150 mil leitos, chegando a um total de quase 500 mil leitos de internação.

Em outro exemplo, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) prevê que, para atender 3,96 milhões de famílias no quesito habitação, seriam gastos R\$ 55,9 bilhões. Utilizando o custo médio anual da corrupção de R\$ 41,5 bi-

lhões para construção das habitações, cerca de 2,94 milhões de famílias poderiam ser atendidas, ou seja, 74% das famílias previstas pelo PAC.

Tomando por base outras estimativas da corrupção no País, o Projeto de Lei nº 3.506, de 2012 – que busca estabelecer a corrupção como crime hediondo –, em sua justificativa, menciona uma reportagem da Revista *Veja*, de 26 de outubro de 2011, em que mostra o vínculo concreto entre a corrupção e os danos à sociedade. A matéria ressalta que os R\$ 85 bilhões desviados mediante corrupção no ano de 2010 poderiam ser empregados para:

1 – Erradicar a miséria; 2 – Custear 17 milhões de sessões de quimioterapia; 3 – Custear 34 milhões de diárias de UTI nos melhores hospitais; 4 – Construir 241 km de metrô; 5 – Construir 36.000 km de rodovias; 6 – Construir 1,5 milhões de casas; 7 – Reduzir 1,2% na taxa de juros; 8 – Dar a cada brasileiro um prêmio de R\$ 443,00 reais; 9 – Custear 2 milhões de bolsas de mestrado; e 10 – Comprar 18 milhões de bolsas de luxo (REVISTA VEJA, 2011, p. 76).

Em nota técnica de apoio ao Projeto de Lei nº 5.900, de 2013 – que também busca estabelecer a corrupção como crime hediondo, dentre outras modificações – a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) consigna que, com base em dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, são desviados do Brasil ao menos R\$ 200 bilhões por ano, número ainda maior que o apontado acima,

segundo a Revista Veja (2011). Isso é quase duas vezes o total do orçamento federal da saúde de 2017, conforme já citado, o que significa que a qualidade da saúde no Brasil (no que depende de verbas federais) poderia dobrar caso se fechassem as torneiras da corrupção. O valor é aproximadamente duas vezes e meia maior do que o orçamento federal da educação, o que poderia, pelo menos, triplicar a qualidade da educação. Já quanto ao investimento federal em ciência, tecnologia e inovação, poderia ser multiplicado por 30 vezes. Poderia ser duplicado o programa “Minha Casa, Minha Vida”, que entregou aproximadamente 1,7 milhão de casas populares.

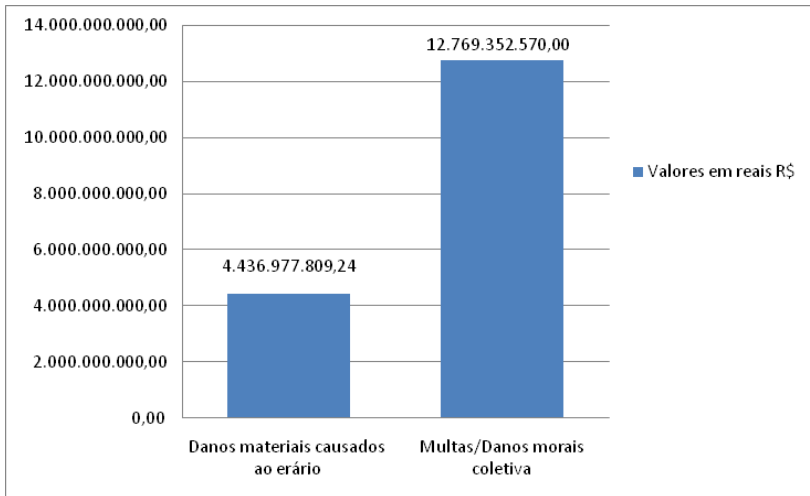
Trazendo ainda o tema à luz do recente e emblemático caso da Operação Lava Jato, mais bilhões de reais envolvidos na trama somam-se à conta brasileira da corrupção. Esta que é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já presenciou na sua história, estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobrás, maior estatal do País, esteja nas altas cifras de bilhões de reais.

Nesse esquema, que dura há pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. O suborno era distribuído entre todos os personagens do esquema, envolvendo empreiteiras que distribuíam obras públicas entre si como prêmios de um bingo entre amigos, funcionários públicos que agiam nas negociações e contratações dentro da estatal, doleiros que

operavam e intermediavam a propina disfarçada de dinheiro “limpo”, além de agentes políticos que sabiam e participavam nos “lucros” do esquema, comandando de cima por meio dos altos cargos ocupados nos escalões dos Poderes da República.

Cingindo-se aos valores relacionados à operação Lava Jato e com o objetivo de se conseguirem dados mais atualizados sobre o preocupante panorama da corrupção no País, foi realizado, para fins deste trabalho, um levantamento dos custos da corrupção com base em todas as ações de improbidade e ações penais perpetradas e disponibilizadas pelo Ministério Público Federal. Os gráficos a seguir foram desenvolvidos para melhor percepção dos valores.

Gráfico 1 - Valores da corrupção segundo as oito ações de improbidade promovidas pelo Ministério Público

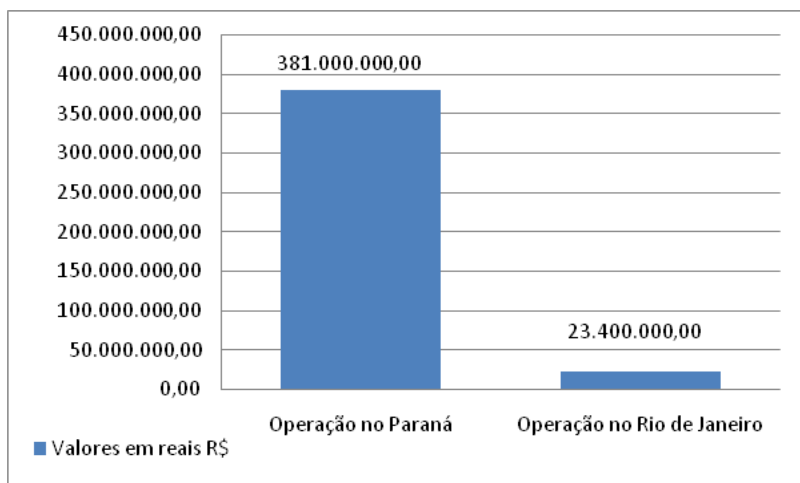


Fonte: Brasil (2018b)

Os dados são referentes apenas à atuação do Ministério Público Federal no estado do Paraná, onde ainda R\$ 11,5 bilhões são alvo de recuperação por meio de acordos de colaboração premiada; R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação; e R\$ 3,2 bilhões em bens já bloqueados dos réus (BRASIL, 2018b).

O gráfico seguinte elenca os valores totais pedidos pelo Ministério Público Federal, no âmbito das ações penais e de improbidade, intentados, em que são considerados os danos efetivos causados ao erário, as multas legalmente impostas e os danos morais coletivos, contabilizando apenas as sanções pecuniárias sem ingerência das demais sanções de natureza cível e penal imputados pessoalmente aos réus/condenados.

Gráfico 2 - Valores totais da corrupção segundo todas as ações promovidas pelo Ministério Público Federal no âmbito da operação Lava Jato.



Fonte: Brasil (2018b)

Os valores são, de fato, surpreendentes em razão do número de dígitos que um único caso de corrupção revelou atingir. Na mesma linha, cumpre expor o estudo econométrico realizado pelo Tribunal de Contas da União (2015), destinado a estimar o potencial prejuízo global ocorrido na Petrobrás, em face do cartel das contratações, na Diretoria de Abastecimento da companhia, no período entre 1997 e 2015 (BRASIL, 2015).

O estudo demonstrou que o “potencial prejuízo”, assim denominado como a diferença entre o valor cobrado por determinado produto num ambiente monopolizado e o valor que deveria ser cobrado caso este produto fosse vendido num ambiente competitivo, foi de 17% em superfaturamento. Considerando-se a massa de contratos no valor total da amostra de R\$ 52,1 bilhões (valor corrigido pelo IPCA), aponta-se uma redução do desconto nas contratações de, pelo menos, R\$ 8,8 bilhões, em valor reajustado pelo IPCA. Quando ampliado o escopo dos estudos para além da Diretoria de Abastecimento, o prejuízo total pode chegar a R\$ 29 bilhões.

Os prejuízos prováveis de 17% então estimados referem-se somente à redução do desconto na fase de oferta de preços analisada em 136 contratos da Diretoria de Abastecimentos, sem aferir os aditivos e posteriores alterações nos valores inicialmente licitados, considerando ainda a pequena quantidade de contratos fiscalizados em comparação com o volume total dos ajustes firmados pela companhia. O inteiro teor da apuração está consolidado no Acórdão 3.089, de 2015, do TCU-Plenário.

De forma ainda mais traumática e desoladora se mostram os valores, segundo dados da Polícia Federal. Somando todas as operações financeiras e os valores investigados na operação em âmbito nacional até o dia 14 de agosto 2017, registrou-se o número de R\$ 12.500.000.000.000,00 (BRASIL, 2018c).

E em meio a valores tão extraordinários sugados pelo ralo da corrupção, a Petrobrás viu uma – pequena e singela – luz no fim do túnel. Em 7 de dezembro de 2017, a estatal anunciou em seu *site* a devolução de R\$ 653.958.954,96 recuperados por meio de acordos de colaboração celebrados com pessoas físicas e jurídicas no âmbito da operação, decorrentes da atuação judicial Ministério Público Federal em Curitiba (Paraná). Somando-se a esta devolução, o total de recursos transferidos para a Petrobrás desde o início da operação atinge o montante de R\$ 1.475.761.776,31 retornados ao caixa da companhia. Incontroverso se mostra o bilionário déficit constatado entre os valores dos danos ao erário e dos valores efetivamente reingressados aos cofres da estatal. Tão importante quanto buscar o ressarcimento dos prejuízos causados, é efetivamente punir seus autores com o fim de reconstruir a tão ausente moralidade pública do País (BRASIL, 2018b).

Com os olhos voltados aos números apresentados, tutela-se reiteradamente a importância de se combater o fenômeno da corrupção para a construção de um Brasil mais justo e menos desigual. Cenas de agentes públicos saindo ilesos de ações envolvendo desvio de milhões de reais em recursos públicos

são cada vez mais recorrentes no dia a dia deste País.

Inegável que a corrupção hoje se mostra como um crime altamente vantajoso – cujos “lucros” são imensuráveis – e de baixíssimo risco. A pena mínima atual, de dois anos, bastante aplicada nos casos desses crimes em razão do método de fixação da pena do nosso sistema, acarreta em sua grande maioria, a prescrição em apenas quatro anos, ensejando a perda de o dever Estatal punir esse agente criminoso. E quando há condenação, e não prescrevem as penas, estas são substituídas, por força de lei, por penas restritivas de direitos, isto é, por penas brandas, as quais, em pouco tempo (em regra depois de cumprido apenas um quarto da pena substitutiva), serão atingidas por indultos ou comutações, reduzindo-se a nada ou quase nada.

O sistema prescricional, aliado ao congestionamento dos tribunais, é uma máquina favorável à impunidade. Somos o único País, com quatro instâncias de julgamento, que abre suas portas à bem manejada técnica recursal. Em um estudo feito pelo Conselho Nacional de Justiça (2013) foi demonstrado que, entre 2010 e 2011, a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa. Até o final de 2012, tramitavam 25.799 processos de corrupção, lavagem de dinheiro ou atos de improbidade em todo o Poder Judiciário. Em análise aos dados, constata-se que os processos prescritos somente em dois anos (2010 e 2011) representam mais de 11% dos feitos em andamento.

Como o homicídio, a corrupção também mata. O volume desviado de recursos públicos, conforme já bem demonstrado, além de ser a principal circunstância a ser sopesada, engendra consequências inestimáveis. Os milhões, bilhões ou trilhões suprimidos dos cofres públicos inevitavelmente afetam de pronto as diversas camadas da população em seus direitos essenciais, como segurança, saúde, educação, isto é, furtam-lhes a possibilidade de um futuro melhor.

Em exemplo concreto desta tese, cumpre observar a interessante prática de aplicação das penas para os crimes contra a Administração Pública no Estado Unidos da América. O 2014 USSC *Guidelines Manual* (Manual de Orientações da Comissão de Penas dos Estados Unidos, vigente a partir de novembro de 2014), que orienta juízes e tribunais estadunidenses na dosimetria das penas criminais naquele país, determina que, se a vantagem auferida ou o dano ao Erário supera 5 mil dólares, a pena base passa a sofrer acréscimos proporcionais, de acordo com a seguinte Tabela 1 - Cominação de Penas Privativas de Liberdade:

Tabela 1 – Cominação de Penas conforme Manual de Orientação da Comissão de Penas dos Estados Unidos da América.

Loss (Apply the Greatest)	Increase in Level
(A) \$5,000 or less	no increase
(B) More than \$5,000	add 2
(C) More than \$10,000	add 4
(D) More than \$30,000	add 6
(E) More than \$70,000	add 8
(F) More than \$120,000	add 10
(G) More than \$200,000	add 12
(H) More than \$400,000	add 14
(I) More than \$1,000,000	add 16
(J) More than \$2,500,000	add 18
(K) More than \$7,000,000	add 20
(L) More than \$20,000,000	add 22
(M) More than \$50,000,000	add 24
(N) More than \$100,000,000	add 26
(O) More than \$200,000,000	add 28
(P) More than \$400,000,000	add 30

Fonte: Brasil ([2016])

Com o fim de alterar o panorama fértil de impunidade que reforça massivamente a já saturada corrupção no país, o Ministério Público Federal propôs as 10 Medidas de Combate Contra a Corrupção, em que busca como uma das medidas a majoração das penas privativas de liberdade em relação aos crimes praticados contra a Administração Pública, bem como a qualificação dos crimes em hediondos, em conformidade com a vantagem ilícita ou o prejuízo ao erário proveniente do crime. Nesse sentido, colaciona-se abaixo o quadro de penas

proposto por atos criminosos que passariam a vigorar para os principais crimes contra a Administração Pública, com base no salário-mínimo vigente a partir de 1º de janeiro de 2015, ressaltando que a primeira coluna traz as penas que hoje são cominadas pelo Código Penal:

Tabela 2 – Comparativo entre atuais penas e as propostas segundo as 10 Medidas.

Crime	Pena atual	Proposta: pena variável pelo prejuízo ou benefício (R\$)			
		0 a 77.999,99	≥ 78.800,00	≥ 788.000,00	≥ 7.880.000,00
Peculato (art. 312 e § 1º)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Concussão (art. 316)	2 a 8	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Excesso de exação qualificada (art. 316, § 2º)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Corrupção passiva (art. 317)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Corrupção ativa (art. 333)	2 a 12	4 a 12	7 a 15	10 a 18	12 a 25
Estelionato (art. 171)	1 a 5	2 a 8	4 a 10	6 a 12	8 a 14

Fonte: Brasil ([2016])

Conforme se depreende dessas informações, o que se propõe é a proporcionalidade entre o resultado lesivo e a sanção criminal a par da gravidade que os crimes de colarinho-branco praticados com abuso de função pública ou em prejuízo ao patrimônio público representam.

Estudos consagrados de autores como Rose-Ackerman (2002) e Klitgaard (1988) apontam como uma das perspectivas do ato corrupto a decisão racional de considerar os benefícios

e os custos da corrupção diante do comportamento honesto. O montante da punição e a probabilidade de tal punição ocorrer são elementos de ponderação do agente que cogita tal façanha, e o que se observa é uma impunidade nacional que estimula cada vez mais o caminho da malversação de dinheiro público.

Afetando ainda mais a questão, há entre os brasileiros uma comum tolerância à corrupção, observada como consequência de uma precária participação dos cidadãos nas escolhas políticas do Estado. Em meio à evolução do particularismo unido ao desencanto popular pela política é onde o interesse público se mostra diariamente lesado, abrindo margem para privilégios individuais dentro da máquina estatal, e resultando na lenta corrosão da própria democracia e do Estado Democrático de Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de pleno conhecimento que a corrupção hoje se faz presente na vida – pública ou privada – do Brasil. Analisando o problema com a pequena, mas suficiente profundidade que o espaço permite, deve-se objetar que o tema aqui abordado afeta de forma generalizada todos nós inseridos em um modelo de Estado de Direito que possui como propósito efetivar os tão sonhados direitos fundamentais. A proteção deficiente na punição dos crimes contra a Administração Pública se mostra latente no País. O aumento – ou descobrimento – massivo dos crimes nessa seara, as punições brandas para os criminosos

políticos, a morosidade do judiciário, a legislação que acoberta de forma acentuada, são alguns poucos dos muitos motivos que tornam a impunidade tão presente na realidade brasileira.

A existência da máquina estatal pressupõe, necessariamente, o suporte material consubstanciado nos recursos e bens públicos. Instrumento de satisfação das deficiências coletivas e de promoção do bem comum, o Estado somente pode atingir seus fins por intermédio do rário. Por tal razão, tutelando-se o Erário, diretamente se estará resguardando os bens jurídicos sensíveis à sociedade, como a promoção da saúde, da educação, da previdência e assistência sociais, do desenvolvimento social e econômico, do trabalho e do emprego etc. A efetiva implementação desses direitos fundamentais vincula-se à integridade do patrimônio público.

E em meio a esse cenário de infelicidade se mostram os números alarmantes extraídos da recente Operação Lava Jato, expondo uma situação grave de corrupção sistêmica que assola o País desde os primórdios coloniais e se arrasta de forma abrupta e latente até os dias atuais. Outrossim, os prejuízos resultantes dos crimes contra a Administração Pública atingem diretamente a consecução de finalidades constitucionais e, conseqüentemente, violam os direitos fundamentais de milhões de indivíduos. Este fato é confirmado com as crescentes manifestações judiciais do Estado brasileiro no sentido de ausência de recursos para concretizar os direitos fundamentais, em total descumprimento ao mandamento constitucional de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, em vir-

tude dos constantes desvios de recursos públicos e prejuízos causados pelos crimes contra a Administração Pública.

O princípio republicano, os princípios constitucionais e os valores da sociedade não toleram a permanência do sentimento de proteção insuficiente em face das práticas criminosas contra a Administração Pública. E para tanto, principalmente em matéria de controle da corrupção, a construção dos valores do patrimônio público e do espírito de igualdade depende de toda a sociedade, de seus cidadãos, das instituições públicas e privadas, constituindo ingredientes fundamentais para se extirpar de vez a corrupção da nossa realidade. Torna-se, assim, imprescindível o rompimento da bolha do comodismo para que se possa enxergar que a luta contra a corrupção é um direito e dever de todos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Emanuel. **O Teatro dos vícios**: transgressão e transigência na sociedade urbana colonial. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1997.

BÍBLIA, Português. **A Bíblia sagrada**: antigo e novo testamento. Tradução João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília, DF: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018a]. não paginado. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Entenda o caso, caso lava jato**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 2018b. não paginado. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **A Lava jato em número no Paraná**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 2018c. não paginado. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>. Acesso em: 2 maio 2018.

BRASIL. Polícia Federal. **Operação lava jato em números**. Brasília, DF: Polícia Federal, 2018d. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>. Acesso em: 3 maio 2018.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Informações estatísticas**. 2017. não paginado. Disponível em: <http://inep.gov.br/web/guest/dados>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. **10 medidas contra a corrupção**. Brasília, DF: Ministério Público Federal, [2016]. Disponível em http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/109605/12_DEZ_MEDIDAS_artigos.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo**

nº **005.081/2015-7**, Acórdão 3089/2018 – Plenário,
Relator: Benjamin Zymler, 02 dezembro de 2015.
Brasília, DF: Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3089%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Dados dos SIOPS**.
Brasília, DF: não paginado. Disponível em: https://www1.siop.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=IAS%2FExecucao_Orcamentaria.qvw&host=QVS%40pqlk04&anonymous=true. Acesso em: 20 abr. 2018.

CAIDEN, Gerald E.; DWIVEDI, O. P.; JABBRA, Joseph G.
Where corruption lives. Bloomfield, CT: Kumarian, 2001.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS E COMÉRCIO DE
SÃO PAULO. **Relatório corrupção**: custos econômicos e
propostas de combate. São Paulo: FIESP, 2010. Disponível
em: <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021>.
Acesso em: 10 maio 2018.

FILGUEIRAS, Fernando, *et al.* **Cobertura jornalística da
corrupção política**: sistemas políticos, sistemas mediáticos
e enquadramentos legais. 2012. Disponível em: <http://opiniaopublica.ufmg.br/site/files/biblioteca/Cobertura-jornalistica-da-corrupcao-politica-sistemas-politicos-sistemas-mediaticos-e-enquadramentos-legais.pdf>. Acesso em
25 jul. 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco.
Improbidade administrativa. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen
Juris, 2011, p. 4.

HABIB, Sérgio. **Brasil**: quinhentos anos de corrupção,
enfoque sócio-histórico-jurídico-penal. Porto Alegre: Sérgio
Antônio Fabris, 1994, p. 37.

IBOPE INTELIGÊNCIA. **Índice de confiança social**
2018. [s. l. n.]. 2018. Disponível em: [http://www.
ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB%2018_0741_ICS_
Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://www.ibopeinteligencia.com/arquivos/JOB%2018_0741_ICS_Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 01 dez.
2018.

KLITGAARD, Robert. **Controlling corruption**. Berkeley:
University of California, 1988.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e direito penal**: um
diagnóstico da corrupção no Brasil. São. Paulo: Quartier
Latin, 2006.

MÉNDEZ, F. e SEPÚLVEDA, F., **Corruption, growth and**
political regimes: cross country evidence. European Journal
of Political Economy, 2006.

REVISTA VEJA, São Paulo: Abril, v. 140, n. 2.240, 26 out.
2011.

ROCHA, Marcelo. Como se desvia dinheiro no Brasil.
Revista Época, São Paulo, n. 715, jan. 2012.

ROSE-ACKERMAN, S. A. Economia política da corrupção. In: ELLIOTT, K. A. (org.). **A corrupção e a economia global**. Brasília, DF: UnB, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor).

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. **Índice de percepção da corrupção 2017**. 2017. Disponível em: <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br>. Acesso em: 3 maio 2018.

VASCONCELLOS, Jorge; EUZÉBIO, Gilson Luiz. **Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012**, Conselho Nacional de Justiça, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-eimprobidadeem-2012>. Acesso em: 20 abr. 2018.

**PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: o reconhecimento
jurídico da filiação socioafetiva**

Naira Aires Ribeiro¹

RESUMO

O presente artigo tem como intuito levar à discussão uma nova forma de filiação, ainda timidamente conhecida perante os Tribunais brasileiros, a filiação socioafetiva, a qual é alheia aos laços genéticos e arraigados ao vínculo da afetividade e, embora não haja expressada previsão legal, não há óbices para seu reconhecimento. Dessarte, o objeto do presente estudo é analisar o valor jurídico da relação afetiva entre pais e filhos, não biológicos, demonstrando a possibilidade de seu reconhecimento jurídico como forma de parentesco civil.

Palavras-chave: Família. Afetividade. Filiação Socioafetiva. Parentesco Civil.

ABSTRACT

This article aims to bring to the discussion a new form

¹ Especialista em Direito Civil, pelo Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (LFG/Anhanguera). Graduada em Direito, pela União Brasileira de Educação Católica (UBEC) - Faculdade Católica do Tocantins. Gerente de Pesquisa da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Tocantins (ESDEP). E-mail: nay_ra.aires@hotmail.com.

of affiliation, still timidly known before the Brazilian courts, socio-affective affiliation, which is alien to the genetic ties and rooted in the bond of affectivity and, although it does not act expressly, there are no obstacles to its recognition. Thus, the purpose of this study is to analyze the legal value of the affective relationship between parents and non-biological children, whose purpose is to demonstrate the possibility of their legal recognition as a form of civil relationship.

Keywords: Family. Affectivity. Membership. Socioaffective. Possession of the Son State.

1 INTRODUÇÃO

O estudo do reconhecimento da filiação socioafetiva tem grande relevância no ordenamento jurídico porque envolve o afeto, um dos aspectos mais relevantes a compor a própria personalidade humana, sendo, portanto, um valor jurídico a reclamar proteção.

Atualmente, o princípio da afetividade é um dos principais fundamentos das relações familiares e, embora não esteja expressado na Constituição Federal, decorre da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

A filiação socioafetiva não é positivada na legislação brasileira, sendo reconhecida pelos tribunais do País como forma de parentesco civil.

O presente trabalho terá por finalidade demonstrar que

o afeto está apto a ser reconhecido juridicamente como causa ensejadora da filiação reconhecida como forma de parentesco civil, cujas origens se dão nos laços afetivos que se formam ao longo do tempo, entre pais de criação e filhos do coração.

Nesse sentido, para confecção deste trabalho, utiliza-se o método dedutivo para análise do reconhecimento jurídico da afetividade, das normas constitucionais e infraconstitucionais que garantem a filiação afetiva por vínculo civil, bem como os elementos que reconhecem quem são os filhos e pais socioafetivos, além dos tipos de provas que garantem seu reconhecimento jurídico. Por fim, serão abordadas questões relevantes sobre os reflexos jurídicos que trazem a filiação socioafetiva.

Para tanto, será utilizado o método indutivo operacionalizado pelas técnicas de pesquisas bibliográficas, como páginas *webs*, artigos científicos, monografias, dissertações e livros, além de normas e jurisprudências.

Por fim, o objeto deste trabalho é inferir o valor jurídico da relação paterno-filial sem vínculo biológico ou registral, mas fundada no afeto, os chamados, popularmente, “filhos/pais de criação.”

2 AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

A afetividade é um dos aspectos da humanidade, fator que compõe a personalidade e determina o desenvolvimento integral do ser humano.

Não por outra razão a afetividade está presente em toda

conduta humana, sendo, portanto, um valor jurídico a reclamar proteção.

Santos (2009, p. 68), em sua tese sobre direito e afetividade, caracteriza a afetividade como um objeto complexo, a qual “tem inúmeras facetas, envolve um conjunto de emoções, sentimentos e paixões que integra a esfera psíquica da personalidade e as condutas.”

É na família o local de realização da afetividade, esta, por sinal, possibilita o desenvolvimento físico e psíquico dos seus integrantes, molda a personalidade e o caráter por meio de trocas das experiências afetivas e determina a qualidade das relações a serem desenvolvidas pelos indivíduos na vida social.

O Estado tem interesse em tutelar a afetividade, a fim de melhor alcançar o estágio de desenvolvimento dos indivíduos da sociedade, pois “uma sociedade constituída por pessoas desajustadas e desequilibrada é uma sociedade improdutiva e impotente, sem forças para constituir um Estado desenvolvido.” (SANTOS, 2009, p. 166).

A partir daí surge a afetividade como um dos fundamentos das condutas jurídicas e como valor a ser preservado pelo Direito. Santos (2009) conceitua a afetividade como imane a aos seres humanos e se projeta para o exterior influenciando todas as condutas jurídicas que se tornam ainda mais evidentes nas relações familiares.

No âmbito jurídico, as mudanças paradigmáticas e os espaços conferidos à subjetividade e à afetividade da família

contemporânea não foram tranquilos, haja vista a existência de um direito formal, positivista com forte relevância na lei.

Calderon (2013) conceitua que a legislação expressa não tratava de muitas situações afetivas que eram postas em análise do Direito, trazendo dificuldades na tutela desses nobres conflitos, mas, ainda assim, a doutrina e a jurisprudência não se furtaram a constatar a afetividade como valor inerente ao ser humano e passaram a conferir respostas mesmo sem expressa previsão legal.

A Constituição, de 1988, iniciou o reconhecimento legal da afetividade, implícita em diversas disposições. Contudo, somente com o advento da constitucionalização do direito privado passou-se a centralizar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental. De forma que o Código, de 2002, tratou do tema de forma pontual por meio de normas de conteúdo aberto.

A jurisprudência tem papel fundamental nessa construção. Os juristas passaram a sustentar que o direito deveria de algum modo valorar a afetividade, pois, diante dos avanços das ciências psicológicas, sabe-se que a paternidade e a maternidade se definem pela consaguinidade e também pela relação paterno-filial ou materno-filial fundada nos laços de afeto.

Corroborando com esse entendimento do afeto como valor jurídico, Tartuce cita o julgado da lavra da ministra Nancy Andrichi, *in verbis*:

[...] A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização

do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. [...] A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou a normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir por consequência, o instituto da união estável. (*apud* TARTURCE, 2018, p. 1328-1329).

A afetividade passa a integrar a própria estrutura da família contemporânea, restando possível perceber que a relação dos fatos impulsionou as novas relações familiares, e essa nova realidade acabou por apresentar ao Poder Judiciário demandas imprevistas e cada vez mais complexas, como, por exemplo, as uniões estáveis (homo e heteroafetivas), os parentescos socioafetivos, os casos de multiparentalidade, as inseminações artificiais, famílias simultâneas, famílias solidárias, dentre outras que o ordenamento jurídico não regulava previamente.

Pelo exposto, é fato que a afetividade, por ser inerente aos seres humanos, está presente em todas as condutas jurídicas, mormente no direito de família, e se consagra como valor a ser protegido, cujos fundamentos constitucionais e infralegais serão apresentados a seguir.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE GARANTEM O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O Código Civil, de 1916, classificava os descendentes em legítimos e naturais, equiparando aos legítimos para efeitos sucessórios apenas os filhos legitimados. No entanto, ante as profundas transformações ocorridas na família brasileira ao longo do século XX, sobrevieram significativas alterações legislativas (SANTOS, 2009).

Com o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, equiparou, para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza, extirpando a discriminação anteriormente positivada. Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal, de 1988, o sistema jurídico passou a reconhecer a relação paterno-filial fundada em vínculos não biológicos, mas pela convivência, do carinho e afeto, concebendo-se a noção de paternidade socioafetiva.

A Constituição Federal, de 1988, aboliu, expressamente, quaisquer designações discriminatórias relativas ao estado de filiação, estabelecendo que, independentemente da origem dos filhos, todos deverão ter os mesmos direitos e qualificações, consagrando, assim, o princípio da igualdade de filiação, merecendo destaque, o art. 227 [...] § 6º da CRFB: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (BRASIL,

[2018a], não paginado).

Nesse sentido, o texto do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 e janeiro de 2002) reproduziu a aludida norma constitucional, em seu art. 1.596, cabendo a observação realizada por Lôbo (2003, p. 39-40), o qual aduz a desnecessidade de concretização infraconstitucional da norma, visto ser dotada de força normativa própria, suficiente e autoexecutável.

O princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana segregou de vez de nosso ordenamento a desigualdade de tratamento entre os filhos, estabelecendo os mesmos direitos e deveres, independentemente de se tratar de parentesco natural, civil ou socioafetivo.

Nesse sentido, ressalta Farias (2004, p. 15):

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil.

Por isso, as relações paterno-filiais não podem ser baseadas apenas na averiguação do vínculo consanguíneo, devendo ser considerados pais aqueles que participam da vida cotidiana do filho, arcando com o ônus material e afetivo do convívio.

Sobre o elemento da afetividade nas relações familiares, trago à colação o magistério de Lôbo (*apud* DIAS, 2011, p. 364-365):

O prestígio que se emprestou à afetividade, para definir a família, passou a ser também o elemento identificador dos elos de filiação. Com isso o estado de filiação desligou-se da verdade genética, relativizou-se o papel fundador da origem biológica, [...] na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é o único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar. A valoração da afetividade também é o critério norteador para a definição de família extensa ou ampliada.

Dias (2011) afirma, ainda, que a filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fator biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva.

Atualmente, conforme se constata do escólio de Madaleno (2011), a entidade familiar vai além de um vínculo formado por laços sanguíneos, preponderando uma relação com alicerce na afetividade.

[...] o real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição (MADALENO, 2011, p. 433).

Nessa esteira, precisa é a assertiva de Welter (2002, p. 155-160), ao afirmar que,

Não apenas o filho biológico pode ser sujeito de direitos, mas também o filho social, porque a família socioafetiva transcende os mares de sangue, conectando o ideal da paternidade e maternidade responsável, hasteando o véu impenetrável que encobre as relações sociológicas, regozijando-se com o nascimento emocional e espiritual do filho, edificando a família pelo cordão umbilical do amor, do afeto, do desvelo, do coração e da emoção, (des) velando o mistério insondável da filiação, engendrando o reconhecimento do estado de filho afetivo. Não se pode arquitetar diferença entre filho biológico e socioafetivo.

Conclui-se que o princípio vetor que ampara o reconhecimento da filiação socioafetiva é a dignidade da pessoa humana. Dessarte, após análise da norma constitucional, analisar-se-ão, nas linhas seguintes, os textos normativos infraconstitucionais que dispõem sobre o tema.

4 RAZÕES INFRANCONSTITUCIONAIS PARA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

O art. 1.593 do Código Civil Brasileiro, de 2002, dispõe que parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou doutra origem (BRASIL, [2018b]).

Desta feita, infere-se acerca do alcance da expressão

“outra origem”, inserida no artigo supracitado, que a interpretação deve ser no sentido de que o parentesco civil resultante dessa “outra origem” compreende a adoção, a filiação proveniente das técnicas de reprodução assistida heterólogas, bem como a filiação socioafetiva, fundada na posse de estado de filho.

Assim, é impossível ao Direito ignorar a existência da paternidade socioafetiva, embora ela ainda não esteja em regramento legislativo expresso, não obstante a incidência do art. 1.593 do Código Civil Brasileiro, de 2002 (BRASIL, [2018b]).

Nesse sentido, a jurisprudência interpreta o art. 1.593 do Código Civil, o qual aduz que a paternidade não se funda apenas no critério biológico, mas também em vínculos afetivos, nos seguintes termos:

DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓS-TUMA – GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO – ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de filiação socioafetiva, posto que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consaguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a parentalidade socioafetiva. DERAM PROVIMENTO (MINAS GERAIS, 2009, não paginado).

Logo, se, ao interpretar o art. 1.593 do Código Civil, excluir a filiação socioafetiva como critério de parentesco, haverá uma grave ofensa ao princípio constitucional de igualdade de filiação, que veda qualquer discriminação relativa à filiação e reconhece o estabelecimento do estado filiatório como direito fundamental de todo o ser humano, o qual está fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, [2018b]).

Interpretação esta que culminou na aprovação, da III Jornada de Direito Civil, do Enunciado nº 256 do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” (BRASIL, 2016a, p. 16).

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1189663/RS, de Relatoria da ministra Nancy Andrighi, da terceira turma, realizado em 6/9/2011, com publicação no dia 15/9/2011, entendeu por bem que a paternidade socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente, sendo uma construção jurídica recente, ainda não abraçada expressamente pela legislação vigente, mas que se aplica de forma analógica às regras orientadoras da filiação biológica (BRASIL, 2011).

No mesmo sentido entendeu a quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 2008.064066-4: “a pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consanguíneo, civil ou socioafetivo.” (RIO GRANDE DO

SUL, 2012, não paginado *apud* GONÇALVES; OLIVEIRA, 2013, não paginado).

Vislumbra-se que as decisões supracitadas estão em plena consonância com as normas, princípios e valores constitucionais, pois suscitam importantes considerações acerca da aplicabilidade do princípio da igualdade de filiação, conferindo aos filhos socioafetivos os mesmos direitos atribuídos aos filhos biológicos, bem como realizam uma interpretação extensiva do art. 1.593 do Código Civil, a fim de enquadrar a filiação socioafetiva como modalidade de parentesco, protegendo-se, assim, o direito fundamental ao reconhecimento do estado de filiação inerente a todo ser humano, o qual é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, [2018b]).

Consoante explanado, a filiação socioafetiva é aquela que não tem vínculo biológico ou de adoção entre pai e filho e entre mãe e filho, o parentesco é denominado por “outra origem” nos termos do art. 1.593 do Código Civil/, de 2002, tendo por base o afeto entre as partes. Contudo, para que se obtenham efeitos jurídicos, faz-se necessário seu reconhecimento pela posse do estado de filho afetivo, cujas características serão apresentadas nas próximas linhas.

5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva se apresenta de várias formas, a

exemplo da adoção, na filiação sociológica dos filhos de criação, nas famílias reconstituídas, quando uma das partes ou as duas partes já possuem filhos de relacionamentos anteriores, surgindo as relações de madrastrio, padrastio, de forma concomitante, ou não, com os pais biológicos. Esses casos já refletem, mesmo que de forma inicial, na legislação, a exemplo da Lei Clodovil que prevê a inserção do nome da madrasta ou padrasto ao nome do enteado, Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009, que alterou o art. 57, § 8º, da Lei nº 6.015, de 1973 (BRASIL, 2009).

Há, ainda, a presunção absoluta de paternidade socioafetiva nos casos de inseminações artificiais heteróloga que são aquelas que ocorrem por meio da doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com sua concordância; sendo, nesses casos, obrigatório o sigilo sobre a identidade dos doadores e receptores.

A fim de se provar a filiação socioafetiva, é necessário ter a posse do estado de filhos, que se traduz pelo conjunto de afeição, solidariedade e responsabilidades de forma mútua, os quais exteriorizam com clareza a relação entre pai e/ou mãe e filho, sendo o afeto o fator marcante dessa relação, assim definida por Madaleno (2011, p. 472):

A noção de posse do estado de filho vem recebendo abrigo nas reformas do direito comparado, o qual não estabelece os vínculos parentais com o nascimento, mas sim na vontade de ser genitor, e esse desejo é sedimentado no terreno da afetividade, e põe em xeque tanto a

verdade jurídica como a certeza científica no estabelecimento da filiação.

Para tanto, conforme aponta Tartuce (2018), na caracterização da posse de estado de filhos, são utilizados os clássicos critérios relativos à posse do estado de casados, inserido no art. 1.545 do Código Civil, de 2002.

A doutrina aponta três requisitos para o reconhecimento e efetivação da relação filial socioafetiva, quais sejam: o nome, o trato e a fama.

Segundo Lôbo (2011), no primeiro requisito, o nomen, o filho traz consigo o nome do apontado pai/mãe, o qual o utiliza para se identificar, tendo como marca da identidade familiar. Afirma Veloso (1997, p. 33), a necessidade de demonstrar que “a pessoa tenha sido tratada como filho do pai afetivo e que tenha, como tal, atendido a manutenção, a educação, além disso, que pessoa tenha constantemente considerada filho nas relações sociais.”

O tractatus é o tratamento, de parte a parte, como pai/mãe e filho, ou seja, reciprocamente, dando e recebendo afeto, assistência, convivência prolongada e exclusiva, com transmissão de valores, e constituem a exteriorização dessa paternidade real e efetiva, ou seja, a pessoa deve ser tratada e educada como filho.

Nesse contexto, o trato torna-se um dos principais requisitos para prova do estado de filho: “se alguém trata outro como se esse fosse seu filho, lhe dedicando carinho e afeto

somente aos filhos dispensados, é um indicativo bastante forte para afirmar-se a filiação socioafetiva.” (POSSIDIO, 2009, p. 82).

Já a fama, *reputatio*, consiste na aparência e notoriedade desse estado de filiação-paternidade perante os familiares, amigos, vizinhos e comunidade. É o reconhecimento público, tornando-se notório ao convívio social.

Ressalte-se que os requisitos acima citados não são concomitantes, Nesse sentido, é importante a lição de Boeira (1999, p. 63):

[...] a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a ‘posse de estado de filho’ se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado.

Pelo exposto, tem-se que a posse do estado de filho afetivo não é aquela caracterizada no domínio, mas no amor, ternura, respeito, solidariedade e felicidade mútua, a qual se externa no comportamento, seja público, seja na intimidade do lar, com afeto verdadeiro que transpõe os laços biológicos.

Nessa sequência, destacam-se a seguir alguns exemplos de provas a serem produzidas no processo de declaração da filiação socioafetiva, pois, neste caso de filiação, busca-se a verdade real, de modo que as provas devem ser contundentes e capazes de demonstrar efetivamente o estado de filhos.

6 PROVAS A PRODUZIR O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Objetivando o reconhecimento perante a lei, é necessária a instauração de um procedimento, a fim de verificar se estão presentes os requisitos que caracterizam a filiação socioafetiva, notadamente a posse do estado de filho.

Quanto ao nome do procedimento há divergências doutrinárias, alguns denominam de ação de investigação de paternidade socioafetiva, outros de declaração de filiação socioafetiva, prevalecendo a última, uma vez que o procedimento visa declarar um estado de fato já existente.

O art. 1.605 do Código Civil prevê a prova da posse do estado de filho, quando há falta de certidão de nascimento, ou existe defeito nesta, de forma que a filiação poderá ser provada por outros meios, desde que exista começo de prova ou indícios veementes da filiação (BRASIL, [2018b]).

Paiano (2016) afirma que o apontado artigo também pode ser utilizado para comprovar a filiação socioafetiva, a fim de se comprovarem os requisitos do nome, trato e fama.

Nesse contexto, destaca Garcia e Silva (2015) que a prova testemunhal tem valor imensurável, podendo, ainda, haver a prova pericial, como estudo social e psicológico, bem como a prova documental, como certidão de batismo, plano de saúde, inscrição no imposto de renda, inscrição do filho socioafetivo em órgão previdenciário, concessão de caderneta de poupança, aplicações financeiras, testamento em favor do filho

afetivo, fotografias que revelem típica convivência familiar, bilhetes, cartas, cartões, seguro de vida a beneficiar o filho, histórico escolar em que conste o nome dos pais socioafetivos como responsáveis, documentos que comprovem despesas de instrução, educação, médico-hospitalar, documento que conste tratamento de filho, remessa de correio eletrônico (e-mail), autorização de compras em mercadorias em mercados municipais, depoimento pessoal, nome do filho afetivo constando na certidão de óbito dos pais, pagamento de pensão alimentícia, escritura ou contrato de aquisição de imóvel ao filho, ou qualquer outro mecanismo de comprovação da filiação.

Há uma ampla gama de provas que deve versar acerca da publicidade do estado de filho, haja vista ser um fato público.

7 EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Importante destacar que o reconhecimento da paternidade socioafetiva produz todos os efeitos patrimoniais e pessoais que lhe são inerentes e, conforme a lição de Dias (2011, p. 374), “gera parentesco para todos os fins de direito, nos limites da lei civil.”

Conforme destaca Possídio (2013), após o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva os efeitos jurídicos decorrentes são idênticos aos estabelecidos nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre os quais a

alteração do registro de nascimento, adoção do sobrenome dos pais socioafetivos, irrevogabilidade da paternidade ou maternidade sociológica, herança, poder familiar, guarda, pagamento de alimentos, direito de visitas, entre outros.

Nesse sentido, a jurisprudência de nossos tribunais se manifesta:

O direito ao nome, a alimentos e à qualidade de herdeiro, são consectários lógicos da perfilhação, quer genética, quer socioafetiva, ainda que o reconhecimento do vínculo parental, em ambas essas hipóteses, tenha sido coativo, por meio de sentença proferida pelo Poder Judiciário (MINAS GERAIS, 2011, não paginado).

Ressalta-se que um dos mais importantes efeitos do reconhecimento da filiação socioafetiva é a irrevogabilidade, pois é certo que uma pessoa de livre espontânea vontade vai ao cartório e declara a paternidade de outra pessoa e, juntamente com essa declaração, possui um comportamento afetivo e social como se pai fosse; não se pode negar a existência deste vínculo sem que haja prova contundente de que o ato estava eivado de algum vício de consentimento, pois o ato é visto como uma adoção constituída.

Conforme afirma Veloso (1999), um gesto de extrema injustiça seria permitir que o pai, a seu bel-prazer, pudesse desconstituir o estabelecimento da paternidade de um filho a qualquer tempo, alegando que o ato não corresponde à verdade, principalmente se o objetivo é fugir do pagamento de alimentos.

Assim, os tribunais não têm aceitado alteração de estado de filiação já existente, não por outra razão, em setembro de 2016, por meio do Recurso Extraordinário nº 898.060, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu Repercussão Geral (nº 622) sobre o tema, em que a verdade genética não mais prevalece sobre a afetiva. Na ocasião, o tribunal, por maioria, optou por não afirmar nenhuma prevalência entre as referidas modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas as paternidades, a socioafetiva e a biológica, quando ambos os vínculos forem para o melhor interesse do descendente (BRASIL, 2016a).

Dessarte, o entendimento consagra a dupla paternidade, de forma que a paternidade socioafetiva, registrada ou não, não impede a paternidade biológica, com seus efeitos jurídicos próprios, de modo a permitir a multiparentalidade com dois nomes de mães e pais e, por via de consequência, todos seus efeitos, tais quais alimentos e herança. Assim, já entendem os tribunais:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE MATERNIDADE. ENTEADA CRIADA COMO FILHA DESDE 1 ANO E 8 MESES DE IDADE. PLEITO DE INCLUSÃO DO NOME DA MÃE SOCIOAFETIVA, DE SEUS ASCENDENTES E DE SEU PATRONÍMICO NO ASSENTO DE NASCIMENTO DA MENOR. POSSIBILIDADE. MATERNIDADE SOCIOAFETIVA PROVA-DA. MANUTENÇÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA. RESPEITO À MEMÓRIA DA MÃE BIOLÓGICA, FALECIDA MENOS DE 1 ANO APÓS O PARTO. SENTENÇA RE-

FORMADA (DISTRITO FEDERAL, 2016, p. 300-308).

O Superior Tribunal Justiça, tem o seguinte entendimento, sobre a temática:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENCIAL DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autônomo núcleo doméstico (ADI n. 4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a

seguinte tese: ‘a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.’ 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões. 7. Ressalvase, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido (BRASIL, 2018c, p. 1-2).

Ainda no Resp 1.618.230-RS, o Superior Tribunal reconheceu a possibilidade de os filhos socioafetivos receberem

herança do pai biológico. O ministro Villas Boas Cueva lembra que a paternidade socioafetiva é prevista na Constituição, busca a própria dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança. Por isso, não se pode admitir uma hierarquia que prioriza a paternidade biológica em detrimento da socioafetividade ou vice-versa.

APELAÇÃO. ADOÇÃO PÓSTUMA E FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. FINALIDADES COMUNS. ORIENTAÇÃO DO STJ. A orientação vinda do Superior Tribunal de Justiça dá conta de que para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição (Recurso Especial nº 1 217 415 RS). Caso que a parte autora pediu o reconhecimento de adoção póstuma e a prova produzida dá conta de indiscutível relação da filiação socioafetiva entre a parte autora e os pais dos réus. A Constituição Federal que no parágrafo sexto do artigo 227 proíbe expressamente quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação . Não se mostra lícito ao mesmo tempo afrontar os termos da Constituição Federal e ceder passo a um comportamento familiar discriminatório e desumano que possa estar na base do que se convencionou chamar de filho de criação. Sentença reformada para reconhecer a procedência do pedido. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, POR MAIORIA (RIO GRANDE DO SUL, 2018, não paginado).

Por oportuno, vale consignar que, para que tais efeitos se efetivarem, o reconhecimento da socioafetividade não se dá apenas por via judicial, conforme será apresentado a seguir.

8 RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL: provi- mento nº 63, de 2017, do Conselho Nacional de Justiça

Após a decisão de repercussão geral do RE 898.060 do STF (Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 21/9/2016), na qual se reconhece a filiação socioafetiva como forma de parentesco civil, equiparando a filiação biológica à socioafetiva (BRASIL, 2016a), o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017, regulamentando o reconhecimento voluntário e averbação da filiação socioafetiva extrajudicial.

O provimento prevê o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade de pessoa de qualquer idade, no Cartório de Registro Civil das Pessoa Naturais, que poderá ser processado ainda que no local diverso em que lavrado o assento, sendo irrevogável, salvo ocorrência de vício de vontade, fraude e simulação. Para tanto, basta o requerente (pai/mãe socioafetivo(a) apresentar, no cartório, o documento de identificação com foto e certidão de nascimento do filho (original e cópia).

A partir disso, o oficial procede à rigorosa conferência dos documentos e colhe declaração em termo próprio, bem como deverá colher assinatura do pai e da mãe do reconhecido (no termo) e, caso seja maior de 12 anos também será necessária a aquiescência deste, cuja coleta tanto da anuência dos pais registrais quanto do menor se dará pessoalmente perante o oficial de registro ou escrevente autorizado.

Destacam-se dentre os requisitos para o reconhecimento: idade de mínima de 18 anos ao pretense pai/mãe, independentemente do estado civil; não ser irmão ou ascendente do pretense filho, com diferença de pelo menos 16 anos entre o pai e o filho socioafetivo.

O artigo 14 do Provimento dispõe que “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo filiação no assento de nascimento.” (BRASIL, 2017b, p. 6). O indigitado artigo trouxe algumas celeumas em relação à sua interpretação. Em esclarecedora anotação, Tartuce (2018b), destaca as duas correntes interpretativas: a primeira entendia que a norma não reconhecia a multiparentalidade pela via extrajudicial, em razão de constar o termo “unilateral”. Já para a segunda, o artigo permitia a multiparentalidade segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Esclarecendo o termo “unilateral”, a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN), em dezembro de 2018, emitiu importante nota destacando que o termo unilateral refere-se à impossibilidade de realizar o registro simultâneo de pai e mãe socioafetivos, devendo, se for o caso, realizar dois atos, um para o pai socioafetivo e outro para a mãe socioafetiva. Ademais, deve-se respeitar o limite instituído no provimento, para apenas de dois pais e duas mães (TARTUCE, 2018b).

O Provimento não se furtou em destacar os casos de pessoas com deficiência, que também poderão reconhecer a

filiação socioafetiva, observando as regras da tomada de decisão apoiada, inserida no estatuto das pessoas com deficiência.

Cabe registrar que este registro espontâneo atualmente regulamentado já foi considerado crime, tipificado no art. 242 do Código Penal, pois quem declarasse que é pai biológico, sabendo que não o é, cometeria o chamado crime de parto suposto, registrar filho, sabendo que não é seu (BRASIL, [2018d]).

9 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como intuito contribuir com um debate complexo que ainda se inicia e gera discussões, bem como difundir o conhecimento no âmbito institucional sobre o reconhecimento da filiação socioafetiva como forma de parentesco civil; tema que certamente envolve a atuação da Defensoria Pública, notadamente nos órgãos de atuação na área de Família e Sucessões.

Nesse contexto, verificou-se que a afetividade é um valor jurídico a reclamar proteção do Estado, haja vista ser fator essencial para o desenvolvimento humano e indissociável à personalidade, consagrada pela doutrina e jurisprudência como valor fundamental.

Percebe-se que a afetividade integra a estrutura das famílias contemporâneas que, em busca da felicidade, impulsionou a formação de novos tipos de famílias, a exemplo de uniões estáveis homo e heteroafetivas, os parentescos socioafetivos, os casos de multiparentalidade, as inseminações

artificiais, famílias simultâneas, famílias solidárias, dentre outras que o ordenamento jurídico não regulava previamente.

Observa-se que os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana afastaram de vez de nosso ordenamento a desigualdade de tratamento entre os filhos, estabelecendo os mesmos direitos e deveres, independentemente de se tratar de parentesco natural, civil ou socioafetivo.

Analizou-se a interpretação extensiva da norma infraconstitucional, disposta no art. 1.593 do Código Civil, que enquadra a filiação socioafetiva na modalidade de parentesco, admitindo no ordenamento jurídico duas formas de filiação, a natural e a civil, firmando o entendimento doutrinário de que a expressão “outra origem” estabelecida no dispositivo é calçada na filiação socioafetiva (BRASIL, [2018b]).

Após analisar os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que garantem o reconhecimento, perquiriram-se os elementos caracterizadores dos pais e filhos socioafetivos: o trato, o nome e a fama, os quais devem demonstrar um relacionamento público e duradouro.

No que tange aos tipos de provas que caracterizam essa relação, observou-se que a prova testemunhal tem valor relevante, mas o valor das provas documentais é imensurável.

Destacou-se, ainda, a jurisprudência que vem reconhecendo vários casos de filiação socioafetiva, até mesmo post mortem, cujo pedido é perfeitamente possível e imprescritível, pois a Constituição Federal equiparou todas as formas de filia-

ção e, por conseguinte, seus efeitos lhe são inerentes.

Após a análise da fundamentação, procedimento e provas que reconhecem a filiação socioafetiva, observou-se que um dos pontos mais controversos sobre entendimento doutrinário e jurisprudência tem analisado caso a caso, são os efeitos desse novo tipo de filiação que vêm ganhando grande dimensão no ordenamento jurídico, de modo que perpassa os limites da filiação clássica concebida na frieza do regramento legal, cujos temas já foram debatidos em sede de repercussão geral pelo Tribunal Superior, a exemplo da multiparentalidade, na qual há possibilidade concomitante das duas filiações e seus efeitos, sejam eles na seara da família e do direito das sucessões, tanto a biológica quanto a socioafetiva de modo a preservar o interesse da filho.

Por conseguinte, analisaram-se os requisitos e controvérsias do Provimento nº 63, de 2017, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de facilitar o reconhecimento voluntário e averbação da filiação socioafetiva no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais (BRASIL, 2017b). O provimento regulamenta o reconhecimento espontâneo da filiação socioafetiva, assim como a filiação biológica.

Dessarte, ante os argumentos acima expostos, verifica-se que o real sentido da relação paterno-filial ultrapassa a lei e o sangue, sendo um verdadeiro retrocesso impedir o reconhecimento de um filho afetivo, e, embora a paternidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filho não tenha sido contemplada expressamente pelo ordenamento jurídico

brasileiro, a doutrina majoritária e as jurisprudências dos Tribunais brasileiros não se furtaram em lhe dar o valor jurídico necessário para seu reconhecimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2018b]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial nº 1674849 RS**. Recorrente: A C V D. Recorrido: E A C D. Rel. Min. Marcos Aurélio Bellizze, 17 de abril de 2018. Brasília, DF: STJ, 23 abr. 2018c. p. 2. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=81227204&num_registro=201602213860&data=20180423&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, 07 de dezembro de 1940**. Código penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2018d]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.618.230 RS**. Recorrente: V. L. Recorrido: O. G. G. L. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 28 de março de 2017. Brasília, DF: STJ, 10 maio 2017a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=70372939&num_registro=201602041244&data=20170510&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, DF: CNJ, 2017b. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n63-14-11-2017-corregedoria.pdf. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Extraordinário 898.060-SP**. Recorrente: A. N. Recorrido: F. G. Relator: Min. Luix Fux, 22 de setembro de 2016. Brasília, DF: STF, 29 set. 2016a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. Conselho Justiça Federal. **Enunciados 256**. Brasília, DF: Conselho Justiça Federal, 2016b. Aprovados na III Jornada de Direito Civil do Conselho Justiça Federal, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/>

jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf/at_download/file.
Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial nº 1.189.663 - RS (2010/0067046-9)**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: R. D. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 06 de setembro de 2011. Brasília, DF: STJ, 15 set. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1086992&num_registro=201000670469&data=20110915&formato=PDF. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 01 jul. 2018.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade**: posse de estado de filho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça de Distrito Federal e Território. (5 Turma Cível). Apelação Cível nº 20140310318936, Apelante: S. C. D. O. B. Apelado: A. M. D. S. Relatora: Juíza Maria Ivatônia, 20 de junho de 2016. Acórdão n. 9.55534, **Diário Oficial da Justiça**, Edição nº 140/2016, Brasília, DF: TJ, 27 jul. 2016. p. 300-308. Disponível em: https://dje.tjdft.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ140_2016-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO. Acesso em: 24 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família ou famílias sociológicas versus famílias reconhecidas pelo direito de família**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GARCIA, Denise S. S; SILVA, Marcos Vinicius Viana da. Bases teóricas (doutrinárias, legais e jurisprudenciais) da socioafetividade nas relações de família. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Florianópolis. Anais [...]. Florianópolis: UFMG, 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/rlmau22a/K858MM4y7hz9Wu9C.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

GONÇALVES, Aline Serakides; OLIVEIRA, Valéria Edith Carvalho de. Paternidade socioafetiva post mortem: um breve estudo sobre a possibilidade de reconhecimento. **Revista**

Eletrônica de Direito, n. 21, out. 2013. não paginado.
Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1326>.
Acesso em: 23 mar. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. v. 14.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1.0518.10.006332-1/001**. Apelante(s): S. R. F. Apelado(a)(s): J. L. herdeiro(a)(s) de A. F.

Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 05 de abril de 2011. Belo Horizonte: TJ, 06 maio 2010. não paginado. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao>.

PROJETO ZAP DEFENSORIA

Ilsa Vieira de Araújo Martins ¹

Lara Gomides de Souza²

1 INTRODUÇÃO

A ideia surgiu da necessidade de realizar várias ligações telefônicas para assistidos, a fim de repassar orientações processuais e agendar atendimentos, sendo que cada ligação deve ser solicitada ao telefonista, já que na regional de Gurupi poucas linhas telefônicas são liberadas para ligações para celular. Ao término dos telefonemas, percebíamos que os assistidos tinham *WhatsApp* e que se a comunicação fosse realizada por aplicativo seria mais rápida, econômica e eficiente.

Assim, projetamos que as notificações de interesse da Defensoria Pública poderiam ser realizadas pelo aplicativo de mensagem, desde que regulamentado pela autoridade compe-

¹ Especialista em Direito Administrativo, pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Pós-graduanda em Teoria e Prática do Direito Privado, pela Escolar Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Graduada em Direito, pela Universidade de Gurupi (UNIRG). Assistente de Defensoria Pública do Estado do Tocantins, lotada na Regional de Gurupi-TO. E-mail: ilsa.va@defensoria.to.def.br.

² Especialista em Direito Processual, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), em parceria com o Instituto de Ensino Luiz Flávio Gomes (LFG/Anhanguera). Especialista em Direito de Família e Sucessões, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pela Universidade de Gurupi (UNIRG). Defensora Pública do Estado do Tocantins. Coach Integral Sistêmico pela FEBRACIS. E-mail: lara.gs@defensoria.to.def.br.

tente, sendo necessária ainda a disponibilização de um aparelho celular com tecnologia *android*, um *chip* para o telefone e a rede *wi-fi* da própria unidade da Defensoria. Note-se que um único aparelho consegue atender a vários órgãos de execução existentes numa mesma comarca, simplesmente sendo compartilhado, monitorando e individualizando o recebimento das mensagens.

Atualmente, com as mudanças no aspecto tecnológico grande parte dos cidadãos possui celulares. Sabe-se que a ligação para celular onera a Instituição, por ser de valor maior. Em regra, pela modernidade dos aparelhos de hoje, a maioria possui tecnologia que permite o uso do *WhatsApp*, sendo este um aplicativo bastante comum entre todos, não sendo diferente entre o público-alvo da Defensoria. Dessa forma, a redução de custos é considerável. Ademais, a praticidade e a agilidade no cumprimento dessa tarefa de contatar o assistido são notórias, facilitando ainda ao receptor da mensagem o fato de que todos os dados repassados estarão em seu telefone, passíveis de releitura sempre que desejar. O projeto Zap Defensoria foi implantado no dia 31 de julho de 2017, na Defensoria Pública de Gurupi, com a entrega de cinco aparelhos, com o aplicativo de mensagem *WhatsApp*, e regulamentado pelo Ato nº 401, de 28 de julho de 2017.

O preenchimento do Termo de Declaração por assistido permite saber que este possui o *WhatsApp* e que se comprometeu com todos os requisitos para participar do projeto. Assim as declarações são colhidas, escaneadas e inseridas no

programa Solução Avançada em Atendimento de Referência (SOLAR), utilizado pela Defensoria Pública do Estado do Tocantins. Dessa forma, semanalmente é feita a contagem dos assistidos que passaram a ser adeptos do projeto.

A redução dos custos com a conta de telefone, sem gerar aumento em nenhuma outra área é outra grande vantagem do projeto. O envio das mensagens perfaz a satisfação do servidor que envia as mensagens, e a do assistido que as recebe. Isso dinamiza o tempo de trabalho. A cada dia recebemos mais adesões de assistidos que demonstram satisfação com o projeto e repassam um feedback positivo, no intuito de expandir a ação, com o planejamento devido, de forma adequada e com as adaptações necessárias para atender ao nosso público-alvo.

2 MÉTODOS

O método utilizado foi o quantiquantitativo, pois abrange o aspecto quantitativo referente ao número de participantes e às mensagens enviadas pelo aplicativo, sempre priorizando a visualização destas no prazo máximo de três dias do envio, que corresponde à coleta de dados na Defensoria Pública do Estado do Tocantins, polo de Gurupi que possui quatorze Defensorias, das quais apenas sete são beneficiárias do Zap Defensoria.

Utilizamos a qualitativa para averiguar como as mensagens são entregues e o grau de satisfação dos assistidos com a presente ferramenta de comunicação. Nesse aspecto, usamos a técnica direta para obter opinião dos assistidos para aprimor-

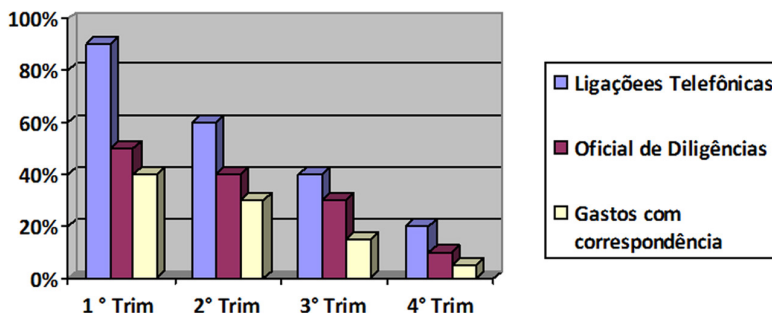
rar o projeto. Também foram efetuadas pesquisas documentais em *web sites* em vários Tribunais de Justiça e Defensorias Públicas.

3 RESULTADOS

O projeto conta atualmente com cerca de 670 assistidos participantes e 315 mensagens enviadas. Assim, existe a redução de gastos com ligações telefônicas, com Correios ou com combustível para o oficial de diligências.

Sabe-se que o caminho a percorrer para a sedimentação do projeto é longo, mas a jornada tem demonstrado que a prática gera resultados positivos, agregando muitos ensinamentos à Instituição. Podemos destacar os índices das ligações telefônicas, diligência efetuada pelos oficiais e correspondências postadas via correio com o AR, na 5ª Defensoria Cível de Gurupi, conforme demonstra o gráfico:

Gráfico 1 – Número de ligações realizadas.



Fonte: Autoras do projeto (2018)

Os dados apresentados correspondem a novembro de 2017 a outubro de 2018 e apontam ter havido a efetiva redução de gastos com ligações telefônicas, diligências e postagens nos correios. A economia pode ser ainda maior quando integrar mais Defensorias no estado do Tocantins. Importante destacar que a comunicação rápida, eficaz e eficiente é indispensável para a nossa atuação institucional.

4 DISCUSSÃO

Atualmente, de todas as mensagens enviadas apenas três assistidos não receberam/leram a notificação no prazo de três dias a contar do envio; trata-se certamente de assistido sem internet ou com celular defeituoso. Dessa forma, é mínimo o percentual que não logrou êxito, além de a responsabilidade ser dos assistidos, sendo estes notificados por ligações telefônicas ou correspondências.

Nesse sentido, preconiza a Lei Complementar nº 63, de 2010, que altera a Lei Complementar 55, de 27 de maio de 2009, que organiza a Defensoria Pública do Estado do Tocantins, nas partes que especifica, e adota outras providências, estabelece que:

Art. 2º A. São direitos dos assistidos da Defensoria Pública, além daqueles previstos na legislação estadual ou em atos normativos internos:

I - a informação sobre:

[...]

- b) a tramitação dos processos e os procedimentos para a realização de exames, perícias e outras providências necessárias à defesa de seus interesses;
- II - a qualidade e a eficiência do atendimento (TOCANTINS, 2010, p. 1, grifo nosso).

Além da praticidade ao assistido e da economia gerada na Instituição, verificamos que a possibilidade de contato com o assistido via *WhatsApp* é salutar para a segurança de membros e servidores. Isso porque, ao enviarmos a notificação por escrito ao assistido e ainda sem custo algum, seria facilmente verificada a atuação da Defensoria responsável, isentando o membro e o servidor da alegação de falta funcional.

O Tribunal de Justiça de Roraima também utiliza o aplicativo para enviar as intimações do Juizado Especial para as partes que não possuem advogados. A corregedora-geral de justiça, desembargadora Tânia Vasconcelos, chega a afirmar que esse tipo de intimação é totalmente válido, e destaca que:

Conseguimos com a ferramenta reduzir custos, uma vez que não é necessária a intimação pessoal por oficial de justiça. Não há necessidade de impressão de documento, participação de demais servidores lotados nas unidades de protocolo, central de mandados, além de reduzir o tempo de contato com a parte. Quase que imediatamente após o envio, a parte é intimada (VASCONCELOS, 2016 não paginado *apud* TAMANINI, 2016, não paginado)

Nesse sentido, para consubstanciar o projeto, foi enviada ao SIC (REF: PA 0009230/2017), do Tribunal de Justiça

do Distrito Federal, solicitação de informações referente a intimações via *WhatsApp*, e em resposta destacamos a satisfação do usuário mediante o explanado pelo desembargador Cruz Macedo, atual corregedor da justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

Já em relação ao grau de satisfação das partes, informou que no Juizado Especial Cível de Planaltina, onde foi implementado o projeto piloto, de outubro de 2016 a março de 2017, foram realizadas 741 intimações por meio do aplicativo *Whatsapp*, e destas, 98% apresentaram sucesso, o que demonstra um elevado grau de aceitação e satisfação das partes (BRASIL, 2017, p. 2).

Nessa mesma esteira, o Conselho Nacional de Justiça aprovou por unanimidade o uso do *WhatsApp* como ferramenta para intimações para todo o Poder Judiciário, nos termos do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0003251-94.2016.2.00.0000, ao contestar a decisão da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO), que proibira a utilização do aplicativo no âmbito do Juizado Civil e Criminal da Comarca de Piracanjuba/GO (BRASIL, 2017).

Portanto, o aplicativo é uma ferramenta utilizada pelos Tribunais e Defensorias Públicas, com destaque para Defensoria Pública do Tocantins, seguida pela do Distrito Federal, onde o aplicativo é utilizado com o objetivo de realizar as intimações com rapidez e diminuir os custos do processo, atendendo assim à celeridade e à economia processual. Esse pro-

jeto explora o direito digital na sociedade jurídica, agregando principalmente agilidade.

5 CONCLUSÃO

Portanto, as notificações via *WhatsApp* realizadas pelo projeto Zap Defensoria possuem cerca de 93% de êxito, sendo esse percentual mensurado entre as mensagens enviadas e lidas pelos participantes do projeto, tendo um impacto positivo na diminuição dos gastos com ligações telefônicas, gasolina e impressões. Consequentemente dinamiza o tempo dos servidores diante das atribuições diárias para prestar um atendimento de excelência e humanizado.

Ainda são necessárias adaptações e melhorias, lembrando-se, contudo, de firmar os passos já dados. Os assistidos participantes sempre elogiam e expressam como ficou mais rápida e eficiente a comunicação entre a Defensoria Pública e o assistido. Assim, o envio das mensagens pelo aplicativo agregou na missão e visão da Defensoria trazendo acolhimento e aprimoramento no contato da Instituição com o público-alvo. Essa prática promove a proximidade ao acesso à Justiça com a eficiência da comunicação dos atos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Cintia. **Mais de 520 assistidos da DPE em Gurupi já aderiram ao serviço “Zap Defensoria”**. Defensoria Pública do Estado do Tocantins, 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.to.def.br/noticia/28478>. Acesso em: 29 jun. 2018.

BANDEIRA, Regina. **WhatsApp pode ser usado para intimações judiciais**. Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85009-whatsapp-pode-ser-usado-para-intimacoes-judiciais>. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Processo Administrativo 0009230/2017**. Relator Desembargador Cruz Macedo, 15 de maio de 2017. p. 2.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Procedimento de Controle Administrativo 0003251-94.2016.2.00.0000**. Requerente: Gabriel Consigliero Lessa. Requerido: Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás. Relatoria: Daldice Santana, 26 de junho de 2017. Brasília, DF: CNJ, 26 jun. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-cnj-intimacao-whatsapp.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Defensoria Pública do Distrito Federal. **Defensoria Pública do DF utilizará WhatsApp para se comunicar com seus assistidos**. 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.df.gov.br/defensoria-publica-do-df-utilizara-whatsapp-para-se-comunicar-seus-assistidos/>. Acesso em: 13 ago. 2018.

TAMANINI, Irineu. Intimação via WhatsApp, **Direito Global**, 2016. Disponível em: <http://www.direitoglobal.com.br/noticias/intimacao-via-whatsapp>. Acesso em: 5 de abril de 2017.

TOCANTINS. Lei Complementar N° 63, de 10 de fevereiro de 2010. Altera a Lei Complementar 55, de 27 de maio de 2009, que organiza a Defensoria Pública do Estado do Tocantins. **Diário Oficial do Estado do Tocantins**: Atos do Poder Legislativo, Palmas-TO, ano 22, n. 3.076, 11 fev. 2010. Disponível em: <http://doe.to.gov.br/diario/1389/download>. Acesso em: 13 ago. 2018.

**RESOLUÇÃO Nº 181, DE 2017, DO CONSELHO
NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP): por
uma prática restaurativa que se adapte às prerrogativas da
defensoria pública**

Rodrigo Casimiro Reis¹

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público (considerando o decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 593727,² “a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público [...]” e “[...] a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País”) editou, em 7/8/2017, a Resolução nº 181 que, após críticas por parte de operadores do direito, foi alterada pela Resolução nº 183, de 24/1/2018 (BRASIL, [2018], p. 2).

Analisando os “considerandos” do mencionado ato infralegal e o texto dos arts. 1º, 2º e 3º da citada Resolução, constata-se que a referida norma foi editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público com o fim precípuo de regu-

¹ Especialista em Direito Constitucional, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Graduado em Direito, pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro (FENORD). Defensor Público do Estado do Maranhão. Email: rodrigoreis@ma.def.br.

² Repercussão Geral, Relator: Min. Cezar Peluso, Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14/5/2015.

lamentar a atuação dos membros do *parquet* no que tange aos Procedimentos Investigatórios Criminais (PICs), que são instaurados e presididos por promotores de justiça e procuradores da República.

Ocorre que o art. 18 da Resolução nº 181, de 2017, prevê hipótese *sui generis* de não persecução penal (**prática restaurativa similar ao *pleabargaining*** do direito norte-americano), instituto **(i)** que não encontra similitude com nenhum outro previsto em lei federal; e **(ii)** que se aplica, em tese, **não somente aos Procedimentos Investigatórios Criminais**, mas também a **Inquéritos instaurados pela autoridade policial e que tramitam perante o Poder Judiciário**. (BRASIL, [2018]).

Confira-se trecho do art. 18, §§ 2º, 3º e 4º, da Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 18. **Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos**, e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) [...]

§ 2º **A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo** serão registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinadas a obter mais fidelidade das informações, **e o investigado deve estar sempre**

acompanhado de seu defensor (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018).

§ 3° O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, **e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.** (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018).

§ 4° Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) (BRASIL, [2018], p. 15-17).

O referido dispositivo prevê que o defensor (e aqui leia-se advogados e defensores públicos) deverá (a) estar presente à audiência (designada pelo órgão ministerial e na qual o *parquet* oferece a proposta de não persecução ao investigado/assistido); e (b) firmar o mencionado acordo.

Considerando a suposta inconstitucionalidade da Resolução n° 181, de 2017, a Associação Médica Brasileira (AMB) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram, no final do ano de 2017, as ADIs de n°s 5.790 e 5.793, perante o Supremo Tribunal Federal, que ainda não tiveram os pedidos de liminar examinados por parte do relator, o ministro Ricardo Lewandowski.

2 SITUAÇÃO FÁTICA OCORRIDA NA PRÁTICA DEFENSORIAL

O defensor público signatário desse parecer foi procurado por assistidos que, munidos de notificações expedidas por membro do Ministério Público com atuação na Comarca de Balsas/MA, solicitaram assistência jurídica em audiências designadas pelo órgão ministerial para tratar dos denominados acordos de não persecução.

Esse signatário expediu Ofícios ao ilustre membro do *parquet* informando **(i)** que tramitam duas ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (nas quais se impugna a citada Resolução); **(ii)** que esse órgão defensorial presta atendimento jurídico à população no turno em que haviam sido designadas as audiências; e **(iii)** que constitui prerrogativa da Defensoria Pública, nos termos do art. 24 da Lei Complementar (LC) do Estado do Maranhão nº 19, de 1994, e do art. 128, I, da Lei Complementar nº 80, de 1994, ser intimada pessoalmente e receber os autos com carga, **requerendo, ao final**, acesso aos autos dos inquéritos/procedimentos e redesignação das audiências para turno diverso do originalmente marcado (MARANHÃO, 1994; BRASIL, [2009]).

O nobre promotor de justiça, em resposta aos mencionados Ofícios, encaminhou a este órgão defensorial cópia digitalizada dos Inquéritos Policiais e se comprometeu a redesignar as audiências para horário previamente ajustado com esse signatário.

3 ADEQUAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 181, DE 2017, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ÀS PRERROGATIVAS DA DEFENSORIA PÚBLICA

A par da suposta inconstitucionalidade da Resolução nº 181, de 2017, (**ato infralegal** que **(i)** legislou sobre matéria de direito processual penal (violando o art. 22, I, da Constituição Federal, de 1988); **(ii)** instituiu o “benefício” da não persecução penal para hipóteses não abarcadas pela Lei nº 9.099, de 1995; **(iii)** extrapolou competência regulamentar conferida pela Constituição Federal, de 1988, ao Conselho Nacional do Ministério Público; e **(iv)** criou hipótese de não persecução penal que, embora prevista originalmente para os PICs, tem sido aplicada até mesmo a inquéritos policiais), certo é que a citada norma permanece em vigor, já que os pedidos de liminar formulados pela Associação Médica Brasileira e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ainda não foram examinados pelo ministro relator Ricardo Lewandowski.

Fixada essa premissa, o defensor público signatário submeteu ao Conselho Superior da Defensoria Pública do Maranhão o exame do art. 18, §§ 2º e 3º, da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, sugerindo a edição de enunciado que compatibilize a aplicação da aludida Resolução às prerrogativas da Defensoria Pública, previstas no art. 24 da Lei Complementar Estadual nº 19, de 1994, e no art. 128, I, da Lei Complementar nº 80, de 1994.

Da leitura do art. 18, §§ 2º e 3º, da Resolução nº 181, de 2017, constata-se que esse dispositivo não previu que os investigados, supostamente beneficiados pela proposta de não persecução, podem ser eventualmente assistidos juridicamente por membros da Defensoria Pública, profissionais que detêm **as prerrogativas de intimação pessoal e de receber os autos com carga.**

E nesse ponto reside mais uma possível incongruência da citada norma, já que eventual carga dos autos somente pode ser autorizada pelo Juízo, e não por membro do *parquet*, restando claro que a citada Resolução foi editada: (i) sem observar as prerrogativas da Defensoria Pública; e (ii) com o fim de viabilizar o trâmite direto dos autos do Inquérito entre a Polícia Civil e o Ministério Público, sem passar pelo prévio crivo do Poder Judiciário, instituição que, **nos termos do Código de Processo Penal**, é a responsável por autorizar diligências na fase pré-processual.

Registre-se, por fim, que não se está aqui a contestar a importância do instituto da não persecução penal criado pela Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, **prática restaurativa de extrema relevância**, que visa “desafogar” o Poder Judiciário e propiciar resposta estatal célere à suposta prática de infração penal.

Ocorre que, nos termos da **Resolução nº 225, de 2016, do Conselho Nacional de Justiça**, tal prática restaurativa deve: **(i)** estar prevista em lei federal; **(ii)** propiciar que o defensor do investigado/assistido, nos termos do **art. 2º, §§ 4º e**

5º, da citada Resolução do Conselho Nacional de Justiça³, possa efetivamente construir a melhor solução para o caso (oferecendo contraproposta); e **(iii)** observar as prerrogativas da Defensoria Pública.

4 CONCLUSÃO – PROPOSTA DE ENUNCIADO E DE INGRESSO DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) COMO AMICUS CURIAE NOS AUTOS DAS ADIS N.ºS 5.790 E 5.793 EM CURSO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ante o exposto e tal como levado a termo: **(i)** nas notificações recebidas no Núcleo Regional da Defensoria de Balsas/MA; e **(ii)** na proposta encaminhada ao Conselho Superior da Defensoria Pública do Maranhão, o defensor signatário deste parecer propõe uma **reflexão sobre o texto do art. 18 da Resolução n.º 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público**, sugerindo a edição de enunciado que compatibilize a observância da citada norma com as prerrogativas

³ § 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro. § 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (BRASIL, 2016, p. 6, grifo nosso).

atribuídas à Defensoria Pública (ao menos até que a inconstitucionalidade da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público seja examinada pelo Supremo Tribunal Federal), propondo minuta de verbete com o seguinte texto:

O Defensor Público, ao tomar ciência de designação de audiência para o fim do art. 18 da Res. n. 181/2017 do CNMP, deve oficiar ao Promotor de Justiça responsável, a fim de que seja encaminhada cópia dos autos com antecedência e solicitar que, em caso de incompatibilidade de horário com outro compromisso previamente definido pelo órgão defensorial, seja redesignada a audiência, sob pena de não comparecimento justificado, em virtude da ausência de observância das prerrogativas previstas no art. 24 da LC Estadual n. 19/94 e no art. 128, I, da LC n. 80/94.

Considerando, ainda: **(i)** o preenchimento dos requisitos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868, de 1999, e do art. 138 do Código de Processo Civil (CPC); e **(ii)** tendo em vista o interesse direto da Defensoria Pública na análise da matéria tratada pela Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, **o signatário sugere o ingresso da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, na condição de *amicus curiae*, nos autos das ADIs nºs 5.790 e 5.793, em curso perante a Suprema Corte.**

É o parecer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF: Presidência da Republica, 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre política nacional de justiça restaurativa no âmbito do poder judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Repercussão Extraordinário 593727.**
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, 14 de maio de 2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015.

**TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA ANTECEDENTE:
possibilidade de estabilização de seus efeitos e aplicação
subsidiária da técnica monitoria**

Ismael de Souza Lima ¹

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade central a análise e discussão de questões específicas relativas à aplicação do instituto inédito da Tutela Provisória Satisfativa Antecedente, inaugurada com a sanção, em 16/3/2015, do Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105, de 2015, com vigência a partir de 18/3/2016, bem assim pela adoção da técnica própria da ação monitoria quanto ao regime de estabilização dos efeitos da decisão concedida antes da propositura do processo principal, que a distingue da tutela cautelar provisória antecedente. O trabalho foi desenvolvido a partir do suporte teórico e literatura jurídica eleita, na perspectiva de se verificar a utilidade prática e concreta do novel instituto jurídico processual em referência, capaz de equacionar, de forma tempestiva, eficiente e com efetividade o direito material subjetivo da parte, que precisa de proteção em situação de urgência, por meio de

¹ Especialista em Direito Processual Civil e Recursos, pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL), Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (CEUT) - atual Faculdade Estácio de Teresina. Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Tocantins. E-mail: ismael.sl@defensoria.to.def.br.

decisões concedidas em cognição sumária (não exauriente) e provisória. Portanto, procurou-se evidenciá-la em alto grau, sem desmerecer as críticas e longe de ser encarada como infração ao princípio da segurança jurídica e ao devido processo legal, visto como autêntico instrumento de fortalecimento do exercício do direito fundamental do acesso à justiça, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Palavras-chave: Novo Código Processo Civil. Antecedente. Cognição. Monitorização. Estabilização.

ABSTRACT

The following article has for the main reason the analysis and discussion of specific questions related to the application of the unprecedented institute of Previous Satisfactory Provisional Custody, inaugurated with the sanction, in 3/16/2015, of the New Civil Process Code (NCPC), the piece of legislation nº 13.105/2015, with validity starting from 3/18/2016, as much for the own technique's of monitoring action adoption as the stabilization regimen of the decision effects granted before the main process proposition, which it's distinguished from the previous temporary custody. The project was developed from theoretical support and elected juridical literature, in the view of verify the utility of the recent juridical institute, capable of equating in a right time, efficiently the subjective material right

from the part, that needs protection in an urgency situation, by decisive means granted in brief cognition (not extenuated) and provisory. Therefore, it was examined in a high level, without detracting the critics and far away of being faced with infraction for the security juridical standard and to the legal process due, seem as an authentical fortification instrument of fundamental right exercise of the justice access, consecrated in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, from 1988.

Keywords: New Civil Process Code. Previous. Cognition. Monitoring. Stabilization.

1 INTRODUÇÃO

Existe consenso de que as constantes transformações estabelecidas no seio da sociedade exigem da ciência do direito um acompanhamento mais estreito ou pelo menos não permaneça tão distante da contínua mutação social.

Não raro, as mutações sociais trazem em seu bojo a necessidade de que o Estado fortaleça e mesmo desenvolva mecanismos processuais de proteção do direito material subjetivo em situação de perigo, sejam os direitos garantidos pela Constituição Republicana, de 1988, ou previstos em legislação infraconstitucional.

Nessa perspectiva, foi o presente artigo projetado e executado, tendo em vista a primeira legislação processual civil, elaborada e aprovada num contexto, reconhecido de forma

unânime pelos operadores do direito, genuinamente democrático, que promoveu alterações, supressões e inovações advindas desse novo sistema de direito instrumental quando comparado ao revogado Estatuto, de 1973. Trata-se do Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei Federal nº 13.105, publicada em 17 de março de 2015.

A novel legislação de direito processual civil inaugurou, de forma inédita no ordenamento jurídico nacional, o instituto da tutela provisória antecipada (satisfativa) antecedente, uma subdivisão da espécie Tutela Provisória de Urgência, que intencionalmente coincide com a delimitação do tema perseguido.

Integrou, semelhantemente, a finalidade de o presente trabalho oferecer, de forma zelosa, clara e objetiva e, obviamente, sem a pretensão de exaurir o tema proposto, algumas respostas para o problema de pesquisa que orienta esta monografia.

Particularmente, diga-se, na verificação dos benefícios relativos à utilização da técnica monitoria aplicada na estabilização da medida antecipatória, antes mesmo de ser formulada a demanda principal, como também na demonstração de quais situações, a depender do comportamento das partes no processo, poder-se-á obstar a estabilidade dos efeitos antecipatórios.

Portanto, as situações-problema suscitadas, que recheiam a questão de pesquisa, foram construídas e delimitadas para oferecer razão às indagações, após o deferimento da medida sumária antecedente *limine litis* ou após justificação pré-

via, mas sem apresentação de peça contestatória, notadamente, reitere-se, pela autonomização que o legislador do Novo Código de Processo Civil dispensou à medida antecipatória (satisfativa).

O caminho percorrido, que sustentou e tornou realidade o desiderato do tema fixado, teve bases alicerçadas na pesquisa bibliográfica, a partir da exploração do referencial teórico eleito de forma organizada, além de leis, como também dos periódicos, mídias eletrônicas e particularmente a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, referenciais aptos a iluminar satisfatoriamente a problematização pontuada, bem como despertar a comunidade jurídica a respeito de um tema inovador e de sensível repercussão, considerado em suas especificidades.

2 BREVE EVOLUÇÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA (PROVISÓRIAS) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É sabido que ao órgão jurisdicional é atribuído o poder-dever de pacificação dos conflitos sociais, como também o instrumento capaz de materializar a proteção do direito posto sobre ameaça ou lesado é o processo, por meio do exercício imprescritível do direito de ação que “é doutrinariamente concebida como um direito público abstrato de requerer a tutela jurisdicional do Estado” (WAMBIER, *et al.*, 2001, não paginado *apud* PAULA, 2004, não paginado), promover a solução da lide de forma pacífica.

Ressalvadas algumas ações de rito especial, a exemplo das ações possessórias, não existia no Código de Processo Civil, de 1973, antes do ano de 1994, previsão legal para concessão de tutelas antecipadas desde o início do processo, motivo pelo qual os advogados utilizavam as cautelares inominadas atípicas (artigos 798, Código de Processo Civil, de 1973), como medida excepcional para antecipar o próprio mérito, ou seja, antes da prolação da decisão final.

Foi exatamente com a Lei nº 8.952, de 1994, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil, de revogado, em particular o artigo 273,² que se tornou possível, no processo de conhecimento, obter proteção rápida e efetiva do direito material subjetivo em perigo antes da cognição definitiva, desde que supridos os requisitos autorizadores do mencionado artigo.

Para uma resposta jurisdicional mais efetiva e justa, a Lei nº 10.444, de 2002, incluiu o famigerado §7º ao artigo 273³ do antigo Código de Processo Civil viabilizando a fungibilidade entre as duas tutelas de urgência, permitindo ao julgador ativo obstar o perecimento do direito.

Com a instituição do novo estatuto processual civil, o

² “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.” (BRASIL, 1994, não paginado).

³ “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.” (BRASIL, 2002, não paginado).

doutrinador Gonçalves (2015, p. 718, grifo nosso) assevera que,

[...], embora o CPC atual mantenha a distinção entre tutela antecipada e cautelar, passou a discipliná-las em conjunto, como espécies do mesmo gênero. No sistema atual, nem era preciso considerá-las fungíveis, já que ambas passaram a compor o **gênero único das tutelas provisórias**, ficando o juiz autorizado a conceder a medida que entender mais adequada no caso concreto (art. 297 do CPC).

Assim, a natural tendência era a de que o Novo Código de Processo Civil, mais do que atualizar, promovesse inovações inerentes ao instituto da tutela antecipada, tornando, agora, expressamente autorizada a proteção do direito material por meio da tutela provisória de urgência, na modalidade cautelar ou antecipada, no particular à segunda, a sua concessão em caráter antecedente, a partir da adoção da técnica processual própria inerente à ação monitória.

3 DA TÉCNICA PRÓPRIA DA AÇÃO MONITÓRIA

A ação monitória foi introduzida no revogado Código de Processo Civil, de 1973, por meio da Lei nº 9.079, de 14/7/1995, e consiste em procedimento especial mantido no Novo Código de Processo Civil (arts. 700, 701 e 702), que sofreu sensível transformação e ampliação, embora, para efeitos do tema eleito, será fixada tão somente a generalização dos

pontos aplicáveis ao procedimento peculiar relacionados aos casos de tutela provisória satisfativa (antecipada) deferida de forma sumária e antes da confecção do pedido definitivo, intencionando a estabilização da medida.

Para fazer jus ao procedimento especial monitorio, o legitimado terá de se valer de prova escrita desprovida de força de título executivo (art. 700, caput) contra devedor capaz, provando a origem do crédito cobrado.

A petição inicial observará todos os requisitos do art. 319 do Novo Código de Processo Civil, devendo o autor explicitar as hipóteses previstas nos incisos do § 2º, sob a cominação de pena de indeferimento disposta no § 4º, ambos do art. 700 (BRASIL, [2017]).

Evidenciado o direito do autor, o magistrado citará a parte-requerida, e caso cumpra o mandado monitorio, será recompensado (incentivo) com a fixação em 5% sobre o valor da causa para efeito de pagamento de honorários advocatícios, no prazo de quinze dias, e isenção do pagamento de custas do processo (art. 701, caput, § 1º).

Segundo Theodoro Júnior (2016, p. 387, grifo nosso), o procedimento da tutela monitoria:

funciona, em suma, como uma técnica de inversão do ônus da **iniciativa acerca da instauração do contraditório para o juízo de cognição plena e completa**, transferindo-se para a parte que normalmente não o tem (o **demandado**), e tornando eventual o desenvolvimento do pleno contraditório, já que **o réu pode não provocá-lo**. Só haverá, na verdade, contraditório pleno, ‘quando for necessário’.

Diante do acerto provisório adimplido pelo demandado, tem-se a satisfação do direito do credor, razão pela qual o processo será extinto. Todavia, se o demandado permanecer inerte ou não opor os embargos (art. 701, § 2º), sua omissão defensiva (revelia) transformará o mandado monitório em título executivo judicial, e os atos expropriatórios seguirão o rito próprio do cumprimento de sentença Título II do Livro I da Parte Especial (BRASIL, [2017]).

Por outro viés, se o réu embargar a monitória, nos próprios autos, em regra, certo que o mandado monitório ficará suspenso (art. 702, § 4º), com a instauração do contraditório e, a tramitação pelo procedimento especial, como resultado, cederá lugar ao do rito comum (BRASIL, [2017]).

Portanto, ter-se-á uma cognição ampla e exauriente com a finalidade de formação da convicção do julgador apta ao pronunciamento definitivo por meio de sentença, sendo a decisão de acolhimento ou rejeição dos embargos impugnável pelo recurso de apelação (art. 702, § 9º) (BRASIL, [2017]).

4 PROVIMENTOS PROVISÓRIOS

O Novo Código de Processo Civil batizou de tutela provisória o Livro V da parte especial, cujas disposições gerais foram dispostas no título I, subdividindo o gênero em tutela provisória de urgência (cautelar e antecipada) e da evidência.

Pontue-se que a tutela provisória de urgência poderá ser concedida tanto em caráter antecedente como de forma

incidental, e suas disposições gerais compreendem os artigos 300, 301 e 302, enquanto a tutela provisória da evidência só será deferida incidentalmente, cujas hipóteses estão localizadas no artigo 311 do mesmo diploma instrumental.

No tocante à provisoriedade, Didier Júnior (2015, p. 587) comenta que “A finalidade maior da tutela provisória é conferir efetividade à função jurisdicional. Somente quando a medida for apta a alcançar esse fim, ela deve ser concedida.” O que deve ser verificado casuisticamente.

Resulta que o termo provisoriedade é típico das tutelas de urgência e evidência, portanto, estas podem ser substituídas após pronunciamento definitivo, como se percebe das lições de Neves (2015, p. 813, grifo nosso) ao asseverar que,

Segundo a previsão do art. 296, caput, do Novo CPC, a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. **A regra legal reforça a compreensão de que tanto a tutela de urgência como a tutela da evidência são tutelas provisórias, que não existem para durar eternamente.**

A despeito de o provimento provisório possuir vocação natural que o encaminha para a substituição por uma resposta ou decisão definitiva, como se verá, em procedimento diferenciado, revestir-se-á de um grau de estabilidade tão estável, todavia, sem jamais se confundir com o instituto da coisa julgada.

Neves (2015, p. 817, grifo nosso) acrescenta que,

“**Proferida por meio de uma cognição não exauriente**, com limite de duração predeterminado – enquanto a sentença não vier a tomar seu lugar, é indiscutível o seu caráter provisório, como já devidamente demonstrado.”

A doutrina acima citada reitera que a decisão que antecipa ou assegura a efetividade do direito da parte, por ser concedida numa análise superficial do julgador, aguarda, em regra, um comando judicial definitivo do acerto do direito em discussão.

Enquanto para o doutrinador Marinoni (2015, p. 214), o Novo Código de Processo Civil comentado, quanto à decisão provisória, afirma que:

Como o Código prevê a possibilidade de estabilização da tutela satisfativa de urgência (arts. 303 e 304, CPC), **o conceito de provisoriedade adequado ao direito brasileiro deve sofrer um acréscimo**: provisória é aquela decisão que tendencialmente não dura para sempre e potencialmente será substituída por outra com objeto tendencialmente coincidente no todo ou em parte.

Não obstante a provisoriedade inerente à tutela provisória, é justamente no regramento da tutela sumária antecedente que se definirá a distinção de regime jurídico no Novo Código de Processo Civil entre tutela satisfativa (antecipada) e cautelar (assecuratória).

5 DA TUTELA SUMÁRIA PROVISÓRIA SATISFATIVA ANTECEDENTE

Cabe inicialmente registrar que o instituto em apreço trata-se de tema inédito inaugurado no Novo Código de Processo Civil, haja vista a inexistência no Código de Processo Civil, de 1973, revogado, inspirado na legislação estrangeira, em particular, do *référé provision* francês, pois, conforme Marinoni (2016, p. 105): “Embora tecnicamente possível, como mostra a experiência do *référé provision* francês (art. 809, *Code de Procédure Civile*), nosso legislador optou por limitar a tutela antecipada antecedente aos casos de urgência.”

De acordo com o parágrafo único do art. 294 do Novo Código de Processo Civil, a antecipação da providência provisória (satisfativa) pode ser pleiteada antecedentemente ao aforamento da demanda principal e deferida em cognição sumária e baseada, como se espera, na urgência (BRASIL, [2017]).

Ademais, os requisitos para a concessão da medida antecedente estão descritos no art. 300⁴, constituído pela probabilidade do direito, que consiste na demonstração pela narrativa fática, ainda que minimamente, ser provável o direito (fumaça do bom direito).

Enquanto que o perigo de dano resulta da famigerada demora “normal” do processo, ou seja, a espera pela resposta

⁴ “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” (BRASIL, [2017], não paginado).

do órgão jurisdicional, que poderá até mesmo comprometer sua utilidade final (*periculum in mora*), além de irreparável ou de difícil reparação, que levaria ao perecimento do direito.

Considerando que a tutela antecipatória antecedente seja deferida liminarmente ou após justificação prévia (§ 2º do art. 300), é possível ao magistrado exigir caução idônea (§ 1º), caso entenda existir perigo da irreversibilidade da medida concedida de forma precária, também conhecida como contra-cautela.

5.1 PROCEDIMENTO PRÓPRIO DA TUTELA SATISFATIVA PROVISÓRIA ANTECEDENTE

A técnica antecipatória tem íntima vinculação ao princípio constitucional da igualdade quanto à distribuição do encargo do tempo de tramitação do processo. Logo, o legislador previu disciplina própria relativa à tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa), em caráter antecedente, no capítulo II, título II, Livro V (artigos 303 e 304) do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, a situação de urgência deve ser contemporânea à propositura da ação (caput, art. 303), sendo que ao autor incumbe, na petição inicial, limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e haja a intencionalidade de optar por esse procedimento (§ 5º), bem assim à indicação do pedido de tutela definitiva e valor da causa com suporte neste (§ 4º), com a exposição da lide, além do direito que se busca realizar e do

perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

A jurisprudência a seguir retrata exemplo de deferimento da medida:

Apelação – Pedido para fornecimento de medicamentos – Medida liminar concedida em caráter antecedente – Tem-se entendido que há solidariedade entre os entes federados para o fornecimento de medicamentos e insumos à saúde, restando ao pleiteante escolher quem irá acionar – A administração pública não pode eximir-se da obrigação de fornecer medicamentos sob a alegação de falta de numerário – Recurso improvido (SÃO PAULO, 2016a, p. 2).

Na hipótese de indeferimento da tutela antecipada, caberá ao autor (§ 6º do art. 303) emendar a petição inicial em até cinco dias, para a instauração do procedimento principal, sob pena de indeferimento e consequente extinção do feito sem exame do mérito (§ 2º). Mas seria possível recorrer-se dessa decisão, se proferida após aditar a inicial?

O magistério de Theodoro Junior (2016, p. 666), no ponto, é esclarecedor, pois,

Se a pretensão à tutela antecipada, mesmo depois da emenda saneadora das deficiências da petição inicial, não apresentar condições para justificar a medida provisória satisfativa, o juiz a denegará e o processo se extinguirá, sem que o réu tenha sido citado. É sempre bom lembrar que o objeto da pretensão formulada na petição inicial, *in casu*, é a medida liminar *inaudita altera parte*, razão pela qual não há como se prosseguir depois que essa pretensão for denegada.

Entretanto, segundo o que Neves (2015, p. 861) preleciona: “O pronunciamento que indefere o pedido de tutela antecipada formulada em caráter antecedente é impugnável por meio do agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do Novo CPC.”

Infere-se que a intenção é a de que o agravo de instrumento seja medida idônea para obter a concessão de efeito suspensivo à decisão que extinguiu o processo em primeiro grau, e tentar revertê-la na instância superior.

6 DA ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA ANTECEDENTE SATISFATIVA E ADOÇÃO DA TÉCNICA MONITÓRIA

Contrariamente, entendendo o magistrado pela concessão da medida, por reconhecer a situação de urgência (art. 303, § 1º, I, do Novo Código de Processo Civil), será exigido do autor que proceda ao aditamento da petição inicial (I, § 1º, art. 303), com a complementação da sua argumentação, juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, no prazo de quinze dias, ou em outro prazo maior que o juiz fixar, sob pena de extinção do processo sem adentrar no mérito (art. 303, § 2º).

Naturalmente, a postura do requerente em não aditar a petição inicial, leva-se à presunção da falta de interesse na continuação do pleito rumo à estabilização, e, por força do dispositivo legal, “cessando *ipso iure* a eficácia da tutela an-

tecipada concedida” (DONIZETTI, 2016, p. 1.025). Ou seja, independentemente da vontade da parte.

Por conseguinte, o novo diploma regulador do processo civil introduziu no ordenamento jurídico pátrio aquilo que Marinoni (2015, p. 2014) denominou de autonomização da tutela satisfativa antecedente, por entender que “Trata-se de uma opção que tem como objetivo principal viabilizar a introdução domecanismo da estabilização da tutela antecipada no direito brasileiro (art. 304).” Diga-se, já verificada na jurisprudência pátria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA. MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO DA DECISÃO. CABIMENTO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. Matéria devolvida em sede de agravo. Impugnação da Fazenda considera as limitações para concessão da tutela antecipada em caráter antecedente. Inteligência do art. 304 DO CPC. **A estabilização não qualifica a formação da coisa julgada. A estabilização da decisão estende a chamada técnica monitoria para as tutelas de urgência porque condiciona o resultado do processo ao comportamento do réu** (‘secundum eventos defensionis’). Realidade compatível com o regime jurídico que rege os atos do Estado em juízo, a exemplo do que ocorre com a ação monitoria, na qual a formação do título executivo é decorrência da inércia do réu (Súmula 339 do STJ). **Possibilidade de demandar o autor para rever, reformar ou invalidar a**

tutela antecipada estabilizada. Inexistência de óbices para requerer tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública. [...] (SÃO PAULO, 2016b, p. 2).

A despeito disso, faz-se mister enumerar e responder a algumas questões relativas ao inédito instituto, com a finalidade de revelar detalhes que permitam melhor compreender a autonomização da tutela antecedente satisfativa e os efeitos advindos da estabilização da medida.

Relembre-se de que a decisão que concede a medida antecipatória é tomada em juízo de cognição menos profunda, valendo-se da técnica peculiar à ação monitória, em que se inverterá a provocação do contraditório a depender do comportamento das partes. Senão, veja-se:

6.1 A EXTINÇÃO DO PROCESSO: será com exame, ou não, do mérito?

Como já asseverado anteriormente, na hipótese de concessão da medida (art. 303, caput) e realizado o aditamento, se o demandado, embora intimado da decisão (II, §1º) para que a cumpra, não interpuser o respectivo recurso (caput do art. 304), o processo será extinto, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, sem exame do mérito.

Considerando que a intimação do demandado ocorrerá posteriormente ao aditamento, infere-se que a estabilização e a consequente extinção do processo, dependerá do comporta-

mento do réu, uma vez que a única forma de impedir a estabilização é interpor o recurso de Agravo de Instrumento. Entretanto, a respeito do termo ‘recurso’ e sobre a extinção do processo, Marinoni (2015, p. 216) defende que,

No Código, o meio que dispõe o réu de evitar a estabilização da antecipação da tutela é a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 304, caput). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto (art. 304, §1º) - **obviamente com resolução do mérito favorável ao demandante** (art. 487, I). [...].

Certamente o argumento, que dá azo ao entendimento da extinção do feito com apreciação do mérito, é reforçado, pelo ilustre autor, mediante o valor atribuído à estabilidade da decisão pelo código, que se torna inarredável, pois estável pela ausência da ação própria no prazo legal, tendente a exaurir a cognição, embora o legislador negue a formação de coisa julgada, o que seria de duvidosa constitucionalidade.

E acrescenta:

É claro que pode ocorrer de o réu não interpor o agravo de instrumento, mas desde logo oferecer contestação no mesmo prazo - ou, ainda, manifestar-se dentro desse mesmo prazo pela realização da audiência de conciliação ou de mediação. **Nessa situação, tem-se que entender que a manifestação do réu no primeiro grau de jurisdição serve tanto quanto a interposição do recurso para evitar a estabilização dos efeitos da tutela** (MARINONI, 2015, p. 216, grifo nosso).

Certo que o doutrinador, nas linhas encimadas, defende que o demandado poderá utilizar-se de qualquer meio impugnativo, antes de escoar o prazo para interpor o agravo de instrumento, com plena aptidão, também, para obstar a estabilização da medida concedida.

Em sentido oposto, Donizetti (2016, p. 1.027, grifo nosso) aduz que

A mens legislatoris é no sentido de exigir o recurso como forma de evitar a estabilização. Trata-se de um ônus imposto ao demandado. Não basta contestar [...] **Ocorre que na ponderação dos princípios da amplitude do direito de ação/defesa e da celeridade, o legislador optou por este, de sorte que, não obstante a apresentação de contestação, o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 304, §1º)**, porquanto não houve cognição exauriente, tampouco a declaração de prescrição ou decadência.

Acerca da necessidade de interposição do recurso como meio de obstar a estabilização, lançou-se mão da seguinte jurisprudência, *verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE. PRELIMINAR. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REJEIÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA UTILIDADE E NECESSIDADE DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO. MÉRITO. ASTREINTES. NATUREZA. PROVA DO ADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. EFEITO.

NÃO ESTABILIZAÇÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA. ART. 304 NCPC. 1 - O interesse recursal [...]. In casu, tratando-se de impugnação de decisão deferitória de tutela de urgência de caráter antecedente, a via recursal adequada e útil é o agravo de instrumento, a teor do que dispõe o artigo 304 do NCPC. Preliminar de falta de interesse recursal rejeitada. 2 - A multa cominatória fixada pelo magistrado (*astrentes*) tem por intuito compelir o devedor a cumprir a obrigação de fazer. 3. Acerca da estabilização da tutela antecipada deferida em caráter antecedente, estabelece o artigo 304 do NCPC que ‘a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, torna-se imutável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso’. Isso significa que, uma vez deferida a tutela de urgência de caráter antecedente, sua não impugnação, pelo réu, por meio do recurso cabível, acarreta estabilização dos efeitos da decisão. 4. Utilizando-se o réu da via recursal adequada para evitar a estabilização dos efeitos da decisão concessiva da tutela antecipada, inclusive apresentando prova de adimplemento voluntário da obrigação de fazer prevista na decisão, conclui-se que o pedido de mérito recursal formulado, no sentido de não estabilizar a decisão, merece ser provido. 5 - Agravo de Instrumento conhecido. Preliminar rejeitada. No mérito, recurso provido (DISTRITO FEDERAL, 2016, p. 1).

Entende o ilustre doutrinador constituir a interposição do agravo de instrumento o único meio de obstar a estabilização da medida antecipatória antecedente deferida, uma vez que não atribui ao termo ‘recurso’ a concepção de impugnação genérica, a exemplo da contestação, porém e especificamente dirige-se para o agravo de instrumento.

6.2 SE A PARTE RÉ NÃO RECORRER DA DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA, PORÉM APRESENTAR A PEÇA CONTESTATÓRIA, HAVERÁ ESTABILIZAÇÃO?

Pela estabilização toma-se emprestada a posição adotada pelo doutrinador Donizete (*apud* THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 683, grifo nosso), lançada no item alhures descrito (tópico 6.1):

O autor admite que, **ao invés de agravar, o réu possa, no prazo de recurso, oferecer contestação** ou requerer a designação de audiência de conciliação, **como medida de economia processual para evitar a via recursal. Não se me afigura boa a medida, porque não se compatibiliza com o procedimento legal, que cuida de audiência e contestação somente depois de emendada a petição inicial para formular o pedido principal por parte do autor.** Contestar antes de o pedido ter sido complementado e antes de realizada a audiência de conciliação, provoca um tumulto e uma subversão do procedimento comum, ao qual se sujeita a medida antecipatória, quando não estabilizada.

Assim, o referido autor lembra-nos que, devido à inércia de o demandado não ter promovido a interposição do recurso contra a decisão interlocutória, já terá ocorrida a estabilização do provimento provisório, não havendo falar em apresentação de contestação ou outro meio impugnativo.

Logo, por existir considerável divergência quanto à

questão, importa transcrever as brilhantes lições do jurista Didier Júnior (2016, p. 607-609, grifo nosso), para quem:

Tem aptidão para a estabilidade do art. 304 tanto a decisão concessiva proferida pelo juízo de primeiro grau como a decisão (unipessoal ou colegiada) concessiva proferida em recurso de agravo de instrumento interposto contra decisão singular denegatória. [...] **Se, no prazo de recurso, o réu não o interpõe, mas resolve antecipar o protocolo da sua defesa, fica afastada a sua inércia, o que impede a estabilização** - afinal, se contesta a tutela antecipada e a própria tutela definitiva, o juiz terá que dar seguimento ao processo para aprofundar sua cognição e decidir se mantém a decisão antecipatória ou não.

Percebe-se, do trecho acima destacado, que o vocábulo ‘recurso’ (art. 304) foi interpretado como ‘impugnação’, em sentido amplo, de tal sorte que, se o demandado impugnar por meio do recurso de agravo de instrumento, contestação ou por simples petição, ter-se-ão afastadas tanto a sua inércia como a própria estabilização pretendida pelo autor.

6.3 SERIA POSSÍVEL, CASO A PARTE RÉ NÃO ‘IMPUGNE’ (REVELIA) A TUTELA DEFERIDA, A PARTE AUTORA ADITAR A INICIAL PARA O PROCESSO SEGUIR PARA UMA COGNIÇÃO EXAURIENTE?

Cabe reiterar que há doutrina que afirma categoricamente que a expressão ‘respectivo recurso’ (art. 304) reivindi-

ca unicamente o cabimento do agravo de instrumento, que, não interposto, acarretará a estabilização, mesmo diante do aditamento da petição inicial pelo autor.

Na certeza de que ocorrerá, nesse caso, a estabilização da medida satisfativa, invoca-se, nessa direção, o magistério de Donizete (2016, p. 503, grifo nosso), ao comentar que

A citação e intimação para audiência de conciliação ou mediação somente ocorrerá após o aditamento. Se o autor aditar a inicial e o réu não agravar, a tutela será estabilizada. Essa era a vontade do autor, que aderiu ao procedimento, para o qual era prevista essa consequência processual.

Portanto, o entendimento é o de que a parte autora foi quem elegeu um procedimento (§ 5º, art. 303) que permite ao juiz a análise sumária da matéria; contudo, exige que adite a inicial e, inexistindo interposição do agravo de instrumento pelo demandado, evidentemente haverá extinção do feito sem exame do mérito, consequentemente estabilização dos efeitos da tutela provisória satisfativa.

Semelhantemente, porém, com mais rigor, pela não possibilidade ou desnecessidade do aditamento, preconiza o douto Theodoro Júnior (2015, p. 667, grifo nosso):

[...] a regra do inciso I, do § 1º do art. 303, deve ser interpretada como medida a ser tomada após o prazo reservado ao requerido para recorrer, prazo esse que no sistema da tutela antecipatória deve funcionar como **uma oportunidade legal para serapurada a sua**

aquiescência ou não ao pedido do autor. [...] A interpretação sistemática, portanto, é a de que o prazo para aditar a inicial somente fluirá depois de ocorrido o fato condicionante, que é a interposição do recurso do réu contra a liminar. **Sem o recurso do réu, não há aditamento algum a ser feito pelo autor: o processo se extinguiu ex lege (art. 304, § 1º).**

O entendimento doutrinário em comento reforça a compreensão da consequência da escolha pelo próprio autor do tipo de procedimento peculiar concernente à estabilização, de acordo com o enunciado do artigo 303, § 5º, do Novo Código de Processo Civil.

6.4 CASO O JUIZ CONCEDA A MEDIDA E O AUTOR NÃO PROMOVA O ADITAMENTO, NEM O RÉU A IMPUGNE (SILÊNCIO DE AMBOS), O QUE RESULTARÁ?

Para que haja a estabilização dos efeitos (ou continuidade da eficácia) da tutela sumária satisfativa concedida em momento antecedente, faz-se essencial, também, a conjugação do ato de aditamento da inicial, além da inércia do demandado em não agravar. Pois, na concepção de Donizetti (2016, p. 1.035, grifo nosso):

O não aditamento da inicial incompleta equivale à hipótese de não emenda da petição inicial defeituosa (art. 321). No último caso, uma vez intimado, se o autor não emenda a inicial,

o processo será extinto sem o julgamento do mérito. **Idêntica situação se passa quando o demandante adere ao benefício previsto no §5º do art. 303 e não adita a petição inicial. Repita-se: sem o aditamento, o processo torna-se inviável, o que acarreta a extinção sem resolução do mérito e, conseqüentemente, a revogação da tutela antecipada eventualmente concedida, pouco importando se o demandado agravou ou não.**

Dessa forma, segundo a corrente doutrinária acima citada, independentemente de a parte ré agravar, ou não, da decisão interlocutória, o que determinará, nesse caso, a estabilização da tutela sumária deferida é o comportamento da parte autora em atender à intimação para aditar a petição inicial incompleta (I, § 1º, art. 303), mesmo aderindo ao benefício do § 5º do art. 303, caput.

Por outra perspectiva, se o autor aditar a petição inicial, o processo subsistirá com a manutenção dos efeitos da tutela satisfativa, ainda que sem estabilização, para julgamento do pedido de tutela definitiva; todavia, se ambas as partes permanecerem inertes, ocorrerá fenômeno diverso, conforme posição de Gonçalves (2016, p. 777, grifo nosso):

Mas, se não tiver havido o aditamento da inicial, nem tenha sido interposto recurso contra o deferimento da tutela antecipada antecedente, **ela tornar-se-á estável**. A estabilidade, instituída pelo art. 304 do CPC, para a **hipótese de o processo ser extinto**, quando não tenha havido recurso contra o deferimento da tutela antecipada satisfativa, constitui **das maiores novidades do atual sistema das tutelas pro-**

visórias, [...].

Por conseguinte, nessa hipótese, não se exige o aditamento para ocorrer o fenômeno da estabilização da medida, sendo suficiente o silêncio do autor e demandado, com a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito.

6.5 É POSSÍVEL AS PARTES REQUEREREM A REVISÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE JÁ ESTABILIZADA? SE POSSÍVEL, QUAL O PROCEDIMENTO LEGAL?

O novo estatuto processual civil estabelece que (caput, do art. 304) a tutela antecipada (satisfativa) concedida anteriormente, tornar-se-á estabilizada na hipótese de o demandado quedar-se inerte em não interpor o respectivo recurso.

Nada obstante isso, o § 5º do mesmo dispositivo legal dá legitimidade e reconhece para qualquer das partes (§ 2º) o direito de manejar ação para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, cuja extinção acontecerá após dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 1º), para submeter a tutela satisfativa estabilizada a uma cognição exauriente fundada, agora, em juízo de certeza.

De conformidade com o § 4º, o juízo prevento para julgar a ação será o mesmo que concedeu a tutela antecipada, havendo carência de técnica na redação do parágrafo, pois, segundo Donizetti (2016, p. 1.032), “Mais técnico, em vez de

prevenção, como consigna o §4º do art. 304, seria distribuição por dependência.” No rigor doutrinário, prevenção não é critério de determinação, mas sim de modificação de competência.

Destaca-se que o legitimado para a ação deverá instruir o pedido (revisão, reforma ou invalidação) com os autos em que foi decidido o provimento antecipatório, autorizado, para tal mister, o requerimento do desarquivamento dos mesmos autos (§ 4º).

Nesse compasso, inteligentes ensinamentos de Neves (2016, p. 875), para quem “Independentemente da consequência do pedido dessa ação com relação à estabilização da tutela antecipada, o importante é que ela tenha como objeto o mesmo bem da vida do processo extinto pela tutela antecipada estabilizada.”

Não se pode olvidar que, por uma opção política do legislador, o Novo Código de Processo Civil previu que a decisão antecipatória dos efeitos do pedido principal, deferida em juízo de probabilidade, não tem aptidão para formar coisa julgada material (§ 6º do art. 304), como acontece com a Ação Rescisória que ataca decisão, advinda de cognição ampla, que analisa o mérito da causa, portanto, com força de definitividade que a torna imutável e indiscutível se não manejada no prazo decadencial de dois anos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tantas alterações legislativas introduzidas no

então vigente Código de Processo Civil, de 1973, indubitavelmente, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) veio à existência em boa hora, desenhado, discutido e aprovado em ambiente puramente democrático, portanto, alinhado com a atual ordem constitucional, que, de forma inédita, inaugurou o instituto da tutela antecipada antecedente, com a possibilidade de estabilização da tutela sumária.

Antes de se aprofundar no tema proposto no presente artigo, realizou-se um estudo brevíssimo da origem de tão importante e festejado instituto das tutelas de urgência (tutela provisória) no ordenamento jurídico pátrio, como mecanismo processual da proteção e realização material do direito em tempo hábil.

De forma semelhante, sintetizou-se o regramento próprio da ação monitória que recebeu um toque de ampliação no novel código processual, de maneira que fosse possível viabilizar a aplicação subsidiária ao instituto da tutela antecipada deferida em caráter antecedente.

Ao longo deste trabalho apresentaram-se comentários ao novo instituto, bastante festejado, diga-se, por grande parte da doutrina e estudiosos do direito. Foram realizadas comparações com a legislação anterior e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema desenvolvido, haja vista ser uma realidade no direito comparado.

Dessa forma, adentrou-se no tema da tutela satisfativa antecedente concedida perante as situações de urgência, cujo direito da parte encontra-se em perigo e, para evitar o seu

perecimento, desde logo, a parte autora requererá, na petição inicial, uma decisão favorável de antecipação provisória e sumária dos efeitos do pedido principal, que poderá tornar-se estável com base na aplicação subsidiária da técnica monitoria, a depender do comportamento das partes.

Não obstante as inevitáveis críticas à sistemática adotada pelo Código, a título ilustrativo, relativas à adoção da técnica monitoria como viabilizadora da estabilização da tutela sumária e, noutro extremo, de que esta deveria ser estendida às tutelas satisfativas pleiteadas em caráter incidental, bem assim na tutela provisória da evidência; a praxe forense, no entanto, demonstrará cada vez mais sua utilidade na vida dos jurisdicionados.

Ademais, é possível vislumbrar que o instituto em destaque e a aplicação analógica das regras da ação monitoria trazem ganhos positivos para ambas as partes, considerando-se que a parte autora poderá obter uma decisão em provimento sumário capaz de estabilizar-se, sem que precise aguardar um comando judicial final de mérito, após ampla cognição, residindo aqui a diferença, por excelência, em relação à tutela de urgência cautelar antecedente.

Em contrapartida, a parte ré ou demandado consciente da ausência de elementos para demonstrar melhor direito, tende a não apresentar o respectivo recurso, diminuindo sensivelmente as despesas com o processo, já que ficará isenta do pagamento das custas, e os honorários advocatícios serão calculados em apenas 5% sobre o valor da causa, com a apli-

cação, por analogia, da tutela monitória.

Por fim, pode-se concluir que o trabalho foi de grande valia para o enriquecimento jurídico, no que diz respeito ao conhecimento sobre inédito tema, destacando-se que a sanção do diploma foi algo muito desejado, competindo a todo o sistema de justiça e estudiosos do direito contribuir para a melhor aplicação desse instituto, para a célere, eficaz e eficiente prestação jurisdicional, sem sacrificar a segurança jurídica e fortalecer o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2018]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da Republica, [2017]. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 10.444, de 7 de maio de 2002**. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da Republica, 2002. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10444.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. **Lei Nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8952.htm. Acesso em: 15 mar. 2018.

Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. (3 Turma). **Agravo Instrumental 20160020127047 0014057-95.2016.8.07.0000**, Agravante(s): Banco Santander (Brasil) S.A. Agravado(s): Status Assessoria Imobiliária LTDA. Relator: Ana Cantarino, 08 de setembro de 2016, Acórdão 965172, Brasília, DF, 15 set. 2016. p. 308-323. Disponível em:

https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=965172. Acesso em: 15 mar. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**.

10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. 720 p.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo código de processo civil**: temas inéditos, mudanças e supressões. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Esquematizada).

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Curso de processo civil; v. 2).

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo CPC quadro comparativo**: CPC/1973> CPC/2015. [2016]. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/livros_on-line/novo_cpc_quadro_comparativo_1973-2015.pdf. Acesso em: 15 jun. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1.760 p.

PAULA, Alexandre Sturion de. Ação: conceito, natureza jurídica e condições. **DireitoNet**. 2004. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1684/Acao-conceito-natureza-juridica-e-condicoes>. Acesso em: 20 set. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (3 Câmara). **Apelação civil: 00246345520138260309 SP 0024634-55.2013.8.26.0309**, Apelante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Apelado: Benedicta de Salles Faccone. Relator: José Luiz Gavião de Almeida, 08 de março de 2016, São Paulo, 10 mar. 2016a. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0024634-55.2013.8.26.0309&cdProcesso=RI002YEF0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=19020-1&ticket=29f5f9cdrbXDUsgCpBRZGjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvaaSC782IXHWbhC%2FCpyOr301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2U>

zp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGyYts4k7IM6T6J0FTU8QfFuMbSA9iEfSLdsik1raQZ3gHEDpkBRXAMNYddaTRDm%2BNJVw8XL1PEFAKkZoUWEdR1R. Acesso em: 20 set. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (9 Câmara). **Agravo de Instrumento 21292595820168260000 SP 2129259-58.2016.8.26.0000**, Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. Agravada: Rafaelli Ribeiro. Relator: José Maria Câmara Junior, 28 de setembro de 2016, São Paulo, 28 set. 2016b. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=2129259-58.2016.8.26.0000&cdProcesso=RI003FH8O0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=29f5f9cdrbXDUsGCpBRZGjbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvn9t7pHWKwAFJ1I5bXlqTgn01dlp92%2BGHI0iHgKwVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwYdiFAZdgnhdV3sWpU2yzuHeRvhBITONEPT7TfAKhOGyg9aHQhs7z8a%2FY5Lgkj4jCTo17QU7W2T4g2j6w8k3QHg1Qoq7PkSGKw5FxR3I2MxSQAIGXaLBZ2wWnY0Z4XAPa>. Acesso em: 30 set. 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: procedimentos especiais. 50. ed. Rio de Janeiro: Fo-

rense, 2016. v. 2.

ZAGURSKI, Adriana Timoteo dos Santos. Antecipação de tutela: uma análise do CPC de 1973 e do projeto do novo CPC. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12220. Acesso em: 20 set. 2018.

Revista Jurídica da Defensoria Pública do Tocantins

AD SUMMUS

ISSN 2448-2099 | Vol. 3, nº 1. 2018.



DIREITOS
TRANSINDIVIDUAIS



Escola Superior da Defensoria Pública (ESDEP)

A Escola Superior da Defensoria Pública é Órgão de atuação da Defensoria Pública do Estado do Tocantins e tem por finalidade promover o aprimoramento cultural e profissional, a atualização e a especialização do conhecimento dos membros, servidores e estagiários, com a elevação dos padrões técnicos e científicos dos serviços prestados à sociedade.

